



Dottorato di ricerca in Ordine internazionale e diritti umani, Sapienza, Università di Roma - Intercenter, Università di Messina

# Ordine internazionale e diritti umani

International Legal Order and Human Rights  
Ordenamiento Jurídico Internacional y Derechos Humanos  
Ordre juridique international et Droits de l'Homme

Rivista *bimestrale* diretta da:  
CLAUDIO ZANGHÌ - LINA PANELLA

15 luglio 2015

N. 3/2015

[www.rivistaoidu.net](http://www.rivistaoidu.net)

Rivista telematica - ISSN 2284-3531  
Registrazione al Tribunale di Roma n. 46/2014 del 10 marzo 2014



# Ordine internazionale e diritti umani

International Legal Order and Human Rights  
Ordenamiento Jurídico Internacional y Derechos Humanos  
Ordre juridique international et Droits de l'Homme

## Ordine internazionale e diritti umani

Rivista telematica

ISSN 2284-3531

Registrazione al Tribunale di Roma n. 46/2014 del 10 marzo 2014.

*Direttore responsabile:* Prof. Claudio Zanghì.

Tutto il materiale è copyright©rivistaoidu.net

È vietata la riproduzione anche parziale. Tutti gli articoli firmati sono protetti dalla legge 633/1941 sul diritto d'autore.

## DIREZIONE

Lina Panella

Claudio Zanghì

## COMITATO SCIENTIFICO

Aldo Bernardini - Antonio Remiro Brotons - Salvino Busuttil - Ruggiero Cafari Panico - Jean-Paul Costa - Emmanuel Decaux - Angela Del Vecchio - Angela Di Stasi - Carlos Villan Duran - Osman El Hajjié - Juan Manuel Faramiñan Gilbert - Paolo Fois - Giancarlo Guarino - Sergio Marchisio - Paolo Mengozzi - Massimo Panebianco - Nicoletta Parisi - Stelios Perrakis - Carlos Jimenez Piernas - Pablo Antonio Fernandez Sanchez - Tullio Scovazzi - Augusto Sinagra - Paul Tavernier - Ennio Triggiani - Ugo Villani

## COMITATO DI REDAZIONE

*Coordinatore:* Carlo Curti Gialdino

*Componenti:* Mario Calogero - Raffaele Cadin - Cristiana Carletti - Nicola Colacino - Luigino Manca - Luca Marini - Valentina Zambrano

*Segreteria:* Francesco Battaglia - Gianfranco Nucera - Luigi Prosperì



Dottorato di ricerca in Ordine internazionale e diritti umani, Sapienza, Università di Roma - Intercenter, Università di Messina

## Ordine internazionale e diritti umani

International Legal Order and Human Rights  
Ordenamiento Jurídico Internacional y Derechos Humanos  
Ordre juridique international et Droits de l'Homme

<http://www.rivistaoidu.net>

SOMMARIO N. 3/2015, 15 LUGLIO 2015

### ARTICOLI

RAFÂA BEN ACHOUR, *The Rule of Law and the Rule of Justice in International Conventions and Declarations*, pp. 440-453.

JÉRÔME BENZIMRA-HAZAN, *Quelques notes sur les figures des droits de l'homme*, pp. 454-456.

LINA PANELLA, *La revoca della cittadinanza nel quadro della lotta al terrorismo internazionale*, pp. 457-474.

GABRIELE ASTA, *La partecipazione ai procedimenti consultivi davanti alle giurisdizioni internazionali: un'ipotesi di graduazione*, pp. 475-503.

FABRIZIO FOIS, *La Corte europea dei diritti dell'uomo sanziona i respingimenti verso gli Stati con sistemi d'asilo inefficienti: interesse della sentenza Tarakhel c. Svizzera ai fini di una valutazione sotto questo profilo del Sistema CEDU e del Sistema Dublino*, pp. 504-517.

### OSSERVATORI

***Corte internazionale di giustizia*** (a cura di BEATRICE I. BONAFÉ).

1. BEATRICE I. BONAFÉ, *La jurisprudence de la Cour internationale de Justice devant la Cour pénale internationale*, pp. 518-522.

ISSN 2284-3531 *Ordine internazionale e diritti umani*, (2015).

***Corte penale internazionale*** (a cura di MARINA MANCINI).

1. CHIARA ALTAFIN, *La sentenza della Camera d'appello della Corte penale internazionale sull'ammissibilità del caso Simone Gbagbo*, pp. 523-529.

***Consiglio di sicurezza*** (a cura di RAFFAELE CADIN).

1. RAFFAELE CADIN, *Considerazioni generali e accuse incrociate di double standard al Rapporto su bambini e conflitti armati del Segretario generale*, pp. 530-532.

2. RAFFAELE CADIN, «Disappointed and shocked»: *la dura reazione dei Paesi africani membri del Consiglio di sicurezza all'adozione in stile post-coloniale della risoluzione 2220 (2015) sulle armi leggere*, pp. 533-538.

***Consiglio dei diritti umani*** (a cura di CRISTIANA CARLETTI).

1. CRISTIANA CARLETTI, *Le conseguenze del fenomeno terrorismo sul godimento dei diritti e delle libertà fondamentali: il dibattito in corso nel sistema di Ginevra (Consiglio dei Diritti Umani e Procedure speciali)*, pp. 539-548.

***Contentieux européen des droits de l'homme*** (a cura di MICHELE DE SALVIA).

1. MICHELE DE SALVIA, *Arrêt Bochan (n. 2) du 19 novembre 2014 (texte rectifié le 11 mars 2015) c. Ukraine*, pp. 549-554.

***L'Italia e la CEDU*** (a cura di NICOLA COLACINO).

1. NICOLA COLACINO, *Convenzione europea e giudici comuni dopo Corte costituzionale n. 49/2015: sfugge il senso della «controriforma» imposta da Palazzo della Consulta*, pp. 555-561.

2. MARIADOMENICA ALAGNA, *Smaltini c. Italia: irricevibilità del ricorso o rigidità del giudice?*, pp. 562-564.

3. FLAVIO DEL SOLDATO, *La Corte Costituzionale apre la porte dell'udienza in camera di consiglio in conformità ai principi del giusto processo garantito dalla CEDU*, pp. 565-567.

4. FRANCESCA PERRINI, *Ancora un contrasto tra la legge italiana sulla procreazione medicalmente assistita e la Convenzione europea dei diritti dell'uomo «risolto» dalla Consulta (nota a Corte costituzionale, sentenza 14 maggio 2015, n. 96)*, pp. 568-569.

5. ANNA PITRONE, *«Campi nomadi»: discriminatorie per il Tribunale di Roma le soluzioni abitative*

*riservate ai soli cittadini di etnia rom. Un importante passo avanti rispetto alla giurisprudenza di Strasburgo?*, pp. 570-572.

***La Corte di giustizia dell'Unione europea*** (a cura di CARLO CURTI GIALDINO).

1. MICHELE MESSINA, *La Corte di giustizia afferma che il regolamento dell'Unione sugli elementi biometrici dei passaporti e dei documenti di viaggio non impedisce ad un ordinamento nazionale di utilizzare e conservare i dati rilevati per fini diversi da quelli contemplati nel regolamento in questione*, pp. 573-576.

2. GERARDO FORTUNA, *La Corte di giustizia statuisce che il programma di acquisto dei titoli di Stato sui mercati secondari (OMT) da parte della BCE è compatibile con il diritto dell'Unione*, pp. 577-582.

***Diritto internazionale privato e diritti umani*** (a cura di FABRIZIO MARONGIU BUONAIUTI)

1. MONICA DI MONTE, *La Cassazione si pronuncia sull'illegittimità del divorzio imposto: effetti del matrimonio omosex validi a tempo determinato?*, pp. 583-588.



Dottorato di ricerca in Ordine internazionale e diritti umani, Sapienza, Università di Roma - Intercenter, Università di Messina

## Ordine internazionale e diritti umani

International Legal Order and Human Rights  
Ordenamiento Jurídico Internacional y Derechos Humanos  
Ordre juridique international et Droits de l'Homme

RAFÂA BEN ACHOUR\*

### THE RULE OF LAW AND THE RULE OF JUSTICE IN INTERNATIONAL CONVENTIONS AND DECLARATIONS

SUMMARY: 1. Introduction. - 2. The Rule of Law and the Rule of Justice are accredited Principles and Goals in International Conventions and Declarations. - 2.1 Implicit and Modest Articulation in International Charters and Universal Declarations. - 2.2 Explicit Stipulations in the Regional Charters. - 3. Mechanisms and Tools for stipulating the Rule of Law and the Rule of Justice in International Charters and Declarations. - 3.1 Legislative Mechanisms. - 3.2 Practical Mechanisms and Processes.

#### 1. Introduction

The terms of the title of this article refer to the two branches of public law: constitutional law for the rule of law<sup>1</sup> and the rule of justice, and the public international law for international conventions and declarations. However, it must be acknowledged that since the end of the Cold War, the barriers between the two branches of law have receded, and are at the moment overlapping each other to the extent of generating discourse about constitutionalizing the international law<sup>2</sup> and internationalizing constitutional law<sup>3</sup>. Many legal terms hitherto preserved for the Dictionary of Constitutional Law, such as rule of law, democracy and good governance, has become common terminology in public international law as well. The reasons for that are the transformation of international relations and the development of public international law.

Public International law, which has been consolidating the constitutional autonomy of States and their absolute sovereignty in the choice of their political, economic, social and cultural systems, and has been considering the question of the relationship between the

---

\* Distinguished Professor at the University of Carthage (Tunisia). Judge of the African Court on Human and Peoples' Rights.

<sup>1</sup> Rule of Law in English.

<sup>2</sup> A. PELLET, *Constitutionalisation of the UN law or triumph of dualism*, in <http://www.alainpellet.eu/Documents/Pellet%20-%202009%20%20Constitutionnalisation%20du%20droit%20des%20NU%20ou%20triomphe%20du%20dualisme.pdf>

<sup>3</sup> R. BEN ACHOUR, *The Rule of Law and International Law*, Leaders, October 6, 2010.

State and its two perspectives at the heart of its sovereignty, started to attach great importance to these issues and to see them as subject to the supervision of the international community. It exerts utmost keenness to strengthen and respect human rights and consolidates the rule of law and the rule of justice, considering them as fundamental principles of law.

The United Nations defines the rule of law as «a principle of governance in which all persons, institutions and entities, public and private, including the State itself, are accountable to laws that are publicly promulgated, equally enforced and independently adjudicated, and which are consistent with international human rights norms and standards. It requires, as well, measures to ensure adherence to the principles of supremacy of law, equality before the law, accountability to the law, fairness in the application of the law, separation of powers, participation in decision-making, legal certainty, avoidance of arbitrariness and procedural and legal transparency».

Justice is defined as «an ideal of accountability and fairness in the protection and vindication of rights and the prevention and punishment of wrongs. Justice implies regard for the rights of the accused, for the interests of victims and for the well being of society at large. It is a concept rooted in all national cultures and traditions»<sup>4</sup>.

All of the aforesaid leads us to reflect on how international charters and declarations have addressed the terms *rule of law* and *the rule of justice*. We shall highlight in the first section how the rule of law and the rule of justice have been coded in international conventions and declarations; and in the second section we shall point out the mechanisms devoted to the rule of law and the rule of justice in international charters and declarations. .

## 2. The Rule of Law and the Rule of Justice are accredited Principles and Goals in International Conventions and Declarations

Regardless of the differences in the formulation of the expressions used, most international charters and declarations consider the rule of law and the rule of justice as targets, which countries aspire to achieve at national and international levels, or as a principle backed by national and international political and legal systems. Although the articulations of these principles are implicit or modest in most international conventions and universal declarations, regional conventions are more precise and better articulated in these matters.

### 2.1 Implicit and Modest Articulation in International Charters and Universal Declarations

Although they have not explicitly and clearly mentioned the rule of law and the rule of justice, the majority of international conventions and universal declarations particularize the rule of law and the rule of justice as two principles and goals necessary to achieve respect for the rights of individuals and groups. The Universal Declaration of Human Rights, adopted on 10 December 1948, the two international covenants relating to human

---

<sup>4</sup> Report of the Secretary General of the United Nations, 24 August 2004: *The rule of law and transitional justice in conflict and post-conflict societies*.



rights and the Charter of the United Nations Organization establishing the United Nations Educational, Scientific and Cultural Organization (UNESCO), evidences this.

*a) The Universal Declaration of Human Rights adopted on 10 December 1948*

Although included in a recommendation issued by the United Nations General Assembly, the Universal Declaration of Human Rights adopted on 10 December 1948 is considered the main reference for the legal system of human rights or the International Bill of Human Rights<sup>5</sup>. Due to its importance, it has been elevated to the status of a binding international customary law.

Many constitutions have taken cognizance of this Declaration Despite the non-availability of the terminology of *rule of law and the rule of justice* when the Declaration was adopted at the end of World War II, the declaration included references to the two terms of the subject of our research. The preamble indicated in reference to the rule of law that «it is necessary that the law shall protect human rights in order not to push the person at the end of the matter to revolt against tyranny and injustice».

As regards the rule of justice, the Universal Declaration was more detailed. It says in the eighth article: «Everyone has the right to an effective remedy by the competent national tribunals for acts violating the fundamental rights granted to him by the constitution or by law». Moreover, Article X states «Everyone is entitled in full equality to a fair and public hearing by an independent and impartial tribunal, in the determination of his rights and obligations and of any criminal charge against him». Thus, the Universal Declaration laid the foundations that subsequent mechanisms will build upon, particularly those relating to the two International Covenants on Human Rights.

---

<sup>5</sup> The Universal Declaration of Human Rights adopted by the United Nations General Assembly on 10 December 1948, as a result of what the world went through in terms of the scourge of World War II. After the establishment of the United Nations, world leaders decided to complement the Charter of the United Nations with a road map to guarantee the rights of every individual in any place or at any time. The document envisaged by these leaders was considered at the first session of the General Assembly in 1946. The General Assembly reviewed the draft declaration of human rights and fundamental freedoms and forwarded same to the Economic and Social Council «with a view to submitting them to the Commission on Human Rights for consideration ... in preparing the International Bill of Rights". The Committee, at its first session in early 1947, authorized its members to formulate what has been termed "a preliminary draft International Bill of Human Rights». Subsequently, the work was taken over by a formal drafting committee, consisting of members of the Committee selected from eight countries with due regard for geographical representation. The Committee on Human Rights was composed of 18 members drawn from various political, cultural and religious backgrounds. Madam Eleanor Roosevelt, widow of US President Franklin D. Roosevelt, was chair of the drafting committee for the Universal Declaration of Human Rights, and with her was Mr. René Cassin of France, who composed the first draft of the declaration, and the rapporteur of the Committee was Mr. Charles Malik of Lebanon; the Vice-Chairpersons were Mr. Peng Chung Chang of China, and Mr. John Humphrey of Canada, and Director of the United Nations Division of Human Rights, who prepared the Declaration's blueprint . However, Mrs. Roosevelt was recognized as the driving force behind the submission of the declaration. The preliminary draft of the Declaration was proposed in September 1948 with more than 50 Member States participating in the preparation of the final version. By Resolution 217 A (III) of 10 December 1948, the General Assembly unanimously adopted the Universal Declaration of Human Rights in Paris, but with eight abstentions; and the development of the full text of the Universal Declaration of Human Rights took less than two years. At a time when the world was divided into Eastern and Western blocs, it was clear that finding a common ground on what should constitute the essence of the document was a colossal task.



*b) The two International Covenants on Human Rights*

The Universal Declaration was not, despite its importance, fully responsive to the needs and aspirations of humankind. It was a foundation s but not the whole building. Since it was published and until 1966, it did not have binding legal value as it was a recommendation of the United Nations General Assembly and it lacked the punitive mechanism for enforcement on the parties that violate the rights and freedoms proclaimed therein.

To give legal force and mandatory obligation to the principles enshrined in the Universal Declaration, the United Nations deployed efforts towards the adoption of a new Bill of Human Rights through a draft Charter and international treaties with provisions to enhance human rights protection and define in detail the binding limits that States must adhere to in the application of rights and freedoms, such as some kind of international oversight and control over the application of the Conventions.

It was against this background that the two International Covenants on Human Rights were adopted. *The first Covenant* was reserved for the protection of Civil and Political Rights, and *the second Covenant* was devoted to the protection of economic, social and cultural rights<sup>6</sup>. By adoption of these Covenants, the rights and freedoms enshrined in the Universal Declaration turned into legal obligations the source of which is conventional international law. Thus, the debate over the legal value of these rights and freedoms came to an end.

The two Covenants are binding international treaties, with legal obligations for the States parties. These Conventions have also instituted an international monitoring system to ensure the application of the rights and freedoms contained therein, and designed to provide various safeguards to protect the rights and freedoms.

With regard to the Covenant on Civil and Political Rights<sup>7</sup>, the phrase *rule of law* was not explicitly stated therein, but it was clearly spelt out that the rights and freedoms can be exercised only within the scope of the law. For example, the right to life is the first of all rights and the law should protect it; just as the right to equality before the law without discrimination or the principle of *no crime and no punishment* except in accordance with the law. The frequency with which the term “Law” was mentioned denotes the supremacy of the law and the need to abide by it and respect its provisions.

As for *the rule of justice*, the International Covenant on Civil and Political Rights was more elaborate. By virtue of the Covenant, «Where not already provided for by existing legislative or other measures, each State Party to the present Covenant undertakes to take the necessary steps, in accordance with its constitutional processes and with the provisions of the present Covenant, to adopt such laws or other measures as may be necessary to give effect to the rights recognized in the present Covenant». States also undertake «to ensure that any person whose rights or freedoms as herein recognized are violated shall have an effective remedy, notwithstanding that the violation has been committed by persons acting in an official capacity»; and «to ensure that any person claiming such a remedy shall have

<sup>6</sup> The International Covenant on Civil and Political Rights: adopted and opened for signature, ratification and accession by United Nations General Assembly resolution 2200 A (-21) of 16 December 1966; entry into force: 23 March 1976; and currently has 167 States Parties. The International Covenant on Economic, Social and Cultural Rights: officially adopted and published by General Assembly resolution 217 A (3) of 10 December 1984. Entry into force: January 3, 1976.

<sup>7</sup> Arabic Boumediene. *A study on the International Covenant on Civil and Political Rights and the First Optional Protocol thereto*, <http://www.m.ahewar.org/s.asp?aid=344218&r=0>.

his right thereto determined by competent judicial, administrative or legislative authorities, or by any other competent authority provided for by the legal system of the State, and to develop the possibilities of judicial remedy<sup>8</sup>»; The Covenant also recognizes the right of everyone to the determination of any criminal charge against him, or of his rights and obligations in a suit at law, and everyone shall be entitled to a fair and public hearing by a competent, independent and impartial tribunal established by law.

*c) Human Rights sectorial conventions*

The International Bill of Human Rights consists, in addition to the Universal Declaration and the two International Covenants, of a number of sectorial conventions for the protection of the rights of certain groups of people (women, child, migrant workers) or for protection against certain behaviours (racial discrimination, torture).

And these agreements contain references to the rule of law or the rule of justice.

*The International Convention on the Elimination of All Forms of Racial Discrimination*<sup>9</sup> states in Article 5 that States Parties pledge «to prohibit and eliminate racial discrimination in all its forms and to guarantee the right of everyone, without distinction as to race, colour, or national or ethnic origin, to equality before the law». Equality before the law without discrimination whatever its source and whatever the form it takes is a basic component of the principle of the rule of law.

As for the rule of justice, the Convention is quite clear. In Article 5 (a), it sets forth «the right to equal treatment before the tribunals and all other organs administering justice». Article 6 added the right to a fair trial without discrimination in the following terms: «States Parties shall ensure for every person within their jurisdiction the right of recourse to national courts and other competent state institutions to protect and effectively remedy them in respect of any act of racial discrimination which is a violation» of his human rights and fundamental freedoms and is contrary to this Convention, as well as the right of recourse to the courts to seek fair and adequate compensation or any appropriate and just reparation for any damage suffered as a result of such discrimination.

*The Convention on the Elimination of All Forms of Discrimination against Women*<sup>10</sup> followed the same path. Article 2 (c) states the need to «establish legal protection of the rights of women on an equal footing with men, and to ensure the effective protection for women through competent courts and other public institutions in the country, against any act of discrimination». Article 15, paragraph 1, stressed the principle of equality before the law in the following words: «States Parties shall accord to women the equality with men before the law».

There is no doubt that the *United Nations Convention against Torture and Other Cruel, Inhuman or Degrading Treatment*<sup>11</sup> and punishment for this crime is foremost of all the agreements, which have placed emphasis on the rule of law and the rule of justice. This agreement addresses one of the most important human rights and the most vulnerable to

---

<sup>8</sup> Article 2, para 3 (b).

<sup>9</sup> Adopted by the United Nations General Assembly resolution 2106 (D-20) in January 21, 1965 and entered into force on 4 December 1969.

<sup>10</sup> Adopted by the General Assembly resolution 34/180 of 18 December 1979 and entered into force on 3 September 1981.

<sup>11</sup> Adopted by the General Assembly resolution 39/46 of 10 December 1984 and entered into force on 26 June 1987.

violations, that is, the right to physical integrity. The agreement devotes articles 4<sup>12</sup> and 6, paragraph 1, to the principle of the rule of law. Article 4 upholds «the need to criminalize torture» while Article 6, paragraph 1<sup>13</sup>, evokes the principle that a foreigner should not be put under detention unless in accordance with the law and with the necessity of guaranteeing the defence and the media.

With respect to the virtue of justice, the Convention on the Prevention of Torture makes it a central principle, especially in Articles 5<sup>14</sup>, 7<sup>15</sup> and 9<sup>16</sup>.

*d) The United Nations Charter, signed on 26 June 1945<sup>17</sup>*

Like all international charters and declarations signed after World War II, there are no explicit statements devoted to the rule of law and the rule of justice in the Charter of the United Nations. However, the consolidation of the rule of law and human rights is seen as an essential element in bringing lasting peace and international security in an effective manner and in achieving progress and development in the economic field. The same applies to the principle of accountability before openly enacted and equally enforced laws applied and invoked in the context of an independent judiciary. In other words, the rule of law and the rule of justice are perceived as contributing to the achievement of the United Nations mission and the goal for which it was established.

In this context, we note that the Secretary-General of the United Nations strongly recognizes the principle of supremacy and the rule of law, as demonstrated in the various

<sup>12</sup> 1. Each State Party shall ensure that all acts of torture are offences under its criminal law. The same shall apply to an attempt to commit torture and to an act by any person which constitutes complicity or participation in torture. 2. Each State Party shall make these offences punishable by appropriate penalties which take into account their grave nature.

<sup>13</sup> Upon being satisfied, after an examination of information available to it, that the circumstances so warrant, any State Party in whose territory a person alleged to have committed any offence referred to in article 4 is present shall take him into custody or take other legal measures to ensure his presence. The custody and other legal measures shall be as provided in the law of that State but may be continued only for such time as is necessary to enable any criminal or extradition proceedings to be instituted.

<sup>14</sup> 1. Each State Party shall take such measures as may be necessary to establish its jurisdiction over the offences referred to in article 4 in the following cases: (a) When the offences are committed in any territory under its jurisdiction or on board a ship or aircraft registered in that State; (b) When the alleged offender is a national of that State; (c) When the victim is a national of that State if that State considers it appropriate. 2. Each State Party shall likewise take such measures as may be necessary to establish its jurisdiction over such offences in cases where the alleged offender is present in any territory under its jurisdiction and it does not extradite him pursuant to article 8 to any of the States mentioned in paragraph 1 of this article. 3. This Convention does not exclude any criminal jurisdiction exercised in accordance with internal law.

<sup>15</sup> 1. The State Party in the territory under whose jurisdiction a person alleged to have committed any offence referred to in article 4 is found shall in the cases contemplated in article 5, if it does not extradite him, submit the case to its competent authorities for the purpose of prosecution. 2. These authorities shall take their decision in the same manner as in the case of any ordinary offence of a serious nature under the law of that State. In the cases referred to in article 5, paragraph 2, the standards of evidence required for prosecution and conviction shall in no way be less stringent than those which apply in the cases referred to in article 5, paragraph 1. 3. Any person regarding whom proceedings are brought in connection with any of the offences referred to in article 4 shall be guaranteed fair treatment at all stages of the proceedings.

<sup>16</sup> 1. States Parties shall afford one another the greatest measure of assistance in connection with criminal proceedings brought in respect of any of the offences referred to in article 4, including the supply of all evidence at their disposal necessary for the proceedings. 2. States Parties shall carry out their obligations under paragraph 1 of this article in conformity with any treaties on mutual judicial assistance that may exist between them.

<sup>17</sup> Entered into force in October 24, 1945.

reports, which we will analyse, and study later in the second part of the research. This is also evidenced by the large number of General Assembly recommendations on strengthening the rule of law, most recent of which is resolution 69/123 entitled «The rule of law at the national and international levels».

*e) The Constitution of the United Nations Educational, Scientific and Cultural Organization (UNESCO) adopted on 16 November 1945*

The objective of establishing UNESCO was «to contribute to the maintenance of international peace and security by working through education, science and culture on closer cooperation between nations to ensure universal respect for justice, law, human rights and fundamental freedoms for all without distinction as to race, sex, language or religion as established by the Charter of the United Nations for all peoples». UNESCO's Constitution is considered as a pioneer in highlighting the importance of the rule of law and the rule of justice. However, the reference in the Preamble to the Constitution was not enough to make the rule of law and the rule of justice legally binding rules.

It may thus be concluded that the most important international conventions and declarations do not represent appropriate mechanisms to consolidate and strengthen the rule of law and the rule of justice, in view of the prevailing international circumstances and the general context which gave rise to their enactment and adoption. Nevertheless, this modest consideration has been rectified and their shortcomings overcome in regional conventions and treaties.

## *2.2 Explicit Stipulations in the Regional Charters*

Unlike international conventions, many regional conventions have set forth their adherence to the rule of law and the rule of justice as a principle and a goal.

*a) Charter of the Organization of American States concluded on 30 April 1948*

This Charter entered into force on 13 December 1951. The Organization of American States is a regional organization within the United Nations, which seeks to achieve collective self-defense, regional cooperation and peaceful settlement of disputes. The Charter of the Organization defines the guiding principles of the group, namely: respect for international law, social justice and rule of law; economic cooperation and equality of all peoples.

The fifth chapter of the Charter stipulates the need for the political institutions of American States to be built on actual practice of parliamentary democracy. This was emphasized in the third chapter of the Democratic Charter of American States concluded on 11 September 2001 which determines the essential elements of representative democracy, including respect for human rights and fundamental freedoms, access to and exercise of power in accordance with the rule of law, the conduct of free and fair elections on the basis of secret voting as an expression of popular sovereignty, and multiparty system, political parties and organizations and the separation and independence of public authorities.

*b) Statute of the Council of Europe concluded on 5 May 1949*

The Council of Europe is the first international organization to accord utmost importance to the issue of the rule of law and the rule of justice, and to make them the

centrality of the organization, the goal of which is not only to achieve, but also to strengthen these rules, given the fact that the interest of this organization is positioned entirely on respect for human rights and the propagation of democracy in Europe.

The preamble to the Statute of the Council of Europe states that Member States are attached to the moral and spiritual values which are considered a common heritage of their people, and which is the source of the principles of individual freedom, political freedom and the supremacy of law, all of which constitute the bases of the principles of true democracy.

Chapter III also stipulates the need for each Member State of the Council of Europe to recognize the principle of the rule of law. Moreover, Chapter VIII acknowledges that each Member State representation will be subject to suspension and the possibility of withdrawing its membership in the case of non-respect of the provisions Chapter III. This means that any European country can become a member of the Council of Europe if it accepts the principle of the rule of law, the rule of justice and democracy and vows to ensure human rights for all persons under its jurisdiction.

*c) The Constitutive Act of the African Union adopted on 11 July 2001*

The African Union replaced the Organization of African Unity, which was established in 1963 when many African countries were gaining independence. Paradoxically, the Charter, which was signed on 22 May 1963 did not give the issue of the rule of law any attention given the fact that the primary goal at that time was to support the independence and sovereignty of States and the elimination of economic backwardness, as well as consolidate African solidarity and promote the continent to assume its proper position on the scene of international decision-making.

However, by the end of the nineties, things changed radically as African rulers understood the lesson by the end of the Cold War and decided to abandon the legacy of the historical organization and establish a new organization to keep pace with the time.

The preamble of the Constitutive Act of the Union stipulates the objectives, the most important of which are «promotion and protection of human and peoples' rights and support the institutions, culture, democracy and ensure good governance and the rule of law». The Constitutive Act also acknowledged that among the principles on which the Union is based is «respect for democracy, human rights and the rule of law, good governance and the promotion of social justice to ensure balanced economic development»<sup>18</sup>. The Constitutive Act also added in Article 30 that governments that come to power through unconstitutional means would not be allowed to participate in the activities of the Union.

Perhaps, the most striking aspect of the new trend in the African Union was the adoption of the *African Charter on Democracy, Elections and Good Governance* on 30 January 2007 by African Heads of State and Government, which entered into force on 15 February 2012. The Charter aims at strengthening Member States' commitment to the principles and universal values of democracy and respect for human rights and also the promotion of commitment to the principle of the rule of law based on the supremacy of the Constitution and the constitutional order in the political organization of Member States.

As for the principles of the Charter, they are based on the universal values of democracy, respect for human rights, the rule of law and supremacy of the Constitution

---

<sup>18</sup>Article 4, para M of the Constitutive Act of the African Union.



and the constitutional order in the political arrangements of the States. The Charter stresses the importance of monitoring elections by electoral observer missions and special advisory missions as well as the need to create an enabling environment for independent and impartial national monitoring mechanisms.

*d) EU Treaty*

The European Union inherited the European Economic Community, which was constituted under the Treaty of Rome in 1957, and political issues were not part of its jurisdiction. However, with the development and expansion<sup>19</sup> of the European structure, the European Union was transformed from a purely economic community into an economic and political union following the conclusion of the Maastricht Treaty signed on 7 February 1992<sup>20</sup>, and revised several times. Subsequently in 1997, the Maastricht Treaty was replaced by the Amsterdam Treaty, which introduced significant changes to the former treaty. The Treaty of Amsterdam was concerned with increasing emphasis on citizenship, the rights of individuals and more democracy in the form of enhancing the powers of the European Parliament<sup>21</sup>.

The preamble of the Treaty confirms the adherence of European Union States to the principles of freedom, democracy and respect for human rights and fundamental freedoms and for the rule of law. In Chapter II, the Union acknowledged that it is based on respect for the principles and values of human freedom and democracy, justice and the rule of law, human dignity as well as respect for human rights, including respect for minority rights and that it seeks to promote and support democracy, the rule of law and human rights, justice and the general principles of international law in its foreign policy and achieve common security security.

*e) The Charter of the Organization of Islamic Cooperation<sup>22</sup>*

The Dakar Charter, which was signed on 14 March 2008, confirms in its preamble that it aims to preserve the noble Islamic values of peace, compassion, tolerance, equality, justice and human dignity. It also aims at promotion of human rights and fundamental freedoms, good governance and the rule of law, democracy and accountability in Member States in accordance with their constitutional and legal systems.

The seventh paragraph of Chapter II enumerated the principles that Member States undertake to adopt and adhere to, the most important of which are Member States' support and promotion of good governance, democracy, human rights and fundamental freedoms and the rule of law.

### *3. Mechanisms and Tools for stipulating the Rule of Law and the Rule of Justice in International Charters and Declarations*

Stipulating the principles of the rule of law and the rule of justice is not enough to make them a reality, neither is it enough to provide the necessary effectiveness. It is

<sup>19</sup> The Union is composed of 28 states.

<sup>20</sup> Entered into force on 1 November 1993.

<sup>21</sup> The treaty was signed on 2 October 1997 and entered into force on 1 May 1999.

<sup>22</sup> The Organization of Islamic Cooperation, formerly the Organization of Islamic Conference, is an international organization with 57 Member States.

therefore important to conduct continued monitoring through the adoption of effective mechanisms (a) at the legislative level, on the one hand (a) and the operational level, on the other.

### 3.1 Legislative Mechanisms

United Nations organs play a vital role as derived from the Charter. According to the stipulations in the United Nations Charter, the General Assembly initiates studies and does not hesitate to make specific recommendations on issues related to the general principles of cooperation in the maintenance of international peace and security with the aim of promoting international cooperation in the political field and encouraging the progressive development of international law<sup>23</sup>.

In this context, the United Nations General Assembly has continued to consider the issue of the rule of law and the rule of justice as a standing item on its agenda since 1992, and it has taken several decisions on the matter. For example, on the occasion of reaffirming the importance of developing a comprehensive global development agenda beyond 2010 as a way to establish a democratic and equitable international order, and to demonstrate its determination to take all the measures within its power to ensure the establishment of a democratic and equitable international order, the UN General Assembly «declares that democracy includes respect for all human rights and fundamental freedoms and it is a universal value based on the will of the people expressed freely in determining their political, economic, social, cultural and full participation in all aspects of their lives, and reaffirms the need for *universal adherence to the principle of the rule of law* and the implementation of this principle at the national and international levels<sup>24</sup>».

In application of its agenda, the General Assembly adopted a series of resolutions on «the rule of law at the national and international levels» the most recent of which is resolution No. 69/123 of 10 December 2014, in which the General Assembly affirms that the human rights and the rule of law and democracy are interdependent issues, mutually reinforcing and fall within the values of the United Nations and its basic principles which are indivisible and stresses the need to support the rule of law at the international level and promote it according to the principles of the Charter of the United Nations. The General Assembly also expresses its full support for the role played by the Panel on coordination and advice in the field of the rule of law in order to coordinate efforts and achieve overall consistency in the United Nations system.

Within the framework of existing mandates and invites the panel to interact with the Member States, especially in the informal briefing sessions.

As part of its support for the rule of law and the rule of justice, the plenary calls upon the United Nations system to systematically address the aspects related to the rule of law as appropriate in the relevant activities in this field, as a recognition of the importance of the rule of law in most of the areas where the United Nations is involved. The General Assembly also requests the Secretary-General to submit an updated inventory of the activities carried out by the various organs and bodies, offices and departments, funds and programs affiliated to the United Nations system and devoted to strengthening the rule of law at the national and international levels. The Secretary-General is further required to

<sup>23</sup>Articles 11 and 13 of the United Nations Charter.

<sup>24</sup>A decision taken by the General Assembly on 18 December 2014, to establish an international democratic and fair system.



prepare after seeking the views of Member States, a report defining the ways and means to promote and coordinate the activities listed in the inventory to be prepared, with particular attention to the effectiveness of the assistance that some countries may request for capacity-building which may require it to strengthen the rule of law at the national and international levels. In addition, the General Assembly calls upon the International Court of Justice and the United Nations Commission on International Trade Law and International Law Commission to provide in their reports to be submitted by each of them to the General Assembly, some comments on the current roles played by each of them in the promotion of the rule of law.

The General Assembly takes note with appreciation of the report of the Secretary-General entitled «Uniting our strengths to enhance the support provided by the United Nations for the rule of law», and supports the Panel on coordination and resources in the field of the rule of law, which receives support from the Rule of Law Unit in the Executive Office of the Secretary-General, led by Deputy Secretary-General and requests the Secretary-General to submit to the General Assembly without delay the details of the needs of this Unit in terms of jobs and other needs for its consideration<sup>25</sup>.

Through these sample decisions, it is crystal clear that the plenary emphasizes the need for universal adherence to the rule of law, implements this need equally at the national and international levels and their solemn commitment to an international system based on the rule of law and international law, a system that is considered, alongside with the principles of justice, indispensable for the peaceful coexistence, international cooperation and express the conviction that the United Nations and Member States should be guided in its activities to promote and respect the rule of law at the national and international levels, as well as justice and good governance<sup>26</sup>.

On the occasion of the United Nations Conference on Crime Prevention and Criminal Justice on 15 April 2015, the chairperson of the General Assembly stated that «If we do not have the rule of law, peace and security cannot be achieved, and if there is no peace and security, development will not be realized».

The Security Council for its part does not differ much from the General Assembly. It supports the rule of law and the rule of justice. It has also conducted many thematic discussions on them and adopted resolutions emphasizing the importance of these matters in the context of issues pertaining to women, security, children and armed conflicts and the protection of civilians in armed conflicts. For example, the statement of the President of the Security Council during the meeting held on 19 January 2015 concerning the Council's consideration of the item entitled «Maintenance of international peace and security: Inclusive development for the maintenance of international peace and security», where he confirmed that it is necessary to help any country to come out from conflict in a sustainable manner through a comprehensive and integrated approach, taking into account the correlation between political, security and development activities as well as human rights activities and the rule of law, reinforcing the handling of the reasons underlying the conflicts including the strengthening of the rule of law at the national and international levels and promotion of economic growth and development of sustainable political, religious and cultural tolerance and poverty eradication.

---

<sup>25</sup>A decision taken by the General Assembly on 11 December 2008 on «the rule of law at national and international levels».

<sup>26</sup>A decision taken by the General Assembly on 4 December 2006.

On the same issue, the Security Council stressed that security sector reform is an essential element in any process to achieve stability in post-conflict and underscored the close link between this reform and the rule of law and the administration of justice in the transitional phase, and the disarmament, demobilization, reintegration and protection of civilians<sup>27</sup>. The rule of law and the rule of justice are considered the key elements in conflict prevention, peacekeeping, conflict resolution and peace-building.

Thus, the Security Council attaches great importance to the promotion of justice and the rule of law as indispensable elements for achieving lasting peace. Activities for promoting the rule of law are very important in the peace-building strategies in the communities emerging from conflict. Thus, it emphasizes the role of the Peace Building Commission in this regard. It also supports the idea of establishing a unit within the Secretariat to assist in establishing the rule of law<sup>28</sup>.

The Secretary-General of the United Nations stressed in his report entitled the rule of law and transitional justice in conflict and post conflict societies, stating that «The United Nations will support the local departments concerned with the reform and will assist in the building of the national institutions of justice sector to facilitate the procedures of national consultations on justice reform and transitional justice and help in filling the vacuum in the field of rule of law, apparently clear in a number of many post-conflict societies»<sup>29</sup>.

Thus, we realize that in spite of the silence of the United Nations Charter and its failure to consecrate the rule of law and the rule of justice, its principal organs have not ceased to show their support to the extent that the rule of law and the rule of justice have become international rules for which the United Nations mobilizes all available means to consolidate on the ground.

### *3.2 Practical mechanisms and Processes*

The United Nations continues to promote justice and the rule of law through the three pillars of its work, as previously explained: international peace and security, progress and social and economic development; and respect for human rights and fundamental freedoms. In this regard, it relies for its support and consolidation of the rule of law and justice on practical mechanisms, the most important of which are peacekeeping operations, the efforts of which the department concerned is striving to organize.

To assist Member States and the Secretary General in their efforts to maintain international peace and security, the Department of Peacekeeping Operations provides political and executive direction to the operations of the United Nations peacekeeping operations around the world, and stays in touch with the Security Council and both the

---

<sup>27</sup>A statement of the president of the Security Council, July 12, 2005, at the consideration of the item entitled "Maintenance of international peace and security, the role of the security council in the humanitarian crisis, challenges, lessons learnt and the way forward". In the same context, the decision of the security council in its session No. 7161 on April 28, 2014, which states "provide a security sector, which is efficient, effective, professional, accountable, without discrimination and full respect of human rights and rule of law which form the corner stone in peace and sustainable development and considered an important factor in conflict prevention.

<sup>28</sup>A statement of the president of the Security Council, 22 June 2006, during consideration of the item entitled "consolidating international law, rule of law and maintaining international peace and security".

<sup>29</sup> Report of the UN Secretary General on 23/08/2004 entitled: Rule of law and transitional justice in conflict and post conflict societies.

troops contributors as well as financial resources contributors, and the parties to the conflict for implementation of Security Council mandates<sup>30</sup>.

The support provided for both sides in matters of the rule of law and the rule of justice within the framework of peacekeeping operations includes needs assessment and mission planning, selection and deployment of specialists, provision of guidance and support for the rule of law elements in the missions. It also strengthens law enforcement, supports the justice institutions at the local level, facilitates the holding of national consultations on justice reform, coordinates international assistance in the sphere of the rule of law and monitoring of court procedures and submits reports thereon, trains national justice sector staff, provides support to local bodies for judicial reforms and proffers advice to the rule of law institutions of the host countries.

Peacekeeping Operations also help actors to sort out and select police officers, judges and national prosecutors, provide assistance in the drafting of new constitutions, revising legislations, informing and educating the public, developing human rights commissions and in build the capacity of the civil society to monitor the justice sector. Peace missions further help host countries to address past human rights violations through the establishment of courts and fact-finding and national reconciliation mechanisms.

It is noteworthy that approximately forty the United Nations structures are active in the area of rule of law, and the Organization is working on implementation of the rule of law programs and operations in nearly 110 countries all over the world, mostly in Africa.

There is no doubt that the great development of international criminal justice today is the best guarantor of the rule of law and justice. The various international courts (tribunals) established for the former Yugoslavia<sup>31</sup> or Rwanda<sup>32</sup> or Sierra Leone<sup>33</sup> or in Cambodia or Lebanon contribute to the fight against impunity, thus enhancing accountability for the most serious crimes.

In 2013, the International Criminal Tribunal for Rwanda concluded its work and is now at the stage of closure, while the International Tribunal for the former Yugoslavia is continuing its trials of senior political and military figures, and the Extraordinary Chambers of the Courts of Cambodia are still working on the trial of the major leaders of the Khmer Rouge movement. The Special Tribunal for Lebanon is also still working within the framework of key actions of the court, which began practically in June 2014.

If the establishment of international criminal tribunals constitutes a significant development in consolidating the rule of law and the rule of justice, the establishment of

---

<sup>30</sup>Currently, there are 16 peace keeping operations: In Africa: The United Nations Integrated Mission multidimensional to achieve stability in the Central African Republic; The United Nations multidimensional Integrated Mission to achieve stability in Mali; United Nations Mission in the Republic of South Sudan-Temporary UN Security mission in Abyei; The United Nations multidimensional Integrated Mission to achieve stability in the Democratic Republic of the Congo; The United Nations and African Union Hybrid Operation in Darfur; The United Nations Operation in Cote d'Ivoire; The United Nations Mission in Liberia; The United Nations Mission for the Referendum in Western Sahara. In the Americas: The United Nations Stabilization Mission in Haiti. Asia-Pacific: The United Nations Observer Group militaries in India and Pakistan. Europe: The United Nations Peacekeeping Force in Cyprus; The United Nations Interim Administration Mission valuable Kosovo. Middle east: United Nations Disengagement Observer Force (UNDOF); The United Nations Interim Force in Lebanon; The United Nations Truce Supervision Organization.

<sup>31</sup>In 1993, by a decision of the UN Security Council.

<sup>32</sup>In 1994, by a decision of the UN Security Council.

<sup>33</sup>Established in 2002, according to an agreement between the United Nations and Sierra Leone.

the International Criminal Court<sup>34</sup> in 2002 to investigate war crimes, crimes against humanity, the crime of genocide and other serious violations of human rights constitutes undisputedly the most prominent legal achievement in the field of the rule of law and the rule of justice. The International Criminal Court exercises a role complementary to national judicial organs. It cannot perform its judicial function unless the national courts have shown interest in it or have been unable to investigate matters, given the fact that the responsibility of conducting investigations rests with the Member States of the Court in the sense that the primary responsibility is heading towards the same countries.

The International Criminal Court has opened investigations in four cases in Northern Uganda, the Democratic Republic of Congo, and the Central African Republic and in Darfur. It had issued nine arrest warrants and detained two suspects awaiting trial<sup>35</sup> including in the following countries: Kenya, Libya and Côte d'Ivoire and Mali.

All of these mechanisms, regardless of their individual effectiveness, contribute in supporting and establishing the principles of the rule of law and the rule of justice, which have become well-established international legal principles and basic standards of international relations.

---

<sup>34</sup>The Rome Statute of the International Criminal Court. [http://www.icc-cpi.int/FR\\_Menus/icc/Pages/default.aspx](http://www.icc-cpi.int/FR_Menus/icc/Pages/default.aspx).

<sup>35</sup>The official website of the International Criminal Court - <http://www.un.org/law/icc>.



Dottorato di ricerca in Ordine internazionale e diritti umani, Sapienza, Università di Roma - Intercenter, Università di Messina

## Ordine internazionale e diritti umani

International Legal Order and Human Rights  
Ordenamiento Jurídico Internacional y Derechos Humanos  
Ordre juridique international et Droits de l'Homme

JÉRÔME BENZIMRA-HAZAN\*

### QUELQUES NOTES SUR LES FIGURES DES DROITS DE L'HOMME

On a beaucoup dit et trop écrit sur les liens imaginés des droits de l'homme et du droit international «général». Bien moins sur les raisons qui ont conduit aussi à le faire, c'est-à-dire sur l'image des premiers auprès des tenants du second. L'exercice est pourtant instructif, et sans doute fallait-il le recul qu'autorise le temps pour admirer le vague mouvement des statuts. Car dans les premiers temps de l'accueil feutré à l'Université, il y a quelques lustres, d'un enseignement digne de ce qui fait depuis plusieurs siècles la grandeur d'un pays qui les a, dit-on, vu naître, on parlait plutôt des droits de l'homme comme d'une branche du droit international, dotée de spécificités objectives provenant de la subjectivité de son objet humain, universel et indivisible, allergique à la réciprocité, à la nationalité, à tout ce qui fait la relativité internationale essentielle. Pourtant, et déjà dans les mots employés, le malentendu se préparait. Car si, pour l'homme (ou l'humain) de la rue, s'intéresser aux droits de l'homme ne requière pas de compétence juridique particulière, pour le juriste chevronné, même internationaliste généraliste, l'ordre des droits de l'homme est comme un fait, comme étranger, au mieux celui de la morale<sup>1</sup>, au pire celui de l'idéologie<sup>2</sup>. Signe donc de ces temps modernes dont on a la grande chance : replacer l'homme (sa volonté, sa liberté) dans la norme et souligner symétriquement l'humanité du droit, c'est [cela qui est] «idéologique»<sup>3</sup>.

\* Président de l'Institut français des droits de l'homme, Secrétaire de la rédaction de *l'Annuaire français de droit international*, Pôle international de l'Université Panthéon-Assas (Paris II). Les opinions exprimées ici le sont à titre personnel et n'engagent que leur auteur.

<sup>1</sup> Voy. J. MOURGEON, *Les droits de l'homme*, PUF, Que sais-je ?, 1978.

<sup>2</sup> Éventuellement même «politique» : voy. J. COMBACAU et S. SUR, *Droit international public*, LGDJ, 11<sup>e</sup> éd., 2014, p. 386 : «Ce qu'on appelle habituellement les droits de l'homme rassemble des attributs jugés inhérents à la qualité de personne humaine plutôt qu'à celle de sujet de droit (la détention de cette dernière étant elle-même tenue pour un droit de l'homme), au nom d'une idéologie politique qui inspire des règles de droit mais qui n'a pas par elle-même de portée légale». On passera ici sur les mouvements d'humeur de magistrats en souffrance s'en prenant régulièrement à une Cour européenne des droits de l'homme qui, eux sans pourtant verser dans l'international, les exaspère aussi.

<sup>3</sup> Voy. aussi, avec toute l'indulgence nécessaire, F. TERRE, in *Clés pour le siècle*, Dalloz, 2000, p. 415, pensant pouvoir écrire, dans une confusion générale qui ramène au néant et dans un texte sobrement consacré au « Temps du mépris » (l'auteur s'y connaît – parfois, c'est plus simplement encore «Le droit»), à propos de « la religion [laïque ?] des droits de l'homme » : « Il y a des colonialismes ou des néo-colonialismes qui s'ignorent

Il est vrai cependant qu'avant même l'explosion prévue des droits de l'homme comme discipline et leur répartition méthodique auprès des différentes branches du droit, interne d'abord, pénal surtout<sup>4</sup>, mais aussi civil, administratif, social, en commençant par la procédure, dans cette condescendance violente dont l'Université a la maîtrise, leurs promoteurs n'ont pas toujours été leurs meilleurs avocats, et parfois eux-mêmes incarné ce qualificatif impropre qu'on leur donnait déjà, de l'autre côté du mur, avec tant d'astuce et de grâce, de «droits de l'hommes». Car après tout, prétendre que le rétablissement de l'humain au cœur du droit et du droit au cœur de l'ordre social ne relève pas du droit, comme Jourdain fait de la prose, ce n'est pas tellement plus désespérant que d'envisager l'Europe comme étant du champ des affaires étrangères de chaque État membre, mais surtout pas plus coupable que de se perdre soi-même. La spécialisation abusive dans ce qui n'était jadis que démembrements de questions liées (les Nations Unies, les disparitions forcées, ou autre domaine porteur), l'inflation doctrinale bavarde en écho à des arrêts copiés-collés, les approximations de langage jointes à l'adoption d'une grille ou panoplie complète et précieuse de mots absconds à l'air précis et savant, tout cela a fragmenté le trésor et servi le diable dans les détails, comme s'il fallait toujours que la peur se donnât raison. Qui donc n'a pas entendu parler de cette mystérieuse « Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales »<sup>5</sup> ? Qui encore n'a dû subir ce triste langage d'horizontalité, de transparence, de gouvernance, d'indérogeabilité, d'impérativité, d'intangibilité<sup>6</sup> ?

L'«illicéité» venue du droit international général n'a qu'à bien se tenir<sup>7</sup>, et les tenants des droits de l'homme qu'à s'interroger s'ils le peuvent sur ce qui les pousse à se saborder ainsi, dans le hors-sujet gélatineux, identique et répétitif à l'infini, dans ce qui n'est en effet même plus tout à fait du droit, même pas voisin, surtout pas du savoir malgré les qualifications catégoriques faisant office, tout au plus le vague souvenir hérité d'une émotion perdue. Une recherche parallèle pourrait alors être menée aussi, comme au profit de la sociologie de la doctrine, sur les thèmes des colloques, journées d'études, conférences tenus. Le passage, en l'espace de quelques années seulement, de thèmes juridiques classiques à d'autres ayant trait à l'image en général et à des questions plus «transversales»,

---

d'autant plus qu'ils sont, s'il le faut, véhiculés par des renégats, rarement honteux, du marxisme-léninisme». Par charité, on ne citera pas davantage: il y a des naufragés qui s'égarent, des choses et des facultés qui se perdent, dans le vent comme dans l'amer. Mais les mots, même les pires, toujours servent – à la recherche et à la mémoire.

<sup>4</sup> Malgré les écrits répétés d'un J. PRADEL en récidive légale, qui ne sont pas sans rappeler ceux du Professeur J. ROBERT ramenant au détail les droits de l'homme et la Convention européenne qui leur est consacrée – avant de rebaptiser, une fois le vent sûr et favorable, son manuel de libertés publiques *Droits de l'homme et libertés fondamentales*, chez Montchrestien (8<sup>e</sup> éd., 2009).

<sup>5</sup> Contagieuse, la faute ne frappe pas seulement la plupart des manuels: reprise de main en main sans vérification élémentaire excessive, elle se retrouve parfois jusque dans l'intitulé de thèses de doctorat en droit plus ou moins consacrées à un instrument pourtant connu. Peut-être trop pour être simplement lu. Généralement désigné «Convention européenne des droits de l'homme», il a pour titre exact « Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales ». Cela dit, il arrive aussi au juge national parfois élevé pourtant de se tromper lourdement, dans les intitulés et parfois dans le fond, mais toujours dans cette terre approximative que les droits de l'homme doivent être: voy. par exemple, confondant sans ambages le Pacte des Nations Unies sur les droits civils et politiques avec son pendant consacré aux droits économiques, sociaux et culturels, un arrêt de la cour d'appel de Caen du 12 nov. 2002.

<sup>6</sup> Là encore, tout est parfois dans le titre: voy. O. DE FROUVILLE, *L'intangibilité des droits de l'homme en droit international*, Pedone, 2004.

<sup>7</sup> Le mot là encore n'existe que dans l'imagination très répétitive de qui l'emploie.



frappe<sup>8</sup>. On ne peut s'empêcher de penser que le glissement est sans doute allé plus loin encore, même inconsciemment, mais réellement et collectivement : lorsque deux frères tueurs ont fait irruption dans la salle de rédaction d'un journal satirique, en janvier dernier à Paris, ce ne sont pas des assassinats que le peuple au cœur levé, puis tout entier levé, a vus. Même pas vraiment d'ailleurs des attentats terroristes. Non, ce qu'il a vu, d'abord et enfin, quoi qu'on en dise aujourd'hui, c'est une atteinte, sur son sol et sur le leur, aux droits de l'homme. Pas tellement le droit à la vie, trop cru, pas assez imagé pour s'enfuir, plutôt le droit à la liberté d'expression. Mais en elle, pas non plus la considération pourtant élémentaire et d'ordre public aussi des droits d'autrui, comme le droit de chacun au simple respect de ses convictions.

On s'est beaucoup moqué, des droits de l'homme à leur début, comme de ceux ensuite qui pensaient pouvoir y prétendre, à égalité simplement républicaine, libre et fraternelle. On a eu tort de jouer sur la peur, qui préexiste et n'appelle que le danger correspondant. La crise économique nous a sans doute aussi ramenés chacun à soi, comme divertis de l'autre. Mais le temps n'est pas mort. Le droit pas complètement encore. Et les droits de l'homme sont toujours sa raison.

---

<sup>8</sup> Voy. certaines rencontres récentes consacrées par exemple à la fiction, à l'image du juge, à la rupture, à l'illusion ou encore au(x) visage(s), et rapp. P. LAMBERT, *Les droits de l'homme dans les «Mélanges»*, Anthemis, Droit & Justice, n° 101, 2012.



LINA PANELLA \*

### LA REVOCA DELLA CITTADINANZA NEL QUADRO DELLA LOTTA AL TERRORISMO INTERNAZIONALE

SOMMARIO: 1. Introduzione - 2. La cittadinanza è un diritto dell'individuo? - 3. Il fenomeno dei *foreign fighters* e la revoca della cittadinanza come misura per contrastarlo. 3.1. I caratteri distintivi del fenomeno dei *foreign fighters* e sua dimensione. - 3.2. Cosa si intende per revoca della cittadinanza e le diverse posizioni degli Stati. 4. - È legittima la revoca della cittadinanza secondo il diritto internazionale? - 4.1. L'atteggiamento della comunità internazionale nei confronti dell'apolidia. - 5. La risposta europea alla risoluzione n 2178. - 6. Conclusioni.

#### 1. Introduzione

Il 24 settembre 2014 il Consiglio di Sicurezza ha adottato all'unanimità, ai sensi del capitolo VII della Carta delle Nazioni Unite, la Ris. 2178(2014) con cui obbliga gli Stati ad adottare una serie di misure per fronteggiare i combattenti terroristi stranieri, di cui dà una puntuale definizione nel quinto paragrafo del dispositivo<sup>1</sup>. Non è questa la sede per un esame approfondito della risoluzione né delle critiche che ad essa sono state mosse<sup>2</sup> sia per l'esercizio da parte del Consiglio di Sicurezza di poteri legislativi non previsti dalla Carta delle Nazioni Unite, sia per la mancanza di una definizione di terrorismo<sup>3</sup>. Quello che ai fini

---

\* Professore ordinario di Diritto internazionale, Università degli Studi di Messina.

<sup>1</sup> Si legge infatti nel par. 5 della risoluzione «*Décide que les États Membres doivent, dans le respect du droit international des droits de l'homme, du droit international des réfugiés et du droit international humanitaire, prévenir et éliminer les activités de recrutement, d'organisation, de transport ou d'équipement bénéficiant à des personnes qui se rendent dans un État autre que leur État de résidence ou de nationalité dans le dessein de commettre, d'organiser ou de préparer des actes de terrorisme, ou afin d'y participer ou de dispenser ou recevoir un entraînement au terrorisme, ainsi que le financement des voyages et activités de ces personnes*».

<sup>2</sup> Per un esame della risoluzione solo a titolo esemplificativo, cfr. R. CADIN, *Il Consiglio di Sicurezza torna a legiferare nella risoluzione 2178 (2014)*, in questa *Rivista*, n. 4/2014, pp. 857-859.

<sup>3</sup> La risoluzione privilegia un approccio preventivo al fenomeno prevedendo tre tipi di intervento: il contrasto alla radicalizzazione e all'estremismo violento, l'adozione di misure di prevenzione, soprattutto per quanto riguarda il movimento dei sospetti terroristi, richiedendo agli Stati una risposta giudiziaria al fenomeno, anche nei confronti di atti c.d. preparatori, cioè che precedono la commissione di un atto terroristico.

della indagine condotta nelle pagine seguenti occorre mettere in evidenza è che, malgrado il ripetuto e quasi eccessivo richiamo alle norme di protezione internazionale dei diritti dell'uomo, del diritto internazionale dei rifugiati e del diritto internazionale umanitario, in esecuzione della risoluzione, in ambito europeo, diversi Stati hanno introdotto misure relative al ritiro dei permessi di soggiorno e dei documenti di viaggio, fino ad arrivare alla misura estrema della revoca della cittadinanza.. È quest'ultimo aspetto a destare preoccupazione sul piano giuridico, e la «novità» di tale misura, per la sua gravità e per le molteplici implicazioni ad essa connesse, merita qualche riflessione.

## 2. La cittadinanza è un diritto dell'individuo?

La prima questione da affrontare è stabilire se la cittadinanza è un diritto dell'individuo o un potere dello Stato, esercitato in modo discrezionale secondo le proprie disposizioni legislative.

L'esame della dottrina e della giurisprudenza in tale materia dimostra come nel tempo si sia verificata una singolare evoluzione, di cui è utile evidenziare, anche se solo per grandi linee, le varie tappe<sup>4</sup>. Infatti, fino a non molto tempo addietro era principio universalmente accolto dalla dottrina che «*nationalité d'un État particulier est une affaire à fixer par la loi nationale de chaque État*»<sup>5</sup>. In altri termini era *communis opinio* che il diritto interno di ogni Stato potesse determinare le condizioni per l'acquisto o la perdita della cittadinanza, rientrando tale materia nel dominio riservato degli Stati. Oggi, al contrario, anche la dottrina più conservatrice riconosce che la liberà dello Stato di concedere o revocare la cittadinanza subisca una serie di limiti derivanti dal diritto internazionale. Un impulso fondamentale a questa evoluzione è stato dato dall'affermarsi dei principi fondamentali di protezione dei diritti umani.

In questa prospettiva *il diritto ad una cittadinanza* diventa la conseguenza inevitabile della centralità assunta, nella comunità internazionale, dalla persona umana. Non è certo qui la sede per approfondire il dibattito dottrinale, né la prassi e la giurisprudenza internazionale che oggi ci permette di affermare che il diritto ad una cittadinanza<sup>6</sup>, quale condizione necessaria non solo per godere della protezione di uno Stato, ma anche per consentire ai singoli di sentirsi parte integrante e soggetti attivi di una determinata comunità territoriale, sia ormai divenuto norma inderogabile di diritto internazionale. Ovviamente perché tale diritto divenga effettivo è necessario che sia ulteriormente specificato, stabilendo con precisione nei confronti di quale Stato può essere fatto valere, e prima ancora, definirne puntualmente il contenuto.

Al fine di un migliore inquadramento sistematico dell'indagine, è necessario fare alcuni brevi chiarimenti. Le questioni riguardanti la cittadinanza sono state oggetto di alcuni progetti di codificazione e di numerose convenzioni internazionali: di diritto internazionale

<sup>4</sup> È necessario sottolineare che quando si fa riferimento all'esistenza di norme di diritto internazionale che possono limitare la competenza statale in materia di cittadinanza, il riferimento è ovviamente alle norme di diritto internazionale generale, in quanto lo Stato è sempre libero di stipulare accordi internazionali in tale materia che abbiano valore di *lex specialis*.

<sup>5</sup> E. BORCHARD, *Protection diplomatique des nationaux à l'étranger*, in *Ann. inst. droit int.*, 36, 1931, 277.

<sup>6</sup> Sull'argomento ci sia consentito rinviare al nostro volume, *La cittadinanza e le cittadinanze nel diritto internazionale*, Napoli, 2008.

privato, in relazione agli eventuali conflitti di legge che si possono verificare, e di diritto internazionale pubblico, con riferimento soprattutto al trattamento degli stranieri. Seguendo i lavori di codificazione che si sono svolti in argomento, si coglie la tendenza, in un primo tempo avanzata timidamente, ma poi in modo più accentuato, verso la qualificazione della cittadinanza come diritto inerente all'essere umano, piuttosto che come una prerogativa esclusiva dello Stato. Di diritto ad una cittadinanza, infatti, non si parla nei primi atti internazionali adottati in materia subito dopo la prima guerra mondiale, seguendo gli orientamenti della dottrina e della giurisprudenza del tempo, basate sul principio della competenza esclusiva dello Stato.

Tale principio, ad esempio, non è mai stato messo in discussione durante i lavori dell'*Institut de Droit International*. Il tentativo di introdurre nel preambolo del rapporto supplementare presentato alla sessione di Stoccolma del 1928 da Reuterskjöld un *considerando* che, riferendosi al ruolo crescente del diritto internazionale nelle relazioni interstatali, poteva essere interpretato nel senso di limitare la competenza esclusiva dello Stato, non solo non ebbe esito positivo, ma suscitò le vibranti proteste da parte di numerosi Stati. Ancora la competenza esclusiva in materia di cittadinanza dello Stato nazionale è riconosciuta espressamente nel progetto di Convenzione sulla cittadinanza preparato dalla *Harvard Law School* nel 1929<sup>7</sup>, anche se, in termini estremamente generici, si prevede la possibilità che il potere statale possa essere limitato da eventuali accordi internazionali ratificati dagli Stati o da disposizioni di carattere generale. Come già evidenziato, un nuovo modo di affrontare la cittadinanza come diritto individuale e non come manifestazione della competenza esclusiva dello Stato, comincia a manifestarsi in coincidenza con l'affermazione dei principi in materia di protezione internazionale dei diritti dell'uomo.

Al riguardo la Dichiarazione Universale dei diritti dell'uomo, adottata dall'assemblea generale delle Nazioni Unite il 10 dicembre 1948 prevede, fra i diritti fondamentali dell'individuo, il diritto ad una cittadinanza<sup>8</sup>. Indipendentemente dalle variegate posizioni della dottrina e della giurisprudenza sul valore giuridico della Dichiarazione universale, la disposizione dell'articolo 15, data la sua genericità non è di immediata applicazione, poiché non specifica *quale sia la cittadinanza* di cui l'individuo dovrebbe godere né indica quali mezzi di ricorso l'individuo avrebbe a disposizione in caso di rifiuto. Tuttavia l'inclusione del diritto ad una cittadinanza fra i diritti individuali che gli Stati devono riconoscere, rappresenta certamente un superamento delle concezioni tradizionali stato-centriche, e delinea *in nuce* un principio destinato ad importanti sviluppi.

Tale elemento di novità, tuttavia, non trova riscontro nei successivi Patti internazionali sui diritti dell'uomo, il *Patto sui diritti civili e politici* e il *Patto sui diritti economici, culturali e sociali* - i primi strumenti giuridici universali a carattere vincolante sui diritti umani in generale - che non contengono alcun riferimento al diritto ad una cittadinanza, né alcun richiamo all'art.15 della Dichiarazione<sup>9</sup>. D'altronde la diversità delle opinioni espresse

---

<sup>7</sup> L'art. 2 di tale progetto, infatti, stabilisce che «*each State may determine by its Law who are its Nationals*». Per il testo del progetto di Convenzione v. *Am. Jour. Int. Law*, suppl. 1929, p.13

<sup>8</sup> Si legge nell'art. 15.1 «*Tout individu a droit à une nationalité*. L'articolo prosegue, al co. 2, prevedendo *Nul ne peut être arbitrairement privé de sa nationalité, ni du droit de changer nationalité*».

<sup>9</sup> Un fugace cenno alla questione della cittadinanza si rinviene nell'art. 24 par. 3 del Patto sui diritti civili e politici, peraltro con riguardo solo ai minori, in quanto stabilisce che «*tout enfant a le droit d'acquérir une nationalité*». Si tratta però, anche in questo caso, di una norma generica che presenta le stesse lacune di contenuto già rilevate a proposito dell'art.15 della Dichiarazione universale. Una norma di ugual tenore è quella contenuta nell'art.7.1 della Convenzione sui diritti del fanciullo del 1989. Sull'argomento cfr., fra gli

durante i lavori preparatori dei Patti, dimostra che, all'epoca non si è ancora affermata l'esistenza del diritto in parola in capo all'individuo, ma soprattutto, aspetto che ci sembra più significativo, che gli Stati non sono disposti ad assumere obblighi precisi e spingersi oltre le mere dichiarazioni di principio, come quelle contenute nella Dichiarazione Universale<sup>10</sup>.

Di diritto ad una cittadinanza si parla, invece, nei lavori di codificazione della Commissione del diritto internazionale delle Nazioni Unite, il più delle volte con riferimento al problema dell'apolidia. Ed invero, posto che l'apolidia indica la condizione giuridica in cui si trova l'individuo privo di qualsiasi cittadinanza, si comprende bene come l'esame di questi due fenomeni, apparentemente opposti, sia, in realtà, strettamente collegato. D'altra parte se si riconosce che lo Stato sia assolutamente libero di adottare le norme che ritiene più opportune sull'acquisto o sulla perdita della propria cittadinanza, esso, senza commettere alcun atto illecito, potrebbe moltiplicare i casi di apolidia. Ecco perché la questione della *nationalité y compris l'apatridie* è stata inserita nell'agenda della Commissione del diritto internazionale, fin dal 1949, anche se senza un ruolo prioritario.

Se a livello universale, il diritto ad una cittadinanza è stato affermato soprattutto in progetti di articoli elaborati dalla Commissione del diritto internazionale, non rappresentando quindi la *lex lata*, ma piuttosto un diritto in formazione, esso trova una più incisiva consacrazione in atti giuridici adottati in ambito regionale.

Nell'ambito degli strumenti regionali di protezione dei diritti dell'uomo in generale, il diritto individuale ad una cittadinanza è previsto nella *Convenzione interamericana relativa ai diritti dell'uomo* del 22 novembre 1969, all'art.20, che riproduce sostanzialmente l'art.15 della Dichiarazione Universale<sup>11</sup>. La Corte interamericana dei diritti dell'uomo, organo della Convenzione, chiamata a pronunciarsi sull'argomento, ha stabilito, fra l'altro, che se è comunemente accettato che l'attribuzione e la regolamentazione della cittadinanza ricadono nella competenza statale, tale principio è limitato *par les nécessités qu'impose le droit international pour la protection des droits de l'homme*<sup>12</sup>: in altri termini la competenza dello Stato deve essere

---

altri, I. ZIEMELE, *A Commentary on the United Nations Convention on the Rights of the Child; Articles on Registration, Name and Nationality and the Right to Know are be Cared for by parents*, The Hague, 2007.

<sup>10</sup> In questo senso J. M. M. CHAN, *The Right to a Nationality as human Right: the current Trend towards Recognition*, in *Hum. Rights Law Rev.*, 1991, p. 5, il quale sostiene che la mancata previsione del diritto ad una cittadinanza nei Patti è la dimostrazione, non solo della complessità del problema, ma anche della mancanza di una *communis opinio* tra gli Stati.

<sup>11</sup> L'art. 20 della Convenzione interamericana recita «every Person has the Right to the Nationality of the State in whose Territory he was born if he does not have the Right to any other Nationality». La Convenzione interamericana sui diritti umani o Patto di San José di Costa Rica è stata adottata dalla Conferenza interamericana sui diritti umani il 22 novembre 1969 ed è entrata in vigore il 18 luglio 1978. Sulla Convenzione interamericana in generale, cfr. fra gli altri, C. ZANGHÌ, *La Convenzione interamericana dei diritti dell'uomo*, in *Com. int.*, 1970, p.266; H. GROSS ESPIELI, *La Convention américaine et la Convention européenne des droits de l'homme. Analyse comparative*, in *Recueil des cours*, 1989, vol. 218, p.167; R. NIETO NAVIA, *Introducción al sistema interamericano de protección a los derechos humanos*, Bogotá, 1993; D. J. HARRIS, *The Inter-American System of Human Rights*, Oxford, 1998; A. A. CANÇADO TRINDADE, *La Convention américaine relative aux droits de l'homme et le droit international général*, Bruxelles, 2004; G. CITRONI, *Dalla Dichiarazione di Bogotá al sistema della Convenzione americana dei diritti umani*, in L. PINESCHI (a cura di), *La tutela internazionale dei diritti umani. Norme, garanzie e prassi*, Milano, 2006, p. 607 ss; M. PACHECO GOMEZ, *Il sistema interamericano di protezione dei diritti umani*, in *Dir. uomo*, 2006, n. 1, p. 11 ss;

<sup>12</sup> Cfr. *Propositions d'amendements aux dispositions de la Constitution politique du Costa Rica sur la naturalisation*, in *Hum. Rights Law Rev.*, 1984, vol. 5, p. 161. La Corte interamericana, nella sentenza dell'8 settembre 2005 nel caso *Yean and Bosico v. the Dominican Republic*, pronunciandosi in sede di ricorso individuale nei confronti di uno Stato contraente, ha definito il diritto alla cittadinanza, sancito dall'art.20 della Convenzione interamericana «derecho fundamental de la persona humana», specificando che la cittadinanza deve essere intesa come «la expresión



compatibile con gli obblighi internazionali, pattizi e consuetudinari che gli derivano dalle norme sulla protezione internazionale dei diritti umani.

Nel continente europeo, la *Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali* del Consiglio d'Europa del 1950, invece, non prevede il diritto di ogni individuo ad una cittadinanza: tale omissione potrebbe sorprendere poiché l'individuo che si intende proteggere, è inserito in una collettività statale e dunque la cittadinanza costituisce, come più volte affermato in precedenza, il collegamento essenziale fra individuo e tale collettività<sup>13</sup>. Sebbene la giurisprudenza degli organi della Convenzione europea, abbia confermato più volte che «il diritto al riconoscimento di una cittadinanza determinata non figura in quanto tale fra i diritti e le libertà garantiti dalla Convenzione»<sup>14</sup>. Ad una più attenta lettura, il rigore di una soluzione come quella prospettata in linea di principio - cioè il non riconoscimento del diritto ad una cittadinanza - trova un temperamento sempre più incisivo certamente, più rispondente allo scopo della Convenzione. Da tale giurisprudenza, soprattutto quella più recente, infatti, emerge un nuovo concetto di “cittadinanza” intesa come appartenenza ad una determinata comunità più che ad uno Stato, e comunque come diritto dell'individuo quale presupposto necessario per il godimento di determinate situazioni giuridiche<sup>15</sup>.

La materia della cittadinanza e le sue implicazioni sulla protezione internazionale dei diritti umani, altresì, sono state da sempre oggetto di studio e di approfondimento da parte del Consiglio d'Europa, ed, in particolare, il diritto ad una cittadinanza ha trovato un espresso riconoscimento come norma di applicazione generale in una serie di atti giuridici, vincolanti e non<sup>16</sup>. In tale ambito, il risultato più rilevante è rappresentato dalla *Convenzione*

---

*jurídica de un hecho social de conexión de un individuo con un Estado*». Sulla Corte interamericana e la sua giurisprudenza cfr. S. DAVIDSON, *The Inter-American Court of Human Rights*, Dartmouth, 1992; J. M. PASQUALUCCI, *The Practice and Procedure of the Inter American Court of Human Rights*, Cambridge, 2003; H. TIGROUDJA, I. K. PANOUSIS, *La Cour interaméricaine des droits de l'homme: analyse de la jurisprudence consultative et contentieuse*, Bruxelles, 2003; A. A. CANÇADO TRINDADE, *Le nouveau règlement de la Cour interaméricaine de droits de l'homme: réflexions sur la condition de l'individu comme sujet du droit international*, Bruxelles, 2004.

<sup>13</sup> Secondo alcuni autori, questa omissione, non deve sorprendere, in quanto la Convenzione ha preso le mosse dalla concezione tradizionale secondo la quale è il cittadino, cioè colui che possiede lo *status civitatis*, ad essere titolare di diritti, e comunque la CEDU risente delle sue origini post -conflitto nonché di un contesto storico assai differente rispetto all'attuale. In questo senso, M. DE SALVIA, *Nazionalità in senso formale e nazionalità in senso sostanziale nella Convenzione europea dei diritti dell'uomo*, in *Riv.int.dir.uomo*, 1995, p.11; CAMERON, M. KIRILOVA ERIKSSON, *An introduction to the European Convention on Human Rights*, 2th ed., Uppsala, 1995, p.110.

<sup>14</sup> Ad es. v. decisione n.11278/84, D.R., 43, p.216.

<sup>15</sup> Sull'argomento, V. STARACE, *La Convenzione europea dei diritti dell'uomo e l'ordinamento italiano*, Bari, 1992; M. DE SALVIA, *Nazionalità in senso formale e nazionalità in senso sostanziale nella Convenzione europea dei diritti dell'uomo*, cit., p.10; P. PUSTORINO, *L'interpretazione della Convenzione europea dei diritti dell'uomo nella prassi della Commissione e della Corte di Strasburgo*, Napoli, 1998; F. DURANTE, M. F. GENNARELLI, *I diritti dell'uomo in Italia*, Milano, 1998; F. RASPADORI, *I trattati internazionali sui diritti umani ed il giudice italiano*, Milano, 2000; S. BARTOLE, B. CONFORTI, G. RAIMONDI, *Commentario alla Convenzione europea per la tutela dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali*, Padova, 2001; S. BARTOLE, P. DE SENA, W. ZAGREBELSKY, *Commentario breve alla Convenzione europea dei diritti dell'uomo*, Padova, 2012.

<sup>16</sup> Il Consiglio d'Europa si occupa di problemi relativi alla cittadinanza da lungo tempo. Il 6 maggio 1963 è stata adottata la *Convenzione sulla riduzione dei casi di cittadinanza multipla e sugli obblighi militari in caso di una pluralità di cittadinanze* (STE n. 43) - entrata in vigore il 28 marzo 1968 a cui si sono aggiunti il 24 novembre 1977 (STE n.95 e STE n.96) un protocollo addizionale - entrato in vigore il 17 ottobre 1983 ed un protocollo di modifica - entrato in vigore l'8 settembre 1978 - e un secondo protocollo il 2 febbraio 1993 (STE n.149) entrato in vigore il 24 marzo 1995. Nel 1977 il Comitato dei ministri ha adottato le Ris. (77) 12 e 13, aventi ad oggetto, rispettivamente la cittadinanza dei congiunti di nazionalità differenti e la cittadinanza dei bambini nati nel



europea sulla nazionalità aperta alla firma a Strasburgo il 6.11. 1997<sup>17</sup>, che, per la prima volta, racchiude in un unico testo la disciplina di tutta una serie di questioni in materia di cittadinanza.

Il principio generale che ispira la Convenzione è contenuto nell'art. 3, secondo cui la legislazione dello Stato nel determinare i requisiti necessari per l'acquisto/perdita della propria cittadinanza, deve uniformarsi a «*les conventions internationales applicables, à le droit international coutumier et aux principes de droit généralement reconnus en matière de nationalité*». Il successivo art. 4, elenca, poi, i principi che gli Stati devono osservare nell'adottare le rispettive legislazioni in materia di cittadinanza. L'elencazione è tassativa, e lo Stato non può discostarsi da essa senza incorrere in una situazione di responsabilità. La lett. a) dell'articolo da ultimo citato fa espresso riferimento al diritto di ogni individuo ad avere una cittadinanza e tale diritto viene considerato la "norma base" dell'intero sistema giuridico creato dalla Convenzione<sup>18</sup>. Conseguentemente ci sembra di poter affermare che l'art.4 della Convenzione in esame, codifica il passaggio, l'evoluzione, in materia di cittadinanza dalla competenza esclusiva dello Stato, alla competenza concorrente con l'ordinamento internazionale, realizzando un adeguato bilanciamento tra gli interessi dello Stato e quelli dell'individuo: si afferma il diritto dell'individuo *ad una cittadinanza* ma sono le norme di diritto interno a definire le condizioni per l'acquisto *di una determinata cittadinanza*, in osservanza delle norme internazionali in materia, superando i rigidi principi dello *ius soli* o dello *ius sanguinis*.

Il diritto ad una cittadinanza nella Convenzione, rappresenta il riflesso dell'obbligo imposto agli Stati di evitare l'apolidia, previsto dalla lett. b dello stesso articolo,<sup>19</sup> e su cui ritorneremo nelle pagine seguenti.

---

matrimonio. La prima risoluzione raccomanda ai governi di adottare tutte le misure necessarie per permettere ai congiunti stranieri dei loro cittadini di poter acquistare la loro cittadinanza in condizioni più favorevoli di quelle che sono previste per gli stranieri in generale e di eliminare la distinzione tra mariti stranieri e spose straniere per quanto concerne l'acquisizione della loro cittadinanza. La seconda risoluzione raccomanda agli Stati di accordare la loro cittadinanza ai bambini nati nel matrimonio, o di facilitarne l'acquisizione, se uno dei genitori possiede tale cittadinanza. L'Assemblea parlamentare, ha inoltre adottato una serie di raccomandazioni riguardanti la cittadinanza, invitando in particolare gli Stati membri a facilitare la naturalizzazione dei rifugiati stabiliti nel loro territorio. In particolare, nel 1988 è stata adottata la Ris. 1081, relativa ai problemi di cittadinanza nei matrimoni misti in cui si auspica che ciascuno dei coniugi possa acquisire la cittadinanza dell'altro senza perdere la propria, e che i bambini, nati da tali unioni, possano essere autorizzati ad acquisire e conservare la cittadinanza di entrambi i genitori.

<sup>17</sup> La Convenzione è entrata in vigore il 1° marzo 2000 tre mesi dopo il deposito dello strumento di ratifica da parte di tre Stati membri del Consiglio d'Europa, così come stabilito dal suo art. 27. Un numero estremamente limitato di ratifiche si giustifica, come si legge nel rapporto esplicativo di tale Convenzione, proprio «*eu égard à l'importance de cette Convention pour de nombreux États*», per cui «*ne saurait être retardée par l'exigence d'un nombre élevé de ratifications*». Inoltre, proprio per l'importanza che riveste la convenzione e per la necessità di rafforzare la cooperazione tra gli Stati in tale materia, il suo art. 28 prevede che essa è aperta anche all'adesione di Stati non membri del Consiglio d'Europa. cfr. *Rapport explicatif sur la Convention européenne sur la nationalité* (STE n.166) p.19. Di cittadinanza e apolidia si occupa anche la *Convenzione sulla prevenzione dei casi di apolidia in relazione alla successione degli Stati*, adottata il 19 maggio 2006 ed entrata in vigore il 1 maggio 2009. L'Italia non ha ratificato nessuna di queste due convenzioni.

<sup>18</sup> Si legge all'art.4 della Convenzione «*Les règles sur la nationalité de chaque État partie doivent être fondées sur les principes suivantes :a) chaque individu a droit à une nationalité ; b) l'apatride doit être évitée ; c) nul ne peut être arbitrairement privé de sa nationalité ;d) ni le mariage, ni la dissolution du mariage entre un ressortissant d'un État partie et un étranger, ni le changement de nationalité de l'un des conjoints pendant le mariage ne peuvent avoir d'effet de plein droit sur la nationalité de l'autre conjoints*».

<sup>19</sup> Nel *Rapport explicatif sur la Convention européenne*. p. 2 tale obbligo è definito di natura consuetudinaria.

Da quanto affermato, anche se a grandi linee nelle pagine precedenti, oggi esiste un *corpus iuris* che riconosce in capo agli individui di un diritto ad una cittadinanza ed un corrispondente obbligo statale di evitare i casi apolidia. Due sono i fattori che in proposito hanno giocato un ruolo determinante. In primo luogo la «scomparsa» di alcuni Stati nazionali, e la conseguente creazione di nuovi soggetti internazionali. Come dimostrano i casi emblematici dell'Unione Sovietica e della Jugoslavia, i sommovimenti geopolitici della fine del 900, che hanno ovunque cancellato cittadinanze esistenti, ne hanno creato di nuove e, molte volte, hanno lasciato individui o gruppi di individui privi di alcuna cittadinanza.

La seconda causa dell'affermazione di tale diritto che viene in rilievo è l'incremento di flussi migratori, ( peraltro spesso determinati dalla dissoluzione di precedenti compagini statali o, come di recente, da conflitti interni ed internazionali ), che hanno causato rilevanti trasformazioni nella composizione dei «popoli» degli Stati e dato origine a nuove ed inedite rivendicazioni con le quali un crescente numero di Stati deve confrontarsi. La comunità internazionale ha cercato di far fronte a queste esigenze ed alla necessità di elaborare nuove norme idonee a stabilire puntuali obblighi inequivocabili per gli Stati, essendo di tutta evidenza che il potere statale, libero da qualsiasi condizionamento in materie così delicate come la cittadinanza, potrebbe portare alla violazione dei diritti fondamentali dell'individuo, ormai universalmente riconosciuti.

### 3. Il fenomeno dei *foreign fighters* e la revoca della cittadinanza come misura per contrastarlo

Se a livello internazionale, anche grazie ad una copiosa giurisprudenza ed alle convenzioni internazionali più recenti stipulate in materia, si è affermato in modo sempre più deciso, il diritto individuale ad una cittadinanza, sia per evitare i casi di apolidia che come diritto fondamentale dei singoli, dopo l'adozione della Ris. 2178 si è verificato un arretramento da tali posizioni. Infatti alcuni Stati, con una interpretazione strumentale di alcune disposizioni della risoluzione citata, hanno previsto la possibilità di revoca della cittadinanza come misura per fronteggiare il terrorismo internazionale. L'adozione di tale strategia riguarderebbe soprattutto i c.d. *foreign fighters*, cioè i combattenti stranieri, vale a dire quei cittadini europei di fede islamica che sono ritornati nei loro Paesi di origine dopo aver combattuto per anni sui campi di battaglia del Medio oriente e del Nord Africa. È proprio la possibilità del rientro in Patria ( non a caso i *foreign fighters* vengono anche definiti i «rientrati»), che permetterebbe a tali individui di portare la guerra di religione in Europa, di cui l'attacco al Charlie Hebdo ( ed i recenti eventi in Tunisia) sono solo un esempio, che si vuole impedire privando queste persone della cittadinanza.

A tale proposito è da sottolineare che il diritto di avere una cittadinanza di cui si è detto in precedenza, implica il diritto di acquisire una cittadinanza, di conservarla e di cambiarla. In tal senso il diritto di conservare una cittadinanza corrisponde al divieto della privazione arbitraria di essa, così come espressamente previsto dall'art.15 co.2 della Dichiarazione universale<sup>20</sup>.

---

<sup>20</sup> Riguardo la revoca della cittadinanza è da ricordare la Ris. 50/152 dell'Assemblea generale del 9 febbraio 1996 in cui, al par.16, si afferma: «On demande aux États d'adopter des lois sur la nationalité qui permettent de réduire les cas d'apatridie, compte tenu des principes fondamentaux du droit international, en particulier en interdisant la privation arbitraire de la nationalité et en supprimant les dispositions qui permettent à une personne de renoncer à sa nationalité alors

Ma prima di esaminare la legittimità o meno di tale misura sembra necessario fare alcune precisazioni. Innanzitutto quali sono i caratteri distintivi del fenomeno dei *foreign fighters* e quale è la sua dimensione. In secondo luogo cosa si intende per revoca della cittadinanza.

### 3.1. Caratteri distintivi del fenomeno dei foreign fighters

Ad oggi sarebbero almeno 4000 gli europei partiti, negli ultimi due anni per combattere in Iraq, Siria, Libia e Mali tra le fila di gruppi jihadisti quali ISIL, Al-Nusra, Ansar al Sharia. Di questi circa 600 sarebbero negli ultimi mesi rientrati in Europa. Quello dei *foreign fighters* non è comunque un fenomeno nuovo, in quanto dal 1980 a oggi si stima che tra i 10 mila e i 30 mila combattenti stranieri abbiano preso parte ai conflitti nel mondo musulmano: l'Europa purtroppo sembra essersi accorta troppo tardi di un fenomeno già vecchio. Gli elementi nuovi che, invece, emergono, riguardano innanzitutto il numero e la pericolosità di queste persone: non si tratta più dei c.d. "lupi solitari" o auto-radicalizzati dell'ultima ora<sup>21</sup>, ma questi individui sono spesso inseriti in una rete di supporto logistica e di contatti strutturata, formata da simpatizzanti ma anche da chi è rientrato dai fronti della jihad. Inoltre questi individui hanno accesso ad armi di diverso tipo ed esplosivi provenienti dal mercato nero attraverso canali che si dipanano soprattutto via Libia<sup>22</sup>.

Attuare delle contromisure per fronteggiare il fenomeno non è semplice: incrementare la cooperazione già in atto tra le agenzie di *intelligence* può essere certamente uno strumento importante, così come uno stringente controllo di polizia sui soggetti ad alto rischio radicalizzazione. Tuttavia, come dimostrato dal fallimento dei servizi di sicurezza e di *intelligence* nel caso dell'attacco al settimanale Charlie Hebdo, è estremamente difficile prevenire azioni così ben pianificate. A rendere l'individuazione di questi individui non semplice è la circostanza che l'avvicinamento allo jihadismo non avviene più attraverso la frequentazione delle Moschee radicali del Vecchio continente, molte delle quali sono da tempo sotto il controllo dei servizi di sicurezza, ma passa per canali più sfuggenti e meno tradizionali come le carceri, le palestre o addirittura le manifestazioni politiche.

Per tali motivi, molti paesi stanno adottando delle leggi *ad hoc* per contrastare la minaccia dei "rientrati", e la revoca della cittadinanza per costoro è una delle misure ipotizzata.

### 3.2. Cosa s'intende per revoca della cittadinanza e le diverse posizioni degli Stati.

Come sottolineato dal Segretario generale nel suo rapporto annuale al Consiglio dei diritti umani del 19 dicembre 2013<sup>23</sup>, bisogna distinguere il caso di "perdita" della cittadinanza, quando la cittadinanza viene meno automaticamente *ex lege*, senza alcun

---

*qu'elle ne possède pas, ou n'a pas acquis au préalable, une autre nationalité, tout en reconnaissant le droit des États d'élaborer des lois régissant l'acquisition, la perte de la nationalité ou la renonciation à celle-ci.*

<sup>21</sup> Come ad esempio i fratelli Tzarnaev responsabili dell'attentato alla maratona di Boston dell'aprile 2013 o come Man Haron Monis, protagonista del sequestro di alcune persone in un caffè del centro di Sydney nel dicembre 2014.

<sup>22</sup> Per una completa disamina dell'attività dei *foreign fighters* cfr. il rapporto di Ben Emmerson, relatore speciale sulle misure contro il terrorismo e i diritti umani del Consiglio dei diritti umani del 16 giugno 2015, A/HRC/29/51.

<sup>23</sup> Rapporto del Segretario generale al consiglio dei diritti umani del 19 dicembre 2013 dal titolo *Droits de l'homme et privation arbitraire de la nationalité*, A/HRC/25/28.

intervento statale, e la “privazione” della cittadinanza quando invece l’individuo perde lo *status civitatis* a causa di atti amministrativi o giudiziari, adottati dalle autorità competenti che si richiamano a espresse disposizioni nazionali. La perdita e la privazione corrispondono a due processi distinti ma conducono entrambi allo stesso risultato: l’individuo non è più considerato cittadino dello Stato di appartenenza e, eccetto nei casi in cui abbia una doppia nazionalità, diviene apolide.

Quale che sia la terminologia utilizzata dalle normative interne è comunque necessario che le disposizioni normative aventi ad oggetto la perdita o la privazione della cittadinanza rispettino determinate condizioni per essere conformi al diritto internazionale, ed in particolare proibiscano la privazione arbitraria della cittadinanza. Come sottolineato dal Segretario generale delle Nazioni Unite nel suo rapporto del 2013 su tale materia, le misure di privazione della cittadinanza devono perseguire uno scopo legittimo, non devono violare i diritti dell’individuo e devono essere proporzionali agli interessi che intendono proteggere. Per quanto concerne l’interpretazione del termine “arbitrario”, esso è espressamente chiarito dal Comitato dei diritti dell’uomo, riguardo al *Patto sui diritti civili e politici*, nella sua Osservazione Generale n.16, in cui si afferma che con la locuzione “ingerenza arbitraria” (*immixtions arbitraires*) ci si riferisce anche all’ingerenza dello Stato prevista dalla legge<sup>24</sup>. Inoltre, nella sua osservazione generale n. 27 il Comitato dei diritti umani ha sottolineato che la nozione di “arbitrario” si applica a tutte le misure legislative, amministrative e giudiziarie adottate dallo Stato, e tale limitazione ha lo scopo fondamentale di garantire che una ingerenza prevista dalla legge sia ragionevole, avuto riguardo alle circostanze particolari cui si riferisce<sup>25</sup>. Per conseguenza, anche se la revoca della cittadinanza può essere prevista dalle leggi nazionali, la sua applicazione deve perseguire uno scopo conforme al diritto internazionale e soprattutto non deve violare le norme internazionali riguardanti la protezione dei diritti umani.

Come si sono adeguati gli Stati a questo divieto di privare arbitrariamente gli individui della loro cittadinanza?<sup>26</sup>

Innanzitutto, è da precisare che le misure di revoca della cittadinanza adottate dagli Stati colpiscono, principalmente, i cittadini naturalizzati. Tale prassi degli Stati è certamente da condannare perché introduce una discriminazione fra coloro i quali sono cittadini dalla nascita e coloro i quali ottengono la cittadinanza in un secondo momento, violando palesemente il principio di non discriminazione. Limitando la nostra indagine ai soli Stati europei<sup>27</sup>, certamente il Regno Unito è il Paese che ha la legislazione più severa. Infatti nel luglio del 2014 il governo britannico ha emendato il British Nationality Act del 1981, rendendo possibile per il Ministro dell’interno, privare della cittadinanza “i cittadini naturalizzati”, anche se tale revoca li rendeva apolide. Questa possibilità è attribuita al rappresentante del governo per motivi di difesa “del bene pubblico” o “di seria minaccia”

<sup>24</sup> Rapporto del Comitato dei diritti Umani alla 43° sessione dell’Assemblea generale. *Doc. Suppl.n.40 A/43/40/1988*

<sup>25</sup> CCPR General Comment: art.12 (freedom of Movement) 2 november 1999 par.11 ss.

<sup>26</sup> Per un esame delle misure legislative suscettibili di avere come effetto di privare gli individui della cittadinanza, cfr. *Droits de l’homme et privation arbitraire de la nationalité*, Rapporto del Segretario generale, A/HRC/25/28 cit.

<sup>27</sup> Sull’argomento cfr. *Le misure anti-terrorismo prese da Belgio, Danimarca, Paesi Bassi, Francia, Regno Unito e Germania, in attesa di soluzioni comunitarie. Quelle di Londra le più restrittive*, in *Eunews*, 9/2/2015.

alla sicurezza pubblica<sup>28</sup>. Con l'emendamento del 2014 si è prevista la possibilità di sequestro dei documenti di viaggio per tutte le persone di nazionalità britannica e per tutti i cittadini dell'UE sospettati di partecipazione ad attività jihadista. Per gli extracomunitari è previsto il ritiro della residenza, il divieto di lasciare il Paese per motivi di sicurezza o il divieto di ingresso. La novità rilevante di tale legge è rappresentata dalla possibilità che il Segretario di Stato possa revocare la cittadinanza per ragione di difesa del «bene pubblico» o «di serie minacce» alla sicurezza pubblica, anche nel caso in cui l'individuo diventi apolide<sup>29</sup>. È questo il caso di Hilal al-Jedda che, acquistata la cittadinanza britannica nel 2000, dopo un periodo di detenzione per motivi di pubblica sicurezza, si vedeva revocata la cittadinanza nel 2007. Poiché tale decisione rendeva Al-Jedda apolide, la Corte suprema britannica nel 2013 annullava la revoca ed obbligava il governo a «restituirgli» la cittadinanza britannica. Con l'approvazione dell'emendamento citato in precedenza, il Ministro dell'interno ha di nuovo privato Al-Jedda della cittadinanza britannica, facendo di lui un apolide<sup>30</sup>.

La legislazione dei Paesi Bassi prevede la possibilità di revocare la cittadinanza, ma solo per chi ha doppio passaporto in quanto le leggi di questo Stato non consentono la negazione della cittadinanza olandese se questa comporta l'automatica determinazione dello status di apolide<sup>31</sup>.

Secondo l'ordinamento francese, invece, è prevista la possibilità di sequestro dei documenti di viaggio (carta di identità, passaporti, visti) per tutte le persone di nazionalità francese e cittadini dell'UE sospettate di partecipazione ad attività jihadista. Per gli extracomunitari è previsto il ritiro della residenza, il divieto di lasciare il Paese per motivi di sicurezza o il divieto di ingresso. Secondo l'art. 25 del *code civil* un individuo può essere privato della cittadinanza nel caso sia condannato per reati particolarmente gravi, come gli atti di terrorismo, *sauf si la déchéance a pour résultat de le rendre apatride*. Da segnalare, per la sua particolarità, è la legislazione in materia di *foreign fighters* della Danimarca. Oltre ad essere prevista la possibilità di sequestro dei documenti di viaggio per tutti i cittadini dell'Unione europea sospettati di partecipazione ad attività jihadista, per i combattenti stranieri che intendono fare ritorno, il governo prevede speciali programmi di reinserimento: vengono offerte cure medico-sanitarie e un lavoro, così da favorire l'integrazione. Queste persone però restano segnalate alle autorità e alle forze dell'ordine e tenute sotto controllo.

Per quanto riguarda l'Italia, il problema dei *foreign fighters* è stato affrontato con il decreto-legge 18 febbraio 2015 n. 7, convertito in legge n. 43 del 19 febbraio 2015, che pur contenendo alcune disposizioni da più parti giudicate non conformi al pieno rispetto dei

<sup>28</sup> A tale proposito significativ è quanto affermato dal Ministro dell'immigrazione Mark Harper: «*Citizenship is a privilege, not a right. The proposal will strengthen the home secretary's power to ensure that very dangerous individuals can be excluded if it is in the public interest to do so*».

<sup>29</sup> In nome della sicurezza nazionale è prevista anche la possibilità di arresti preventivi di persone sospette. Il governo britannico dispone inoltre di una piattaforma on-line la *Counter-Terrorism internet Referral Unit (Ctiru)* dove la cittadinanza può segnalare casi di sospette attività terroristiche. Cfr. M. GOWER, *Deprivation of British Citizenship and Withdrawal of passport facilities*, Library House of Commons, 30 January 2015, standard note SN/HA/6820.

<sup>30</sup> Sull'argomento G. S. GOODWIN-GILL, *Mr. Al-Jedda, Deprivation of Citizenship and international Law*, Paper presented at a Seminar at Middlesex University on 14 February 2014.

<sup>31</sup> Come nei casi, danese, francese e tedesco, anche nei Paesi Bassi è prevista la possibilità di sequestro dei documenti di viaggio per tutti i cittadini dell'UE sospettati di partecipazione ad attività jihadista, mentre per gli extra comunitari è previsto il ritiro della residenza, il divieto di lasciare il Paese per motivi di sicurezza o il divieto di ingresso.



diritti individuali, prevede elusivamente la facoltà del Questore di disporre il temporaneo ritiro del passaporto e la sospensione della validità ai fini dell'espatrio<sup>32</sup>. La legge, comunque, ha principalmente lo scopo di sanzionare penalmente alcune fattispecie specifiche. Secondo l'art. 1.1 della legge di conversione, infatti, coloro che si arruolano per il compimento di atti di violenza, con finalità di terrorismo sono puniti con la reclusione da 5 a 8 anni. Stessa pena è prevista per coloro che organizzano, finanziano o propagandano viaggi finalizzati al compimento di condotte terroristiche (art.1. 2). La legge prevede anche che alla condanna per associazione terroristica, assistenza agli associati, arruolamento e organizzazione di espatrio a fini di terrorismo consegue obbligatoriamente la pena accessoria della perdita della potestà genitoriale «quando è coinvolto un minore».

#### 4. La revoca della cittadinanza è legittima secondo il diritto internazionale?

Si può ritenere legittima, secondo le norme di diritto internazionale sui diritti umani, la revoca della cittadinanza per i *foreign fighters*? In altri termini, accettando come *lex lata* l'esistenza di un diritto individuale alla cittadinanza, ci si deve chiedere se questo diritto sia derogabile ed in quali situazioni tali deroghe siano ammesse. D'altra parte è noto che la maggioranza delle Costituzioni degli Stati contengono norme che disciplinano la sospensione dei diritti fondamentali in situazioni di emergenza. Il problema consiste nel determinare di volta in volta, un necessario bilanciamento tra le esigenze di tutela degli interessi statali e l'irrinunciabilità alla salvaguardia dei diritti fondamentali: quindi di determinare le condizioni per un uso legittimo della facoltà di deroga. In linea generale, si ritiene, che la facoltà di deroga per lo Stato è possibile quando esiste uno stato eccezionale di emergenza, e cioè un pericolo imminente e concreto, che minacci l'insieme della popolazione<sup>33</sup>. Come stabilito espressamente nelle *limitations clauses* dei principali trattati sui diritti umani, la facoltà di deroga dello Stato non può avere carattere preventivo, non può cioè venire adottato per scongiurare l'aggravarsi della situazione. Inoltre la facoltà di deroga, anche se legittimamente esercitata, incontra dei limiti. Il primo di tali limiti è rappresentato dalla proporzionalità, nel senso che lo Stato ha l'onere di dimostrare che esiste una proporzione tra le misure adottate e la gravità della situazione. Si ritiene che una componente fondamentale della proporzionalità sia la durata della deroga: essendo la deroga la risposta ad un evento eccezionale, o di emergenza, essa deve cessare devono cessare quando tale situazione particolare non è più effettiva.

Un altro limite è costituito dall'esistenza di diritti inderogabili, cioè di diritti che devono essere garantiti anche in situazioni di emergenza. L'esistenza di questa categoria è prevista nei più importanti trattati di tutela internazionale dei diritti individuali, ed è unanimemente ammessa dalla dottrina.

<sup>32</sup> In realtà la legge – rubricata misure urgenti per il contrasto al terrorismo, anche di matrice internazionale, nonché proroga delle missioni internazionali delle forze armate e di polizia, iniziative di cooperazione allo sviluppo e sostegno ai processi di ricostruzione e partecipazione alle iniziative delle organizzazioni internazionali per il consolidamento dei processi di pace e di stabilizzazione – pone alcuni problemi soprattutto per le misure previste per contrastare le attività di proselitismo via internet, tanto che il Garante della *privacy* si è dichiarato preoccupato per la mancata proporzionalità tra le esigenze della *privacy* e la sicurezza.

<sup>33</sup> Sull'argomento, solo a titolo esemplificativo, cfr. C. CATALDI, *Le deroghe ai diritti umani in stato di emergenza*, in L. PINESCHI (a cura di), *La tutela internazionale dei diritti umani*, Milano, 2006, p. 711 e la bibliografia ivi citata.



Il terzo limite di carattere generale, conseguenza logica dei primi due, è il dovere dello Stato di rispettare alcune garanzie di ordine procedurale. Al fine di conciliare le esigenze di salvaguardia di diritti umani fondamentali dell'individuo con quelle di protezione interna contro i pericoli che minacciano l'esistenza dello Stato, è stata elaborata, in particolare dalla CEDU, la dottrina del «margine di apprezzamento», cioè dire spetta allo Stato valutare la gravità della situazione per la sua sicurezza interna e decidere quali misure siano necessarie. Certamente il margine di apprezzamento dello Stato non è illimitato, e l'onore della prova per il ricorso alla deroga grava sullo Stato.

La revoca della cittadinanza per i *foreign fighters* presenta le caratteristiche di cui si è detto in precedenza?

Per rispondere a tale quesito il riferimento deve essere fatto a due convenzioni internazionali, una di applicazione generale in quanto adottata nell'ambito delle Nazioni Unite, ed una di applicazione regionale, adottata nell'ambito del Consiglio d'Europa. Ci riferiamo in particolare alla *Convenzione delle Nazioni Unite sulla riduzione dei casi di apolidia* aperta alla firma nel 1961 ed entrata in vigore il 13 dicembre 1975, e alla *Convenzione europea sulla cittadinanza* adottata nel 1997 ed entrata in vigore il 1 marzo del 2000. Non facciamo riferimento all'art.15.2 della Dichiarazione universale dei diritti dell'uomo secondo cui «Nessun individuo può essere arbitrariamente privato della sua cittadinanza, né del diritto di mutare cittadinanza», per le considerazioni fatte nelle pagine precedenti sul valore giuridico della Dichiarazione e sulla vaghezza delle sue disposizioni, poco conducenti ai fini della presente indagine.

La Convenzione delle Nazioni Unite del 1961 distingue la «rinuncia» alla cittadinanza da parte dell'individuo (art. 7.a) dalla privazione della stessa per effetto di una disposizione legislativa interna: in entrambi le ipotesi, comunque, la perdita della cittadinanza deve avere carattere eccezionale, essendo il principio di base della Convenzione quello enunciato nell'art 8.1 cioè «Ogni Stato contraente non priverà una persona della sua cittadinanza, qualora tale privazione rendesse tale persona apolide». Tuttavia una deroga a tale principio generale è previsto dal co. 2 dello stesso articolo secondo cui «Nonostante le disposizioni del presente articolo, una persona può essere privata della cittadinanza di uno Stato contraente: a) nei casi in cui, a norma dei par.4 e 5 dell'art.7, è ammissibile che una persona perda la sua cittadinanza; b) se la cittadinanza è stata ottenuta per mezzo di dichiarazioni false o frodi». Queste disposizioni devono essere letti insieme al co. 3 dello stesso articolo, che prevede la possibilità per lo Stato «di mantenere il diritto di privare una persona della sua cittadinanza qualora al momento della, firma, della ratifica o dell'adesione specifichi l'intenzione di conservare tale diritto su uno o più motivi ... a condizione che tali motivi fossero presenti nel proprio diritto nazionale». Tali motivi, che ammettono una deroga al divieto di creare situazioni di apolidia, si rifanno, in linea generale, alla violazione del principio di lealtà che deve legare un cittadino al proprio Stato, creando grave pregiudizio agli interessi vitali dello Stato stesso<sup>34</sup>. Tuttavia, come sottolinea la Convenzione all'art.8.4, anche in tali casi, la perdita o la privazione della cittadinanza deve rispettare il principio di proporzionalità, con l'obbligo per le autorità competenti dello Stato di verificare se tale

---

<sup>34</sup> L'art. 8.3 richiama i seguenti motivi: «(a) Nel caso in cui, incompatibilmente con il suo dovere di lealtà verso lo Stato Contraente, la persona: 7 (i) In violazione di un divieto esplicito dallo Stato Contraente, abbia reso o continuato a rendere servizi, oppure abbia ricevuto o continuato a ricevere emolumenti da un altro Stato, oppure (ii) Si sia comportata in modo da recare grave pregiudizio agli interessi vitali dello Stato; (b) Nel caso in cui la persona abbia prestato un giuramento, o reso una dichiarazione formale di fedeltà ad un altro Stato, o dato prova definitiva della sua determinazione a ripudiare la sua fedeltà allo Stato Contraente».

perdita sia giustificata in rapporto alla gravità dell'infrazione commessa. In questo senso è necessario tener conto delle possibili conseguenze che la decisione di revoca comporta per l'interessato e, eventualmente per i suoi familiari, sotto il profilo dei diritti di cui gode ogni cittadino, che devono essere oggetto di un apprezzamento puntuale<sup>35</sup>. Tali disposizioni della Convenzione devono essere interpretate in senso restrittivo, non essendo un motivo sufficiente la sola previsione della legge nazionale che impedisca il godimento dei diritti derivanti dallo *status civitatis*.

L'altro trattato internazionale cui bisogna fare riferimento per valutare la legittimità, sul piano internazionale, di norme interne che prevedano la revoca della cittadinanza per i combattenti stranieri, è la *Convenzione europea sulla cittadinanza* del 1997 le cui disposizioni sono più stringenti nei confronti degli Stati circa la possibilità di revocare la cittadinanza a determinate categorie di individui, non prevedendo fra l'altro, la possibilità di apporre riserve, come invece è previsto nella Convenzione esaminata in precedenza. La *Convenzione europea sulla nazionalità*, stabilendo fra i suoi principi fondamentali il diritto di ogni individuo ad avere una cittadinanza (art. 4.a) e l'obbligo degli Stati di evitare l'apolidia (art. 4.b), all'art. 7 prevede una lista esauriente di casi nei quali la nazionalità può essere perduta automaticamente in applicazione della legge interna o per iniziativa di uno Stato parte, a condizione comunque, che l'individuo non divenga apolide. A questa disposizione è prevista una sola eccezione, dall'art. 7 co. 3, secondo cui «*Un Etat partie ne peut prévoir dans son droit interne la perte de sa nationalité en vertu des paragraphes 1 et 2 de cet article si la personne concernée devient apatride, à l'exception des cas mentionnés au paragraphes 1, alinea b, de cet article*». Questa eccezione fa riferimento all'acquisto della cittadinanza a seguito di un comportamento fraudolento, o con false informazioni «*ou par dissimulation d'un fait pertinent de la part du requérant*».

La disposizione in esame è formulata in maniera negativa in modo da sottolineare la circostanza che l'eventuale revoca della cittadinanza deve riguardare esclusivamente i casi contemplati nell'articolo in questione. Anche per quanto riguarda l'applicazione della Convenzione europea sulla nazionalità, la privazione della cittadinanza è legittima solo se viene rispettato il principio di proporzionalità fra misura privativa e atto illecito individuale.

---

<sup>35</sup> Infatti le disposizioni precedenti sono completate dalla disposizione dell'art. 8.4 della Convenzione secondo cui «Uno Stato contraente non potrà esercitare il potere di privazione ammesso dai par. 2 e 3 del presente articolo, se non in conformità con la legge, che dovrà prevedere per l'interessato il diritto ad un equo processo di fronte ad un tribunale o ad altro organo competente. L'Italia non ha ancora aderito alla Convenzione sulla riduzione dei casi di apolidia. Solo l'11 giugno 2015 è stato approvato alla Camera il disegno di legge C 2802 che è stato trasmesso al Senato il 15 giugno 2015 (disegno di Legge S 1964). Nella relazione introduttiva di presentazione del disegno di legge si anticipa che l'Italia, al momento di depositare lo strumento di ratifica presso il S.G. delle Nazioni Unite, si avvarrà della facoltà di riserva prevista dall'art. 8.3 della Convenzione, per poter conservare il diritto di privare una persona della sua cittadinanza laddove ricorrano determinate condizioni, come previsto dalla normativa nazionale. Il chiaro riferimento è all'art. 12 della legge n. 91 del 1992. Il cittadino italiano perde la cittadinanza se, avendo accettato un impiego pubblico od una carica pubblica da uno Stato o ente pubblico estero o da un ente internazionale cui non partecipi l'Italia, ovvero prestando servizio militare per uno Stato estero, non ottempera, nel termine fissato, all'intimazione che il Governo italiano può rivolgergli di abbandonare l'impiego, la carica o il servizio militare. 2. Il cittadino italiano che, durante lo stato di guerra con uno Stato estero, abbia accettato o non abbia abbandonato un impiego pubblico od una carica pubblica, od abbia prestato servizio militare per tale Stato senza esservi obbligato, ovvero ne abbia acquistato volontariamente la cittadinanza, perde la cittadinanza italiana al momento della cessazione dello stato di guerra. Una disposizione simile era contenuta nell'art. 8.3 della legge sulla cittadinanza del 13 giugno 1912 n. 555.

È proprio in applicazione del principio di proporzionalità che deve essere valutata la legittimità o meno delle misure statali di revoca della cittadinanza da parte delle autorità giudiziarie statali, tenendo presente che «*étant donné la gravité des conséquences du statut d'apatride, il peut s'avérer difficile de justifier la perte ou la privation entraînant l'apatride, en terme de proportionnalité*»<sup>36</sup>.

Non si può sottacere, inoltre, che, nell'ambito degli Stati europei, il problema si aggrava ulteriormente, in quanto bisogna tenere presente che la perdita della cittadinanza dello Stato, comporta per l'individuo la perdita della cittadinanza europea. Nella causa *Rottmann c. Freistaat Bayern*, il giudice del rinvio chiede se il diritto dell'Unione, e segnatamente l'art. 17 CE, osti a che uno Stato membro revochi ad un cittadino dell'Unione la cittadinanza di tale Stato, qualora tale revoca privi l'interessato del suo status di cittadino dell'Unione e del godimento dei diritti ad essa correlati, rendendolo apolide. Tale rinvio è importante perché solleva per la prima volta la questione dell'ampiezza del potere discrezionale di cui dispongono gli Stati membri per determinare i loro cittadini. In sostanza il punto controverso della causa è stabilire se, poiché la cittadinanza dell'Unione europea, che dipende indubbiamente dal godimento dello status di cittadino di uno Stato membro, è istituita dal Trattato, il potere di acquisto e di perdita della cittadinanza può ancora essere esercitato al di fuori di qualsiasi controllo dell'ordinamento comunitario. A tale proposito la Corte, confermando quanto già affermato nella sentenza Micheletti e nella giurisprudenza successiva, ribadisce che la competenza degli Stati in tale materia deve essere esercitata nel rispetto del diritto comunitario e, nel caso di specie, sostiene che il diritto dell'Unione, e segnatamente, l'art. 17 CE, non osta a che uno Stato membro revochi ad un cittadino dell'Unione la cittadinanza di tale Stato ( in questo caso acquisita per naturalizzazione), «qualora questa sia ottenuta in maniera fraudolenta, a condizione che tale decisione di revoca rispetti il principio di proporzionalità».

#### 4.1. *L'atteggiamento della comunità internazionale nei confronti dell'apolidia*

Per poter valutare la proporzionalità della misura della privazione della cittadinanza e quindi la sua eventuale legittimità, sembra necessario, a questo punto dell'indagine, vedere come la comunità internazionale ha affrontato il problema dell'apolidia.

L'apolidia, come è noto, è la condizione giuridica dell'individuo che nessuno Stato considera cittadino sulla base del proprio ordinamento<sup>37</sup>. Questa è una condizione negativa per l'individuo interessato, essendo egli soggetto, almeno in linea teorica, all'arbitrio di qualsiasi Stato, tanto che per sottolineare la precarietà della sua situazione, in dottrina lo si è paragonato alla *res nullius*<sup>38</sup> o alla nave in alto mare che non batte alcuna bandiera<sup>39</sup>. In ogni caso l'apolidia costituisce una sorta di *capitis diminutio*, ponendo l'individuo in una situazione giuridica, in generale, di sfavore e di inferiorità rispetto a coloro che posseggono una cittadinanza. L'apolidia è una condizione che crea notevoli inconvenienti anche per gli Stati, in quanto gli apolidi non possono usufruire del trattamento che gli Stati sono obbligati a praticare ai cittadini di altri Stati in forza del diritto internazionale generale o di norme pattizie in vigore fra gli Stati interessati. Per tali motivi la regolamentazione del

<sup>36</sup> Rapporto del Segretario generale su Droits de l'homme et privation arbitraire, cit., par. 4.

<sup>37</sup> Cfr. G. BISCOTTINI, *Apolidia*, in *Enc. dir.*, 1958, p. 612; G. STROZZI, *Apolidia*, in *Dig. disc. pub.*, 1987, p. 275; B. BAREL, *Apolidia*, in *Enc. giu.*, 1988, p. 1 e la bibliografia ivi citata.

<sup>38</sup> G. SCHWARZENBERGER, *A Manuel of International Law*, I, 4<sup>th</sup> ed.; London-New York, 1960 p. 132.

<sup>39</sup> L. V. OPPENHEIM, *International Law*, I, 8<sup>th</sup> ed., New York-Toronto, 1955, p. 669.

problema dell'apolidia è stata oggetto di particolare attenzione da parte della comunità internazionale. Non è questa la sede per esaminare i vari atti sia obbligatori che di *soft law*, che sono stati adottati nel corso degli anni, ma, almeno a partire dall'adozione della Dichiarazione universale e per "dare attuazione" al suo art. 15 di cui si è detto nelle pagine precedenti, l'azione della comunità internazionale si è svolta secondo due direttrici principali: la prima tesa ad assicurare agli apolidi un trattamento equo, riducendo al massimo ogni discriminazione tra cittadini ed apolidi, o almeno tra stranieri ed apolidi, la seconda rivolta alla riduzione o eliminazione dei casi di apolidia. Sotto il profilo della necessaria protezione degli apolidi rileva la *Convenzione relativa allo statuto degli apolidi* del 28 settembre 1954<sup>40</sup>. Senza entrare nel merito delle singole disposizioni, si può notare che tale Convenzione si applica a tutti gli apolidi, non dà rilievo alle cause dell'apolidia, né al tempo in cui si è verificata, né al luogo di residenza dell'individuo. È vietata qualsiasi discriminazione tra gli apolidi in base alla razza, religione, all'origine nazionale e la libertà degli Stati di espellere gli apolidi viene limitata al caso in cui sussistano motivi di sicurezza nazionale o di ordine pubblico ed è subordinata ad una decisione conseguente a procedure legali garantistiche. Per un più completo inquadramento del problema, è da dire anche che, con una criticabile sentenza del Tribunale di Milano del 6 settembre 1966, per l'applicazione della Convenzione si è considerato irrilevante che il Paese di origine dell'individuo che chiede il riconoscimento dello status di apolide, sia parte contraente della Convenzione<sup>41</sup>.

Per quanto riguarda la seconda esigenza individuata dalla comunità internazionale, si è cercato di arrivare a soluzioni condivise tra gli Stati con l'adozione della *Convenzione sulla riduzione dei casi di apolidia* adottata nel 1961 e di cui si è detto nelle pagine precedenti. Tale strumento internazionale si propone di ridurre i casi di apolidia, cercando di coordinare le legislazioni nazionali in materia di attribuzione della cittadinanza, venendo di fatto a limitare la competenza esclusiva degli Stati in tale materia. In altri termini, lo sforzo della comunità internazionale è stato quello di contenere il più possibile la creazione di casi di apolidia, e comunque di prevedere per i c.d. senza patria un adeguato livello di protezione, molto spesso permettendo "la sostituzione" dello Stato nazionale con lo Stato di residenza.

##### 5. La risposta europea alla risoluzione 2178

Pur volendo ammettere che la revoca della cittadinanza, come misura estrema adombrata o già applicata da alcuni Stati, dal punto di vista giuridico, sia consentita dalle norme di diritto internazionale convenzionale, rientrando i *foreign fighters* in quei casi eccezionali che le normativa internazionale ammette come deroghe e che tali misura sia proporzionale alla privazione inflitta allo individuo, ci sembra evidente che tale

---

<sup>40</sup> La Convenzione è entrata in vigore il 6 giugno 1960. L'Italia ha ratificato e dato esecuzione con l. 1/2/1962 n. 306.

<sup>41</sup> *Giorgi c. Amministrazione dell'interno*, Tribunale di Milano 6 settembre 1966, Secondo tale sentenza «Ai sensi degli artt.1 e 2 della Convenzione sullo status degli apolidi adottata a New York il 28 settembre 1954, sono da considerare apolidi le persone non dipendenti da alcuno Stato, senza discriminazione di razza, religione e Paese di origine. Non può avere quindi alcuna rilevanza il fatto che, come nella specie, le persone istanti per la dichiarazione di apolidia fossero originarie di uno Stato non firmatario di detta Convenzione, sempre che esse si trovino a soggiornare stabilmente in Italia prive di qualsiasi cittadinanza». Per un commento alla sentenza cfr. *Riv. dir. int. priv e proc.*, 1967 p.154 e *Riv. dir. int.*, 1968, II, p. 121.

atteggiamento rappresenta un involuzione rispetto alla posizione di rilievo che l'individuo ha oggi assunto nell'ambito della comunità internazionale. Gli Stati, interpretando in modo estensivo i termini generici della ris. 2178, ma soprattutto in mancanza di una univoca definizione di terrorismo, tentano di riaffermare il loro dominio riservato in una materia quale la cittadinanza, che rappresenta "l'ultimo baluardo" del loro potere. Ma al di là della possibilità di deroga alla cittadinanza i cui effetti positivi ci lasciano perplessi, un'altra considerazione ci sembra necessaria.

Se quella esaminata in precedenza è la posizione degli Stati considerati *uti singuli*, di fronte all'intensificarsi del problema del terrorismo, la posizione dell'Europa, come soggetto politico autonomo, ci sembra fundamentalmente diversa. Infatti la strategia che si va affermando è quella di potenziare la cooperazione internazionale e di prevedere l'introduzione di sanzioni più gravi nei singoli ordinamenti per i reati specificamente collegati con il terrorismo, ma senza incidere sui diritti individuali.

A tale proposito bisogna distinguere ciò che sta facendo l'Unione europea da ciò che invece avviene a livello intergovernativo nell'ambito del Consiglio d'Europa.

Per quanto riguarda l'Unione europea, il 28 aprile 2015 la Commissione, ha presentato al Parlamento europeo una nuova agenda per affrontare le minacce alla sicurezza interna dell'Unione europea, nel periodo 2015-2020.

La nuova agenda europea per la sicurezza sostituisce la precedente strategia, adottata il 22 novembre 2010, per il periodo 2010-2014 e ha l'obiettivo di aiutare gli Stati membri a cooperare contro le minacce alla sicurezza, fornendo tutti gli strumenti necessari e potenziando gli sforzi comuni di lotta al terrorismo, alla criminalità organizzata e alla criminalità informatica.

Le principali azioni contenute nell'agenda sono: l'aggiornamento della decisione quadro sulla lotta al terrorismo, la lotta alla radicalizzazione, la cooperazione tra le autorità competenti in Europa per contrastare il finanziamento del terrorismo e migliorare la confisca dei beni derivati da attività criminali, il rafforzamento del quadro giuridico sulle armi da fuoco per contrastarne il traffico illegale e la riattivazione, nonché degli strumenti di lotta alla criminalità informatica, il miglioramento della capacità di Europol, anche attraverso la creazione di un centro anti terrorismo europeo in aiuto all'agenzia e il miglioramento della cooperazione operativa tra le autorità di polizia e giudiziarie degli Stati membri.

Nel settore della cooperazione di polizia e giudiziaria in materia penale tra gli Stati membri, ormai terminato il periodo transitorio previsto dal protocollo 36, allegato al TUE e TFUE, la priorità consisterà nel potenziamento degli strumenti disponibili per lo scambio di informazioni, nel miglioramento della cooperazione operativa tra le autorità di polizia e giudiziarie degli Stati membri e nella realizzazione delle proposte legislative ancora in sospeso (come il progetto di direttiva sul codice di prenotazione dell'UE e la riforma della protezione dei dati).

Per quanto riguarda le attività poste in essere dal Consiglio d'Europa, il 19 maggio 2015 i Ministri degli affari esteri hanno adottato alcuni atti per dare risposte concrete ed efficaci al problema del terrorismo in generale e dei combattenti stranieri in particolare. Lo strumento giuridico più rilevante è certamente un protocollo aggiuntivo alla Convenzione del Consiglio d'Europa per la prevenzione del terrorismo. Oltre a tale atto giuridico vincolante i Ministri hanno adottato una dichiarazione «*Unis autour de nos principes contre l'extrémisme violent et la radicalisation conduisant au terrorisme*» ed un piano di azione. Il protocollo, al momento in cui si scrive non ancora aperto alla firma degli Stati, ha lo scopo



di completare le disposizioni della Convenzione del Consiglio d'Europa per la prevenzione del terrorismo, aperta alla firma a Varsavia il 16 maggio 2005, e soprattutto di dare attuazione alla risoluzione 2178 del Consiglio di Sicurezza<sup>42</sup>. Gli artt. da 2 a 6 contengono le disposizioni principali del protocollo, obbligando le parti a garantire che le fattispecie previste siano considerati reati nel proprio ordinamento interno, anche nel caso in cui tali atti siano solo preparatori, cioè anche se precedono la commissione di un atto terroristico. Importante ai nostri fini è l'art. 8 del protocollo che prevede delle condizioni di salvaguardia. Per un adeguato bilanciamento tra misure rivolte alla lotta al terrorismo e la protezione dei diritti e delle libertà fondamentali, l'articolo in esame, riprende la disposizione dell'art. 12 della Convenzione europea per la prevenzione del terrorismo<sup>43</sup>, ma aggiungendo espressamente, e ciò ci sembra di rilevante importanza, la necessità di salvaguardare la libertà di circolazione delle persone. Una garanzia supplementare è prevista dal par. 2 dello stesso articolo che prevede che l'applicazione delle incriminazioni previste negli artt. 2 a 6 sono «*subordonnés au principe de proportionnalité eu égard aux buts légitimes poursuivis et à leur nécessité dans une société démocratique*», escludendo ogni forma arbitraria di trattamento discriminatorio. Ciò significa che ogni Stato, nel valutare la proporzionalità della misura repressiva adottata, deve tener conto degli altri principi pertinenti del suo diritto interno, dei principi stabiliti dalla CEDU, così come dei principi fondamentali di diritti dell'Unione europea.

## 6. Conclusioni

Quali conclusioni trarre da quanto detto in precedenza? La prima impressione è che ci si muova su piani diversi. Da un lato il Consiglio di sicurezza che travalicando i poteri ad esso conferiti dalla Carta, non prevede misure direttamente gestite dall'organizzazione come il cap. VII, su cui la Risoluzione si fonda, richiederebbe, ma obbliga gli Stati, con una sorta di delega implicita e, a nostro parere, in modo contraddittoria<sup>44</sup>, ad adottare misure certamente lesive dei diritti umani.

Da quanto detto a proposito delle norme internazionali in materia di cittadinanza, deriva che il solo modo per giustificare l'adozione di misure statali di privazione dello *status civitatis*, è quello di dichiarare l'esistenza di una situazione emergenziale per la sicurezza dello Stato e di equiparare, la partecipazione a gruppi jihadisti alla violazione del principio di lealtà nei confronti dello Stato di appartenenza.

<sup>42</sup> Si legge nel preambolo del protocollo *Vu, a cet égard, la Résolution 2178 (2014) adoptée par le Conseil de Sécurité des Nations Unies (...)* et notamment ses paragraphes 4 à 6.

<sup>43</sup> L'art. 12 della Convenzione europea per la prevenzione del terrorismo recita: 1. «*Each Party shall ensure that the establishment, implementation and application of the criminalisation under Articles 5 to 7 and 9 of this Convention are carried out while respecting human rights obligations, in particular the right to freedom of expression, freedom of association and freedom of religion, as set forth in, where applicable to that Party, the Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms, the International Covenant on Civil and Political Rights, and other obligations under international law.* 2 *The establishment, implementation and application of the criminalisation under Articles 5 to 7 and 9 of this Convention should furthermore be subject to the principle of proportionality, with respect to the legitimate aims pursued and to their necessity in a democratic society, and should exclude any form of arbitrariness or discriminatory or racist treatments.*

<sup>44</sup> Ci riferiamo, in particolare, al già segnalato, ripetuto richiamo alla tutela dei diritti umani contenuto nella Risoluzione 2178.



Gli stessi Stati, invece, quando negoziano misure comuni per combattere il terrorismo nell'ambito delle organizzazioni europee, si mantengono molto più cauti, prevedendo regimi sanzionatori aggravati o intensificando la cooperazione internazionale, ma senza mai ricorrere a misure limitative dei diritti e delle libertà individuali.

È troppo presto per dire cosa accadrà in futuro, ma è certo che gli Stati, strumentalizzando la posizione del Consiglio di Sicurezza, stanno ponendo in atto, nei loro ordinamenti interni, alcune misure per riaffermare la loro competenza esclusiva in materia di cittadinanza che negli anni era diventata...sempre meno esclusiva. Possiamo solo augurarci che, come è già successo in passato, siano gli organi giurisdizionali sovranazionali a far valere la protezione dei diritti umani sulla ragion di stato.



Dottorato di ricerca in Ordine internazionale e diritti umani, Sapienza, Università di Roma - Intercenter, Università di Messina

## Ordine internazionale e diritti umani

International Legal Order and Human Rights  
Ordenamiento Jurídico Internacional y Derechos Humanos  
Ordre juridique international et Droits de l'Homme

GABRIELE ASTA\*

### LA PARTECIPAZIONE AI PROCEDIMENTI CONSULTIVI DAVANTI ALLE GIURISDIZIONI INTERNAZIONALI: UN'IPOTESI DI GRADUAZIONE

SOMMARIO: 1. Introduzione. – 2. Pluralità di interessi nel contesto dei procedimenti consultivi. – 3. Eterogeneità nelle modalità di partecipazione ai procedimenti. – 3.1 Diritto di partecipazione ai procedimenti consultivi. – 3.2 . Il riconoscimento di altri diritti processuali. – 3.3 Partecipazione su autorizzazione/invito dell'organo giurisdizionale. – 3.4 Alcuni esempi di forme indirette di partecipazione. – 3.5 Elementi, rinvenibili nel lessico delle corti internazionali, che avvalorano la modulazione nelle forme di partecipazione. – 4. Flessibilità procedurale nella pratica delle corti in ragione dell'esistenza di particolari interessi in questione. – 5. Difficoltà ad assimilare la partecipazione ai procedimenti consultivi all'istituto dell'intervento. – 6. Parziale inadeguatezza della nozione di generalmente accolta. – 7. Osservazioni conclusive: ipotesi di graduazione nelle forme di partecipazione ai procedimenti consultivi.

1.

La partecipazione rappresenta un istituto tipico del procedimento consultivo internazionale. Nonostante la pratica delle corti internazionali testimoni il progressivo avvicinamento del procedimento consultivo a quello contenzioso<sup>1</sup>, il momento

---

\* Dottore di ricerca in "Ordine internazionale e diritti umani", Sapienza Università di Roma.

<sup>1</sup> A partire dall'esperienza della Corte permanente di giustizia internazionale, le giurisdizioni internazionali hanno sovente esteso le regole procedurali adottate in ambito contenzioso alla procedura consultiva. Il fenomeno è stato efficacemente descritto da M. C. RUNAVOT,

, Paris, 2010, p. 113 ss. , come " della procedura consultiva (accanto al quale l'A. individua, in realtà, anche un " di quella contenziosa – , p. 230 ss.). Tale pratica è, inoltre, generalmente cristallizzata in apposite previsioni contenute negli statuti o nei regolamenti di procedura degli organi giurisdizionali, che consentono, appunto, l'estensione al procedimento consultivo delle disposizioni consacrate al processo contenzioso. Con specifico riguardo alla Corte internazionale di giustizia, R. KOLB, , Oxford-Portland, 2013, p. 1103, parla, a tal proposito, di " . In argomento, v. anche P. BENVENUTI, , Milano, 1985, pp. 218-219. Per alcune ulteriori riflessioni, in parte critiche, cfr. J. P. COT, , in A. ZIMMERMANN, K.

partecipativo sembra costituire, infatti, un elemento di perdurante specificità del primo rispetto al secondo<sup>2</sup>. In particolare, nel contesto dei procedimenti consultivi, la partecipazione assume una peculiare utilità tanto per l'organo giurisdizionale, che in essa rinviene una fondamentale modalità per ottenere le informazioni rilevanti<sup>3</sup>, quanto per gli enti che vantano, a vario titolo, un interesse nella questione oggetto di esame consultivo. Con riguardo a quest'ultimo profilo, pare infatti possibile rinvenire anche in ambito consultivo una molteplicità di interessi, caratterizzati da un sensibile grado di eterogeneità<sup>4</sup>. Anzi, come si avrà modo di osservare nel prosieguo della trattazione, la finalità informativa risulta sovente notevolmente connessa agli interessi in gioco, al punto che, in determinate circostanze, la stessa articolazione del momento partecipativo ne risulterebbe influenzata. Più in generale, diversi sembrerebbero essere i fattori che influiscono sull'organizzazione della partecipazione. Nonostante, infatti, quest'ultima si presenti come un istituto processuale nominalmente "unitario", sembrerebbe nondimeno possibile individuare alcune difformità nell'attività consultiva delle corti internazionali, che non pare siano state finora adeguatamente rilevate. Sebbene, infatti, la dottrina abbia dedicato una discreta attenzione alla questione della partecipazione ai procedimenti consultivi, la tematica è stata generalmente esaminata prediligendo un taglio soggettivo. In altri termini, essa è stata solitamente affrontata dal punto di vista dell'ente partecipante<sup>5</sup>, e non, invece, in un'ottica prettamente . Quest'ultima, a nostro avviso, dimostra invece maggiormente idonea allo scopo che in questa sede ci si propone, ossia porre in risalto le differenze esistenti nelle modalità di partecipazione ai procedimenti consultivi.

Il punto di partenza sarà, dunque, rappresentato dall'analisi del fenomeno partecipativo dinanzi alle principali giurisdizioni internazionali che esercitano una competenza consultiva<sup>6</sup>, per procedere, poi, ad un tentativo di concettualizzazione e

---

OELLERS-FRAHM, C. TOMUSCHAT, C. TAMS (eds.),  
Oxford, 2012, p. 1669 ss.

<sup>2</sup> Sebbene la diversità esistente tra gli organi giurisdizionali internazionali abbia condotto alcuni autori a escludere la possibilità di compararne i profili procedurali, limitando lo studio ad una (cfr., ad esempio, A. WATTS,

, in  
, 2001, pp. 21-39, p. 21), non mancano, comunque, in dottrina gli studi che affrontano la questione con un taglio (alcuni dei quali saranno citati nel corso della trattazione). In questa sede ci si propone, in particolare, di svolgere alcune riflessioni in tema di partecipazione ai procedimenti consultivi, tenendo conto delle differenze esistenti tra le corti internazionali e della sensibile eterogeneità tra le funzioni consultive esercitate. Anzi, proprio in considerazione delle diversità esistenti, si riscontra una certa difficoltà nel sussumere le varie forme di partecipazione in un'unica, "monolitica", figura processuale.

<sup>3</sup> Com'è noto, le giurisdizioni internazionali vantano limitati poteri di indagine (o di carattere "inquisitorio", secondo la terminologia utilizzata, con riferimento alla Corte dell'Aja, da P. BENVENUTI, cit., p. 246; in maniera analoga cfr. anche A. PAULUS, in A. ZIMMERMANN, K. OELLERS-FRAHM, C. TOMUSCHAT, C. TAMS (eds.), cit., p. 1638 ss., p. 1640). Di conseguenza, in assenza di una più o meno ampia partecipazione al procedimento consultivo, le corti disporrebbero soltanto delle informazioni provenienti dall'autore della domanda di parere.

<sup>4</sup> Cfr. , paragrafo 2.

<sup>5</sup> In tal senso, sono state approfondite, ad esempio, le problematiche legate alla partecipazione a tali procedimenti degli Stati, delle organizzazioni internazionali, delle organizzazioni non governative (ONG) o, ancora, degli individui. La maggioranza degli autori ha, inoltre, ricondotto le varie manifestazioni partecipative alla figura dell' . Per alcuni esempi in tal senso si rinvia ai riferimenti citati nel corso della trattazione.

<sup>6</sup> Bisogna da subito precisare come l'analisi che ci apprestiamo a compiere non abbia alcuna pretesa di esaustività. In questa sede sarà, infatti, esaminata la pratica consultiva delle corti internazionali che risulti essere maggiormente funzionale al ragionamento condotto, e che consenta, al tempo stesso, di avanzare un'ipotesi di lavoro che possa eventualmente estendersi allo studio di altre esperienze consultive. Verrà,

sistematizzazione di quanto osservato. Tale esercizio consentirà, da un lato, di operare un raffronto tra la partecipazione ai procedimenti consultivi e gli istituti processuali dell'intervento di terzi nei procedimenti contenziosi e dell' , dall'altro, di avanzare l'idea di una modulazione nella partecipazione ai procedimenti consultivi.

2.

Com'è noto, nel contesto dei procedimenti consultivi, al pari di quelli contenziosi, si manifestano gli interessi, variamente declinati, degli enti rispetto all'esito degli stessi. Una conferma di quanto affermato potrebbe desumersi dalla circostanza che riferimenti all'interesse ricorrano tanto nelle disposizioni che regolano le procedure consultive<sup>7</sup>, quanto nelle pronunce di alcune corti<sup>8</sup>. L'esistenza di tali interessi si spiega per il fatto che, nonostante i pareri consultivi non siano vincolanti , essi sembrerebbero, comunque, avere un'influenza sugli interessi degli enti coinvolti, e le posizioni di quest'ultimi venire ugualmente influenzate dalle valutazioni espresse dall'organo giurisdizionale<sup>9</sup>.

Nello specifico, pare possibile individuare una pluralità di interessi, che variano, ad esempio, a seconda dell'ente implicato. In particolare, per quanto attiene al profilo soggettivo, si affianca, all'interesse che certamente possono vantare gli Stati<sup>10</sup>, quello eventualmente detenuto da organizzazioni internazionali od altre entità (come le ONG o, addirittura, gli individui)<sup>11</sup>.

---

pertanto, presa in considerazione l'attività consultiva della Corte internazionale di giustizia, del Tribunale internazionale del diritto del mare, della Corte europea dei diritti dell'uomo, della Corte interamericana dei diritti dell'uomo e della Corte africana dei diritti dell'uomo e dei popoli. Per una panoramica sulle funzioni consultive conferite alle principali giurisdizioni internazionali si rimanda a K. OELLERS-FRAHM, , in , 2011, p. 1033 ss.

<sup>7</sup> Come si avrà modo di osservare nel prosieguo, in diversi casi le regole procedurali riconoscono, accanto alla possibile partecipazione degli Stati o di altri enti specificamente elencati, quella di "parti interessate" o "entità interessate" (per quanto attiene, ad esempio, alla Corte interamericana dei diritti dell'uomo e alla Corte africana dei diritti dell'uomo e dei popoli, cfr., rispettivamente, , il passo che precede la nota 58 e la nota 62).

<sup>8</sup> Cfr., ad esempio, , paragrafo 3.1, spec. nota 37.

<sup>9</sup> Con riferimento alla Corte dell'Aja, cfr., , A. DAVI, , Napoli, 1984, pp. 161-162, spec. nota 33; in senso sostanzialmente analogo v. M. I. PAPA, , Padova, 2006, p. 669. In argomento si vedano, inoltre, le riflessioni operate da P. BENVENUTI, , cit., p. 68 ss.

<sup>10</sup> La nozione di "Stato interessato" è un concetto polimorfo, un'espressione « » – per usare i termini di J. P. QUÉNEUDEC, , in , 1995, pp. 339-462, p. 349 –, « ». Nel contesto specifico di una procedura di tipo giudiziario, essa gioca un ruolo importante – benché differente – tanto in ambito consultivo quanto contenzioso. Come osserva, inoltre, l'A., con riguardo, in particolare, alla Corte internazionale di giustizia, «

» (ivi, p. 416).

<sup>11</sup> Com'è evidente, gli interessi che possono venire in rilievo nel corso dei procedimenti variano a seconda dell'oggetto della richiesta di parere, che in alcuni casi può infatti vertere su questioni che coinvolgono gli interessi di enti o entità non statali (per quanto attiene agli individui, si veda, a titolo meramente esemplificativo, B. HESS, A. WIHK, , in

Gli interessi in questione si distinguono anche in ragione della loro . Gli enti possono, infatti, manifestare nelle questioni oggetto di esame consultivo interessi tanto individuali quanto collettivi, poiché relativi, ad esempio, a valori della Comunità internazionale nel suo complesso<sup>12</sup>. Anzi, questi ultimi sembrerebbero trovare una più idonea rappresentanza nel contesto dei procedimenti consultivi, i quali sono organizzati secondo regole procedurali che più facilmente consentono alle corti di confrontarsi con gli interessi di una molteplicità di enti<sup>13</sup>.

Ancora, accanto alla diversità nella natura, sembra possibile ipotizzare una differente nell'interesse vantato<sup>14</sup>. Tale condizione parrebbe in una certa misura riflettersi sul livello di partecipazione ai procedimenti consultivi, che sembra infatti variare anche in ragione del grado di coinvolgimento degli enti nella questione oggetto di esame consultivo<sup>15</sup>. Ad esempio, gli Stati, nell'eventualità in cui il parere vertesse su una questione connessa, in maniera più o meno diretta, ad una controversia di cui essi sono parti, manifesterebbero un particolare interesse nel risultato dell'accertamento consultivo<sup>16</sup>; anzi, in determinate circostanze l'interesse risulterebbe tale che l'eventuale mancata partecipazione al procedimento consultivo potrebbe implicare l'impossibilità per la corte di pronunciarsi sulla questione, nella misura in cui l'assenza comportasse una carenza di informazioni rilevanti. Ciò si verificherebbe, in particolar modo, qualora la controversia in

---

AA. VV., , Leiden, 2011, vol. 2, pp. 1639-1660, p. 1649 ss.). Su tali profili si avrà comunque modo di tornare nel prosieguo.

<sup>12</sup> Ci riferiamo, in particolare, ai valori tutelati da norme produttive di obblighi , incombenti su ciascuno Stato nei confronti della Comunità internazionale complessivamente intesa. Nello specifico, per quanto qui rileva, la peculiarità dell'interesse connesso a siffatti obblighi emergerebbe anche dal celeberrimo contenuto nella sentenza resa nel 1970 dalla Corte internazionale di giustizia sull'affare

(cfr. Corte internazionale di giustizia,

, sentenza del 5 febbraio 1970, in 1970, §33). Com'è noto, valori collettivi possono essere codificati anche in norme internazionali convenzionali produttive di obblighi

(sugli obblighi si rinvia diffusamente a P. PICONE, «erga omnes»<sup>3</sup>, Napoli, 2013, e, su quelli , a M. I. PAPA,

Belgio c. Senegal, in , 2013, pp. 79-104).

Le norme contenenti tali obblighi, e gli interessi ad essi connessi, potrebbero venire in rilievo – come, in realtà, già accaduto in alcuni casi – anche nell'alveo dell'attività di accertamento del diritto operato dalle corti internazionali tramite la loro funzione consultiva (a tal proposito, per un'analisi della pertinente giurisprudenza consultiva della Corte internazionale di giustizia, cfr. M. I. PAPA, , cit., p. 663 ss.).

<sup>13</sup> Per alcuni esempi in tal senso, si rinvia , paragrafi 3.1 e ss.

<sup>14</sup> Come sostenuto, ad esempio, dal giudice Fitzmaurice nella sua allegata al parere sulla

(in seguito: parere sulla ), «

» (

, in 1971, p. 208 ss., p. 308).

<sup>15</sup> A tal proposito, si può, ad esempio, porre in rilievo la doppia valenza della “non partecipazione”. Posto, infatti, che gli Stati non sono giuridicamente tenuti a prendere parte ai procedimenti, la mancata partecipazione può sia celare un'assenza di interesse da parte dell'ente non partecipante sia, in alcuni casi, assumere una connotazione di protesta nei confronti dell'attività dell'organo giurisdizionale. In questo senso si può intendere, ad esempio, la scelta degli Stati Uniti di non partecipare al procedimento che condusse alla OC-18/03, comunicata con nota del 13 gennaio 2003 (cfr. Corte interamericana dei diritti dell'uomo, , parere consultivo del 17 settembre 2003, §17 – i pareri della Corte d'ora in avanti citati, talvolta indicati anche con l'acronimo OC – Opinión Consultiva –, sono consultabili al sito [www.corteidh.or.cr](http://www.corteidh.or.cr)). Sulla questione si rinvia, inoltre, alle considerazioni operate, con riguardo alla Corte dell'Aja, da P. BENVENUTI, , cit., pp. 253-254.

<sup>16</sup> Per dei rilievi analoghi, v. C. CHINKIN, , Oxford, 1993, p. 229.

questione avesse carattere marcatamente bilaterale. In simili casi, la partecipazione sembrerebbe, pertanto, dimostrarsi<sup>17</sup>. L'esempio classico è rappresentato dal parere sullo . Una delle ragioni decisive che condussero, infatti, la Corte permanente di giustizia internazionale a non pronunciarsi sui quesiti ad essa sottoposti dal Consiglio della Società delle Nazioni risiede nella mancanza degli elementi di giudizio necessari ai fini dell'accertamento fattuale, dovuta al rifiuto opposto dall'allora Unione sovietica di partecipare al procedimento<sup>18</sup>. In dottrina, quanto emerso dal parere appena richiamato è stato posto in relazione col principio desunto dalla successiva sentenza, resa dalla Corte internazionale di giustizia, nell'affare dell'<sup>19</sup>. L'accostamento ha certamente il pregio di mettere in luce le analogie esistenti nell'interesse mostrato dagli Stati, il quale è essenziale in entrambe le situazioni<sup>20</sup>, benché permangano alcune differenze tra i due casi<sup>21</sup>.

<sup>17</sup> Come osserva P. BENVENUTI, , cit., p. 184, in merito alla Corte dell'Aja, in tale circostanza «la collaborazione degli Stati diviene addirittura ineliminabile». Un ulteriore esempio di partecipazione «necessaria» potrebbe analogamente rinvenirsi nel caso dei pareri consultivi richiesti dagli Stati alla Corte interamericana in merito alla compatibilità di leggi interne con la Convenzione americana dei diritti dell'uomo, articolo 64, paragrafo secondo, della stessa. In tal caso, però, la condizione sarebbe soddisfatta , posto che è lo stesso Governo a richiedere il parere e, pertanto, a fornire i documenti e le informazioni necessarie. Sul punto cfr. anche , paragrafo 3.2, .

<sup>18</sup> Cfr. Corte permanente di giustizia internazionale, , parere consultivo del 23 luglio 1923, serie B, n. 5, 1923, p. 7 ss., p. 28. Sul punto, v., per tutti, P. BENVENUTI, , cit., p. 185. Come ebbe, inoltre, modo di chiarire a tal proposito la Corte internazionale di giustizia, la mancata partecipazione non rilevarebbe tanto in astratto, quanto, piuttosto, per le conseguenze concrete che da essa possano scaturire. In altri termini, il diniego di collaborazione di una o più parti della controversia risulterebbe determinante nella misura in cui impedisca all'organo giurisdizionale di acquisire le informazioni necessarie ai fini di un corretto esercizio della propria funzione giudiziaria. Ed infatti, «

»

» (Corte internazionale di giustizia, , parere consultivo del 16 ottobre 1975, in 1975, p. 12 ss., pp. 28-29, §46). Sul punto si veda anche BENVENUTI, , cit., pp. 186-188.

<sup>19</sup> In maniera, tuttavia, non sempre pienamente coincidente, i due casi sono messi in relazione o trattati congiuntamente, , da P. BENVENUTI, , cit., pp. 184-185, spec. nota 140; L. DAMROSCH, , New York, 1987, p. 376 ss., pp. 389-390; C. CHINKIN, , cit., p. 201. Alcuni autori fanno, infatti, riferimento, ad esempio, al principio dell'Oro monetario, mentre altri alla dottrina della parte indispensabile.

<sup>20</sup> Pur con i dovuti , in entrambi i casi si potrebbe trattare di due diverse forme di quello che, ad esempio, B. I. BONAFÉ, , Napoli, 2014, p. 98, definisce come interesse «necessario».

<sup>21</sup> Si osservi, infatti, come nel caso dell' la scelta operata dalla Corte internazionale di giustizia di declinare la propria giurisdizione fu motivata alla luce dell'assenza del consenso statale, in quanto l'interesse giuridico vantato dall'Albania costituiva « » (Corte internazionale di giustizia, , sentenza del 15 giugno 1954, in

1954, p. 19 ss., p. 32). Come osserva, a tal proposito, R. KOLB, , cit., p. 575, « Monetary Gold » (sul principio dell'Oro monetario, e sul carattere di eccezionalità che sembrerebbe in realtà contraddistinguerlo, v., tra gli altri, M. I. PAPA, , cit., p. 618 ss.; A. ORAKHELASHVILI, Monetary Gold East Timor , in , 2011, pp. 373-392). Per quanto attiene, invece, all'affare dello , benché nelle argomentazioni della Corte si rinvenga un riferimento alla rilevanza del – mancato – consenso, ciò sembra comunque dovuto alla peculiarità della situazione più che ad una supposta necessità dello



Il breve quadro appena tracciato della pluralità di interessi che caratterizza i procedimenti consultivi si rivela funzionale al prosieguo della trattazione, in virtù del fatto che, come si vedrà, essa influirebbe in più modi sulle forme della partecipazione.

3.

Sul piano teorico, la partecipazione è, , un istituto processuale unitario che consente al tribunale di esercitare correttamente la propria funzione, nella piena conoscenza degli elementi di giudizio necessari e degli interessi in gioco. Ciononostante, dall'esame della pratica consultiva delle corti emergono delle differenze nelle modalità di interazione che intercorrono tra l'organo giurisdizionale e gli enti partecipanti. Tali diversità tanto si manifestano nelle disposizioni che disciplinano i procedimenti consultivi, quanto si individuano nella prassi applicativa delle corti. Com'è noto, infatti, le regole procedurali risentono di una doppia influenza, in quanto sulla loro formazione intervengono sia gli Stati, che negoziano in prima istanza il quadro processuale, sia le corti internazionali, le quali non solo detengono generalmente il potere di adottare il proprio regolamento, ma hanno altresì la possibilità di adattarlo alle necessità del caso concreto<sup>22</sup>. Inoltre, si consideri come la relazione esistente tra il livello procedurale e quello sostanziale – invero non sempre nettamente distinguibili – si traduca in un'influenza reciproca a carattere biunivoco. In altri termini, se da un lato le regole di procedura sono certamente influenzate dall'ambito materiale nel quale vengono previste, dall'altro esse sono suscettibili di influire sulla rappresentanza e sulla tutela delle posizioni sostanziali<sup>23</sup>.

---

stesso ai fini dell'esercizio della funzione consultiva. Nonostante non sia questa la sede per trattare tale questione, è appena il caso di ricordare come diversi autori abbiano ricondotto il rifiuto opposto dal Tribunale non tanto alla mancanza del consenso statale, quanto, piuttosto, alla più generale incompetenza dell'Organizzazione, e, segnatamente, del Consiglio della Società delle Nazioni, a sottoporre la questione ad una valutazione della Corte (in tal senso, v., ad esempio, K. KEITH, , Leiden, 1971, p. 89 ss.; M. POMERANCE, , Baltimore-London, 1973, p. 282 ss.; R. LUZZATTO, , in , 1975, p. 479 ss., p. 487; C. ESPÓSITO, , Madrid, 1996, p. 226 ss.; M. I. PAPA, , cit., p. 42, spec. nota 109). Ad ogni modo, il parere è rimasto un precedente isolato nella giurisprudenza tanto della Corte permanente di giustizia internazionale quanto, in seguito, della Corte internazionale di giustizia, la quale ha ricondotto la possibile rilevanza del consenso all'ambito delle valutazioni di .

<sup>22</sup> Come rileva efficacemente A. NOLLKAEMPER, , in , 2012, p. 787, «

». E proprio in ambito consultivo, «

» (ivi, p. 789).

<sup>23</sup> In tal senso, v. A. NOLLKAEMPER,

, cit., p. 775. Così, ad esempio, «

» ( .).

Per quanto qui rileva, le norme che disciplinano la partecipazione ai procedimenti consultivi – e la loro seguente applicazione – sembrano risentire di una molteplicità di fattori, tra i quali il contesto in cui la specifica funzione consultiva si inserisce, le necessità processuali dei tribunali internazionali, l'esigenza di tutelare determinate categorie di interessi. Le differenze, che di tale influsso plurimo sono il risultato, parrebbero individuarsi, in particolare, nelle modalità di organizzazione della fase scritta, che si apre a seguito della notifica con cui l'organo giurisdizionale fissa un termine per la presentazione delle memorie<sup>24</sup>. Nello specifico, sembra possibile distinguere tra casi in cui è previsto un diritto di partecipazione, situazioni in cui la presentazione di memorie scritte è subordinata all'invito, o autorizzazione, da parte della corte internazionale e, infine, circostanze in cui, per alcuni enti, la partecipazione assume una forma meramente indiretta. Inoltre, le varie modalità di partecipazione si trovano spesso a coesistere nell'ambito del medesimo procedimento consultivo. Alcuni indizi dell'esistenza di una differenziazione nelle forme della partecipazione sembrerebbero, infine, desumibili dal lessico delle corti.

### 3.1

Innanzitutto, in alcuni procedimenti, determinati enti possono presentare di diritto osservazioni scritte. Ad esempio, nel contesto della procedura consultiva disciplinata dalla Convenzione europea dei diritti dell'uomo (artt. 47-49), le disposizioni rilevanti del Regolamento di procedura della Corte di Strasburgo riconoscono il diritto di presentare osservazioni scritte alle Parti contraenti della Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali (CEDU)<sup>25</sup>.

---

<sup>24</sup> Come noto, una volta ricevuta una domanda di parere consultivo, questa viene trasmessa dall'organo giurisdizionale, per il tramite della cancelleria, agli enti stabiliti dalle pertinenti disposizioni. La notifica dell'istanza di parere rappresenta un adempimento rilevante ai fini della pubblicità della procedura, in quanto consente di portare a conoscenza di una cerchia più o meno estesa di enti la richiesta pervenuta, e di ampliare, pertanto, la portata del procedimento consultivo. In realtà, l'osservazione delle procedure consultive delle corti internazionali consentirebbe di individuare (almeno) due forme di notifica, che rispondono a finalità differenti (con riguardo alla Corte internazionale di giustizia – ma l'osservazione ci pare possa estendersi anche ad altri tribunali internazionali – il punto è ben messo in risalto da K. KEITH, *op. cit.*, p. 155 ss.). Accanto, infatti, alla tipologia di cui si è brevemente detto, la quale si iscrive in una puramente informativa, se ne rinviene una seconda, che implica più specificamente la partecipazione al procedimento consultivo. In alcuni casi, la distinzione risulta chiaramente dalle regole procedurali, come nel caso della Corte internazionale di giustizia (a tal proposito, A. PAULUS, *op. cit.*, p. 1651, definisce la prima mentre la seconda). Altre volte la separazione è meno netta nel dato testuale, ma emerge nella pratica delle corti (ciò è quanto si verifica, ad esempio, per il Tribunale di Amburgo - cfr. Tribunale internazionale del diritto del mare, *op. cit.*). In altri casi, infine, i due tipi di notifica si sovrappongono anche in via di prassi, nonostante sembrino rimanere, tuttavia, distinti (cfr. Corte interamericana dei diritti dell'uomo, *op. cit.*, parere consultivo del 19 agosto 2014, §5).

<sup>25</sup> In particolare, l'articolo 84, paragrafo 2, del Regolamento di procedura prevede che il Cancelliere «shall the Contracting Parties that they may submit written comments on the request» (corsivo aggiunto), entro un termine a tal fine fissato dal Presidente della Corte (articolo 85, paragrafo 1). Si noti, comunque, come l'Organo giurisdizionale di Strasburgo abbia in più occasioni delimitato l'ambito materiale entro cui le memorie dovevano inserirsi. Così, ad esempio, nel procedimento che si concluse con la decisione di rigetto del 2004, le Parti contraenti furono informate della possibilità di presentare memorie scritte, le quali avrebbero dovuto limitarsi, tuttavia, «*to the issues raised in the request*» (cfr. Corte europea dei diritti dell'uomo, *op. cit.*, decisione del 2 giugno 2004, §3). Ancora, nel procedimento che condusse la Corte a rendere il suo primo parere, il quale

Anche il recente Protocollo n. 16 alla CEDU – che, com'è noto, una volta entrato in vigore, conferirà un'ulteriore competenza consultiva alla Corte di Strasburgo<sup>26</sup> – attribuisce espressamente sia al Commissario per i diritti umani del Consiglio d'Europa<sup>27</sup>, che all'Alta parte contraente cui appartiene il tribunale richiedente<sup>28</sup>, il diritto di presentare osservazioni scritte. Com'è agevole notare, le due forme di partecipazione rispondono a logiche differenti. Nello specifico, se la \_\_\_\_\_ della partecipazione del Commissario risiede nella

---

vide la fase scritta articolarsi in due momenti distinti, l'oggetto del secondo dei due fu espressamente circoscritto da parte del giudice relatore con lo scopo di richiedere ai Governi informazioni in merito alla presenza, nei rispettivi ordinamenti, di disposizioni volte ad assicurare la rappresentanza del genere femminile in seno alle alte corti interne (cfr. Corte europea dei diritti dell'uomo, \_\_\_\_\_, parere consultivo del 12 febbraio 2008, §4). I pareri della Corte sono consultabili \_\_\_\_\_ al sito [www.echr.coe.int](http://www.echr.coe.int).

<sup>26</sup> Nonostante il Protocollo si esprima chiaramente nei termini di « \_\_\_\_\_, ai fini di un suo corretto inquadramento bisogna nondimeno tenere in debito conto le peculiarità del nuovo esercizio consultivo della Corte, strutturato su modello pregiudiziale. È stato, ad esempio, sostenuto come la nuova competenza tradisca un certo grado di atipicità, in quanto in essa coesisterebbero tratti consultivi, pregiudiziali e contenziosi (cfr. in tal senso M. C. RUNAVOT, \_\_\_\_\_, in *Rev. gé* \_\_\_\_\_, 2014, p. 71 ss., spec. p. 76 ss., la quale

giunge addirittura a dubitare che si tratti, in realtà, di una competenza consultiva). Per quanto attiene, nello specifico, alla partecipazione, essa è disciplinata dall'articolo 3 del Protocollo, il cui dettato si ispira a quanto previsto dall'articolo 36 della CEDU – rubricato “ \_\_\_\_\_ ” – con riguardo ai procedimenti contenziosi. Sull'intervento ai procedimenti contenziosi dinanzi alla Corte di Strasburgo si rinvia, \_\_\_\_\_, a G. CELLAMARE, *Amicus curiae* \_\_\_\_\_, in \_\_\_\_\_, 1985, p. 350 ss.; A. LESTER, *Amici Curiae* \_\_\_\_\_, in F. MATSCHER, H. PETZOLD (eds.), \_\_\_\_\_, Köln, 1988; O. DE SCHUTTER, \_\_\_\_\_, in \_\_\_\_\_, 1996, p. 372 ss. L. A. SICILIANOS, \_\_\_\_\_, in H. RUIZ FABRI, J. M. SOREL (sous la direction de), \_\_\_\_\_, Paris, 2005, p. 123 ss. Per un commento sul Protocollo in parola ci sia consentito rinviare a G. ASTA, \_\_\_\_\_, in \_\_\_\_\_, 2013, p. 773 ss.

<sup>27</sup> Come si apprende dal Rapporto esplicativo al Protocollo n. 16, « \_\_\_\_\_ » (cfr. §19).

<sup>28</sup> Cfr. Rapporto esplicativo, §19. Come osserva opportunamente L. A. SICILIANOS, \_\_\_\_\_, in \_\_\_\_\_, 2014, pp. 9-29, p. 23, « \_\_\_\_\_ ». In effetti, l'intervento dell'Alta parte contraente di cui il ricorrente è cittadino nei procedimenti contenziosi dinanzi alla Camera o alla Grande Camera risulta essere un retaggio dell'istituto della protezione diplomatica, nonostante si sia in seguito parzialmente affrancato dalla sua logica. In argomento si veda L. A. SICILIANOS, \_\_\_\_\_ cit., p. 125 ss. Per alcune ulteriori considerazioni in argomento, v. M. I. PAPA, \_\_\_\_\_ erga omnes, in \_\_\_\_\_, 2008, p. 669 ss., spec. pp. 699-700. In argomento v. anche L. PANELLA, \_\_\_\_\_, in \_\_\_\_\_, 2008, p. 54 ss.

La previsione di un diritto di partecipazione esteso a tutti gli Stati parti della Convenzione era stato ipotizzato dal Gruppo dei Saggi (cfr. CM(2006)203, \_\_\_\_\_, 15 novembre 2006, §84), mentre alcune ONG avevano suggerito l'estensione di un simile diritto ad organizzazioni non governative ed esperti (cfr. documento presentato al \_\_\_\_\_, intitolato \_\_\_\_\_, del 29 agosto 2012, consultabile al sito [www.coe.int](http://www.coe.int)).

volontà di salvaguardare il sistema convenzionale<sup>29</sup>, le Alte parti contraenti perseguiranno verosimilmente interessi propri; tant'è che, come è stato osservato, l'attribuzione di un simile diritto alle Alte parti contraenti potrebbe tramutarsi in uno strumento per esercitare una forma di influenza sulla Corte<sup>30</sup>.

Un diritto di partecipazione è previsto anche nell'alveo dei procedimenti consultivi dinanzi alla Corte africana dei diritti dell'uomo e dei popoli<sup>31</sup>. Ai sensi dell'articolo 70 del Regolamento di procedura, gli Stati parti della Carta africana dei diritti dell'uomo e dei popoli presentare osservazioni scritte in merito alla questione oggetto di esame<sup>32</sup>. Si osservi, inoltre, come l'articolo 117 del Regolamento di procedura della Commissione africana dei diritti dell'uomo e dei popoli riconosca a quest'ultima la facoltà di richiedere alla Corte di Arusha di essere ascoltata su un caso consultivo pendente<sup>33</sup>.

Ancora, dalla lettura congiunta dei paragrafi primo e terzo dell'articolo 133 del Regolamento di procedura del Tribunale internazionale del diritto del mare emerge un diritto di partecipazione alla fase scritta dei procedimenti consultivi per gli Stati parti della Convenzione di Montego Bay<sup>34</sup>.

<sup>29</sup> Come rileva L. A. SICILIANOS, \_\_\_\_\_, cit., p. 23, la disposizione in esame «

».

<sup>30</sup> Così M. C. RUNAVOT, \_\_\_\_\_, cit., p. 91. Nello specifico, le Parti potrebbero tentare «

».

<sup>31</sup> Per un inquadramento sistemico della competenza consultiva della Corte di Arusha si rinvia a G. PASCALE, \_\_\_\_\_, in

\_\_\_\_\_, 2012, p. 567 ss., spec. p. 579 ss. Com'è noto, con il Protocollo adottato a Sharm el-Sheikh nel 2008, si è deciso di creare una nuova Corte africana di giustizia e dei diritti umani, che dovrebbe nascere dalla fusione tra la Corte africana dei diritti dell'uomo e dei popoli e la Corte di giustizia dell'Unione africana (istituita con il Protocollo di Maputo del 2003, ma ad oggi non ancora in funzione). Il Protocollo, a cui è allegato anche lo Statuto della nuova Corte, ha ricevuto al momento in cui si scrive solo cinque ratifiche, a fronte delle 15 necessarie (in merito si veda il sito [www.au.int](http://www.au.int)), e sembra, pertanto, ancora lontano dall'entrare in vigore. Ad ogni modo, le disposizioni dello Statuto traggono evidente ispirazione dalle corrispondenti norme dello Statuto della Corte internazionale di giustizia; nello specifico, l'articolo 54 risulta sostanzialmente identico all'articolo 66 dello Statuto della Corte dell'Aja. In merito valgono, dunque, le considerazioni svolte in relazione a quest'ultima.

<sup>32</sup> Si osservi, tuttavia, come, in realtà, nel corso del procedimento che ha condotto al primo parere reso dalla Corte africana, quest'ultima non abbia notificato la richiesta agli Stati parti della Carta africana, come previsto dalla disposizione in commento, bensì a quelli membri dell'Unione africana (cfr. Corte africana dei diritti dell'uomo e dei popoli,

\_\_\_\_\_, parere consultivo del 5 dicembre 2014, §§10 e 12), accogliendo nella pratica una soluzione analoga a quella sviluppata nella sua giurisprudenza consultiva dalla Corte interamericana (cfr. \_\_\_\_\_, nota 35, e il passo che la precede). A differenza di quest'ultima, però, che si è mossa in via pretoria tra gli spazi lasciati dalle pertinenti previsioni, la Corte di Arusha ha agito in palese deroga alle disposizioni del Regolamento. Nonostante tale discrasia nella notifica dell'istanza sia carica di valenza teorica, \_\_\_\_\_ essa assume scarso significato, in quanto si rileva una sostanziale coincidenza (con la sola eccezione del Sud Sudan) tra Stati membri dell'Unione africana e Stati parti della Carta africana. Tanto il parere come il Regolamento della Corte sono consultabili \_\_\_\_\_ al sito internet [www.african-court.org](http://www.african-court.org).

<sup>33</sup> La disposizione in esame così recita: «

».

La partecipazione debba essere accordata dalla Corte (in tal caso non configurandosi, dunque, come un diritto per la Commissione), e se essa si svolga in forma scritta o orale.

<sup>34</sup> Una volta ricevuta la notifica \_\_\_\_\_ paragrafo primo dell'articolo 133, il paragrafo terzo prevede che «

In alcuni contesti, un diritto di partecipazione si è evoluto in via di prassi, come nel caso della Corte interamericana dei diritti dell'uomo. La procedura consultiva del Tribunale di San José, attualmente disciplinata dall'articolo 73 del Regolamento, è invero il risultato di una serie di modifiche, che hanno sostanzialmente codificato il *sviluppato* dall'Organo giurisdizionale nel corso della sua attività. In particolare, si è assistito al progressivo consolidamento di un diritto per gli Stati membri dell'Organizzazione degli Stati americani (OSA) e per alcuni organi della stessa (Commissione interamericana dei diritti dell'uomo, Consiglio permanente e Segretariato generale) di partecipare alla fase scritta. Nonostante la prima versione del Regolamento di procedura attribuisse alla Corte la possibilità di stabilire di volta in volta gli Stati a cui notificare la richiesta, i quali avrebbero quindi potuto presentare osservazioni scritte, essa estese l'invito, sin dal primo caso consultivo portato alla sua attenzione, «a todos los Estados Miembros de la Organización de los Estados Americanos»<sup>35</sup>. Con la revisione del Regolamento operata nel 1991, la Corte ha espunto dalla disposizione qualsiasi riferimento alla discrezionalità nell'individuare gli Stati eventualmente interessati alla questione oggetto di esame, cristallizzando nel dato normativo la condotta sino ad allora tenuta<sup>36</sup>.

---

». E proprio il riconoscimento di un simile diritto sarebbe stato oggetto di contestazione da parte di alcune delegazioni nel corso dei negoziati che portarono all'adozione del Regolamento di procedura del Tribunale (sul punto cfr. L. BARTHOLOMEUSZ, *Amicus Curiae*, in *Journal of International Law*, 2005, p. 209 ss., p. 230).

Com'è noto, in seno al Tribunale internazionale del diritto del mare coesistono due diverse competenze consultive, una attribuita al Tribunale nella sua composizione plenaria, ed una conferita, invece, alla Camera per la soluzione delle controversie relative ai fondi marini (anche Camera dei fondi marini). In realtà, solo la competenza consultiva della Camera è espressamente prevista dalla Convenzione di Montego Bay del 1982 (Parte XI, combinato disposto degli artt. 191 e 159, paragrafo 10); per converso, la competenza consultiva del Tribunale del diritto del mare è riconosciuta esclusivamente dal Regolamento di procedura (articolo 138). In argomento si vedano, S. KARAGIANNIS, *The ICJ and the Law of the Sea*, in A. ONDOUA, D. SZYMCHACK (sous la direction de), *The ICJ and the Law of the Sea*, Paris, 2009, p. 117 ss.; R. VIRZO, *The ICJ and the Law of the Sea*, in *Journal of International Law*, vol. V, Milano, 2012, p. 1346 ss., spec. p. 1363 ss.; R. WOLFRUM, *The ICJ and the Law of the Sea*, in R. WOLFRUM, I. GÄTZSCHMANN (eds.), *The ICJ and the Law of the Sea*, Berlin-Heidelberg, 2013, p. 35 ss., spec. p. 48 ss. Nonostante la Camera si collochi strutturalmente nell'alveo del Tribunale, una serie di elementi farebbe propendere alcuni autori verso il riconoscimento di una sua specialità – finanche autonomia – rispetto all'Organo giurisdizionale di Amburgo. T. TREVES, *The ICJ and the Law of the Sea*, in *Journal of International Law*, 2005, p. 209 ss., p. 230).

HAGUE ACADEMY OF INTERNATIONAL LAW (ed.),

Leiden-Boston, 2012, p. 255 ss., p. 259, ad esempio, si esprime nei termini di «tribunal within the Tribunal»; per una disamina di tali profili v. S. KARAGIANNIS, *The ICJ and the Law of the Sea*, cit., pp. 120-123. Ciononostante, le disposizioni del Regolamento che disciplinano la materia (articoli 130 ss.) si applicano tanto alla competenza consultiva del Tribunale quanto a quella della Camera.

<sup>35</sup> Cfr., Corte interamericana dei diritti dell'uomo,

, parere consultivo del 24 settembre 1982, §2. L'articolo 52 del Regolamento adottato nel 1980 prevedeva, infatti, che, una volta ricevuta una richiesta di parere consultivo, il Segretario della Corte ne trasmettesse una copia «

». Inoltre, egli avrebbe egualmente informato «

». Si noti, inoltre, come, al pari di quanto previsto dall'articolo 64 del Convenzione americana dei diritti dell'uomo con riguardo alla legittimazione attiva a richiedere un parere alla Corte, la possibilità di partecipare ai procedimenti consultivi non è stata limitata ai soli Stati parti del Patto di San José.

<sup>36</sup> La disposizione (articolo 63) è oggi sostanzialmente riprodotta nel corrispondente articolo 73 del Regolamento, i cui primi due paragrafi così recitano: «

La disposizione in commento sembrerebbe, inoltre, testimoniare, accanto all'intento più tipicamente informativo, la volontà di tutelare gli interessi degli Stati. Sebbene, infatti, il riferimento a tale finalità, dapprima esplicito, risulti celato nell'attuale versione dell'articolo 73 del Regolamento, la Corte ha, in più occasioni, ribadito il punto nella sua giurisprudenza consultiva<sup>37</sup>.

### 3.2 Segue

In taluni casi le disposizioni che disciplinano i procedimenti consultivi attribuiscono agli enti partecipanti alcuni diritti processuali, ulteriori rispetto al diritto di partecipazione. Ad esempio, per gli Stati e le organizzazioni internazionali che abbiano presentato osservazioni scritte, l'articolo 66, paragrafo 4, dello Statuto della Corte dell'Aja riconosce un diritto di replica. A tal fine, il Cancelliere trasmetterà a tutti i partecipanti i pervenuti<sup>38</sup>, così da consentire una sorta di contraddittorio tra di essi<sup>39</sup>.

Ancora, in alcuni contesti, in ragione del particolare oggetto del procedimento consultivo, è lo Stato richiedente a beneficiare di alcune prerogative processuali. Ciò è

» Benché

il dettato si riferisca esclusivamente alla notifica della richiesta di parere, sembra potersi implicitamente desumere anche la facoltà per gli enti elencati di poter presentare le proprie osservazioni scritte, lettura confermata dalla pratica del Tribunale (si veda , il passo che precede le note 79 e 80). In realtà, la Corte sembrerebbe aver riconosciuto espressamente – benché in via incidentale – l'esistenza di un per gli Stati membri e gli organi dell'OSA di partecipare ai procedimenti consultivi (cfr. Corte interamericana dei diritti dell'uomo, , parere consultivo dell'8 settembre 1983, §18).

<sup>37</sup> Tale aspetto è messo in evidenza nel seguente passaggio: «[

» (cfr. Corte interamericana dei diritti

dell'uomo, , cit., §24; reiterato in , parere consultivo del 1° ottobre 1999, §63). Ovviamente, una corretta comprensione della questione non può prescindere dall'individuazione del significato esatto che la Corte riconduce alla nozione di “ ” dello Stato, ossia se, nello specifico, le attribuisca una valenza tecnico-giuridica. Dal testo dei pareri non sembra, tuttavia, possibile rinvenire ulteriori indicazioni.

<sup>38</sup> A tal fine, la Corte dovrà scegliere se fissare un termine ulteriore oppure indicare come data ultima per la presentazione quella dell'eventuale udienza. Su tale , v. A. PAULUS, , cit., p. 1653.

<sup>39</sup> La previsione di un simile meccanismo è stata, anzi, giudicata in dottrina un chiaro segnale del fatto che l'articolo 66 assolve ad una pluralità di fini. Benché, infatti, tale articolo «sembri muovere, almeno letteralmente, dalla sola esigenza di informare la Corte [...], non vi è dubbio che esso in realtà soddisfa, sia pure concorrentemente, l'esigenza di consentire alle parti della controversia e agli altri Stati (nonché alle organizzazioni internazionali) comunque interessati di far valere davanti alla Corte il proprio punto di vista anche al fine di sostenere i loro interessi e le loro ragioni giuridiche. Se si trattasse unicamente di informare la Corte, riuscirebbe difficile giustificare la presenza nell'articolo 66 del paragrafo 4, che prevede in sostanza l'instaurazione di un vero e proprio contraddittorio in cui i partecipanti possono discutere le argomentazioni in fatto e in diritto» (A. DAVI, , cit., pp. 165-166).

Anche l'articolo 133, paragrafo terzo, del Regolamento di procedura del Tribunale di Amburgo prevede un meccanismo analogo. In tal caso, però, esso non assume i tratti di un diritto processuale, in quanto la scelta se predisporre o meno un simile meccanismo è lasciata all'Organo giurisdizionale (cfr. articolo 133, paragrafo terzo, ).



quanto si verifica, ad esempio, nell'ambito della competenza prevista dall'articolo 64, paragrafo 2, della Convenzione americana dei diritti dell'uomo, che consente agli Stati di richiedere pareri consultivi sulla conformità di una legge con i trattati sui diritti umani rilevanti in ambito regionale. In questo caso, come chiarito dalla stessa Corte interamericana, è evidente come la questione riguardi in primo luogo, benché non in via esclusiva<sup>40</sup>, lo Stato la cui normativa è oggetto di esame consultivo, il quale vanta un interesse concreto e specifico<sup>41</sup>. Ne consegue, pertanto, che in tale contesto la partecipazione assume una particolare rilevanza, e lo Stato la cui legislazione interna è oggetto di esame ha la facoltà di che il Presidente della Corte possa estendere il novero dei partecipanti al procedimento<sup>42</sup>; in tale circostanza, infatti, il consenso dello Stato richiedente – prestato in termini di autorizzazione – risulta necessario<sup>43</sup>. Dalla giurisprudenza della Corte interamericana sembrerebbero, inoltre, emergere delle garanzie procedurali ulteriori per il Governo richiedente<sup>44</sup>.

### 3.3

In altri casi, la partecipazione è invece subordinata ad un'autorizzazione (o ad un invito) da parte del tribunale internazionale, che individua, pertanto, gli enti a cui consentire la presentazione di memorie scritte.

---

<sup>40</sup> Un'implicita conferma potrebbe dedursi dalle evoluzioni registratesi nel Regolamento di procedura. Originariamente, infatti, come evidenziato dalla Corte di San José, l'unica differenza di rilievo esistente nell'esame consultivo da essa condotto ai sensi dei due paragrafi dell'articolo 64 risiedeva proprio nel procedimento. Nel caso dei pareri resi sulla legislazione nazionale, non era, infatti, indispensabile per l'Organo giurisdizionale esperire il meccanismo di notifica richiesto per le opinioni consultive rese articolo 64, paragrafo 1, e ciò in quanto, come sosteneva in passato la Corte, «  
», l'esame avrebbe potuto essere condotto «  
» (Corte interamericana dei diritti dell'uomo,

, parere consultivo del 19 gennaio 1984, §17). Tale differenziazione, criticata in dottrina (cfr. T. BUERGENTHAL, , in , 1985, p. 1 ss., p. 16), è stata in seguito rivista. Attualmente il Regolamento prevede, infatti, la notifica in entrambi i casi.

<sup>41</sup> A tal proposito, si osservi come, in un caso consultivo che includeva l'esame di questioni rientranti in entrambi i paragrafi dell'articolo 64 della Convenzione americana, la Corte decise di separare i procedimenti, alla luce del fatto che, «

» (Corte interamericana dei

diritti dell'uomo,

, parere consultivo del 13 novembre 1985, §6).

<sup>42</sup> Facoltà attualmente prevista dal Regolamento di procedura del Tribunale di San José (articolo 73 - cfr. , il passo che precede la nota 58).

<sup>43</sup> L'autorizzazione del Governo è richiesta, ai sensi del Regolamento di procedura (articolo 73, paragrafi 3 e 4), tanto per la partecipazione alla fase scritta, quanto, eventualmente, per la predisposizione di una fase orale. Così, ad esempio, lo Stato, per il tramite del suo agente, fu consultato nei procedimenti che condussero alle OC-4/84 e OC-5/85. Sul punto v. anche le osservazioni di J. E. ROA ROA, , Bogotá, 2011, pp. 39-40.

<sup>44</sup> Nello specifico, la Corte sembrerebbe avere riconosciuto allo Stato richiedente una facoltà di replica alle osservazioni presentate dagli altri partecipanti. Come si evince dal testo del parere 12/91, reso, in realtà, al fine di rigettare la richiesta inoltrata da parte del Governo costaricense, la Corte, considerato che due altri Stati avevano presentato osservazioni scritte, «

» su tali memorie (cfr. Corte interamericana dei diritti dell'uomo,

, parere consultivo del 6 dicembre 1991, §9).

L'articolo 66 dello Statuto della Corte internazionale di giustizia prevede, ad esempio, che il Cancelliere, per mezzo di una comunicazione speciale e diretta, notifichi agli Stati, che hanno titolo a comparire dinanzi alla Corte, e alle organizzazioni internazionali, che la Corte (o il suo Presidente, se questa non è in sessione) reputi in grado di fornire informazioni sulla questione, che essa è disposta a ricevere osservazioni scritte entro un termine a tal fine fissato<sup>45</sup>. Il novero degli enti legittimati – leggasi: autorizzati – a presentare osservazioni scritte può essere, inoltre, ampliato in virtù del sistema previsto dal seguente paragrafo terzo. Nello specifico, nell'eventualità in cui uno Stato non riceva la comunicazione summenzionata, esso potrà esprimere alla Corte il desiderio di presentare osservazioni scritte o orali, sebbene la decisione spetterà, in ultima istanza, all'Organo giurisdizionale<sup>46</sup>.

Come si evince dal dettato della disposizione in esame, compete pertanto alla Corte stabilire quali enti siano idonei a produrre informazioni utili all'esame della questione<sup>47</sup>. La pratica consultiva rivela, tuttavia, la tendenza ad un'interpretazione estensiva della norma, soprattutto per quanto attiene alla partecipazione degli Stati<sup>48</sup>. In tal senso, la Corte non soltanto ha invitato gli Stati «<sup>49</sup>, come prescritto, ma ha

<sup>45</sup> Al pari della Corte internazionale di giustizia, spetta al Giudice di Amburgo il compito di individuare le organizzazioni intergovernative «  
» (articolo 133, paragrafo secondo, del Reg.to di procedura).

<sup>46</sup> Nonostante la disposizione si riferisca agli Stati, la sua applicazione è stata estesa anche alle organizzazioni internazionali (v. L. BARTHOLOMEUSZ, *Amicus Curiae* cit., p. 220; S. ROSENNE,

<sup>4</sup>, Leiden, 2006, Vol. III, p. 1671). In tale previsione, un'attenta dottrina ha individuato delle affinità con l'intervento previsto in sede contenziosa ai sensi dell'articolo 62 dello Statuto (cfr., ad esempio, P. BENVENUTI, *cit.*, p. 248, a cui si rinvia per gli opportuni riferimenti bibliografici). Anche A. DAVI, *cit.*, pp. 166-167, spec. nota 39, riconosce delle analogie, che si limiterebbero, tuttavia, al fatto che «la partecipazione al procedimento possa essere richiesta e accordata e all'eventuale finalità della medesima». In particolare, esse non si estenderebbero «al suo contenuto e ai suoi caratteri, non potendo esservi ovviamente nel procedimento consultivo né domanda, né sentenza nei confronti dell'interveniente» (in sostanziale adesione anche G. CELLAMARE, *cit.*, Bari, 1991, pp. 98-99).

<sup>47</sup> La dottrina è, tuttavia, divisa sull'esatta interpretazione da dare a tale previsione. Alcuni autori, in particolare, si esprimono in termini di *partecipazione* («*participation*» – in tal senso cfr. S. ROSENNE, op. loc. ult. cit.; C. CHINKIN, *cit.*, p. 279; R. KOLB, *cit.*, p. 1105), il quale sembrerebbe, tuttavia, sorgere soltanto dopo che gli enti abbiano ricevuto la comunicazione. Per A. PAULUS, *cit.*, p. 1645, nonostante la Corte goda di una «*discretion*» nell'individuare gli enti ai quali consentire la partecipazione, la sua discrezionalità sarebbe comunque limitata «  
». Anzi, «  
».

<sup>48</sup> La flessibilità è messa in risalto, *cit.*, da S. ROSENNE, *cit.*, p. 1672. Anche in materia di partecipazione delle organizzazioni internazionali, la Corte internazionale di giustizia ha comunque adottato un approccio moderatamente flessibile (sebbene, per A. PAULUS, *cit.*, p. 1649, la Corte, nell'esercizio della propria discrezionalità, si sarebbe progressivamente attestata su posizioni sempre più restrittive). A seconda dei casi, i giudici dell'Aja hanno invitato non soltanto istituti specializzati delle Nazioni Unite, ma anche organizzazioni come, ad esempio, l'Organizzazione mondiale del commercio; più di recente, la Corte ha accettato osservazioni presentate dalla Lega araba, dall'Organizzazione per la Conferenza islamica e dall'Unione europea. Cfr., in argomento, D. PRATAP, *cit.*, Oxford, 1972, p. 184 ss.; P. BENVENUTI, *cit.*, p. 252; M. WOOD, *cit.*, in H. P. HESTERMEYER E AL. (eds.), *cit.*, Leiden, 2011, Vol. II, p. 1833 ss., p. 1843; A. PAULUS, *cit.*, pp. 1648-1649.

<sup>49</sup> Tali sono, com'è noto, gli Stati parti dello Statuto della Corte o che abbiano depositato la dichiarazione prevista nella Risoluzione del Consiglio di Sicurezza delle Nazioni Unite 9 (1946) del 15 ottobre 1946 (adottata in conformità con quanto disposto dall'articolo 35, paragrafo 2, dello Statuto della Corte).

all'occorrenza notificato l'invito a partecipare anche a Stati che non avessero soddisfatto tale condizione, nella misura in cui questi fossero risultati in grado di fornirle informazioni<sup>50</sup>. Secondo una diversa prospettiva, come osservato in dottrina, la Corte sembrerebbe estendere l'invito a tutti gli Stati che posseggano un interesse giuridico in qualche modo connesso alla questione<sup>51</sup>.

Per quanto attiene, invece, alla disciplina contenuta nel Protocollo n. 16 alla CEDU, l'articolo 3 dello stesso riconosce la facoltà per il Presidente della Corte, nell'interesse della buona amministrazione della giustizia, di invitare ogni altra Alta parte contraente o persona a sottoporre o partecipare alle udienze<sup>52</sup>. A tal proposito, il Rapporto esplicativo precisa come sia probabile che le parti del giudizio interno, nel cui contesto sarà stato richiesto il parere consultivo, saranno invitate a prendere parte al procedimento<sup>53</sup>.

Anche alla Corte interamericana è riconosciuto un margine di discrezionalità nell'individuare gli enti cui accordare la partecipazione al procedimento. Innanzitutto, oltre agli organi espressamente elencati all'articolo 73, paragrafo primo, del Regolamento di procedura, la Corte detiene la facoltà di estendere la notifica dell'istanza di parere – e, dunque, di consentire la partecipazione – ad altri organi dell'OSA, nella misura in cui la richiesta rientri nella loro sfera di competenza<sup>54</sup>. Inoltre, la Corte di San José sembra aver

<sup>50</sup> Ciò si è verificato, ad esempio, nei casi riguardanti l'interpretazione di un trattato multilaterale. In tali circostanze, tutte le Parti di tale accordo sono state invitate a partecipare al procedimento, a prescindere dal fatto che integrassero o meno i presupposti della norma in parola (cfr. Corte internazionale di giustizia, *Reparations for Injuries Suffered in the Course of the Argentine-United Kingdom Dispute*, ordinanza del 1° dicembre 1950, in *Annuaire de la Cour internationale de justice*, 1950, p. 406 ss., p. 407 – si noti come, in questo caso, per la peculiarità dell'oggetto del procedimento, la partecipazione fu estesa agli Stati invitati ad aderire alla Convenzione). Ancora, nel corso dell'affare *Corfu Channel*, furono invitati a presentare memorie scritte gli Stati firmatari dei Trattati di pace, ovvero Bulgaria, Romania e Ungheria, i quali non godevano dei requisiti per essere ammessi a stare in giudizio dinanzi alla Corte (cfr. Corte internazionale di giustizia, *Corfu Channel*, ordinanza del 7 novembre 1949, in *Annuaire de la Cour internationale de justice*, 1949, p. 229 ss., p. 230). Si noti, inoltre, come, in entrambi i casi, la Corte dell'Aja abbia notificato l'invito agli Stati non ammessi a stare in giudizio in applicazione dell'articolo 63, paragrafo primo, dello Statuto, per il tramite dell'articolo 68 dello stesso. Sul punto cfr., inoltre, BENVENUTI, cit., pp. 249-250.

<sup>51</sup> , a tutti gli Stati che sembrino vantare, ad un primo esame, un *legitimate interest* di interesse giuridico (in questo senso P. BENVENUTI, *La Corte europea dei diritti dell'uomo*, cit., p. 254). Tali considerazioni si estendono anche alle organizzazioni internazionali (sul punto v. K. KEITH, *The European Court of Human Rights*, cit., p. 155 ss.). In genere, sono considerati portatori di un interesse a partecipare i destinatari (Stati e/o organizzazioni internazionali) delle norme oggetto di esame nel procedimento (cfr. P. BENVENUTI, *La Corte europea dei diritti dell'uomo*, ivi, p. 250; in senso analogo v. P. PALCHETTI, *Amici curiae*, cit., in *Annuaire de la Cour internationale de justice*, 2000, p. 965 ss., pp. 965-966). Sul punto v. anche i rilievi operati da J. P. QUÉNEDEUC, *La Cour européenne des droits de l'homme*, cit., pp. 430-431.

<sup>52</sup> Come suggerito in dottrina, la Corte potrebbe seguire, *inter alia*, lo stesso approccio adottato in ambito contenzioso, ed interpretare pertanto in maniera ampia la nozione di "persona" contenuta nella disposizione, consentendo la partecipazione non soltanto a persone fisiche, ma anche giuridiche (cfr. L. A. SICILIANOS, *La Corte europea dei diritti dell'uomo*, cit., p. 24). Come aggiunge lo stesso A. a proposito dell'intervento di terzi

articolo 36, paragrafo 2, della CEDU, così come evolutosi nella pratica, «  
...»; nello specifico, pare possibile operare una distinzione tra quanti risultano direttamente interessati nel caso in esame – come, ad esempio, le parti opposte al ricorrente nei procedimenti nazionali – e chi, invece, desidera riferire alla Corte su questioni di principio, assumendo pertanto il ruolo di *amicus curiae* (L. A. SICILIANOS, *La Corte europea dei diritti dell'uomo*, cit., p. 131 ss.). Ad ogni modo, tanto nel Protocollo n. 16 che nel Rapporto esplicativo, non si fa in nessun caso riferimento alla figura dell' *amicus curiae*.

<sup>53</sup> Cfr. Rapporto esplicativo, cit., §20. Inoltre, come preconizzato dalla stessa Corte, la questione sarà verosimilmente disciplinata dal Regolamento di procedura (cfr. Corte europea dei diritti dell'uomo, *Protocollo n. 16 alla Convenzione europea dei diritti dell'uomo*, 6 maggio 2013, §10, consultabile al sito [www.echr.coe.int](http://www.echr.coe.int)).

<sup>54</sup> L'elencazione non risulta essere, dunque, un *exhaustive list*, in quanto la Corte può di volta in volta trasmettere la richiesta agli organi nella cui sfera di competenza rientri la questione oggetto di esame.

consentito la partecipazione a determinati enti per . Sin dalla prima pronuncia consultiva, nel silenzio tanto della Convenzione americana dei diritti dell'uomo quanto del Regolamento di procedura della Corte, anche altre entità, tra cui organizzazioni non governative, università, enti di ricerca e, persino, individui, hanno presentato osservazioni scritte nel corso dei procedimenti consultivi<sup>55</sup>. Nonostante un'attenta dottrina avesse in passato rinvenuto una possibile copertura normativa nell'allora articolo 34, paragrafo primo, del Regolamento (oggi sostanzialmente riprodotto nell'articolo 58), il quale consentiva alla Corte di ascoltare qualsiasi persona che potesse coadiuvarla nello svolgimento delle sue funzioni<sup>56</sup>, la Corte si limitava in realtà a prendere atto dei , senza indicare alcuna base giuridica<sup>57</sup>. La questione ha ricevuto una sua sistemazione con la summenzionata riforma del Regolamento; attualmente, il terzo paragrafo dell'articolo 73 prevede, infatti, che il Presidente della Corte «

»<sup>58</sup>. La

partecipazione di ONG, enti di ricerca e individui ha conosciuto un sensibile incremento a partire dal parere riguardante

<sup>59</sup>. Inoltre, da quest'ultimo parere in poi, la Corte ha incluso nel corpo dello stesso i riassunti delle memorie presentate dai partecipanti<sup>60</sup>, pratica tuttavia interrottasi con l'ultima opinione consultiva resa<sup>61</sup>.

Infine, anche la Corte africana, ai sensi dell'articolo 70, paragrafo primo, del suo Regolamento di procedura, può autorizzare a presentare osservazioni scritte ogni – non

consultivo. In realtà, nelle prime due versioni del Regolamento, oltre agli organi espressamente indicati, si faceva riferimento, per rimando, a quelli elencati al capitolo X della Carta dell'OSA (odierno capitolo VIII – cfr. , nota 35). L'attuale versione, invece, ha rimodulato l'espressione in organi «

», in tal modo riconoscendo una più ampia discrezionalità alla Corte. Dopo un'iniziale fase in cui quest'ultima estendeva l'invito agli organi di cui al capitolo VIII della Carta, a partire dall'OC-17/02 essa sembra aver adottato, nello specifico, un approccio più funzionale, maggiormente coerente con la nuova formulazione.

<sup>55</sup> Per un'elencazione si rinvia a J. E. ROA ROA, , cit., pp. 40-42.

<sup>56</sup> Benché la disposizione in parola si riferisse al procedimento contenzioso, la Corte avrebbe potuto estenderne l'applicazione a quello consultivo per il tramite dell'allora articolo 53 del Regolamento (attuale articolo 74), che le consentiva di applicare analogicamente le norme riguardanti il processo contenzioso, «

». In tal senso v. T. BUERGENTHAL,

, in , 1985, p. 1 ss., p. 15; C. MOYER,

, in

, San José, 1999, p. 103 ss., p. 104.

<sup>57</sup> Sul punto cfr. inoltre D. SHELTON, , cit., pp. 638-639.

<sup>58</sup> Occorre, a tal proposito, rilevare come nel Regolamento attualmente vigente (adottato nel novembre 2009), nonostante sia stata introdotta una definizione di (come si legge all'articolo 2, paragrafo 3, «

»), e sia stata prevista un'apposita previsione disciplinante la partecipazione di ai procedimenti contenziosi (articolo 44), non è stata, invece, inserita tra le disposizioni riguardanti la competenza consultiva alcuna espressa menzione di tale figura processuale.

<sup>59</sup> Ad esempio, nella fase scritta tenutasi nel corso del procedimento che ha condotto alla recente OC-21/14, hanno partecipato più di trenta entità tra organizzazioni internazionali, organizzazioni non governative e individui (cfr. Corte interamericana dei diritti dell'uomo,

, parere consultivo del 19 agosto 2014, §6).

<sup>60</sup> Sul punto cfr., , M. C. RUNAVOT, , cit., pp. 116-117.

<sup>61</sup> Le osservazioni presentate durante la fase scritta sono, invece, consultabili in un'apposita pagina del sito internet della Corte di San José.

meglio definita – “entità interessata”<sup>62</sup>. La Corte ha applicato tale disposizione nel corso del recente procedimento che ha condotto al suo primo parere<sup>63</sup>.

### 3.4

Talvolta, infine, sono previste delle modalità di partecipazione ai procedimenti consultivi che non prevedono un’interazione diretta con l’organo giurisdizionale, e che, in questa prospettiva, possono pertanto essere considerate come forme indirette.

Per quanto attiene alla Corte internazionale di giustizia, come abbiamo in precedenza osservato, la partecipazione “piena” ai procedimenti consultivi è limitata a Stati ed organizzazioni internazionali, mentre sembra essere sostanzialmente preclusa ad altre tipologie di enti. Il Giudice dell’Aja ha interpretato restrittivamente – con una singola eccezione – la nozione di “ ” contenuta all’articolo 66 dello Statuto, riferendola alle sole organizzazioni intergovernative<sup>64</sup>. La Corte internazionale di giustizia

<sup>62</sup> Come recita la versione francese dell’articolo 70, paragrafo 2, dello Statuto, «

».

<sup>63</sup> Come si apprende dal testo del parere, la Corte ha individuato nove “ ” a cui notificare l’istanza di parere. In particolare, oltre alla Commissione africana dei diritti dell’uomo e dei popoli, la richiesta è stata trasmessa ad alcuni organi dell’Unione africana (Comitato economico, sociale e culturale, Parlamento panafricano e Commissione, oltre a due sue specifiche Direzioni), alla Commissione di diritto internazionale dell’Unione africana e all’ (cfr. Corte africana dei diritti dell’uomo e dei popoli, cit., §11). Curiosamente, tra le

, la Corte ha ricompreso anche l’autore della richiesta di parere, ovvero il Comitato africano di esperti per il benessere e i diritti del minore (cfr. [www.african-court.org](http://www.african-court.org)). In tale occasione, la Corte ha, pertanto, determinate entità, più che la partecipazione, come prevede il Regolamento.

Inoltre, bisogna dar conto del fatto che in data 10 settembre 2013, il Cancelliere della Corte avrebbe accolto l’istanza di partecipazione avanzata da tre ONG in qualità di in merito alla richiesta di parere presentata nel 2013 dal (SERAP). L’informazione non è, tuttavia, reperibile sul sito della Corte africana, bensì è tratta da quello del SERAP ([www.serap-nigeria.com](http://www.serap-nigeria.com)). Come si evince dalla comunicazione pubblicata in tale sede, il contenuto della lettera inviata dal Cancelliere della Corte alla ONG nigeriana, ed indicata con la numerazione progressiva AFCHPR/Reg./ADV./001/2013/011, sarebbe il seguente: «

».

<sup>64</sup> Come sostiene a tal proposito S. ROSENNE, cit., p. 1674, «

». In effetti, la Corte internazionale di giustizia accolse solo in un caso la richiesta di partecipazione avanzata da una ONG, la (nel corso del procedimento che condusse al parere del 1950 sullo ), delimitando anche l’ambito della stessa. L’eventuale memoria, in realtà mai pervenuta alla Corte per decorrenza dei termini, sarebbe dovuta consistere, infatti, in un «

» e non sarebbe dovuta vertere, invece, su «

» (per una trattazione della vicenda, cfr. D. SHELTON,

, in

, 1994, p. 611 ss., p. 623). Se si esclude tale,

unico, esempio, non esiste altra prassi dello stesso segno. Le seguenti richieste di partecipazione di questo tipo sono state, infatti, costantemente rigettate dalla Corte. Ad esempio, nel 1970 fu rifiutata la richiesta inoltrata dalla stessa Organizzazione di poter presentare le proprie osservazioni nel corso del procedimento consultivo che sfociò nel parere sulla ; allo stesso modo, fu rigettata la richiesta di partecipazione presentata dall’ nel corso del procedimento riguardante la richiesta di parere sulla effettuata nel 1994 dall’Organizzazione

mondiale della sanità (cfr., ancora, D. SHELTON, *ivi*, p. 624). Infine, nel corso del procedimento riguardante il seguente parere richiesto sulla medesima tematica, questa volta dall’Assemblea generale delle Nazioni Unite,

non ha, pertanto, proseguito nel solco tracciato dalla preesistente Corte permanente di giustizia internazionale, la quale si era mostrata, al contrario, piuttosto aperta nei confronti di alcune categorie di organizzazioni non governative<sup>65</sup>.

Le circoscritte modalità di partecipazione delle organizzazioni non governative hanno trovato una loro codificazione nella *Regola di procedura*, introdotta nel 2004 dalla Corte<sup>66</sup>. Secondo quanto da essa previsto, le memorie presentate dalle ONG non entrano a far parte del fascicolo del procedimento, bensì vengono collocate «

» e trattate come documenti di pubblico dominio<sup>67</sup>. La dottrina è, tuttavia, divisa sul valore da attribuire a tale scelta della Corte, in termini sia di trasparenza che di utilità per il procedimento consultivo<sup>68</sup>. In tali casi, infatti, le memorie eserciterebbero un'influenza indiretta – o, se si vuole, *de facto* – sull'attività giurisdizionale, nella misura in cui esse venissero fatte proprie dagli altri enti partecipanti<sup>69</sup>.

---

la *Regola di procedura* inoltrò alla Corte un suo *amicus curiae*. In quell'occasione, il Cancelliere, in una lettera inviata all' *Assemblea Generale* (pubblicata in data 15 novembre 1995), si limitò a chiarire che l' *amicus curiae* era pervenuto alla Corte ma che non era stato incluso nel fascicolo del caso, bensì messo a disposizione dei membri della Corte nella biblioteca del *Segretario Generale* (sul punto v. S. ROSENNE, *op. cit.*, p. 1675). Il contegno tenuto in tale occasione dalla Corte è stato interpretato da H. ASCENSIO, *amicus curiae*, in *Annuaire de la Cour internationale de justice*, 2001, p. 897 ss., p. 906, come un « *de facto* » della stessa nei riguardi della partecipazione delle ONG. È, tuttavia, appena il caso di osservare come non si possa rinvenire alcuna conferma che tali *amicus curiae* siano stati tenuti in considerazione dalla Corte (v. P. PALCHETTI, *Amici curiae*, cit., p. 989, nota 68).

In realtà, è stato sostenuto come nulla nel dettato dell'articolo 66 dello Statuto (che parla, in maniera generica, di « *organizzazioni non governative* ») sembri impedire una possibile interpretazione della Corte che includa anche le organizzazioni non governative. Ciò si desumerebbe anche dai *commenti* dello Statuto, dai quali si evince, in particolare, una notevole differenza tra gli articoli 34 e 66 dello stesso (per un'ampia trattazione cfr. D. SHELTON, *op. cit.*, pp. 620-621; A. PAULUS, *op. cit.*, p. 1649). Con una diversa terminologia si esprime, ad esempio, il Regolamento di procedura del Tribunale di Amburgo. Quest'ultimo, all'articolo 133, paragrafo 2, a differenza dello Statuto della Corte dell'Aja, parla espressamente di « *organizzazioni intergovernative* » e non di « *organizzazioni internazionali* », in tal modo escludendo chiaramente ogni possibile interpretazione che ricomprenda nella nozione anche le organizzazioni non governative.

<sup>65</sup> Nel primo parere reso, la Corte autorizzò, infatti, la partecipazione « *de facto* », scelta che reiterò anche in seguito. In argomento, v. D. SHELTON, *op. cit.*, pp. 622-623; A. PAULUS, *op. cit.*, pp. 1643-1644. Per alcune ulteriori precisazioni sulla pratica della Corte, cfr., tuttavia, Y. RONEN, *op. cit.*, in *Annuaire de la Cour internationale de justice*, 2012, p. 77 ss., pp. 87-89.

<sup>66</sup> Sulla scelta della Corte di prevedere un'apposita « *istruzione procedurale* » ha verosimilmente influito il copioso afflusso di *amicus curiae* da parte di ONG nel corso del procedimento riguardante il parere sulla *Legge di riforma della giustizia*. Quanto previsto nella *Regola di procedura* rappresenterebbe il « *de facto* » tra le opposte posizioni emerse in seno alla Corte (l'espressione è di I. VENZKE, *op. cit.*, in R. WOLFRUM, I. GÄTZSCHMANN (eds.), *op. cit.*, p. 235 ss., p. 260). Il testo della *Regola di procedura* è consultabile al sito [www.icj-cij.org](http://www.icj-cij.org).

<sup>67</sup> È stato osservato come l'Istruzione procedurale non sembri, comunque, precludere alla Corte la possibilità di poter eventualmente invitare organizzazioni non governative a partecipare ai procedimenti, in quanto essa ha ad oggetto eventuali osservazioni presentate dall'organizzazione « *de facto* » (così A. PAULUS, *op. cit.*, p. 1650).

<sup>68</sup> Ad esempio, L. BARTHOLOMEUSZ, *Amicus Curiae*, cit., p. 224, valuta positivamente quanto in essa previsto; L. CREMA, *Amici Curiae*, cit., in *Annuaire de la Cour internationale de justice*, 2012, p. 91 ss., p. 122.

<sup>69</sup> Non vi è, infatti, alcun tipo di garanzia che tali *amicus curiae* vengano presi in considerazione dalla Corte. In questo senso v., ad esempio, L. BARTHOLOMEUSZ, *op. ult. loc. cit.* D'altro canto, non può escludersi la



In maniera analoga, la procedura consultiva davanti al Tribunale di Amburgo non risulta aperta ad entità diverse da Stati e organizzazioni intergovernative. A tal proposito, l'Organo giurisdizionale, nelle sue articolazioni, ha finora adottato un simile, sebbene non identico, a quello della Corte dell'Aja<sup>70</sup>. Nonostante, infatti, tanto nel primo parere reso dalla Camera dei fondi marini<sup>71</sup>, quanto nella recente prima pronuncia consultiva del Tribunale<sup>72</sup>, la richiesta avanzata da alcune organizzazioni non governative di poter partecipare in qualità di sia stata rigettata, le osservazioni scritte pervenute sono state comunque inoltrate all'Autorità per i fondi marini, agli Stati ed alle organizzazioni intergovernative partecipanti, pubblicate sul sito internet del Tribunale e messe a disposizione dei giudici<sup>73</sup>.

Una forma di partecipazione indiretta ai procedimenti consultivi dinanzi alla Corte dell'Aja è quella che riguarda gli individui nell'alveo della procedura di riesame delle sentenze del Tribunale amministrativo dell'Organizzazione internazionale del lavoro (OIL)<sup>74</sup>. In tali circostanze, infatti, nonostante la partecipazione risulti mediata a causa della mancanza per gli stessi di davanti alla Corte, essa manifesta notevoli somiglianze con la partecipazione su invito, in quanto è l'Organo giurisdizionale stesso a sollecitare il funzionario originariamente parte al procedimento dinanzi al Tribunale amministrativo affinché invii le proprie osservazioni. La Corte dell'Aja ha, infatti, previsto vari procedurali al fine di mitigare, in qualche misura, l'impossibilità per gli individui di partecipare ai procedimenti davanti ad essa<sup>75</sup>. Per converso, la stessa Corte, per il tramite

---

possibilità che i giudici ne tengano comunque conto, benché tale interazione non intervenga con il collegio giudicante

<sup>70</sup> In tal senso T. TREVES, , cit., p. 261. Sul punto cfr., inoltre, L. CREMA, Amici Curiae, cit., pp. 122-123.

<sup>71</sup> Cfr. Tribunale internazionale del diritto del mare, , cit., p. 19, §§13-14.

<sup>72</sup> Cfr. Tribunale internazionale del diritto del mare, , parere consultivo del 2 aprile 2015, §§13, 15 e 23.

<sup>73</sup> Nello specifico, nel primo caso si trattava di una richiesta di partecipazione presentata congiuntamente da e dal (WWF), mentre nel secondo caso soltanto da quest'ultima. Nonostante, dunque, le osservazioni non divengano parte integrante del fascicolo del caso, esse raggiungono comunque i principali attori del procedimento consultivo, oltre ad essere pubblicamente accessibili. Come sostiene a tal proposito T. TREVES, , cit., p. 257, tali sviluppi «

».

<sup>74</sup> Com'è noto, tale meccanismo di riesame permane ad oggi – e forse per non molto ancora – soltanto per le sentenze del Tribunale amministrativo dell'OIL. Con una Risoluzione del 1995, l'Assemblea generale delle Nazioni Unite decise, infatti, di porre fine a tale procedura per l'allora Tribunale amministrativo delle Nazioni Unite (cfr. Assemblea generale,

, U.N. Doc. A/Res/50/54, Risoluzione del 29 gennaio 1996). In argomento si rinvia, a S. ROSENNE, , cit., Vol. II, p. 993 ss.; J. FROWEIN, K. OELLERS-FRAHM, 65, in A. ZIMMERMANN, K. OELLERS-FRAHM, C. TOMUSCHAT, C. TAMS (eds.), , cit., p. 1603 ss., pp. 1622-1623.

<sup>75</sup> La trasmissione delle osservazioni scritte del funzionario è stata assicurata, a seconda dei casi, per il tramite del Segretario generale delle Nazioni Unite (per le sentenze dell'allora Tribunale amministrativo delle Nazioni Unite, come espressamente previsto dal suo Statuto) o dell'organizzazione internazionale interessata (per le sentenze del Tribunale amministrativo dell'OIL, secondo una pratica consolidata, invece, nell'attività della Corte internazionale di giustizia). Sugli processuali adottati dalla Corte si veda, , P. BENVENUTI, , cit., pp. 269-271.

La Corte ha implementato tali soluzioni anche nell'ultimo parere di questo genere da essa reso (Corte internazionale di giustizia,

, parere consultivo del 1° febbraio

del suo Cancelliere, ha respinto, in diverse occasioni, la partecipazione di individui in qualità di esperti<sup>76</sup>.

### 3.5

Alcuni elementi a sostegno dell'esistenza di una differenziazione nelle forme della partecipazione possono, inoltre, essere desunti dal lessico utilizzato dalle corti.

In tal senso, risulta, ad esempio, interessante rilevare come il Tribunale di Amburgo distingua espressamente le memorie presentate da Stati e organizzazioni internazionali, definite come “ ”, dalle osservazioni presentate dalle organizzazioni non governative, indicate con la locuzione “

Allo stesso modo, alcuni indizi che avvalorano l'esistenza di diverse modalità di partecipazione ai procedimenti consultivi dinanzi alla Corte interamericana potrebbero dedursi dal lessico da essa adottato nei suoi pareri consultivi<sup>77</sup>. Oltre ad impiegare una differente terminologia per indicare, rispettivamente, le memorie scritte presentate da Stati e organi, che sono alternativamente definite come “ ” o “ ” (“

” in spagnolo), e le osservazioni inoltrate da ogni altra entità, le quali vengono, invece, generalmente qualificate come “ ”<sup>78</sup>, si assiste ad un cambiamento nel linguaggio utilizzato per indicare gli adempimenti procedurali. Se, infatti, fino al parere sui ”, il Segretario della Corte la presentazione delle osservazioni scritte da parte di Stati e organi, a partire dalla successiva opinione consultiva, esso si limitò ad ” tali enti della data-limite per la presentazione delle stesse<sup>79</sup>. Infine, i due ultimi pareri resi sembrano essere ulteriormente chiarificatori, nella misura in cui il Segretario della Corte da un lato trasmise la domanda a Stati ed organi ed ” gli stessi del termine per la presentazione delle memorie, dall'altro ”, invece, secondo quanto previsto dall'attuale articolo 73, paragrafo 3, del Regolamento, gli altri soggetti a rimettere le loro osservazioni entro la stessa data<sup>80</sup>.

---

2012, in ” 2012, p. 10 ss.). In questa occasione, tuttavia, essa ha al contempo espresso dei dubbi sulla persistenza di un simile sistema di revisione, alla luce dell'evoluzione nelle nozioni di eguaglianza nell'accesso alla giustizia e di parità delle armi registratasi in ambito internazionale (ivi, §§38-39). In maniera ancora più incisiva si sono pronunciati i giudici Cançado Trindade e Greenwood nelle loro ”. Non è questa la sede per approfondire la questione; in argomento si rinvia, ”, a E. DE BRABANDERE,

in ”, 2012, pp. 253-279.

<sup>76</sup> Emblematico è, a tal proposito, quanto osservato dal Cancelliere nella lettera di risposta con cui rigettò la richiesta avanzata da un privato nell'affare sulla ”. In essa egli non solo esclude l'ipotesi che l'autorizzazione accordata nel 1950 alla ” potesse costituire un precedente per la partecipazione degli individui, ma comunicò anche la ritrosia della Corte «

» (cfr. ”, 6 novembre 1970, ”, Vol. II, pp. 638-639). In argomento, v. L. BARTHOLOMEUSZ, ” Amicus Curiae, cit., p. 225.

<sup>77</sup> L'esistenza di «due diverse forme di partecipazione» è riconosciuta anche da P. PALCHETTI, *Amici curiae*, cit., p. 991.

<sup>78</sup> Sembrerebbe, tuttavia, fare eccezione l'ultimo parere reso dalla Corte, in cui essa utilizza per entrambe le fattispecie la generica locuzione “ ” (cfr. Corte interamericana dei diritti dell'uomo, ”, cit., §6).

<sup>79</sup> Cfr., ad esempio, Corte interamericana dei diritti dell'uomo, ”, cit., §6.

<sup>80</sup> Cfr. Corte interamericana dei diritti dell'uomo, ”, cit., §5.

Delle sfumature nella terminologia utilizzata possono rinvenirsi anche nella pratica consultiva della Corte internazionale di giustizia. Ad esempio, nel parere sulla \_\_\_\_\_ (di seguito: parere sul \_\_\_\_\_), la Corte si esprime nei termini di “\_\_\_\_\_” per indicare le memorie degli Stati, mentre usò l’espressione “\_\_\_\_\_” per riferirsi a quella degli autori della dichiarazione di indipendenza, quasi a voler implicare un diverso \_\_\_\_\_ per quest’ultimi. Tale distinzione non sussiste, invece, con riferimento alla Palestina nel parere sulle \_\_\_\_\_ (di seguito: parere sul \_\_\_\_\_)<sup>81</sup>

4.

In alcune occasioni, inoltre, i tribunali internazionali avrebbero fatto uso in maniera particolarmente marcata dell’elasticità che, come osservato, generalmente contraddistingue la pratica delle corti in materia di interpretazione e applicazione delle regole procedurali relative ai procedimenti consultivi<sup>82</sup>. Anzi, in taluni casi i tribunali sembrerebbero addirittura derogare a tali disposizioni, al fine di ottenere le informazioni necessarie al procedimento o, secondo un differente angolo prospettico, per tener conto dei peculiari interessi in gioco. In determinate circostanze, infatti, quest’ultimi emergerebbero in maniera particolarmente evidente. Quanto detto sembrerebbe, ad esempio, trovare conferma nel recente \_\_\_\_\_ della Corte internazionale di giustizia. Nel corso del procedimento si concluse con il parere sul \_\_\_\_\_, essa ammise, infatti, la partecipazione della Palestina, motivando la sua scelta alla luce dello \_\_\_\_\_ privilegiato da questa detenuto in seno all’Assemblea generale<sup>83</sup>, ed in quanto essa era anche \_\_\_\_\_ della Risoluzione di richiesta del parere<sup>84</sup>. Nel procedimento che condusse, invece, al parere sul \_\_\_\_\_, la Corte decise di invitare gli “autori della dichiarazione di indipendenza”, in virtù del fatto che quest’ultima era l’oggetto dell’istanza di parere<sup>85</sup>. La decisione di autorizzare entità non statali a

<sup>81</sup> Cfr. sul punto A. PAULUS, \_\_\_\_\_, cit., p. 1646.

<sup>82</sup> Per alcuni esempi, cfr. \_\_\_\_\_, paragrafi 3.1 e 3.3.

<sup>83</sup> Com’è risaputo, lo \_\_\_\_\_ di osservatore “privilegiato” era stato conferito alla Palestina dalla Risoluzione 52/250 del 27 luglio 1998 dell’Assemblea generale delle Nazioni Unite. È appena il caso di ricordare, tuttavia, come in dottrina sia decisamente dibattuto il possesso da parte di tale entità di piena statualità secondo il diritto internazionale (per due recenti contributi, v. G. GUARINO,

\_\_\_\_\_, in \_\_\_\_\_, Roma, 2013, pp. 11-89; M. LONGOBARDO, \_\_\_\_\_ status

\_\_\_\_\_, in M. DISTEFANO (a cura di),

\_\_\_\_\_, Padova, 2014, p. 9 ss.). Con la nota Risoluzione 67/19 del 29 novembre 2012, l’Assemblea generale ha riconosciuto alla Palestina lo \_\_\_\_\_ di Stato osservatore non membro delle Nazioni Unite. Sulla questione, si rinvia, \_\_\_\_\_, a M. MANCINI, \_\_\_\_\_ status

\_\_\_\_\_, in \_\_\_\_\_, 2013, p. 100 ss.

<sup>84</sup> Cfr. Corte internazionale di giustizia, \_\_\_\_\_ ordinanza del 19 dicembre 2003 in \_\_\_\_\_ 2003 p. 428 ss., p. 429, §2.

<sup>85</sup> Cfr. Corte internazionale di giustizia, \_\_\_\_\_ ordinanza del 17 ottobre 2008, in \_\_\_\_\_ 2008, p. 409 ss., p. 410, §4.

partecipare ai procedimenti<sup>86</sup>, priva di un chiaro fondamento normativo<sup>87</sup>, è stata interpretata come un'applicazione estensiva dell'articolo 66, paragrafo 2, dello Statuto, motivata dalla necessità della Corte di acquisire le informazioni rilevanti per il procedimento consultivo e di rispettare il principio di buona amministrazione della giustizia, in considerazione del particolare interesse da quelle entità mostrato nella questione oggetto di esame<sup>88</sup>.

In maniera analoga, anche la Corte europea dei diritti dell'uomo, interpretando in modo decisamente elastico le previsioni procedurali, ha ampliato il novero degli enti legittimati a partecipare ai procedimenti consultivi. Nonostante, infatti, il suo Regolamento di procedura, come in precedenza osservato, consenta soltanto agli Stati la partecipazione alla fase scritta, e non sia, inoltre, espressamente prevista alcuna possibilità per la Corte di autorizzare altre entità<sup>89</sup>, essa, in entrambi i procedimenti sinora sfociati in un parere consultivo, ha esteso anche all'Assemblea parlamentare l'invito a presentare osservazioni scritte, verosimilmente in conseguenza della sua centralità nelle questioni oggetto di esame<sup>90</sup>.

Una notevole flessibilità sembra, infine, caratterizzare anche l'eventuale indizione di una fase orale, decisione che è lasciata alla discrezionalità dell'organo giurisdizionale<sup>91</sup>. In

<sup>86</sup> Definite, ad esempio, da G. I. HERNÁNDEZ, *in* J. D'ASPREMONT (ed.),

, London, 2011, p. 140 ss., p. 150, come « ».

<sup>87</sup> Come rileva G. I. HERNÁNDEZ, *cit.* p. 151, la Corte non ha qualificato la loro partecipazione né come testimoni o esperti, né come Stati, né, ovviamente, come organizzazioni internazionali. Sul punto v., inoltre, A. PAULUS, *cit.*, p. 1647. In realtà, sebbene la Corte non indichi

l'articolo 66 del suo Statuto come base normativa per motivare la scelta di invitare a partecipare tali enti non statuali, nell'ordinanza riguardante l'affare del si fa riferimento, nei , « ».

<sup>88</sup> In tal senso M. WOOD, *cit.*, p. 1842; A. PAULUS, *cit.*, pp. 1647-1648. Come osserva Y. RONEN, *cit.*, pp. 96-97, il fatto che tali attori « ».

Nello specifico, «

». Anzi, in virtù del particolare interesse vantato da tali entità, si potrebbe forse avanzare l'idea di un'analogia con il caso della partecipazione "necessaria" emerso nel contesto dell'affare sullo (cfr. , paragrafo 2; per alcune ulteriori riflessioni sul punto, v., ancora, Y. RONEN, ).

<sup>89</sup> La partecipazione ai procedimenti consultivi dinanzi alla Corte europea dei diritti dell'uomo, secondo la disciplina attualmente vigente, sembra, infatti, risentire della limitata competenza attribuita alla Corte di Strasburgo dalla Convenzione. Come afferma L. A. SICILIANOS, *cit.*, p. 23, la procedura prevista dagli articoli 47-49 della CEDU avrebbe un « ». Si osservi, tuttavia, come, in forza dell'articolo 81 del Regolamento, la Corte potrebbe decidere di estendere, ove lo reputi opportuno, le norme riguardanti il procedimento contenzioso.

<sup>90</sup> Cfr., ad esempio, Corte europea dei diritti dell'uomo, *cit.*, §3. La Corte ha, inoltre, trasmesso all'Assemblea parlamentare copia delle osservazioni scritte e dei commenti ricevuti dagli Stati (ivi, §5).

<sup>91</sup> In tutte le procedure consultive esaminate, la decisione sull'opportunità di tenere una fase orale è lasciata all'organo giurisdizionale. Pur non mostrandosi strettamente necessaria in un procedimento di natura consultiva, la pratica delle corti testimonia, comunque, un verso la sua predisposizione. Così, ad esempio, una fase orale è stata sempre tenuta dal Tribunale di Amburgo e, salvo in un caso, dalla Corte di San José (ci riferiamo al procedimento che condusse all'OC-19/05; appare interessante notare come una delle motivazioni che spinsero la Corte a non indire un'udienza fu rinvenuta nel fatto che nessuno Stato aveva presentato osservazioni scritte – cfr. Corte interamericana dei diritti dell'uomo,

, parere consultivo del 28 novembre 2005, §12). Per converso, la Corte di Strasburgo, in entrambe le

particolare, tanto la predisposizione, quanto la sua organizzazione, risponderebbero alle peculiari necessità del caso<sup>92</sup>. Anche in tale contesto pare, inoltre, possibile individuare alcuni indizi che testimoniarebbero la sussistenza di particolari interessi in gioco<sup>93</sup>.

5.

L'istituto dell'intervento, previsto nella più gran parte degli Statuti e dei Regolamenti di procedura dei tribunali internazionali<sup>94</sup>, rappresenta, com'è noto, la forma principale di partecipazione di terzi ai procedimenti contenziosi internazionali<sup>95</sup>.

Nonostante la pluralità di forme in cui esso si trova disciplinato negli strumenti giuridici rilevanti<sup>96</sup> – elemento che ha condotto la dottrina ad interrogarsi sull'esistenza di

pronunce consultive rese, non ha ritenuto opportuno farvi ricorso, mentre la Corte africana, nel suo recente parere, sembra aver la possibilità di prevederla.

<sup>92</sup> La Corte internazionale di giustizia, ad esempio, nel tentativo di arginare l'ineguaglianza di mezzi esistente nei procedimenti di riesame delle sentenze dei tribunali amministrativi, ha deciso di non indire una fase orale in tali circostanze (a tal proposito, cfr. anche , nota 75, e il passo che la precede).

<sup>93</sup> Nonostante la Corte internazionale di giustizia abbia generalmente seguito l'ordine alfabetico (inglese o francese) nell'organizzazione delle esposizioni orali, un'interessante eccezione è rappresentata dalla fase orale tenuta nel corso del procedimento che ha condotto al parere sul . In tale occasione, infatti, furono dapprima ascoltati la Serbia e gli autori della dichiarazione di indipendenza, ai quali fu inoltre concesso un lasso temporale notevolmente più lungo, ossia tre ore a fronte dei quarantacinque minuti attribuiti agli altri partecipanti (cfr. -

, p. 30, consultabile al sito internet della Corte internazionale di giustizia). La Corte ha tenuto un contegno analogo anche per il parere sul , nel cui contesto furono ascoltati per primi i rappresentanti della Palestina, e fu concesso loro uno spazio notevolmente maggiore rispetto agli altri partecipanti. Sul punto cfr. Y. RONEN, , cit., pp. 92-93. Per alcune ulteriori riflessioni in merito ad un'eventuale distinzione tra Stati “ ” e “ ”, v. QUÉNEUDEC, , cit., pp. 447-448.

<sup>94</sup> Cfr. R. WOLFRUM, , in N. BOSCHIERO, T. SCOVAZZI, C. PITEA, C. RAGNI (eds.), , The Hague, 2013, pp. 219-230, p. 219.

<sup>95</sup> Secondo la definizione proposta da A. ZIMMERMANN, , in R. WOLFRUM (eds.), , p. 1 ss., p. 1, «

». Sulla ricostruzione storica delle prime forme di intervento nel processo internazionale si rimanda a A. DAVI, , cit., p. 91 ss.; E. DECAUX, , in SOCIÉTÉ FRANÇAISE POUR LE DROIT INTERNATIONAL (sous la direction de), , Paris, 1987, p. 219 ss. L'esperienza delle corti internazionali testimonia, tuttavia, un diverso grado di “successo” di tale strumento processuale. In particolare, dinanzi alla Corte internazionale di giustizia, il ricorso all'intervento si è dimostrato tendenzialmente eccezionale, nonostante in tempi recenti si sia assistito a quella che sembra essere un'inversione di tendenza (in tal senso, cfr., ad esempio, B. I. BONAFÉ, , cit., p. 13 ).

<sup>96</sup> Com'è noto, l'esempio più celebre, benché, appunto, non esclusivo, è indubbiamente rappresentato dalle due – , tre – forme di intervento disciplinate dagli articoli 62 e 63 dello Statuto della Corte internazionale di giustizia (in tal senso, v. B. I. BONAFÉ, op. ult. cit., p. 41 ). Più in generale, l'intervento è previsto davanti alle giurisdizioni a vocazione tanto universale (v., , E. LAGRANGE, , in H. RUIZ-FABRI, J. M. SOREL (sous la direction de), , Paris, 2005, pp. 9-72) quanto in vario modo

una nozione unitaria di intervento nel processo internazionale<sup>97</sup> – pare possibile individuare alcune generalissime caratteristiche che accomunano le varie modalità di intervento e che, in particolare, rendono l'istituto difficilmente estendibile ai procedimenti consultivi<sup>98</sup>.

Innanzitutto, l'intervento è una procedura , che si innesta in un processo in via principale<sup>99</sup>. L'interveniente agisce, inoltre, in qualità di rispetto alle parti al procedimento<sup>100</sup>. In tale caratteristica è, pertanto, evidente la maggiore differenza

specializzate (a titolo meramente esemplificativo si rinvia agli studi presenti in H. RUIZ-FABRI, J. M. SOREL (sous la direction de), , cit. p. 85 ss.) L'istituto sembra, inoltre, assumere una connotazione peculiare nel caso in cui sia previsto nell'alveo di convenzioni multilaterali (ad esempio, per i procedimenti dinanzi alla Corte europea dei diritti dell'uomo o alla Corte di giustizia dell'Unione europea); in tale contesto, l'intervento è stato ricondotto da alcuni autori ad una forma di partecipazione in qualità di ( , v. A DAVI, , cit. p. 249 ss.; G. CELLAMARE, , cit. p. 245 ss.). Con specifico riguardo all'intervento nel contesto dei procedimenti davanti alla Corte di Strasburgo, oltre ai riferimenti presenti in nota 26, si rinvia alle osservazioni avanzate da O. DE SCHUTTER, , cit., p. 378; P. PALCHETTI, *Amici curiae*, cit., spec. p. 973, nota 18; C. SANTULLI, , Paris, 2005, p. 305.

<sup>97</sup> Parte consistente della dottrina, soprattutto più recente, tende, infatti, a negare l'esistenza di una nozione unica di intervento dinanzi alle giurisdizioni internazionali. Nello specifico, notevolmente differenti sarebbero non solo i presupposti e le modalità di esercizio dell'istituto, ma altresì le conseguenze giuridiche che ad esso si riconducono, e che variano a seconda del particolare contesto nel quale esso è disciplinato (sul punto cfr. B. I. BONAFÉ, op. ult. cit., p. 17). La dottrina sembrerebbe divisa anche in merito alla possibilità di qualificare unitariamente l'intervento in seno ai singoli organi giurisdizionali. Per le varie posizioni assunte dagli autori con riguardo alla Corte dell'Aja cfr., ancora, B. I. BONAFÉ, *ivi*, p. 63, spec. nota 184, e p. 193, nota 638.

<sup>98</sup> Con riferimento alla Corte internazionale di giustizia, la dottrina è variamente orientata sulla possibilità di parlare di intervento anche in ambito consultivo (in senso contrario si esprime, ad esempio, A. A. DAVI, , cit., p. 178; la questione è trattata in maniera parzialmente differente da P. BENVENUTI, , cit., pp. 247-250). Nella dottrina coeva al funzionamento della Corte permanente di giustizia internazionale, invece, alcuni autori riconoscevano una forma di intervento anche nel procedimento consultivo (cfr., in particolare, L. MERIGGI, , in , 1930, pp. 62-90, p. 74). Si osservi, tuttavia, come la difficoltà ad assimilare l'istituto non escluda l'esistenza di alcune affinità con la partecipazione che si realizza nell'alveo dei procedimenti consultivi (per un esempio, si veda , nota 46).

In realtà, nella pratica delle giurisdizioni internazionali è possibile individuare esempi che vanno in entrambi i sensi. Nel corso del procedimento relativo all' , il Presidente della Corte permanente di giustizia internazionale rigettò una richiesta di intervento avanzata da parte della Romania ai sensi degli articoli 62 e 63 dell'allora vigente Regolamento di procedura. Nello specifico, dopo aver riconosciuto l'inapplicabilità delle disposizioni in parola al procedimento consultivo, egli comunicò al Governo romeno che avrebbe ricevuto "informazioni" ai sensi dell'allora articolo 73 del Regolamento (corrispondente all'attuale articolo 66 del Regolamento della Corte dell'Aja – cfr. A. DAVI, , cit., p. 6, nota 7). Per converso, nel corso di due procedimenti consultivi, la Corte internazionale di giustizia applicò analogicamente, per il tramite dell'articolo 68 dello Statuto, l'articolo 63 dello stesso (cfr. , nota 50).

<sup>99</sup> L'intervento sarebbe, pertanto, un incidente che si inserisce nella causa pendente (v. C. SANTULLI, , cit., p. 302; Y. RONEN, Y. NAGGAN, , in C. ROMANO, K. ALTER, Y. SHANY (eds.), , Oxford, 2013, p. 806 ss., p. 811). Dinanzi alla Corte internazionale di giustizia, il carattere incidentale dell'intervento, da quest'ultima riconosciuto nella sua giurisprudenza (cfr. Corte internazionale di giustizia, , sentenza del 13 giugno 1951, in 1951, p. 71 ss., p. 76), è, inoltre, sostenuto, , da C. CHINKIN, , in A. ZIMMERMANN, K. OELLERS-FRAHM, C. TOMUSCHAT, C. TAMS (eds.), , cit., p. 1529 ss., p. 1533; R. KOLB, , cit., p. 694; B. I. BONAFÉ, op. ult. cit., p. 107 ss.

<sup>100</sup> A tal proposito, tuttavia, è stata messa in luce da E. JOUANNET, , in H. RUIZ-FABRI, J. M. SOREL (sous la direction de), , cit., pp. 255-263, l'incertezza che caratterizzerebbe la nozione di terzo nel diritto processuale internazionale, e che si rifletterebbe nella conseguente difficoltà – ma non impossibilità, per l'A. – di giungere ad una definizione "in positivo" della stessa.

con la partecipazione che si realizza nell'alveo del procedimento consultivo, la quale assume, invece, carattere "principale", mancando una procedura che si instauri tra parti nel senso tecnico del termine<sup>101</sup>. Di contro, non sembrerebbe rilevare, ai fini di una netta distinzione tra intervento di terzi nei procedimenti contenziosi e partecipazione ai procedimenti consultivi, l'assunzione o meno della qualifica di "parte" per l'ente partecipante, posto che anche nel contesto dell'intervento in sede contenziosa ciò non risulterebbe indispensabile<sup>102</sup>.

Ancora, alcune difformità si rinverrebbero anche in materia di diritti processuali riconosciuti in capo ai partecipanti, che risulterebbero generalmente meno definiti<sup>103</sup> – ma, come visto, non per questo assenti – nell'alveo del procedimento consultivo.

Per quanto attiene, invece, alla dell'intervento, questa risiede, anzitutto, nella necessità di proteggere gli interessi, generalmente di carattere giuridico, dell'interveniente<sup>104</sup>,

<sup>101</sup> L'assenza di in senso processuale nei procedimenti consultivi è stata riconosciuta, ad esempio, dalla Corte di San José (cfr. Corte interamericana dei diritti dell'uomo,

, parere consultivo dell'8 settembre 1983, §22). In dottrina è stato osservato, tuttavia, come in alcuni casi, in particolare quando la questione oggetto di esame consultivo abbia ad oggetto una controversia tra Stati, possa delinearsi una situazione in cui, nonostante non vi siano parti (nel senso procedurale del termine), gli enti partecipanti si trovino in una posizione analoga a quella detenuta dalle parti in ambito contenzioso (con specifico riguardo alla Corte internazionale di giustizia, cfr., P. BENVENUTI, , cit., pp. 262-263; C. CHINKIN, , cit., pp. 227-228). Sulla nozione di parte nel processo internazionale si veda, inoltre, A. DEL VECCHIO, , Milano, 1975, spec. p. 11 ss.

<sup>102</sup> È appena il caso di ricordare come, alla luce delle recenti pronunce giurisprudenziali della Corte internazionale di giustizia, la dottrina sembri oramai sufficientemente concorde sulla possibilità di un intervento articolo 62 tanto in veste di parte quanto di non parte, e dunque anche in assenza di un (tra i contributi più recenti, cfr. G. CELLAMARE, , in vol. V, Milano, 2012, p. 421 ss., spec. pp. 455-456; R. KOLB, , cit., p. 717 ss.; B. I. BONAFÉ, op. ult. cit., pp. 62-63; S. FORLATI, , Heidelberg, 2014, p. 196 ss.). A tal proposito, è stata, pertanto, rilevata una «

» (così E. LAGRANGE, , cit., p. 14). Com'è noto, in passato la dottrina aveva, invece, immaginato una diversa ricostruzione dell'istituto ( , G. MORELLI, , in , 1982, p. 805 ss., spec. p. 806; A. DAVI, , cit., p. 43 ).

<sup>103</sup> Com'è risaputo, per quanto attiene ai procedimenti dinanzi alla Corte internazionale di giustizia, i diritti processuali riconosciuti al terzo, a seconda che questi intervenga ai sensi dell'articolo 62 oppure dell'articolo 63 dello Statuto, sono disciplinati dagli articoli 85 e 86 del Regolamento di procedura della Corte (in argomento, cfr. B. I. BONAFÉ, op. ult. cit., p. 131 ss.). Disposizioni analoghe sono generalmente contenute negli strumenti giuridici pertinenti delle giurisdizioni internazionali.

<sup>104</sup> In tal senso cfr., ad esempio, B. I. BONAFÉ, op. ult. cit., p. 14 ss. Com'è noto, nel caso dell'intervento di cui all'articolo 62 dello Statuto della Corte internazionale di giustizia, quest'ultima richiede che lo Stato sia titolare di un «

» (sulle diverse forme di interesse giuridico che giustificerebbero l'intervento di uno Stato terzo, v. B. I. BONAFÉ, , in , 2012, pp. 739-757, e, per una ricostruzione in parte differente, cfr. S. FORLATI, , cit., p. 193 ss.), nozione che l'Organo giurisdizionale ha, inoltre, interpretato come interesse direttamente connesso con l'oggetto del giudizio. Anzi, la Corte ha escluso che lo Stato che intenda semplicemente esporre il proprio punto di vista su questioni di diritto possa avvalersi di tale strumento processuale (così P. PALCHETTI, *Amici curiae*, cit., p. 972). La tutela di un preciso interesse giuridico parrebbe confermata anche nel caso dell'intervento disciplinato dall'articolo 63 dello Statuto. A questo proposito, è stato osservato come in tale circostanza l'interesse del terzo, di carattere "interpretativo", sia in realtà , e non necessiti, inoltre, di essere dimostrato (B. I. BONAFÉ, , cit., p. 66). Più in generale, sembrerebbe possibile affermare come, nel caso in cui le disposizioni pertinenti riconoscano un di intervento, l'interveniente non sarebbe tenuto a motivare l'istanza. Ad ogni



ad implicito riconoscimento del valore soltanto del principio che sancisce il carattere di della sentenza nei confronti dei terzi<sup>105</sup>. Nel contesto dei procedimenti consultivi, invece, la partecipazione sembrerebbe essere formalmente svincolata dall'esistenza di un nella questione oggetto di esame consultivo, nonostante un simile interesse, come osservato in precedenza<sup>106</sup>, possa certamente essere presente, e possa trovare una sua forma di rappresentanza per il tramite della partecipazione. A prescindere dall'individuazione dell'esatta connotazione dell'interesse in questione, ciò che maggiormente distingue l'intervento di terzi dalla partecipazione ai procedimenti consultivi risiede nel fatto che quest'ultima risponde ad una logica differente e ad un diverso bilanciamento funzionale. Nello specifico, l'esigenza di garantire un'adeguata rappresentanza degli interessi che dovessero eventualmente venire in rilievo si presenterebbe indissolubilmente legata alla – e filtrata dalla – necessità di informare e, più in generale, assistere la corte nella sua attività giudiziaria<sup>107</sup>. Inoltre, nella partecipazione ai procedimenti consultivi non si manifesterebbe quella, generalmente propria del procedimento contenzioso, in cui la posizione dell'interveniente si oppone a quella delle parti originarie<sup>108</sup>.

## 6. amicus curiae

Così come, per le ragioni appena esposte, appaia sostanzialmente poco plausibile ricondurre all'istituto dell'intervento la partecipazione ai procedimenti consultivi, quest'ultima, benché affine alla figura processuale dell', non sembrerebbe ad essa sovrapponibile. Com'è noto, tale espressione latina è usualmente adoperata per indicare un meccanismo procedurale, le cui radici affondano nel diritto romano e nei sistemi processuali anglosassoni<sup>109</sup>, che ha recentemente trovato una crescente diffusione in seno alle giurisdizioni internazionali<sup>110</sup>, sebbene in una molteplicità

---

modo, benché la necessità di salvaguardare gli interessi giuridici del terzo rappresenti il scopo dell'intervento, esso non sembrerebbe essere, tuttavia, l' (in tal senso v. Y. RONEN, Y. NAGGAN, , cit., p. 806 ss.). Inoltre, in grado variabile a seconda del contesto nel quale viene previsto, l'istituto si porrebbe come obiettivo anche la tutela dell'interesse alla buona amministrazione della giustizia. In tale finalità parrebbero, ad esempio, rientrare le tipologie di intervento previste dall'articolo 36, paragrafi 2 e 3, della CEDU (v. anche, , nota 52). Tale principio non sarebbe comunque estraneo alla giurisprudenza della Corte internazionale di giustizia (v. B. I. BONAFÉ, op. ult. cit., pp. 237-238).

<sup>105</sup> , cfr. A. ZIMMERMANN, , cit., p. 2.

<sup>106</sup> Cfr. paragrafo 2 e, ancora, nota 39.

<sup>107</sup> Benché in alcuni casi, come visto (cfr. , paragrafo 4), tale filtro divenga particolarmente “trasparente”, ed emergano con forza gli interessi in gioco.

<sup>108</sup> Tale tensione è messa in luce, ad esempio, da C. CHINKIN, , cit., p. 147 ss. Nei contributi della dottrina, soprattutto di matrice anglosassone, riguardanti l'intervento articolo 62 dello Statuto della Corte internazionale di giustizia (in assenza di ) ricorre, anzi, il termine “intrusione”. Con riferimento al procedimento contenzioso davanti alla Corte dell'Aja, il punto è rilevato da B. I. BONAFÉ, op. ult. cit., p. 41.

<sup>109</sup> Per una ricostruzione storica, si rinvia a A. DAVÌ, , cit., pp. 140-144.

<sup>110</sup> In particolare, l'istituto sembrerebbe trovare una notevole implementazione nel campo dell'arbitrato internazionale in materia di investimenti. In argomento si rinvia, , a L. CREMA, Amici Curiae, cit., p. 108 ss. ed ai riferimenti ivi citati.

di forme<sup>111</sup>. Le definizioni avanzate in dottrina, di conseguenza, sono numerose e generalmente modellate sul procedimento contenzioso<sup>112</sup>.

Nel tentativo di individuare un minimo comune denominatore tra le varie espressioni dottrinali, sembra possibile ravvisare due caratteristiche sufficientemente condivise, ossia il tipo di interesse mostrato dall' , di natura tendenzialmente oggettiva<sup>113</sup>, e la discrezionalità dell'organo giurisdizionale nel decidere se accordare o meno la sua partecipazione<sup>114</sup>. In altri termini, tale figura procedurale sarebbe predisposta nell'interesse – sostanzialmente esclusivo – della corte<sup>115</sup>.

---

<sup>111</sup> Sostiene, al riguardo, A. DI MAIO, *amicus curiae*, in A. ODDENINO, E. RUOZZI, A. VITERBO, F. COSTAMAGNA, L. MOLA, L. POLI (a cura di), , Napoli, 2010, p. 141 ss., p. 153, come la partecipazione dell' vari, in realtà, a seconda del singolo foro considerato. Nonostante l'esistenza di tale diversità, è stata, tuttavia, riconosciuta la sussistenza di una «

» (così R. MACKENZIE, *Amicus Curiae*, in T. TREVES E AL. (eds.), , 2005, The Hague, pp. 295-311, p. 310). In argomento si rinvia, inoltre, diffusamente, a S. MENETREY, *amicus curiae*, Paris, 2010, p. 3 ss.

<sup>112</sup> Ad esempio, S. MENETREY, *amicus curiae*, cit., p. 4, definisce l' come un «

». Per L. CREMA, *Amici Curiae*, cit., p. 93, l'espressione «

». C. SANTULLI, , cit., p. 304, riconosce, invece, nell' «

». Dal canto suo, P. PALCHETTI, *Amici curiae*, cit., pp. 967-968, pone, in particolare, l'accento sull'estraneità dell' al giudizio, e sul fatto che la sua partecipazione risulti subordinata ad un'autorizzazione concessa discrezionalmente dalla corte.

<sup>113</sup> Come osserva, ad esempio, O. DE SCHUTTER, , cit., p. 387, «

sensu stricto, se sert d'arguments juridiques.

sert le droit

». Quello appena delineato sembrerebbe essere, in realtà, il concetto classico di . Nella pratica si è, infatti, assistito a ciò che è stata definita in dottrina come un'evoluzione verso un ruolo dell' più “ ” (v. a tal proposito C. CHINKIN, R. MACKENZIE, , in L. BOISSON DE CHAZOURNES, C. ROMANO, R. MACKENZIE (eds.),

, New York, 2002, pp. 135-162, p. 136 ss.). Sulla questione dell'interesse che permea la partecipazione dell' v., ancora, H. ASCENSIO, *amicus curiae*, cit., p. 911 ss. Ad ogni modo, valgono, inoltre, le considerazioni svolte (il passo che precede la nota 118).

<sup>114</sup> Oltre a quanto emerge dagli autori precedentemente richiamati (cfr. , nota 112), in dottrina possono rinvenirsi ulteriori conferme: H. ASCENSIO, *amicus curiae*, p. 914 ss.; C. CHINKIN, R. MACKENZIE, , cit., p. 138; Y. RONEN, Y. NAGGAN, , cit., p. 822; B. I. BONAFÈ, , cit., p. 224. Questa sembrerebbe essere la regola , alla quale farebbero, tuttavia, eccezione alcuni casi specifici (cfr. L. BARTHOLOMEUSZ, *Amicus Curiae*, cit., p. 276).

<sup>115</sup> Similmente, v. anche A. DI MAIO, , cit., p. 155.

Tuttavia, come si evince dalla pratica consultiva delle giurisdizioni internazionali, i due caratteri non sembrano essere uniformemente presenti in tutti i casi di partecipazione. In particolare, nella misura in cui in alcuni procedimenti consultivi viene previsto un diritto di partecipazione, il meccanismo sfuggirebbe alla piena discrezionalità dell'organo giurisdizionale. In tali situazioni, pertanto, esso cesserebbe di essere uno strumento unicamente al servizio della corte e delle necessità che si manifestano nello svolgimento della sua attività. Di contro, è pur vero che l'ente che partecipa al procedimento non ha il potere di influire sull'oggetto della questione esaminata dalla corte<sup>116</sup>, e quest'ultima non è comunque tenuta a motivare la sua scelta di tenere o meno in considerazione le osservazioni ricevute.

Per quanto attiene, invece, alla questione dell'interesse mostrato dall'ente partecipante, dalla precedente analisi emerge come gli interessi in gioco nei procedimenti consultivi siano molteplici, e dunque non tutti pienamente riconducibili alla definizione di inteso quale soggetto imparziale e portatore di interessi oggettivi<sup>117</sup>. A conclusioni in parte differenti potrebbe, invece, giungersi se si accogliesse una nozione più ampia di , comprensiva, in particolare, anche della figura dell'

; quest'ultimo può ben avanzare un suo interesse specifico, in prima persona o per la più ampia categoria che rappresenta, ma solo nell'eventualità in cui tale interesse risulti compatibile con i fini superiori della giustizia, di modo che la sua soddisfazione assuma carattere rispetto alla realizzazione di quei fini<sup>118</sup>.

7.

Come risulta dall'esame dell'attività delle corti internazionali considerate, la partecipazione ai procedimenti consultivi soddisfa una pluralità di fini e una molteplicità di interessi, che variano a seconda dell'organo giurisdizionale e della questione in esame. Anzi,

<sup>116</sup> Nonostante le memorie scritte presentate dagli Stati nel contesto dei procedimenti consultivi davanti alla Corte internazionale di giustizia spesso si avvicinino, nella forma, alle tipiche dei procedimenti contenziosi, giungendo, in alcuni casi, a suggerire ai giudici come risolvere la questione ad essi sottoposta, la Corte, come ebbe modo di rilevare, ad esempio, il giudice Winiarski, «

» (cfr. Corte internazionale di giustizia, , cit., , p. 91). Sul punto, v. S. ROSENNE, , cit., p. 1681. Tale caratteristica dell' , con riguardo al procedimento contenzioso, è messa in luce anche da P. PALCHETTI, *Amici curiae*, cit., p. 971.

<sup>117</sup> Come in precedenza emerso (v. , paragrafo 2), l'attività consultiva delle corti internazionali sembrerebbe, infatti, testimoniare non soltanto la varietà nella tipologia di interessi tutelati, bensì anche nell' degli stessi. Con riferimento, ad esempio, alla partecipazione ai procedimenti consultivi davanti alla Corte dell'Aja, Y. RONEN, , cit., p. 87 e ss. e, ancora, p. 104 e ss., distingue la partecipazione di come da quella in qualità di . Tale differenziazione si fonderebbe sostanzialmente sulla circostanza che essi risultino o meno «

» e vantino uno « . A tal proposito, potrebbe, inoltre, essere di qualche interesse un richiamo alla tesi della graduazione dell'interesse avanzata da Ascensio in ambito contenzioso. Per l'A., non bisognerebbe, infatti, opporre gli istituti dell'intervento e dell'

, ma anzi le due figure si troverebbero su una comune linea dell'interesse, per cui la differenza tra e intervento risiederebbe nell'intensità dell'interesse dimostrato, che può essere tenue e oggettivo o può, invece, assumere i connotati di un interesse più marcato e soggettivo (cfr. H. ASCENSIO, *amicus curiae*, cit., p. 912).

<sup>118</sup> Sulla figura processuale dell' si rinvia, per tutti, a A. DAVÌ, , cit., p. 142 ss.

gli interessi in gioco sembrerebbero sovente porsi in relazione con le – e in parte riflettersi sulle – modalità della partecipazione ai procedimenti consultivi. La pratica delle corti restituisce, infatti, un'eterogeneità nelle soluzioni accolte, determinata, come visto, da un influsso multifattoriale, nel cui alveo i profili legati all'interesse esercitano un importante ruolo<sup>119</sup>.

Nonostante la varietà di forme, e tenendo in conto quanto in precedenza considerato, la partecipazione ai procedimenti consultivi potrebbe, dunque, essere accostata, con buona approssimazione, alla figura processuale dell' , posto che essa si inquadra – in maniera esclusiva o, comunque, prevalente – in una logica di tipo

Benché la partecipazione ai procedimenti consultivi sembri, dunque, condividere la che contraddistingue la funzione dell' , pare in qualche misura possibile operare alcuni ulteriori rilievi. In particolare, alla luce delle considerazioni in questa sede svolte, si può avanzare l'idea di una differenziazione tra le forme di partecipazione ai procedimenti consultivi. Tale operazione si pone come obiettivo non tanto l'inquadramento di queste ultime in rigide categorie giuridiche<sup>120</sup>, quanto, piuttosto, quello di dare conto di una nelle stesse, più aderente, d'altronde, alla pratica delle corti.

In alcuni casi, la partecipazione ai procedimenti consultivi coincide pienamente con la nozione di che risponde alle caratteristiche in precedenza tratteggiate. Abitualmente – anche se non esclusivamente –, tale modalità riguarda la partecipazione di entità quali le organizzazioni non governative o gli individui<sup>121</sup>.

Nondimeno, in determinate circostanze sembrerebbe possibile ipotizzare l'esistenza di una sorta di agevolato o, in altri termini, di “privilegiato”. Il possesso di tale condizione risulterebbe commisurata in maniera primaria, sebbene non esclusiva, all'eventuale diritto di partecipazione detenuto dall'ente<sup>122</sup>.

Per converso, esisterebbe, infine, anche una forma di partecipazione. Questo è quanto si verifica, ad esempio, nel caso delle memorie presentate da ONG nel contesto dei procedimenti consultivi dinanzi alla Corte internazionale di giustizia e, con le

<sup>119</sup> Cfr. , paragrafi 3 e ss. Tale eterogeneità sembrerebbe trovare un'unica eccezione nella discrezionalità riconosciuta all'organo giurisdizionale in merito alla decisione di prevedere una fase orale (cfr. , paragrafo 4, ).

<sup>120</sup> Posto che, tra l'altro, l'essenza stessa del procedimento consultivo è connotata da una notevole dose di «souplesse» (v., tra i tanti, M. C. RUNAVOT, , cit., p. 77 ss.).

<sup>121</sup> Per quanto attiene, in particolare, al caso delle organizzazioni non governative, la dottrina è, tuttavia, divisa in merito alla qualificazione dell'interesse da queste rappresentato nel contesto internazionale. Se per C. TOMUSCHAT, , in , 1999, tomo 281, p. 157, esse agirebbero come « », per altri, invece, esse difenderebbero, in realtà, gli interessi di categoria (v. H. ASCENSIO, *amicus curiae*, cit., p. 918; sul punto cfr. anche MACKENZIE, *Amicus Curiae* , cit., pp. 300-301); in questa seconda circostanza, si tratterebbe, dunque, non di un interesse di tipo , bensì di interessi da quelli normalmente avanzati dagli Stati (per alcune ulteriori riflessioni in argomento si rimanda ad A. DEL VECCHIO, , Bari, 2009, p. 153 ss.; E. DE BRABANDERE, , in

, 2011, pp. 85-113). Sulla partecipazione delle ONG ai meccanismi giurisdizionali di accertamento delle norme internazionali, si rinvia, inoltre, a E. TRAMONTANA, , Padova, 2013, p. 143 ss.

<sup>122</sup> Come in precedenza osservato, alcune giurisdizioni riconoscono, infatti, anche determinati diritti (o privilegi) processuali. Tale è, ad esempio, il diritto, riconosciuto dinanzi alla Corte internazionale di giustizia a Stati e organizzazioni internazionali, di dibattere nel corso di una procedura in contraddittorio le memorie presentate (v. , paragrafo 3.2).

precisazioni operate a suo tempo, al Tribunale del diritto del mare<sup>123</sup>. In mancanza, infatti, di un canale diretto con l'organo giurisdizionale, l'ente non ha alcuna garanzia che le proprie osservazioni raggiungano la corte, e vengano da questa prese in esame.

Alla luce di quanto poc'anzi osservato, l'approccio della graduazione ci sembra quello da preferire, in quanto maggiormente idoneo a descrivere la pluralità di forme partecipative nei procedimenti consultivi davanti ai tribunali internazionali. Il riconoscimento di tale differenziazione nello processuale dei partecipanti potrebbe non soltanto offrire nuovi spunti d'indagine per lo studio della materia, bensì anche fornire preziosi elementi ai fini della valutazione della politica giudiziaria delle corti.

---

<sup>123</sup> Cfr. \_\_\_\_\_, paragrafo 3.4. Come osserva, a tal proposito, E. DE BRABANDERE, \_\_\_\_\_, cit., p. 94, «

».



## Ordine internazionale e diritti umani

International Legal Order and Human Rights  
Ordenamiento Jurídico Internacional y Derechos Humanos  
Ordre juridique international et Droits de l'Homme

FABRIZIO FOIS\*

### **LA CORTE EUROPEA DEI DIRITTI DELL'UOMO SANZIONA I RESPINGIMENTI VERSO GLI STATI CON SISTEMI D'ASILO INEFFICIENTI: INTERESSE DELLA SENTENZA *TARAKHEL C. SVIZZERA* AI FINI DI UNA VALUTAZIONE SOTTO QUESTO PROFILO DEL SISTEMA CEDU E DEL SISTEMA DUBLINO**

SOMMARIO: 1. Considerazioni introduttive: la particolarità del Sistema CEDU per quanto riguarda l'affermazione e l'applicazione del principio di *non-refoulement*. - 2. La sentenza *Tarakhel* e precedenti pronunce relative ai sistemi d'asilo in vigore in Paesi diversi dall'Italia. - 3. *Segue*: la sentenza *Tarakhel* e precedenti pronunce relative al sistema d'asilo italiano. - 4. La giurisprudenza CEDU e della Corte di Giustizia dell'Unione Europea in merito alla "fiducia reciproca" tra Stati membri nel Sistema Dublino. - 5. I problemi connessi con le carenze dei sistemi d'asilo degli Stati di frontiera. - 6. Valutazione complessiva del Sistema CEDU e del Sistema Dublino relativamente al principio di *non-refoulement*.

#### *1. Considerazioni introduttive: la particolarità del Sistema CEDU per quanto riguarda l'affermazione e l'applicazione del principio di non-refoulement*

La presente indagine prende le mosse dalla sentenza della Grande Camera della Corte europea dei diritti dell'uomo per il caso *Tarakhel c. Svizzera*<sup>1</sup>, avente ad oggetto l'applicazione dell'art. 3 della Convenzione europea dei diritti dell'uomo (CEDU), il quale vieta la tortura ed i trattamenti inumani e degradanti<sup>2</sup>, alla materia dei respingimenti dei richiedenti asilo negli Stati membri dell'Unione Europea.

Per una più approfondita valutazione della sentenza, conviene richiamare il quadro normativo di riferimento, costituito dalla CEDU e dal c.d. Sistema Dublino, sistema

---

\* Dottorando in Scienze Giuridiche, Università degli Studi di Sassari.

<sup>1</sup> Sentenza della Corte europea dei diritti dell'uomo (Grande Camera) del 4 Novembre 2014, ric. 29217/12, *Tarakhel c. Svizzera*. Tutte le sentenze della Corte europea dei diritti dell'uomo citate in questo lavoro possono essere reperite al seguente indirizzo web: <http://hudoc.echr.coe.int/sites/fra/Pages/search.aspx#>

<sup>2</sup> Art. 3 CEDU: «Proibizione della tortura. Nessuno può essere sottoposto a tortura né a pene o trattamenti inumani o degradanti».

attualmente disciplinato dal regolamento (UE) n. 604/2013<sup>3</sup>, applicabile alla Svizzera in virtù dell'accordo di associazione con l'UE del 26 ottobre 2004.

La CEDU non prevede una disciplina in materia d'asilo: sono presenti solo alcuni riferimenti relativi alle espulsioni di stranieri, contenuti all'art. 4 del Protocollo n. 4, che vieta le espulsioni collettive, e all'art. 1 del Protocollo n. 7, che dispone le garanzie procedurali in caso di espulsione di stranieri regolari. È esclusivamente in virtù dell'attività della Corte europea dei diritti dell'uomo e della sua interpretazione del citato art. 3 che i richiedenti asilo vengono tutelati in ambito CEDU, tutela che si concreta nel divieto di respingere gli asilanti verso luoghi in cui sarebbero sottoposti a tortura. Manca in ambito CEDU una disciplina per definire lo Stato competente ai fini della valutazione delle richieste di protezione internazionale, mentre nell'Unione Europea tale funzione è assolta dal Sistema Dublino. L'odierna procedura, denominata "Dublino III", è la risultante di un processo avviato con la Convenzione del 1990, poi revisionata con il regolamento (CE) n. 343/2003 (c.d. Dublino II)<sup>4</sup>: il sistema prevede una serie di criteri per determinare lo Stato membro competente ad esaminare una domanda di protezione internazionale presentata da un cittadino di uno Stato Terzo o da un apolide. La sua *ratio* è duplice: da un lato risolvere il problema dei c.d. "rifugiati in orbita", ovverosia dei richiedenti asilo inviati da uno Stato membro all'altro senza che nessuno si riconosca competente all'analisi della domanda, dall'altro l'evitare il c.d. "*asylum shopping*", cioè la presentazione di domande in più Stati.<sup>5</sup> Nel Preambolo del regolamento n. 604/2013 si afferma altresì che l'apparato Dublino opera nel pieno rispetto del principio di *non-refoulement*, che possiamo definire come il principale obbligo imposto agli Stati nell'ambito della disciplina del diritto d'asilo.

Il principio ha trovato la sua prima affermazione esplicita all'art. 33, par. 1, della Convenzione di Ginevra del 1951 relativa allo status dei rifugiati<sup>6</sup>, il quale dispone che gli Stati non devono rinviare i richiedenti protezione internazionale verso territori in cui la loro vita o la loro libertà sarebbero minacciate. La dottrina, pur sottolineando che l'art. 33 della Convenzione di Ginevra non ha rappresentato né la codificazione di una consuetudine preesistente, né la cristallizzazione di una norma in via di formazione, è concorde nel configurare l'esistenza di una norma consuetudinaria di *non-refoulement*<sup>7</sup>. A supporto di una

<sup>3</sup> Regolamento (UE) n. 604/2013 del Parlamento europeo e del Consiglio del 26 giugno 2013 *che stabilisce i criteri e i meccanismi di determinazione dello Stato membro competente per l'esame di una domanda di protezione internazionale presentata in uno degli Stati membri da un cittadino di un paese terzo o da un apolide (rifusione)*, in GUUE L 180 del 29 giugno 2013, p. 31 ss.

<sup>4</sup> Regolamento (CE) n. 343/2003 del Consiglio del 18 febbraio 2003 *che stabilisce i criteri e i meccanismi di determinazione dello Stato membro competente per l'esame di una domanda d'asilo presentata in uno degli Stati membri da un cittadino di un paese terzo*, in GUUE L 50 del 25 febbraio 2003, p. 1 ss.

<sup>5</sup> A. ADINOLFI, *Riconoscimento dello status di rifugiato e della protezione sussidiaria: verso un sistema comune europeo?*, in *Riv. dir. int.*, 2009, p. 673 ss; D. DUBOLINO, *L'identificazione dello Stato competente all'esame di una domanda di asilo: dalla Convenzione di Dublino al nuovo Regolamento*, in *Dir. Un. eur.*, 2004, p. 824.

<sup>6</sup> Art. 33, par. 1, Convenzione di Ginevra del 1951 relativa allo status dei rifugiati: «No Contracting State shall expel or return ("refouler") a refugee in any manner whatsoever to the frontiers of territories where his life or freedom would be threatened on account of his race, religion, nationality, membership of a particular social group or political opinions».

A tal proposito vedi, tra gli altri: E. BENEDETTI, *Il diritto di asilo e la protezione dei rifugiati nell'ordinamento comunitario dopo l'entrata in vigore del Trattato di Lisbona*, Padova, 2010; P. DE PASQUALE, *Respingimenti, rimpatri e asilo: la tutela degli immigrati irregolari nell'UE*, in *Dir. Un. eur.*, 2010, pp. 19-51; G.S. GOODWIN-GILL, *The Refugee in International Law*, Oxford, 1996; T. KRITZMAN-AMIR, T. SPIJKERBOER, *On the Morality and Legality of Borders: Border Policies and Asylum Seekers*, in *Harv. Hum. Rights Jour.*, 2013, pp. 1-38; F. SALERNO, *L'obbligo internazionale di non-refoulement dei richiedenti asilo*, in *Dir. um. dir. int.*, 2010, pp. 487-515.

<sup>7</sup> G.S. GOODWIN-GILL, *The Refugee in International Law*, cit., p. 167 ss.



*opinio juris* in materia si può far riferimento a molteplici strumenti pattizi, di portata sia universale, come l'art. 3 della Convenzione delle Nazioni Unite sul divieto di tortura del 1984, sia regionale, tra i quali emergono l'art. II, par. 3, della Convenzione sui rifugiati stipulata nel 1969 nell'ambito dell'Organizzazione per l'Unità Africana, l'art. 22, par. 8, della Convenzione Americana sui Diritti Umani (anch'essa del '69) e l'art. 19 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione Europea.

Accanto a tali atti vanno annoverati alcuni strumenti di *soft law*, incentrati sul carattere imperativo del divieto di respingimento; tra questi rilevano soprattutto le Conclusioni generali sulla protezione internazionale, formulate dal Comitato Esecutivo dell'Alto Commissariato delle Nazioni Unite per i rifugiati (UNHCR), nonché la Dichiarazione di Cartagena sui rifugiati del 1984.<sup>8</sup> In ogni caso, salvo rare eccezioni<sup>9</sup>, la dottrina non pare orientata a qualificare il *non-refoulement* come norma di *jus cogens*<sup>10</sup>.

Il carattere imperativo è invece caratteristica precipua del divieto di tortura, il cui legame con il principio di *non-refoulement* è essenziale ai fini della nostra indagine; infatti, nelle ipotesi in cui un soggetto venga respinto verso un luogo in cui rischierebbe di essere sottoposto a tortura o a trattamenti inumani e degradanti, chi ha operato il respingimento incorre nella violazione della relativa norma di *jus cogens*<sup>11</sup>. Il principio ha pertanto assunto una portata maggiore rispetto a quella originariamente determinata nella Convenzione di Ginevra, e non viene in rilievo solo per la tutela dei rifugiati, estendendosi a quella dei diritti umani in generale<sup>12</sup>.

L'attività ermeneutica della Corte europea dei diritti dell'uomo ha permesso, nel corso del tempo, di sanzionare tutte le tipologie di respingimenti: dal *non-refoulement* c.d. diretto, che avviene allorché un soggetto venga respinto in un luogo per lui dannoso<sup>13</sup>,

<sup>8</sup> Nella Conclusione UNHCR No. 25 del 1982 emerge la fase di formazione della norma imperativa («*progressively acquiring the character of a peremptory rule of international law*»), in quella No. 79 del 1996 la sua inderogabilità viene ribadita («*recalls that the principle of non-refoulement is not subjected to derogation*»). Nella Dichiarazione di Cartagena si afferma: «... *This principle is imperative in regard to refugees and in the present state of International law should be acknowledged and observed as a rule of jus cogens*».

<sup>9</sup> J. ALLAIN, *The Jus Cogens Nature of Non-refoulement*, in *Int. Jour. Refug. Law*, 2001, pp. 533-558. Secondo l'A. la natura di norma di *jus cogens* del *non-refoulement* non può essere confutata nemmeno dal fatto che numerosi Stati continuino a violare gli obblighi in materia di respingimento. Vi sono autori che, pur non affermando che il principio abbia attualmente carattere imperativo, sostengono la necessità che gli Stati lo riconoscano come tale. Vedi: R. BRUIN – K. WOUTERS, *Terrorism and the Non-Derogability of Non-Refoulement*, ivi, 2003, p. 29: «*We would strongly urge States to uphold the absolute or non-derogable character of non-refoulement (...)*».

<sup>10</sup> D. DUBOLINO, *L'identificazione*, cit., p. 821.

<sup>11</sup> Il divieto di tortura rappresenta un valore fondamentale delle società democratiche, non derogabile «anche nelle circostanze più difficili come la lotta al terrorismo e al crimine organizzato», come sancito nelle seguenti sentenze della Corte europea dei diritti dell'uomo: 6 aprile 2000, ric. 26772/95, *Labita c. Italia*, par. 111; 7 ottobre 2004, ric. 33743/03, *Dragan e altri c. Germania*, par. 2. In dottrina: G. CELLAMARE, *La disciplina dell'immigrazione nell'Unione Europea*, Torino, 2006, p. 250 ss.; P. DE PASQUALE, *Respingimenti, rimpatri e asilo*, cit., p. 28; D. DUBOLINO, *L'identificazione*, cit., p. 821; C. FIORAVANTI, *Diniego di riconoscimento dello status di rifugiato e concessione del permesso di soggiorno per la protezione degli individui dal rischio di tortura*, in L. ZAGATO (a cura di), *Verso una disciplina comune europea del diritto d'asilo*, Padova, 2006, p. 234 ss.; G.S. GOODWIN-GILL, *The Right to Seek Asylum: Interception at Sea and the Principle of Non-Refoulement*, in *Int. Jour. Refug. Law*, 2011, p. 443 ss.

<sup>12</sup> P. BENVENUTI, *La Convenzione di Ginevra sullo status dei rifugiati*, in *Flussi migratori e fruizione dei diritti fondamentali*, VII Convegno nazionale istruttori DIU, Campobasso, 2006, p. 144.

<sup>13</sup> Il *leading case* in materia di respingimenti diretti nell'alveo della giurisprudenza CEDU è rappresentato dalla sentenza del 7 luglio 1989, ric. 14038/88, *Soering c. Regno Unito*, in cui si affermò: «*It would hardly be compatible with the underlying values of the Convention, that "common heritage of political traditions, ideals, freedom and the rule of law" to which the Preamble refers, were a Contracting State knowingly to surrender a fugitive to another State where there were*

a quello c.d. indiretto (o *chain refoulement*), ipotesi che si verifica quando un individuo venga rinviato verso un territorio da cui rischierebbe di essere ulteriormente respinto verso un terzo luogo pericoloso.

Nei respingimenti indiretti rientrano quelli operati verso Stati caratterizzati da sistemi d'asilo lacunosi, in cui i tempi per valutare lo status sono dilatati e, nelle more della decisione, i richiedenti vengono accolti in strutture inadeguate, con il rischio di essere sottoposti ad espulsioni arbitrarie. La sentenza *Tarakhel* riguarda un respingimento di tal tipo, operato nel territorio dell'Unione Europea, e va pertanto analizzata in sede di applicazione del quadro CEDU e del quadro Dublino.

## 2. La sentenza *Tarakhel* e precedenti pronunce relative ai sistemi d'asilo in vigore in Paesi diversi dall'Italia

Il caso *Tarakhel* costituisce un esempio della c.d. esternalizzazione delle procedure per la determinazione dello status di rifugiato nell'Unione Europea (*External Refugee Processing*): un soggetto viene allontanato da parte dello Stato a cui ha richiesto protezione internazionale verso un altro Stato che è considerato competente per l'attribuzione dello status<sup>14</sup>. Al fine di una sua migliore comprensione conviene richiamare preliminarmente due precedenti pronunce della Corte di Strasburgo: la sentenza del 7 marzo 2000, ric. 43844/98, *T.I. c. Regno Unito* e la sentenza del 21 gennaio 2011, ric. 30696/09, *M.S.S. c. Belgio e Grecia*<sup>15</sup>.

Nella sentenza *T.I. c. Regno Unito* la Corte europea dei diritti dell'uomo aveva affermato, per la prima volta, che uno Stato che aveva trasferito un richiedente asilo verso un altro Stato contraente aveva l'obbligo di assicurare che il soggetto non venisse sottoposto a trattamenti contrari all'art. 3 CEDU, risultando responsabile in caso di violazioni di siffatto obbligo. In tale pronuncia, però, la Corte aveva considerato sufficiente il fatto che il Regno Unito (Stato respingente) avesse giudicato la Germania (Stato di destinazione) uno Stato sicuro semplicemente perché la normativa tedesca offriva garanzie circa il rispetto dell'art. 3 e del *non-refoulement*. Il ragionamento presuntivo operato dalla Gran Bretagna, pertanto, era bastato alla Corte per ritenere conforme alla Convenzione il trasferimento del richiedente asilo verso la Germania<sup>16</sup>.

---

*substantial grounds for believing that he would be in danger of being subjected to torture, however heinous the crime allegedly committed.»*

<sup>14</sup> Sull'argomento vedi: B. CORTESE, *L'esternalizzazione delle procedure di riconoscimento dello status di rifugiato: l'approccio dell'Unione Europea, tra prassi degli Stati membri e competenze comunitarie*, in L. ZAGATO, *Verso una disciplina*, cit., p. 199 ss; P. DE PASQUALE, *Respingimenti, rimpatri e asilo*, cit., p. 24.

<sup>15</sup> Nel Par. 4 si farà riferimento anche alla giurisprudenza in materia della Corte di Giustizia dell'Unione Europea, segnatamente alla sentenza del 21 dicembre 2011, cause riunite C-411/10 e C-493/10, *N.S. c. Secretary of State and Home Department e M.E. e altri c. Refugee Applications Commissioner, Minister for Justice, Equality and Law Reform*.

<sup>16</sup> «However, on the basis of the assurances given by the German Government concerning its domestic law and practice, the Court is satisfied that the applicant's claims, if accepted by the authorities, could fall within the scope of section 53(6) and attract its protection. While it may be that on any re-examination of the applicant's case the German authorities might still reject it, this is largely a matter of speculation and conjecture. There is furthermore no basis on which the Court could assume in this case that Germany would fail to fulfil its obligations under Article 3 of the Convention to provide the applicant with protection against removal to Sri Lanka if he put forward substantial grounds that he faces a risk of torture and ill-treatment in that country. To

Nella sentenza *M.S.S.*, invece, la Corte si era pronunciata nel senso che il suo principale interesse era di accertare che esistessero effettive garanzie affinché il ricorrente fosse al riparo da respingimenti arbitrari. Nel caso di specie, infatti, aveva ritenuto non sufficiente il fatto che la Grecia (Paese di destinazione) avesse una normativa interna conforme al diritto dell'Unione, dando invece maggior peso e rilevanza alle inchieste condotte dall'UNHCR e da organizzazioni non governative indipendenti, secondo le quali la legislazione greca non veniva di fatto applicata; le procedure d'asilo risultavano contrassegnate da deficit strutturali e, di conseguenza, i richiedenti erano esposti al rischio di espulsioni arbitrarie. Il Belgio avrebbe dovuto pertanto «attuare modalità di scrutinio più rigorose», al fine di «verificare in concreto l'effettiva applicazione» da parte della Grecia degli obblighi internazionali in materia<sup>17</sup>.

Le carenze sistemiche (*défaillances systémiques*) dell'apparato d'asilo sono il fulcro della sentenza *Tarakbel*, carenze che, secondo i ricorrenti, riguardano il sistema italiano. I ricorrenti sono un cittadino afgano e la sua famiglia - composta dalla moglie e da sei figli minori -, i quali nel 2011 erano arrivati in Italia dalla Turchia via mare; inizialmente i soggetti avevano fornito false generalità, poi, una volta identificati, erano stati trasferiti al CARA (Centro Accoglienza Richiedenti Asilo) di Bari. In seguito avevano lasciato senza autorizzazione la struttura e si erano recati in Austria, luogo in cui avevano fatto domanda d'asilo, rigettata con conseguente richiesta di presa in carico alle autorità italiane, le quali avevano formalmente accettato. I soggetti, però, si erano spostati in Svizzera, presentando una richiesta d'asilo che l'*Office fédéral des migrations* (ODM) aveva respinto affermando che, secondo il Sistema Dublino, era l'Italia lo Stato competente per l'esame della domanda. Avendo l'ODM ordinato l'espulsione verso l'Italia, i ricorrenti avevano adito il Tribunale amministrativo federale, contestando le condizioni d'accoglienza italiane; il Tribunale aveva rigettato il ricorso, sottolineando come non sussistessero gli estremi per superare la presunzione che l'Italia ottemperasse agli obblighi internazionali in materia di asilo. I soggetti avevano dunque presentato una domanda di revisione, che era stata respinta poiché, secondo il Tribunale amministrativo federale, essi non avevano addotto alcun nuovo mezzo di prova.

A ciò aveva fatto seguito il ricorso dinanzi alla Corte europea dei diritti dell'uomo, presso la quale i ricorrenti avevano lamentato che, in caso di rinvio in Italia, «*sans garantie individuelle de prise en charge*» sarebbero stati vittime di un trattamento disumano e degradante in ragione delle *défaillances systémiques* del dispositivo d'accoglienza per i richiedenti asilo in quel Paese. Sebbene i soggetti, relativamente al proprio rinvio in Italia, avessero invocato non solo l'art. 3, ma anche l'art. 8 CEDU, lamentando altresì una violazione del diritto al rispetto della vita familiare, la Grande Camera aveva giudicato più appropriato valutare le condizioni italiane d'accoglienza squisitamente «*sous l'angle de l'article 3 de la Convention*». È

---

*the extent therefore that there is the possibility of such a removal, it has not been shown in the circumstances of this case to be sufficiently concrete or determinate.*

Sul tema vedi anche: A. ADINOLFI, *Riconoscimento dello status di rifugiato*, cit., p. 679 ss; E. CANNIZZARO, *L'armonizzazione delle politiche di asilo in sede comunitaria e la Convenzione di Ginevra sui rifugiati del 1951*, in *Riv. dir. int.*, 2011, pp. 440-443; L. MAGI, *Protezione dei richiedenti asilo «par ricochet» o protezione «par moitié»? La Grande Camera ripartisce fra gli Stati contraenti le responsabilità per violazione della Convenzione europea conseguenti al trasferimento di un richiedente asilo in attuazione del regolamento «Dublino II»*, *ivi*, 2011, pp. 824-832.

<sup>17</sup> M. MARCHEGIANI, *Regolamento «Dublino II» e Convenzione europea dei diritti umani: il caso M.S.S. c. Belgio e Grecia*, in *St. integr. eur.*, 2011, p. 360. Il Belgio non si sarebbe dovuto limitare ad un'applicazione automatica e meramente procedurale del regolamento Dublino II, soprattutto in virtù delle prove a sostegno della gravità della situazione greca.

necessario comunque precisare che i ricorrenti avevano ottenuto dalla Corte la misura provvisoria della sospensione dell'espulsione per tutta la durata della procedura.

La sentenza *Tarakhel* costituisce il primo caso in cui le lacune del sistema italiano d'asilo sono causa di una sanzione da parte della Corte di Strasburgo. In passato il nostro sistema era stato sanzionato non già per l'impossibilità di accogliere, quanto per la volontà di respingere i richiedenti asilo, come emerso in numerose pronunce, su tutte la sentenza della Corte Europea dei diritti dell'uomo del 23 febbraio 2012, ric. 27765/09, *Hirsi Jamaa e altri c. Italia*<sup>18</sup>.

Le citate lacune vengono in rilievo al fine di analizzare gli accertamenti che le autorità svizzere avrebbero dovuto svolgere per valutare la situazione italiana, per poi esaminare il rapporto che esiste tra la fattispecie concreta e i criteri che il Sistema Dublino prevede in astratto per determinare lo Stato competente al riconoscimento della protezione internazionale, con la conseguente attribuzione delle responsabilità.

La Grande Camera ha statuito che la violazione dell'art. 3 CEDU da parte della Svizzera deriva dal non aver ottenuto dalle autorità italiane delle garanzie individuali per i ricorrenti, nelle quali si sarebbe dovuto tener conto anche della presenza dei minori e dell'unità familiare. Per esaminare il caso, la Corte ha seguito un approccio simile a quello della citata sentenza *M.S.S.*, in cui la posizione dei ricorrenti era stata analizzata tenendo conto del contesto greco all'epoca dei fatti. Nella sentenza *Tarakhel* la Corte ha utilizzato i dati forniti dalle organizzazioni internazionali e dalle ONG al fine di verificare l'insufficienza dei posti nelle strutture d'accoglienza, che si dimostrano inadeguati per affrontare i massicci flussi di migranti cui l'Italia è sottoposta soprattutto a partire dal 2011; inadeguatezza che riguarda sia le strutture SPRAR (Sistema di Protezione per Richiedenti Asilo e Rifugiati), che quelle CARA. Quanto alle lamentate condizioni di insalubrità e violenza nei centri di accoglienza, la Grande Camera, sulla scorta dei dati raccolti e precisando che la situazione italiana non è paragonabile a quella greca, ha assunto un atteggiamento rassicurante, sottolineando che dalle indagini eseguite non sono emerse delle condizioni così critiche ed è stata rilevata la volontà delle autorità italiane di migliorare la qualità dei servizi.<sup>19</sup> Ciononostante, si è avvertita la necessità di un maggiore supporto da parte delle strutture ai richiedenti asilo, soprattutto da un punto di vista psicologico e dell'assistenza giuridica: sono queste le lacune che hanno fatto propendere la Corte verso una diffidenza circa le capacità attuali del sistema italiano.

Sono altresì venute in rilievo le valutazioni sulla situazione individuale dei ricorrenti, poiché, per accertare una violazione dell'art. 3 CEDU, il trattamento subito deve essere connotato da un "minimo di gravità". Nel caso *Tarakhel* la situazione era aggravata dalla presenza di minori, che quindi ha elevato ulteriormente quella necessità di «protezione speciale» già insita in tutti i richiedenti asilo.<sup>20</sup>

<sup>18</sup> In materia: G. CELLAMARE, *Brevi note sulla sentenza della Corte europea dei diritti dell'uomo Hirsi Jamaa e altri c. Italia*, ivi, 2012, pp. 491-508; A. DI PASCALE, *La sentenza Hirsi e altri c. Italia: una condanna senza appello alla politica dei respingimenti*, in *Dir. imm. citt.*, 2012, pp. 85-93; C. GABRIELLI, *Il rispetto dei diritti nella gestione delle politiche migratorie secondo la sentenza Hirsi della Corte europea dei diritti umani*, in *Gli Stranieri*, 2012, pp. 185-195; N. NAPOLETANO, *La condanna dei "respingimenti" operati dall'Italia verso la Libia da parte della Corte europea dei diritti umani: molte luci e qualche ombra*, in *Dir. um. dir. int.*, 2012, pp. 436-447; B. NASCIBENE, *The "Push-back Policy" Struck Down Without Appeal? The European Court of Human Rights in Hirsi Jamaa and Others v. Italy*, in *Documenti LAI* 1202E, 2012.

<sup>19</sup> Par. 112: «... le HCR ne fait pas état de situations généralisées de violence ou d'insalubrité, saluant même les efforts accomplis par les autorités italiennes afin d'améliorer la qualité de l'accueil des demandeurs d'asile».

<sup>20</sup> Sentenza *M.S.S.*, par. 251.

In definitiva, le autorità svizzere avrebbero dovuto accertare che, al loro arrivo in Italia, i ricorrenti sarebbero stati accolti in strutture idonee. Avendo constatato che non si era proceduto ad un simile accertamento, la Grande Camera ha adottato una sentenza di condanna della Svizzera per violazione dell'art. 3 CEDU (sentenza citata, paragrafi 121 e 122).<sup>21</sup>

### 3. *Segue: la sentenza Tarakhel e precedenti pronunce relative al sistema d'asilo italiano*

La portata innovativa della pronuncia della Grande Camera qui esaminata si coglie soprattutto ricordando che i difetti dell'apparato d'asilo italiano erano già emersi in precedenti sentenze, anche se non erano mai stati ritenuti sufficienti per integrare una violazione dell'art. 3 CEDU.

Il *leading case* in materia è la sentenza della Corte Europea dei diritti dell'uomo del 2 aprile 2013, ric. 27725/10, *Mohammed Hussein e altri c. Paesi Bassi e Italia*. In quel caso il quadro giuridico italiano era stato descritto prendendo le mosse dalle raccomandazioni del 2012 dell'UNHCR e dal rapporto del Commissario per i diritti umani del Consiglio d'Europa<sup>22</sup>; in tali atti si faceva riferimento alle lacune del sistema, messo duramente alla prova dai massicci flussi migratori provenienti dal Nord Africa. Le strutture mostravano un'insufficiente capacità d'accoglienza, cui si aggiungeva una qualità dell'assistenza diversa a seconda dei centri e non sempre adeguata, soprattutto dal punto di vista linguistico, legale, psicologico e dell'integrazione sociale.

Nonostante ciò, in quel caso la Corte aveva sostenuto che tali lacune non fossero sintomatiche di una carenza sistemica: i rapporti delle organizzazioni internazionali avevano infatti mostrato la volontà italiana di risolvere i problemi in materia, come si poteva evincere anche dalla presenza di diverse tipologie di strutture di supporto. Per questi motivi non vi erano fondate ragioni per ritenere che il ricorrente si trovasse in una situazione di rischio così grave da comportare la violazione dell'art. 3 CEDU da parte dei Paesi Bassi e dell'Italia.

Nel corso del 2013 la Corte di Strasburgo si è più volte pronunciata su ricorsi analoghi, che hanno avuto ad oggetto i respingimenti operati dai Paesi Bassi e dall'Austria verso l'Italia<sup>23</sup>. Nella sentenza del 4 giugno 2013, ric. 6198/12, *Daytbegova e Magomedova c. Austria*, la Corte aveva ribadito che, nonostante le criticità emerse, le autorità italiane si

---

<sup>21</sup> A. TANCREDI, *Assicurazioni diplomatiche e divieto "assoluto" di refoulement alla luce di alcune recenti pronunzie della Corte europea dei diritti umani*, in *Dir. um. dir. int.*, 2010, pp. 51-52. Le assicurazioni diplomatiche, necessarie per valutare il rischio di maltrattamenti per il ricorrente, si articolano in due fasi: dapprima grava sul ricorrente l'onere di provare che nel Paese di destinazione vengono poste in essere pratiche contrarie all'art. 3 che lo possano riguardare personalmente, con lo Stato convenuto chiamato a fornire elementi negativi a riguardo; in seguito va valutata la sufficienza delle assicurazioni addotte dallo Stato di destinazione ed allegate in giudizio dal convenuto.

<sup>22</sup> UNHCR, *Recommendations on Important Aspects of Refugee Protection in Italy* – July 2012; *Reports by N. Muiznieks, Commissioner for Human Rights of Council of Europe following his visit in Italy*, June 2013, par. 43 ss.

<sup>23</sup> Oltre a quelle citate vedi, dello stesso orientamento, le seguenti sentenze della Corte Europea dei diritti dell'uomo: 18 giugno 2013, ric. 73874/11, *Abubeker c. Austria e Italia*; 18 giugno 2013, ric. 53852/11, *Halimi c. Austria e Italia*; 27 agosto 2013, ric. 9053/10, *Miruts Hagos c. Paesi Bassi e Italia*; 27 agosto 2013, ric. 40524/10, *Mohammed Hassan e altri c. Paesi Bassi e Italia*; 10 settembre 2013, ric. 2314/10, *Hussein Dürshi e altri c. Paesi Bassi e Italia*. Sul tema vedi anche: M. BETHKE, D. BENDER, *The Living Conditions of Refugees in Italy*, Frankfurt, 2011.



erano mostrate sensibili rispetto alle difficoltà dei richiedenti asilo, per cui non si doveva dubitare della capacità di far fronte alle loro necessità o, in caso di difficoltà, di rispondere in maniera idonea alle richieste di ulteriore assistenza<sup>24</sup>.

Nella sentenza *Tarakhel* la Grande Camera ha tenuto conto dei dati raccolti nell'ambito della giurisprudenza Mohammed Hussein, ma ne ha ribaltato le conclusioni, ritenendo che la "soglia di gravità" sia stata varcata e che il respingimento verso l'Italia dia luogo alla violazione dell'art. 3, poiché, sebbene la situazione non sia così grave da giustificare un blocco dei trasferimenti dei richiedenti asilo, i dati hanno fatto emergere «seri dubbi» circa le capacità del sistema; perciò la possibilità che i richiedenti vengano lasciati senza alloggio ovvero vengano ospitati in strutture sovrappopolate non è da considerarsi infondata<sup>25</sup>.

Secondo l'opinione parzialmente dissenziente di tre giudici della Corte, la precedente impostazione invece sarebbe dovuta essere rispettata anche nel caso *Tarakhel*. Facendo esplicito riferimento alla sentenza *Mohammed Hussein* (e citando i sei casi ad essa conformi), essi hanno sostenuto che le condizioni a cui sono stati sottoposti i ricorrenti al loro primo arrivo in Italia non abbiano raggiunto il *minimum* di gravità richiesto per integrare la violazione dell'art. 3, ragion per cui il rischio di essere sottoposti a trattamenti inumani o degradanti in seguito all'espulsione non sarebbe stato sufficientemente concreto per ritenere la Svizzera responsabile<sup>26</sup>.

In conclusione, la sentenza *Tarakhel* ha operato una rivoluzione copernicana per ciò che concerne il sistema d'asilo italiano e l'interpretazione degli *standard* minimi di gravità che devono sussistere ai fini della violazione dell'art. 3 CEDU; al tempo stesso, ha contribuito a mettere in luce i principi fondanti del Sistema Dublino, secondo quanto verrà precisato nel successivo paragrafo.

#### 4. La giurisprudenza CEDU e della Corte di Giustizia dell'Unione Europea in merito alla "fiducia reciproca" tra Stati membri nel Sistema Dublino

La pronuncia della Corte di Strasburgo relativa al caso qui analizzato offre spunti di notevole interesse per quanto riguarda il tema dell'"inconfutabilità" della *mutual trust* tra Stati nell'ambito del Sistema Dublino<sup>27</sup>.

---

<sup>24</sup> Vedi par. 65 ss. della sentenza *Daytbegova e Magomedova c. Austria*. A ciò va aggiunto che nel luglio del 2013 l'UNHCR aveva indirizzato all'Italia nuove raccomandazioni circa importanti aspetti sulla protezione dei rifugiati (*Recommendations on Important Aspect of Refugee Protection in Italy*) nelle quali venivano rimarcati gli sforzi intrapresi non solo nel salvare le vite dei migranti via mare, ma anche nel migliorare le procedure; nonostante tali progressi, continuavano a persistere delle falle nel sistema, soprattutto nell'accoglienza e nella fase di integrazione, a causa delle quali molti rifugiati si ritrovavano a condurre «*deprived and marginalized lives*». In dottrina: P. MORI, *Profili problematici dell'accoglienza dei richiedenti protezione internazionale in Italia*, in *Dir. Un. eur.*, 1/14, p. 127 ss.

<sup>25</sup> Vedi par. 115 della sentenza in esame.

<sup>26</sup> Vedi la *Joint Partly Dissenting Opinion of Judges Casadevall, Berro-Lefèvre and Jäderblom*.

<sup>27</sup> Tale fiducia reciproca, essenziale ai fini del trasferimento di un richiedente asilo da uno Stato membro a quello considerato competente e quindi del suo trattamento durante l'esame della domanda, è stata sempre giustificata dall'esistenza (almeno teorica) del sistema comune europeo poggiato sull'apparato Dublino, insieme al fatto che gli Stati membri sono parte anche della Convenzione di Ginevra e della CEDU. In sintesi, la fiducia formale era garantita sulla base degli atti che vincolavano lo Stato di destinazione.

In particolare, la Grande Camera, a testimonianza di come sia venuta meno una tale presunzione assoluta di fiducia, fa riferimento alla pronuncia della Corte di Giustizia per il caso *N.S. v. Secretary of State and Home Department*<sup>28</sup>, nella quale si era evidenziato che, sebbene sia da supporre che gli Stati membri nelle loro politiche di asilo si conformino all'art. 4 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione Europea<sup>29</sup>, alla CEDU ed alla Convenzione di Ginevra, non può essere escluso che il sistema di uno Stato incontri delle difficoltà, da cui derivino per i richiedenti asilo dei rischi di violazione dei propri diritti fondamentali in caso di trasferimento nello Stato medesimo<sup>30</sup>.

Il Sistema Dublino III ha codificato quanto era stato affermato nella citata sentenza *N.S.*, che ha a sua volta preso le mosse dalla già richiamata sentenza *M.S.S.* della Corte europea dei diritti dell'uomo<sup>31</sup>. La Corte di Strasburgo non si era limitata a dichiarare che gli Stati contraenti non possono giustificare tutti i trasferimenti sulla presunzione che il richiedente asilo sia trattato dal Paese di destinazione conformemente agli obblighi internazionali ed europei, ma aveva condannato il Belgio con il tentativo di indurre gli Stati, nell'applicare il Regolamento Dublino (allora II), ad agire secondo il principio della solidarietà nella gestione dei flussi migratori statuito all'art. 80 del TFUE<sup>32</sup>.

Nel regolamento (UE) n. 604/2013 la fiducia, sebbene venga richiamata nel Preambolo, si manifesta in tutta la sua relatività alla luce dell'art. 3, par. 2, in cui si afferma: «Qualora sia impossibile trasferire un richiedente verso lo Stato membro inizialmente designato come competente in quanto si hanno fondati motivi di ritenere che sussistono carenze sistemiche nella procedura di asilo e nelle condizioni di accoglienza dei richiedenti in tale Stato membro, che implicino il rischio di un trattamento inumano o degradante ai sensi dell'articolo 4 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea, lo Stato membro che ha avviato la procedura di determinazione dello Stato membro competente prosegue l'esame dei criteri di cui al capo III per verificare se un altro Stato membro possa essere designato come competente».

La norma dispone in seguito che qualora non sia possibile eseguire il trasferimento verso un altro Stato e nemmeno verso il primo Paese in cui la domanda è stata presentata, la competenza spetta allo Stato che ha avviato la procedura; detto Stato si trova in sostanza

---

Sul tema vedi: H. BATTJES, E. BROUWER, P. DE MORREE, J. OUWERKERK, *The Principle of Mutual Trust in European Asylum, Migration, and Criminal law. Reconciling Trust and Fundamental Rights*, Utrecht, 2011; E. BROUWER, *Mutual Trust and the Dublin Regulation: Protection of Fundamental Rights in the EU and the Burden of Proof*, in *Utr. Law Rev.*, 2013, p. 135 ss.; M. MARCHEGIANI, *Regolamento "Dublino II" e Convenzione europea dei diritti umani*, cit., p. 357 ss.; G. MORGESE, *Regolamento Dublino II e applicazione del principio di mutua fiducia tra Stati membri: la pronunzia della Corte di giustizia nel caso N.S. e altri*, in *St. integr. eur.*, 2012, p. 147 ss.; E. REBASTI, *Corte europea dei diritti umani e sistema comune europeo in materia d'asilo*, in *Dir. um. dir. int.*, 2011, p. 350 ss.

<sup>28</sup> Vedi *supra* nota 15.

<sup>29</sup> Carta dei diritti fondamentali dell'Unione Europea, art. 4: «Proibizione della tortura e delle pene o trattamenti inumani o degradanti. Nessuno può essere sottoposto a tortura, né a pene o trattamenti inumani o degradanti».

<sup>30</sup> Vedi par. 80 ss. della sentenza *N.S. v. Secretary of State and Home Department*.

<sup>31</sup> Sul ruolo determinante della Corte di Strasburgo nell'orientare la giurisprudenza della Corte di Giustizia in materia vedi: P. MORI, *Profilo problematici dell'accoglienza dei richiedenti protezione internazionale in Italia*, in *Dir. Un. eur.*, 2014, p. 127 ss.; E. REBASTI, *Corte europea dei diritti umani*, cit., p. 353; A. VON BOGDANDY - M. IOANNIDIS, *Il deficit sistemico nell'Unione Europea*, in *Riv. trim. dir. pub.*, 2014, p. 593 ss.

<sup>32</sup> L. MAGI, *Protezione dei richiedenti asilo*, cit., p. 831.



obbligato a far ricorso a quella che viene definita “clausola di sovranità”<sup>33</sup>. Tale clausola è attualmente disciplinata all'art. 17 del regolamento, ai sensi del quale ciascuno Stato membro può decidere di esaminare una domanda di protezione internazionale, anche se per tale esame non sarebbe competente secondo i criteri del regolamento stesso<sup>34</sup>. Uno Stato membro, dunque, può decidere «in piena sovranità, in base a considerazioni di tipo politico, umanitario o pragmatico, di accettare l'esame di una domanda d'asilo», come è stato affermato dalla Corte di Giustizia nella sentenza *Halaf* del 30 maggio 2013<sup>35</sup>.

Una disciplina simile *ante litteram* era stata prevista dall'UNHCR in una nota del 2008<sup>36</sup>, con la quale, seppur riferendosi specificamente alla posizione della Grecia, raccomandava ai Governi degli Stati membri di non respingere i richiedenti asilo giustificandosi con il rispetto del Sistema Dublino, ma di applicare la clausola di sovranità (allora prevista all'art. 3, par. 2, del regolamento CE n. 343/2003). Dalla nota dell'UNHCR iniziava quindi ad emergere l'idea secondo cui si dovesse escludere l'applicazione automatica dei criteri di ripartizione delle competenze *ex* Dublino, poiché il concetto di Paese sicuro non può essere dato per scontato, ma andrebbe verificato in relazione a fatti concreti<sup>37</sup>.

La fiducia reciproca per troppo tempo si è tradotta in una fiducia “cieca” nella tutela dei diritti fondamentali da parte degli Stati membri<sup>38</sup>, che però ha consentito una pressoché automatica espulsione dei richiedenti verso il Paese individuato come competente all'analisi della domanda, prassi che ha portato le misure adottate ai sensi del Sistema Dublino ad equivalere nella sostanza al *refoulement*, ovvero ad esporre il richiedente a trattamenti inumani nello Stato di destinazione o, ancora, al rischio di essere respinto da quest'ultimo verso il suo Paese di origine<sup>39</sup>.

È utile precisare, come fa la stessa Grande Camera nella sentenza *Tarakhel* (nonché, *mutatis mutandis*, nel caso *M.S.S.*), che l'esistenza della clausola di sovranità impedisce altresì agli Stati di invocare la presunzione di protezione equivalente sancita dalla Corte di Strasburgo nella giurisprudenza *Bosphorus*<sup>40</sup>. In quel caso si era affermato che le autorità nazionali non sono responsabili per la violazione delle norme CEDU qualora non dispongano di discrezionalità nell'applicare le norme UE, ciò in virtù della presunzione che l'ordinamento comunitario (oggi dell'Unione) offre un livello di protezione dei diritti

<sup>33</sup> La lettera dell'art. 3, par. 2, del regolamento (UE) n. 604/2013 ricalca *in toto* il paragrafo 94 della citata sentenza *N.S. v. Secretary of State and Home Department*. Al paragrafo 104 si sottolineava inoltre come la presunzione di fiducia dovesse considerarsi relativa.

<sup>34</sup> M. MARCHEGIANI, *Regolamento Dublino II e clausola di sovranità: il caso greco dinanzi all'Alto Commissariato per i rifugiati*, in *Dir. um. dir. int.*, 2010, pp. 452-457; E. REBASTI, *Corte europea dei diritti umani*, *ivi*, 2011, pp. 343-355.

<sup>35</sup> Sentenza della Corte di Giustizia dell'Unione Europea del 30 maggio 2013, causa C-528/11, *Zubeyr Frayeb Halaf*.

<sup>36</sup> UNHCR, Nota del 15 aprile 2008, *Posizione dell'UNHCR sul respingimento di richiedenti asilo verso la Grecia in attuazione del “Regolamento Dublino”*.

<sup>37</sup> A. ADINOLFI, *Riconoscimento dello status di rifugiato*, cit., p. 679.

<sup>38</sup> G. MORGESE, *Regolamento Dublino II*, cit., p. 155. La partecipazione ad atti internazionali che tutelano i diritti fondamentali va considerata come una condizione necessaria, ma non sufficiente per escludere i rischi di violazione da parte di uno Stato che si dichiara “sicuro”, motivo per il quale la *mutual trust* non si può configurare come una presunzione assoluta.

<sup>39</sup> H. BATTJES, E. BROUWER, P. DE MORREE, J. OUWERKERK, *The Principle of Mutual Trust*, cit., p. 15; O. FERACI, *Il nuovo regolamento “Dublino III” e la tutela dei diritti fondamentali dei richiedenti asilo*, in *osservatoriosullefonti.it*, fasc. 2/2013, p. 21 ss.

<sup>40</sup> Corte europea dei diritti dell'uomo, sentenza del 30 giugno 2005, ric. 45036/98, *Bosphorus Hava Yolları Turizm ve Ticaret Anonim Şirketi c. Irlanda*.

umani equivalente a quello del Sistema CEDU. Nel caso *Tarakhel*, tuttavia, l'esistenza della clausola di sovranità, che deroga ai criteri stabiliti dal Sistema Dublino e il cui utilizzo da parte della Svizzera sarebbe stato auspicabile secondo la Corte,<sup>41</sup> implica che la decisione di respingere i richiedenti verso l'Italia costituisca un atto discrezionale, che quindi non ricade nelle «*international legal obligations in the context of the system established by the Dublin Regulations*»; pertanto la presunzione di protezione equivalente non può essere utilizzata nel caso di specie e la condotta è pienamente imputabile allo Stato.

### 5. I problemi connessi con le carenze dei sistemi d'asilo degli Stati di frontiera

Come abbiamo potuto osservare, il problema delle carenze dei sistemi d'asilo, che da tempo interessa la Grecia, con la sentenza *Tarakhel* è venuto in rilievo anche in riferimento all'Italia, dopo alcune pronunce in cui delle lacune, ancorché non così capillari e diffuse, erano state già individuate<sup>42</sup>. La questione, a parere di chi scrive, deve ora essere vista in termini più generali, per meglio comprendere il ruolo degli Stati di frontiera dell'Unione Europea nell'affrontare massicci flussi migratori.

Considerato che, per motivi geografici, gli Stati dell'Europa meridionale (Grecia e Italia, ma anche Spagna e Malta) sono quelli maggiormente interessati dal fenomeno dell'immigrazione e, di conseguenza, dei richiedenti protezione internazionale<sup>43</sup>, è a tali Stati che spetta il più delle volte la competenza per l'esame delle domande di asilo<sup>44</sup>. Inoltre, qualora il Paese competente non possa essere "designato" con i criteri stabiliti dal Sistema Dublino, la competenza spetta in via residuale al primo Stato membro nel quale la domanda è stata presentata<sup>45</sup>. È in virtù di tali disposizioni che gli Stati di frontiera si ritrovano a dover analizzare molteplici richieste, il cui accumularsi, sommato a momenti socio-economici difficili, cagiona le conseguenze che abbiamo analizzato nel corso della nostra indagine.

Il fatto, però, che Dublino III preveda l'utilizzo della clausola di sovranità da parte dello Stato che esegue il trasferimento, nel caso in cui il sistema d'asilo dello Stato competente soffra di carenze sistemiche, è indicativo della volontà dell'Unione Europea di deflazionare il carico di competenze che grava su questi Paesi. Siffatto orientamento è emerso in sede CEDU, non solo nella sentenza *Tarakhel*, ma anche nella precedente pronuncia *M.S.S.*: se nel caso *Tarakhel* la Corte ha sottolineato che la Svizzera avrebbe potuto astenersi dal trasferire i richiedenti verso l'Italia, sollevandola dalla competenza, nell'altro la posizione di *favor* nei confronti degli Stati con sistemi d'asilo carenti si evince ancor più nettamente dalla scelta di far gravare solo sul Belgio la responsabilità per la

<sup>41</sup> Vedi par. 88 ss. della sentenza in esame.

<sup>42</sup> Vedi *supra*, par. 3.

<sup>43</sup> Secondo i dati UNHCR aggiornati a maggio 2015, nel 2014 quasi 220.000 persone hanno attraversato il Mediterraneo verso l'Europa (un numero tre volte superiore al picco precedente, fatto registrare nel 2011 in occasione delle "Primavere Arabe"), 170.000 delle quali sono sbarcate nelle coste italiane; nei primi quattro mesi del 2015 circa 26.500 migranti sono arrivati in Italia.

<sup>44</sup> Come afferma l'art 13, par. 1, del regolamento (UE) n. 604/2013: «quando è accertato (...) che il richiedente ha varcato illegalmente, per via terrestre, marittima o aerea, in provenienza da un Paese terzo, la frontiera di uno Stato membro, lo Stato membro in questione è competente per l'esame della domanda di protezione internazionale».

<sup>45</sup> Vedi l'art. 3, par. 2, del regolamento (UE) n. 604/2013.

violazione del diritto del ricorrente a non essere espulso verso uno Stato in cui rischiava di essere ucciso o torturato, mostrando quindi un'indiretta tolleranza nei confronti della condotta greca<sup>46</sup>. Quanto alla Grecia, questo Stato non è stato condannato per il concreto rischio che il sistema d'asilo deficitario portasse al diniego della domanda e quindi all'espulsione, ma, secondo il combinato disposto dell'art. 13 e dell'art. 3 CEDU, per l'assenza di mezzi di ricorso effettivi contro il probabile respingimento; questa scelta ha evitato alla Grecia le sanzioni più gravi derivanti dalla violazione del divieto di trattamenti inumani o degradanti<sup>47</sup>.

Il tentativo di alleggerire il peso della competenza che incombe sui Paesi fortemente interessati da fenomeni migratori è strettamente connesso alla questione del c.d. *burden sharing* materiale<sup>48</sup>: la ripartizione solidale degli oneri di protezione dei richiedenti asilo condurrebbe ad una loro distribuzione equilibrata tra i vari Stati membri dell'Unione Europea. Tale soluzione è attualmente oggetto di dibattito in seno all'UE e gli Stati dell'Europa meridionale sono evidentemente interessati ad una condivisione che non si sostanzi esclusivamente in strumenti di co-finanziamento di programmi nazionali<sup>49</sup>. Attualmente infatti il mezzo finanziario previsto - il Fondo Asilo, Migrazione ed Integrazione - prevede tra i suoi obiettivi proprio quello di «migliorare la solidarietà e la ripartizione delle responsabilità fra gli Stati membri, specie quelli più esposti ai flussi migratori e di richiedenti asilo, anche attraverso la cooperazione pratica»<sup>50</sup>.

Quanto abbiamo detto finora, però, non deve portare a pensare che la volontà di promuovere la solidarietà tra Stati membri, ai fini della ripartizione delle competenze, debba tradursi in una deresponsabilizzazione dei Paesi di frontiera<sup>51</sup>. Un'eccessiva clemenza potrebbe indurre gli "Stati deficitari" a sentirsi legittimati a compiere atti contrari alle norme generali in materia d'asilo e agli *standard* minimi in termini di accoglienza, procedure e qualifiche previsti nel diritto UE<sup>52</sup>, proprio trincerandosi dietro le loro lacune strumentali;

<sup>46</sup> Sulla condotta greca vedi *supra* p. 5

<sup>47</sup> L. MAGI, *Protezione dei richiedenti asilo*, cit., p. 826 ss.; M. MARCHEGIANI, *Regolamento "Dublino II" e Convenzione europea dei diritti umani*, cit., pp. 364-365; E. REBASTI, *Corte europea dei diritti umani*, cit., p. 348.

<sup>48</sup> D. DUBOLINO, *L'identificazione dello Stato competente all'esame di una domanda di asilo*, cit., pp. 829-830; F. SALERNO, *L'obbligo internazionale di non-refoulement*, cit., pp. 499-500.

<sup>49</sup> Nella Dichiarazione elaborata a margine del Consiglio europeo straordinario del 23 aprile 2015, riunitosi in seguito alla strage di migranti avvenuta a largo delle coste della Libia pochi giorni prima, si è affermato l'impegno di accrescere gli aiuti d'urgenza agli Stati membri in prima linea e considerare opzioni per l'organizzazione di una ricollocazione di emergenza dei migranti tra tutti gli Stati membri, ma solo su base volontaria.

<sup>50</sup> Il Fondo è stato istituito con il Regolamento (UE) n. 516/2014 del Parlamento europeo e del Consiglio del 16 aprile 2014 *che istituisce il Fondo Asilo, migrazione e integrazione, che modifica la decisione 2008/381/CE del Consiglio e che abroga le decisioni n. 573/2007/CE e n. 575/2007/CE del Parlamento europeo e del Consiglio e la decisione 2007/435/CE del Consiglio*, in GUUE L 150 del 20 maggio 2014, p. 168 ss. L'art. 3, par. 2, lett. d ha come base giuridica l'art. 80 TFUE e la solidarietà ed equa ripartizione delle responsabilità ivi affermate.

<sup>51</sup> L. MAGI, *Protezione dei richiedenti asilo*, cit., p. 831; E. REBASTI, *Corte europea dei diritti umani*, cit., p. 355.

<sup>52</sup> *Standard* fissati con le seguenti direttive: direttiva 2011/95/UE del Parlamento europeo e del Consiglio del 13 dicembre 2011 *recante norme sull'attribuzione, a cittadini di paesi terzi o apolidi, della qualifica di beneficiario di protezione internazionale, su uno status uniforme per i rifugiati o per le persone aventi titolo a beneficiare della protezione sussidiaria, nonché sul contenuto della protezione riconosciuta* (c.d. "Direttiva qualifiche"), in GUUE L 337 del 20 dicembre 2011, p. 9 ss; direttiva 2013/32/UE del Parlamento europeo e del Consiglio del 26 giugno 2013 *recante procedure comuni ai fini del riconoscimento e della revoca dello status di protezione internazionale* (c.d. "Direttiva procedure"), in GUUE L 180 del 29 giugno 2013, p. 60 ss; direttiva 2013/33/UE del Parlamento europeo e del Consiglio del 26 giugno 2013 *recante norme relative all'accoglienza dei richiedenti protezione internazionale* (c.d. "Direttiva accoglienza"), in GUUE L 180 del 29 giugno 2013, p. 96 ss.

questa è stata ad esempio la posizione assunta dalle autorità greche nel caso R.U.<sup>53</sup>, in cui avevano sostenuto che le condizioni di detenzione alle quali il ricorrente era stato sottoposto non erano contrarie all'art. 3, perché si sarebbe dovuto tener conto «*du problème objectif auquel doivent faire face les autorités résultant de l'affluence d'étrangers en Grèce et de l'effort permanent pour améliorer leurs conditions d'accueil*» (par. 50).

#### 6. Valutazione complessiva del Sistema CEDU e del Sistema Dublino relativamente al principio di non-refoulement

Sulla base della sentenza *Tarakhel* si è proceduto ad analizzare, sia pure in estrema sintesi, il Sistema CEDU ed il Sistema Dublino per ciò che concerne i respingimenti dei richiedenti asilo nell'Unione Europea. Al termine della presente indagine pare opportuno passare ad un raffronto dei due sistemi<sup>54</sup>.

Il divieto di tortura e trattamenti inumani e degradanti, disciplinato all'art. 3 CEDU, è divenuto, grazie all'attività interpretativa della Corte di Strasburgo, un concetto assai esteso, che permette un'ampia tutela dei diritti fondamentali. Ad esempio, è indice della creatività ermeneutica intorno all'art. 3 il fatto che questo sia stato utilizzato per ravvisare un trattamento inumano nell'ipotesi di allontanamento di individui affetti da AIDS verso Paesi in cui non avrebbero potuto continuare a fruire delle cure necessarie<sup>55</sup>. In tal modo il principio di *non-refoulement* va a coprire ogni situazione in cui qualsiasi individuo, non solo chi richiede protezione internazionale, rischi la vita o incorra in gravi problemi per la propria persona.

Ciò che ad oggi pare invece improbabile ed irrealistico, tuttavia, è estendere ulteriormente il divieto di respingimento fino a ricomprendere i casi in cui si esporrebbe il soggetto al mero peggioramento delle condizioni economiche o lavorative;<sup>56</sup> in dottrina si esclude infatti che l'art. 3 possa essere interpretato anche al fine di «imporre agli Stati l'adozione di determinate politiche sociali»<sup>57</sup>.

Quanto al Sistema Dublino, la sentenza *Tarakhel*, nonché le altre decisioni ispirate al medesimo orientamento, hanno dimostrato che se uno Stato opera un c.d. “trasferimento Dublino”, risulta responsabile qualora nello Stato competente all'esame della domanda non vengano rispettati gli obblighi internazionali in materia d'asilo.<sup>58</sup> In questo senso ha assunto rilevanza la clausola di sovranità, ulteriormente cristallizzata dalla nuova formula dell'art. 3, par. 2, del regolamento 604/2013, che prevede la sostituzione nell'assegnazione della

<sup>53</sup> Sentenza della Corte europea dei diritti dell'uomo del 7 giugno 2011, ric. 2237/08, R.U. c. Grecia.

<sup>54</sup> R. PALLADINO, *La “derogabilità” del “Sistema Dublino” dell'UE nella sentenza della Corte europea: dalle “deficienze sistemiche” ai “seri dubbi sulle attuali capacità del sistema” italiano di accoglienza*, in *Dir. um. dir. int.*, 2015, pp. 226-232. L'A. sostiene che la sentenza costituisce l'esempio concreto dell'intersezione tra differenti fonti normative e giurisprudenziali suscettibili di essere “ricondotte a sistema”.

<sup>55</sup> Tale orientamento giurisprudenziale è iniziato con la sentenza della Corte europea dei diritti dell'uomo del 2 maggio 1997, ric. 30240/96, *D. c. Regno Unito*, par. 46 ss. Sul tema vedi anche: G. CELLAMARE, *La disciplina dell'immigrazione*, cit., pp. 276-278.

<sup>56</sup> Vedi la citata sentenza *Mohammed Hussein*, parr. 70-71.

<sup>57</sup> M. PEDRAZZI, *Il diritto d'asilo nell'ordinamento internazionale agli albori del terzo millennio*, in L. ZAGATO (a cura di), *Verso una disciplina*, cit., p. 31 ss.; E. REBASTI, *Corte europea dei diritti umani*, cit., p. 345.

<sup>58</sup> A. ADINOLFI, *Riconoscimento dello status di rifugiato*, cit., p. 678; M. MARCHEGIANI, *Regolamento “Dublino II” e Convenzione europea dei diritti umani*, cit., p. 361.

competenza se il sistema dello Stato originariamente designato è oberato da carenze sistemiche. L'introduzione di tale disposizione, nonostante si proponga di escludere il rischio che i richiedenti asilo siano vittime di misure lesive dei propri diritti fondamentali, mostra qualche debolezza quanto alle garanzie procedurali del meccanismo; mancano infatti le indicazioni circa i soggetti legittimati a verificare la sussistenza delle conclamate carenze ed i criteri per analizzare gli elementi alla base del deficit. Seguendo la lettera, generica, della norma, la valutazione spetterebbe allo Stato che ha deciso per il trasferimento, ma ciò produce evidenti problemi di omogeneità, visti i diversi parametri che potranno essere adottati nei vari ordinamenti relativamente alla tutela dei diritti fondamentali, senza tralasciare le diverse capacità degli Stati nell'eseguire l'analisi. Un ruolo uniformante può essere ovviamente attribuito alle pronunce della Corte europea dei diritti umani e della Corte di Giustizia, e agli interventi, in esse contenuti, dell'UNHCR e di organizzazioni non governative o alle relazioni di Commissione e Parlamento Europeo<sup>59</sup>.

In conclusione, il Sistema Dublino III, sebbene risulti, grazie anche all'attività giurisprudenziale, più sensibile alle violazioni dei diritti fondamentali che possono derivare dall'applicazione letterale delle sue disposizioni relative alla competenza all'esame della domanda, non ha ancora ovviato ai limiti della disciplina precedente; infatti, ancorché vada accolto con favore il superamento della presunzione assoluta di fiducia reciproca (anche questo ampiamente ispirato dalla giurisprudenza), persiste quella "incoerenza di fondo"<sup>60</sup> in virtù della quale v'è una discrasia tra il livello di integrazione raggiunto nell'individuazione dello Stato membro competente e l'intensità dell'armonizzazione tra i vari sistemi d'asilo nazionali, che continuano ad essere connotati da una forte discrezionalità nel *modus operandi*. Anche il concentrarsi prevalentemente sulle *défaillances systémiques* degli Stati di frontiera può risultare limitante, poiché le carenze vanno ascritte a quel "sistema comune europeo d'asilo" che, voluto già nel 1999 dal Consiglio europeo di Tampere e confermato poi nei Trattati istitutivi<sup>61</sup>, sembra ancora distante da una sua esecuzione pienamente coerente con i diritti fondamentali della persona umana, ivi compresi quelli connessi con il principio di *non-refoulement*. Ciò che resta auspicabile è un'ulteriore armonizzazione delle procedure nazionali, per la quale ancora una volta potrà risultare decisiva la spinta imposta dalla giurisprudenza della Corte di Giustizia dell'Unione Europea e della Corte europea dei diritti dell'uomo.

---

<sup>59</sup> O. FERACI, *Il nuovo regolamento "Dublino III"*, cit., pp. 24-25. L'A. ipotizza un ruolo in tal senso della Commissione europea che, in quanto garante dell'interesse generale dell'Unione, potrebbe offrire maggiori garanzie nella tutela dei diritti fondamentali.

<sup>60</sup>A. ADINOLFI, *Riconoscimento dello status di rifugiato*, cit., p. 673.

<sup>61</sup> Vedi l'art. 78 TFUE.





## OSSERVATORIO SULLA CORTE INTERNAZIONALE DI GIUSTIZIA N. 3/2015

### 1. LA JURISPRUDENCE DE LA COUR INTERNATIONALE DE JUSTICE DEVANT LA COUR PÉNALE INTERNATIONALE

Des études très récentes témoignent l'attention particulière que la doctrine continue d'accorder à la fonction juridictionnelle de la Cour (S. FORLATI, *The International Court of Justice. An Arbitral Tribunal or a Judicial Body ?*, Berlin, Springer, 2014; G. HERNANDEZ, *The International Court of Justice and the Judicial Function*, Oxford, OUP, 2014), à l'importance de sa jurisprudence (H. THIRLWAY, *The Law and Procedure of the International Court of Justice. Fifty Years of Jurisprudence*, Oxford, OUP, 2013) et à son influence sur le développement du droit international (A. PELLET, *Shaping the Future in International Law : The Role of the World Court in Law-Making*, in *Looking to the Future. Essays on International Law in Honor of W. Michael Reisman*, Leiden-Boston, Martinus Nijhoff, 2010, p. 1065-1083; C. TAMS, J. SLOAN, *The Development of International Law by the International Court of Justice*, Oxford, OUP, 2014).

L'autorité de la Cour se confirme même quand l'on change de point de vue et l'on regarde à l'influence de sa jurisprudence sur le système de la Cour pénale internationale (CPI), une perspective d'analyse qui est rarement adoptée et qui pourrait surprendre. Les décisions de la CPI dans ces premières années d'activité montrent qu'une place importante est accordée à la jurisprudence de la Cour aussi bien dans l'établissement des faits que des règles applicables, qu'elles soient de nature substantielle ou procédurale. Les décisions les plus significatives sont examinées dans les paragraphes suivants.

#### 1. L'établissement des faits

La décision de la Chambre préliminaire qui a confirmé les charges en l'affaire *Le Procureur c. Lubanga* (ICC-01/04-01/06, décision du 29 janvier 2007) a dû se pencher sur la qualification du conflit armé dans le contexte duquel Lubanga était accusé d'avoir commis le crime de guerre consistant à procéder à la conscription et à l'enrôlement d'enfants de moins de 15 ans dans un groupe armé et à les faire participer activement à des hostilités. La définition de «conflit armé international» n'étant pas fournie par le Statut, la Chambre s'est appuyée – au sens de l'article 21(1)(b) et dans le respect de l'article 21(3) du Statut – sur «les traités applicables et les principes et règles du droit international, y compris les principes établis du droit international des conflits armés» (par. 205). En particulier, la Chambre a adopté l'interprétation retenue par le Tribunal pénal international pour l'ex Yougoslavie (TPIY) dans l'affaire *Tadić* (IT-94-1-A, décision du 15 juillet 1999).

L'on notera que la décision de la CPI a accepté que la détermination de la nature internationale d'un conflit armé repose sur l'application du critère du « contrôle global » (par. 211). En ce qui concerne la norme applicable et notamment le critère d'attribution à un Etat des conduites d'un groupe armé privé, la CPI a donc rejoint le TPIY en s'écartant, selon une jurisprudence désormais constante, de la jurisprudence *Nicaragua* et du critère du « contrôle effectif » retenu par la Cour.

Malgré cela, la décision de la Chambre préliminaire repose entièrement sur un précédent de la CIJ quand elle passe à l'établissement des faits pertinents. L'établissement de la nature internationale du conflit armé en Ituri entre juillet 2002 et juin 2003 découle, pour la CPI, de l'établissement des faits que la Cour avait effectué dans l'affaire concernant les *activités armées sur le territoire du Congo* (République démocratique du Congo c. Ouganda). A ce moment, l'Ouganda avait été considéré par la Cour comme étant une puissance occupante et, par conséquent, la CPI en a conclu qu'avant la date du retrait effectif de l'armée ougandaise le conflit devait être qualifié de conflit international (par. 212-220). L'arrêt de la CIJ a donc joué un rôle essentiel puisque les autres preuves tendant à montrer l'intervention directe ou indirecte du Rwanda dans le conflit armé en Ituri à la même époque n'ont pas été considérées suffisantes par la CPI (par. 221-226).

## 2. L'établissement des normes applicables

Plus souvent, la CPI a eu recours à la jurisprudence de la Cour pour combler les lacunes du Statut de Rome et préciser le contenu des dispositions applicables.

L'affaire *Al Bashir* a avant tout fourni à la CPI l'occasion de se pencher sur la question de l'immunité d'un chef d'un Etat n'étant pas partie au Statut de Rome. En 2011, la Cour a établi la violation de la part du Malawi de l'obligation de coopération prévue à l'article 87 du Statut de Rome pour n'avoir pas arrêté et transféré à la CPI Al Bashir qui était au Malawi pour participer à une conférence du COMESA (*Le Procureur c. Al Bashir*, ICC-02/05-01/09, décision du 12 décembre 2011). La CPI a considéré que l'immunité *ratione personae* du chef d'Etat, pourtant bien établie en droit international, ne concerne que les juridictions internes: la norme coutumière ne s'étendrait pas aux juridictions internationales (par. 36). A cet égard, dans l'analyse de la portée de la norme sur l'immunité *ratione personae* la CPI accorde un rôle très important à l'arrêt de la Cour dans l'affaire du *Mandat d'arrêt* (*Mandat d'arrêt du 11 avril 2000* (République démocratique du Congo c. Belgique), arrêt, CIJ Recueil 2002, par. 61) selon lequel un organe de l'Etat jouissant de l'immunité *ratione personae* « peut faire l'objet de poursuites pénales devant certaines juridictions pénales internationales dès lors que celles-ci sont compétentes » (par. 33). Par conséquent, le Malawi ne pouvait pas invoquer l'article 98(1) du Statut de Rome pour justifier la violation de son obligation de coopération avec la CPI (par. 43).

Or, l'importance accordée à la jurisprudence de la Cour est tout à fait compréhensible s'agissant de préciser la portée d'une norme du droit international général (voy. à cet égard les remarques de la Cour dans la décision concernant l'*Application de la convention pour la prévention et la répression du crime de génocide* (Bosnie-Herzégovine c. Serbie-et-Monténégro), arrêt, CIJ Recueil 2007, par. 403). Toutefois, il faut admettre que le passage de l'arrêt de la Cour pourrait se prêter à une interprétation différente de celle retenue par la CPI et la solution adoptée ne paraît pas entièrement conforme au Statut de Rome dans la mesure où ce dernier reconnaît, dans certaines circonstances, l'opposabilité devant la CPI de la norme sur l'immunité *ratione personae*.



Les décisions plus récentes de la CPI qui se sont à nouveau penchées sur la question, d'une part, confirment l'obligation des Etats parties d'arrêter et de transférer Al Bashir s'il se trouvait sur leur territoire et, de l'autre, semblent utiliser des arguments nouveaux pour justifier le fait qu'Al Bashir ne puisse invoquer son immunité *ratione personae* (*Prosecutor v. Al Bashir*, ICC-02/05-01/09, décisions du 9 avril 2014 et du 13 juin 2015). La CPI y a surtout abordé la question de la position de l'Union africaine – selon laquelle les chefs d'Etat et de gouvernement ne peuvent pas être contraints de paraître devant un tribunal pénal international durant leur mandat – et du conflit entre cette position et l'obligation de coopérer avec la CPI. La décision de 2014 explique que l'obligation des Etats parties de respecter les décisions de l'Union africaine ne peut pas primer, au sens des articles 25 et 103 de la Charte des Nations Unies, sur la résolution 1593(2005) du Conseil de sécurité et que c'est la résolution du Conseil de sécurité à avoir «implicitly waived the immunity granted to Omar Al Bashir under international law» (décision du 9 avril 2014, par. 29). Ce qui pourrait impliquer que la CPI a modifié l'interprétation précédente de l'arrêt de la Cour.

La même affaire a fourni à la CPI l'occasion de se prononcer pour la première fois sur les normes du Statut de Rome visant le crime de génocide. Il s'agit de la décision concernant la délivrance d'un mandat d'arrêt à l'encontre de *Al Bashir* (ICC-02/05-01/09, décision du 4 mars 2009). La définition du crime de génocide contient deux éléments caractéristiques : le groupe qui peut faire l'objet d'actes de génocide et l'intention spécifique de l'auteur. Aussi bien pour préciser les critères d'identification du groupe des victimes que pour déterminer le contenu de l'élément subjectif du crime de génocide, la décision de la CPI atteint à pleines mains à la jurisprudence de la Cour. Alors qu'on aurait pu s'attendre à un renvoi aux décisions des tribunaux pénaux *ad hoc*, qui avaient déjà clarifié le contenu des différents éléments de ce crime aux fins de l'établissement de la responsabilité pénale individuelle, le «modèle» de la CPI est l'arrêt de la Cour dans l'affaire du génocide (*Application de la convention pour la prévention et la répression du crime de génocide (Bosnie-Herzégovine c. Serbie-et-Monténégro)*, arrêt, CIJ Recueil 2007, p. 43). Certes, les notes de bas de page ne manquent pas de faire référence aux décisions pertinentes du TPIY et du TPIR. La CPI cite des passages entiers de l'arrêt de 2007 pour affirmer que le groupe visé doit être défini de manière positive, que le dol spécial se distingue de l'élément subjectif du crime de persécution et pour déterminer quels sont les critères permettant d'établir l'existence de l'intention génocidaire (voy. en particulier par. 191-194 et 142-146).

La préférence accordée à la jurisprudence de la Cour peut s'expliquer par la nature de la norme que la CPI doit appliquer. Il s'agit d'une norme primaire appartenant au droit international général qui implique aussi bien la responsabilité des Etats que la responsabilité pénale individuelle. Le choix de la CPI a pour conséquence, tout à fait appropriée, de garantir une interprétation et une application uniformes de la *même* norme générale qui entraîne les conséquences différentes des deux régimes de responsabilité internationale (voy. en général B. I. BONAFÉ, *The Relationship between State and Individual Responsibility for International Crimes*, Leiden-Boston, Martinus Nijhoff, 2009).

Par contre, ce qui peut surprendre est que la CPI accorde la même préférence aux règles applicables en matière de preuve. En effet, ce choix est plus difficile à partager puisque le niveau de preuve requis peut bien varier en fonction des finalités différentes des deux régimes de responsabilité étatique et pénale individuelle aussi bien que des différentes phases de la procédure devant la CPI.

Du moment que dans son arrêt de 2007 la Cour avait retenu le critère de «la seule conclusion raisonnable» - c'est-à-dire de la preuve au-delà de tout doute raisonnable – la

CPI en a fait de même et a affirmé devoir appliquer le même critère à la délivrance d'un mandat d'arrêt au sens de l'article 58 de son Statut (voy. par. 194-195). Mais, n'ayant pas suffisamment de preuves, la décision avait dû en conclure que le mandat d'arrêt ne pouvait pas concerner le crime de génocide (par. 202-206). Plus tard, la Chambre d'appel annulera cette partie de la décision pour retenir un critère moins rigoureux (l'existence de « motifs raisonnables » de croire que Al Bashir avait une intention génocidaire) aux fins de l'application de l'article 58 (ICC-02/05-01/09-OA, décision du 3 février 2010, par. 29-39). C'est ainsi que la Chambre préliminaire délivrera un second mandat d'arrêt incluant le crime de génocide (ICC-02/05-01/09, décision du 12 juillet 2010).

Une troisième décision mérite une attention particulière. Il s'agit de la décision de la Chambre de première instance dans l'affaire *Le Procureur c. Ruto* (ICC-01/09-01/11, décision du 17 avril 2014). L'accusation demandait à la CPI d'ordonner la comparution de certains témoins qui étaient censés fournir des preuves particulièrement importantes et qui ne voulaient plus témoigner. La première partie de la décision aborde la question du pouvoir de la CPI d'ordonner la comparution des témoins, un pouvoir qui, selon la CPI, est bien reconnu par une norme procédurale du droit international coutumier (par. 65). La CPI rappelle que l'article 21 du Statut lui permet d'appliquer les « principes et les règles du droit international » (par. 66) et considère que : « Centrally to be considered in this regard is the import of the judgments of the International Court of Justice in a number of cases concerning the incidental or implied powers of an international institution » (par. 67).

C'est ainsi que la CPI dédie une grande partie de sa décision à une analyse détaillée de la jurisprudence de la Cour (par. 68-81) pour en dégager l'existence d'un principe général *du* droit international concernant les pouvoirs implicites des organisations internationales : « An international institution — particularly an international court — is deemed to have such implied powers as are essential for the exercise of its primary jurisdiction or the performance of its essential duties and functions » (par. 81). L'application de ce principe général serait confirmée par de nombreux éléments de la pratique internationale et la CPI en conclut que l'article 4(1) du Statut de Rome fournit un fondement suffisant à son pouvoir d'ordonner la comparution des témoins (par. 94).

### 3. Conclusions

L'autorité de la Cour et de sa jurisprudence peut s'apprécier même par rapport à l'activité d'un tribunal international, comme la CPI, qui exerce une fonction totalement différente étant compétent à établir une responsabilité individuelle, et non étatique, entraînant des sanctions pénales.

Le recours à la jurisprudence de la Cour de la part de la CPI fait partie d'une pratique désormais généralisée d'interprétation des normes « internes » (notamment le Statut de Rome) à la lumière du droit international « extérieur » tel qu'interprété et appliqué par les juridictions internationales. La jurisprudence internationale fournit à la CPI la preuve de l'existence de normes internationales, la plupart du temps non écrites, qui peuvent être utilisées – au sens de l'article 31(3)(c) de la Convention de Vienne sur le droit des traités – pour combler les lacunes des sources internes. Rien d'étonnant alors que la CPI fasse référence aux décisions de la Cour. Ce qui pourrait surprendre est par contre la préférence qu'elle accorde parfois à la jurisprudence de la Cour, par rapport à celle d'autres tribunaux. Ce qui pourrait s'expliquer par la volonté de trouver un fondement « solide » aux normes qu'elle applique, plus solide que la jurisprudence des tribunaux *ad hoc* – souvent critiqués –

découlant d'une juridiction ayant une compétence, du moins en théorie, générale. De toute manière, ceci ne fait que confirmer la perception de l'autorité de la Cour qu'ont des juridictions œuvrant dans des domaines spécifiques du droit international.

Plus en général, la possibilité de s'appuyer sur la jurisprudence de la Cour permet à la CPI d'assurer une uniformité dans l'établissement des faits et dans l'application des normes internationales qu'il s'agisse de normes substantielles régissant aussi bien la responsabilité des Etats que la responsabilité pénale individuelle – c'est le cas par exemple de la définition du crime de génocide – ou de normes procédurales applicables devant une juridiction permanente ou un tribunal pénal international – c'est le cas par exemple de la théorie des pouvoirs implicites. Toutefois, cette exigence d'uniformité ne peut effacer la différence entre les fonctions exercées par les deux cours et la nécessité d'appliquer dans certaines circonstances des règles différentes, comme dans le cas du régime de la preuve (voy. à cet égard B. I. BONAFÉ, *Responsabilité de l'Etat et responsabilité individuelle pour crime de génocide: une séparation purement théorique?*, in *questa Rivista*, 2014, p. 130).

BEATRICE I. BONAFÉ



Dottorato di ricerca in Ordine internazionale e diritti umani, Sapienza, Università di Roma - Intercenter, Università di Messina

## Ordine internazionale e diritti umani

International Legal Order and Human Rights  
Ordenamiento Jurídico Internacional y Derechos Humanos  
Ordre juridique international et Droits de l'Homme

### OSSERVATORIO SULLA CORTE PENALE INTERNAZIONALE N. 3/2015

#### 1. LA SENTENZA DELLA CAMERA D'APPELLO DELLA CORTE PENALE INTERNAZIONALE SULL'AMMISSIBILITÀ DEL CASO *SIMONE Gbagbo*

Il 27 maggio 2015, la Camera d'appello della Corte penale internazionale (CPI) - composta dai giudici Piotr Hofmański (Presidente), Sanji Mmasenono Monageng, Howard Morrison, Marc Perrin de Brichambaut e Chang-ho Chung - ha confermato la decisione della I Camera preliminare che l'11 dicembre 2014 aveva respinto l'eccezione d'inammissibilità del procedimento contro Simone Gbagbo, moglie dell'*ex* Presidente della Costa d'Avorio Laurent Koudou Gbagbo ([Appeals Chamber, The Prosecutor v. Simone Gbagbo, Judgment on the appeal of Côte d'Ivoire against the decision of Pre-Trial Chamber I of 11 December 2014, 27 May 2015, ICC-02/11-01/12-75-Red OA](#)).

Conviene ricordare che la Costa d'Avorio ha ratificato lo Statuto di Roma il 15 febbraio 2013, ma ha accettato la giurisdizione della Cpi su tutti i crimini commessi sul suo territorio a partire dal 19 settembre 2002, con una dichiarazione *ex art. 12, par. 3*, dello Statuto depositata presso la Cancelleria della Corte il 18 aprile 2003 e confermata il 14 dicembre 2010 ([Declaration under article 12-3 of the Rome Statute, 18 April 2003; Letter reconfirming the acceptance of the ICC jurisdiction, 14 December 2010](#)).

Sulla base di tale dichiarazione, nel giugno 2011, l'allora Procuratore della CPI, Luis Moreno-Ocampo, agendo *proprio motu ex art. 15* dello Statuto, richiedeva alla III Camera preliminare l'autorizzazione ad aprire un'indagine per accertare se fossero stati commessi crimini di guerra e crimini contro l'umanità sul territorio della Costa d'Avorio nel periodo successivo alle contestate elezioni presidenziali del 31 ottobre e 28 novembre 2010. Secondo l'Ufficio del Procuratore, gli scontri tra le forze che sostenevano il Presidente uscente Laurent Gbagbo e quelle a favore del neoeletto Alassane Ouattara sarebbero sfociati in almeno 3000 casi di omicidio, più di 100 casi di stupro, 72 casi di sparizione forzata e 520 casi di arresto e detenzione arbitrari; l'intensificarsi delle violenze dal febbraio 2011, inoltre, avrebbe determinato un conflitto armato di carattere non internazionale ([Request for authorisation of an investigation pursuant to article 15, 23 June 2011, ICC-02/11, parr. 39, 41-43](#)). Nell'autorizzare l'indagine il 3 ottobre 2011, i giudici dell'Aja riconoscevano che, data l'assenza di procedimenti nazionali contro i presunti maggiori responsabili dei crimini commessi nel periodo post-elettorale e la gravità degli atti compiuti, vi erano potenziali casi ammissibili ([Pre-Trial Chamber III, Decision Pursuant to Article 15 of the Rome Statute on the Authorisation of an Investigation into the Situation in the Republic of Côte d'Ivoire, 3 October 2011, ICC-02/11-14-Corr, par. 206](#)).

Nei mesi successivi, su richiesta del Procuratore, la III Camera preliminare emetteva un mandato d'arresto nei confronti di Laurent Gbagbo, dell'ex Ministro della gioventù Charles Blé Goudé e di Simone Gbagbo per i crimini contro l'umanità di omicidio volontario, stupro e altre forme di violenza sessuale, persecuzione e altri atti inumani, che sarebbero stati materialmente commessi dalle *Forces de défense et de sécurité* (FDS) e da giovani milizie e mercenari pro Gbagbo tra il 16 dicembre 2010 e il 12 aprile 2011 ([Pre-Trial Chamber III, Warrant of Arrest for Laurent Koudou Gbagbo, 23 November 2011, ICC-02/11-01/11-1](#); [Pre-Trial Chamber III, Warrant of Arrest for Charles Blé Goudé, 21 December 2011, ICC-02/11-02/11](#); [Pre-Trial Chamber III, Warrant of Arrest for Simone Gbagbo, 29 February 2012, ICC-02/11-01/12](#)). Quattro erano gli episodi citati nella richiesta del Procuratore: gli attacchi in occasione delle proteste dinanzi alla *Radiodiffusion Télévision Ivoirienne* tra il 16 e il 19 dicembre 2010; l'attacco del 3 marzo 2011 contro la marcia di centinaia di donne che protestavano contro Gbagbo nel quartiere Abobo di Abidjan; il bombardamento del 17 marzo 2011 al mercato di Abobo; e il massacro del 12 aprile 2011 nel quartiere di Yopougon ([Pre-Trial Chamber III, Decision on the Prosecutor's Application Pursuant to Article 58 for a warrant of arrest against Laurent Koudou Gbagbo, 30 November 2011, ICC-02/11-01/11](#), par. 55; [Pre-Trial Chamber III, Decision on the Prosecutor's Application Pursuant to Article 58 for a warrant of arrest against Charles Blé Goudé, 2 January 2012, ICC-02/11-02/11](#), par. 16; [Pre-Trial Chamber III, Decision on the Prosecutor's Application Pursuant to Article 58 for a warrant of arrest against Simone Gbagbo, 2 March 2012, ICC-02/11-01/12](#), par. 16).

Il mandato d'arresto nei confronti dell'ex Presidente Gbagbo veniva prontamente eseguito dalle autorità ivoiriane, che lo consegnavano alla Cpi il 30 novembre 2011 ([Press Release, ICC-CPI-20111130-PR747](#)). Conclusa la complessa fase preliminare del procedimento a suo carico, la I Camera preliminare disponeva a maggioranza il rinvio a giudizio ([Pre-Trial Chamber I, Decision on the confirmation of charges against Laurent Gbagbo, 12 June 2014, ICC-02/11-01/11](#)). Blé Goudé veniva consegnato alla Corte il 22 marzo 2014 e rinviato a giudizio pochi mesi dopo ([Pre-Trial Chamber I, Decision on the confirmation of charges against Charles Blé Goudé, 11 December 2014, ICC-02/11-02/11](#)). I giudici rilevavano ragioni sostanziali per ritenere entrambi responsabili dei crimini contro l'umanità sopra indicati. I procedimenti nei loro confronti erano quindi riuniti dalla I Camera di primo grado, su richiesta del Procuratore, l'11 marzo scorso ([Trial Chamber I, Decision on Prosecution requests to join the cases of The Prosecutor v. Laurent Gbagbo and The Prosecutor v. Charles Blé Goudé and related matters, 11 March 2015, ICC-02/11-01/11-810](#)). L'apertura del processo è prevista per il 10 novembre prossimo ([Press Release, ICC-CPI-20150507-PR1106](#)).

Al contrario del marito e di Blé Goudé, Simone Gbagbo non è ancora stata consegnata alla Cpi dalle autorità ivoiriane, malgrado la richiesta di arresto e consegna da questa formulata il 19 marzo 2012 ([Chambre préliminaire I, Demande d'arrestation et de remise de Simone Gbagbo, 19 mars 2012, ICC-02/11-01/12](#)). Arrestata insieme al marito nel bunker del palazzo presidenziale di Abidjan dalle forze pro Ouattara nell'aprile 2011, la Gbagbo è tuttora detenuta in Costa d'Avorio (v. [Costa d'Avorio, Gbagbo arrestato. Hillary: un segnale per i dittatori, in La Stampa, 11 aprile 2011](#); K. WILLSHER, *Ousted president Laurent Gbagbo charged in Ivory Coast*, in *The Guardian*, 19 August 2011). Fino alle elezioni del 2010, ella era membro del Parlamento per Abobo, co-fondatrice con il marito e figura preminente del Fronte popolare ivoiriano, nonché segretario del gruppo *Congrès national pour la résistance et la démocratie* ([Pre-Trial Chamber III, Decision on the Prosecutor's Application](#)



[Pursuant to Article 58 for a warrant of arrest against Simone Gbagbo, 2 March 2012, ICC-02/11-01/12](#), par. 15). A giudizio della Camera preliminare, l'*ex première dame* era «*ideologically and professionally very close to her husband*», comportandosi come suo *alter ego*, esercitando il potere e prendendo decisioni di Stato (ivi, par. 30). Ella avrebbe fatto parte della ristretta cerchia di fedelissimi con i quali Laurent Gbagbo avrebbe concepito il piano di condurre violenti attacchi contro i membri del gruppo politico guidato dal suo avversario Alassane Ouattara e contro i civili sostenitori del medesimo (ivi, par. 21). Secondo i tre giudici, vi erano fondati motivi per ritenere che Simone Gbagbo fosse consapevole che l'esecuzione di quel piano avrebbe portato alla commissione di crimini contro l'umanità e che avesse dato un contributo essenziale e coordinato ad essa (ivi, parr. 31 e 33). In particolare, ella avrebbe svolto un ruolo chiave nel reclutare, armare, addestrare e integrare nella catena di comando delle FDS migliaia di volontari (ivi, par. 33).

Il 30 settembre 2013, la Costa d'Avorio eccepiva l'inammissibilità del caso in applicazione del principio di complementarietà *ex art.* 17(1)(a) dello Statuto. Essa asseriva che dal 6 febbraio 2012 le autorità statali avevano condotto indagini e istituito procedimenti penali nei confronti della cosiddetta Signora di ferro per i medesimi fatti posti alla base del mandato d'arresto emesso dalla Cpi, sostenendo altresì la propria volontà e capacità di perseguirla ([Chambre préliminaire I, Requête de la République de Côte d'Ivoire sur la recevabilité de l'affaire Le Procureur c. Simone Gbagbo, et demande de sursis à exécution en vertu des articles 17, 19 et 95 du Statut de Rome, 30 September 2013, ICC-02/11-01/12](#), parr. 23-38, 39-56).

Il 15 novembre 2013, la I Camera preliminare stabiliva che, in attesa della decisione sull'eccezione d'inammissibilità, la Costa d'Avorio poteva posticipare, conformemente all'art. 95 dello Statuto, l'esecuzione della richiesta di arresto e consegna formulata dalla Corte il 19 marzo 2012 ([Pre-Trial Chamber I, Decision on the conduct of the proceedings following Côte d'Ivoire's challenge to the admissibility of the case against Simone Gbagbo, 15 November 2013, ICC-02/11-01/12](#), par. 18).

In seguito, l'11 dicembre 2014, la stessa Camera rigettava l'eccezione d'inammissibilità ([Pre-Trial Chamber I, Decision on Côte d'Ivoire's challenge to the admissibility of the case against Simone Gbagbo, 11 December 2014, ICC-02/11-01/12](#)). Alcuni procedimenti statali avviati contro la Gbagbo avrebbero riguardato condotte sostanzialmente diverse da quelle comportanti la sua responsabilità penale nel procedimento innanzi alla Cpi, integrando reati economici quali il saccheggio, il furto e l'appropriazione indebita, nonché reati contro lo Stato (ivi, parr. 47, 49). Rispetto ad un'altra serie di procedimenti nazionali nei suoi confronti concernenti reati contro gli individui - quindi della stessa natura dei crimini oggetto del procedimento innanzi alla Cpi - la Costa d'Avorio non avrebbe depositato documentazione sufficiente a dimostrare che concrete, tangibili e progressive fasi d'indagine erano state intraprese per accertare la responsabilità penale dell'*ex première dame* (ivi, par. 78). In particolare, secondo la I Camera preliminare, le indagini nazionali, condotte tra il 6 febbraio 2012 e il 10 ottobre 2014, erano «*scarce in quantity*», «*lacking in progression*», «*disparate in nature and purpose*», consistendo in un sopralluogo nel maggio 2012, un'udienza di parte civile nel gennaio 2013 e in alcune deposizioni di Simone Gbagbo nel dicembre 2012 e poi a febbraio, settembre e ottobre 2014 (ivi, parr. 65-70).

Il 17 dicembre 2014, la Costa d'Avorio presentava appello contro la sentenza della Camera preliminare e domandava la sospensione della richiesta di arresto e consegna della Gbagbo *ex art.* 82, par. 3, dello Statuto ([Appeals Chamber, Appeal of the Republic of](#)

[Côte d'Ivoire against Pre-Trial Chamber's decision on its challenge to the admissibility of the case against Simone Gbagbo, 17 December 2014, ICC-02/11-01/12](#)). Tale richiesta era respinta dalla Camera d'appello il 20 gennaio 2015 ([Appeals Chamber, Decision on Côte d'Ivoire's request for suspensive effect of its appeal against the "Decision on Côte d'Ivoire's challenge to the admissibility of the case against Simone Gbagbo" of 11 December 2014, 20 January 2015, ICC-02/11-01/12 OA ICC-02/11-01/12 OA](#)). Come si è detto in apertura della presente nota, la stessa Camera si è quindi pronunciata sull'appello il 27 maggio successivo, respingendolo all'unanimità ([Appeals Chamber, The Prosecutor v. Simone Gbagbo, Judgment on the appeal of Côte d'Ivoire against the decision of Pre-Trial Chamber I of 11 December 2014](#), cit.).

Come primo motivo d'appello, la Costa d'Avorio invocava i seguenti tre errori in diritto che la Camera preliminare avrebbe commesso nell'interpretazione e applicazione dell'art. 17 dello Statuto: l'aver applicato troppo rigorosamente i criteri per la determinazione dell'esistenza di indagini o incriminazioni statali; l'aver svolto un esame puramente formale dei procedimenti nazionali, al fine di verificare se avessero ad oggetto il medesimo individuo e la medesima condotta di quello dinanzi alla CPI; l'aver limitato la comparazione tra le condotte oggetto del procedimento dinanzi alla CPI e quelle perseguite dalle autorità ivoiriane ai quattro episodi indicati nelle pagine precedenti (ivi, par. 47-48).

La Camera d'appello ha ritenuto che le suddette doglianze integrassero possibili errori in fatto, non già in diritto, negando tuttavia che sussistessero nel caso di specie (ivi, par. 80). Essa ha ribadito quanto già affermato nei casi *Ruto* e *Kenyatta*, ovvero che lo scopo del giudizio *ex art.* 19 dello Statuto è determinare se il caso sollevato dal Procuratore sia inammissibile a causa di un conflitto di competenze, e che quando non vi è un tale conflitto il caso è ammissibile (ivi, par. 58. V. anche [Appeals Chamber, The Prosecutor v. William Samoei Ruto and Joshua Arap Sang, Judgment on the appeal of the Republic of Kenya against the decision of Pre-Trial Chamber II on the Application by the Government of Kenya Challenging the Admissibility of the Case Pursuant to Article 19 \(2\)\(b\), 30 August 2011, ICC-01/09-01/11 OA](#), par. 44; [Appeals Chamber, The Prosecutor v. Francis Kirimi Muthaura, Uhuru Muigai Kenyatta and Mohammed Hussein Ali, Judgment on the appeal of the Republic of Kenya against the decision of Pre-Trial Chamber II on the Application by the Government of Kenya Challenging the Admissibility of the Case Pursuant to Article 19 \(2\)\(b\), 30 August 2011, ICC-01/09-02/11 OA](#), par. 43). Secondo i giudici, *«the suggestion that there should be a presumption in favour of domestic jurisdictions does not contradict this conclusion. Although article 17 (1) (a) to (c) of the Statute does indeed favour national jurisdictions, it does so only to the extent that there actually are, or have been, investigations and/or prosecutions at the national level»* ([Appeals Chamber, The Prosecutor v. Simone Gbagbo, Judgment on the appeal of Côte d'Ivoire against the decision of Pre-Trial Chamber I of 11 December 2014](#), cit., par. 59).

Circa la presunta errata interpretazione da parte della Camera preliminare del concetto mancanza di azione a livello nazionale, la Camera d'appello ha osservato che la Costa d'Avorio non ha in realtà spiegato perché l'interpretazione in questione fosse errata (ivi, par. 61). Essa ha fatto notare, tra l'altro, che la Camera preliminare aveva considerato sia la descrizione fattuale sia la caratterizzazione giuridica delle accuse oggetto dei procedimenti interni per determinarne la rilevanza rispetto al caso innanzi alla CPI (ivi, par. 71).

Come secondo motivo d'appello, la Costa d'Avorio invocava due ordini di errori: (1) un errore in fatto e in diritto nella valutazione delle indagini e dei procedimenti nazionali nei confronti di Simone Gbagbo; e (2) un errore in fatto per non aver considerato le varie



misure investigative adottate dalle autorità statali. Per quanto riguarda il primo ordine di errori, la Costa d'Avorio contestava la conclusione della Camera preliminare che aveva ritenuto non chiari i parametri fattuali dei casi oggetto di indagine a livello nazionale. Alla luce degli atti descritti nella documentazione prodotta dal Governo ivoriano, la Camera d'appello ha confermato la conclusione della Camera preliminare in proposito (*ivi*, par. 92). In particolare, ribadendo quanto già affermato nel caso *Gbeddafi*, essa ha notato che, se uno Stato non è in grado di presentare chiaramente il caso indagato a livello nazionale, nessuna valutazione sulla sua possibile identità con quello innanzi alla CPI può esser fatta (*ivi*, par. 88). V. anche [Appeals Chamber, “Judgment on the appeal of Libya against the decision of Pre-Trial Chamber I of 31 May 2013 entitled ‘Decision on the admissibility of the case against Saif Al-Islam Gaddafi’”, 21 May 2014, ICC-01/11-01/11-547-Red](#), par. 84). Per il collegio giudicante, il Governo ivoriano ha depositato documenti che hanno fornito scarse informazioni sull'oggetto dei procedimenti interni, non consentendo di determinare i reati realmente indagati (*ivi*, par. 91). La Camera d'appello ha comunque confermato la posizione della Camera preliminare secondo cui le condotte alla base dei reati economici e dei reati contro lo Stato contestati alla Gbagbo dai giudici ivoriani sarebbero sostanzialmente diverse da quelle comportanti i crimini contro l'umanità oggetto del procedimento dinanzi alla CPI (*ivi*, parr. 99, 100). Infine, essa non ha ritenuto errato o irragionevole l'approccio della I Camera preliminare di considerare estranee al caso innanzi alla Corte sia la prova fornita da una parte civile udita il 23 gennaio 2013 sia le costituzioni di parte civile nei procedimenti nazionali depositate il 24 aprile 2012 (*ivi*, parr. 102-107, parr. 114-118). In effetti, queste non indicano alcun passo procedurale delle autorità nazionali, né dimostrano che le autorità competenti stiano realmente indagando i presunti crimini, né forniscono informazioni concrete sull'oggetto delle indagini interne.

Per quanto riguarda il secondo ordine di errori, la Costa d'Avorio lamentava la mancata considerazione da parte della Camera preliminare delle difficoltà incontrate dalle autorità giudiziarie nazionali nel condurre le indagini. Nel respingere tale doglianza, la Camera d'appello ha rilevato che lo Stato africano non ha dimostrato la rilevanza di tali difficoltà ai fini della conclusione della Camera preliminare che le misure investigative erano state scarse in quantità e non avevano avuto sviluppi (*ivi*, parr. 119-122). Quanto alle misure d'indagine che possono essere intraprese dalle autorità statali, la Camera d'appello, richiamando quanto già affermato nei casi *Ruto* e *Kenyatta*, ha menzionato le interviste a testimoni o sospettati, la raccolta di prove documentali, e lo svolgimento di perizie medico-legali (*ivi*, par. 128). V. anche [Appeals Chamber, \*The Prosecutor v. William Samoei Ruto and Joshua Arap Sang\*, Judgment on the appeal of the Republic of Kenya against the decision of Pre-Trial Chamber II on the Application by the Government of Kenya Challenging the Admissibility of the Case Pursuant to Article 19 \(2\)\(b\), 30 August 2011, ICC-01/09-01/11 OA](#), cit., par. 41; [Appeals Chamber, \*The Prosecutor v. Francis Kirimi Muthaura, Uhuru Muigai Kenyatta and Mohammed Hussein Ali\*, Judgment on the appeal of the Republic of Kenya against the decision of Pre-Trial Chamber II of 30 May 2011](#), cit., par. 40). Come già chiarito nella sua giurisprudenza, essa ha sottolineato che uno Stato che contesta l'ammissibilità di un caso ha l'onere di dimostrare che il medesimo è inammissibile; questo deve provare che sta conducendo una vera e propria indagine o sta effettivamente esercitando l'azione penale ([Appeals Chamber, \*The Prosecutor v. Simone Gbagbo\*, Judgment on the appeal of Côte d'Ivoire against the decision of Pre-Trial Chamber I of 11 December 2014](#), cit., par. 128). V. anche [Appeals Chamber, \*The Prosecutor v. William Samoei Ruto and Joshua Arap Sang\*, Judgment on the appeal of the](#)

[Republic of Kenya against the decision of Pre-Trial Chamber II on the Application by the Government of Kenya Challenging the Admissibility of the Case Pursuant to Article 19 \(2\)\(b\), 30 August 2011, ICC-01/09-01/11 OA, cit., par. 62; Appeals Chamber, The Prosecutor v. Francis Kirimi Muthaura, Uhuru Muigai Kenyatta and Mohammed Hussein Ali, Judgment on the appeal of the Republic of Kenya against the decision of Pre-Trial Chamber II of 30 May 2011, cit., par. 61; Appeals Chamber, The Prosecutor v. Saif Al-Islam Gaddafi and Abdullah Al-Senussi, Judgment on the appeal of Mr Abdullah Al-Senussi against the decision of Pre-Trial Chamber I of 11 October 2013, 24 July 2014, ICC-OI/II-OI/IIOA6, par. 166\). Al fine di adempiere il suddetto onere, lo Stato deve fornire alla CPI prove che abbiano un sufficiente livello di specificità e valore probatorio, tali da dimostrare un'effettiva indagine sul caso in questione \(\[Appeals Chamber, The Prosecutor v. Simone Gbagbo, Judgment on the appeal of Côte d'Ivoire against the decision of Pre-Trial Chamber I of 11 December 2014, cit., par. 128\]\(#\). V. anche \[Appeals Chamber, The Prosecutor v. William Samoei Ruto and Joshua Arap Sang, Judgment on the appeal of the Republic of Kenya against the decision of Pre-Trial Chamber II on the Application by the Government of Kenya Challenging the Admissibility of the Case Pursuant to Article 19 \\(2\\)\\(b\\), 30 August 2011, ICC-01/09-01/11 OA, cit., par. 62; Appeals Chamber, The Prosecutor v. Francis Kirimi Muthaura, Uhuru Muigai Kenyatta and Mohammed Hussein Ali, Judgment on the appeal of the Republic of Kenya against the decision of Pre-Trial Chamber II of 30 May 2011, cit., par. 61\]\(#\)\). Al contrario, con riguardo ai procedimenti nei confronti di Simone Gbagbo, come rilevato dalla Camera preliminare, il giudice istruttore non aveva ordinato deposizioni di testimoni, confronti tra l'indagato e i testimoni o tra l'indagato e le parti civili, né perizie medico-legali circa i presunti reati commessi \(\[Appeals Chamber, The Prosecutor v. Simone Gbagbo, Judgment on the appeal of Côte d'Ivoire against the decision of Pre-Trial Chamber I of 11 December 2014, cit., par. 130\]\(#\)\).](#)

Essendo stata confermata la decisione appellata che aveva dichiarato il caso ammissibile, la Costa d'Avorio resta obbligata a consegnare senza ritardo Simone Gbagbo alla CPI, conformemente all'art. 89, par. 1, dello Statuto. Questo prevede che gli Stati parti devono ottemperare ad ogni richiesta di arresto e consegna proveniente dalla Corte, secondo le disposizioni dello Statuto e le procedure stabilite dalla loro legislazione nazionale.

Sennonché, il 10 marzo scorso la cosiddetta Signora di ferro è stata condannata da un tribunale ivoriano a venti anni di carcere e alla sospensione decennale dei diritti civili, per il ruolo svolto durante la sanguinosa crisi post-elettorale del 2010, in particolare per attentato alla sicurezza dello Stato, nell'ambito di un processo ad ottantatre persone (tra cui il figlio avuto da Laurent Gbagbo con la prima moglie Michel Gbagbo, il presidente del Fronte popolare ivoriano Pascal Affi N'Guessan e l'ex primo ministro Gilbert Ake N'Gbo), rispetto al quale sono state sollevate numerose critiche circa il mancato rispetto degli standard basilari del giusto processo (v. [Ivory Coast: Concerns over a questionable trial, FIDH, 12 March 2015](#); [Ivory Coast: Choosing between Justice and Impunity, FIDH, 11 December 2014](#); [Côte d'Ivoire: Inquiétudes après un procès insatisfaisant, FIDH, 12 mars 2015](#); [J. Wormington, "After Simone Gbagbo's Trial, What Next for Justice in Côte d'Ivoire?", Human Rights Watch, 8 April 2015](#)).

Ebbene, tale recente condanna nazionale può costituire un legittimo impedimento all'esecuzione della richiesta di arresto e consegna della Gbagbo alla Cpi? L'art. 89, par. 4, dello Statuto dispone soltanto che, se la persona ricercata dalla Corte sta scontando una pena nello Stato richiesto per un crimine diverso da quello per il quale è richiesta la sua

consegna, lo Stato in questione, «*after making its decision to grant the request, shall consult with the Court*». Dunque, se la Costa d'Avorio decidesse di conformarsi alla richiesta di arresto e consegna, dovrebbe avviare consultazioni con la Cpi ai fini di un trasferimento dell'*ex première dame* all'Aja. In questo contesto, si potrebbe convenire che il periodo di reclusione nel centro detentivo della Corte sia conteggiato ai fini dell'esecuzione della pena inflitta a livello nazionale. Peraltro, la detenzione all'Aja sarebbe quasi certamente più rispettosa degli *standard* in materia di diritti umani di quella in Costa d'Avorio.

Se invece la Costa d'Avorio decidesse di non conformarsi alla richiesta di arresto e consegna di Simone Gbagbo, potrebbe trovare applicazione l'art. 87, par. 7, dello Statuto, il quale prevede che, se uno Stato parte non aderisce a una richiesta di cooperazione della CPI, impedendole così di esercitare i suoi poteri e le sue funzioni secondo lo Statuto, la Corte può investire del caso l'Assemblea degli Stati parti o il Consiglio di Sicurezza delle Nazioni Unite, se vi è stato un *referral* da parte di quest'ultimo. Dunque, della questione della consegna della Gbagbo alla CPI potrebbe essere investita l'Assemblea degli Stati parti, mentre l'opzione di sottoporla al Consiglio di Sicurezza sarebbe esclusa, avendo il Procuratore iniziato le indagini sulla situazione in Costa d'Avorio *proprio motu*.

CHIARA ALTAFIN



### OSSERVATORIO SUL CONSIGLIO DI SICUREZZA E I DIRITTI UMANI N. 3/2015

#### 1. CONSIDERAZIONI GENERALI E ACCUSE INCROCIATE DI *DOUBLE STANDARD* AL RAPPORTO SU BAMBINI E CONFLITTI ARMATI DEL SEGRETARIO GENERALE.

Nel bimestre in esame (maggio/giugno 2015) il Consiglio di sicurezza ha adottato dieci risoluzioni, delle quali sette relative a crisi o situazioni già oggetto di attenzione da parte del Consiglio e tre risoluzioni «tematiche». Sono proprio quest'ultime a presentare maggiore interesse sia per la loro importanza specifica sia per le animate discussioni consigliari che hanno innescato, in particolare la [risoluzione 2220 \(2015\)](#) sulle armi leggere (l'unica a non essere approvata all'unanimità) alla quale è dedicato un approfondimento in un contributo a parte nel presente numero dell'osservatorio.

Con riferimento alle altre risoluzioni, dato il loro carattere essenzialmente interlocutorio, è sufficiente darne menzione nell'elenco che segue:

- [risoluzione 2221 \(2015\)](#) del 26 maggio 2015, sulla crisi somala, nella quale il Consiglio si limita a decidere «*to extend the mandate of the United Nations Assistance Mission in Somalia (UNSOM), [...] until 7 August 2015, in order to consider fully the recommendations of the joint United Nations and African Union review of the temporary surge for AMISOM, including any relevant recommendations connected to UNSOM's mandate*» (primo paragrafo del dispositivo);

- [risoluzione 2223 \(2015\)](#) del 28 maggio 2015, sulla guerra civile nel Sud Sudan: il Consiglio, al cospetto di una situazione drammatica sotto ogni profilo, rinnova la richiesta alle parti in conflitto di rispettare il cessate il fuoco e di dare attuazione all'accordo di pacificazione, dichiarandosi pronto «*to consider all appropriate measures, as demonstrated by its 3 March 2015 unanimous adoption of resolution 2206 (2015), against those who take action that undermines the peace, stability, and security of South Sudan, including those who prevent the implementation of these agreements*» (primo paragrafo del dispositivo, viene inoltre prevista la proroga dell'UNMISS (*United Nations Mission in South Sudan*) fino al 30 novembre 2015 (terzo paragrafo del dispositivo) con un mandato ampio nel cui ambito viene data espressamente priorità alla protezione dei civili (quinto paragrafo).

- [risoluzione 2224 \(2015\)](#) del 9 giugno 2015 sulla non proliferazione delle armi di distruzione di massa, in cui il Consiglio decide di estendere il mandato del Panel di esperti istituito dalla risoluzione 1929 (2010) fino al 9 giugno 2016 (primo paragrafo del dispositivo);

- [risoluzione 2226 \(2015\)](#) del 25 giugno 2015 sulla situazione in Costa d'Avorio: il Consiglio si compiace del clima di riconciliazione nazionale alla vigilia delle elezioni presidenziali dell'ottobre 2015 (parr. 1-4) ed afferma la propria intenzione «*to review the listing of individuals subject to the financial and travel measures imposed by paragraphs 9 to 12 of resolution 1572 (2004) and paragraph 12 of resolution 1975 (2011) provided they engage in actions that further the objective of national reconciliation*» (quinto

paragrafo del dispositivo). Viene inoltre deciso di prorogare il mandato dell'UNOCI (*United Nations Operation in Côte d'Ivoire*) fino al 30 giugno 2016 (par. 19 del dispositivo) e di estendere, con lo stesso orizzonte temporale, l'autorizzazione conferita alle forze di sicurezza francesi finalizzata a dare sostegno alla missione dell'ONU (par. 28 del dispositivo);

- [risoluzione 2227 \(2015\)](#) del 29 giugno 2015 sulla crisi in Mali: anche in questo caso la delibera presenta la duplice finalità principale di promuovere la pace e la riconciliazione nazionale attraverso l'attuazione del relativo accordo firmato da tutte le parti in lotta il 20 giugno 2015 (in particolare, i parr. 1-4 del dispositivo) e di prorogare fino al 30 giugno 2016 il mandato della MINUSMA (*United Nations Multidimensional Integrated Stabilization Mission in Mali*, paragrafo 12 del dispositivo) e l'autorizzazione delle forze francesi «*to use all necessary means [...] to intervene in support of elements of MINUSMA when under imminent and serious threat upon request of the Secretary-General*» (paragrafo 27);

- [risoluzione 2228 \(2015\)](#) del 29 giugno 2015 sulla crisi in Darfur (Sudan), in cui il Consiglio decide di estendere fino al 30 giugno 2016 l'UNAMID (*AU-UN Hybrid Operation in Darfur*, primo paragrafo del dispositivo) e, alla luce dell'assenza di progressi e del deterioramento delle condizioni di sicurezza, conferma la revisione del mandato decisa dalla precedente risoluzione 2148 (2014) sulla base delle seguenti priorità: «*the protection of civilians, the facilitation of the delivery of humanitarian assistance and the safety and security of humanitarian personnel; mediation between the Government of Sudan and non-signatory armed movements [...] and support to the mediation of community conflict*» (secondo paragrafo);

- [risoluzione 2229 \(2015\)](#) del 29 giugno 2015 sulla situazione nelle alture del Golan: il Consiglio, pur nel quadro di una situazione sempre più critica per la vicinanza del conflitto siriano e per la presenza di gruppi armati nella zona cuscinetto tra Siria ed Israele controllata dai Caschi Blu, decide di rinnovare il mandato dell'UNDOF (*United Nations Disengagement Observer Force*) fino al 31 dicembre 2015 chiedendo al Segretario generale «*to ensure that UNDOF has the required capacity and resources to fulfil the mandate in a safe and secure way*» (settimo paragrafo del dispositivo).

Con riferimento alle risoluzioni «tematiche», merita qualche cenno la [risoluzione 2222 \(2015\)](#) del 27 maggio 2015 sulla protezione dei giornalisti nei conflitti armati. Detta delibera riprende sotto molti aspetti la prima risoluzione in materia adottata nel 2006 dal Consiglio di sicurezza, la [risoluzione 1738 \(2006\)](#). Questo vale, ad esempio, per la constatazione che «*journalists, media professionals and associated personnel engaged in dangerous professional missions in areas of armed conflict shall be considered as civilians and shall be respected and protected as such, provided that they take no action adversely affecting their status as civilians. This is without prejudice to the right of war correspondents accredited to the armed forces to the status of prisoners of war provided for in article 4.A.4 of the Third Geneva Convention*» (secondo paragrafo del dispositivo). Elementi importanti di novità si ritrovano nel riferimento alla libertà di espressione come consacrata nella Dichiarazione universale dei diritti dell'uomo e nel Patto internazionale sui diritti civili e politici (nono considerando) e nel riconoscimento che «*journalists [...] can play an important role in protection of civilians and conflict prevention by acting as an early warning mechanism in identifying and reporting potential situations that could result in genocide, war crimes, ethnic cleansing and crimes against humanity*» (14° considerando).

La risoluzione 2222 (2015) affronta anche la minaccia crescente alla sicurezza dei giornalisti posta dai gruppi terroristici, in particolare agli omicidi e ai rapimenti perpetrati per richiedere un riscatto od ottenere concessioni politiche. A tale riguardo, il Consiglio di sicurezza si dichiara pronto «*to prevent kidnapping and hostage taking committed by terrorist groups and to secure the safe release of hostages without ransom payments or political concessions, in accordance with applicable international law*» (17° considerando). Inoltre, il Consiglio sollecita «*the immediate and unconditional release of journalists, media*



*professionals and associated personnel who have been kidnapped or taken as hostages, in situations of armed conflicts*» (ottavo paragrafo del dispositivo).

Un approfondimento maggiore merita la [risoluzione 2225 \(2015\)](#) sulla protezione dei bambini coinvolti nei conflitti armati, adottata il 18 giugno 2015 dal Consiglio di sicurezza, se non altro per le aspre polemiche suscitate dal [Rapporto](#) «Children and armed conflict» del Segretario generale del 5 giugno 2015 (UN Doc. A/69/926–S/2015/409). La tematica in esame è diventata una delle priorità nell'azione del Consiglio a partire dalla storica [risoluzione 1261 \(1999\)](#). Un altro passaggio fondamentale è stato rappresentato dalla [risoluzione 1612 \(2005\)](#) che ha istituito un complesso ed articolato meccanismo di *reporting* e monitoraggio che, *inter alia*, prevede l'inserimento in un elenco, allegato al rapporto annuale del Segretario generale, delle parti dei conflitti armati che abbiano perpetrato almeno una delle seguenti gravi violazioni dei diritti dei bambini: reclutamento o utilizzo di bambini, omicidio o mutilazione, stupro ed altre forme di violenza sessuale, attacchi a scuole e/o ad ospedali (attualmente più di cinquanta entità, in gran parte attori non statali, sono inserite nell'elenco che è articolato in due differenti sezioni a seconda della circostanza che la situazione conflittuale rilevante rientri o meno nell'ordine del giorno del Consiglio di sicurezza, Rapporto «Children and armed conflict», cit., pp. 48-51).

In tale contesto, la risoluzione 2225 (2015) è importante perché il Consiglio «*requests the Secretary-General also to include in the annexes to his reports on children and armed conflict those parties to armed conflict that engage, in contravention of applicable international law, in patterns of abduction of children in situations of armed conflict*» (terzo paragrafo del dispositivo). L'inserimento del rapimento di bambini tra i criteri di designazione per l'inclusione nella "lista nera" in questione è sicuramente giustificata dal ricorso sempre più frequente, in particolare da parte di gruppi armati non statali e anche nel corso di attacchi a scuole, a questa pratica che spesso è propedeutica alla commissione di altri gravi crimini nei confronti delle giovani vittime (decimo considerando).

Purtroppo, il dibattito in seno al Consiglio che ha seguito l'adozione della risoluzione 2225 (2015) sarà piuttosto ricordato per la «politicizzazione» di una tematica con riferimento alla quale, come ha evidenziato il Segretario generale, «*national interests should not cloud the objective at stake — protecting children, which is a moral imperative and a legal obligation*» ([verbale](#) della riunione del Consiglio di sicurezza del 18 giugno 2015, UN Doc. S/PV.7466, p. 3). La questione all'origine della *querelle* può essere sintetizzata come segue: da una parte il Rapporto del Segretario generale ha segnalato con grande evidenza e cura nei dettagli le gravi e massicce violazioni dei diritti dei bambini consumate a Gaza nel corso dell'ultima operazione militare israeliana del luglio/agosto 2014, dall'altra, e senza apparenti spiegazioni, Israele non è stato inserito nell'elenco allegato al Rapporto nonostante l'accertamento da quest'ultimo operato di tre dei criteri di designazione (uccisione di 557 bambini palestinesi nel corso del 2014, 543 scuole distrutte o danneggiate, decine di ospedali danneggiati, Rapporto «Children and armed conflict», cit., par. 110, p. 19). Tale situazione ha portato numerosi Stati intervenuti nel dibattito a parlare apertamente di *double standard* e di «politicizzazione» del Rapporto, mentre Israele ha duramente replicato che «*[t]he drafting of the report was marked at every level by widespread, systematic and institutionalized biased conduct against Israel*» e si è difeso affermando che «*[i]n a war forced on Israel by Hamas Israel, took unprecedented precautions to avoid the loss of life of innocent civilians, going beyond what is required by international law and what is done by any army in the world*» (verbale della riunione del Consiglio di sicurezza del 18 giugno 2015, cit., p. 47). Peraltro, secondo il Segretario generale, «*[t]hose who engage in military action that results in numerous grave violations against children will, regardless of intent, find themselves under scrutiny*» (*ibidem*, p. 3).

RAFFAELE CADIN



### OSSERVATORIO SUL CONSIGLIO DI SICUREZZA E I DIRITTI UMANI N. 3/2015

#### 2. «*DISAPPOINTED AND SHOCKED*»: LA DURA REAZIONE DEI PAESI AFRICANI MEMBRI DEL CONSIGLIO DI SICUREZZA ALL'ADOZIONE IN STILE POST-COLONIALE DELLA RISOLUZIONE 2220 (2015) SULLE ARMI LEGGERE.

La [risoluzione 2220 \(2015\)](#) sulle armi leggere è stata adottata dal Consiglio di sicurezza il 22 maggio 2015 con il minimo dei voti necessario (9 voti a favore e le astensioni di Russia, Cina, Venezuela e di Ciad, Nigeria e Angola, ovvero di tutti e tre Paesi africani membri del Consiglio) nonostante il suo carattere «tematico» ([verbale](#) della riunione del Consiglio di sicurezza del 22 maggio 2015, UN Doc. S/PV.7447, p. 4). Già questa anomalia solleva un primo quesito di metodo che per la sua natura retorica non necessita di risposta: ha senso giuridico adottare una risoluzione «tematica» a maggioranza risicata, per di più in un organo a composizione ristretta e in aperto contrasto con i Paesi membri che rappresentano il continente maggiormente interessato dalla stessa?

Fonti di solito ben informate ([Small Arms: Vote on Resolution](#), in *What's in Blue – Insights on the Work of the Security Council*) raccontano che, in un tardivo tentativo di conferire legittimità «democratica» al testo in esame, lo Stato proponente (la Lituania, Presidente di turno del Consiglio di sicurezza) abbia chiesto ai Paesi membri delle Nazioni Unite di diventare «sponsor» del progetto di risoluzione e, in effetti, 55 Stati hanno sostenuto il testo davanti al Consiglio (verbale della riunione del Consiglio di sicurezza del 22 maggio 2015, cit., p. 2). In questo osservatorio si è già evidenziato il carattere innovativo di tale prassi e le prospettive (in termini di legittimazione dell'azione consigliare) e i rischi che essa presenta (ad esempio, la marginalizzazione del ruolo dell'Assemblea Generale). La vicenda in commento dimostra che si tratta altresì di uno strumento «a doppio taglio» che può determinare un effetto «boomerang». Infatti, la circostanza che neanche un terzo della *membership* onusiana abbia aderito alla richiesta di sponsorizzare il testo solleva diversi dubbi, anziché eliminarli, sul consenso globale incontrato dall'iniziativa in esame. Questi dubbi aumentano se si considera che tra i 55 Paesi «sponsor» spiccano ben 37 Stati europei, mentre quelli africani sono soltanto quattro, nell'ordine Marocco (l'unico Paese africano non membro dell'Unione Africana), Costa D'Avorio (Paese sottoposto ad embargo sulle armi dal 2004), Somalia (Stato «fallito» per antonomasia) e lo Stato arcipelagico delle Seychelles.

Quanto al merito della risoluzione, esso è tanto ricco di nobili propositi quanto lontano dalla realtà sociale e giuridica di riferimento. Procedendo con ordine e partendo dagli aspetti procedurali, il testo in esame è stato originato da un [concept paper](#) sulle armi leggere presentato



dalla Lituania il 1° maggio 2015 (UN Doc. S/2015/306) che, insieme al [Rapporto](#) in materia del Segretario generale del 27 aprile (UN Doc. S/2015/2089), è stato alla base del dibattito aperto su «The human cost of the illicit transfer, destabilizing accumulation and misuse of small arms and light weapons» tenutosi in seno al Consiglio di sicurezza il 13 maggio successivo ([verbale](#) della riunione del Consiglio di sicurezza del 13 maggio 2015, UN Doc. S/PV.7442). Il dibattito è stato molto partecipato, ma ha evidenziato l'esistenza di diverse riserve rispetto al progetto di risoluzione messo a punto negli incontri informali tanto da consigliare l'apertura di un nuovo *round* negoziale che peraltro ha avuto un esito solo parzialmente positivo, come dimostra l'accennata divisione tra i membri del Consiglio manifestatasi nella riunione del 22 maggio 2015 nel momento dell'approvazione della risoluzione 2200 (2015).

I punti di riferimento principali nella materia considerata sono due:

- quanto alla prassi consigliare, la [risoluzione 2117 \(2013\)](#) del 26 settembre 2013, la prima risoluzione «tematica» sulle armi leggere adottata dal Consiglio di sicurezza;
- quanto al diritto internazionale pattizio, il [Trattato sul commercio delle armi](#), approvato il 2 aprile 2013 dall'Assemblea generale ([A/RES/67/234 B](#)) ed entrato in vigore il 24 dicembre 2014 (attualmente è stato firmato da 130 Stati e ratificato da 69).

Lo scopo dichiarato della risoluzione 2200 (2015) non è quello «*to resolve all the underlying disputes on the arms trade, but to make a difference to those desperately in need, to enable specific and concrete actions aimed at limiting the damage and reducing the human costs caused by the illicit spread of small arms and light weapons*» (dichiarazione della rappresentante della Lituania, verbale della riunione del Consiglio di sicurezza del 22 maggio 2015, cit., p. 4). Tale finalità umanitaria tendente alla «riduzione del danno» nei confronti della popolazione civile si riflette in numerosi paragrafi della risoluzione (a partire dal secondo par. del dispositivo), con un *focus* particolare sulla dimensione di genere (in particolare, i paragrafi 16, 17 e 18 del dispositivo) e sull'impatto negativo che la diffusione delle armi leggere determina su altri gruppi vulnerabili, inclusi i bambini.

Per raggiungere questi obiettivi, la risoluzione segue un approccio operativo (per non dire «manageriale») diretto ad integrare la tematica della proliferazione delle armi leggere («*the illicit transfer, destabilizing accumulation and misuse of small arms and light weapons*», secondo la terminologia utilizzata nella risoluzione) in tutti gli ambiti di attività del Consiglio di sicurezza, con specifico riferimento ai mandati delle operazioni di pace e alla gestione degli embarghi sulle armi. Di sicuro interesse sono alcune *best practices* che il Consiglio si dichiara intenzionato a seguire. Ad esempio, nel paragrafo 13 del dispositivo, si specifica che «*when considering a partial or complete termination, suspension or adjustment of an arms embargo the Council should, where applicable, take into account the capacities by the Member State subject to an arms embargo to, inter alia, apply physical security and stockpile management practices, implement marking, record keeping and tracing, develop national export and import control systems, enhance border security, and strengthen judicial institutions and law enforcement capacity*».

Con riferimento specifico al Trattato sul commercio di armi, il Consiglio chiede agli Stati membri di ratificare o accedere «*as soon as possible*» a questo strumento pattizio (paragrafo 21 del dispositivo) ed evidenzia una serie di sinergie tra l'applicazione delle disposizioni del Trattato in materia di rapporti e sistemi di controllo domestici, da un lato, e l'attuazione degli embarghi sulle armi e dei mandati delle operazioni di pace del Consiglio, dall'altro, nella creazione della capacità, a livello nazionale e regionale, di contrastare effettivamente la proliferazione delle armi leggere (paragrafi 22-23 del dispositivo).

Quasi tutti gli aspetti evidenziati erano già presenti ed oggetto di puntuali disposizioni nel precedente specifico rappresentato dalla risoluzione 2117 (2013). Si può dunque legittimamente dubitare della necessità e dell'opportunità di adottare una nuova risoluzione «tematica» che non presenta elementi innovativi di rilievo rispetto alla precedente. Sotto questo profilo, l'adozione di una dichiarazione del Presidente del Consiglio di sicurezza sarebbe stata più che sufficiente per soddisfare il «protagonismo umanitario» di alcuni membri consiglieri ed introdurre in materia alcune pratiche operative nel sistema della sicurezza collettiva.

Rimane dunque da comprendere perché una risoluzione in fondo «inutile» abbia lacerato così profondamente il processo decisionale nell'ambito del Consiglio tanto da determinare l'assunzione da parte dei Paesi africani di una posizione durissima che ha pochi precedenti diplomatici. Ad esempio, così si è espresso il rappresentante del Ciad: *«We are deeply disappointed and shocked. Nothing is more frustrating than when it comes to issues as important as those concerning Africa, the African members of the Council are marginalized and the only reason given is that their concerns have no impact on the adoption of the resolution. This historical injustice must be remedied through a reform of the Security Council, such that Africa can take its rightful place in the Council, alongside other continents, and that it can make its voice heard»* (verbale della riunione del Consiglio di sicurezza del 22 maggio 2015, cit., p. 5).

La questione giuridica che ha fatto da detonatore del malessere africano è rappresentata dal mancato inserimento nella risoluzione 2220 (2015) di una disposizione in materia di proibizione del trasferimento di armi leggere ad attori non statali. Non si tratta naturalmente di una tematica nuova dato che essa ha condizionato l'intero processo negoziale del Trattato sul commercio delle armi (cfr. la puntuale analisi di P. HOLTOM, [Prohibiting Arms Transfers to Non-State Actors and the Arms Trade Treaty](#), UNIDIR Resources) che alla fine si è dovuto piegare alla posizione intransigente degli Stati Uniti fondata su due assunti che vengono riportati testualmente perché hanno una portata giuridica che travalica il caso concreto e riflette una (non) visione «nazionalista/universalista» (leggi: «imperialista») del diritto internazionale:

- il primo assunto, riferito alla posizione negoziale statunitense rispetto al Trattato sul commercio di armi, afferma che *«US will oppose provisions inconsistent with existing US law or that would unduly interfere with our ability to import, export or transfer arms in support of our national security and foreign policy interests»* ([Elements of an Arms Trade Treaty](#), Fact Sheet, US Department of State, 4 giugno 2010);

- il secondo, relativo alla proposta di inserire una proibizione globale al trasferimento di armi leggere e di piccolo calibro nell'ambito del Programma di azione adottato dalla *United Nations Conference on the Illicit Trade in Small Arms and Light Weapons in All Its Aspects* (9-20 luglio 2001), è ancora più specifico: *«We do not support measures limiting trade in SA/LW solely to governments. This proposal, we believe, is both conceptually and practically flawed. This proposal would preclude assistance to an oppressed non-state group defending itself from a genocidal government. Distinctions between governments and nongovernments are irrelevant in determining responsible and irresponsible end-users of arms»* (J. R. BOLTON, [Plenary address to the UN Conference on the Illicit Trade in Small Arms and Light Weapons](#), 9 luglio 2011).

Tale visione è fondata su un doppio capovolgimento della logica giuridica dell'ordinamento internazionale. Da una parte, in una prospettiva che Kelsen definirebbe «monista/nazionalista», il diritto internazionale rileva solo in funzione e come espressione della politica estera dello Stato (nel caso di uno Stato produttore ed esportare di armi questo significa promuovere un regime giuridico di libertà) e come tale si configura esclusivamente

come diritto della «volontà» (diritto pattizio e, nel caso dei membri permanenti del Consiglio con diritto di veto, diritto della sicurezza collettiva), mentre il diritto della «coscienza» (le norme e principi del diritto internazionale generale) viene marginalizzato in tutto o in parte. Dall'altra, e di conseguenza, il divieto del trasferimento di armi a soggetti non statali non autorizzati, che costituisce un corollario del divieto di interferenza negli affari interni di uno Stato, da regola generale diventa mera eccezione, per di più interpretata in maniera discutibile e restrittiva nel contesto di una assimilazione tra il regime giuridico applicabile agli attori statali e non, in cui l'unica discriminante idonea ad inibire il commercio di armi è la perpetrazione (o il rischio che vengano perpetrati) crimini di massa.

Anche se non rientra nei limiti del presente contributo, è utile osservare come il Trattato sul commercio delle armi (in particolare, gli articoli 6 e 7 che ne rappresentano il centro giuridico di gravità) sia figlio di questa logica asistemica e verticistica (negare o marginalizzare la rilevanza della dimensione normativa e strutturale del diritto internazionale equivale a metterne in dubbio la sua stessa configurabilità come sistema) e non a caso tale strumento internazionale è del tutto silente sulla questione del trasferimento di armi ad attori non statali. A conferma di quanto precede, negli Stati Uniti è diffusa la convinzione che «*[t]he Arms Trade Treaty [...] aims to limit the number of civilians slaughtered around the world by requiring any country that sells weapons to establish the same kind of export criteria that the U.S. and other Western democracies have in place*» (D. JETT, [Republicans Are Blocking Ratification of Even the Most Reasonable International Treaties](#), in *New Republic*, 26 dicembre 2014). Il lato ironico della vicenda è che con tutta probabilità il Senato degli Stati Uniti non ne autorizzerà la ratifica perché la maggioranza repubblicana dei suoi membri contesta l'assenza nel Trattato di una garanzia esplicita del diritto del popolo americano di possedere armi ai sensi del secondo emendamento della Costituzione!

Alla «distanza» giuridica da sempre esistente tra i principi cardine del diritto internazionale generale e il regime internazionale/onusiano sul commercio delle armi, inclusa la risoluzione 2220 (2015) sulle armi leggere, si è ora aggiunta la consapevolezza generalizzata che questo regime «liberista», che ha un atteggiamento neutrale in merito al sostegno militare delle grandi Potenze a gruppi armati che combattono governi considerati antagonisti nell'ottica della «responsabilità di proteggere» (leggi: del «cambio di regime»), costituisce un pericolo non solo per la stabilità delle relazioni internazionali, ma anche e soprattutto per la stessa sicurezza umana delle popolazioni civili. In particolare, le crisi epocali in Siria e Libia, per limitarci agli esempi più eclatanti dell'attuale disordine internazionale, dimostrano che l'invio di armi e il sostegno militare diretto o indiretto garantito ai ribelli hanno determinato, in rapida successione, la distruzione degli Stati interessati quali entità politiche, un vuoto di potere che ha consentito l'affermazione di entità radicali e/o terroristiche, lo scoppio o l'aggravamento di conflitti che hanno generato catastrofi umanitarie di dimensioni inimmaginabili. In altre parole, il regime giuridico in esame, nel non discriminare tra attori statali e non nella proibizione della vendita di armi, non è soltanto orfano dalla nascita del diritto internazionale generale, ma è anche obiettivamente destabilizzante perché consente la proliferazione delle armi in teatri di crisi complessi e volubili in cui è impossibile prevedere chi sarà l'utilizzatore finale dei mezzi militari e a quale scopo e in quali contesti questi mezzi verranno impiegati.

È in questo contesto di fallimento ormai conclamato della dottrina della «responsabilità di proteggere» che matura negli Stati africani la volontà di ripudiare il buonismo e l'ipocrisia umanitaria che, in maniera sostanzialmente antistorica, continuano a contraddistinguere la risoluzione 2200 (2015) sulle armi leggere e di pretendere che in essa sia inserita una clausola

sulla proibizione del trasferimento di queste armi ad attori non statali non autorizzati. Non si tratta, dunque, di un diversivo diplomatico o di un elemento marginale, ma del riconoscimento di una realtà giuridica e sociale di straordinaria importanza, da sempre propugnata dall'Unione Africana e dalla stragrande maggioranza della comunità internazionale, che ha incontrato l'opposizione aperta di un solo Stato (gli Stati Uniti) che da obiettore persistente si è trasformato in *rule maker* grazie al proprio ruolo egemonico.

Non è dunque privo di interesse analizzare in quali termini detta richiesta sia stata avanzata dai Paesi africani e quali siano stati gli argomenti utilizzati dagli Stati Uniti e dai loro alleati occidentali per rigettarla. Il punto di vista africano è molto chiaro, come ben emerge dalla dichiarazione del delegato dell'Angola: «*Currently, our main concern relates to non-State actors to whom small arms and light weapons are supplied to fuel conflicts, destabilize countries and promote policies of regime-change, with the tragic consequences we are witnessing today where despicable crimes against humanity are committed*» (verbale della riunione del Consiglio di sicurezza del 22 maggio 2015, cit., p. 4). E, come aggiunge il delegato del Ciad, «*the refusal to include a provision in this resolution that would make it illegal to transfer small arms and light weapons to non-State actors is tantamount to a refusal to prevent crises and conflicts and tantamount to encouraging destabilizing efforts against fragile States*» (*ibidem*, p. 5).

A parte il ricorso massiccio alla retorica umanitaria, i Paesi occidentali oppongono un solo argomento giuridico di rilievo alla richiesta dei Paesi africani: la mancanza di una definizione nel diritto internazionale del concetto di «attori non statali». Ad esempio, secondo il rappresentante del Regno Unito «*we do not think that illdefined and practically unenforceable new statements by the Council on the subject of non-State actors can in any way improve the situation on the ground*» (*ibidem*, p. 7). Apparentemente più articolata la posizione degli Stati Uniti: «*Despite the clear language and several significant compromises, a few Council members demanded that certain terms be used that have absolutely no precedent in the Council's prior resolutions on small arms and light weapons. We are disappointed that a few Council members would be willing to throw out a resolution that they almost entirely agree with and that they know will make a positive contribution in their own countries in order to cling to one specific term for political purposes, a term that is ill-defined and which no delegation in our negotiations had been able to identify any specific entity that they would wish covered that is not already covered by the language in the text*» (*ibidem*, p. 9).

In merito a queste argomentazioni, valgono, nella massima sintesi, queste osservazioni:

- l'accusa ai Paesi africani di sollevare questioni politiche e terminologiche (e dunque di scarso rilievo) è del tutto infondata data la centralità della tematica in esame che il presente contributo ha già ampiamente illustrato;

- l'argomento secondo il quale il termine «attori non statali» non avrebbe precedenti nelle risoluzioni in materia del Consiglio di sicurezza è nello stesso tempo curioso ed imbarazzante se si considera il discutibile utilizzo di concetti ultra-innovativi nella recente prassi consigliare (si pensi all'introduzione del termine «combattenti terroristi stranieri» nelle [risoluzioni 2170 \(2014\)](#) e [2178 \(2014\)](#));

- si deve poi considerare, come è stato puntualmente evidenziato dai Paesi africani nel dibattito in seno al Consiglio, che nella celebre [risoluzione 1540 \(2004\)](#) il Consiglio di sicurezza ha già definito il concetto di «attori non statali» sia pure nel contesto specifico della proliferazione delle armi di distruzione di massa («*individual or entity, not acting under the lawful authority of any State in conducting activities which come within the scope of this resolution*»);

- anche a non voler utilizzare questa terminologia nel differente contesto delle armi leggere, è facile notare che quello della definizione di «attori non statali» è per definizione un «non problema», o comunque un problema relativo, dato che si tratta di una nozione che si auto-definisce in negativo in relazione al concetto di «Stato»;

- inoltre, c'è da considerare che, nel tentativo di arrivare ad un compromesso, gli Stati africani si erano dichiarati disponibili ad accettare «*a definition mentioning non-State actors as terrorists, armed groups and criminal networks*» e a prevedere «*the exemption of armed private contractors and others similarly engaged in carrying out security missions*» (verbale della riunione del Consiglio di sicurezza del 22 maggio 2015, cit., p. 5);

-in tale contesto, l'introduzione *in extremis* di un paragrafo nel dispositivo della risoluzione 2220 (2015) secondo cui il Consiglio «*[r]ecognizes the importance of preventing the illicit transfers and sales of weapons and ammunition, including small arms and light weapons, to armed groups and criminal networks that target civilians and civilian objects*» (par. 20) è chiaramente insufficiente allo scopo;

- da un lato, infatti, la clausola non integra una richiesta del Consiglio e tantomeno rinvia ad un obbligo giuridico preesistente degli Stati, ma si limita a riconoscere che il comportamento in essa contemplato è ... sociologicamente auspicabile, dall'altro il riferimento ai gruppi armati che colpiscono la popolazione civile esclude che la fornitura di armi a ribelli per promuovere un «cambio di regime» rientri di per sé nel suo ambito di applicazione.

In conclusione, il problema definitorio del concetto di «attori non statali» semplicemente non esiste o, comunque, era facilmente superabile con qualche *escamotages* tecnico/diplomatico. Di conseguenza, la sua strumentalizzazione è stata chiaramente diretta a tutelare gli interessi economici e geopolitici dei Paesi esportatori di armi. Lo stesso dicasi per la tanto sbandierata ragione umanitaria: per consentire la fornitura di armamenti a popoli a rischio di genocidio o di altri crimini di massa non è certamente necessario costruire come regola generale la libertà di esportare armi convenzionali verso chiunque, ma è sufficiente, in pura ipotesi, prevedere una eccezione al divieto generale di trasferire tali strumenti di destabilizzazione diffusa ai soggetti non statali.

Premesso ciò, una critica generale di metodo può essere rivolta anche alla posizione degli Stati africani (e dei numerosi Stati membri che l'hanno sostenuta in maniera più o meno aperta e sincera). Pensare, infatti, che una risoluzione «tematica» possa contribuire «*to bringing about a lasting solution to the proliferation of small arms and light weapons*» (verbale della riunione del Consiglio di sicurezza del 22 maggio 2015, cit., p. 4) grazie all'inserimento di una clausola proibizionista sugli attori non statali e in assenza di alcun accenno preambolare ai principi di riferimento del diritto internazionale generale, quali quelli del divieto di interferenza negli affari interni di uno Stato o dell'autodeterminazione dei popoli, è assai discutibile sotto il profilo logico/giuridico. Tra l'altro, l'adozione di un approccio sistematico avrebbe consentito di introdurre una clausola aperta nel dispositivo (del tipo «Il Consiglio di sicurezza [...] ricorda che gli Stati devono prevenire il trasferimento e la vendita di armi leggere e di piccolo calibro a soggetti non statali non autorizzati in violazione del diritto internazionale») che tramite l'inquadramento nel diritto internazionale della tematica della proliferazione delle armi leggere verso soggetti non statali avrebbe conferito maggiore solidità e coerenza alla legittima e doverosa rivendicazione dei Paesi africani. Questo vorrebbe la logica giuridica, anche se non può escludersi che, nel contesto della degenerazione progressiva della ragione umanitaria, siano ormai i principi del diritto internazionale generale, e non il mercato degli armamenti, ad essere considerati un fattore di destabilizzazione delle relazioni internazionali.

RAFFAELE CADIN





Dottorato di ricerca in Ordine internazionale e diritti umani, Sapienza, Università di Roma - Intercenter, Università di Messina

## Ordine internazionale e diritti umani

International Legal Order and Human Rights  
Ordenamiento Jurídico Internacional y Derechos Humanos  
Ordre juridique international et Droits de l'Homme

### OSSERVATORIO SUL CONSIGLIO DEI DIRITTI UMANI N. 3/2015

#### **1. LE CONSEGUENZE DEL FENOMENO TERRORISMO SUL GODIMENTO DEI DIRITTI E DELLE LIBERTÀ FONDAMENTALI: IL DIBATTITO IN CORSO NEL SISTEMA DI GINEVRA (CONSIGLIO DEI DIRITTI UMANI E PROCEDURE SPECIALI)**

##### *1. Osservazioni preliminari*

Come già si è avuto modo di osservare in passato in questo *Osservatorio*, i temi introdotti nell'ordine del giorno dei numerosi dibattiti condotti dai principali organi di riferimento del sistema onusiano di Ginevra per la materia della promozione e della protezione dei diritti umani possono essere letti in termini tanto complementari quanto antitetici rispetto alla discussione che viene portata avanti a New York.

Sotto il primo profilo rileva la dimensione integrativa, allorché si reputa necessario affrontare l'argomento da un punto di vista eminentemente tecnico o, se si vuole, strumentale per la elaborazione di fonti di terzo grado, a carattere non vincolante, da parte del Consiglio dei diritti umani, organo sussidiario dell'Assemblea generale, e per l'eventuale avvio di un processo di negoziazione di uno strumento convenzionale multilaterale per la disciplina di un determinato istituto o fattispecie giuridica.

D'altra parte si evidenzia come la dimensione selettiva implichi *a contrario* la scelta di privilegiare, da parte dell'apparato organico che opera in parallelo nelle due sedi, un'impostazione della discussione o tecnico-giuridica o politica: ciò tuttavia non esclude che le osservazioni formulate dagli Stati membri e recepite dal sistema onusiano nel suo complesso – in ogni suo organo – diano vita ad interessanti processi di approfondimento giuridico del dossier, avvicinando posizioni statali apparentemente contrastanti sul piano politico.

Questa premessa è quanto mai riscontrabile nella trattazione del tema del contrasto al terrorismo globale, nella sua accezione materiale e geografica, in relazione al bilanciamento della protezione dei diritti umani e delle libertà fondamentali. Esso, infatti, ben si presta ad una duplice analisi che poggia sulla complementarità del sistema delle Nazioni Unite nella sua componente prettamente politica, nella sede di New York e, in particolare, nell'ambito del mandato del Consiglio di sicurezza, e sia politica sia tecnico-giuridica, in ordine alle competenze assunte dal Consiglio dei diritti umani ed alle Procedure speciali nella sede di Ginevra.

Nel corso della [29ª Sessione del Consiglio](#), che si è tenuta dal 15 giugno al 3 luglio scorso, il c.d. *item 3* è stato oggetto di intervento in occasione della presentazione del Rapporto annuale della Procedura speciale competente, ovvero il Relatore Speciale delle Nazioni Unite sulla promozione e protezione dei diritti umani e delle libertà fondamentali nella lotta al terrorismo, nella fase negoziale che ha portato all'adozione della Risoluzione sul tema sponsorizzata dal Messico, nel quadro di un apposito *Panel* di dibattito tenutosi il 30 giugno sulle conseguenze derivanti dal fenomeno terrorismo sul godimento dei diritti umani e delle libertà fondamentali da parte della comunità di individui nel suo complesso.

L'esame dei tre piani di azione, confronto e discussione sull'*item 3* consentirà di comprendere appieno come lo stesso sistema di Ginevra possa offrire interessanti spunti di riflessione per lo sviluppo e la trattazione del tema a New York nel secondo semestre del 2015.

## *2. Il Rapporto annuale del Relatore Speciale delle Nazioni Unite sulla promozione e protezione dei diritti umani e delle libertà fondamentali nella lotta al terrorismo: focus sul caso dello Stato islamico dell'Iraq e del Levante*

La nomina ed il rinnovo del mandato del Relatore Speciale delle Nazioni Unite sulla promozione e protezione dei diritti umani e delle libertà fondamentali nella lotta al terrorismo nel quadro delle Procedure Speciali del Consiglio dei diritti umani sono stati confermati con [Risoluzione 22/8 del 21 marzo 2013](#) sino al 2016.

Spetta dunque all'attuale Relatore Speciale in carica, Ben Emmerson, raccogliere informazioni e materiali inerenti il tema oggetto del mandato trasmessi da molteplici fonti di natura istituzionale e non, da individui vittime del fenomeno terrorismo e dai loro familiari; effettuare visite nei Paesi interessati dal predetto fenomeno allo scopo di verificare la veridicità delle informazioni ricevute inerenti situazioni di carattere generale o singoli casi afferenti alla materia di propria competenza; formulare raccomandazioni all'indirizzo delle autorità nazionali interessate dal fenomeno in questione ed, eventualmente, previa richiesta delle stesse, predisporre misure di assistenza tecnica mirate a sostenere processi di adeguamento degli apparati nazionali alle sfide poste dal terrorismo globale; identificare e facilitare lo scambio di esperienze e di buone pratiche tra gli Stati membri in materia di contrasto al terrorismo; prevedere un esercizio del proprio mandato in funzione della complementarità e del coordinamento con altri organismi del sistema onusiano che operano nel settore di riferimento, a partire dalle altre Procedure Speciali che operano a Ginevra sino a ricomprendere i principali organi che agiscono nel quadro delle Nazioni Unite a New York – il Comitato Anti-terrorismo del Consiglio di Sicurezza e, in esso, la Direzione Esecutiva (CTED, *Counter-Terrorism Committee Executive Directorate*), e la *Task Force* Anti-terrorismo (*Counter-Terrorism Implementation Task Force*) – e a Vienna – la Divisione per la Prevenzione del Terrorismo dell'Ufficio sulle Droghe ed il Crimine (*Terrorism Prevention Branch of the United Nations Office on Drugs and Crime*).

Nel mandato del Relatore Speciale si include, ovviamente, l'attività di *reporting* annuale al Consiglio dei Diritti Umani e all'Assemblea generale.

Proprio in relazione a tale ultima funzione, nel [Rapporto annuale \(Doc. A/HRC/29/51\)](#) presentato dal Relatore Speciale Emmerson il 20 giugno 2015 nel corso dei lavori della 29ª Sessione del Consiglio dei Diritti Umani, emergono una serie di interessanti rilievi sulla correlazione tra fenomeno terroristico, Stato Islamico dell'Iraq e del Levante (ISIL) e promozione e protezione dei diritti umani e delle libertà fondamentali



delle vittime potenziali del fenomeno stesso (cfr. P. COCKBURN, *The Rise of Islamic State: ISIS and the New Sunni Revolution*, London/New York: Verso Books, 2015; J. STERN, J. M. BERGER, *ISIS: The State of Terror*, London: William Collins, 2015).

In una sezione iniziale del documento il Relatore Speciale ricostruisce le caratteristiche strutturali ed operative dell'ISIL con il fine ultimo di rilevarne la presunta soggettività internazionale.

La nascita dello Stato Islamico risale al 2006 quando, nel processo di ricostruzione dell'apparato governativo irakeno nel post-conflitto, in un momento immediatamente successivo alla morte di Abu Musab al-Zarqawi, fondatore del movimento Al-Qaida in Iraq, è il movimento stesso ad approfittare delle rivalità etniche e religiose registrate nel Paese per prendere il controllo del territorio. La nomina di AbuBakr al-Baghdadi alla guida dello Stato Islamico dell'Iraq e la partecipazione alle ostilità in Siria attraverso il gruppo armato Jabhatal-Nusra, conducono nel 2013 ad una scissione delle due componenti: la prima, resasi autonoma dal movimento Al-Qaida si trasforma in ISIL, si posiziona nell'area settentrionale siriana e si sostituisce all'ISI ed al gruppo armato Jabhatal-Nusra in Iraq.

La presunta soggettività dell'ISIL, in questo nuovo assetto, è desumibile ad avviso del Relatore Speciale nella coesistenza dei tre elementi costitutivi della personalità giuridica dello Stato in quanto modello di riferimento: la costruzione di un apparato dotato delle prerogative organiche ed operative, tradotta nell'auto-dichiarazione dello Stato Islamico in califfato il 29 giugno 2014; il controllo di una ampia area territoriale, comprensiva – come già si indicava – di numerose province sia irakene che siriane, alle quali si aggiungono progressivamente zone sotto gestione di gruppi armati che richiedono di essere affiliati al califfato – ad esempio Boko Haram in Nigeria, Abu-Sayyaf nelle Filippine, Ansar Bait al-Maqdis in Egitto e Ansar al-Sharia in Yemen; la nomina, in tali aree, di funzionari del governo dell'ISIL ai quali si demanda l'effettivo esercizio di potere nei confronti delle popolazioni che vi risiedono.

A supporto della tesi ricostruttiva della soggettività dello Stato Islamico si descrive sinteticamente nel Rapporto il processo di stabilizzazione delle risorse finanziarie a disposizione dell'ISIL, depositate presso la Banca centrale irakena a Mossul a partire dal giugno 2014, ed incrementate mediante ingenti trasferimenti di capitali da parte di enti stranieri (Stati, organizzazioni no profit, individui). Parimenti si fa riferimento al processo di consolidamento dell'assetto militare nella sua duplice componente formale ed informale: in particolare i dati riguardanti l'arruolamento di combattenti stranieri – più di 20.000 unità provenienti da circa 80 Paesi – testimoniano il livello di attrazione esercitato dall'ISIL in termini di rafforzamento del grado di controllo e di gestione del territorio in funzione della nascita di un vero e proprio Stato su basi religiose condivise e dell'opportunità di parteciparvi assumendo ruoli di rilievo nei settori amministrativi più importanti, quali quello educativo e giudiziario.

Muovendo da tale premessa, e confermando che il conflitto nei territori irakeno e siriano assuma un carattere non internazionale, da cui discende l'applicazione del diritto internazionale umanitario *in primis* (art. 3 comune alle Convenzioni di Ginevra del 1949, ad eccezione del Protocollo addizionale relativo alla protezione delle vittime di conflitti armati di carattere non internazionale, del quale né l'Iraq né la Siria sono contraenti) e del diritto internazionale dei diritti umani in via complementare, il Relatore Speciale concentra innanzitutto la sua attenzione sulle categorie di fattispecie violate ed imputabili all'ISIL richiamando i riscontri fattuali periodici trasmessi dalla Missione di Assistenza delle Nazioni Unite in Iraq ([UNAMI/OHCHR - Report on the Protection of Civilians in the](#)

[Non International Armed Conflict in Iraq, 5 June-5 July 2014](#)) e dalla Commissione internazionale indipendente d'inchiesta per la Siria istituita con Risoluzione del Consiglio dei Diritti Umani S-17/1 del 22 agosto 2011 ([Doc. A/HRC/21/50, annex 2](#)).

Sulla scorta di tali informazioni si imputa all'ISIL la commissione di atti qualificabili come gravi e sistematiche violazioni del diritto internazionale, riferibili alle categorie dei crimini contro l'umanità, dei crimini di guerra, al genocidio, nonché alle molteplici fattispecie in cui si articolano il diritto internazionale dei diritti umani ed il diritto internazionale umanitario (tra gli altri: [Doc. A/HRC/28/18](#); [Doc. A/HRC/28/69](#); [Doc. A/HRC/27/60](#); [Doc. A/HRC/25/65](#)). La popolazione civile che risiede nei territori irakeno e siriano è dunque vittima diretta di tali atti nel suo complesso come anche in relazione al riscontro di elementi che permettono di individuarne la connotazione sociale in senso discriminatorio, tale da renderli obiettivo mirato di attacchi intenzionali e reiterati in ragione del credo religioso, dell'origine etnica, dell'appartenenza ad una minoranza. Ancora, l'elemento che emerge con maggior crudeltà nel *reporting* effettuato dagli organismi tecnici e d'inchiesta sopra richiamati è la distinzione degli obiettivi per sesso, cui segue la separazione tra uomini e donne: i primi vengono uccisi in pubblico (ed in genere le esecuzioni sommarie vengono filmate e propagate per sottolineare il grado di controllo sulla popolazione che si rifiuta di aderire ai principi dell'ISIS), mentre le seconde subiscono intimidazioni e soprusi, vengono isolate e sono sottoposte a violenze ripetute nel tempo, indipendentemente dall'età. Il Relatore Speciale menziona altresì lo specifico trattamento riservato a funzionari pubblici, forze dell'ordine, rappresentanti degli organismi parlamentari, *leaders* religiosi, spesso costretti a rifugiarsi oltre confine o, al contrario, dichiarati pubblicamente come eretici ed infedeli e pertanto condannati a morte da parte del sistema giudiziario dell'ISIL. Stessa sorte spetta ai giornalisti e ai difensori dei diritti umani. Una condizione particolare è quella dei minori, destinatari di misure educative che sono alla base dell'indottrinamento e dell'addestramento all'utilizzo di ogni strumento di violenza nei c.d. 'cub camps', luoghi nei quali imparano ad utilizzare le armi pesanti e ad allenarsi sul modello dei terroristi suicidi adulti. In ultimo, la percezione del grado di controllo sul territorio e sulla popolazione viene ribadita attraverso una serie di azioni che, come già si ricordava, ricevono adeguata attenzione da parte della stampa e dei nuovi *media*: la trasmissione di immagini di impiccagioni di massa all'aperto e di mutilazione di corpi, o anche l'attacco e la distruzione di luoghi di culto e di monumenti di rilevante valore storico-artistico.

La ricostruzione appena illustrata porta il Relatore Speciale, in un secondo passaggio del suo Rapporto annuale, a ragionare sul nesso funzionale tra veridicità delle prove della commissione di crimini internazionali e, più in generale, della violazione accertata del diritto internazionale dei diritti umani e del diritto internazionale umanitario, ed imputabilità di tali azioni all'ISIS nella prospettiva dell'esperibilità di strumenti di carattere giudiziario negli apparati statali irakeno e siriano nell'ottica sia repressiva che preventiva della possibile reiterazione delle azioni stesse.

Il nesso emerge, ad avviso della Procedura Speciale, nella produzione normativa del Consiglio di Sicurezza: la [Risoluzione 2170\(2014\)](#) introduce un riferimento esplicito al rispetto del diritto internazionale dei diritti umani da parte dell'ISIS (ribadito anche nell'intervento del Presidente dell'organo circa la situazione in Iraq, [Doc. S/PRST/2014/20](#)) e alla duplice responsabilità a carico dei Governi irakeno e siriano per la mancata prevenzione e repressione delle violazioni del diritto in parola e del diritto internazionale umanitario, a danno della sicurezza e dell'incolumità delle rispettive

popolazioni. Da essa discende infatti non soltanto la incapacità dei sistemi nazionali di giustizia di perseguire l'ISIS, garantendo in tal modo un effettivo esercizio della giurisdizione domestica, ma anche la non volontà di modificare tale assetto attraverso la ratifica dello Statuto della Corte Penale Internazionale, consentendo all'organo di investigare e di perseguire i componenti dello Stato Islamico dell'Iraq e del Levante per la commissione di crimini sui territori irakeno e siriano.

D'altra parte anche gli Stati di nazionalità dei combattenti stranieri, ancorché parti contraenti del predetto Statuto, non si sono adeguatamente adoperati per l'attivazione del principio della giurisdizione extraterritoriale con il fine ultimo di perseguire i propri cittadini responsabili per la commissione di crimini internazionali nei summenzionati territori ([Doc. A/HRC/28/28](#), paragrafo 44).

In ultimo, il deficit di tutela è rinvenibile, ad avviso del Relatore Speciale, con riferimento alla posizione assunta dallo stesso Consiglio di Sicurezza per la mancata attivazione della competenza della Corte Penale Internazionale (per il veto, il 22 maggio 2014, sulla questione da parte della Cina e della Federazione Russa) o, quale soluzione alternativa, per la creazione di un tribunale *ad hoc* competente per la conduzione di apposite indagini e per la conseguente individuazione delle responsabilità a carico dell'ISIS per la violazione del diritto internazionale penale, del diritto internazionale dei diritti umani e del diritto internazionale umanitario.

È pur vero che il Consiglio di Sicurezza ha impostato il suo ragionamento sul punto muovendo da una considerazione preliminare: l'ISIL è da ritenersi un gruppo di matrice terroristica e rappresenta una minaccia per la pace e la sicurezza internazionale, ancorché di esso facciano parte combattenti stranieri, dunque ogni misura di contrasto di carattere preventivo e repressivo dello stesso rientra nel novero delle opzioni operative a disposizione dell'organo. In questa prospettiva già dal maggio 2013 l'ISIL – in quanto gruppo – ed i suoi sostenitori agenti a titolo individuale sono stati inseriti nella *blacklist* correlata al ruolo di Al-Qaida in Iraq, in linea con quanto prescritto nella Risoluzione 1989(2011), e le misure ad impatto sanzionatorio adottabili per contrastarne l'operatività sul campo non hanno prodotto gli effetti sperati, in parte anche per le difficoltà concrete proprie del meccanismo del *listing* (il recupero e lo scambio di informazioni, la trasparenza degli interventi, il limitato effetto restrittivo delle misure proposte dall'*Ombudsperson*, organismo che coordina il meccanismo in parola).

Soltanto con le ultime due Risoluzioni in ordine di tempo, la già citata 2170(2014) e la [Risoluzione 2199\(2015\)](#), adottate ai sensi del Capitolo VII della Carta delle Nazioni Unite, l'esplicita condanna dello Stato Islamico e la responsabilità a carico dell'ISIL e dei combattenti stranieri per gli atti commessi in violazione del diritto internazionale dei diritti umani e del diritto internazionale umanitario superano l'originario inquadramento della questione nell'ambito del contrasto al terrorismo globale. Ciò permette al Relatore Speciale di offrire una diversa e doppia lettura della normativa del Consiglio di sicurezza.

Sul piano preventivo, nei riguardi dei combattenti dell'ISIS, soprattutto dei combattenti stranieri, si introduce una definizione ben precisa (vedi [Risoluzione 2178\(2014\)](#); cfr. M. SCHENIN, [Back to post-9/11 panic? Security Council resolution on foreing freedom fighters; Council Res 2178 \(Foreign Terrorist Fighters\) as a Form of Global Governance](#)): si tratta di “individuals who travel to a State other than their States of residence or nationality for the purpose of the perpetration, planning, or preparation of, or participation in, terrorist acts or the providing or receiving of terrorist training, including in connection with armed conflict”, nei cui confronti pertanto gli Stati di rispettiva nazionalità

devono agire in via preventiva per evitare che essi si uniscano alle forze dell'ISIS raggiungendo i territori irakeno e siriano con voli di linea, che forniscano all'ISIS supporto finanziario e logistico, che rientrino nel proprio Paese senza essere perseguiti allorché siano responsabili di azioni in violazione del diritto internazionale penale, del diritto internazionale dei diritti umani, del diritto internazionale umanitario. Tali soluzioni operative, sottolinea il Relatore Speciale, devono essere adottate a livello statale sempre nel rispetto dei criteri sanciti dal Consiglio di Sicurezza assicurando l'equo bilanciamento tra esigenze dipese dal mantenimento della pace e della sicurezza internazionale, da un lato, e protezione dei diritti umani e delle libertà fondamentali degli individui, presunti affiliati all'ISIS, dall'altro.

Sul piano repressivo non è affatto marginale la considerazione esposta dal Relatore Speciale che attiene al passaggio, nella Risoluzione 2178(2014), inclusive di una clausola specifica sui diritti umani: gli Stati membri dovranno procedere, nella formulazione ed attuazione di misure ad impatto repressivo, sulla base di standard minimi comuni tradotti in modo adeguato e non arbitrario nella dimensione nazionale.

Se la reazione conseguente la commissione di crimini internazionali da parte dell'ISIS nel quadro sistemico onusiano ha assunto contenuti e modalità differenti, come sinora riportato, gli stessi Stati membri dell'Organizzazione hanno portato avanti una ulteriore modalità reattiva parallela, sotto la *leadership* degli Stati Uniti, a partire dall'agosto 2014 quando hanno avuto inizio i primi attacchi aerei sulle posizioni dell'ISIL localizzate ad Erbil, in Iraq.

La coalizione internazionale comprende più di 60 *partners* ed ha programmato una serie di interventi – prevalentemente di natura tecnica e di coordinamento per gli attacchi aerei – nei territori irakeno e siriano, ove l'ISIL è posizionato. Sotto il profilo giuridico essa giustifica il suo mandato attraverso la richiesta formale d'intervento trasmessa dal Governo irakeno al Governo degli Stati Uniti indubbiamente sul territorio irakeno e, soltanto sulla scorta di ulteriori e ben argomentate motivazioni (l'impossibilità di difendere legittimamente il territorio irakeno nella zona di confine e dagli attacchi ad esso provenienti dalle installazioni dell'ISIS in Siria) anche sul territorio siriano (cfr. C. KREB, [The fine line between collective self-defense and intervention by invitation: reflections on the use of force against 'IS' in Syria](#)). Ciò è plausibile soprattutto se in questo ultimo territorio il controllo governativo è assai limitato, consentendo all'ISIS di posizionarsi al confine e di minacciare da tali postazioni o, talora, entrano anche in territorio irakeno, la popolazione civile. La situazione ora descritta, invero, si riscontra quotidianamente in molteplici aree urbane sia in Iraq che in Siria, nelle quali l'ISIS ha assunto il pieno controllo utilizzando le strutture pubbliche per predisporre e coordinare gli attacchi via terra e la popolazione come scudo umano a fronte degli attacchi aerei della coalizione internazionale. Il Relatore Speciale, nel suo Rapporto annuale, non fa mistero tuttavia delle criticità insite nell'azione reattiva della stessa coalizione allorché esse dipendano essenzialmente da un parziale funzionamento della raccolta dei dati da parte dei servizi di sicurezza, ricorrendo peraltro all'utilizzo dei droni, mettendo a rischio la corretta applicazione dei principi della distinzione, della proporzionalità e della precauzione nel processo di identificazione del bersaglio ISIS.

Il primo principio, se non perfettamente eseguito, consente a coloro che partecipano direttamente ma non continuativamente alle operazioni di essere considerati alla stregua di un civile, rendendo complessa l'azione di attacco da parte della coalizione; il parametro della proporzionalità si presta facilmente ad una interpretazione funzionale ad un

ampliamento – non giustificato – degli interventi via aria a discapito, ancora una volta, della popolazione civile; la mancata precauzione nella conduzione di interventi mirati si traduce in modo inevitabile in una alta percentuale casuale di incidenti in cui vengono coinvolti civili sui territori irakeno e siriano, peraltro monitorati in modo divergente – e non sempre trasparente – dai singoli Stati che effettuano l'azione di attacco (cfr. C. WOODS, [Pentagon in Denial About Civilian Casualties of U.S. Airstrikes in Iraq and Syria](#)).

*3. La Risoluzione del Consiglio dei Diritti Umani sulla protezione dei diritti umani e delle libertà fondamentali nella lotta al terrorismo: nuovi elementi materiali*

Le osservazioni sostanziali formulate dal Relatore Speciale nel suo Rapporto annuale fanno eco, soprattutto per il passaggio finale nel quale esse vengono riformulate nel linguaggio raccomandatorio, ai contenuti della [Risoluzione A/HRC/29/L.17/Rev.1](#) adottata dal Consiglio dei Diritti Umani nel corso dei lavori della 29<sup>a</sup> Sessione dedicati all'*item 3*.

Nel documento si puntualizza in principio l'impegno congiunto degli Stati membri per il contrasto al terrorismo assicurando al contempo il rispetto del diritto internazionale, del diritto internazionale dei diritti umani, del diritto internazionale umanitario con riferimento altresì alle particolari condizioni dei rifugiati: si tratta di una relazione che non sempre presenta una connotazione sufficientemente bilanciata in ordine alle due componenti.

Viene quindi messa in evidenza la prospettiva preventiva, nelle forme del supporto tecnico e finanziario al fenomeno terrorismo nel suo complesso, ritenendosi particolarmente importante agire a tal fine utilizzando la rete intergovernativa già operativa al livello regionale e sub-regionale, un livello che deve dialogare senza alcun dubbio con il sistema delle Nazioni Unite e con le priorità strategiche in quest'ultimo elaborate sul piano universale. E' evidente che l'azione preventiva, per quanto necessaria, escluda misure compressive del godimento dei diritti economici, sociali e culturali in danno dei presunti terroristi, come anche di comportamenti discriminatori nei loro riguardi sulla base del parametro religioso, etnico, nazionale. Pari attenzione deve essere riservata anche alle eventuali ipotesi di compressione del diritto alla riservatezza qualora la prevenzione venga ad essere intesa quale insieme di misure legislative, procedure e pratiche di monitoraggio e di controllo sulle comunicazioni personali ben oltre le ordinarie limitazioni legittime e precauzionali. Nel caso in cui la presunzione si traduca in accuse fondate a carico dell'individuo che ha agito diffondendo intenzionalmente un sentimento di terrore nella popolazione, è fondamentale assicurare l'esercizio dei diritti della difesa e la parità delle armi come anche la preservazione dei diritti essenziali in caso di privazione – temporanea o permanente – della libertà personale. Un aspetto importante attiene al divieto di estradizione verso territori nei quali il soggetto possa subire ulteriori compressioni dei diritti fondamentali di cui è titolare, sino – ad esempio – al rischio di essere sottoposto ad atti di tortura, maltrattamenti crudeli, inumani o degradanti.

Il Consiglio dei Diritti Umani attribuisce poi un rilievo preminente alla protezione dei diritti umani e delle libertà fondamentali delle vittime del terrorismo, richiamando contestualmente gli Stati al rispetto dell'obbligo di tutela della propria popolazione e all'approntamento di misure idonee di supporto ed assistenza in loro favore. In questa accezione rientrano tutti i meccanismi di riparazione, restituzione, indennizzo, riabilitazione e le garanzie di non reiterazione.



Sicuramente un punto di contatto materiale tra la Risoluzione in esame e la posizione del Relatore Speciale è il riferimento al ruolo delle competenti autorità nella attivazione di meccanismi d'inchiesta finalizzati ad accertare, da parte dell'apparato di governo, la responsabilità per omissione o commissione *ultra vires* delle competenze derivanti dall'obbligo di rispetto del diritto internazionale, del diritto internazionale dei diritti umani e del diritto internazionale umanitario a fronte del conseguimento di risultati positivi a tutti i costi nel contrasto al fenomeno del terrorismo globale.

*4. Il Panel di discussione sulle conseguenze derivanti dal fenomeno terrorismo sul godimento dei diritti umani e delle libertà fondamentali da parte degli individui*

La trattazione del tema del bilanciamento delle due componenti dell'*item 3*, contrasto al fenomeno del terrorismo globale e promozione e protezione dei diritti umani e delle libertà fondamentali da parte degli individui, trova una soluzione di compromesso nella formula del titolo prescelto per il *Panel* focalizzato sulle conseguenze che ne discendono, tenutosi a margine dei lavori della 29<sup>a</sup> Sessione del Consiglio dei Diritti Umani, il 30 giugno scorso a Ginevra.

Il dibattito, che sarà tradotto in un apposito documento di sintesi redatto dall'Alto Commissario delle Nazioni Unite per i Diritti Umani, da adottarsi nella 30<sup>a</sup> Sessione del Consiglio, è stato promosso sulla base della Risoluzione dell'organo [28/17](#) del 26 marzo 2015.

Perché è possibile parlare di 'compromesso', alla base del dibattito a cui hanno preso parte, in qualità di relatori, introdotti dal Vice Presidente del Consiglio Rabasha Palai e dal Vice Alto Commissario Pansieri, il Relatore Speciale Emmerson, il Vice Direttore del Centro delle Nazioni Unite Anti-terrorismo Siqueira e il coordinatore dell'Unità Prevenzione Terrorismo dell'Ufficio delle Nazioni Unite sulle Droghe ed il Crimine Medico?

Perché sinora le due componenti non erano mai state affrontate nello stesso dibattito richiamando il comune apparato normativo di riferimento, ovvero il diritto internazionale dei diritti umani di cui sono titolari tanto gli offensori, i presunti terroristi, quanto le vittime dell'atto terroristico. In questa occasione, infatti, fattispecie quali il diritto alla vita, alla libertà ed alla sicurezza personale, i diritti civili e politici (la libertà di opinione e di espressione, a titolo tanto individuale quanto collettivo), i diritti economici, sociali e culturali (il diritto di proprietà, le condizioni economiche e le conseguenti vulnerabilità personali che inducono l'individuo ad aggregarsi a gruppi terroristici), i diritti della difesa nel quadro giudiziario domestico, sono stati esaminati in via complementare, sollecitando nuove riflessioni sulle opportunità di bilanciamento.

In particolare il tema è stato esaminato sotto diversi profili, tra di loro complementari: innanzitutto la protezione delle vittime dirette ed indirette (familiari) del fenomeno in parola, che necessitano di assistenza immediata (per esempio di natura psicologica) e nel medio termine (per esercitare appieno il diritto di accesso alla giustizia ed ad un adeguato risarcimento per i danni subiti). Pari rilevanza è stata attribuita al profilo della prevenzione, ovvero di una attenta conoscenza del fenomeno e delle sue molteplici componenti - corruzione, impunità, assenza dello stato di diritto e mancanza di opportunità di sviluppo - e degli effetti che tali componenti determinano sul non rispetto, *rectius* sulla violazione, dei diritti umani e delle libertà fondamentali. Ancora le azioni terroristiche implicano una evidente responsabilità ed una correlata azione – attraverso il supporto e



l'assistenza tecnica, ad esempio, del Centro delle Nazioni Unite Anti-terrorismo e dell'Ufficio delle Nazioni Unite sulle Droghe - *in primis* da parte degli Stati, in linea con gli *inputs* politici e strategici dello stesso sistema onusiano, a fronte di una persistente frammentazione legislativa della risposta rispetto ad un *vacuum* normativo universale circa una chiara definizione del fenomeno in parola, rispettosa dei principi introdotti dal diritto internazionale dei diritti umani (in particolare dal Patto internazionale sui diritti civili e politici e dalla Convenzione contro la tortura), che possono sintetizzarsi negli elementi di legalità, proporzionalità e necessità delle misure preventive e di contrasto al fenomeno del terrorismo globale. Tutto ciò senza tralasciare la rilevanza della lotta all'impunità soprattutto in relazione al peso delle forme di violenza estremista e radicale mirate a diffondere intenzionalmente il terrore presso le popolazioni, anche attraverso i nuovi media.

Un contributo significativo al dibattito è stato offerto dal Relatore Speciale, ad avviso del quale la garanzia dello stato di diritto e la promozione dei diritti umani sono fattori essenziali della strategia globale contro il terrorismo e devono essere rafforzati soprattutto in termini giuridici – attraverso il consolidamento di norme internazionali di natura sia generale che particolare - richiamando i diritti delle vittime attraverso la definizione primaria di una serie di principi che rafforzerebbero la titolarità delle predette fattispecie, soprattutto in relazione all'imputabilità degli atti di matrice terroristica a carico di offensori quali gli attori non statali.

##### *5. Il sistema Italia: alcune considerazioni preliminari a margine della visita della Direzione Esecutiva del Comitato Anti-terrorismo delle Nazioni Unite*

Per completezza d'informazione sul tema in esame e a riprova della divergenza di prospettiva nell'affrontarlo da parte del sistema onusiano di Ginevra rispetto a New York, può essere utile richiamare in sintesi i punti emersi in via preliminare a seguito della visita in Italia della Direzione Esecutiva del Comitato Anti-terrorismo delle Nazioni Unite, che ha avuto luogo dal 20 al 22 maggio scorso.

L'organismo è stato istituito e si è sviluppato dal punto di vista strutturale ed operativo sulla base delle Risoluzioni del Consiglio di Sicurezza [1373\(2001\)](#) e [1624\(2005\)](#), con lo scopo primario di delineare le strategie chiave in materia in ottica politica e di fornire assistenza tecnica agli Stati membri per la determinazione di misure e di politiche preventive del fenomeno del terrorismo globale. I principali strumenti d'azione del Comitato e della Direzione Esecutiva consistono, dunque, nel venire a conoscenza del livello di applicazione della Risoluzione 1373(2001) incontrando in apposite visite i referenti governativi dei singoli Stati, nel facilitare lo scambio di esperienze e buone pratiche tra gli Stati e nel coinvolgerli in attività progettuali di comune interesse, nel redigere e pubblicare rapporti-paese, nell'organizzazione eventi e dibattiti al livello internazionale, regionale e nazionale coinvolgendo tutti gli *stakeholders* che operano in questo ambito e che possono consolidare il loro operato sulla base di azioni di collaborazione e di coordinamento.

In particolare l'assistenza tecnica fornita dal Comitato e dalla Direzione Esecutiva mira a far sì che gli Stati membri possano rafforzare l'apparato legislativo ed istituzionale domestico per contrastare al meglio il fenomeno terroristico nel suo complesso, ad esempio mediante il divieto di condotte atte ad incitare la commissione di atti terroristici e la criminalizzazione delle misure di finanziamento ai gruppi di matrice terroristica o

l'approntamento di misure di congelamento delle risorse finanziarie possedute a titolo individuale da persone coinvolte direttamente o indirettamente in azioni terroristiche, attraverso il miglioramento delle metodologie di raccolta dati e di scambio di informazioni sensibili tra i servizi di intelligence o l'adozione di apposite procedure di natura investigativa che anticipano il fermo, l'arresto e l'estradizione di presunti terroristi verso i Paesi di rispettiva nazionalità.

In relazione alla visita nel nostro Paese, la Direzione Esecutiva, composta anche da rappresentanti di altri organismi del sistema onusiano (Ufficio sulle Droghe ed il Crimine) e di ulteriori apparati intergovernativi (Interpol, Europol, Organizzazione mondiale delle Dogane, Organizzazione internazionale per le migrazioni) ha voluto focalizzare l'attenzione sugli aspetti di natura legislativa ed operativa attuativi delle due Risoluzioni sopra menzionate nonché della Risoluzione 2178(2014) e della Risoluzione 2199(2015). Come da prassi, la Direzione farà pervenire un documento preliminare inerente la visita, che sarà poi rielaborato nella versione completa e definitiva includendosi le osservazioni formulate dall'Italia.

Si ritiene opportuno richiamare l'attenzione su due elementi emersi nel corso degli incontri della Delegazione con i rappresentanti di molteplici Ministeri, ciascuno competente per il settore di riferimento, e con le forze dell'ordine: la complessità del fenomeno, nella sua dimensione preventiva, richiede un adeguato livello di coordinamento – ampiamente assicurato - in funzione della garanzia di alti standard di sicurezza nazionale ed internazionale; sugli aspetti di settore, ovvero l'attuazione della legislazione nazionale, la gestione del controllo alle frontiere, le pratiche operative di carattere finanziario, il funzionamento del sistema giudiziario, si è riscontrata una efficace rispondenza rispetto alle prescrizioni operative contenute nelle Risoluzioni 2178(2014) e 2199(2015).

Se, infatti, in ordine alla prima è stato espresso forte apprezzamento per l'adozione delle misure previste nel [Decreto Legge n. 7 del 18 febbraio 2015 - "Misure urgenti per il contrasto del terrorismo, anche di matrice internazionale"](#), per la seconda la creazione e d il funzionamento dei Comitati di sicurezza finanziaria e di Analisi Strategica Anti-terrorismo, insieme al Tavolo permanente a cui siedono la Polizia giudiziaria ed i servizi di *intelligence* nazionale sono stati considerati delle valide buone pratiche utili come modello anche per altri Paesi nella gestione del fenomeno terrorismo in ottica finanziaria. In questo ultimo ambito non si può non richiamare il ruolo centrale assunto dall'Italia nella già citata coalizione internazionale, in cui è stata assunta la co-presidenza del Gruppo di lavoro sul contrasto al finanziamento dell'ISIL (*Counter ISIL Finance Group*) proprio per l'esperienza acquisita in materia nel corso degli ultimi anni post-2001.

CRISTIANA CARLETTI



### OBSERVATOIRE SUR LE CONTENTIEUX EUROPÉEN DES DROITS DE L'HOMME N. 3/2015

#### 1. ARRÊT BOCHAN (N. 2) DU 19 NOVEMBRE 2014 (TEXTE RECTIFIÉ LE 11 MARS 2015) C. UKRAINE

##### *Faits*

1. Le contentieux à l'origine de cette affaire a trait à une procédure en revendication immobilière. Cette procédure concerne la propriété d'une partie d'une maison de la requérante, M<sup>me</sup> Bochan, en la possession de M. M. au moment des faits, et du terrain sur lequel celle-ci est bâtie. A la suite de cette procédure, les juridictions ukrainiennes décidèrent que M. M. était le propriétaire légal de cette partie de la maison et qu'il avait le droit de jouir du terrain sur lequel celle-ci avait été construite.

Par un arrêt au fond du 3 mai 2007 la Cour EDH avait conclu à la violation de l'article 6 par. 1 (droit à un procès équitable) de la Convention en raison des circonstances de la réattribution de l'affaire par la Cour suprême et de l'insuffisance de la motivation des décisions de justice internes, ces aspects ayant été considérés de manière combinée et cumulative.

2. Suite à l'arrêt rendu par la Cour européenne le 3 mai 2007, M<sup>me</sup> Bochan forma un «pourvoi à la lumière de circonstances exceptionnelles», comme le permet le droit ukrainien. S'appuyant sur cet arrêt, la requérante a demandé à la Cour suprême d'annuler les décisions de justice adoptées dans son procès et de rendre un nouvel arrêt lui donnant gain de cause sur tous les points.

La Cour suprême rejeta son pourvoi le 14 mars 2008 au motif que les décisions internes étaient licites et fondées. Le second pourvoi formé par la requérante fut déclaré irrecevable le 5 juin 2008 au motif qu'il ne renfermait aucun moyen appelant la révision de l'affaire.

Par sa seconde requête, M<sup>me</sup> Bochan se plaint de la procédure conduite dans le cadre de son «pourvoi à la lumière de circonstances exceptionnelles» estimant que, lorsque la Cour suprême a examiné ce pourvoi, elle n'aurait pas tenu compte des conclusions que la Cour EDH, dans son arrêt du 3 mai 2007, avait formulées sur le terrain de l'article 6 par. 1.

Le Comité des Ministres, à qui l'arrêt du 3 mai 2007 avait été transmis aux fins d'exécution, n'avait pas encore statué au moment où l'arrêt Bochan n° 2 a été rendu.

## Droit

3. En guise d'introduction et compte tenu du cadre particulier de cette affaire, la Cour a estimé:

- qu'elle devait en premier lieu rechercher si, compte tenu de la répartition des compétences opérée par la Convention entre le Comité des Ministres et elle-même relativement à la surveillance de l'exécution de ses arrêts, l'article 46 de la Convention l'empêchait d'examiner les divers griefs soulevés par la requérante

et, si tel n'était pas le cas,

- en deuxième lieu qu'il lui faudrait rechercher si les garanties de la Convention, en particulier celles découlant de l'article 6 par. 1, devaient s'appliquer à la procédure d'examen du pourvoi exceptionnel et, dans l'affirmative, si les exigences de l'article 6, par. 1 avaient été respectées.

Quant à sa compétence en l'occurrence, la Cour a suivi le raisonnement suivant.

«Si elle n'est pas soulevée dans le cadre de la «procédure en manquement» prévue à l'article 46 §§ 4 et 5 de la Convention, la question du respect par les Hautes Parties contractantes des arrêts de la Cour échappe à la compétence de celle-ci. L'article 46, par. 2 de la Convention donne au Comité des Ministres le pouvoir de surveiller l'exécution des arrêts de la Cour et d'apprécier les mesures prises par les États défendeurs. Toutefois, le rôle que joue le Comité des Ministres dans le cadre de l'exécution des arrêts de la Cour n'empêche pas celle-ci d'examiner une nouvelle requête portant sur des mesures prises par un État défendeur en exécution de l'un de ses arrêts si cette requête renferme des éléments pertinents nouveaux touchant des questions non tranchées dans l'arrêt initial» (arrêt, par. 33).

4. A cet égard, la Cour a rappelé les principes généraux, tels qu'exposés dans sa jurisprudence antérieure et résumés dans la décision *Egmez c. Chypre*, du 18 septembre 2012, dont voici les aspects essentiels pour ce qui est des questions à trancher en l'espèce:

- la Cour s'estime compétente pour connaître de griefs formulés dans un certain nombre d'affaires faisant suite à des arrêts rendus par elle, par exemple lorsque les autorités internes ont procédé à un réexamen du dossier dans le cadre de l'exécution de l'un de ses arrêts, que ce soit par la réouverture de l'instance ou par la conduite d'un tout nouveau procès (décision précitée, par. 52) ;

- dans le cas particulier d'une violation d'un droit conventionnel se poursuivant après l'adoption d'un arrêt constatant que ce droit a été violé pendant une certaine période, il n'est pas inhabituel qu'elle examine une seconde requête alléguant la violation de ce droit pendant la période subséquente ; dans ces affaires, le «problème nouveau» est né de la persistance de la violation constatée dans la décision initiale de la Cour ; le contrôle opéré par cette dernière se limite toutefois aux périodes nouvelles en question et à tout nouveau grief qui en serait tiré (décision précitée, par. 53) ;

- il ressort clairement de la jurisprudence de la Cour que le constat de l'existence d'un «problème nouveau» dépend dans une large mesure des circonstances particulières de l'affaire et que la distinction entre les cas n'est pas toujours nette (décision précitée, par. 54) ;

- il n'y a pas empiètement sur les pouvoirs conférés au Comité des Ministres par l'article 46 – surveiller l'exécution des arrêts de la Cour et apprécier la mise en œuvre des

mesures prises par les États au titre de cet article – là où la Cour connaît des faits nouveaux dans le cadre d'une nouvelle requête (décision précitée, par. 55).

5. La Cour a opéré ensuite une distinction entre un grief tiré du défaut de bonne exécution de l'arrêt de 2007, grief qui échappe à la compétence *ratione materiae* de la Cour car rentrant dans la compétence du Comité des Ministres, et un nouveau grief, qui a trait moins à l'issue qu'à la conduite et à l'équité de la procédure tranchée par la Cour suprême en 2008, laquelle est distincte de la procédure interne visée dans l'arrêt de 2007 et postérieure à celle-ci.

Elle a estimé en conclusion que

«l'article 46 de la Convention ne fait pas obstacle à l'examen par la Cour du nouveau grief soulevé par la requérante en raison d'un manque d'équité de la procédure qui s'est conclue par la décision de la Cour suprême du 14 mars 2008» (par. 39).

Quant à la compatibilité du «nouveau grief» avec l'article 6, par. 1 au titre du volet civil

6. A cet égard, la Cour rappelle d'emblée qu'en principe la Convention ne garantit pas un droit à la réouverture d'une procédure terminée et elle ne voit aucune raison de ne pas appliquer ce raisonnement également à la demande de révision après la constatation par elle d'une violation de la Convention.

Cependant, si un recours extraordinaire conduit de plein droit ou concrètement à faire entièrement rejurer le litige, l'article 6 s'applique de la manière habituelle à la procédure de «réexamen».

Or, le cadre juridique en vigueur en Ukraine ouvrait à la requérante un recours permettant le réexamen de son litige civil par la Cour suprême à la lumière du constat de la Cour jugeant viciées les décisions internes initiales. Compte tenu du type de réexamen prévu, le pourvoi exceptionnel formé par la requérante peut passer pour un prolongement de la procédure civile (*close*), assimilable au pourvoi en cassation tel que défini par le droit ukrainien.

Dans ces conditions, la Cour a estimé que, dès l'instant où les caractéristiques de cette procédure, assimilable à la cassation, peuvent avoir une incidence sur la manière dont jouent les garanties procédurales figurant à l'article 6, par. 1, celles-ci doivent lui être applicables de la même façon qu'elles le sont généralement à la procédure de cassation en matière civile.

7. En ce qui concerne le bien-fondé du grief de la requérante portant sur le caractère inéquitable de la procédure suivie en l'occurrence, la Cour a noté que la juridiction ukrainienne avait indiqué ce qui suit :

«En l'espèce, la Cour note que, dans sa décision du 14 mars 2008, la Cour suprême a grossièrement dénaturé les constats opérés par elle dans son arrêt du 3 mai 2007. La Cour suprême a notamment expliqué que la Cour avait conclu que les décisions rendues en l'espèce par les tribunaux nationaux étaient licites et fondées et que la requérante avait obtenu une satisfaction équitable pour le manquement à la garantie de «délai raisonnable», ce qui est totalement erroné» (par. 63).

De plus, la Cour a observé que :

«Le raisonnement de la Cour suprême ne se réduit pas simplement à une lecture différente d'un texte juridique. Il ne peut être regardé que comme étant «manifestement arbitraire» ou comme emportant un «dénî de justice», la «dénaturation de l'arrêt rendu en

2007 dans la première affaire *Bochan* précitée ayant eu pour effet de faire échouer la démarche de la requérante tendant à voir examiner sa demande à la lumière de cet arrêt dans le cadre de la procédure de type cassation prévue par le droit interne» (par. 64).

A partir de ces constats sur la nature et les répercussions du vice dont était entachée la décision de la Cour suprême du 14 mars 2008 la procédure dénoncée n'a pas satisfait aux exigences d'équité du procès énoncées à l'article 6 § 1 de la Convention.

#### *Bref commentaire*

8. L'arrêt *Bochan* n° 2 est particulièrement important pour deux questions qui sont rarement traité par la Cour.

L'arrêt aborde, sous un angle précis et nouveau, la question des rapports entre la surveillance de l'exécution des arrêts de la Cour par le Comité des Ministres (article 46 de la Convention) et les éventuelles réouvertures des procédures internes (en l'occurrence de nature civile) qui s'imposeraient suite à un arrêt de la Cour ayant constaté une atteinte au principe du procès équitable.

Comme il arrive fréquemment à la Cour, surtout lors de l'examen d'une requête par la Grande Chambre, une étude comparative du droit et de la pratique d'un bon nombre d'Etats membres a été effectuée.

En matière de réouverture des procédures au niveau interne, suite à un arrêt de la Cour, pareille étude montre (Arrêt, par. 26 et 27) que bon nombre de ces Etats ont mis en place des mécanismes internes permettant de demander, sur la base d'un constat de violation de la Convention, le réexamen d'une affaire civile tranchée par une décision de justice définitive.

Comme l'indique l'arrêt dans sa partie pertinente, vingt-deux de ces États habilitent expressément tout justiciable à demander le réexamen de l'affaire sur la base de l'arrêt de la Cour (ces États sont: l'Albanie, l'Allemagne, Andorre, l'Arménie, l'Azerbaïdjan, la Croatie, l'Estonie, l'ex République yougoslave de Macédoine, la Géorgie, la Lettonie, la Lituanie, la Moldova, le Monténégro, la Norvège, le Portugal, la République tchèque, la Roumanie, la Russie, la Serbie, la Slovaquie, la Suisse et la Turquie). En principe le réexamen n'est pas de droit, mais il doit satisfaire à des critères de recevabilité tels que le respect de délais, la qualité du demandeur pour ester et la motivation de la demande.

Par contre, dans seize États membres (ces Etats sont: l'Autriche, la Belgique, l'Espagne, la France, la Grèce, la Hongrie, l'Italie, l'Irlande, le Liechtenstein, le Luxembourg, Monaco, les Pays-Bas, la Pologne, la Slovénie, la Suède et le Royaume-Uni (Angleterre et pays de Galles). le réexamen en matière civile sur la base d'un constat de violation de la Convention formulé par la Cour n'est à ce jour pas expressément prévu dans les dispositions légales en vigueur. Toutefois, dans certains de ces Etats ces Etats sont la France, les Pays Bas et la Pologne), les requérants intéressés ont toujours la possibilité de demander le réexamen de leur affaire par le biais de la procédure en révision en plaidant l'apparition d'éléments nouveaux ou l'existence de vices de procédure.

L'on doit aussi mentionner un texte qui a joué un rôle non négligeable dans l'argumentaire de la Cour sur la question des effets de ses arrêts. Il s'agit de la Recommandation n° R (2000) 2, adoptée par le Comité des Ministres le 19 janvier 2000, dans laquelle ce dernier invite les Etats à instaurer des mécanismes de réexamen ou de réouverture de la procédure interne lorsque cela se révèle être le moyen le plus efficace, voire le seul, de réaliser la *restitutio in integrum* envisagée par l'article 41 de la Convention.



Dans le sillage de la Recommandation précitée, depuis une quinzaine d'années la Cour réaffirme très souvent dans ses arrêts, lorsqu'elle estime devoir se pencher sur la question des conséquences qui découlent d'un constat de violation, que l'Etat défendeur est tenu à prévoir le réexamen ou la réouverture des procédures internes déjà closes à la lumière de la nature de la violation constatée.

Très prudemment l'arrêt *Bochan* n° 2, dans son argumentaire, ne se rallie pas ouvertement à la thèse selon laquelle il découlerait de l'arrêt de la Cour, dans les conditions indiquées par le Comité des Ministres, l'obligation pour tous les Etats membres de prévoir des formes de réexamen et de réouverture dans tous le cas de figure.

Il semble se déduire de la jurisprudence de la Cour que le contentieux de nature civile s'y prête moins bien que le contentieux pénal. C'est ce qui ressort explicitement de l'arrêt, lorsque la Cour rappelle que « c'est aux États contractants qu'il revient de décider de la meilleure manière d'exécuter ses arrêts sans indûment heurter les principes de l'autorité de la chose jugée ou de la sécurité juridique en matière civile, en particulier dans les cas où le litige touche des tiers dont les intérêts légitimes propres sont à protéger » (par. 57). D'ailleurs, ajoute-t-elle, « il n'existe pas au sein de la communauté des États contractants une approche uniforme quant à la faculté de demander la réouverture d'une procédure terminée à la suite d'un constat de violation émis par la Cour ou quant aux modalités de fonctionnement des mécanismes de réouverture existants » (*Ibid.*).

Cette approche prudente, mais négative dans son principe, peut faire l'objet de nuances. En effet, ces mécanismes de réouverture peuvent être considérés « comme un élément important de l'exécution des arrêts de la Cour, telle que régie par l'article 46, et en les mettant en place un État contractant démontre son attachement à la Convention et à la jurisprudence de la Cour » (par. 58).

Il semble y avoir là l'expression d'un malaise, teinté de réalisme, qui se rattache au principe de subsidiarité et à une certaine retenue judiciaire. Tout cela rappelle une certaine « *realpolitik* », nécessaire pour une juridiction internationale dont les arrêts ne sauraient être exécutés sans le concours convaincu de la part des Etats.

9. L'arrêt se penche, ensuite, sur un aspect étroitement lié aux modalités de l'examen auquel ont procédé *in concreto* les autorités judiciaires nationales, en particulier en ce qui concerne l'appréciation de ces dernières quant à la portée de la règle de droit interne appliquée par le juge dans une affaire donnée.

L'on sait que la Cour, qui n'est pas un organe de quatrième instance, n'est pas appelée à « refaire » le procès tel qu'il s'est déroulé devant les instances nationales. Partant, il revient en principe au juge interne d'interpréter de manière authentique le droit national.

C'est n'est que dans des situations très exceptionnelles que la Cour a sanctionné une interprétation faite par le juge interne qui ne soit pas simplement le fruit d'une erreur ou d'une interprétation trop formaliste du droit national.

La jurisprudence récente semble aller plus loin dans une appréciation plus stricte de la pertinence de certaines solutions retenues par le juge interne. Ainsi elle n'a pas hésité à parler de procédure « grossièrement arbitraire » (arrêt *Khamidov* du 15 novembre 2007 *c. Russie*, par. 174) et de « déni de justice » (arrêt *Andelkovic* du 9 avril 2013 *c. Serbie*, par. 27).

Avec l'arrêt *Bochan* n° 2 un palier semble avoir été franchi.

Les conclusions de la Cour au sujet du caractère inéquitable de la procédure interne sont, par delà un argumentaire assez feutré, d'une dureté rarement atteinte dans le cadre d'une requête individuelle.

Il y est question de raisonnement « manifestement arbitraire » et de « déni de justice » mais aussi - et surtout - de « dénaturation » grossière de l'arrêt rendu par la Cour de Strasbourg en 2009 sur la première affaire concernant la requérante, et cela par la plus haute instance juridictionnelle interne.

MICHELE DE SALVIA



## Ordine internazionale e diritti umani

International Legal Order and Human Rights  
Ordenamiento Jurídico Internacional y Derechos Humanos  
Ordre juridique international et Droits de l'Homme

### OSSERVATORIO L'ITALIA E LA CEDU N. 3/2015

#### 1. CONVENZIONE EUROPEA E GIUDICI COMUNI DOPO CORTE COSTITUZIONALE N. 49/2015: SFUGGE IL SENSO DELLA «CONTRORIFORMA» IMPOSTA DA PALAZZO DELLA CONSULTA.

La complessa dinamica dei rapporti tra l'ordinamento costituzionale e il sistema di tutela giurisdizionale dei diritti allestito dalla CEDU, dopo il riassetto seguito alla novella dell'articolo 117 e i chiarimenti sulla portata e l'efficacia degli «obblighi internazionali» nel diritto interno forniti dal giudice delle leggi nelle (prime) sentenze “gemelle”, sembra attraversare una nuova fase di incertezza, se non di vera e propria involuzione.

Le relative cause possono essere individuate – alternativamente o cumulativamente – nella cronica carenza del legislatore nazionale nel recepire le nuove istanze di tutela provenienti dalla società; nel (conseguente) atteggiamento di progressiva apertura dei giudici nazionali verso la ricerca e l'applicazione di strumenti internazionali (anche non vincolanti: si veda, ad es., l'[ordinanza del Tribunale di Roma del 30 maggio scorso](#) che ha sancito la natura discriminatoria dei campi nomadi richiamandosi all'opinione di organi internazionali come il Comitato per l'eliminazione delle discriminazioni razziali, il Comitato europeo dei diritti sociali e l'Alto Commissario OCSE per le minoranze nazionali) quale base giuridica alternativa alla legge nazionale su cui fondare il proprio convincimento nei casi più controversi o innovativi; nella *creeping jurisdiction* della Corte europea dei diritti dell'uomo, ossia nella tendenza del *case-law* di Strasburgo a invadere ambiti tradizionalmente riservati alla dialettica interna tra giudici dei diritti e giudice delle leggi; infine, nella crescente preoccupazione di questo giudice (da ultimo discutibilmente manifestata in termini di «predominio assiologico» della Carta costituzionale sulle altre carte dei diritti) di preservare sia l'identità e l'unitarietà del programma di valori espresso dall'ordinamento e dalla sua Legge fondamentale innanzi alla proliferazione degli organi e dei relativi modelli di tutela dei diritti (tutti egualmente legittimati a dare riscontro a quella diffusa domanda di giustizia che, secondo taluni, per poter essere realmente soddisfatta imporrebbe l'individuazione di un criterio ordinatore valido *in abstracto*), sia la tenuta del margine di apprezzamento statale, quale prodotto del bilanciamento tra i valori costituzionali e l'interesse pubblico di volta in volta rilevante, evitando, però, al contempo, di essere sopraffatto dall'esercizio della funzione di puntualizzazione (e di “puntellatura”) del predetto ambito di competenza riservato alla dialettica giudiziaria intra-sistema.

Proprio a tale esigenza protezionistica sembra, in effetti, essere riconducibile l'inedito criterio di indirizzo riguardante le corrette modalità di recepimento della giurisprudenza di Strasburgo da parte dei giudici comuni, enunciato dalla Corte costituzionale nella sentenza [n. 49 del 26 marzo 2015](#) (già annotata nel precedente numero di questo Osservatorio da G. CALAFIORE, [L'attuazione dello schema delle sentenze gemelle si aggrava con la sentenza n. 49 della Corte costituzionale del 26 marzo 2015](#)). Un criterio che ha suscitato tra i commentatori (v., in particolare, R. CONTI, [La CEDU assediata? \(osservazioni a Corte cost. sent. n. 49/2015\)](#); G. GUARINO, [Corte costituzionale e diritto internazionale: noterelle](#)

*a margine della sentenza 49/15*; A. RUGGERI, *Fissati nuovi paletti dalla Consulta a riguardo del rilievo della Cedu in ambito interno*) condivisibili perplessità sulle ragioni e sulle conseguenze dell'irrigidimento della posizione della Consulta per la prosecuzione di quel proficuo "dialogo" avviato con la Corte europea dei diritti dell'uomo a partire dalle sentenze nn. 348 e 349 del 2007.

In quell'occasione, com'è noto, il giudice delle leggi, dopo aver negato in principio la natura ordinamentale del sistema della CEDU per distinguerlo da quello istituito nell'ambito della Comunità (oggi dell'Unione) europea ed escludere, per l'effetto, la possibilità di un'applicazione diretta delle norme convenzionali ex articolo 11 Cost., aveva però riconosciuto la prevalenza di detto sistema rispetto alla legislazione interna incompatibile, per via del carattere di fonte interposta attribuibile alla CEDU quale accordo internazionale produttivo di «obblighi» rilevanti ai sensi del novellato articolo 117, 1° comma, Cost.

Secondo la Corte (sent. n. 349, par. 6.2), con «[i]l parametro costituzionale in esame» veniva a configurarsi «un rinvio mobile alla norma convenzionale di volta in volta conferente, la quale dà vita e contenuto a quegli obblighi internazionali genericamente evocati e, con essi, al parametro» medesimo. La dichiarata supremazia delle norme della CEDU, nell'interpretazione fornita dalla Corte di Strasburgo, sulla legge interna in contrasto non poteva d'altronde essere accertata direttamente dai giudici comuni (ai quali spettava unicamente il compito di «interpretare la norma interna in modo conforme alla disposizione internazionale, entro i limiti nei quali ciò sia permesso dai testi delle norme»), ma doveva formare oggetto di rituale questione di costituzionalità innanzi alla Consulta affinché questa potesse pronunciarsi sull'eventuale annullamento della norma interna. Essa, inoltre non intaccava il primato della Costituzione (dell'intera Carta fondamentale, si badi, non dei suoi *principi fondamentali*, che, invece, rilevano quale limite invalicabile nei confronti della legislazione dell'Unione europea, delle norme concordatarie e delle norme internazionali generali, come da ultimo chiarito *nella sentenza n. 238 del 2014*), che veniva saldamente riaffermato mediante la previsione di un "supplemento" di giudizio di costituzionalità da celebrarsi proprio qualora il contrasto tra le norme convenzionali (*rectius*: tra l'interpretazione evolutiva di dette norme proposta dalla Corte europea) e quelle legislative non potesse essere risolto sul piano strettamente ermeneutico. In tutti i casi in cui il giudice delle leggi avesse riscontrato tale conflitto, infatti, sarebbe stato chiamato a effettuare un ulteriore scrutinio di compatibilità della stessa fonte interposta con le norme della Carta fondamentale, finalizzato, se del caso, a disporre l'annullamento *in parte qua* della legge di esecuzione della CEDU (tale esito, peraltro – come puntualmente rilevato da V. ZAGREBELSKY, *Corte cost. n. 49 del 2015, giurisprudenza della Corte europea dei diritti umani, art. 117 Cost., obblighi derivanti dalla ratifica della Convenzione*, p. 8, il quale proprio sul punto contesta la natura "gemellare" delle pronunce del 2007 – veniva evocato solo dalla sentenza n. 348, par. 4.7., secondo cui «[n]ell'ipotesi di una norma interposta che risulti in contrasto con una norma costituzionale, questa Corte ha il dovere di dichiarare l'inidoneità della stessa ad integrare il parametro, provvedendo, nei modi rituali, ad espungerla dall'ordinamento giuridico italiano»). Ciò allo scopo di impedire che l'ordinamento costituzionale venisse a essere surretiziamente «modificato da fonti esterne», in assenza di un'esplicita accettazione di «limitazioni di sovranità come quelle previste dall'art. 11 della Costituzione» (*ibid.*) e realizzare così «un corretto bilanciamento tra l'esigenza di garantire il rispetto degli obblighi internazionali voluto dalla Costituzione e quella di evitare che ciò possa comportare per altro verso un vulnus alla Costituzione stessa» (sent. 349, par. 6.2).

Il modello proposto dalla Consulta sbarrava, quindi, la strada all'introduzione nel nostro ordinamento di un sindacato diffuso di legittimità "convenzionale" delle leggi, da più parti invece invocato per diverse valide ragioni, su tutte la necessità di dotare i giudici comuni di un potere censorio immediatamente esercitabile nei casi in cui l'ingiustificato ritardo accumulato dal legislatore nella revisione e nell'ammodernamento di talune discipline e istituti (si pensi proprio al *casus belli* da cui traggono origine le sentenze gemelle, vale a dire la "saga parallela" dei criteri di determinazione dell'indennità di esproprio e di risarcimento del danno da occupazione acquisitiva, di cui, rispettivamente, ai commi 1 e 2 e 7-*bis* dell'art. 5-*bis* del decreto-legge 11 luglio 1992, n. 333, convertito, con modificazioni, dalla legge 8 agosto 1992, n. 359) avesse determinato un insostenibile

*vulnus* nella sfera di protezione di diritti già garantiti dalla CEDU (per effetto dell'incessante azione di aggiornamento e allargamento della portata materiale dei suoi precetti condotta dalla giurisprudenza).

In buona sostanza, la funzione di supplenza svolta dalla Corte di Strasburgo nei confronti del legislatore (non già del giudice) nazionale nei casi di violazione potenzialmente seriale della Convenzione – che trova il suo culmine nel riconoscimento della prevalenza della «certezza dei diritti sulla certezza del diritto» (secondo la felice espressione utilizzata da A. RUGGERI, [La cedevolezza della cosa giudicata all'impatto con la CEDU, dopo la svolta di Corte cost. n. 113 del 2011, ovvero sia quando la certezza del diritto è obbligata a cedere il passo alla certezza dei diritti](#)) con la complicità decisiva di [Corte costituzionale n. 113 del 2011](#) (che, com'è noto, in tale occasione si è spinta fino a dichiarare «l'illegittimità costituzionale dell'art. 630 del codice di procedura penale, nella parte in cui non prevede un diverso caso di revisione della sentenza o del decreto penale di condanna al fine di conseguire la riapertura del processo, quando ciò sia necessario, ai sensi dell'art. 46, paragrafo 1, della Convenzione per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali, per conformarsi ad una sentenza definitiva della Corte europea dei diritti dell'uomo») – avrebbe forse meritato (minore diffidenza e) maggiore supporto da parte della Consulta, consentendo anche ai giudici comuni di partecipare alla formazione di quel “diritto [convenzionale] vivente” (sul punto, cfr. A. RUGGERI, *Fissati nuovi paletti dalla Consulta*, cit., pp. 5 e 9) nel cui consolidamento la stessa Corte costituzionale individua oggi il presupposto sostanziale legittimante il proprio intervento a seguito della rimessione di una pertinente questione di costituzionalità.

D'altro canto, in molti – incluso lo scrivente (*Rispetto degli obblighi internazionali in materia di diritti umani e sindacato di costituzionalità ex art. 117, 1° comma, Cost.*, in *Riv. coop. giur. int.*, n. 30/2008, pp. 113-132) – avevano creduto di scorgere nelle sentenze del 2007 il punto di partenza di un percorso di progressivo allineamento delle posizioni del giudice delle leggi nei confronti della CEDU (e degli orientamenti della sua Corte) con quelle già assunte dal medesimo giudice nei confronti dell'Unione europea e del suo diritto (al netto del ricordato esplicito “divieto di accesso” posto sull'articolo 11, aggirabile, in una prospettiva *de iure condendo*, mediante la valorizzazione del «catalogo aperto» contenuto nell'articolo 2).

Fatto sta che, invece, il percorso intrapreso da Palazzo della Consulta sembra orientarsi verso una direzione diametralmente opposta, al punto che gli stessi cardini argomentativi su cui poggiava la ricostruzione operata nelle due note pronunce inaugurali – vale a dire: supremazia “presupposta” della CEDU sulla fonte legislativa in contrasto (impregiudicata la circostanza che detto contrasto fosse stato riscontrato isolatamente o in più occasioni dalla giurisprudenza della Corte di Strasburgo), impossibilità di applicazione diretta delle norme della Convenzione da parte dei giudici comuni (o, per converso, di disapplicazione della fonte interna) al caso di specie, conseguente deferimento del sindacato di costituzionalità *della norma interna* al giudice delle leggi e, infine, eventuale (ma solo eventuale) estensione dell'oggetto del giudizio (in origine correttamente incardinato sulla legge interna viziata per incompatibilità con la CEDU), al fine di ricomprendere anche la valutazione della costituzionalità della stessa fonte interposta, laddove quest'ultima, a parere del giudice costituzionale, e *per autonomia iniziativa di questo, e non del rimettente*, ossia a seguito di uno scrutinio vertente su una (*sub*-)questione sollevata *motu proprio* dalla Consulta innanzi a sé, risulti a sua volta affetta da un'evidente incompatibilità con il programma di valori espresso della Costituzione – non paiono più così saldi come allora.

Anzi, sembra quasi – ma, visto il precedente, non c'è da fidarsi troppo delle capacità “predittive” di chi scrive – che la Corte accarezzi l'idea di un “nuovo inizio” nei rapporti tra l'ordinamento costituzionale e la CEDU, fondato su quella «supremazia assiologica» del primo (sul punto, cfr. GUARINO, *op. loc. cit.*, p. 570, il quale contesta in radice il concetto in parola, affermando che «un sistema di valori [...] definisce semmai il modo in cui le norme vanno scritte, la scelta di quali norme scrivere o il loro contenuto, ma non più né meno che questo»; pertanto, la sua prevalenza rispetto ad altri sistemi si poggia su una mera «petizione di principio, destituita di contenuti normativi, ma, ad onor del vero, anche etici») che impone ai diversi interpreti interni,

ciascuno per quanto di sua competenza, di aderire acriticamente a un «“patriottismo” costituzionale» (così RUGGERI, *ult. op. cit.*, a p. 7) giocoforza tendente a una contrapposizione tra i modelli costituzionale e convenzionale di tutela dei diritti e a un inevitabile «accerchiamento della CEDU» (R. CONTI, *La CEDU assediata?*, p. 192).

In altri termini, l'appello di Corte cost. n. 49/2015 alla difesa della cittadella costituzionale (espresso in termini espliciti di «dovere di obbedienza») sembra porre i giudici nazionali nella condizione di dover rassegnare le dimissioni da “prime sentinelle” della CEDU per arruolarsi nella schiera dei “difensori della Costituzione” (come se tali compiti non potessero essere svolti contemporaneamente, ma solo l'uno in subordine all'altro), a scapito dell'applicazione di quel «canone fondamentale della miglior tutela» al quale la stessa Corte costituzionale aveva inteso rifarsi (sent. n. 349/2007, par. 6.2) e del quale, invece, «qui non v'è esplicita traccia» (RUGGERI, *ibid.*).

È appena il caso di osservare come le segnalate argomentazioni critiche rispetto all'atteggiamento fortemente protezionistico assunto dal giudice delle leggi siano qui ampiamente condivise. Peraltro, l'aspetto della sentenza che desta maggiori preoccupazioni, ancor prima che l'affermazione del primato dei valori espressi dalla nostra Carta fondamentale rispetto a quelli consacrati nella CEDU (e nelle altre Carte di diritti) o l'enucleazione di rigidi criteri di selezione dei casi, già oggetto di valutazione da parte dei giudici di Strasburgo, suscettibili di essere decisi in base a un'interpretazione costituzionalmente conforme ovvero meritevoli di rimessione alla Corte per il relativo scrutinio di legittimità, è individuabile per chi scrive nell'operazione di (parziale) demolizione e ri-edificazione di un nuovo assetto di rapporti tra l'ordinamento costituzionale italiano e la Convenzione di Roma, innescata dalla Corte proprio a partire dalla netta censura della scelta effettuata dalla Suprema Corte di sollevare, nel caso di specie, l'incidente di costituzionalità con riferimento alla norma di legge contraria alla CEDU (l'articolo 44, 2° comma, del d.P.R. 6 giugno 2001, n. 380) e non alla legge di adattamento della Convenzione. La rottura più evidente rispetto allo schema delineato dalle sentenze del 2007, infatti, riguarda *in primis* l'oggetto stesso dei giudizi di costituzionalità che presuppongono un confronto tra le modalità di tutela costituzionale e convenzionale concernenti i medesimi principi o diritti.

La pronuncia in commento dichiara inammissibile la questione sollevata anzitutto a motivo dell'errata individuazione della norma sospettata di incostituzionalità, con ciò introducendo un elemento di novità rispetto ad analoghi giudizi precedenti, pur espressamente richiamati. Lo schema tracciato dalla [sentenza n. 311/2009](#) (par. 6), esemplificativo dell'assetto dei rapporti tra la Costituzione e la CEDU stabilito nel 2007, prevedeva, infatti, che, in caso di contrasto tra una norma interna e una norma della Convenzione europea, il giudice nazionale dovesse dapprima «procedere ad una interpretazione della prima conforme a quella convenzionale, fino a dove ciò sia consentito dal testo delle disposizioni a confronto e avvalendosi di tutti i normali strumenti di ermeneutica giuridica» (e operando modo da «rispettare la sostanza» della giurisprudenza della Corte europea «consolidatasi sulla norma conferente»). L'acclarata impossibilità di «comporre il contrasto in via interpretativa» e quella speculare di «procedere all'applicazione della norma della CEDU (...) in luogo di quella interna contrastante», ovvero di «fare applicazione di una norma interna *che egli stesso abbia ritenuto in contrasto con la CEDU, e pertanto con la Costituzione* [il corsivo è aggiunto]», determinavano l'obbligo di sollevare rituale questione di costituzionalità rispetto al parametro dell'art. 117, 1° comma, Cost. (ovvero dell'art. 10, 1° comma, Cost., qualora la norma convenzionale presentasse un contenuto meramente ricognitivo di una norma del diritto internazionale generale). A quel punto, ricadeva nella competenza esclusiva del giudice costituzionale sia la verifica circa l'effettiva sussistenza del contrasto (e la relativa insanabilità «attraverso una interpretazione plausibile, anche sistematica, della norma interna rispetto alla norma convenzionale, nella lettura datane dalla Corte di Strasburgo»), per giungere, in caso di accertamento positivo, alla declaratoria di illegittimità costituzionale della norma interna per violazione dell'art. 117, 1° comma, Cost., in relazione alla invocata norma della CEDU, sia l'ulteriore verifica in ordine alla possibilità che la norma della CEDU, nell'interpretazione della Corte europea, sia entrata in conflitto «con altre norme conferenti della nostra Costituzione».



Ricorrendo una simile situazione, ancorché definita come «eccezionale», l'operatività del rinvio alla norma internazionale e, dunque, la sua idoneità ad integrare il parametro costituzionale, doveva essere esclusa in principio, con la conseguenza di dichiarare «l'illegittimità, per quanto di ragione, della legge di adattamento».

Ebbene, nonostante il riferimento ai citati precedenti (si veda il par. 4 della sentenza), nella decisione in commento «non vi è traccia» di tale ricostruzione. La Corte, infatti, sembra collegarsi solo incidentalmente e al preciso scopo di evocare la conseguenza estrema (ma non più «eccezionale») dell'annullamento della legge di adattamento per ammonire quei giudici non sufficientemente avvertiti del dovere di «obbedienza alla Carta repubblicana». Per il resto, la decisione si pone in totale discontinuità con la giurisprudenza inaugurata dalle sentenze del 2007, al punto da suggerire quell'idea di «nuovo inizio» nei rapporti tra Costituzione e CEDU al quale si è già fatto cenno.

Correttamente il rimettente, a seguito della sentenza della Corte europea dei diritti dell'uomo sul caso [\*Varvara c. Italia\*](#), aveva sollevato, in conformità allo schema anzidetto, la questione di costituzionalità in merito all'art. 44, 2° comma, del d.P.R. n. 380/2001 per contrasto, *inter alia*, con l'articolo 117, 1° comma, Cost. Tale, infatti, avrebbe dovuto essere l'oggetto principale dello scrutinio richiesto al giudice delle leggi. Vale a dire l'incompatibilità, fatta emergere dalla giurisprudenza di Strasburgo, tra la disposizione interna e l'articolo 7 della CEDU, la cui prevalenza sulla legislazione nazionale è data per presupposta, trattandosi di obbligo internazionale rilevante ai sensi dell'applicazione del parametro costituzionale di cui all'art. 117, 1° comma. La circostanza che il *fumus* di incostituzionalità dell'art. 44 discenda, per il rimettente, proprio dal «significato che la Corte di Strasburgo gli avrebbe attribuito» non può, infatti, determinare la traslazione dell'oggetto del giudizio dalla norma interna alla legge di adattamento *in parte qua* perché una simile operazione conduce a un esito abnorme. Né la riaffermazione del «carattere sub-costituzionale della CEDU» e la relativa assoggettabilità, tramite il diaframma della legge di adattamento, al giudizio di costituzionalità paiono elementi di per sé idonei per avallare tale *modus operandi*.

Ciò in quanto la Corte europea non è formalmente legittimata a interpretare le norme di legge nazionali degli Stati membri, ma solo a stabilire se, dalla loro applicazione, possa scaturire una lesione dei diritti garantiti dalla Convenzione (e di questo il giudice costituzionale ne è pienamente persuaso). Ne consegue che l'intervento censorio della giurisprudenza di Strasburgo non produce *ex se* alcun effetto sulla norma interna, poiché l'oggetto del suo giudizio è limitato all'accertamento della violazione delle norme convenzionali (e, quindi, implicitamente, all'affermazione della loro prevalenza su quelle interne in contrasto). È solo il rilievo di fonte interposta – ossia superiore alla legge ordinaria – che la Costituzione attribuisce alla CEDU *ex* articolo 117, 1° comma, che obbliga il giudice a sollevare l'incidente di costituzionalità qualora l'eventuale contrasto non sia componibile in via ermeneutica. A quel punto, si pone il problema di verificare se la prevalenza della norma convenzionale su quella interna sia riconducibile al piano interpretativo sistematico o debba, invece, essere accertata in via definitiva mediante una pronuncia di annullamento. L'estensione dello scrutinio demandato al giudice costituzionale alla compatibilità della fonte interposta rispetto alla Carta fondamentale resta subordinata – come chiarito dalla Corte nel 2007 – al verificarsi di quest'ultima ipotesi, laddove, per completezza di indagine, la Consulta è chiamata ad accertare se l'annullamento della norma di legge per contrasto con la Convenzione non conduca a un tradimento dei valori costituzionali a loro volta ritenuti incompatibili con quelli convenzionali *in parte qua*.

Mettere in discussione tale schema significa ripensare daccapo i rapporti tra ordinamento costituzionale e CEDU: beninteso, non è vietato né irrituale sollevare una questione di costituzionalità della legge di adattamento della CEDU, trattandosi di fonte primaria suscettibile di essere sottoposta a sindacato di costituzionalità, al pari di qualsiasi altra legge dell'ordinamento. Tuttavia, un simile esercizio, concretandosi, in sostanza, in una censura indiretta della norma convenzionale (e, con essa, della potestà interpretativa riservata alla Corte europea) per contrasto con la Costituzione, presuppone, da parte del rimettente, la negazione in via di principio della

prevalenza della fonte internazionale interposta su quella interna e, quindi, l'elusione del vincolo posto dall'articolo 117, 1° comma, Cost. In altre parole, qualora il giudizio di legittimità costituzionale sulla norma interna si tramuti in un giudizio sulla norma interposta senza che la Corte costituzionale abbia preventivamente accertato un contrasto tra le due fonti insanabile in via interpretativa (come richiesto da Corte cost. nn. 348 e 349 del 2007 e ribadito da Corte cost. n.311/2009), del vincolo costituzionale posto dal rispetto degli obblighi internazionali rimarrebbe ben poco, dal momento che la portata dell'articolo 117, 1° comma risulterebbe “svuotata” del suo nucleo essenziale (consistente nell'accettazione di un limite esterno all'azione del legislatore per effetto della stipulazione di accordi internazionali, quale valore costituzionale in sé meritevole di tutela): l'asserito predominio assiologico della Carta fondamentale si misura, infatti, anche dal suo grado di apertura e dalla sintonia mostrata dai giudici dell'ordinamento verso i sistemi sovranazionali di tutela di diritti di cui l'Italia è parte.

Correttamente Corte cost. n. 49/2015 muove dall'affermazione che non compete alla Corte di Strasburgo «determinare il significato della legge nazionale», spettandole, invece, di valutare «se essa [legge], come definita e applicata dalle autorità nazionali, abbia, nel caso sottoposto a giudizio, generato violazioni delle superiori previsioni della CEDU». Da tale condivisibile punto di partenza, tuttavia, la stessa Corte inferisce l'esistenza di una “gerarchia di doveri”, che impone al giudice comune «di interpretare il diritto interno in senso conforme alla CEDU», solo subordinatamente «al prioritario compito di adottare una lettura costituzionalmente conforme», quale riflesso sul piano operativo del più volte richiamato «predominio assiologico della Costituzione sulla CEDU» (par. 4). Ma la Corte (involontariamente o deliberatamente) trascura di considerare che il dovere di «interpretare il diritto interno in senso conforme alla CEDU», *coincide esattamente* con quello di «adottare una lettura costituzionalmente conforme», giusta la prevalenza assegnata alla Convenzione europea sulla legge interna dall'articolo 117, 1° comma. I giudici comuni, infatti, sono obbligati dalla Costituzione a tenere conto dell'eventuale contrasto tra la fonte interna e quella interposta, senza che ciò configuri alcuna forma di «disobbedienza» nei confronti della Costituzione. In proposito, si è ricordato come Corte cost. n. 311/2009 abbia espressamente fatto divieto al giudice nazionale di «fare applicazione di una norma interna che egli stesso abbia ritenuto in contrasto con la CEDU, e pertanto con la Costituzione»: la violazione della CEDU da parte del legislatore configura anche una violazione della Costituzione, almeno a partire dal 2001, fatte salve astratte e poco probabili ipotesi di conflitto – verrebbe da dire – “ideologico” tra i due sistemi di protezione, allo stato pienamente integrati e sintonici. Rilevato il contrasto e accertata l'insanabilità sul piano strettamente ermeneutico spetterà, quindi, al giudice costituzionale indicare il giusto ordine di composizione del conflitto, anche all'eccezionale costo di “sacrificare” il dovere di osservanza della CEDU per assicurare la coerenza del sistema di tutela dei diritti previsto dall'ordinamento costituzionale (giustamente, d'altronde (V. ZAGREBELSKY, *op. loc. cit.*, p. 10) si interroga riguardo al senso che «assumerebbe, rispetto alla posizione italiana nelle Istituzioni europee, una sia pur parziale dichiarazione di incostituzionalità della legge di ratifica della Convenzione», secondo l'A., assimilabile «quanto ad effetti e dal punto di vista dell'ordinamento interno, a una (tardiva) apposizione di una riserva» peraltro «certamente incompatibile con l'oggetto e scopo della Convenzione», oltre che concernente, nel caso di specie «uno dei pochi diritti assoluti non suscettibili di sospensione o limitazione nemmeno in tempo di guerra o di pericolo per la nazione», ovvero a una «implicita denuncia della Convenzione stessa» che tuttavia, «fuori dei ridotti casi di ammissione di riserve [...] non può essere ritagliata come meglio ritiene questo o quello Stato, che intenda continuare a far parte del sistema collettivo europeo di tutela dei diritti umani»).

Solo in sede di giudizio costituzionale, dunque, sembra realmente legittimo (benché quasi mai necessario) dare rilievo a quella gerarchia di valori alla quale la controriforma messa in atto da Corte cost. n. 49/2015 ha inteso condizionare le future relazioni tra Roma e Strasburgo; non anche nei procedimenti innanzi ai giudici comuni, il cui margine di utilizzo della Convenzione europea come strumento di rinnovamento della legislazione nazionale finirebbe (e finirà) invece per essere ulteriormente ridotto (di tale rischio – e delle conseguenze di una contrapposizione tra la visione

della Suprema Corte, «ancorata al ruolo pro-attivo del giudice nazionale rispetto alla CEDU» e quella del giudice costituzionale, «non particolarmente interessata a considerare in tutta la loro portata i meccanismi di operatività del controllo di convenzionalità imposti all'autorità giudiziaria nazionale dalla CEDU» si mostrava pienamente avveduto R. CONTI, [Contrasto fra norma interna e CEDU: fra rilevanza ex officio e controllo diffuso di convenzionalità](#).

NICOLA COLACINO



### OSSERVATORIO L'ITALIA E LA CEDU N. 8/2015

#### 2. *SMALTINI C. ITALIA*: IRRICEVIBILITÀ DEL RICORSO O RIGIDITÀ DEL GIUDICE?

Con la [decisione del 16 aprile 2015](#), la quarta sezione della Corte Europea dei Diritti dell'Uomo (Corte EDU) ha dichiarato irricevibile il ricorso presentato nel 2009 dall'italiana G. Smaltini contro l'ILVA di Taranto, città di residenza della ricorrente nonché sede dello stabilimento produttivo dell'acciaieria responsabile di emissioni altamente inquinanti per l'ambiente circostante e gravemente nocive per la salute degli abitanti del luogo.

La ricorrente, a cui nel settembre 2006 era stata diagnosticata una leucemia mieloide acuta, aveva successivamente sporto querela alla Procura della Repubblica di Taranto per lesioni personali, affermando che l'inquinamento ambientale provocato dalle emissioni dello stabilimento ILVA era causa della patologia sofferta, come dimostrato dalle allegazioni documentali prodotte (*scilicet*, cartella clinica, un articolo di giornale relativo alla condanna riportata da alcuni dirigenti della società, un rapporto non datato, reperito in rete, relativo alle emissioni di sostanze cancerogene prodotte dall'ILVA dove si riferivano dati elaborati dall'Istituto Superiore di Sanità).

La Procura di Taranto rilevava che il rapporto di causalità tra la patologia diagnosticata alla ricorrente e le emissioni nocive dell'acciaieria non era stato sufficientemente provato e, di conseguenza, proponeva l'archiviazione del caso. Nella sua opposizione la ricorrente integrava la denuncia, semplicemente citando le ricerche condotte nella provincia di Taranto dalla sezione cittadina dell'Associazione Italiana contro la Leucemia (AIL) e depositando altri documenti pertinenti alla questione, ma generici.

Il 19 gennaio 2009 il Giudice per le Indagini Preliminari (GIP) di Taranto, dopo un supplemento di indagini disposto d'ufficio, accoglieva la richiesta del Pubblico Ministero di archiviazione del caso, ritenendo non sufficientemente provata l'esistenza del nesso eziologico tra le emissioni prodotte dallo stabilimento ILVA e la patologia della ricorrente.

Il 7 agosto 2009 Smaltini proponeva ricorso a Strasburgo, invocando la violazione dell'art. 2 CEDU. In seguito al decesso della ricorrente, dovuto ad una meningite incurabile per effetto del suo precario stato clinico, la causa veniva proseguita dagli eredi. La Corte di Strasburgo, sulla base delle risultanze emerse dalle perizie di parte e d'ufficio già esaminate dal giudice nazionale, ha constatato, innanzitutto, che tra le coetanee della ricorrente, e nell'area geografica considerata, non si segnalava un'incidenza di casi di leucemia maggiore rispetto alla media italiana; ha constatato, poi, che nell'approfondimento del contraddittorio garantito alla ricorrente, la stessa non era riuscita a provare l'esistenza del nesso di causalità richiesto. Pertanto, la Corte ha emesso una declaratoria di irricevibilità per manifesta infondatezza dei motivi di ricorso (art. 35, par. 3 e 4).

In via preliminare, deve notarsi che l'impostazione del ricorso, fondato unicamente sulla violazione da parte delle autorità nazionali degli obblighi procedurali connessi alla tutela del diritto alla vita *ex* art. 2 della Convenzione, ha inciso profondamente sugli esiti della causa. Né è servito

l'intervento *ad adiuvandum* proposto dall'Unione Forense per la tutela dei diritti umani, teso a rimarcare l'esistenza a carico degli Stati di obblighi positivi nei casi in cui il bene vita sia esposto a rischi riconducibili a condizioni ambientali pericolose.

Il giudice di Strasburgo ha limitato le proprie valutazioni al dato testuale del *petitum*, dove si lamentava solamente la mancata constatazione da parte delle autorità nazionali dell'esistenza di un rapporto di causalità tra le emissioni inquinanti prodotte dallo stabilimento ILVA e la patologia diagnosticata alla ricorrente, deceduta nelle more del giudizio.

Sorprende, infatti, che la Corte abbia tradito l'approccio tradizionalmente seguito e teso a qualificare diversamente la doglianza al fine di garantire una tutela piena del diritto violato. In una importante sentenza resa nel 1998 in materia ambientale, essa aveva espressamente affermato di non ritenersi vincolata alle indicazioni provenienti dalle parti o dalla Commissione: «*La Cour, maîtresse de la qualification juridique des faits de la cause, elle ne se considère pas comme liée par celle que leur attribuent les requérants, les gouvernements ou la Commission [...] Un grief se caractérise par les faits qu'il dénonce et non par les simples moyens ou arguments de droit invoqués*» (*Guerra e altri c. Italia*, par. 44).

A questo proposito, si rileva che la Corte EDU si è poi astenuta dall'estendere l'esame alla verifica degli obblighi positivi dello Stato, che implicano la predisposizione di apposita legislazione volta a disciplinare l'esercizio delle attività industriali classificate come pericolose nonché a monitorare l'incidenza degli effetti sull'ambiente circostante e sulle popolazioni interessate (*ex plurimis*, *Oneryıldız c. Turchia*, *Budayeva e altri c. Russia*).

Il giudice di Strasburgo, nel tempo, ha ricostruito in via pretoria gli obblighi derivanti dall'art. 2 della Convenzione nei seguenti termini. Il diritto alla vita richiede un'attività positiva da parte degli Stati per le ipotesi di rischi di lesioni, anche non intenzionali, del bene vita, connessi all'esercizio pubblico e privato di attività pericolose; di condizioni ambientali pericolose, ancorché non imputabili allo Stato; di rischi per la salute. Nei casi elencati, gli Stati devono adottare tutte le misure considerate adeguate in ragione dei pericoli ipotizzati, della loro imminenza e della loro arginabilità. In generale, si tratta di misure preventive che si sostanziano nella predisposizione di un appropriato quadro normativo e amministrativo che, con riferimento all'esercizio di attività pericolose, deve servire a disciplinare tali attività, ad approntare un idoneo sistema di autorizzazioni e di controlli (*volet* sostanziale dell'art. 2, consistente in un obbligo di *facere*). Nell'ipotesi di verifica dell'evento dannoso, gli Stati devono svolgere un'adeguata attività di indagine per accertare e sanzionare eventuali responsabilità individuali (*volet* procedurale dell'art. 2). Gli Stati sono altresì tenuti ad approntare una serie di misure utili a prevenire il rischio che i cittadini contraggano patologie pericolose per la salute e/o la vita, misure fondate sul grado di conoscenze scientifiche disponibili nel momento della loro adozione.

Con riferimento all'art. 2, la giurisprudenza convenzionale si era espressa per la piena autonomia degli obblighi positivi di natura procedurale *ex* art. 2 rispetto agli obblighi positivi di natura materiale, potendo i due aspetti costituire oggetto di accertamenti distinti e separati. Se ne inferisce, quindi, che alla pluralità di obblighi derivanti dall'art. 2 si accompagna la possibilità di accertamento di violazioni multiple della norma di riferimento.

Già nel [Rapporto](#) della Commissione Europea dei Diritti dell'Uomo sul citato caso *Guerra c. Italia*, adottato il 29 giugno 1996, tra gli obblighi positivi a carattere preventivo viene annoverato l'obbligo di fornire adeguata ed efficace informazione agli interessati in quanto l'informazione pubblica «*représente désormais l'un des instruments essentiels de protection du bien-être et de la santé de la population dans les situations de danger pour l'environnement*». La Commissione si richiamava alla ris. 1087/1996 dell'Assemblea parlamentare del Consiglio d'Europa nella parte in cui veniva affermato che «*l'accès du public à une information claire et exhaustive [...] doit être considéré comme l'un des droits fondamentaux de la personne*».

Si trattava di valutazioni poste a sostegno di una tesi evolutiva, orientata a riconoscere l'esistenza di un diritto fondamentale all'informazione nell'ipotesi di esercizio di attività industriali pericolose per l'ambiente e per la salute. L'ampliamento del contenuto classico del diritto di cui all'art. 10 si traduceva non solo nell'obbligo statale di rendere accessibili le informazioni in materia

di ambiente e salute, ma addirittura nell'obbligo di raccogliere, catalogare e diffondere quei dati che, per loro natura o per difficoltà connesse al loro reperimento, non avrebbero potuto altrimenti essere conosciuti.

Così ricostruito, finanche il diritto all'informazione assume una funzione preventiva decisiva, divenendo strumento di protezione complementare tanto del diritto alla vita (art. 2), quanto del diritto al rispetto della vita privata e familiare (art. 8).

L'art. 8, tendenzialmente, è stato lo strumento che ha permesso di sanzionare casi di inquinamento industriale che avevano gravemente pregiudicato il diritto al godimento di un ambiente sano e salubre, sia menomando il benessere degli individui, sia incidendo sulla fruibilità del loro domicilio e, di conseguenza, sulla loro vita privata e familiare ([López Ostra c. Spagna, 1994](#); [Guerra e altri c. Italia, 1998](#), cit.; [Fadeyeva c. Russia, 2005](#); [Tatar c. Romania, 2009](#); più di recente, [Di Sarno c. Italia, 2012](#)). L'ambiente, evidentemente, risulta oggetto mediato di tutela e, in quanto tale, è strumentale ad assicurare il rispetto di altri diritti fondamentali dell'individuo. Il riferimento all'art. 8, anziché all'art. 2 della Convenzione, ha consentito alla Corte di estendere le tutele nei contenuti (ad es., prendendo in considerazione anche casi di inquinamento meno gravi) e di anticiparle nei tempi (ad es., intervenendo sullo stato dell'ambiente prima di una sua compromissione irreversibile e fatale per la salute e/o la vita dell'individuo).

In conclusione, nella vicenda in commento si può ravvisare che la Corte EDU sembra essere rimasta rigidamente all'interno del perimetro definito dalla doglianza. Tuttavia, disatteso l'approccio orientato all'applicazione del principio *iura novit curia* ed omessa ogni valutazione degli obblighi complessivamente incombenti sugli Stati ai sensi dell'art. 2 CEDU, sembra essersi ridotto il grado di tutela accordata sia al bene salute, sia al bene vita.

MARIADOMENICA ALAGNA





### OSSERVATORIO L'ITALIA E LA CEDU N. 8/2015

#### 3. LA CORTE COSTITUZIONALE APRE LA PORTE DELL'UDIENZA IN CAMERA DI CONSIGLIO IN CONFORMITÀ AI PRINCIPI DEL GIUSTO PROCESSO GARANTITO DALLA CEDU.

La Corte Costituzionale, con la [sentenza n. 109 del 2015](#), ribadisce il diritto all'udienza pubblica sancito dall'art. 6, paragrafo 1, della CEDU, come interpretato dalla Corte di Strasburgo, ad avviso della quale la pubblicità delle procedure giudiziarie tutela le persone soggette alla giurisdizione contro una giustizia segreta, che sfugge al controllo del pubblico, e costituisce anche uno strumento per preservare la fiducia nei giudici, contribuendo così a realizzare lo scopo dell'art. 6, paragrafo 1, della CEDU, ossia l'equo processo.

La causa trae origine dal rinvenimento sui fondali marini, avvenuto nel 1964 ad opera di alcuni pescatori del porto di Fano, di una statua in bronzo, attribuibile allo scultore greco Lisippo. Il ritrovamento, tuttavia, non era denunciato alle autorità competenti e la statua veniva illecitamente trasferita all'estero e collocata presso un museo negli Stati Uniti d'America. Dopo alterne vicende, il Giudice per le indagini preliminari del Tribunale di Pesaro disponeva l'archiviazione per prescrizione del procedimento penale in ordine al reato di illecita esportazione di beni culturali e rigettava al contempo la richiesta del pubblico ministero di confisca della statua in quanto i responsabili del museo statunitense dovevano ritenersi estranei al reato. Il pubblico ministero proponeva avverso tale decisione incidente di esecuzione ai sensi degli artt. 666, 667, comma 4, e 676 cod. proc. pen., a seguito del quale il Giudice per le indagini preliminari ordinava la confisca della statua «ovunque essa si trovi».

Il *J. P. Getty Trust*, acquirente della statua e attuale possessore, impugnava il provvedimento con ricorso alla Corte di Cassazione che disponeva la trasmissione del procedimento al Giudice per le indagini preliminari di Pesaro. Questi, a sua volta, respingeva la richiesta di revoca della confisca. Il *Trust* proponeva allora un nuovo ricorso per cassazione lamentando, in via preliminare, l'illegittimità della procedura davanti al giudice dell'esecuzione perché svolta con rito camerale che, non prevedendo la presenza del pubblico, risultava in contrasto con l'art. 6, paragrafo 1, della CEDU, sebbene la stessa udienza pubblica fosse stata sollecitata più volte, sollevando innanzi al giudice *a quo* rituale questione di costituzionalità per violazione.

La Corte Costituzionale, precisato il tema del decidere al procedimento di esecuzione di una misura patrimoniale trattato nella forma camerale, ha ritenuto fondata la questione, richiamandosi, in primo luogo, alle precedenti sentenze [n. 93 del 2010](#), [n. 135 del 2014](#) e [n. 97 del 2015](#), con le quali aveva già dichiarato costituzionalmente illegittime le disposizioni regolative, rispettivamente, del procedimento per l'applicazione delle misure di prevenzione, del procedimento per l'applicazione delle misure di sicurezza e del procedimento davanti al tribunale di sorveglianza, nella parte in cui non consentivano che, su istanza degli interessati, le procedure stesse potessero

svolgere nelle forme dell'udienza pubblica, quanto ai gradi di merito (ma non anche avanti la Corte di Cassazione, ivi vertendosi su questioni di diritto).

In secondo luogo, a parere della Corte, l'udienza in camera di consiglio, ossia senza la presenza del pubblico, si rivela incompatibile con la garanzia della pubblicità dei procedimenti giudiziari, sancita dall'art. 6, paragrafo 1, della CEDU, così come interpretato dalla Corte di Strasburgo, e, di conseguenza, con l'art. 117, primo comma, Costituzione, rispetto al quale la citata disposizione convenzionale assume una valenza integrativa, quale «norma interposta».

La Corte Costituzionale richiama espressamente la giurisprudenza della Corte di Strasburgo, formatasi peraltro contro l'Italia riguardo a taluni procedimenti giurisdizionali dei quali la legge italiana prevedeva, la trattazione in forma camerale, senza possibilità di chiedere e ottenere un'udienza pubblica ([sentenza 13 novembre 2007, Bocellari e Rizza contro Italia](#), [sentenza 26 luglio 2011, Paleari contro Italia](#); [sentenza 17 maggio 2011, Capitani e Campanella contro Italia](#); [sentenza 2 febbraio 2010, Leone contro Italia](#); [sentenza 5 gennaio 2010, Bongiorno e a. contro Italia](#); [sentenza 8 luglio 2008, Perre e a. contro Italia](#); [sentenza 10 aprile 2012, Lorenzetti contro Italia](#), quest'ultima relativa al procedimento per la riparazione dell'ingiusta detenzione). Il giudice delle leggi tiene ad aggiungere che, sebbene nella Costituzione italiana non vi sia alcun esplicito richiamo alla pubblicità dell'udienza, ciò tuttavia non scalfisce il valore costituzionale del principio di pubblicità delle udienze giudiziarie che – specie di quello penale – rappresenta un principio connaturato ad un ordinamento democratico (*ex plurimis*, sentenze [n. 373 del 1992](#), [n. 69 del 1991](#) e [n. 50 del 1989](#)).

La Corte Costituzionale precisa però che il principio non ha valore assoluto potendo essere derogato in presenza di particolari ragioni giustificative, purché obiettive e razionali, le quali, in materia penale, devono essere collegate a esigenze di tutela di beni a rilevanza costituzionale. Ragioni che, tuttavia, sono assenti nel procedimento esaminato.

La Consulta inoltre, aderendo anche sotto tale profilo all'orientamento della Corte di Strasburgo, è avvertita dell'esigenza di assicurare l'udienza pubblica in relazione all'entità della posta in gioco. Se, infatti, una decisione postula anche accertamenti di natura «tecnica» – il che in linea generale potrebbe non far ritenere essenziale il controllo del pubblico sull'esercizio della funzione giurisdizionale – la stessa decisione è tuttavia finalizzata all'emissione di un provvedimento ablativo che può colpire un soggetto terzo che è rimasto peraltro estraneo al giudizio di cognizione. In particolare, nel caso di specie, il procedimento camerale risulta essere finalizzato all'adozione di un provvedimento di confisca, che è «una misura che incide su un diritto munito di garanzia convenzionale ai sensi dell'art. 1 del Primo Protocollo addizionale alla CEDU, firmato a Parigi il 20 marzo 1952, ratificato e reso esecutivo con legge 4 agosto 1955, n. 848. La «posta in gioco» in tale procedimento può risultare, d'altra parte, assai elevata, come attesta eloquentemente il caso oggetto del giudizio *a quo*, attinente alla confisca di un bene (una statua in bronzo attribuibile allo scultore greco Lisippo, rinvenuta in mare) di altissimo valore artistico ed archeologico (e, dunque, anche economico)». In base a tali considerazioni, viene pertanto dichiarata l'illegittimità costituzionale degli artt. 666, comma 3, 667, comma 4, e 676 cod. proc. pen., nella parte in cui non consentono che, su istanza degli interessati, il procedimento di opposizione contro l'ordinanza in materia di applicazione della confisca si svolga, davanti al giudice dell'esecuzione, nelle forme dell'udienza pubblica.

La sentenza in commento, sulla scorta di un orientamento consolidato già fatto proprio dalla Corte di Strasburgo, ha il sicuro pregio di offrire sicure coordinate entro le quali esigere che un'udienza in camera di consiglio, ossia senza la presenza del pubblico e quindi segreta, si tramuti in udienza pubblica.

Il fondamentale principio della pubblicità dell'udienza, sancito per la prima volta nell'art. 208 della Costituzione francese del 1795, anno III, è attualmente riconosciuto in tutti i principali strumenti internazionali di tutela dei diritti: Patto internazionale sui diritti civili e politici (art. 14); CEDU (art. 6); Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea (art. 47). Appare pertanto singolare che il legislatore costituzionale, in sede di revisione dell'art. 111 della Costituzione (mediante la legge costituzionale n. 1/1999) volta a recepire compiutamente il modello del cd.

«giusto processo» nel nostro ordinamento, tra i vari principi fondamentali ivi accolti, abbia trascurato proprio quello dell'udienza pubblica.

Che possa essersi trattato di una mera «distrazione» oppure della specifica volontà di non mettere in discussione i numerosi procedimenti in camera di consiglio di cui i codici di procedura e le leggi speciali abbondano, e di quelli che in seguito sarebbero proliferati, non è questione di particolare interesse, atteso che alla trascuratezza del legislatore costituzionale hanno posto (e pongono) rimedio le Corti nazionali ed internazionali. Le quali Corti sono chiamate periodicamente a risolvere la medesima questione. Se ne deduce che in Italia la violazione della garanzia dell'udienza pubblica è sistematica.

Allora sarebbe auspicabile dare dell'art. 6 CEDU una lettura più restrittiva anche per limitare il margine di apprezzamento dello Stato. L'art. 6 della CEDU fissa la regola e l'eccezione concreta, ma non anche la deroga generale, come invece sembra intendere anche la Corte Costituzionale. È, infatti, il solo tribunale – e non anche il legislatore – a vietare l'accesso alla sala d'udienza durante tutto o una parte del processo, per particolari specifiche circostanze, e nella misura strettamente ritenuta necessaria, non potendovi essere materie che, in via generale e astratta, sia lecito trattare in segreto, anche quando richiedano, per ipotesi, una particolare complessità. Ciò, come visto, *a fortiori* qualora la decisione del giudice incida in concreto sui diritti fondamentali, ipotesi in cui essa non può che essere assunta con la garanzia di un equo processo, e quindi con la presenza del pubblico.

Se, come insegna la Corte di Strasburgo, la pubblicità delle procedure giudiziarie costituisce anche uno strumento per preservare la fiducia nei giudici – che sono un potere dello Stato – non si comprende perché la legge processuale, sia penale che civile, mantenendo e introducendo nuovi riti «cameralizzati», vada nella direzione opposta.

Un ulteriore aspetto è, infine, da considerarsi. Si è visto che, per la declaratoria di incostituzionalità, un elemento che incide sulla rilevanza delle questione sollevata avanti la Consulta è che gli interessati avessero chiesto che la causa fosse trattata nella forma dell'udienza pubblica. Ciò significa che, in assenza di una specifica istanza di parte, il pubblico resta escluso dall'udienza con l'effetto di subordinare l'interesse generale a una corretta amministrazione della giustizia alle ragioni di opportunità delle parti processuali. Si tratta di una scelta che, pur astrattamente in linea con la previsione del doppio regime di celebrazione delle udienze (camerale e pubblico) dovrebbe, nondimeno, essere oggetto di una più attenta valutazione sotto il profilo del principio di proporzionalità. Se, infatti, il segnalato intervento della Corte Costituzionale è da considerarsi senza dubbio risolutivo per supplire alla mancata previsione normativa dell'udienza pubblica, tuttavia, a livello ordinamentale, la situazione non appare del tutto convincente sotto il profilo della piena conformità con l'art. 6 della CEDU.

FLAVIO DEL SOLDATO



### OSSERVATORIO L'ITALIA E LA CEDU N. 8/2015

#### 4. ANCORA UN CONTRASTO TRA LA LEGGE ITALIANA SULLA PROCREAZIONE MEDICALMENTE ASSISTITA E LA CONVENZIONE EUROPEA DEI DIRITTI DELL'UOMO «RISOLTO» DALLA CONSULTA (NOTA A CORTE COSTITUZIONALE, SENTENZA 14 MAGGIO 2015, N. 96).

Con la [sentenza n. 96/2015](#), la Corte costituzionale è tornata a pronunciarsi sull'incostituzionalità di alcune norme della legge n. 40/2004 in materia di procreazione medicalmente assistita (PMA). Questa volta ad essere dichiarati incostituzionali sono stati l'art. 1, commi 1 e 2 e l'art. 4, comma 1, nella misura in cui le norme in oggetto non consentono il ricorso alle tecniche di PMA a quelle coppie che, pur non avendo problemi di sterilità o infertilità, rischiano di trasmettere ai figli malattie genetiche gravi.

I fatti all'origine della decisione in commento riguardano due coppie di coniugi portatori di una patologia genetica che chiedevano al Tribunale di Roma di poter avere accesso alle tecniche di PMA al fine di evitare di trasmettere ai figli la malattia. In entrambi i casi le coppie avevano già dovuto interrompere una precedente gravidanza in seguito agli esiti degli esami prenatali che evidenziavano l'avvenuta trasmissione della malattia al feto. Il Tribunale di Roma, a fronte di tali richieste, ha sollevato due distinte questioni di legittimità costituzionale di uguale contenuto per contrasto delle citate norme della legge 40 con gli artt. 2, 3, 32 e 117, comma 1 della Costituzione, quest'ultimo con riferimento agli articoli 8 e 14 della Convenzione europea dei diritti dell'uomo.

La Consulta ha stabilito che la normativa in questione sia in contrasto con gli artt. 2, 3 e 32 della Costituzione, in quanto crea situazioni che minacciano, rispettivamente, i diritti fondamentali, il principio di uguaglianza e il diritto alla salute della donna. A ciò si aggiunge, altresì, il contrasto con gli articoli 8 (diritto al rispetto della vita privata e familiare) e 14 (principio di non discriminazione) della CEDU, suscettibile di configurare la violazione dell'art. 117, comma 1, della Costituzione.

Il giudice delle leggi censura anzitutto, con riferimento all'art. 3 Cost., l'«insuperabile aspetto di irragionevolezza» del divieto opposto dalle disposizioni impugnate «all'accesso alla PMA, con diagnosi preimpianto, da parte di coppie fertili affette (anche come portatrici sane) da gravi patologie genetiche ereditarie, suscettibili (secondo le evidenze scientifiche) di trasmettere al nascituro rilevanti anomalie o malformazioni», richiamandosi alla «palese antinomia normativa» tra il suddetto divieto imposto dalla legge 40 e la possibilità offerta dall'art. 6, comma 1, lettera b), della legge n. 14/1978. Tale disparità (evidenziata anche dalla Corte europea dei diritti dell'uomo nella sentenza [Costa e Pavan c. Italia](#)) non ha invero alcuna ragion d'essere, posto che l'ordinamento giuridico già consente in principio alle coppie «di perseguire l'obiettivo di procreare un figlio non affetto dalla specifica patologia ereditaria di cui sono portatrici» autorizzando l'interruzione volontaria della gravidanza naturale in tutti i casi in cui «dalle ormai normali indagini prenatali,

siano, “accertati processi patologici [...] relativi a rilevanti anomalie o malformazioni del nascituro, che determinino un grave pericolo per la salute fisica o psichica della donna”». Al contrario, l'irragionevole e discriminatorio divieto posto dalla legge 40, impedisce «(pur essendo scientificamente possibile) di far acquisire “prima” alla donna una informazione che le permetterebbe di evitare di assumere “dopo” una decisione ben più pregiudizievole per la sua salute». Ne consegue l'ulteriore violazione dell'articolo 32 Cost., derivante dal «mancato rispetto del diritto alla salute della donna [...] senza peraltro che il vulnus, così arrecato a tale diritto, possa trovare un positivo contrappeso, in termini di bilanciamento, in una esigenza di tutela del nascituro, il quale sarebbe comunque esposto all'aborto».

La decisione in oggetto riveste particolare importanza non solo nella misura in cui amplia i diritti della coppia rispetto a quanto disposto dalla legge 40, ma anche perché si inquadra in un orientamento giurisprudenziale che, com'è noto, ha proceduto a smantellare gradualmente l'impianto normativo della legge sulla PMA. La sentenza n. 96/2015, infatti, segue altre due importanti pronunce della stessa Corte costituzionale che hanno giudicato incostituzionali varie disposizioni della legge 40. Si tratta, precisamente, della [sentenza n. 151/2009](#), con la quale era stata dichiarata l'incostituzionalità delle norme che imponevano la creazione e il conseguente impianto di un numero determinato di embrioni, e della [sentenza n. 162/2014](#) (già oggetto di commento nel n. 3/2014 di questo [Osservatorio](#)), con la quale era stato dichiarato incostituzionale il divieto di fecondazione eterologa per le coppie affette da sterilità o infertilità.

A questo punto, sarebbe quanto mai opportuno, se non addirittura necessario, un nuovo intervento del legislatore, ove si considerino anche gli orientamenti della Corte europea dei diritti dell'uomo nella stessa materia e sempre con riferimento all'ordinamento italiano. Si ricorda, a tale proposito, la nota sentenza *Costa e Pavan c. Italia*, del 28 agosto 2012 con la quale i giudici di Strasburgo avevano rilevato l'incoerenza dell'impianto normativo italiano che, da una parte, vietava la selezione degli embrioni e, dall'altra, autorizzava l'aborto terapeutico nel caso in cui il feto fosse stato affetto dalla patologia genetica trasmessa da uno dei genitori.

È evidente, quindi, come si profili un problema di mancata esecuzione delle sentenze di Strasburgo con conseguente riproposizione di questioni di costituzionalità da parte dei giudici di merito, stante il problema della impossibilità per il giudice interno di disapplicare le norme in contrasto con la CEDU.

Proprio a questo tema la Corte costituzionale ha dedicato espressi riferimenti nella decisione in commento, stabilendo che giustamente il Tribunale di Roma ha sollevato la questione di legittimità costituzionale «non essendogli consentita un'applicazione in via diretta delle norme convenzionali in luogo di quelle nazionali, in tesi con esse non compatibili, atteso che, diversamente dal diritto comunitario, la Convenzione europea dei diritti dell'uomo, non crea un ordinamento giuridico sovranazionale ma costituisce un modello di diritto internazionale pattizio, idoneo a vincolare lo Stato, ma improduttivo di effetti diretti nell'ordinamento interno (sentenze n. 349 e n. 348 del 2007, e successive conformi). Collocazione, questa, delle disposizioni della CEDU che, nel sistema delle fonti, resta immutata anche dopo il richiamo operato dall'art. 6, paragrafo 3, del Trattato sull'Unione europea (TUE)». Allo stesso tempo, la Corte ritiene altrettanto corretto che il Tribunale rimettente abbia escluso «la praticabilità di un'esegesi correttiva delle disposizioni censurate, in senso estensivo dell'accesso alle tecniche di PMA, anche in favore delle coppie ricorrenti, atteso l'univoco e non superabile tenore letterale della prescrizione per cui il ricorso a dette tecniche “è comunque circoscritto ai casi di sterilità o infertilità”».

Alla luce di quanto precede, non si può non rilevare che una maggiore attenzione del nostro legislatore a quanto deciso dalla Corte europea già nell'ormai non più recente caso *Costa e Pavan* avrebbe evitato nuovi “attacchi” alla tanto discussa e criticata legge 40.

FRANCESCA PERRINI





### OSSERVATORIO L'ITALIA E LA CEDU N. 8/2015

#### 5. «CAMPI NOMADI»: DISCRIMINATORIE PER IL TRIBUNALE DI ROMA LE SOLUZIONI ABITATIVE RISERVATE AI SOLI CITTADINI DI ETNIA ROM. UN IMPORTANTE PASSO AVANTI RISPETTO ALLA GIURISPRUDENZA DI STRASBURGO?

Con una [ordinanza del 30 maggio scorso](#), destinata a creare un precedente molto significativo in materia, il Tribunale di Roma ha riconosciuto discriminatorio e dunque illegale il trasferimento ordinato dal Comune di Roma delle comunità rom, sinti e caminanti nell'area di confine fra Roma e Ciampino denominata «La Barbuta».

L'azione legale, promossa dall'Asgi e dall'Associazione 21 luglio, mirava in effetti all'accertamento del carattere discriminatorio del comportamento del Campidoglio, nonché all'interruzione dei lavori di ultimazione e assegnazione del villaggio.

Come è noto, in Italia, il «Decreto emergenza nomadi» del 2008 (D.P.C.M. n. 32041 del 21 maggio 2008) aveva dichiarato lo stato di emergenza in relazione agli insediamenti di comunità nomadi nel territorio delle regioni Campania, Lazio e Lombardia, nominando i prefetti di Roma, Napoli e Milano commissari delegati per la realizzazione di tutti gli interventi necessari al superamento dello stato di emergenza; su tali basi, il Prefetto di Roma, unitamente al Comune, aveva elaborato il cd. Piano nomadi che prevedeva appunto la chiusura di tutti gli insediamenti informali e tollerati, nonché il trasferimento di circa 6000 persone appartenenti alle comunità rom, sinti e caminanti in 13 villaggi attrezzati, siti nella periferia di Roma, fra i quali appunto il villaggio sito in località La Barbuta, che – come denunciano le associazioni ricorrenti – collocato nei pressi dell'aeroporto di Ciampino, recintato e videosorvegliato, limita gravemente i diritti fondamentali dei residenti.

La pronuncia in commento, riconoscendo il carattere di cd. «discriminazione indiretta» dell'iniziativa del Comune di Roma, sul presupposto che «la soluzione alloggiativa offerta dai campi autorizzati quale quello La Barbuta [...] determin[a] per i relativi destinatari un deteriore, non transitorio, trattamento differenziato rispetto ad altri soggetti in situazione di disagio sociale anche abitativo, violando il diritto inviolabile di ogni persona – ex art. 2 Cost. – come singolo e quale componente di una formazione sociale in cui si esprime la sua personalità, ad un'esistenza dignitosa», assume ancora più importanza se paragonata a simili pronunce della Corte europea di Strasburgo, tradizionalmente reticente a constatare le discriminazioni razziali a danno dei rom.



La Corte, infatti, pur intervenendo più volte a tutela di determinati diritti di individui di etnia rom, condannando inoltre diversi episodi di violenza a loro danno, e nonostante avesse preso atto della tesi secondo cui, in Bulgaria ad esempio, il pregiudizio popolare contro il popolo rom fosse ampiamente diffuso e spesso si manifestasse in atti di violenza a sfondo razziale (*Velikova c. Bulgaria*, par. 92), si è a lungo rifiutata di accertare la violazione dell'art. 14 della CEDU, che tutela il divieto di discriminazione in associazione alla violazione di uno degli altri diritti garantiti dalla Convenzione. È stato necessario attendere il 2008 perché la Corte riconoscesse lo sfondo razziale di uno dei tanti casi di violenza a danno delle comunità rom ad essa sottoposti (*Stoica c. Romania*), mentre solo un anno prima i giudici di Strasburgo avevano condannato la Repubblica Ceca per violazione dell'art. 14 in combinato disposto con l'art. 2 del Protocollo n. 1, sul diritto all'istruzione, riconoscendo per la prima volta che il sistema di istruzione nazionale segregava i bambini sulla base dell'etnia di appartenenza (*D.H. e al. c. Repubblica Ceca*).

Tuttavia, una completa visione delle più recenti pronunzie dei giudici di Strasburgo testimonia come le aperture registrate nell'ambito delle violazioni degli art. 2 e 3 non hanno avuto eco nell'ambito di casi che hanno riguardato altri diritti, come quello alla tutela della vita privata e familiare o all'abitazione.

A titolo di esempio, nel caso *Yordanova e al. c. Bulgaria*, dell'aprile 2012, la Corte europea dei diritti dell'uomo ha affermato che lo sgombero programmato di una comunità rom da territori occupati informalmente avrebbe violato il diritto alla vita privata e familiare ex art. 8. Tuttavia, sulla pretesa violazione dell'art. 14 in combinato disposto con l'art. 8, essa si è limitata a osservare che *«the issue before it is whether a hypothetical future enforcement of the removal order would be discriminatory. The Court cannot speculate about the timing and modalities of any such enforcement and assess the Article 14 issue on the basis of a hypothetical scenario. For example, it cannot assume, as urged by the applicants, that the authorities would again seek to remove them at very short notice»*.

Con riferimento specifico al nostro Paese, la prima sentenza della Corte di Strasburgo in materia risale al 2010 (*Udorovic c. Italia*) e ha preso le mosse dal ricorso di un cittadino italiano appartenente alla comunità dei sinti, al quale era stato ingiunto di lasciare il campo in cui viveva con la famiglia perché ritenuto non abitabile. Il ricorrente aveva ottenuto la sospensione del provvedimento di sgombero dal tribunale amministrativo e nel frattempo aveva denunciato al tribunale ordinario il carattere discriminatorio dei provvedimenti di sgombero che avevano riguardato solo i cittadini di etnia rom o sinti dei campi romani. Non ottenendo una pronunzia in tal senso neanche dalla Corte di Appello di Roma, il ricorrente si rivolgeva alla Corte europea, deducendo la violazione degli artt. 6, 8 e 14 della Convenzione e dell'artt. 2 del Protocollo n. 4.

La Corte ha rilevato che le doglianze basate su questi ultimi tre articoli erano anche oggetto di un ricorso introdotto dal ricorrente nel 2001 e dichiarato irricevibile nel gennaio 2003. Pertanto essa si è limitata ad esaminare i motivi di censura riferiti alla violazione dell'art. 6 della Convenzione. La Corte, osservato che il diritto a un processo equo, garantito dall'art. 6 par. 1 della Convenzione, ingloba, fra gli altri, anche il diritto delle parti processuali a presentare tutte le osservazioni ritenute pertinenti rispetto al loro caso, e che tale diritto può essere considerato effettivo soltanto se queste osservazioni sono esaminate dal Tribunale adito, ha concluso che la Corte d'Appello di Roma non aveva assicurato al ricorrente, in modo soddisfacente, il godimento del diritto a un processo equo.

Ora il Piano Nomadi del 2008 ha di fatto legittimato pratiche di censimento e di sgombero simili a quelle oggetto del ricorso *Udorovic*. Tuttavia, nessun ricorso è ancora

stato valutato nel merito dalla Corte EDU, e, considerato l'atteggiamento mutevole assunto dai giudici di Strasburgo, non è possibile oggi ipotizzare una condanna del nostro Paese per condotta discriminatoria.

In tale contesto, dunque, la decisione in commento assume una grande importanza, nella misura in cui dichiara discriminatoria qualsiasi soluzione abitativa di grandi dimensioni diretta esclusivamente a persone appartenenti a una stessa etnia, tanto più se realizzata, come nel caso dell'insediamento sito in località La Barbuta, in modo da ostacolare l'effettiva convivenza con la popolazione locale, l'accesso in condizione di reale parità ai servizi scolastici e socio-sanitari e situata in uno spazio dove è posta a serio rischio la salute delle persone ospitate al suo interno.

Il rilievo assunto dall'ordinanza del Tribunale di Roma non esclude, tuttavia, la necessità di una svolta anche nell'ambito della giurisprudenza di Strasburgo; le conclusioni dei giudici romani infatti si basano, come si legge nell'ordinanza, su quelle di molti organismi internazionali, quali il Comitato per l'eliminazione della discriminazione razziale (CERD), il Comitato europeo dei diritti sociali (CEDS), l'Alto Commissario OCSE per le minoranze nazionali, delle quali però il Comune di Roma in sede difensiva ha sottolineato la non vincolatività giuridica, in quanto espressione di mero indirizzo politico.

Si ritiene, inoltre, che il riconoscimento da parte della Corte di Strasburgo del carattere discriminatorio di talune condotte statali rivolte alle comunità rom avrebbe senza dubbio un impatto significativo in termini di visibilità delle problematiche relative alle condizioni dei rom in Europa nel dibattito politico.

ANNA PITRONE



### OSSERVATORIO SULLA CORTE DI GIUSTIZIA DELL'UNIONE EUROPEA N. 3/2015

**1. LA CORTE DI GIUSTIZIA AFFERMA CHE IL REGOLAMENTO DELL'UNIONE SUGLI ELEMENTI BIOMETRICI DEI PASSAPORTI E DEI DOCUMENTI DI VIAGGIO NON IMPEDISCE AD UN ORDINAMENTO NAZIONALE DI UTILIZZARE E CONSERVARE I DATI RILEVATI PER FINI DIVERSI DA QUELLI CONTEMPLATI NEL REGOLAMENTO IN QUESTIONE.**

[W.P. Willems et al. \(Cause riunite da C-446/12 a C-449/12\) sentenza della Corte di giustizia \(Quarta Sezione\) del 16 aprile 2015 \(ECLI:EU:C:2015:238\)](#)

*Rinvio pregiudiziale – Spazio di libertà, sicurezza e giustizia – Passaporto biometrico – Dati biometrici – Regolamento (CE) n. 2252/2004 – Articolo 1, paragrafo 3 – Articolo 4, paragrafo 3 – Uso dei dati rilevati per fini diversi dal rilascio dei passaporti e dei documenti di viaggio – Costituzione e utilizzo di banche dati contenenti dati biometrici – Garanzie di legge – Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea – Articoli 7 e 8 – Direttiva 95/46/CE – Articoli 6 e 7 – Diritto al rispetto della vita privata – Diritto alla protezione dei dati personali – Applicazione alle carte di identità.*

**L'articolo 1, paragrafo 3, del regolamento (CE) n. 2252/2004 del Consiglio, del 13 dicembre 2004, relativo alle norme sulle caratteristiche di sicurezza e sugli elementi biometrici dei passaporti e dei documenti di viaggio rilasciati dagli Stati membri, come modificato dal regolamento (CE) n. 444/2009 del Parlamento europeo e del Consiglio, del 6 maggio 2009, deve essere interpretato nel senso che il suddetto regolamento non è applicabile alle carte d'identità rilasciate da uno Stato membro ai propri cittadini, come le carte d'identità dei Paesi Bassi, e ciò indipendentemente tanto dalla durata della loro validità quanto dalla possibilità di utilizzarle nel corso di viaggi effettuati al di fuori di tale Stato.**

**L'articolo 4, paragrafo 3, del regolamento n. 2252/2004, come modificato dal regolamento n. 444/2009, deve essere interpretato nel senso che non impone agli Stati membri di garantire nella loro legislazione nazionale che i dati biometrici rilevati e conservati conformemente al suddetto regolamento non saranno rilevati, trattati e utilizzati a fini diversi dal rilascio del passaporto o del documento di viaggio, non rientrando siffatto aspetto nell'ambito di applicazione del summenzionato regolamento.**

La sentenza in oggetto origina da un rinvio pregiudiziale operato dal Consiglio di Stato (*Raad van State*) dei Paesi Bassi, cui si sono rivolti in appello alcuni cittadini olandesi in seguito al rigetto in primo grado del loro ricorso avverso la decisione di diniego di alcuni sindaci concernente il rilascio di passaporti e carte d'identità. In particolare, i ricorrenti nei procedimenti nazionali si sono rifiutati di fornire le loro impronte digitali e le loro immagini del viso (c.d. "dati biometrici") adducendo che la loro rilevazione e conservazione costituivano un'ingerenza importante nella loro integrità fisica e nel loro diritto alla tutela della vita privata. Infatti, i dati biometrici rilevati sarebbero stati conservati non soltanto nel supporto di memorizzazione integrato nel passaporto o nella carta d'identità, ma anche in banche dati decentrate, le quali non individuerebbero chiaramente le persone che hanno accesso ai suddetti dati, determinando così una perdita del controllo degli stessi da parte dei ricorrenti nel procedimento principale. In base a tali doglianze, il Consiglio di Stato dei Paesi Bassi ha deciso di sospendere la procedura e rivolgere due questioni pregiudiziali alla Corte di giustizia.

La prima questione riguarda l'articolo 1, paragrafo 3, del [regolamento 2252/2004](#), sulle caratteristiche di sicurezza e sugli elementi biometrici dei passaporti e dei documenti di viaggio rilasciati dagli Stati membri, in particolare, se esso debba interpretarsi nel senso che si applichi o meno anche alle carte d'identità rilasciate dagli Stati membri ai loro cittadini, a prescindere dalla loro durata e dalle possibilità di utilizzarle come documenti di viaggio. Ai sensi della disposizione in oggetto, infatti, il regolamento 2252/2004, mentre sembra applicarsi ai passaporti e ai documenti di viaggio rilasciati dagli Stati membri, non riguarderebbe le carte d'identità rilasciate dagli Stati membri ai loro cittadini, o i passaporti e documenti di viaggio temporanei di validità pari o inferiori a 12 mesi.

La seconda questione sottoposta dal Consiglio di Stato dei Paesi Bassi concerne, invece, l'articolo 4, paragrafo 3, dello stesso regolamento 2252/2004, in particolare, se quest'ultimo debba essere interpretato nel senso che gli Stati membri devono garantire per legge che i dati biometrici rilevati e conservati conformemente a quanto previsto dal regolamento in questione non possono essere rilevati, trattati e utilizzati a fini diversi da quelli ivi previsti, ossia finalità diverse dal rilascio del documento. Ai sensi dell'articolo 4, paragrafo 3, del regolamento 2252/2004, infatti, «i dati biometrici sono rilevati e conservati nel supporto di memorizzazione dei passaporti e dei documenti di viaggio ai fini del rilascio di tali documenti. [...]», inoltre, «gli elementi biometrici [...] sono usati solo al fine di verificare: a) l'autenticità del passaporto o documenti di viaggio; b) l'identità del titolare». Tale disposizione, tuttavia, andrebbe letta, per completezza, insieme al considerando 5 del [regolamento 444/2009](#), che ha modificato il regolamento 2252/2004 oggetto del presente rinvio, il quale precisa che, sebbene lo scopo della rilevazione e conservazione dei dati biometrici ai sensi del regolamento del 2004 sia piuttosto chiaro, «ciò non pregiudica qualsiasi altro tipo di uso o conservazione di tali dati conformemente alla legislazione nazionale degli Stati membri. Il regolamento [in questione] non fornisce una base giuridica per la costituzione o il mantenimento di banche dati ai fini della conservazione di tali dati negli Stati membri».

Nel rispondere alla prima delle due questioni pregiudiziali, la Corte di giustizia si affida ad un'interpretazione strettamente testuale della disposizione dell'articolo 1, paragrafo 3, seconda frase, del regolamento 2252/2004, la quale prevede che quest'ultimo «non si applica alle carte d'identità rilasciate dagli Stati membri ai loro cittadini, o a passaporti e documenti di viaggio temporanei di validità pari o inferiore a 12 mesi». La

Corte, infatti, analizzando il testo della disposizione in questione, ha affermato che l'uso della congiunzione «o» ha la finalità di considerare distinte l'una dall'altra le due categorie di documenti presenti nella seconda frase dell'articolo 1, paragrafo 3, del regolamento 2252/2004. Di conseguenza, le locuzioni «temporanei» e «di validità pari o inferiore a 12 mesi» non sarebbero riferite alle carte d'identità rilasciate dagli Stati membri ma solo a quei passaporti e documenti di viaggio che vengono rilasciati per un breve periodo di tempo, aventi quindi carattere temporaneo o validi fino a 12 mesi. La Corte di giustizia ha così concluso che il regolamento 2252/2004 non si applica alle carte d'identità rilasciate dagli Stati membri ai loro cittadini, indipendentemente dalla durata della loro validità. Inoltre, secondo la stessa Corte, neanche la circostanza che una carta d'identità, come quella rilasciata dalle autorità dei Paesi Bassi, possa essere utilizzata in occasione di viaggi all'interno dell'Unione e verso un numero limitato di Stati terzi renderebbe la stessa idonea ad essere inclusa nell'ambito di applicazione del regolamento 2252/2004. Ciò sarebbe confermato dal tenore letterale della disposizione in questione, dal quale si evincerebbe la chiara volontà del legislatore UE di escludere del tutto dall'ambito di applicazione del regolamento in oggetto le carte d'identità rilasciate dagli Stati membri ai loro cittadini, quindi, indipendentemente anche dalla possibilità di poterle utilizzare nel corso di viaggi effettuati al di fuori dello Stato di emissione.

Per quanto concerne la seconda questione pregiudiziale, la Corte di giustizia è stata chiamata a pronunciarsi sulla rilevazione, trattamento e uso dei dati biometrici, rilevati e conservati conformemente al regolamento 2252/2004, a fini diversi da quelli previsti nel presente atto. In particolare, la Corte si è espressa sulla compatibilità di tali finalità con il combinato disposto dell'articolo 4, paragrafo 3, del regolamento 2252/2004 e degli articoli 7 e 8 della Carta dei diritti fondamentali dell'UE, che garantiscono, rispettivamente, il rispetto della vita privata e familiare e la protezione dei dati di carattere personale. La Corte di giustizia, nel rispondere a questa domanda, si è soffermata, preliminarmente, sulla conformità agli articoli 7 e 8 della Carta dell'uso e della conservazione dei dati biometrici ai fini espressamente precisati all'articolo 4, paragrafo 3, del regolamento in questione, ossia per verificare l'autenticità del passaporto o l'identità del titolare. Nell'affermare tale conformità, la Corte ha fatto espresso riferimento alla sentenza *Schwarz* ([causa C-291/12, EU:C:2013:670](#)), pronunciata dalla stessa Quarta Sezione nell'ottobre del 2013, circa un anno dopo la sospensione operata dal Consiglio di Stato dei Paesi Bassi per rivolgere le questioni pregiudiziali oggetto del presente commento. Nella sentenza *Schwarz*, infatti, la Corte di giustizia si era ampiamente soffermata sulla proporzionalità del rilevamento delle impronte digitali, unitamente alla fotografia del volto, rispetto alla necessità di preservare i diritti riconosciuti agli articoli 7 e 8 della Carta, affermando che non era a conoscenza di misure idonee a perseguire lo stesso obiettivo, ossia quello di preservare i passaporti da un uso fraudolento, arrecando un pregiudizio minore ai diritti garantiti dalla Carta (punto 53, sentenza *Schwarz*). In base a quanto affermato in quest'ultima sentenza, la Corte di giustizia, nella pronuncia in oggetto, ha dichiarato di conseguenza che l'uso e la conservazione dei dati biometrici ai fini della verifica dell'autenticità del passaporto o dell'identità del titolare, ai sensi dell'articolo 4, paragrafo 3, del regolamento 2252/2004, sono conformi ai requisiti di cui agli articoli 7 e 8 della Carta dei diritti fondamentali (punto 46).

Nel riaffermare tale conformità alla Carta, la Corte di giustizia, tuttavia, non ha potuto evitare di riferirsi al già ricordato considerando 5 del regolamento 444/2009, che ha modificato il precedente atto del 2004. A tal proposito, essa ha affermato che eventuali altri tipi di uso e conservazione di dati biometrici, non essendo disciplinati dal regolamento

2252/2004, non sarebbero in alcun modo pregiudicati, potendo invece essere possibili conformemente alla legislazione nazionale degli Stati membri. Secondo la Corte, quindi, il regolamento 2252/2004 non imporrebbe agli Stati membri alcun obbligo di garantire che i dati biometrici siano utilizzati e conservati esclusivamente ai fini di cui all'articolo 4, paragrafo 3, del suddetto regolamento, lasciando invece agli Stati membri piena libertà di costituire delle banche dati di tipo diverso, anche a carattere centralizzato, per la conservazione di tali dati a livello nazionale, come nel caso della normativa dei Paesi Bassi oggetto del presente commento.

In base a quanto precede, sempre secondo la Corte, le garanzie di cui agli articoli 7 e 8 della Carta non sarebbero così applicabili a quei tipi di uso e conservazione di dati biometrici esclusivamente previsti dalle normative degli Stati membri, visto che queste ultime non rientrerebbero nell'ambito di applicazione del diritto dell'Unione, elemento imprescindibile, com'è noto, per la rilevanza della Carta. Di conseguenza, l'inapplicabilità del regolamento 2252/2004 a tali altri metodi di conservazione ed utilizzo dei dati biometrici previsti dalle normative nazionali non rende necessario verificare la loro conformità alle suddette disposizioni della Carta (punto 50).

In conclusione, richiamando ancora una volta la citata sentenza nella causa *Schwarz* (in particolare il punto 62), la Corte di giustizia ha, tuttavia, affermato che tali altri tipi di utilizzo e conservazione dei dati biometrici previsti dagli ordinamenti degli Stati membri non rimarrebbero privi di controllo ai fini del loro rispetto dei diritti fondamentali delle persone coinvolte, infatti essi sarebbero comunque pur sempre sottoponibili al giudizio di compatibilità con il diritto nazionale e con la Convenzione europea dei diritti dell'uomo (punto 51).

Quanto affermato dalla Corte di giustizia nella sentenza in oggetto, in particolare nel rispondere alla prima questione, può applicarsi allo stesso modo anche nei confronti di quanto previsto dall'ordinamento giuridico italiano, in considerazione delle caratteristiche, in gran parte assimilabili, delle carte d'identità rilasciate dalle autorità competenti dei Paesi Bassi e della Repubblica Italiana. Infatti, alla stregua di quelle olandesi, anche le carte d'identità italiane, per il loro periodo di vigenza, possono essere utilizzate come documenti di viaggio sia all'interno del territorio dell'Unione sia per recarsi in alcuni Stati terzi.

MICHELE MESSINA





## Ordine internazionale e diritti umani

International Legal Order and Human Rights  
Ordenamiento Jurídico Internacional y Derechos Humanos  
Ordre juridique international et Droits de l'Homme

### OSSERVATORIO SULLA CORTE DI GIUSTIZIA DELL'UNIONE EUROPEA N. 3/2015

#### **2. LA CORTE DI GIUSTIZIA STATUISCE CHE IL PROGRAMMA DI ACQUISTO DEI TITOLI DI STATO SUI MERCATI SECONDARI (OMT) DA PARTE DELLA BCE È COMPATIBILE CON IL DIRITTO DELL'UNIONE.**

[Peter Gauweiler e a. \(Causa C-62/14\) sentenza della Corte di giustizia \(Grande Sezione\) del 16 giugno 2015 \(ECLI:EU:C:2015:400\)](#)

*Rinvio pregiudiziale – Politica economica e monetaria – Decisioni del Consiglio direttivo della Banca centrale europea (BCE) su una serie di caratteristiche tecniche concernenti le operazioni definitive monetarie dell'Eurosistema sui mercati secondari del debito sovrano – Articoli 119 TFUE e 127 TFUE – Attribuzioni della BCE e del Sistema europeo di banche centrali – Meccanismo di trasmissione della politica monetaria – Mantenimento della stabilità dei prezzi – Proporzionalità – Articolo 123 TFUE – Divieto di finanziamento monetario degli Stati membri della zona euro*

**Gli articoli 119 TFUE, 123, paragrafo 1, TFUE e 127, paragrafi 1 e 2, TFUE, nonché gli articoli da 17 a 24 del Protocollo (n. 4) sullo Statuto del Sistema europeo di banche centrali e della Banca centrale europea, devono essere interpretati nel senso che autorizzano il Sistema europeo di banche centrali (SEBC) ad adottare un programma di acquisto di titoli di Stato sui mercati secondari come quello annunciato nel comunicato stampa del quale viene fatta menzione nel verbale della 340<sup>a</sup> riunione del Consiglio direttivo della Banca centrale europea (BCE) dei giorni 5 e 6 settembre 2012.**

Con la sentenza del 16 giugno 2015, la Grande Sezione della Corte di giustizia dell'Unione europea (CGUE) ha dichiarato la compatibilità delle misure previste dalla Banca centrale europea (BCE) all'interno dell'annunciato – ma mai attuato – programma *Outright Monetary Transactions* (OMT) con gli artt. 119, 123 e 127 TFUE e con gli artt. da 17 a 24 del Protocollo SEBC-BCE, confermando nel complesso la posizione espressa dall'Avvocato generale (AG) Pedro Cruz Villalón nelle sue [conclusioni](#) del 14 gennaio 2015. La pronuncia era molto attesa, trattando una materia di stringente attualità e politicamente molto sensibile, ma non ha riservato grosse sorprese. La Corte ha saputo opportunamente cogliere l'occasione concessa per soffermarsi e meglio precisare alcuni aspetti importanti di diritto dell'Unione relativi al dialogo tra Corti, all'ampiezza

discrezionale dei poteri della BCE nell'esercizio del proprio mandato, nonché più in generale al quadro normativo di riferimento per la politica economica e monetaria dell'Unione, continuando un filone interpretativo iniziato dal caso *Pringle* ([C-370/12](#)) del 2012.

Le misure contestate e sottoposte all'esame della Corte di Lussemburgo consistono, a grandi linee, in operazioni di acquisto sui mercati secondari di titoli di stato a breve termine di paesi dell'Eurozona con differenziali di interesse particolarmente elevati. Il programma era stato concepito in risposta alla crisi dei debiti sovrani del 2012 che aveva di fatto paralizzato il meccanismo di trasmissione della politica monetaria, rendendo di fatto inefficaci gli sforzi della BCE nel breve e medio periodo diretti al perseguimento del proprio mandato di mantenimento della stabilità dei prezzi. Le OMT rappresentavano dunque l'intervento concreto a cui aveva fatto riferimento il governatore Mario Draghi nel famoso discorso di Londra del luglio 2012, quando aveva affermato la volontà della BCE di mettere in pratica «*whatever it takes to preserve the euro*». Durante la riunione del 6 settembre 2012, il Consiglio direttivo BCE aveva deliberato ufficialmente l'adozione di tali operazioni di mercato aperto, subordinate all'impegno dello Stato destinatario delle misure a programmi di aggiustamento macroeconomico concordati nel quadro EFSF/MES. Dal momento che i *minutes*, cioè i verbali delle riunioni quindicinali del principale organo decisionale della BCE, non sono resi pubblici né integralmente, né in forma di resoconto, le modalità operative del programma sono state divulgate tramite un comunicato stampa, pubblicato *online* il giorno stesso. In esso vi erano delineate la natura e le principali caratteristiche del programma, senza alcun accenno alla normativa attuativa, che sarebbe stata evidentemente meglio precisata in una fase successiva. Non vi è stato però bisogno di passare ai fatti: il solo annuncio delle misure ha generato l'effetto desiderato di calmare la tempesta speculativa, rassicurando al contempo gli investitori e riportando i differenziali dei titoli a valori di norma.

Questo breve resoconto degli avvenimenti ci permette di introdurre una prima particolarità della sentenza in commento. Non essendo seguito alcun atto normativo formale al comunicato stampa, proprio quest'ultimo rappresenta il provvedimento di rinvio sul quale la Corte è stata di fatto chiamata a pronunciarsi. Alcune parti intervenute nel procedimento, principalmente Stati membri e istituzioni europee, hanno presentato numerose eccezioni di ricevibilità, motivate proprio dalla presunta inammissibilità del quesito pregiudiziale per inesistenza, o comunque mancanza di effetti giuridici, dell'atto oggetto del sindacato di conformità al diritto UE. A riguardo, la Corte avrebbe potuto cogliere alcuni di questi profili di irricevibilità del rinvio, evitando la responsabilità delle implicazioni che una sentenza in tema di politica economica avrebbe avuto sulla stato di incertezza in cui versa attualmente l'Eurozona. Si trattava di una strada possibile ma invero assai poco percorribile: da una parte la Corte avrebbe per certi versi tradito lo spirito di cooperazione attiva con i giudici nazionali, di cui ha sempre auspicato un maggiore sviluppo e che pure è alla base dello stesso istituto del rinvio pregiudiziale; dall'altra avrebbe lasciato il fianco scoperto alla BCE, qualora in un futuro fosse stata costretta dal ripresentarsi di una nuova crisi dei debiti sovrani a mettere questa volta in pratica il programma OMT. In quest'ottica, al di là delle valutazioni riguardo al principio di leale collaborazione, la decisione di procedere all'esame delle misure controverse è certamente giudiziosa, anche alla luce del ruolo che la Corte ricopre all'interno del sistema di soluzione delle controversie tra istituzioni UE e Stati membri.

Prima di addentrarsi ulteriormente nel campo delle questioni pregiudiziali, occorre rilevare un'altra singolarità della sentenza in commento riguardante il giudice rimettente e l'ordinanza di rinvio. La sentenza origina da un quesito pregiudiziale del *Bundesverfassungsgericht* (BVerfG), il primo in assoluto nella storia della Corte di Karlsruhe, che aveva inserito i nuovi motivi di ricorso relativi al programma OMT nel più ampio procedimento relativo alla legittimità del Meccanismo europeo di stabilità (MES) e al Trattato su stabilità, coordinamento e governance nell'unione economica e monetaria (*Fiscal Compact*), di cui già i giudici federali si stavano occupando. I ricorrenti contestavano "l'omessa reazione" del governo federale e del *Bundestag* a un atto che superava il potere di bilancio del parlamento federale, nonché la partecipazione della *Bundesbank* a un programma con possibili effetti sull'inflazione. Si noti anche come nel 2011 la Corte di Karlsruhe aveva giudicato irricevibile un ricorso del tutto simile relativo alle misure di sostenimento della liquidità di stati in difficoltà (nella fattispecie, la Grecia) previste dal *Securities Market Programme* (SMP), perché non concernente un atto di autorità pubblica tedesca. È senz'altro da accogliere positivamente il fatto che in questo caso il BVerfG abbia accolto il ricorso sollevando il rinvio pregiudiziale e quindi rompendo la storica ritrosia ad adoperare lo strumento previsto dall'art. 267 TFUE. Non è privo di significato questo allineamento della Corte tedesca al principio di leale collaborazione tra le corti, a maggior ragione se si considera il conseguente riconoscimento dei propri limiti interpretativi del diritto UE. Tuttavia, la redazione del quesito di remissione desta più di qualche perplessità nei toni a tratti provocatori utilizzati, laddove, come osservato dall'AG al punto 36 delle sue conclusioni, "contempla intrinsecamente o concettualmente, la possibilità che la Corte disattenda la risposta ricevuta". Nell'illustrare il provvedimento, infatti, il giudice *a quo* esprime già una sua valutazione di non conformità sostenendo la tesi del manifesto agire *ultra vires* della BCE, ma soprattutto si riserva la possibilità di esercitare un successivo sindacato sull'esito del rinvio, secondo parametri costituzionali interni quali l'identità costituzionale e il principio di attribuzione.

L'impugnabilità dell'atto atipico oggetto del rinvio e la paventata possibilità che il tribunale *a quo* possa successivamente pronunciarsi contrariamente al sindacato della Corte sono le due problematiche attorno alle quali ruotano principalmente le questioni pregiudiziali. Proprio su questo aspetto, un'osservazione preliminare del governo italiano, mirante a far dichiarare alla Corte la propria incompetenza, offre invece il pretesto ai giudici di Lussemburgo per ribadire ulteriormente la natura vincolante per il giudice nazionale della sentenza emessa a titolo pregiudiziale (punto 16). L'argomentazione della Corte a riguardo si inserisce nel solco di una consolidata giurisprudenza che vede l'art. 267 TFUE imperniato su una rigida divisione di competenze tra giudice di rinvio, a cui spetta la valutazione dei fatti controversi, e Corte di giustizia, che è invece chiamata a pronunciarsi sulla validità dell'atto (punto 15). Si tratta di un tentativo ragionevole di composizione del potenziale conflitto tra corti attraverso l'assegnazione di una "presunzione di rilevanza" in capo al giudice *a quo* per le questioni che sottopone al giudice *ad quem* (punto 25). Sulla base dell'ampio margine di discrezionalità del tribunale rimettente nell'elaborazione della pronuncia pregiudiziale, la Corte risolve le eccezioni di irricevibilità per la natura ipotetica della lite. Non spetta quindi ai giudici di Lussemburgo di valutare la necessità o la conformità alle norme nazionali della decisione di rinvio, né lo stesso giudizio sulla rilevanza delle questioni; così come, implicitamente, non è nella sfera di competenza del giudice nazionale di procedere ad un secondo sindacato interpretativo sulla pronuncia pregiudiziale.

Trattando più specificamente il problema dell'inammissibilità della domanda pregiudiziale a motivo della natura preparatoria o della carenza di effetti giuridici dell'atto, è curioso rilevare come in un'ordinanza del 10 dicembre 2013 la Corte abbia ritenuto irricevibile un ricorso di 5000 firmatari sullo stesso atto in esame ([causa T-492/12](#)), in virtù del fatto che “les actes attaqués ne sont manifestement pas de nature à produire directement des effets sur la situation juridique des requérants.” (punto 34, causa T-492/12). Nelle sue conclusioni l'AG aveva rovesciato la posizione della precedente ordinanza – senza tuttavia farne mai menzione – facendo leva sia su un approccio anti-formalistico nel considerare le condizioni alla stregua delle quali un atto è capace di produrre effetti giuridici (punto 76 delle conclusioni dell'AG), sia sul ruolo che oggi giorno le strategie di comunicazione delle banche centrali avrebbero assunto quale strumento chiave nella conduzione della politica monetaria (punti 87-88, conclusioni dell'AG). Gli argomenti utilizzati dall'AG si prestano tuttavia a non poche critiche, come ad esempio quella secondo la quale sarebbe potenzialmente impugnabile di qualsiasi atto che anche solo annunci l'avvio dei lavori per una nuova disciplina normativa in praticamente ogni ambito di competenza delle istituzioni UE. La Corte peraltro si è ben guardata dal percorrere una simile strada ed ha preferito giustificare l'ammissibilità dei quesiti – anche a fronte della mancanza della normativa attuativa – in virtù della “tutela giurisdizionale preventiva” che il diritto tedesco ammette per i ricorsi nei procedimenti principali (punto 27).

Al rischioso riconoscimento di effetti giuridici agli atti preparatori, la Corte ha preferito optare per l'ammissibilità della domanda pregiudiziale qualora essa corrisponda “ad un bisogno oggettivo ai fini della soluzione delle controversie sottoposte a detto giudice” (punto 28), pur se riguardante misure non ancora attuate. Inoltre, l'autorizzazione al ricorso sulla base del diritto tedesco e della competenza del giudice di rinvio va vista ancora una volta nell'ottica della promozione di una positiva divisione dei ruoli, nel solco del principio di leale collaborazione. In conclusione la Corte rileva che la formulazione del rinvio è strutturata nei termini di un quesito pregiudiziale “interpretativo” che valuti la conformità dell'adozione di un programma di acquisto di titoli di Stato sui mercati secondari quale quello annunciato nel comunicato stampa (e non dell'atto-documento in sé) agli artt. 119, 123 par.1 e 127 par. 1 e 2, TFUE nonché degli artt. da 17 a 24 del Protocollo SEBC-BCE (punto 30). La risposta della Corte sulla ricevibilità del rinvio è dunque positiva.

Per quanto concerne le questioni di merito, la Corte riduce i numerosi e articolati quesiti del giudice rimettente in due più ampie domande. La prima attiene alla conformità del programma OMT con le attribuzioni del SEBC in materia di politica monetaria. La seconda riguarda più nello specifico la compatibilità dell'acquisto di titoli sui mercati secondari con il divieto di finanziamento monetario del debito contenuto nell'art. 123, par. 1, TFUE.

Rispondendo al primo quesito, la Corte passa diffusamente in rassegna le competenze delle istituzioni UE in materia di politica monetaria, rilevando che spetta al SEBC la definizione e alla BCE l'attuazione in concreto di tale politica, ai sensi dell'art. 127, par. 2, TFUE. Se pure il TFUE “non contiene alcuna definizione precisa della politica monetaria” (punto 42), essa deve comunque essere diretta all'obiettivo principale di mantenimento della stabilità dei prezzi, all'interno dei limiti e dei poteri previsti dal diritto primario. È questo il “mandato chiaro” e specifico di cui parla la Corte al punto 44 della sentenza. L'elencazione dettagliata delle prerogative in materia di politica monetaria è

funzionale a inquadrare il quesito nella sua portata generale, e cioè se l'adozione di misure quali quelle contenute nel comunicato stampa possano rientrare nelle funzioni di definizione e attuazione della politica monetaria, attribuite dai Trattati al sistema SEBC-BCE.

Nel giudicare se il programma OMT rientri nella politica monetaria o in quella economica, la Corte applica il *test* del caso *Pringle* che prevede l'analisi della conformità di obiettivi e strumenti della misura in esame alle finalità ultime della politica monetaria (sentenza *Pringle*, C-370/12, punto 55). In questo senso, l'obiettivo principale del programma, vale a dire la riattivazione del meccanismo di trasmissione della politica monetaria, persegue lo scopo più ampio di preservare il carattere di "unicità" di tale politica, previsto dall'art. 119, par. 2, TFUE (punto 47). Allo stesso modo i mezzi previsti dal programma, vale a dire l'acquisto di titoli sui mercati secondari, rientrano tra le operazioni previste per il SEBC dal diritto primario, orientate all'assolvimento del mandato di mantenimento della stabilità dei prezzi ai sensi dell'art. 18, par. 1 del Protocollo SEBC-BCE (punto 54). Significativo al riguardo è il confronto con gli obiettivi del MES oggetto del giudizio nel caso *Pringle*. Al contrario del programma OMT, le finalità del MES erano espressamente rivolte a preservare la stabilità dell'Eurosistema, obiettivo indiscutibilmente legato alla politica economica dell'Unione. La Corte riconosce che un programma di acquisto di titoli di Stato possa avere degli effetti incidentali in materia di politica economica, ma esclude che tali "incidenze indirette" permettano a un provvedimento del genere di essere equiparato a una misura di politica economica (punto 59). L'esito del *test Pringle* è pertanto positivo, nel senso che obiettivi e strumenti del programma risultano conformi alle finalità della politica monetaria (punto 56).

È interessante rilevare come, al riguardo, la Corte non segua l'opinione dell'AG circa l'inconciliabilità tra le due posizioni della BCE, quella di parte attiva della Troika all'interno dei programmi di assistenza dell'Unione (che rientrano nelle misure di politica economica) e quella di autorità che attuerebbe l'acquisto di titoli previsto dal programma OMT, esercitando invece poteri di politica monetaria. La Corte ha deciso di rimanere silente sul tema, probabilmente non condividendo l'opinione di violazione della terzietà dell'autorità monetaria prospettata dall'AG. Una posizione del genere si evince inoltre dal giudizio positivo della Corte sulla condizionalità del programma e dal frequente riferimento al sostegno del SEBC alle politiche economiche generali dell'Unione ai sensi degli artt. 119, par. 2 TFUE, 127, par. 2 TFUE e 282, par. TFUE.

Prima di occuparsi dell'altro quesito, come da essa riformulato, la Corte si concede un intermezzo sul rispetto del principio di proporzionalità, di cui all'art. 5, par. 4, TUE. Tale principio, com'è noto, impone un esame delle azioni di istituzioni UE, affinché non eccedano "i limiti di quanto è necessario per raggiungere questi obiettivi" (punto 67). L'esame di proporzionalità deve però tener conto dell'ampio potere discrezionale accordato dai Trattati alla BCE e giustificato sulla base della natura altamente tecnica della materia di cui si occupa (punto 68). La BCE è comunque soggetta al rispetto di alcune garanzie procedurali, quali la chiara esposizione dell'*iter* logico della decisione e l'obbligo di motivazione della stessa (punti 68 e 69). La Corte di fatto accoglie l'argomentazione della BCE, affermando che il Consiglio direttivo era ben consapevole al momento dell'adozione dell'atto che esso avrebbe contribuito all'obiettivo di riattivazione del meccanismo di trasmissione della politica monetaria, e quindi di mantenimento della stabilità dei prezzi (punto 80). Tale assunto sarebbe in un certo senso dimostrato empiricamente dal fatto che il semplice annuncio abbia poi ottenuto l'effetto ricercato (punto 79).

Il vero nodo critico che riguarda la proporzionalità è piuttosto la portata potenzialmente illimitata del programma di acquisto di titoli, principale motivo di preoccupazione dei ricorrenti (e del governo tedesco) e che il BVerfG ha avuto "premura" di inserire all'interno della



domanda pregiudiziale. La Corte, anche qui accogliendo la posizione della BCE, rileva al contrario che sussistono dei limiti all'interno delle misure contestate, ovverosia quelle restrizioni all'acquisto dei titoli presenti nel comunicato. Oggetto delle operazioni di mercato aperto sono infatti i soli titoli di Stato con scadenza inferiore ai tre anni, mentre i destinatari sono i soli Stati soggetti a programmi di aggiustamento macroeconomico all'interno del quadro EFSF/MES, e che abbiano ancora accesso al mercato nonostante la situazione economica precaria (punto 87). Il volume complessivo delle operazioni porta la Corte a non giudicare il programma OMT sproporzionato rispetto agli obiettivi legittimi perseguiti, anche sulla base del fatto che la condizionalità impone una selezione mirata e non arbitraria degli Stati membri che usufruiscono dell'azione del sistema SEBC/BCE.

L'ultimo quesito, come riformulato dalla Corte, riguarda, come detto in precedenza, il contestato aggiramento del divieto di assistenza finanziaria del SEBC agli Stati membri. Il BVerfG ha sostenuto nel provvedimento di rinvio come l'acquisto di *bond*, anche se sul mercato secondario, costituirebbe una violazione di tale divieto. La Corte precisa anzitutto come le operazioni sui mercati finanziari della BCE siano permesse dall'art. 18, par. 1 Statuto SEBC-BCE (punto 96). Anche se il SEBC non acquisterebbe titoli di Stato solo sui mercati secondari (e non direttamente) è pur vero che operazioni del genere potrebbero avere effetti equivalenti all'acquisto diretto, palesando dunque un forte dubbio di legittimità delle misure (punti 102-103). La Corte, pertanto, è chiamata a verificare che il programma scongiuri in realtà tale rischio. Per far ciò, adotta un particolare *test* di compatibilità per il sindacato di conformità all'art. 123, par. 1, TFUE. È proprio la BCE ad aver addotto nelle proprie osservazioni scritte solidi argomenti tali da rassicurare la Corte: l'applicazione del programma, e quindi l'intenzione di acquistare titoli da parte della BCE, non sarebbe annunciata con eccessivo anticipo e allo stesso modo sarebbe previsto un certo termine di tempo ragionevole tra la vendita di titoli sul mercato primario da parte dello Stato e l'acquisto di essi sul mercato secondario da parte della BCE TFUE (punti 106-107). Tali garanzie offerte dalla BCE si uniscono a quella assicurata dalla già citata condizionalità del provvedimento. La *ratio* della norma sul divieto di finanziamento è quella di disincentivare gli Stati membri dal perseguire politiche di bilancio imprudenti. Il fatto di agganciare il programma OMT al sistema EFSF/MES, oltre alla già citata natura limitata delle misure contestate, non sottrarrebbero gli Stati membri dal condurre una politica di bilancio avveduta. Occorre inoltre constatare come, in risposta al rilievo del BVerfG circa il forte rischio di perdite a cui si esporrebbe la BCE in caso di applicazione del programma, la Corte riconosca che, in virtù del compito delicato di cui è investita, l'istituzione monetaria dell'Ue sia autorizzata a volte a prendere tali rischi, purché siano sempre finalizzati alla realizzazione del proprio mandato (punto 125).

La pronuncia della Corte risulta particolarmente saggia nell'evitare il confronto provocatorio che invece pareva essere volutamente ricercato dalla Corte federale tedesca. Nel complesso mostra una notevole apertura alla cooperazione attiva tra Corti e, in tale ambito, questa sentenza potrebbe segnare una tappa importante capace di inaugurare una nuova stagione di collaborazione tra giudice nazionale e giudice dell'Unione. Sarà interessante vedere la reazione della Corte di Karlsruhe, anche se qualsiasi opposizione a una pronuncia così bilanciata risulterebbe particolarmente artificiosa e capziosa.

GERARDO FORTUNA





Dottorato di ricerca in Ordine internazionale e diritti umani, Sapienza, Università di Roma - Intercenter, Università di Messina

## Ordine internazionale e diritti umani

International Legal Order and Human Rights  
Ordenamiento Jurídico Internacional y Derechos Humanos  
Ordre juridique international et Droits de l'Homme

### OSSERVATORIO SU DIRITTO INTERNAZIONALE PRIVATO E DIRITTI UMANI N. 3/2015

#### 1. LA CASSAZIONE SI PRONUNCIA SULL'ILLEGITTIMITÀ DEL DIVORZIO IMPOSTO: EFFETTI DEL MATRIMONIO *OMOSEX* VALIDI A TEMPO DETERMINATO?

Corte di Cassazione, sez. I civ., sentenza 21 aprile 2015, n. 8097, Pres. Luccioli, Rel. Acierio.

Particolarmente dibattuto in Italia è il tema delle unioni matrimoniali *samesex* attesa l'assenza, all'interno del nostro ordinamento, di una regolamentazione legislativa (v. F. MARONGIU BUONAIUTI, *Il riconoscimento dei matrimoni tra persone dello stesso sesso secondo un provvedimento recente del Tribunale di Grosseto*, in questa *Rivista*, 2014, p. 403 ss.; ID., *Il riconoscimento dei matrimoni e delle unioni tra persone dello stesso sesso alla luce dei più recenti sviluppi della giurisprudenza costituzionale*, *ivi*, 2014, p. 629 ss.)

A sostegno della necessità di interventi legislativi volti a colmare la rilevata carenza normativa si è pronunciata la Corte di Cassazione, con sentenza n. 8097, depositata il 21 aprile 2015, la quale lascia intatti gli effetti civili del matrimonio tra due soggetti dello stesso sesso che al momento della costituzione del vincolo erano di sesso differente.

La fattispecie da cui origina l'ipotesi di divorzio imposto prende le mosse dallo scioglimento automatico del vincolo matrimoniale a seguito della rettifica di attribuzione di sesso di uno dei coniugi - autorizzata dal Tribunale di Bologna - ai sensi dell'art. 4 della legge 164 del 1982 (in *G.U.* del 19 aprile 1982, n. 106) e dell'art. 31 del d.l. n. 150/2011 (in *G.U.* del 21 settembre 2011, n. 220). Secondo tali norme, l'autorità giudiziaria che accoglie la richiesta di rettifica del genere sessuale impone all'Ufficiale di stato civile del Comune di registrazione dell'atto di nascita la modifica del relativo registro; tale rettifica comporta lo scioglimento del matrimonio e la conseguente cessazione degli effetti civili - come dettato dall'art. 4 della legge n. 164/1982 e dell'art. 31 del d.l. n. 150/2011 - da annotare a margine dell'atto di matrimonio (D.P.R. n. 396/2000, art. 69, in *G.U.* del 30 dicembre 2000, n. 303).

La coppia di coniugi ha presentato ricorso al Tribunale di Modena chiedendo la correzione dell'atto ed ottenendo una pronuncia favorevole ma, nonostante l'accoglimento della richiesta, il Ministero dell'Interno ha negato la prescritta correzione ritenendo che avrebbe condotto a «mantenere in vita un rapporto privo del suo indispensabile presupposto di legittimità, ovvero la diversità sessuale dei coniugi».

La Corte di Appello di Bologna, a cui il Ministero dell'Interno propose reclamo, sostenne invece la legittimità della annotazione eseguita dall'Ufficiale di stato civile.

I giudici di secondo grado, chiamati a pronunciarsi sulla questione, hanno motivato la decisione evidenziando l'assenza, nel caso di specie, della necessaria complementarità tra l'aggiornamento c.d. anagrafico - nome declinato al femminile - e l'aggiornamento dei registri di stato civile; secondo la Corte d'Appello bolognese, mancava così il presupposto caratterizzante l'unione matrimoniale identificabile nella diversità sessuale tra i coniugi.

I coniugi proposero, quindi, ricorso alla Corte di Cassazione che, con l'ordinanza del 6 giugno 2013 n. 14329, ha sospeso il giudizio e disposto la trasmissione degli atti alla Corte Costituzionale.

La Suprema Corte ha ravvisato nella pronuncia giudiziaria del precedente grado di giudizio una sorta di "divorzio imposto" dal legislatore per le seguenti ragioni: l'istituto del matrimonio si fonda sul consenso che deve ricorrere in tutte le vicende che lo riguardano; lo scioglimento del matrimonio non è stato, nella fattispecie di cui si discorre, oggetto di pronuncia da parte di una autorità giudiziaria venendo così meno i principi di ordine pubblico che regolano l'istituto di cui alla legge n. 898/1970; il vincolo è sorto precedentemente rispetto alla scelta di mutamento di sesso.

La Corte Costituzionale, con la pronuncia n. 170/2014 (in *G.U.* del 18 giugno 2014, n. 26, sulla quale si veda, in questo *Osservatorio* il precedente scritto di F. MARONGIU BUONAIUTI, *Il riconoscimento dei matrimoni e delle unioni tra persone dello stesso sesso alla luce dei più recenti sviluppi della giurisprudenza costituzionale*, cit.), si è espressa per l'illegittimità costituzionale delle norme di cui sopra ritenendo l'unione (di cui le parti chiedono il mantenimento degli effetti civili) tutelabile, ex art. 2 Cost., quale formazione sociale, nonostante l'intervenuto mutamento di sesso di uno dei componenti della coppia, in conformità alla volontà dei coniugi. La dottrina costituzionalistica ha valutato tale sentenza come additiva di principio poiché indica "il nucleo di diritti da proteggere" (V. A. RUGGERI, *Il Matrimonio "a tempo" del transessuale: una soluzione obbligata e...impossibile?*, su [www.giurcost.org](http://www.giurcost.org); G. BRUNELLI, *Quando la Corte costituzionale smarrisce la funzione di giudice dei diritti: la sentenza n. 170 del 2014 sul c.d. "divorzio imposto"*, [www.forumcostituzionale.it](http://www.forumcostituzionale.it)).

La causa è stata riassunta dinanzi alla Corte di Cassazione che, nell'auspicare il riempimento del vuoto normativo ha, contestualmente, precisato che la regolamentazione normativa non deve necessariamente tendere alla legittimazione delle unioni *samesex* ma piuttosto evitare che si verifichino condizioni di indeterminatezza, ritenute costituzionalmente intollerabili. I giudici hanno accolto il ricorso dichiarando l'illegittimità dell'annotazione della cessazione degli effetti civili del matrimonio e disponendone la cancellazione.

La Corte di Cassazione ha ritenuto giustificato mantenere in questo modo in vigore gli effetti del vincolo matrimoniale solo fintantoché non sarà adottata una disciplina apposita delle unioni tra persone dello stesso sesso, secondo quanto indicato dalla Corte costituzionale nella sentenza n. 170/2014 – la Cassazione (a p. 17 nel testo della sentenza in esame così come scaricabile dal sito [www.cortedicassazione.it](http://www.cortedicassazione.it)) precisa che "la conservazione dello statuto dei diritti e dei doveri propri del modello matrimoniale è, pertanto, sottoposta alla condizione temporale risolutiva costituita dalla nuova regolamentazione indicata nella sentenza".

La questione, oggetto dell'*iter* giudiziario brevemente tracciato, crea delle inevitabili risonanze con l'ordine pubblico derivante dall'insieme dei principi e dei valori essenziali del nostro ordinamento; tali valori sono desumibili dalle norme costituzionali nonché dai principi dell'ordinamento internazionale a cui l'Italia è tenuta ad uniformarsi in tema di rispetto dei diritti umani.

I parametri costituzionali lesi dal c.d. “divorzio imposto” sono quelli indicati negli artt. 2, 3, 24 e 29 della Costituzione; i principi violati, a livello internazionale, sono quelli contenuti negli artt. 6, 8, 12, e 14 della CEDU e agli artt. 7, 9, 20 e 21 della Carta dei diritti fondamentali della U.E.

La Corte di giustizia dell'Unione europea ha, con svariati tentativi, provato a ricomporre i principi dell'Unione che potessero dar vita ad un concetto di ordine pubblico europeo (Corte di giustizia delle Comunità europee, sentenza 1° giugno 1999, causa C-126/97, *Eco Swiss China Time Ltd c. Benetton International NV*, in *Raccolta*, p. I-3055; in tale sentenza i giudici valutano come “cogenti” delle norme che regolano la concorrenza, a tal proposito cfr. B. NASCIMBENE, *Riconoscimento di sentenza straniera ed “ordine pubblico europeo”*, in *Riv. dir. priv. proc.*, 2002, p. 659; inoltre, L. S. ROSSI, *L'incidenza dei principi del diritto comunitario sul diritto internazionale privato dalla “comunitarizzazione” alla “costituzionalizzazione”*, in *Riv. dir. priv. proc.*, 2004, p. 63 ss.; C. FIORAVANTI, *Ordine pubblico e «incompatibilità manifesta» per le convenzioni di diritto internazionale privato uniforme*, in *Annali dell'Università di Ferrara*, 1999, V, p. 49 ss.). Questo intento ha ispirato il Parlamento europeo, che ha tentato di formulare tale concetto in una norma contenuta nell'art. 24 del testo allegato alla propria posizione sulla proposta di Regolamento del Parlamento europeo e del Consiglio sulla legge applicabile alle obbligazioni extracontrattuali (“Roma II”) del 6 luglio 2005, la quale recava in proposito specifici riferimenti ai diritti fondamentali come tutelati dalla CEDU nonché dichiarava espressamente incompatibili con l'ordine pubblico così configurato leggi che prevedessero la condanna a *punitive damages*. Come è noto, tale tentativo è rimasto senza successo, dato che tali precisazioni, non approvate dal Consiglio, non figurano nel testo definitivo del regolamento “Roma II” (Regolamento (CE) n. 864/2007 del Parlamento europeo e del Consiglio dell'11 luglio 2007 sulla legge applicabile alle obbligazioni extracontrattuali, in *GUUE*, L 199 del 31 luglio 2007, p. 40 ss., art. 26).

Per “ordine pubblico europeo” si può intendere sia l'ordine pubblico proprio del sistema giuridico dell'Unione europea, sia l'ordine pubblico del sistema di tutela della CEDU, sia i valori giuridici che accomunano i diversi Paesi europei (B. NASCIMBENE, *Riconoscimento di sentenza straniera e “ordine pubblico europeo”*, in *Riv. dir. int. priv. proc.*, 2001, p. 659 ss.; O. FERACI, *L'ordine pubblico nel diritto dell'Unione europea*, Milano, 2012, p. 99 ss.), ma proprio per la pluralità e variabilità di queste diverse concezioni, una c.d. positivizzazione dello stesso appare, ad oggi, ancora lontana attesa la difficoltà di omogeneizzazione delle discipline nazionali, in particolare rispetto al diritto di famiglia, dei diversi Stati dell'U.E..

La CEDU - che nella gerarchia delle fonti del nostro ordinamento giuridico, si colloca tra le norme costituzionali e la legge ordinaria quale norma c.d. “interposta” (come stabilito dalle sentenze della Corte Costituzionale del 24 ottobre 2007, n. 348 e del 24 ottobre 2007, n. 349, su [www.cortecostituzionale.it](http://www.cortecostituzionale.it), le quali, dette “sentenze gemelle”, regolano i rapporti tra la CEDU e l'ordinamento italiano confrontando il modo di atteggiarsi dei rapporti tra ordinamento dell'U.E. e l'ordinamento interno; cfr. L. GAROFALO, *Obblighi internazionali e funzione legislativa*, Torino, 2009) - nell'ambito del catalogo dei propri diritti comprende due disposizioni espressamente dedicate alla tutela della famiglia: si tratta degli artt. 8 e 12.

La Carta dei diritti fondamentali dell'U.E. - che riveste il medesimo valore giuridico dei trattati come disposto dall'art. 6 del TUE - riconosce la rilevanza della famiglia, formazione sociale primaria, impegnandosi a tutelare il diritto alla costituzione e conservazione dei rapporti familiari. Va peraltro precisato che, da un'analisi dei soggetti titolari di diritti riconosciuti nella Carta, non viene considerata la famiglia in quanto tale - come invece accade per le altre formazioni sociali - ma essa viene presa in considerazione

“in via mediata” quale proiezione collettiva di diritti che sono pur sempre concepiti come individuali (Cfr. R. BIFULCO, M. CARTABIA, A. CELOTTO, *L'Europa dei diritti. Commento alla Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea*, Bologna, 2011, p. 15).

All'epoca in cui il testo della convenzione è stato redatto, l'espressione “vita familiare”, di cui all'art. 8 CEDU, era probabilmente riferita alla vita all'interno della famiglia fondata sul matrimonio tra eterosessuali. L'associazione, in seno a tale articolo, della vita familiare alla vita privata, d'altra parte, lasciava intendere sulla base del solo dato testuale che l'art. 8 fosse destinato specificamente alla tutela del diritto individuale al rispetto della propria vita familiare.

L'art. 8 rileva al fine della configurazione di un diritto al ricongiungimento familiare oltre che della tutela del rispetto della vita familiare, della vita privata e della corrispondenza; l'art. 12 è rivolto alla tutela del diritto di sposarsi e costituire una famiglia e, come l'art. 7 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea, il diritto al rispetto della propria vita familiare appare strutturato quale diritto dell'individuo (cfr. V. ZAGREBELSKY, *Famiglia e vita familiare nella Convenzione europea dei diritti umani*, in M.C. ANDRINI (a cura di), *Un nuovo diritto di famiglia europeo*, Padova, 2007, p. 115 ss. L'Autore sottolinea come la prospettiva dell'art. 8 sia diversa da quella espressa dall'art. 29 della Costituzione italiana, ove il punto di riferimento dei diritti riconosciuti (pur non espressi) è direttamente la famiglia come formazione sociale e che, semmai, è la struttura dell'art. 2 della Costituzione che si avvicina a quella dell'art. 8 della Convenzione. Non contiene, infatti, il testo convenzionale un articolo analogo all'art. 16, par. 3, della Dichiarazione universale dei diritti dell'uomo, secondo cui: «la famiglia è l'elemento naturale e fondamentale delle società e ha diritto alla protezione della società e dello Stato». V. anche G. OBERTO, *La tutela dei diritti fondamentali nelle Corte costituzionali, ovvero del difficile dialogo tra Carte e Corti*, in *Il diritto di famiglia e delle persone*, 2013, p. 221).

In particolare, volendo procedere all'individuazione della definizione di vita familiare, per poter valutare come vi rientri anche l'unione tra omosessuali, non può non tenersi in debito conto il fatto che il testo della convenzione dedichi, con l'art. 12, una specifica disposizione al diritto di sposarsi e fondare una famiglia.

Per meglio contestualizzare i dettati dell'art. 8 e dell'art. 12 della CEDU è necessaria la lettura combinata con l'art. 9 della Carta dei diritti fondamentali dell'U.E. che, affermando il diritto dell'individuo al matrimonio e alla costituzione di una famiglia, offre tutela anche a forme di unione diverse da quella matrimoniale tra eterosessuali. Ciò deriva dal rinvio che le disposizioni richiamate effettuano alla legislazione dei singoli Stati in ossequio alla consapevolezza della diversità delle culture che determinano l'assetto di tutela, in particolare, sulla base di diverse concezioni di natura etica (la cogenza del principio di riserva nazionale è stata ribadita dalla Corte Costituzionale nella *cit.* sentenza n. 138/2010 a proposito di matrimonio omosessuale: «ai fini della presente pronuncia si deve rilevare che l'art. 9 della Carta, nell'affermare il diritto di sposarsi rinvia alle leggi nazionali che ne disciplinano l'esercizio»).

La Corte EDU, in occasione dei singoli casi sottoposti alla sua attenzione, ha avuto cura di evidenziarne gli ampi confini e di definirne la portata (con riferimento particolare alla nozione di “vita familiare”, in dottrina è stata sottolineata la criticità legata all'approccio casistico e spesso non unitario adottato dalla Corte di Strasburgo. Cfr. L. DE GRAZIA, *Il diritto al rispetto della vita familiare nella giurisprudenza degli organi di Strasburgo: alcune considerazioni*, in *Dir. pub. comp. eur.*, 2002, p. 1069 ss.) nell'alveo delle nozioni di “vita privata” e “vita familiare”; la Corte ha proceduto a riconoscere tutela ad una serie di diritti

che, a ben vedere, non trovano immediata rispondenza nella lettera della disposizione, e che risultano essere l'esito di un progressivo percorso scandito dall'interpretazione evolutiva del testo convenzionale. In particolare, volendo procedere all'individuazione della definizione di vita familiare, per poter valutare come vi rientri anche l'unione tra omosessuali, non può non tenersi in debito conto il fatto che il testo della convenzione dedichi, con l'art. 12, una specifica disposizione al diritto di sposarsi e fondare una famiglia (Per un inquadramento della nozione di vita familiare nella giurisprudenza della Corte di Strasburgo, G. FERRANDO, *Matrimonio e famiglia: la giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo ed i suoi riflessi nel diritto interno*, in G. IUDICA, G. ALPA (a cura di), *Costituzione europea e interpretazione della Costituzione italiana*, Napoli, 2006, p. 131 ss.; F. BIONDI, *L'unità familiare nella giurisprudenza della Corte costituzionale e delle Corti europee (in tema di ricongiungimento familiare e di espulsione degli stranieri extracomunitari)*, in N. ZANON (a cura di), *Le Corti dell'integrazione europea e la Corte costituzionale italiana, Avvicinamenti, dialoghi, dissonanze*, Napoli, 2006, p. 63 ss.; S. PATTI, *La Famiglia*, in S. PANUZIO (a cura di), *I diritti fondamentali e le Corti in Europa*, Napoli, 2005, p. 493 ss).

La giurisprudenza della Corte EDU ha assegnato al concetto di vita familiare un valore autonomo con un ambito di applicazione ben più ampio del rapporto fondato esclusivamente sul matrimonio. L'esistenza di un matrimonio determina quasi in maniera automatica, l'affermazione della sussistenza di una "vita familiare".

La giurisprudenza della Corte si è particolarmente soffermata sulla nozione di "ingerenza" e la disposizione dell'art. 8 CEDU ha dato origine ad una copiosa giurisprudenza che, applicando una pluralità di metodi esegetici propri della Convenzione, ha circoscritto un insieme di "standard europei" di tutela della famiglia (Corte EDU, sentenza del 5 gennaio 2010, *Jaremonicz c. Polonia*, n. 24023/03, sul sito [www.hudoch.echr.coe.int](http://www.hudoch.echr.coe.int)). In questa sentenza la Corte europea dei diritti dell'uomo, sottolinea le affinità, ma anche le differenze "strutturali" tra il diritto a contrarre matrimonio garantito dall'art. 12 CEDU e il diritto al rispetto della vita familiare di cui all'art. 8 CEDU. Dall'analisi della giurisprudenza relativa all'art. 8 CEDU, emerge, in primo luogo che, ricorrendo alla teoria degli "obblighi positivi", la Corte di Strasburgo ha affiancato al mero divieto di ingerenza nel rispetto della vita privata e familiare, sancito dalla lettera della disposizione l'obbligo per gli Stati di adottare misure di promozione in merito e di proteggere tale sfera da aggressioni di soggetti privati (si veda L. TOMASI, *Famiglia e standard internazionali di protezione dei diritti fondamentali, con particolare riguardo alla CEDU*, in *Dir. pub. comp. eur.*, 2010, p. 427 ss.).

La Corte di Strasburgo si è pronunciata in diverse occasioni a favore dei diritti dei transessuali (Corte EDU, *Grant c. Regno Unito*, sentenza del 23 maggio 2006, ricorso n. 32570/03. Visibile su [www.hudoch.echr.coe.int](http://www.hudoch.echr.coe.int)) condannando gli Stati contraenti che violano ingiustificatamente i diritti connessi alla vita privata dell'individuo.

In senso limitativo della discrezionalità degli Stati membri rileva anche la sentenza *H. c. Finlandia* (Corte EDU, *H. c. Finlandia*, 13 novembre 2012, ricorso n. 37359/09, visibile su [www.hudoch.echr.coe.int](http://www.hudoch.echr.coe.int)) in cui la Corte di Strasburgo ha evidenziato una violazione dei diritti umani da parte della Suprema Corte finlandese che ha deciso per il "declassamento" da matrimonio a *partnership* registrata di una coppia- a seguito del mutamento di sesso del marito- contro la propria volontà.

La medesima linea di interpretazione evolutiva è stata scelta anche dalla Corte di Giustizia europea che già nella pronuncia *P. c. S. e Cornwall County Council* (Corte di giustizia delle Comunità europee, *P. c. S. e Cornwall County Council*, sentenza del 30 aprile 1996, causa



C-13/94, visibile sul sito [www.curia.europa.eu](http://www.curia.europa.eu)) ha scelto una lettura della direttiva 76/207 (Direttiva 76/207/CEE del Consiglio, del 9 febbraio 1976, *G.U.C.E.* del 5 ottobre 2002, n. L 269) relativa all'attuazione del principio della parità di trattamento fra gli uomini e le donne per quanto riguarda l'accesso al lavoro, alla formazione e alla promozione professionali e le condizioni di lavoro) che estende i diritti regolati anche ai transessuali, nel caso di specie sulle condizioni lavorative, ravvedendo nel diritto di mutare sesso un diritto fondamentale della persona.

La Corte di Giustizia dell'U.E. è ritornata a pronunciarsi in tema di previdenza sociale (Corte di giustizia delle Comunità europee, *K.B. c. National Health Service Pensions Agency, Secretary of State for Health*, sentenza del 7 gennaio 2004, causa C-117/01, visibile sul sito [www.curia.europa.eu](http://www.curia.europa.eu)), specificamente sul diritto alla pensione di reversibilità, per il coniuge superstite di una coppia omosessuale divenuta eterosessuale a seguito del mutamento di sesso di uno dei coniugi. La coppia aveva deciso di adire la *Court of Appeal* che ha rimesso la questione alla Corte di Giustizia; quest'ultima ha ritenuto la legislazione del Regno Unito, per la negazione del diritto al coniuge superstite, in contrasto con l'art. 141 CE nonché con la direttiva 75/117/CE (Direttiva 75/117/CEE del Consiglio, del 10 febbraio 1975, *G.U.C.E.* del 19 febbraio 1975, n. L 045, per il ravvicinamento delle legislazioni degli Stati membri all'applicazione del principio della parità delle retribuzioni tra i lavoratori di sesso maschile e quelli di sesso femminile).

Nella pronuncia *Richards c. Secretary of State for Work and Pensions* (Corte di giustizia delle Comunità europee, *Richards c. Secretary of State for Work and Pensions*, sentenza del 27 aprile 2006, causa C-423/04, visibile sul sito [www.curia.europa.eu](http://www.curia.europa.eu)), la Corte di Giustizia ha interpretato l'art. 4, n.1, della direttiva 79/7 (Direttiva 79/7/CEE del Consiglio del 19 dicembre 1978, *G.U.C.E.* del 10 gennaio 1979, n. L 006) sull'attuazione del principio di parità di trattamento tra gli uomini e le donne estendendo anche al soggetto che ha scelto il genere sessuale femminile il trattamento pensionistico riservato alle donne. I giudici hanno condannato quindi il Regno Unito per «derogare al principio di parità di trattamento tra uomini e donne» considerato che tale trattamento, in base al regime pensionistico, «pregiudichi i diritti dei transessuali». Emerge così la rilevata tendenza evolutiva seguita dalla Corte EDU e dalla Corte di giustizia rispetto all'interpretazione delle citate disposizioni della CEDU e della Carta dei diritti fondamentali dell'U.E.

La giurisprudenza italiana ha, seppure con pronunce c.d. “prudenti”, tenuto in debito conto la consolidata giurisprudenza delle Corti internazionali nonché le normative degli altri stati membri. In questo filone si inserisce anche la sentenza in esame della Corte di Cassazione, nella quale la Suprema Corte, “in attesa dell'intervento del legislatore” ha optato per una soluzione di carattere salomonico: ha deciso per la conservazione del vincolo coniugale tra i ricorrenti ma, allo stesso tempo, ha precisato la “temporaneità” di questa condizione in attesa della definizione, da parte del legislatore nazionale, di un modello di diverso modello di unione, quale la convivenza registrata.

MONICA DI MONTE