



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 maggio 2015

N. 2/2015

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. 2/2015, 15 MAGGIO 2015

ARTICOLI

JEAN-PAUL COSTA, *L'adhésion de l'Union européenne à la Convention européenne des droits de l'homme: un rêve impossible?*, pp. 234-240.

PAUL TAVERNIER, *La Cour de Strasbourg et le principe de proportionnalité. La jurisprudence récente concernant la France*, pp. 241-249.

JAVIER A. GONZALEZ VEGA, *Pasado, presente... ¿Y futuro? Del respeto del los derechos humanos en el Sahara Occidental: apuntes desde España*, pp. 250-272.

ROBERTO GIUFFRIDA, *L'immunità dei beni degli Stati dalla giurisdizione esecutiva e cautelare nel diritto internazionale e italiano*, pp. 273-287.

MICHELE MESSINA, *La libertà di circolazione e accesso al lavoro dei cittadini dei nuovi Stati membri UE e dei loro familiari: uno degli ultimi baluardi della discriminazione in base alla nazionalità tra cittadini dell'Unione*, pp. 288-312.

DANIELA FANCIULLO, *Le garanzie procedurali per le persone vulnerabili indagate o imputate nei procedimenti penali nel diritto dell'Unione europea: stato attuale e prospettive future*, pp. 313-336.

LUIGI PROSPERI, *Ricevibilità ed efficacia giuridica della dichiarazione di accettazione della giurisdizione della Corte penale internazionale da parte della Palestina*, pp. 337-357.

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

OSSERVATORI

Corte penale internazionale (a cura di MARINA MANCINI).

1. MARINA MANCINI, *Adesione della Palestina allo Statuto di Roma e dichiarazione di accettazione della giurisdizione della Corte penale internazionale*, pp. 358-362.

Consiglio di sicurezza (a cura di RAFFAELE CADIN).

1. RAFFAELE CADIN, *Considerazioni generali e prove di ricostruzione, sotto gli auspici del Consiglio di sicurezza, della "cortina d'acqua" tra sponda Sud e Nord del Mediterraneo*, pp. 363-370.
2. LUIGI ZUCCARI, *Il regime sanzionatorio istituito dal Consiglio di Sicurezza in Libia: un modello potenzialmente innovativo reso inefficace dalla situazione di anarchia*, pp. 371-379.

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

1. CRISTIANA CARLETTI, *Diritto al cibo, tra accessibilità e giustiziabilità. Il contributo del Relatore Speciale delle Nazioni Unite al dibattito sul tema*, pp. 380-388.

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

1. MICHELE DE SALVIA, *Arrêt du 3 octobre 2014, Jeunesse c. Pays-Bas*, pp. 389-393.
2. MICHELE DE SALVIA, *Arrêt du 4 novembre 2014, Tarakbel c. Suisse*, pp. 394-400.
3. MICHELE DE SALVIA, *Arrêt du 20 novembre 2014, Jaloud c. Pays-Bas*, pp. 401-404.

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

1. MARIADOMENICA ALAGNA, *La Corte europea dei diritti dell'uomo qualifica gli atti di Genova come tortura*, pp. 405-408.
2. FRANCESCA PERRINI, *La Corte europea dei diritti dell'uomo condanna l'Italia per violazione del principio nullum crimen, nulla poena sine lege*, pp. 409-410.

3. ANDREA CHIAPPINI, *Le sezioni unite della Corte di Cassazione si allineano definitivamente alla giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo in tema di occupazione acquisitiva*, pp. 411-414.
4. FLAVIO DEL SOLDATO, *Risarcimento del danno non patrimoniale per violazione del diritto di proprietà: un'interpretazione «convenzionalmente orientata» proposta dal Tribunale di Vercelli*, pp. 415-417.
5. PIERLUIGI NAVARRO, *Il Tribunale di Varese applica i principi affermati dalla giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo per colmare un vuoto normativo dell'ordinamento interno*, pp. 418-420.
6. GAIA CALAFIORE, *L'attuazione dello schema delle sentenze gemelle si aggrava con la sentenza n 49 della Corte costituzionale del 26 marzo 2015*, pp. 421-427.

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

1. MICHELE MESSINA, *La Corte di giustizia esclude che la condanna ad una pena detentiva o il congedo con disonore, in conseguenza di un rifiuto sopraggiunto di prestare servizio militare in un conflitto, possa costituire un atto di persecuzione ai fini della concessione dello status di rifugiato*, pp. 428-432.

Diritto della bioetica (a cura di LUCA MARINI).

1. LUCA MARINI, ISABELLA APREA, *Orientamento sessuale vs. comportamento sessuale: il divieto di donare il sangue per i men who have sex with men*, pp. 433-439.



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

JEAN-PAUL COSTA *

L'ADHESION DE L'UNION EUROPEENNE A LA CONVENTION EUROPEENNE DES DROITS DE L'HOMME: UN REVE IMPOSSIBLE? **

SOMMAIRE: 1. Introduction. - 2. La naissance de l'idée d'adhésion. - 3. L'idée d'adhésion se précise, une première fois. - 4. L'adhésion, un phénix? - 5. Un Traité ne fait pas le printemps... - 6. L'avis 2/13, une diabolique surprise? - 7. L'avenir d'une illusion? - 8. Pour conclure.

1. Introduction

L'adhésion des Communautés européennes, puis de la Communauté, puis de l'Union européenne («l'Union» ou «l'U.E.») à la Convention européenne des droits de l'homme, plus exactement appelée Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales («la Convention»), est une idée si ancienne et si virtuelle jusqu'ici qu'on serait tenté de la qualifier de serpent de mer. Sauf qu'à deux reprises elle a été prise au sérieux, et même très au sérieux la deuxième fois; et pourtant elle semble de nouveau loin de pouvoir se concrétiser.

C'est pourquoi je m'interroge: est-ce un rêve, et un rêve impossible?

Le point de départ de cette réflexion est l'avis 2/13 rendu le 18 décembre 2014 par la Cour de justice de l'Union européenne («la Cour de justice»), à la demande de la Commission, en date du 4 juillet 2013, portant sur la compatibilité avec les traités du projet d'accord relatif à l'adhésion de l'U.E. à la Convention. Cet avis répond à la question par la négative.

Je ne ferai pas de commentaire juridique de l'avis et de ses motifs. Pour deux raisons. D'abord ce n'est aucunement mon propos. Ensuite, il existe déjà de nombreuses analyses savantes de ce document et de sa motivation¹, qui me paraissent déjà bien remplir le champ doctrinal.

* Ancien président de la Cour européenne des droits de l'homme du Conseil de l'Europe (2007-2011), conseiller d'État honoraire.

**L'auteur s'exprime à titre purement personnel, et n'engage nullement les institutions auxquelles il a participé ou participe encore.

Je préfère me situer sur le plan qu'annonce le titre de cette chronique. Compte tenu du passé ancien et récent, est-il possible ou utopique d'imaginer qu'un jour l'U.E. sera Partie contractante à la Convention ?

2. La naissance de l'idée d'adhésion

Dès la fin des années 1970, l'idée a commencé de se faire jour. Son origine ne se situe pas du côté de la Cour européenne des droits de l'homme («la Cour»), créée par la Convention², ni du Conseil de l'Europe. Elle vient plutôt de certains auteurs, mais aussi d'organes politiques communautaires comme la Commission de Bruxelles, qui influença en ce sens les Etats. Depuis 1974, après la ratification (tardive) de la Convention par la France, tous les Etats membres des Communautés européennes se trouvaient liés par la Convention ; et la jurisprudence de la Cour de Justice, à partir de cette date, a commencé à indiquer que parmi les principes fondamentaux du droit communautaire dont elle assure le respect figurent les traditions constitutionnelles communes aux Etats membres, mais aussi les instruments internationaux pertinents en matière de droits de l'homme auxquels les Etats membres ont adhéré, en particulier la Convention et ses Protocoles tels qu'interprétés par la Cour³. Cette jurisprudence de Luxembourg fut consacrée par le constituant européen, avec le Traité de Maastricht⁴.

Mais certains pensèrent aller plus loin, et ont envisagé une adhésion de la Communauté en tant que telle, en plus de celle de chacun de ses Etats membres. Le but avancé était au moins double: d'abord harmoniser le droit européen des droits et libertés (en évitant notamment les «doubles standards»), en tout cas pour les Etats à la fois membres de l'U.E. et relevant de la juridiction de la Cour de justice, et du Conseil de l'Europe, parties à la Convention et relevant de la juridiction de la Cour. Ensuite, assurer un «contrôle externe» en matière de droits fondamentaux sur les organes de l'Union (y compris sur la Cour de justice elle-même). L'objectif plus général était ou se voulait l'intérêt des justiciables européens.

3. L'idée d'adhésion se précise, une première fois

C'est dans ces conditions que le Conseil de la Communauté demanda un avis à la Cour de Justice pour savoir si la Communauté d'alors avait compétence pour adhérer à la Convention. Par son avis du 28 mars 1996⁵, la Cour de justice répondit par la négative « en

¹ Pour ne citer que quelques commentaires publiés sur des «blogs» en ligne, je mentionnerai, de façon non exhaustive, les cinq suivants: R. FOUCART, *L'avis 2/13 : la sanction du mécanisme d'implication préalable par la Cour de justice*, en *ELSJ*, 18 février 2015; J.-P. JACQUE, *L'avis 2/13 CJUE. Non à l'adhésion à la Convention européenne des droits de l'homme, European Area of Freedom and Justice*, 26 décembre 2014 ; H. LABAYLE, *La guerre des juges n'aura pas lieu. Tant mieux? Libres propos sur l'avis 2/13 de la cour de justice*, *ELSJ*, 22 décembre 2014 ; A. POPOV, *L'avis de la Cour de justice complique l'adhésion à la Convention européenne des droits de l'homme, Combats pour les droits de l'homme*, 26 février 2015 ; C. ZANGHI, *La mancata adesione dell'UE alla CEDU nel parere negativo delle Corte di giustizia*, en *Revue OIDU*, 15 mars 2015.

² Elaborée dans le cadre du Conseil de l'Europe en 1949-1950 et signée à Rome le 4 novembre 1950.

³ Voir l'arrêt *Nold* de la Cour de justice (n° 4-73 du 14 mai 1974), puis une abondante jurisprudence.

⁴ Signé le 7 février 1992 et entré en vigueur le 1^{er} novembre 1993.

⁵ N° 2-1994.

l'état actuel du droit communautaire», c'est-à-dire sauf modification du traité, la Communauté n'étant pas compétente, en particulier sur la base de l'article 235 de celui-ci, pour devenir membre d'une organisation internationale.

On crut alors la cause entendue, ou le rêve évanoui, pendant près de dix ans.

4. *L'adhésion, un phénix?*

Mais les Etats, donc le constituant européen, firent renaître l'idée, de plusieurs manières, pas nécessairement convergentes.

Tout d'abord en préparant au sein d'une convention ce qui est devenu la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne, proclamée au Sommet de Nice en décembre 2000, mais sans valeur contraignante. Cet instrument, plus moderne et plus complet que la Convention, son aînée d'un demi-siècle, s'inspire tout de même fortement de celle-ci. Elle comporte en outre des articles dits horizontaux, les articles 52 et 53, «portée des droits garantis», et «niveau de protection», qui se réfèrent à la Convention et à la jurisprudence de la Cour, jetant ainsi des passerelles juridiques entre Luxembourg, lieu potentiel d'application de la Charte⁶, et Strasbourg.

Puis surtout en s'appliquant à modifier les traités pour rendre obsolètes les objections formulées en 1996 par la Cour de justice. Les Etats firent deux tentatives en ce sens. La première fut l'élaboration (par une convention sur l'avenir de l'Europe) d'un Traité établissant une constitution pour l'Europe (dit Traité constitutionnel); son article I-9 2 disposait en effet que «l'Union adhère à la Convention...». Elle fut vouée à l'échec du fait du rejet par référendum au printemps 2005 du projet par la France et les Pays-Bas, qui entraîna l'abandon du projet de traité. Mais l'ouvrage fut remis sur le métier, sous une autre forme, ce qui aboutit au Traité de Lisbonne. Entré en vigueur le 1^{er} décembre 2009, le Traité de Lisbonne contient deux importantes dispositions en son article 6: il confère à la Charte des droits fondamentaux la même valeur juridique qu'aux traités; et il reprend la formulation du traité constitutionnel: «l'Union adhère à la Convention...». Il précise que «cette adhésion ne modifie pas les compétences de l'Union telles qu'elles sont fixées dans les traités»⁷.

Rien ne semblait donc plus au moins en principe faire obstacle à l'adhésion. La Cour de justice a d'ailleurs reconnu dans son avis (au § 153) que l'adhésion avait désormais une base juridique, ce qui n'était pas le cas en 1996.

5. *Un Traité ne fait pas le printemps...*

En dépit de la clarté (dans toutes les langues) de sa disposition sur l'adhésion, malgré la volonté politique ainsi réaffirmée des auteurs du texte, le Traité de Lisbonne, naturellement, ne résolvait pas les problèmes techniques (et autres) inévitables quand il s'agit de faire entrer dans un cadre prévu pour des Etats et seulement pour des Etats une organisation intergouvernementale telle que l'U.E. Certes, un obstacle politique de taille fut

⁶ Qui inspire aussi la Cour : voir, dès 2002, l'arrêt *Christine Goodwin c. Royaume Uni* concernant les transsexuels.

⁷ Cette précision était déjà contenue dans le traité constitutionnel.

rapidement levé. L'entrée en vigueur le 1^{er} juin 2010, à la suite de l'ultime ratification manquante, celle de la Fédération de Russie⁸, du Protocole n° 14 à la Convention a levé l'obstacle : l'article 59 § 2 de la Convention, tel qu'introduit par le Protocole 14, dispose: «l'Union européenne peut adhérer à la présente Convention»⁹.

Peu après, dès le 7 juillet 2010, put être annoncée, comme une «date historique»¹⁰, l'ouverture des négociations entre le Conseil de l'Europe et l'Union, représentée par la Commission, sur un projet d'accord relatif à l'adhésion. Ces négociations furent longues et laborieuses. Elles s'achevèrent le 9 avril 2013. Au cours de cette phase, de nombreuses exigences de l'Union furent acceptées par le Conseil de l'Europe et introduites dans le projet d'accord et son rapport explicatif; on peut citer a minima le mécanisme de codéfendeur ou codéfenderesse de l'Union, l'«implication préalable» de la Cour de justice, la participation de l'U.E. à l'élection des juges, ou encore la participation de l'U.E. aux réunions du Comité des ministres du Conseil de l'Europe, avec droit de vote, pour des décisions importantes, y compris concernant l'exécution de règlements amiables et des arrêts de la Cour. On peut ajouter une très importante précision sur la portée de l'adhésion, fournie à l'article 1 § 3 du projet d'accord : «Aucune disposition de la Convention ou de ses protocoles ne peut imposer à l'U.E. l'obligation d'accomplir un acte ou d'adopter une mesure pour lesquels elle n'aurait pas compétence en vertu du droit de l'Union». Le souci était manifeste de ménager et de proclamer la compétence communautaire exclusive de l'Union.

C'est ce projet d'accord qui a fait l'objet de la demande d'avis de la Commission à la Cour de justice du point de vue de sa compatibilité avec les traités.

On sait que durant la phase de négociations, entre juillet 2010 et avril 2013, les deux juridictions n'ont pas manqué, lors des réunions périodiques qu'elles organisent entre elles, tantôt à Luxembourg, tantôt à Strasbourg, d'évoquer les perspectives de l'adhésion et les conséquences prévisibles sur leurs travaux; elles ont de façon générale exprimé leur attachement commun à la mise en application du Traité de Lisbonne sur le plan de l'adhésion. On cite souvent, à titre d'exemple, la communication commune des deux Présidents, Costa et Skouris, publiée le 27 janvier 2011¹¹, et dans laquelle le principe de l'implication préalable de la Cour de justice est clairement préconisé. Elle offre non seulement une voie pour résoudre un sérieux problème technique, mais surtout elle traduit un état d'esprit coopératif et constructif qui fut salué alors par tous les observateurs – peut-être trop optimistes?

L'examen de la demande d'avis par la Cour de justice fut précédé le 13 juin 2014 par la présentation de la prise de position de Mme Juliane Kokott, Avocat général¹². En substance, Mme Kokott estima, au terme d'une analyse longue et minutieuse, qu'il est permis de trouver convaincante, que l'accord d'adhésion était compatible avec les traités, sous réserve de précisions ou conditions que l'on peut juger sinon certes mineures du moins aisées à fournir ou à satisfaire. Elles portent sur six points qui touchent tous à

⁸ Plus de trois ans après l'avant-dernière ratification; le Protocole exigeait l'unanimité.

⁹ On sait que l'U.E. compte 28 Etats membres, qui sont tous parties à la Convention, mais que 47 Etats au total sont parties à la Convention.

¹⁰ La formule est de Madame Viviane Reding, alors vice-présidente de la Commission.

¹¹ On y accède aisément sur le site de la Cour. Dans mon discours lors de la rentrée solennelle de la Cour, le 28 janvier 2011, donc le lendemain, j'avais indiqué en présence du Président Skouris que ce document était destiné à inspirer les négociateurs, auxquels il fut distribué.

¹² Sauf erreur, il n'y avait pas eu en 1996 de conclusions d'Avocat général.

l'implication préalable, au mécanisme de codéfendeur ou à la responsabilité conjointe du défendeur et du codéfendeur.

Cette prise de position, en somme critique mais nuancée et finalement favorable, ne fermait pas la porte à l'adhésion, elle ne brisait pas le rêve...à condition d'être suivie.

6. *L'avis 2/13, une diabolique surprise?*

On ne peut pas dire cela. A supposer que le sens de l'avis constitue une vraie surprise, au moins pour le lecteur de la prise de position de l'Avocat général, elle n'a rien de diabolique (de même qu'elle n'eût pas été divine dans le cas contraire: tout cela reste heureusement humain – trop humain?¹³).

Certes, comme beaucoup d'observateurs ou de commentateurs, je ne cacherai pas ma déception. Sans avoir jamais été un fanatique de l'adhésion – qui, je le répète, est une idée ancienne – j'ai souvent «souligné que je souhaitais que l'U.E. devienne partie contractante à la Convention...»¹⁴, plus d'ailleurs par réalisme que par rêve. Pour qui croit de longue date et continue de croire en l'Europe, l'entrée de l'Union dans le système de protection conventionnel me semble un élément favorable, porteur de «plus d'avantages que d'inconvénients»¹⁵. Je le pense toujours. Et j'avoue avoir pris au sérieux le Traité de Lisbonne : j'ai toujours cru que *Pacta sunt servanda*.

Je n'ignore naturellement pas le Protocole n° 8, qui «tempère» l'article 6 du Traité de Lisbonne: l'accord d'adhésion «doit refléter la nécessité de préserver les caractéristiques spécifiques de l'Union et du droit de l'Union, notamment en ce qui concerne...les modalités...de l'éventuelle participation de l'Union aux instances de contrôle de la Convention... les mécanismes nécessaires pour garantir que les recours formés par des Etats non membres et les recours individuels soient dirigés correctement contre les Etats membres et/ou l'Union, selon les cas». En outre, l'accord doit garantir «que l'adhésion...n'affecte ni les compétences de l'Union ni les attributions de ses institutions...», qu'«aucune de ses dispositions n'affecte la situation particulière des Etats membres à l'égard de la Convention et notamment de ses protocoles»...Toutefois, et sans vouloir, je le répète, me livrer à une exégèse, je suis convaincu que la longue négociation de l'accord avec la Commission – auteur de la demande d'avis - avait permis, au moins sur l'essentiel (et sans doute sous certaines des réserves exprimées par Madame Kokott), de tenir compte des précautions formulées, à juste titre à mes yeux, par les auteurs du Protocole n° 8.

Mais il ne sert à rien de se griffer les joues. Les juges qui composaient l'Assemblée plénière de la Cour de justice¹⁶ ont cru – et en tout cas estimé – que l'accord «n'est pas

¹³«Humain, trop humain», ouvrage de Friedrich Nietzsche (1878).

¹⁴ Voir le témoignage, que je ne récus pas, de mon ami et ancien collègue Georg Ress, dans sa contribution aux «Mélanges» en mon honneur, *La Conscience des droits*, Dalloz, 2011 (p. 519).

¹⁵ C'est ce que j'ai écrit dans mon ouvrage, *La Cour européenne des droits de l'homme. Des juges pour la liberté*, Dalloz, 2013, p. 241.

¹⁶ On ne peut savoir si l'avis a été rendu à l'unanimité, puisque il n'y a à Luxembourg ni opinions dissidentes ni même opinions concordantes (à comparer avec l'arrêt de la Cour, souvent cité en cette matière, *Bosphorus c. Irlande*, du 30 juin 2005: arrêt unanime, mais avec sept opinions concordantes, dont une commune et une individuelle).

compatible avec l'article 6§2 du Traité UE ni avec le Protocole n° 8 au Traité sur l'Union européenne». La messe est dite, ou la cause entendue si l'on veut être plus laïque.

7. L'avenir d'une illusion?¹⁷

Par deux fois en près de vingt ans, l'adhésion de l'U.E. à la Convention a été repoussée. Par deux fois par un avis de la Cour de justice (dont certains pensent qu'elle est juge et partie, mais qui peut en juger?). La première fois, avec une motivation que le recul du temps fait apparaître comme imparable : mais si la réponse était évidente, pourquoi avait-t-on posé la question? La seconde fois, selon une motivation contestable, en tout cas contestée par d'aucuns, mais avec un dispositif catégorique, ne laissant apparemment aucune place au moindre espoir.

A ce stade, il y a trois façons de prévoir l'avenir.

La première fait penser au renard de La Fontaine, qui, ne pouvant pas attraper les raisins placés trop haut pour lui, disait : «Ils sont trop verts», «et bons pour des goujats». Plus sérieusement, cette attitude est celle du désintérêt (apparent) pour la question. Après tout, peut-on remarquer, voici soixante années que les deux Europe coexistent, chacune avec ses traités, ses institutions, ses juridictions. Et de cette coexistence aucun désastre n'est sorti ; les divergences de jurisprudence entre la Cour et la Cour de justice ont été rares, et en général soigneusement évitées de part et d'autre. L'europpéen moyen, qui le plus souvent n'a guère idée de la différence entre Luxembourg et Strasbourg, n'est et ne sera nullement touché par l'absence d'adhésion de l'Union à la Convention. Autant donc abandonner un rêve avéré utopique et finalement inutile sur le plan pratique.

Ce n'est pas ma façon de penser.

La deuxième vision illustrerait plutôt l'expression populaire française: «jeter le manche après la cognée». Si la Cour de justice est apparemment si opposée à l'adhésion, alors il est peu probable, pour des raisons juridiques, sociologiques, psychologiques, ou ces trois séries combinées, que les juges qui la composent lèveront un jour le veto dont de fait ils disposent; ou il y a très peu de chances en ce sens. A quoi bon tenter de les convaincre? Mieux vaudrait se résigner, en regrettant qu'un rêve heureux (et utile) ne puisse se réaliser; mais en faisant prévaloir le principe de réalité.

Ce n'est pas non plus l'attitude qui me tente, car elle est trop pessimiste et fataliste.

D'abord est-il certain, même à court terme, que l'accord d'adhésion ne soit pas révisable ou renégociable? Si on laisse de côté la question complexe de la «PESC», les autres points soulevés dans l'avis rejoignent assez largement les réserves de l'Avocat Général. Seul le dispositif est, disons, plus raide. Ce n'est pas une interprétation neutralisante ; c'est un rejet. Mais l'avis est négatif *rebus sic stantibus*; un accord reformulé et soumis à nouveau pour avis par la Commission et/ou le Conseil pourrait assez rapidement se solder par une solution.

Toutefois je n'y crois guère, ne serait-ce que parce que la volonté de renégocier l'accord ne semble pas évidente.

Une troisième attitude, entre pessimisme et optimisme, concilierait rêve et réalité, et miserait sur le long terme. D'une part, le contexte géopolitique et circonstanciel de

¹⁷ Titre d'un ouvrage de Sigmund Freud (1927).

l'application en 2014 du Traité de Lisbonne de 2009 n'était pas favorable. La crise est passée par là, et elle est aussi une crise de l'Europe, sur fond de souverainisme et d'euroscpticisme. Les Etats auteurs du Traité de Lisbonne ne sont certainement pas tous prêts actuellement à renforcer les institutions européennes, et encore moins à rapprocher entre elles des juridictions que souvent elles critiquent, séparément ou ensemble, comme allant trop loin. D'autre part, est-ce là une tendance irréversible? Qu'est-ce qui l'est, à vues humaines? N'y a-t-il pas des changements de circonstances, et des revirements de jurisprudence? Bref, je plaiderais volontiers pour un «*wait and see*» en tout état de cause inévitable, pour une assez longue patience, et pour l'espérance de voir un jour, enfin, l'Union partie à la Convention, pour le bien de tous.

8. *Pour conclure*

Je regrette l'avis 2/13. Peut-être n'a-t-il pas brisé un rêve, mais il a cassé une dynamique, et pour longtemps. C'est dommage. Mais il ne faut jamais dire jamais. L'adhésion à la Convention européenne des droits de l'homme de l'Union européenne ne doit pas être un rêve, générateur de désillusions; elle doit être une perspective et demeurer un objectif, et je la crois toujours possible. Le plus tôt serait évidemment le mieux, mais...patience.



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

PAUL TAVERNIER *

LA COUR DE STRASBOURG ET LE PRINCIPE DE PROPORTIONNALITÉ. LA JURISPRUDENCE RÉCENTE CONCERNANT LA FRANCE**

SOMMAIRE: 1. Introduction. - 2. Une proportionnalité ordinaire. - 3. Une proportionnalité renforcée. - 4. Une proportionnalité implicite. - 5. Conclusion.

1. Introduction

La question de la proportionnalité dans la jurisprudence récente de la Cour européenne des droits de l'Homme est tout à fait d'actualité puisque la Cour vient de rendre le 23 avril 2015 son arrêt en Grande Chambre dans l'affaire *Morice c. France*, plus connue sous le nom d'affaire Borrel, ce juge français trouvé mort dans les environs de Djibouti. Cette affaire, qui met en cause la raison d'Etat, avait donné lieu à un arrêt de chambre du 11 juillet 2013 dans lequel la Cour avait constaté que la condamnation de l'avocat de M. Borrel pour diffamation n'était pas disproportionnée au but légitime poursuivi¹. La Grande chambre n'a pas confirmé ce constat. Elle a au contraire relevé une violation de l'article 10, «la condamnation du requérant pour complicité de diffamation» s'analysant «en une ingérence disproportionnée dans le droit à la liberté d'expression de

* Professeur émérite à l'Université de Paris-Sud (Paris XI), Directeur du Centre de recherches et d'études sur les droits de l'Homme et le droit humanitaire (CREDHO).

** La présente étude est issue des contributions présentées par l'auteur à deux colloques qui se sont tenus à Paris: 5^{ème} séminaire osloite de droit international à Paris sur le sujet suivant «Proportionnalité dans les tribunaux internationaux: convergence dans la loi et la méthode?» (16-17 février 2015) avec notre contribution «La Cour européenne des droits de l'Homme et le principe de proportionnalité» (à paraître) et 18^{ème} séminaire du CREDHO et de l'IDHBP sur «la France et la Cour européenne des droits de l'Homme. La jurisprudence en 2014» (24 avril 2015) avec notre contribution sur «Le principe de proportionnalité dans la jurisprudence récente de la Cour européenne des droits de l'Homme concernant la France» (à paraître).

¹ C.E.D.H., arrêt du 11 juillet 2013, *Morice c. France*, §§ 108-109. Sur la raison d'Etat, voir P. TAVERNIER, *Persistence de la raison d'Etat dans le système de la Convention européenne des droits de l'Homme*, in *Ann. int. droits hom.*, vol. III/2008, pp. 639-651.

l'intéressé, qui n'était donc pas «nécessaire dans une société démocratique» au sens de l'article 10 de la Convention»².

Une autre affaire, récemment jugée, concernait aussi un avocat. Il s'agit de l'affaire *François*. Dans son arrêt la Cour «considère que, dans les circonstances particulières de l'espèce, le placement en garde à vue du requérant n'était ni justifié, ni proportionné et que la privation de liberté subie par le requérant n'était pas conforme aux buts de l'article 5 §1, et plus spécialement de l'article 5 § 1 c) de la Convention»³.

L'actualité du principe de proportionnalité concerne également d'autres pays européens et notamment l'Italie. On peut mentionner à cet égard l'affaire *Cestaro* qui concerne des incidents intervenus à l'occasion de la réunion du G8 à Gênes en juillet 2001 et les violences policières au regard de l'article 3⁴.

Comme le faisait remarquer en 1999 Marc-André Eissen, qui fût longtemps greffier de la Cour de Strasbourg, «on chercherait en vain dans la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'Homme et des libertés fondamentales, ainsi que dans les divers Protocoles additionnels, le terme même de «proportionnalité». L'idée qu'il exprime transparait pourtant assez nettement, à la manière d'un filigrane, dans plusieurs de leur clauses et les arrêts de la Cour de Strasbourg n'ont guère tardé à le constater»⁵. On peut donc dire que le «mot» est absent des textes conventionnels, mais la «chose» est très présente dans la jurisprudence qui interprète ces textes, très largement d'ailleurs. Depuis 1999 la situation constatée par M.-A. Eissen n'a pas changé fondamentalement, bien qu'on puisse constater une emprise croissante du principe de proportionnalité dans le système de la Convention.

Ce principe est d'ailleurs connu dans les systèmes juridiques internes dont s'inspire la Convention européenne des droits de l'Homme, mais aussi la jurisprudence de la Cour qui est chargée d'en vérifier l'exacte application par les Etats. Jean-Paul Costa, ancien président de la Cour, qui est lui-même issu du Conseil d'Etat français, le souligne : on peut trouver, dit-il, ce principe «dans le système de l'Allemagne au moins depuis la fin du XIXème siècle et en France sa première expression remonte à 1933, quand le Conseil d'Etat rendit le célèbre arrêt *Benjamin*» dans lequel la Haute Juridiction a reconnu la violation de la liberté de réunion, l'interdiction du maire étant disproportionnée et donc illégale⁶.

Il est donc intéressant de voir comment la Cour de Strasbourg a utilisé le principe de proportionnalité dans le contentieux des affaires françaises récentes. Certes la Cour n'applique pas la Convention différemment en fonction de l'Etat partie défendeur. Toutefois certains arrêts concernant la France ne font qu'appliquer des solutions déjà mises en œuvre dans des affaires impliquant d'autres Etats, alors que d'autres arrêts «français» apportent parfois des solutions inédites ou donnent des précisions utiles.

Les domaines privilégiés dans lesquels la doctrine a reconnu l'application par la Cour du principe de proportionnalité sont les paragraphes 2 des articles 8 à 11, qui prévoient la possibilité de limiter les droits, et l'article 15, qui limite les dérogations aux droits dans les situations exceptionnelles. Il s'agit en fait de l'interprétation de la clause relative à la

² C.E.D.H., arrêt de Grande chambre du 23 avril 2015, *Morice c. France* (§177).

³ C.E.D.H., arrêt du 23 avril 2015, *François c. France* (§ 58).

⁴ C.E.D.H., arrêt du 7 avril 2015, *Cestaro c. Italie*.

⁵ M.-A. EISSEN, *Le principe de proportionnalité dans la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'Homme*, pp. 65-81, in L.-E. PETTITI, E. DECAUX et P.-H. IMBERT (sous la direction de), *La Convention européenne des droits de l'Homme, Commentaire article par article*, Economica, Paris, 1999, 2^{ème} édition, XLV-1230 p.

⁶ J.-P. COSTA, *Concepts juridiques dans la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'Homme: de l'influence de différentes traditions nationales*, in *Rev. trim. dr. homme*, n° 57/janvier 2004, pp. 101-110, notamment pp. 102-103.

nécessité dans une société démocratique à propos des limitations de certains droits et de l'expression «dans la stricte mesure» utilisée pour restreindre les dérogations aux droits permises dans les situations exceptionnelles. Dans ces hypothèses la lecture de la Convention à l'aune de la proportionnalité était relativement aisée. Mais la jurisprudence de Strasbourg a été très audacieuse et elle a étendu ces hypothèses à d'autres dispositions de la Convention qui ne se référaient ni à la nécessité démocratique, ni à la stricte mesure.

On peut donc opposer les cas où le principe de proportionnalité peut être déduit assez facilement des termes mêmes de la Convention aux cas où la Cour a découvert des limitations implicites, impliquant elles-mêmes le respect de la proportionnalité. Mais en même temps le schéma se complique parce que la Cour a reconnu que dans certains cas l'exigence de proportionnalité est renforcée, soit explicitement (article 2 de la Convention), soit, même, implicitement (article 3). Nous adopterons par conséquent cette grille de lecture qui nous conduira à distinguer trois cas de figure à propos de la jurisprudence relative au principe de proportionnalité dans les affaires françaises, selon qu'il s'agit d'une proportionnalité ordinaire, renforcée ou implicite.

Nous constaterons que ce principe irrigue toute la Convention et concerne potentiellement tous les droits reconnus par la Convention. Nous laisserons cependant de côté l'article 41, relatif à la satisfaction équitable, disposition pourtant également soumise au respect d'une proportionnalité de type mathématique ou automatique. On sait que la jurisprudence en ce domaine manque de transparence⁷ et fait de plus en plus l'objet d'opinions séparées ou dissidentes, certains juges estimant disproportionnés les montants accordés au titre de l'article 41, qu'ils soient excessifs ou insuffisants. La Cour ne s'est pas encore prononcée sur ce problème, mais elle pourrait être amenée à le faire dans l'avenir.

2. Une proportionnalité ordinaire

Bien que la France ait invoqué l'article 15, dans des conditions d'ailleurs contestables, à propos de la Nouvelle-Calédonie en 1985, il n'y a pas eu de contentieux à ce sujet à Strasbourg. En revanche on relève plusieurs affaires récentes qui concernent la France et dans lesquelles le principe de proportionnalité était en cause à propos des limitations aux droits reconnus, notamment dans les articles 10 et 8.

Dans ces cas on pourrait parler d'une proportionnalité «quasi-explicite» car elle est déduite par la Cour des termes mêmes des articles 8 à 11 et plus précisément des paragraphes 2 qui autorisent les Etats à apporter des limites aux droits reconnus, à condition qu'elles soient prévues dans la loi, qu'elles poursuivent des buts légitimes et qu'elles soient nécessaires dans une société démocratique, c'est-à-dire, selon la Cour, qu'elles soient proportionnées au but poursuivi. Dans la jurisprudence concernant les affaires françaises en 2014 on trouve plusieurs arrêts où la proportionnalité « ordinaire » était en cause : trois sont relatives à l'article 10 et à la liberté d'expression et quatre autres à l'article 8 et à la vie privée et familiale.

Les arrêts relatifs à la liberté d'expression, et notamment les affaires de diffamation en France, sont assez nombreux et ils ont souvent un impact médiatique non négligeable.

⁷ Voir P. TAVERNIER, *La contribution de la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'Homme relative au droit de la responsabilité internationale en matière de réparation - Une remise en cause nécessaire*, in *Rev. trim. dr. homme*, n° 72/octobre 2007, pp. 945-966.

Nous avons déjà mentionné l'affaire *Morel* où l'avocat du Juge Borrel, trouvé mort au pied d'une falaise près de Djibouti, a été condamné pour avoir mis en cause des magistrats. La Chambre de sept juges avait considéré que la condamnation pour diffamation n'était pas disproportionnée et que la France n'avait pas violé la Convention. La Grande chambre s'est prononcée dans le sens opposé, ce qui souligne que la proportionnalité peut être appréciée différemment et comporte une part d'incertitude⁸.

Alors que la Cour juge que le principe de proportionnalité n'a pas été méconnu dans l'affaire *De Lesquen du Plessis-Casso*⁹ elle estime dans l'affaire *Couderc et Hachette Filipacchi Associés* «qu'il n'existe pas de rapport raisonnable de proportionnalité entre, d'une part les restrictions au droit des requérantes à la liberté d'expression imposées par les juridictions nationales et, d'autre part, le but légitime poursuivi»¹⁰. Ces affaires, dont l'une est intervenue à propos du sort des harkis et l'autre mettait en cause la vie privée du Prince de Monaco, ont associé le principe de proportionnalité à la marge d'appréciation des Etats. La présence d'opinions séparées dans les deux affaires atteste du caractère délicat de l'appréciation de la proportionnalité qui n'a rien d'automatique et ne relève en rien d'une pure opération arithmétique ou mathématique.

La Cour a rendu récemment un arrêt important sur la perquisition et la saisie de documents informatiques, dont certains concernaient les relations entre un avocat avec son client. La Cour dans cette affaire *Vinci Construction et GTM Génie civil et services* la Cour a constaté à l'unanimité une violation de l'article 8, jugeant «que les saisies effectuées aux domiciles des requérantes étaient, dans les circonstances de l'espèce, disproportionnées par rapport au but visé»¹¹. La Cour est prudente dans sa formulation et limite sa condamnation de la France au comportement du JLD (juge des libertés et de la détention), ce dernier, tout en envisageant la présence d'une correspondance émanant d'un avocat parmi les documents retenus par les enquêteurs, s'est contenté d'apprécier la régularité du cadre formel des saisies litigieuses, sans procéder à l'examen concret qui s'imposait » (§ 79 de l'arrêt). En revanche, selon la Cour, les visites domiciliaires effectuées dans les locaux des sociétés n'étaient pas «en elles-mêmes, disproportionnées au regard des exigences de l'article 8 de la Convention» (§ 74 de l'arrêt).

Dans les affaires *Labassée* et *Menneson*, relatives aux conséquences en droit français de la gestation pour autrui (mère porteuse) pratiquée aux Etats-Unis et interdite en France, c'est aussi l'article 8 de la Convention qui était en cause¹². La Cour développe longuement son argumentation sur la nécessité de l'ingérence en s'appuyant sur la marge d'appréciation et l'équilibre des intérêts en cause, mais sans se référer expressément à la proportionnalité, qui est pourtant sous-jacente. Le Gouvernement français avait d'ailleurs souligné que l'ingérence dans l'exercice de droits que l'article 8 de la Convention garantit aux requérants est «extrêmement proportionnée» aux buts poursuivis, «si bien qu'il n'y a pas eu violation de cette disposition» (§ 73 de l'arrêt *Menneson*)¹³. La Cour a considéré, après un examen

⁸ Voir *supra*, note n° 2.

⁹ C.E.D.H., arrêt du 30 janvier 2014, *De Lesquen du Plessis-Casso c. France* (n° 2), notamment §§ 39-40 ; voir aussi l'opinion concordante du juge Lemmens qui exprime son hésitation et l'opinion dissidente de la juge Power-Forde.

¹⁰ C.E.D.H., arrêt du 12 juin 2014, *Couderc et Hachette Filipacchi Associés c. France*, § 74 ; voir aussi l'opinion dissidente des juges Villiger, Zupančič et Lemmens.

¹¹ C.E.D.H., arrêt du 2 avril 2015, *Vinci Construction et GTM Génie civil et services* (§ 80).

¹² C.E.D.H., arrêts du 26 juin 2014, *Labassée c. France* et *Menneson c. France*.

¹³ La formule figurant dans le § 47 de l'arrêt *Labassée* est plus sobre et plus classique et ne comprend pas le qualificatif «extrêmement».

minutieux, qu'il n'y avait pas d'atteinte injustifiée au droit à la vie familiale ; en revanche il y eu violation du droit à la vie privée, sous l'angle du droit de l'individu à l'établissement de son identité et de sa filiation.

Dans trois affaires de regroupement familial (procédure dite de la «famille rejoignante») concernant des réfugiés camerounais, congolais et rwandais, la Cour n'a pas constaté de violation de l'article 8 dans son volet matériel, mais dans son volet procédural¹⁴. Selon la Cour, «malgré la marge d'appréciation de l'Etat en la matière, ... les autorités nationales n'ont pas dûment tenu compte de la situation spécifique du requérant, et ...la procédure de regroupement familial n'a pas présenté les garanties de souplesse, de célérité et d'effectivité requises pour faire respecter le droit du requérant au respect de sa vie familiale garanti par l'article 8 de la Convention. Pour cette raison, l'Etat a omis de ménager un juste équilibre entre l'intérêt du requérant d'une part, et son intérêt à contrôler l'immigration d'autre part»¹⁵.

Ces trois affaires sont également intéressantes en ce qu'elles soulignent le rôle de l'intérêt supérieur de l'enfant dans l'examen de la proportionnalité de la mesure incriminée. La Cour est très ferme sur ce point lorsqu'elle rappelle les principes généraux gouvernant la matière. Les trois arrêts contiennent le même considérant : «Lorsqu'il y a des enfants, les autorités nationales doivent, dans leur examen de la proportionnalité aux fins de la Convention, faire primer leur intérêt supérieur (*Popov c. France*, n° 39472/07 et 39474/07, § 139, 19 janvier 2012 ...)»¹⁶. La référence à l'affaire *Popov*, qui concernait la menace de renvoi d'étrangers vers le Kazakhstan, est pertinente mais pas tout à fait exacte en ce qui concerne le renvoi au § 139 de l'arrêt : ce paragraphe se réfère à la Convention relative aux droits de l'enfant qui, il est vrai, consacre le principe de l'intérêt supérieur de l'enfant, mais c'est le paragraphe 140 de l'arrêt qui précise qu'il doit primer dans l'examen de proportionnalité. Ainsi, une mesure d'enfermement doit être proportionnée au but poursuivi par les autorités, à savoir l'éloignement. Il ressort en effet de la jurisprudence de la Cour que, lorsqu'il s'agit de familles, les autorités doivent, dans leur évaluation de la proportionnalité, tenir compte de l'intérêt supérieur de l'enfant. A cet égard, la Cour souligne qu'il existe actuellement un large consensus – y compris en droit international – autour de l'idée que dans toutes les décisions concernant des enfants, leur intérêt supérieur doit primer (*Rahimi*, précité, § 108, et, *mutatis mutandis*, *Neulinger et Shuruk c. Suisse* [GC], no 41615/07, § 135, CEDH 2010). La formule des arrêts de 2014 se situe bien dans la ligne de l'arrêt de 2012. Toutefois elle n'est reprise que dans l'arrêt *Senigo Longue*, et sous une forme atténuée, lorsque la Cour examine l'application des principes au cas d'espèce: elle «rappelle que, lorsqu'il s'agit de familles, les autorités doivent, dans leur évaluation de la proportionnalité, tenir compte de l'intérêt supérieur de l'enfant» (§ 68 de l'arrêt) et non pas le faire primer.

En tout état de cause, il est admis désormais que la présence d'enfants est un élément qui doit faire pencher le fléau de la balance en leur faveur et la Cour requiert en quelque sorte une proportionnalité rectifiée ou renforcée.

¹⁴ C.E.D.H., arrêts du 10 juillet 2014, *Mugenzi c. France*, *Senigo Longue et autres c. France* et *Tanda-Muzinga c. France*.

¹⁵ § 62 de l'arrêt *Mugenzi*. On trouve des formules semblables au § 75 de l'arrêt *Senigo Longue* et au § 82 de l'arrêt *Tanda-Muzinga*.

¹⁶ § 62 de l'arrêt *Senigo Longue*, § 67 de l'arrêt *Tanda-Muzinga* et § 45 de l'arrêt *Mugenzi*

3. Une proportionnalité renforcée

La jurisprudence de la Cour de Strasbourg a reconnu que l'exigence de proportionnalité était renforcée dans certaines hypothèses, notamment en ce qui concerne les articles de la Convention qui ne sont pas susceptibles de dérogation au titre de l'article 15. La jurisprudence récente relative à la France en fournit des exemples intéressants, la proportionnalité renforcée découlant directement du texte de la Convention ou étant plutôt sous-jacente et impliquée de manière diffuse.

L'affaire *Guerdner et autres*, concerne une personne «issu(e) de la communauté des gens du voyage, tué(e) par un gendarme alors qu'(elle) tentait de s'évader des locaux dans lesquels (elle) était placé(e) en garde à vue»¹⁷. La Cour a déclaré à l'unanimité qu'il n'y avait pas eu violation de l'article 2 de la Convention sous son volet matériel pour ce qui est du cadre législatif interne régissant l'utilisation de la force, donnant ainsi un satisfecit à la France. En revanche elle a dit qu'il y avait eu violation de l'article 2 sous son volet matériel en raison du recours à la force meurtrière et qu'il n'y avait pas eu violation de cette dispositions sous son volet procédural.

La Cour rappelle les principes dégagés par sa jurisprudence antérieure relative à l'article 2, et notamment au paragraphe 2 qui envisage l'usage de la force dans certaines circonstances: «Tout recours à la force doit être rendu absolument nécessaire pour atteindre au moins l'un des objectifs mentionnés aux alinéas a) à c)». Ces termes indiquent qu'il faut appliquer un critère de nécessité plus strict et impérieux que celui normalement employé pour déterminer si l'intervention de l'Etat est «nécessaire dans une société démocratique» au sens des paragraphes 2 des articles 8 à 11 de la Convention. En conséquences, la force utilisée doit être strictement proportionnée aux buts légitimes visés» (§ 62 de l'arrêt). La Cour se réfère à nouveau «au principe susmentionné de stricte proportionnalité, qui est inhérent à l'article 2» à propos de l'obligation positive de mettre en place un cadre législatif et adéquat approprié (§ 64 de l'arrêt).

Cet arrêt se situe dans la ligne de la jurisprudence antérieure, notamment des arrêts *Mc Cann et autres c. Royaume-Uni* (1995), *Giuliani et Gaggio c. Italie* (2003) et *Aydan c. Turquie* (2013), mais aussi de l'arrêt *Makaratzis*¹⁸.

Dans le cas de l'article 2 de la Convention, l'exigence de stricte proportionnalité ou de proportionnalité renforcée peut être déduite assez facilement du texte même de la disposition en cause. Il n'en va pas de même en ce qui concerne l'article 3, droit indérogeable et qui ne prévoit aucune restriction ou limite possible. On sait que la jurisprudence a introduit une dose de relativité dans l'interprétation de l'article 3, notamment en se référant à la notion de seuil qui est critiquée par certains auteurs¹⁹.

¹⁷ C.E.D.H., arrêt du 17 avril 2014, *Guerdner et autres c. France*. Le sommaire de l'arrêt que l'on trouve sur le site de la Cour comporte le terme «proportionnalité» parmi les mots-clés, ce qui est relativement peu fréquent.

¹⁸ C.E.D.H., arrêt (Grande chambre) du 20 décembre 2004, *Makaratzis c. Grèce*. La question de la proportionnalité a été soulevée par le requérant et par le tiers intervenant, l'IFDHBP (en liaison avec le CRDH et le CREDHO) (§ 45 de l'arrêt). Voir le commentaire de M. EUDES dans la Chronique de jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'Homme, *Jour. dr. int.*, n. 2/2005, pp. 509-511.

¹⁹ Voir C.-A. CHASSIN (éditeur), *La portée de l'article 3 de la Convention européenne des droits de l'Homme*, Bruylant, Bruxelles, 2006, X-300 p.

La question de savoir si les peines à perpétuité peuvent dans certains cas constituer un traitement inhumain au regard de l'article 3 s'est posée dans l'affaire *Bodein*²⁰. La Cour a considéré qu'il n'y avait pas de violation de l'article 3 et que la peine n'était pas incompressible au regard de cette disposition. Elle s'appuie notamment sur la marge d'appréciation des Etats en matière de justice criminelle et de détermination des peines. La Cour ne se réfère pas expressément au principe de proportionnalité, mais celui-ci semble sous-jacent dans le raisonnement de la Cour. Celle-ci renvoie en effet à l'arrêt *Vinter* dans lequel le Royaume-Uni avait été condamné en raison du manque de clarté du droit britannique en matière de peines incompressibles²¹. Dans cet arrêt la Grande chambre faisait sienne la conclusion de la chambre selon laquelle « toute peine nettement disproportionnée est contraire à l'article 3 »²². On peut donc admettre que la Cour dans l'affaire *Bodein* n'a pas décelé dans le système français de peine nettement disproportionnée. On se rapproche donc de l'hypothèse dans laquelle la proportionnalité est implicite.

4. Une proportionnalité implicite

Les arrêts récents concernant la France et mettant en œuvre le principe de proportionnalité implicitement contenu dans certaines dispositions de la Convention portent sur l'article 6 et sur l'article 14 en relation avec l'article 1^{er} du Protocole I

L'article 6 de la Convention a suscité une jurisprudence exceptionnelle, sur le plan quantitatif, par le nombre des décisions rendues par la Cour européenne, mais aussi, sur le plan qualitatif, par une interprétation audacieuse et très extensive de ces dispositions²³. L'utilisation du principe de proportionnalité dans ce domaine constitue une bonne illustration de ce phénomène et la jurisprudence « française » à Strasbourg nous en fournit un nouvel exemple significatif avec l'affaire *Viard*²⁴. Dans cette affaire le requérant soutenait qu'il avait été privé de son droit d'accès à un tribunal en raison de la non admission de son pourvoi en cassation pour non-respect du délai prévu par le code de procédure pénale.

La Cour rappelle les principes de sa jurisprudence en la matière et notamment « que le droit à un tribunal, dont le droit d'accès constitue un aspect, n'est pas absolu et se prête à des limitations implicitement admises, notamment en ce qui concerne les conditions de recevabilité d'un recours ». La Cour ajoute : « Néanmoins, les limitations apportées ne doivent pas restreindre l'accès ouvert à l'individu d'une manière ou à un point tels que le droit s'en trouve atteint dans sa substance même. En outre elles ne se concilient avec l'article 6 que si elles poursuivent un but légitime et s'il existe un rapport raisonnable de proportionnalité entre les moyens employés et le but visé » (§ 29 de l'arrêt). La procédure française n'est pas contraire en soi aux exigences de l'article 6 ainsi interprété, mais dans les

²⁰ C.E.D.H., arrêt du 13 novembre 2014, *Bodein c. France*.

²¹ C.E.D.H., arrêt (Grande chambre) du 9 juillet 2013, *Vinter et autres c. Royaume-Uni*.

²² § 102 de l'arrêt. Cet arrêt comporte par ailleurs des « Eléments pertinents de droit européen, international et comparé concernant les peines perpétuelles et les peines « nettement disproportionnées » §§ 59 et s. de l'arrêt.

²³ Voir P. TAVERNIER, *Le fabuleux destin de l'article 6 de la Convention européenne des droits de l'Homme est-il menacé?*, pp. 639-652 in L. PANELLA, E. SPATAFORA (a cura di), *Studi in Onore di Claudio Zanghi, Volume II Diritti umani*, G. Giappichelli Editore, Torino, 2011.

²⁴ C.E.D.H., arrêt du 9 janvier 2014, *Viard c. France*.

circonstances de l'espèce, le délai a été réduit à un ou deux jours, ce qui a porté atteinte au droit d'accès du requérant.

Le raisonnement de la Cour pour parvenir à cette conclusion est intéressant en ce qu'il est à double détente par rapport à l'utilisation des notions implicites que la Haute Juridiction découvre dans le texte de la Convention. Dans un premier temps, il y a fort longtemps, dans le célèbre arrêt *Golder* la Cour a reconnu que le droit d'accès à un tribunal était un droit inhérent implicitement compris dans l'article 6, puis dans un second temps elle affirme que ce droit n'est pas absolu et se prête à de limitations implicitement admises. Elle transpose donc les exigences expressément prévues dans les paragraphes 2 des articles 8 à 11 à l'article 6 qui est muet à cet égard. Cela lui permet, grâce à cette construction audacieuse de faire jouer au principe de proportionnalité un rôle étendu et remarquable.

La Cour de Strasbourg applique aussi le principe de proportionnalité dans le cadre de l'article 5, qui est pourtant muet sur ce point. Elle considère néanmoins que ce principe s'applique lui accordant ainsi une reconnaissance implicite. Dans l'affaire *François*, déjà citée, elle affirme qu'il «lui appartient ... d'apprécier à ce titre si le placement en garde à vue était dans les circonstances de l'affaire, nécessaire et proportionné»²⁵

Quant à l'article 14 de la Convention relatif à l'interdiction de discrimination, il ne prévoit pas expressément la possibilité pour les Etats d'apporter des limitations au principe de cette interdiction. Et pourtant la jurisprudence a interprété cette disposition, comme elle l'a fait pour l'article 6 en transposant ce qui est prévu expressément dans les paragraphes 2 des articles 8 à 11. La Cour l'a rappelé dans l'arrêt *Montoya c. France* : « pour qu'un problème se pose au regard de l'article 14 il doit y avoir une différence dans le traitement de personnes placées dans des situations comparables. Une telle distinction est discriminatoire si elle manque de justification objective et raisonnable, c'est-à-dire si elle ne poursuit pas un but légitime ou s'il n'y a pas un rapport raisonnable de proportionnalité entre les moyens employés et le but visé » (§ 30 de l'arrêt)²⁶. La marge d'appréciation dont dispose l'Etat est ample. En l'espèce la Cour a considéré que la France pouvait légitimement distinguer le cas des rapatriés d'Algérie d'origine européenne et celui des Harkis pour leur réserver le bénéfice de certaines prestations. Il n'y avait donc pas eu violation de l'article 14 combiné avec l'article 1^{er} du Protocole I. Dans cette affaire la Cour aurait pu être influencée aussi par le fait que le principe de proportionnalité intervient aussi dans le cadre de son interprétation de l'article 1^{er} du protocole I relatif au droit au respect des biens, mais comme nous venons de le voir c'est plutôt le modèle général des limitations aux droits prévu dans les article 8 à 11 qui a été suivi.

5. Conclusion

On peut constater que la Cour de Strasbourg applique très largement et très fréquemment le principe de proportionnalité, que celui-ci soit déduit plus ou moins directement du texte de la Convention européenne et de ses protocoles, ou qu'il soit simplement implicitement reconnu. Cela ressort de l'examen rapide de la jurisprudence récente de la Cour européenne des droits de l'Homme, notamment des arrêts concernant la France.

²⁵ C.E.D.H., arrêt du 23 avril 2015, *François c. France* (§ 52).

²⁶ C.E.D.H., arrêt du 23 janvier 2014, *Montoya c. France*.

Ce constat suscite bien des interrogations qui mériteraient de plus amples développements. On peut en effet se demander quels sont la nature et le rôle exact que la Cour attribue au principe de proportionnalité. En ce qui concerne la nature de la proportionnalité, s'agit-il d'un principe ou d'une simple méthode, voire d'une technique d'interprétation et de mise en œuvre de la Convention ? Ou bien est-on en présence d'un principe, d'un principe général de droit ou du droit international, ou encore d'un principe d'interprétation ? Ce principe est-il objectif et d'application quasi-mathématique, voire automatique, ou bien est-il subjectif, impliquant une pesée des intérêts en cause qui n'a rien d'automatique et comportant une part d'arbitraire, ou du moins d'incertitude ?

Quant au rôle assigné à la proportionnalité dans le système de la Convention européenne des droits de l'Homme, il consiste à apporter des limites aux dérogations et limites aux droits, explicitement ou implicitement reconnues dans la Convention en les encadrant de manière plus ou moins stricte. Il conviendrait également de préciser quels sont les liens entre la proportionnalité et d'autres notions que la Cour utilise, notamment la marge d'appréciation des Etats et la nécessité (dans une société démocratique). Quelle est l'articulation entre ces diverses notions ? Cela n'apparaît pas toujours très clairement dans le raisonnement de la Cour. La proportionnalité inclut-elle ces notions ? ou bien est-elle incluse dans celles-ci ?

En dépit de toutes ces interrogations on peut cependant relever que M.A. Eissen avait bien balisé le problème et que la jurisprudence s'est poursuivie dans la ligne qu'il avait indiquée. Malgré cela il reste encore matière à de futurs développements et à des précisions supplémentaires.



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

JAVIER A. GONZÁLEZ VEGA*

PASADO, PRESENTE... ¿Y FUTURO? DEL RESPETO DEL LOS DERECHOS HUMANOS EN EL SAHARA OCCIDENTAL: APUNTES DESDE ESPAÑA

SUMARIO: 1. Introducción. – 2. El pasado: derechos humanos, memoria histórica y crímenes internacionales. – 3. El presente: la situación de los derechos humanos en los territorios ocupados y el ineficiente control internacional. – 3.1. El “respeto” de los derechos humanos por Marruecos: los compromisos internacionales asumidos y su aplicación en el Sáhara occidental. – 3.2. El control internacional de las acciones de Marruecos: pluralidad de mecanismos y debilidad de resultados. – 3.2.1. Los mecanismos de carácter universal. – 3.2.2. El control en el ámbito regional. – 3.3. El control interno con proyección internacional: jurisdicción universal vs. territorialidad y su aplicación al Sáhara Occidental. – 3.3.1. El control interno a través de las jurisdicciones penales de “terceros Estados”. – 3.3.2. La implicación de la jurisdicción española en el caso del Sáhara Occidental: de la jurisdicción universal a la territorialidad. – 4. El futuro: ¿una implicación de la MINURSO en el control de los derechos humanos?

1. Introducción

Aunque la continuada violación por parte de Marruecos del derecho a la libre determinación del pueblo del Sáhara occidental es sin duda la cuestión más conocida, los problemas relativos a la protección de los derechos humanos del pueblo saharauí también poseen una importancia significativa. De un lado, porque existe una íntima relación entre el derecho a la libre determinación y los derechos humanos, toda vez que el primero es el presupuesto para el disfrute de los segundos, de forma que la vulneración de aquél conlleva inexcusablemente el desprecio de éstos. No otro es el sentido de las afirmaciones contenidas en el art. 1 común a los Pactos Internacionales de Derechos civiles y políticos y de Derechos económicos, sociales y culturales, de 16 de diciembre de 1966, cuando establecen que:

* Catedrático de Derecho internacional público, Universidad de Oviedo.

«1. Todos los pueblos tienen el derecho de libre determinación. En virtud de este derecho establecen libremente su condición política y proveen asimismo a su desarrollo económico, social y cultural.

2. Para el logro de sus fines, todos los pueblos pueden disponer libremente de sus riquezas y recursos naturales, sin perjuicio de las obligaciones que derivan de la cooperación económica internacional basada en el principio del beneficio recíproco, así como del derecho internacional. En ningún caso podrá privarse a un pueblo de sus propios medios de subsistencia.

3. Los Estados Partes en el presente Pacto, incluso los que tienen la responsabilidad de administrar territorios no autónomos y territorios en fideicomiso, promoverán el ejercicio del derecho de libre determinación, y respetarán este derecho de conformidad con las disposiciones de la Carta de las Naciones Unidas.»¹

De otro lado, porque, con arreglo a las normas del derecho internacional, la vulneración sistemática de los derechos humanos de la población del Sáhara occidental es susceptible de poner en juego mecanismos de diversa entidad para hacer frente a esas situaciones. Estas consecuencias se desprenden de las características que, como hemos precisado en otro lugar, poseen los derechos humanos en el ordenamiento jurídico internacional contemporáneo. Señaladamente, su universalidad, que impone a todos los Estados el deber de promoverlos y respetarlos al margen de particularismos regionales o nacionales, culturales o religiosos, y su general obligatoriedad (*erga omnes*) de donde se deriva el interés de todos los Estados por ver asegurada su observancia, estando cualquiera de ellos facultado para reclamar su respeto frente a su violación grave, ocurra donde ocurra y afecte o no a sus nacionales².

Dicho esto, cabe señalar que la situación de los derechos humanos en el Sáhara occidental puede ser encarada desde diferentes perspectivas. En primer término, desde una aproximación histórica, repasando la situación de los derechos humanos en el territorio en los sucesivos periodos: colonización española (1884-1976), ocupación mauritana y marroquí (1976-1979) y ocupación por Marruecos (1979-...). Este análisis no se agota en la simple consideración erudita de los hechos, sino que depara aún hoy en día importantes consecuencias pues de un lado permite abordar desde la perspectiva de la denominada “Memoria histórica” acontecimientos que tuvieron lugar en un pasado no muy lejano y que no han sido esclarecidos hasta la fecha³. Este es el caso de la “desaparición” –aún bajo dominación española- del primer “activista” de la lucha del pueblo saharaui por su emancipación del yugo colonial, Bassir Mohamed uld Hach Brahim (alias “Basiri”) ⁴. También lo es el del asesinato o “la desaparición” de un conjunto significativo de personas en las acciones bélicas coetáneas y subsiguientes al proceso de ocupación del territorio por parte de las fuerzas marroquíes y mauritanas, en “aplicación” de los denominados Acuerdos de Madrid de 14 de noviembre de 1975. En este último caso, no obstante, la

¹ BOE, núm. 103, de 30 de abril de 1977.

² P. ANDRÉS SÁENZ DE SANTA MARÍA, J. A. GONZÁLEZ VEGA, (Col.), *Sistema de Derecho internacional público*, 3ª ed., Civitas, Cizur Menor, 2014, pp. 415-416.

³ Para una aproximación general al tema desde la perspectiva del Derecho internacional véase nuestra aportación *Memoria histórica vs. impunidad: las obligaciones impuestas por el Derecho internacional*, en la obra colectiva *¿Se puede juzgar la historia?*, Fundación Antonio Carretero, Madrid, 2009.

⁴ Las circunstancias que rodearon su detención y “desaparición” son relatadas en T. BÁRBULO, *La historia prohibida del Sáhara Español. Las claves del conflicto que condiciona las relaciones entre España y el Magreb*, 7ª ed., Destino, Barcelona, 2011, pp. 77-102.

gravidad de los hechos trasciende a esta perspectiva para situarnos en presencia de situaciones cuya consideración desde un enfoque jurídico puede hacer entrar en juego las normas del derecho internacional penal, planteándose la posibilidad de activar –aún hoy en día– mecanismos para depurar la responsabilidad penal de sus autores, en razón de imprescriptibilidad de los crímenes cometidos.

En segundo lugar, la cuestión puede ser abordada en clave “contemporánea” examinando la situación de los derechos humanos en la actualidad. En esta aproximación, sin duda, el centro de atención debe ser la situación de los derechos humanos en el territorio del Sáhara occidental ocupado por Marruecos –los denominados “territorios ocupados”⁵. En esta perspectiva de análisis, obviamente, el enfoque debe reparar ante todo en los mecanismos existentes a nivel internacional, prestando atención a las acciones desarrolladas por parte de los diferentes organismos de control eventualmente competentes. Asimismo, puede ser oportuno considerar las alternativas que ofrece un control –en apariencia interno– pero de indudable naturaleza internacional, instrumentado en aplicación del principio de jurisdicción universal a través de las jurisdicciones penales de “terceros Estados”, incluido – particularmente – el nuestro; aun cuando – como es bien sabido – la “tercería” de nuestro país en esta cuestión – que es sostenida tozudamente por los sucesivos Gobiernos desde 1976 – no sea en absoluto conforme con las reglas del Derecho internacional, tal como confirma la condición de “potencia administradora” del territorio que sigue confiriéndole a España la ONU.

Por último, la cuestión del control de los derechos humanos por parte de los organismos internacionales y – lo avanzamos ya – la limitada eficacia de los mecanismos existentes lleva necesariamente a plantearse de cara al futuro la necesidad del establecimiento de mecanismos más específicos de control: se trata en este caso, particularmente, de la cuestión de la ampliación del mandato de la MINURSO para asumir las competencias relativas a la protección de los derechos humanos en el territorio del Sáhara Occidental.

2. *El pasado: derechos humanos, memoria histórica y crímenes internacionales*

Tal como hemos advertido, las graves violaciones de los derechos humanos cometidas en el Sáhara occidental se remontan a los años de la colonización española. Concretamente, en el caso de nuestro país, sus responsabilidades se subsumen en la categoría más amplia de lo que cabe denominar como “crímenes del franquismo” y por lo

⁵ En el análisis que sigue omitiremos la posible consideración del Sáhara occidental como territorio sometido a “ocupación militar”, analizada en CHINKIN, Ch., *Laws of Occupation*, en N. BOTHA, M. OLIVIER, D. VAN TONDER (eds.) *Conference on Multi-lateralism and International Law with Western Sahara as a Case Study. Western Sahara Conference Proceedings*, , University of South Africa (VerLoren van Themaat Centre), Pretoria, 2008, pp. 196-221 y M. DAWIDOWICZ, *Trading fish or human rights in Western Sahara? Self-determination, non-recognition and the EC-Morocco Fisheries Agreement*, en D. FRENCH (ed.), *Statehood and Self-Determination. Reconciling Tradition and Modernity in International Law*, , Cambridge UP, Cambridge, 2013, pp. 250-276, esp. pp. 272-274) – pues se acepta que uno u otro *status* no afectan en términos generales al disfrute de los derechos humanos por parte de la población, como afirmara la Corte Internacional de Justicia en el asunto de las *Consecuencias jurídicas de la construcción de un muro en el territorio palestino ocupado*, Opinión consultiva de 9 de julio de 2004.

mismo se encuentran afectadas por la vigencia de la denominada “Ley de Amnistía” (1977), cuyos efectos ha tratado de paliar muy levemente la posterior “Ley de Memoria histórica” (2007)⁶.

En todo caso, el tema - o por mejor, su olvido - ha atraído la atención de los órganos de control internacional, dando lugar a severas críticas por la pasividad de nuestro Estado al afrontar sus responsabilidades⁷. En concreto, el Comité de Derechos Humanos ha señalado que:

“... está preocupado por el mantenimiento en vigor de la Ley de Amnistía de 1977. El Comité recuerda que los delitos de lesa humanidad son imprescriptibles y señala a la atención del Estado parte sus observaciones generales N° 20, según la cual las amnistías relativas a las violaciones graves de los derechos humanos son incompatibles con el Pacto y N° 31, sobre la naturaleza de la obligación jurídica general impuesta a los Estados partes en el Pacto. El Comité, aunque toma nota con satisfacción de las garantías dadas por el Estado parte en el sentido de que la Ley de la Memoria Histórica prevé que se esclarezca la suerte que corrieron los desaparecidos observa con preocupación las informaciones sobre los obstáculos con que han tropezado las familias en sus gestiones judiciales y administrativas para obtener la exhumación de los restos y la identificación de las personas desaparecidas.”⁸

Por otra parte, el problema también ha sido suscitado en sucesivas ocasiones en el Consejo de Derechos Humanos en el curso de la participación de nuestro Estado en el Examen Periódico Universal (2010, 2015) desarrollado ante esta instancia, cuestionando muchos países la deficiente cumplimiento por España de sus obligaciones internacionales y de la propia Ley de Memoria histórica⁹. Pese a ello, la situación no ha experimentado ningún cambio. Por ello, no debe extrañar que la iniciativa planteada en el caso de la desaparición de “Basiri”, en la que se exigía al Gobierno el esclarecimiento de los hechos, la reparación de su memoria y la eventual repatriación de sus restos, encontrara el rechazo del Grupo Parlamentario Popular, mayoritario en la Cámara¹⁰.

⁶ Como es sabido, la cuestionable licitud de la primera planeaba en el asunto *Antonio Gutiérrez Dorado y Carmen Dorado Ortiz c. España*, demanda n° 30141/09, declarada inadmisibile por el TEDH en su decisión de 27 de marzo de 2012. Al respecto *vid.* J. CHINCHÓN ÁLVAREZ, *Incompetencia (sobrevvenida) respecto de la obligación autónoma, independiente y continuada de investigar*, en *Rev. der. com. eur.*, núm. 45, 2013, pp. 741-759; A. PETROPOULOU, *Les mesures d'amnistie, le principe ne bis in idem et l'évolution du droit international*, en *Rev. trim. dr. homme*, vol. 26, núm. 102, 2015, pp. 437-461.

⁷ Véase J. CHINCHÓN ÁLVAREZ, *Derecho internacional y transformaciones del Estado. Del desuso, uso y abuso del Derecho internacional cuando de ciertas 'transformaciones que afectan a la forma de Gobierno' se trata*, en J. SOROETA LICERAS (ed.) *La eficacia del Derecho internacional de los derechos humanos (Cursos de Derechos humanos de Donostia-San Sebastián, vol. IX)*, Servicio Editorial de la Universidad del País Vasco, Bilbao, 2011, pp. 75-121, en p. 119.

⁸ Comité de Derechos Humanos, Examen de los informes presentados por los Estados partes con arreglo al artículo 40 del Pacto, Proyecto de observaciones finales del Comité de Derechos Humanos, España, Doc. CCPR/C/ESP/CO/5/, 27 de octubre de 2008, pp. 2-3. Texto accesible en < www2.ohchr.org/english/bodies/hrc/docs/CCPR.C.ESP.CO.5_sp.doc >.

⁹ *Cfr.* B. ARP, *Lessons learned from Spain's practice before the United Nations Human Rights Reporting Mechanisms: treaty Bodies and Universal Periodic Review*, en *Sp. YB Int. Law*, vol. XV, 2009, pp. 1-37, en pp. 27-29. En el reciente (2015) proceso de examen –aún en curso- se han seguido escuchando críticas a la situación española en este punto: así, Suiza o Francia y España ha aceptado estudiar las recomendaciones propuestas por diferentes Estados -131.97 (Libano), 131.98 (Suiza), 131.99 (Armenia) y 131.100 (Armenia). (*Cfr.* Human Rights Council Working Group on the Universal Periodic Review Twenty-first session Geneva, 19-30 January 2015 Draft report of the Working Group on the Universal Periodic Review, Spain, Doc. NU, A/HRC/WG.6/21/L.5, 23 de enero de 2015, párrs. 68 y 116 y p. 19).

¹⁰ La iniciativa se concretó en la Proposición no de Ley 161/000271 presentada por el Grupo

La cuestión podría parecer distinta en el caso de Marruecos pues allí, los acontecimientos pasados –particularmente los denominados “años de plomo” (1973-1996)- tanto en el conjunto de Marruecos como en los territorios ocupados del Sáhara Occidental (en su denominación, las “provincias del sur”) han tratado de ser abordados en el marco de un mecanismo de “justicia de transición”: la Instancia Equidad y Reconciliación (IER), establecida en enero de 2004. Es verdad que el proceso –enmarcado en la supuesta “apertura” promovida con el acceso al trono de Mohamed VI- constituía en la época una experiencia inédita en el mundo árabe; sin embargo, sus resultados –a los que se ha dado amplia difusión¹¹- distan de satisfacer los parámetros establecidos por las orientaciones internacionales en la materia, además de marginar de forma ostensible las reivindicaciones formuladas por la población saharauí¹².

Por otra parte, la responsabilidad por los actos de exterminio producidos en el territorio durante la ocupación marroquí –que tan bien han documentado las obras de A. MARTÍN BERISTAIN y colaboradores¹³- podría ser abordado en el marco de las normas del Derecho internacional que sancionan la comisión de actos tales como el genocidio, los crímenes de guerra o los crímenes contra la humanidad. Sin embargo, la intervención de la Corte Penal Internacional (CPI) – a la que se confía este cometido - tiene que ser descartada dadas las limitaciones que impone el Estatuto de Roma, de 17 de julio de 1998 y que hacen inviable establecer su competencia sobre tales hechos pues, de un lado, Marruecos no es parte en ese Estatuto y por tanto no reconoce la competencia de la Corte; de otro, porque aún si por otras vías –poco creíbles, bien es cierto- la CPI pudiera llegar a conocer de los crímenes cometidos en el Sáhara se plantearía la cuestión de la “irretroactividad” pues la CPI excluye con carácter general el conocimiento de los hechos anteriores al 1 de julio de 2002, fecha de entrada en vigor de su Estatuto¹⁴.

Parlamentario Mixto (Diputado: Sr. J. Tardà i Coma) sobre la recuperación de la memoria de Basiri para su debate en la Comisión de Asuntos Exteriores del Congreso de los Diputados, 17 de febrero de 2012, *Boletín Oficial de las Cortes Generales, Congreso de los Diputados*, X Legislatura, Serie D: General, 27 de febrero de 2012, núm. 43, pp. 14-15. El rechazo de la iniciativa se justificó por el mayoritario Grupo parlamentario Popular porque “El papel de España como potencia y antigua metrópoli pide una neutralidad activa, lo cual sería incoherente con el inicio en la actualidad de una investigación policial en un territorio en el que están implicados no solamente España sino también Marruecos, Argelia, Francia y Naciones Unidas” (Cortes Generales, *Diario de sesiones del Congreso de los Diputados*, Comisiones, año 2012, X Legislatura, núm. 139, Asuntos Exteriores, Presidencia del Excmo. Sr. D. Josep Antoni Duran i Lleida, sesión núm. 7 celebrada el miércoles 27 de junio de 2012, p. 35).

¹¹ Además de publicitar ampliamente esta iniciativa en sus Informes periódicos ante los órganos de control de Naciones Unidas (véase más abajo, 3.2.1), es revelador que aparezcan publicados en castellano en el portal de la Comisión Nacional de Derechos Humanos de Marruecos; texto accesible en <http://www.ccdh.org.ma/spip.php?rubrique211>.

¹² B. CUBERTAFOND, , *Le démo-despotisme de Mohamed VI*, en *Ann. fr. rel. int.*, 2010, pp. 185-206, en p. 193 S. GIMENO, *Situación de los derechos civiles y políticos en el Sáhara Occidental: de 1999 a la actualidad*, en *Fundación Seminario de Investigación para la Paz*, Zaragoza, 30 de mayo de 2013, pp. 19-22; texto accesible en http://www.seipaz.org/documentos/SAHARA_SantiGimeno.pdf.

¹³ Mencionemos simplemente las recientes *Meheris: La esperanza posible: Fosas comunes y primeros desaparecidos saharauis identificados*, Hegoa-Aranzadi, Bilbao, 2013 y *El Oasis de la Memoria: Memoria Histórica y Violaciones de Derechos en el Sáhara Occidental*, 2 tomos, Hegoa, Bilbao, 2012. Estas investigaciones han tenido una profunda incidencia en las recientes decisiones acordadas por la jurisdicción española. Al respecto *vid. infra*, 3.3.2.

¹⁴ Las limitaciones de orden material, así como alambicadas hipótesis improbables –acción del Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas, una eventual declaración presentada por la República Árabe Saharaui Democrática, etc- sobre la base de los cuales pudiera llegar a establecerse la competencia de la

Dejemos señalado, no obstante, que se abren otras vías para afrontar la responsabilidad penal, a través de la implicación de las jurisdicciones penales internas de terceros Estados; posibilidad efectivamente llevada a efecto, tal como revelan diferentes procedimientos en curso en nuestro país. La cuestión, sin embargo, será abordada más adelante¹⁵.

3. *El presente: la situación de los derechos humanos en los territorios ocupados y el ineficiente control internacional*

Lamentablemente, la situación de los derechos humanos en el Sáhara occidental –y las frecuentes violaciones de éstos– no constituye un episodio histórico. Los medios de comunicación se hacen eco periódicamente de los hechos que vienen produciéndose en el territorio. Por su parte, las organizaciones no gubernamentales (en lo sucesivo, ONGs) competentes en materia de derechos humanos difunden regularmente informes en los que deja constancia de la precaria situación existente e incluso, algunos Estados, organizaciones e instituciones internacionales vienen llamando regularmente la atención sobre ello.

El Sáhara occidental no es un “limbo jurídico”¹⁶ y por consiguiente sus habitantes deben disfrutar de unos derechos que son inherentes a todo ser humano; derechos que –no sólo garantiza la Declaración universal de derechos humanos¹⁷– sino que formalmente reconoce la potencia ocupante, Marruecos, al participar en los tratados internacionales que los garantizan.

3.1. *El “respeto” de los derechos humanos por Marruecos: los compromisos internacionales asumidos y su aplicación en el Sáhara occidental*

Con carácter previo se plantea la cuestión – en apariencia problemática – de determinar si Marruecos es responsable de garantizar el respeto de los derechos humanos en el territorio del Sáhara occidental – y consecuentemente de responder también de sus violaciones –, toda vez que cabría suponer que reconocer la competencia de Marruecos implica al mismo tiempo asumir la legitimidad del control que ejerce sobre el territorio. Afortunadamente, la cuestión encuentra respuesta en el Derecho internacional sin deparar esas complicaciones puesto que en relación con los derechos humanos el criterio operativo

CPI –en todo caso limitada– han sido exploradas –a propósito del hasta cierto punto semejante caso palestino– en nuestra contribución *¿Misión imposible? La competencia de la Corte Penal Internacional para enjuiciar los crímenes cometidos en el curso de las acciones israelíes sobre Gaza (diciembre de 2008-enero de 2009)*, en C. PÉREZ GONZÁLEZ, R. ESCUDERO ALDAY (eds.), *La responsabilidad penal por la comisión de crímenes de guerra: El caso de Palestina*, Aranzadi, Cizur Menor, 2009, pp. 105-130.

¹⁵ Véase más abajo, 3.3.2.

¹⁶ La expresión se popularizó a raíz de la creación del centro de detención de Guantánamo, tras los acontecimientos del 11-S, donde prosigue la vulneración sistemática de elementales derechos en relación con la integridad física, la libertad o las garantías procesales de los allí recluidos.

¹⁷ Un texto, conviene recordarlo, que no es un tratado internacional pero que obliga a todos los Estados, como brillantemente exponía J. A. CARRILLO SALCEDO en su obra *Dignidad frente a Barbarie: La Declaración Universal de derechos humanos, cincuenta años después*, Trotta, Madrid, 1999.

se centra en la noción de jurisdicción –no en la de soberanía de la que Marruecos carece– y en la idea del control efectivo, sin atender a otras razones; de hecho, esta idea está presente desde antiguo en la “jurisprudencia” de los órganos internacionales de control¹⁸. Sentado lo anterior, se sigue de ello que los compromisos asumidos por Marruecos en materia de derechos humanos son exigibles en cualquier caso respecto de las personas residentes en el territorio del Sáhara occidental, en razón del control efectivo que ejerce sobre significativas áreas de dicho territorio, sin que esa exigibilidad suponga en modo alguno reconocimiento de su ilegal ocupación.

Por lo que respecta a la participación de Marruecos en los tratados de derechos humanos hay que decir que la impresión inicial sugiere un comportamiento modélico¹⁹. Su favorable disposición – llega hasta el punto de que incluso recientemente (2013) se ha adherido a la Convención internacional para la protección de todas las personas contra las desapariciones forzadas, de 20 de diciembre de 2006²⁰. Cuestión distinta es las implicaciones que se derivan de este “activismo” convencional. Valga como referencia el que también nuestro país es parte en el Convenio sobre desapariciones forzadas –ratificado el 24 de septiembre de 2009 y en vigor desde el 23 de diciembre de 2010– sin que ello haya supuesto un cambio significativo en la política

¹⁸ El tema ha sido analizado en nuestras contribuciones *¿Colmando los espacios de no Derecho en el Convenio Europeo de Derechos Humanos? Su eficacia extraterritorial a la luz de la jurisprudencia*, *An. esp. der. Int.*, vol. XXIV, 2008, pp. 141-175 y *¿Enterrando a Bankovic? La eficacia extraterritorial del Convenio Europeo a la luz de la Sentencia TEDH (Gran Sala) de 20 de noviembre de 2014 en el asunto Jaloud c. Países Bajos*, en *Rev. esp. der. int.*, vol. LXVII, 2015, núm. 1.

¹⁹ Es parte en el Convenio para la prevención y castigo del crimen de genocidio, de 9 de diciembre de 1948, al que se adhirió en 1958; del Convenio para la eliminación de todas las formas de discriminación racial, de 7 de marzo de 1966, ratificado el 18 de diciembre de 1970; del Pacto Internacional de Derechos económicos, sociales y culturales, de 16 de diciembre de 1966, ratificado el 3 de mayo de 1979; del Pacto internacional de derechos civiles y políticos, de 16 de diciembre de 1979, ratificado también el 3 de mayo de 1979; del Convenio internacional para la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer, de 18 de diciembre de 1979, enmendado el 22 de diciembre de 1995, al que se adhirió el 21 de junio de 1993 y el 31 de marzo de 2010; del Convenio contra la tortura y otros tratos crueles, inhumanos y degradantes, de 10 de diciembre de 1984, enmendado el 8 de septiembre de 1992, ratificado el 21 de junio de 1993 (adhesión de 11 de septiembre de 2012); del Convenio de derechos del niño, de 20 de noviembre de 1989, enmendado el 12 de diciembre de 1995, ratificado el 21 de junio de 1993 (adhesión de 27 de enero de 1997) y de sus Protocolos facultativos de 25 de mayo de 2000 (participación en conflictos armados y tráfico de niños, prostitución infantil y pornografía infantil), ratificados respectivamente el 22 de mayo de 2002 y el 2 de octubre de 2001 y del Convenio sobre derechos de las personas con discapacidad, de 13 de diciembre de 2006, que ha ratificado el 8 de abril de 2009. Todos ellos vigentes. Los datos proceden de la base de datos de Naciones Unidas, accesible en <http://treaties.un.org/pages/Treaties.aspx?id=4&subid=A&lang=en>. Incluso lo es en un tratado con una limitada participación –no es parte en él nuestro Estado– el Convenio internacional para la protección de los derechos de los trabajadores migrantes y los miembros de sus familias, de 18 de diciembre de 1990, ratificado el 21 de junio de 1993.

²⁰ Había firmado la Convención el 6 de febrero de 2007, habiéndola ratificado el 14 de mayo de 2013. Este texto, por otra parte, es exponente, una vez más, de la fructífera interacción entre desarrollos regionales y universales, toda vez que la normativa internacional primigenia fue elaborada en el ámbito regional americano, propiciando luego la elaboración de este tratado de ámbito universal, donde descuelga el derecho a conocer las verdades. Al respecto *vid.* M. L. VERMEULEN, *Enforced Disappearance. Determining State Responsibility under the International Convention for the Protection of all Persons from Enforced Disappearance*, Intersentia, Cambridge-Amberes-Portland, 2012.

de nuestro Estado ni en la acción de nuestras autoridades respecto de las desapariciones producidas en el periodo franquista²¹.

Por otro lado, es harto significativo que el compromiso de Marruecos con el respeto de los derechos humanos no llegue sin embargo al punto de reconocer a los individuos –salvo supuestos anecdóticos– el acceso a los mecanismos de las reclamaciones individuales existentes en los tratados de derechos humanos, privándoles del acceso a una vía de denuncia alternativa a los simples remedios ofrecidos por el Derecho interno²²; de hecho, sólo desde hace unos meses participa en el mecanismo preventivo ideado por el Protocolo facultativo a la Convención contra la tortura²³. De esta suerte, el control de los compromisos asumidos por Marruecos discurre en la práctica totalidad de los casos por la apacible vía de la simple remisión informes periódicos a los correspondientes órganos de control²⁴.

Sin embargo, la realidad revela un panorama no tan idílico, pues desde hace ya muchos años las violaciones de los derechos humanos vienen relacionándose estrechamente con la ocupación del territorio del Sáhara occidental por Marruecos²⁵.

²¹ El paralelismo del comportamiento marroquí en estas cuestiones llega hasta el punto de que ni España ni Marruecos son parte el Convenio sobre imprescriptibilidad de los crímenes de guerra y los crímenes contra la humanidad de 26 de noviembre de 1968, estrechamente vinculado con esta materia.

²² De hecho, Marruecos tan sólo reconoce la competencia del Comité para la eliminación de la discriminación racial para conocer de comunicaciones individuales, en los términos previstos por el artículo 14 del Convenio, habiendo depositado la pertinente declaración el 19 de octubre de 2006 (http://tbinternet.ohchr.org/_layouts/TreatyBodyExternal/Treaty.aspx?Treaty=CERD&Lang=en), la del Comité contra la Tortura, así como el mecanismo de denuncias individuales instaurado por el Protocolo facultativo al Convenio sobre los derechos de las personas con discapacidad, de 13 de diciembre de 2006, al que se adhirió el 8 de abril de 2009. Con todo, esta participación resulta escasamente significativa y anecdótica: la única denuncia presentada lo ha sido en el marco del Convenio contra la tortura, ¡por un ciudadano ruso respecto a un procedimiento de extradición! (Cfr: Comité contra la Tortura, Comunicación N° 428/2010, Decisión adoptada por el Comité en su 47° período de sesiones (31 de octubre a 25 de noviembre de 2011), *Doc. NU*, CAT/C/47/D/428/2010, 18 de enero de 2012). En cambio, Marruecos no es parte ni en el Protocolo facultativo al Pacto internacional de derechos civiles y políticos, de 16 de diciembre de 1966, ni el Protocolo al Pacto internacional de derechos económicos, sociales y culturales, de 10 de diciembre de 2008, ni en el Protocolo facultativo a la Convención internacional para la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer, de 6 de octubre de 1999; tampoco lo es, por el momento, en el Protocolo facultativo al Convenio de derechos del niño sobre un procedimiento de comunicaciones, de 19 de diciembre de 2011 –aún no en vigor– aunque lo firmó el 28 de febrero de 2012. (Datos procedentes de *United Nations Treaty Collections Database* accesible en <http://treaties.un.org/pages/Treaties.aspx?id=4&subid=A&lang=en>).

²³ Al que se ha adherido el 24 de noviembre de 2014 (Cfr: https://treaties.un.org/pages/ViewDetails.aspx?src=TREATY&mtdsg_no=IV-9-b&chapter=4&lang=en). La razón de ser de este mecanismo introducido por el Protocolo facultativo de 18 de diciembre de 2002 deriva de las insuficiencias y limitaciones advertidas en la operatividad de los procedimientos tradicionales (Informes estatales, denuncias, etc), estableciendo un enfoque proactivo para atajar esta lacra (Al respecto *vid.* M. SARRE, *El Protocolo facultativo de la Convención contra la tortura: un instrumento generador de cambios estructurales necesarios para prevenir la tortura*, en *La creación del mecanismo español de prevención de la tortura*, (F. M. MARIÑO MENÉNDEZ, A. CEBADA ROMERO, dirs.), Iustel, Madrid, 2009, pp. 99-116).

²⁴ Es cierto que Marruecos ha aceptado los procedimientos de investigación previstos tanto en el Convenio contra la tortura (art. 20) como en el Convenio de personas con discapacidad (arts. 6 y 7), los cuales, sin embargo, no se han activado en ningún caso. Más recientemente, en el año 2013, asumía idéntico mecanismo respecto al Convenio internacional para la protección de las personas contra las desapariciones forzadas (Información extraída de la Oficina del Comisionado para los Derechos humanos de Naciones Unidas, accesible en http://tbinternet.ohchr.org/_layouts/TreatyBodyExternal/Countries.aspx).

²⁵ R. RIQUELME CORTADO, *Marruecos frente a la (Des)colonización del Sáhara Occidental*, en A.

Así lo corroboran las observaciones formuladas por el Comité de Derechos Humanos desde 1999 o el Comité de Derechos económicos, sociales y culturales desde 2006. En la misma línea cabe situar los informes y Resoluciones adoptados por otras instituciones como el Parlamento Europeo desde el año 1987²⁶ o los informes procedentes de ONGs como *Amnistía Internacional*²⁷, *Human Rights Watch (HRW)*²⁸, la *Federación Internacional de Derechos Humanos (FIDH)*²⁹, la *Comisión Internacional de Juristas (ICJ)*³⁰ o el *Robert F. Kennedy Center for Justice and Human Rights*³¹.

REMIRO BROTONS (Dir.), C. MARTÍNEZ CAPDEVILA, (Coord.), *Unión Europea-Marruecos ¿Una vecindad privilegiada?*, Academia Europea de Ciencias y Artes, Madrid, 2012, pp. 409-531, en p. 442.

²⁶ Así, desde la Resolución de 17 de diciembre de 1987 (DO núm. C 13, de 18 de diciembre de 1987, p. 102) hasta el Proyecto de Informe de 21 de mayo de 2013 sobre la situación de los derechos humanos en la región del Sahel, *Doc. PE*, (2013/2020(INI)), Comisión de Asuntos Exteriores, Ponente: Charles Tannock, pp. 12-15, accesible en <http://www.europarl.europa.eu/sides/getDoc.do?pubRef=-%2f%2fEP%2f%2fNONGML%2bCOMPARL%2bPE-510.774%2b01%2bDOC%2bPDF%2bV0%2f%2fES>. El caso del PE contrasta con la actitud mantenida por otras instituciones de la UE -en concreto, el Consejo y la Comisión- los cuales lejos de valorar las cuestiones de los derechos humanos en el marco de su relación con el Reino alauí, las han eludido conscientemente, fortaleciendo más aún su apoyo a éste al dotarle de un estatuto avanzado (Sobre el mismo, vid. L. BEURDELEY, *Un renforcement inédit des relations bilatérales Maroc-Union Européenne: l'octroi du statut d'État avancé*, en *La Politique Méditerranéenne de l'Union Européenne*, (Ph. Icard, Dir.), Bruylant, Bruselas, 2012, pp. 45-76; C. MARTÍNEZ CAPDEVILA, *UE-Marruecos: Un balance de 40 años de relación*, en *Unión Europea-Marruecos ¿Una vecindad privilegiada?*, cit., pp. 185-241, en pp. 209-225). Todo ello en abierta contradicción con las previsiones del marco convencional existente -el Acuerdo Euromediterráneo de Asociación UE -Marruecos, de 26 de febrero de 1996- que condiciona en su art. 2 su aplicación, *inter alia*, al respeto de los derechos humanos (Cfr. R. RIQUELME CORTADO, *Marruecos frente a...*, cit., p. 460). En este orden, sin embargo, ha de convenirse que este mecanismo -y otros ideados con posterioridad en el marco de la denominada Política Europea de Vecindad- han constituido meros elementos estéticos, carentes de la más mínima funcionalidad (Cfr. A. BLANC ALTEMIR, *La Unión Europea y el Mediterráneo. De los primeros Acuerdos a la Primavera Árabe*, Tecnos, Madrid, 2012, pp. 99-100; J. SOROETA LICERAS, *La posición de la Unión Europea en el conflicto del Sáhara Occidental, una muestra palpable (más) de la primacía de sus intereses económicos y políticos sobre la promoción de la democracia y de los derechos humanos*, en *Rev. der. com. eur.*, núm. 34, 2009, pp. 823-864).

²⁷ Cfr. el Informe anual 2012, accesible en <http://www.amnesty.org/es/region/moroccowestern-sahara/report-2012>.

²⁸ Así su Informe *Human Rights in Western Sahara and in the Tindouf Refugee Camps (Morocco/Western Sahara/Algeria)*, de 19 de diciembre de 2008, accesible en <http://www.hrw.org/sites/default/files/reports/wsahara1208web.pdf> o los más recientes *"Just Sign Here". Unfair Trials Based on Confessions to the Police in Morocco*, de 21 de junio de 2013, accesible en <http://www.hrw.org/sites/default/files/reports/morocco0613webcover.pdf> y el *HRW Rapport Mondial: Maroc*, accesible en <http://www.hrw.org/fr/world-report/2015/country-chapters/132218>.

²⁹ Expresivo de ello es el informe emitido sobre el proceso contra los detenidos por los acontecimientos en Gdeim Izik y las graves violaciones de los derechos humanos registradas. Cfr. <http://www.fidh.org/fr/maghreb-moyen-orient/Maroc,135/Verdict-du-tribunal-de-Sale-contre-12914>.

³⁰ Cfr. sus observaciones a Marruecos en el curso del primer ciclo del Examen Periódico Universal ante el Consejo de Derechos humanos, accesibles en <http://icj.wppengine.netdna-cdn.com/wp-content/uploads/2012/04/Morocco-ICJ-UPR-Analysis-briefs-2007.pdf>.

³¹ Así, su Informe *Western Sahara. Accounts of human rights abuses persist in wake of november unrest*, de 18 de diciembre de 2011; accesible en http://rfkcenter.org/attachments/757_RFK_Center_Western_Sahara_Report_FINAL.pdf.

3.2. *El control internacional de las acciones de Marruecos: pluralidad de mecanismos y debilidad de resultados*

Ciertamente, el aspecto crítico en relación con el respeto de los derechos humanos se cifra en la existencia de mecanismos de control que garanticen efectivamente su observancia. En efecto, la general aceptación de aquéllos por parte de los Estados no garantiza en absoluto su efectivo cumplimiento. De un lado, porque la corrección política imperante impone la “moda de los derechos humanos”³². De otro, porque resulta mucho más práctico aparentar que cumplir, pues como se ha advertido:

«So too in the field of human rights, rights ritualism is a more common response than an outright rejection of human rights standards and institutions. Rights ritualism can be understood as a way of embracing the language of human rights precisely to deflect real human rights scrutiny and to avoid accountability for human rights abuses. Countries are often willing to accept human rights treaty commitment to earn international approval, but they resist the changes that the treaty obligations require»³³.

Poco importa que los Estados se comprometan a respetar los derechos humanos si no existen mecanismos que aseguren adecuadamente este objetivo. En este orden, al margen de los mecanismos nacionales que puedan contribuir a ello –y de cuya eficacia cabe dudar seriamente en el caso marroquí–, las garantías más efectivas se concretan en el control externo –internacional– ante el cual puedan considerarse las eventuales violaciones de los derechos humanos y dentro de él el procedimiento más adecuado lo constituyen, sin duda, las instancias jurisdiccionales internacionales: los Tribunales Internacionales (la mencionada CPI, entre otros). No obstante, esta opción está descartada por el momento en el caso del Sáhara Occidental.

3.2.1. *El control a nivel universal*

En cuanto al ámbito universal, Marruecos participa en los mecanismos de los informes periódicos relativos a los tratados en los que es parte; en ellos, su posición ha tendido a eludir o minimizar las cuestiones relacionadas con la situación de los derechos humanos en

³² Como destaca W. M. REISMAN existe la percepción general de que los Estados donde no se garantizan aquéllos son Estados “desviados y atrasados” (W. M. REISMAN, *The Quest for World Order and Human Dignity in the Twenty-first Century: Constitutive Process and Individual Commitment. General Course on Public International Law, Recueil des Cours*, t. 351, 2010, pp. 9-382, en p. 296); como consecuencia de ello se deriva un efecto “emulativo” con perversas implicaciones, tal como se ha advertido a propósito de la participación generalizada en la CADHP en donde “even states that do not necessarily follow up the ratification with appropriate legislative measures to domesticate the treaty or to ensure compliance with their obligations do not see any problem in ratifying it. Simply put, the reputational cost of remaining a non-ratifying state explains the universal acceptance and ratification of the Human and Peoples’ Rights Charter although implementation and compliance remain a problem among some of the parties” (T. MALUWA, *Ratification of African Union Treaties by Member States: Law, Policy and Practice*, *Melb. Jour. Int. Law*, vol. 13, 2012, pp. 636-684, en p. 658, n. 106). La frase entrecomillada la tomamos DE J. L. KUNZ, *The Present Status of the International Law for the protection of Minorities*, *Am. Jour. Int. Law*, vol. 48, 1954, p. 282.

³³ H. CHARLESWORTH, *Swimming to Cambodia. Justice and ritual in human rights after conflict*, *Austr. YB Int. Law*, vol. 29, 2010, pp. 1-16, en pp. 12-13.

el Sáhara occidental: así, ante el Comité de Derechos Humanos³⁴ o ante el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales³⁵. Asimismo, interviene en el mecanismo del Examen Periódico Universal establecido en el seno del Consejo de Derechos Humanos y en el curso del cual se evalúan las trayectorias de los Estados miembros de las Naciones Unidas en relación con el respeto de los derechos humanos. En el primer ciclo de control desarrollado (2008)³⁶, el Consejo de Derechos Humanos adoptó una actitud complaciente para con Marruecos, declinando considerar la situación específicamente existente en el Sáhara occidental y formulando unas conclusiones de “blando talante” en relación con la situación general de los derechos humanos en Marruecos, guiadas por el informe de la *troika* de relatores en las que figuraba un Estado - Francia - dudosamente imparcial a la hora de evaluar la situación³⁷.

En cambio, en el más reciente proceso de evaluación (2012), sí han aflorado las cuestiones de derechos humanos en relación con el Sáhara. De hecho, en su desarrollo Marruecos ha insistido en la protección que dispensa al conjunto de “su población”, incluida la de las “provincias del Sur”³⁸, considerando satisfactorios los mecanismos

³⁴ Dejando de lado el hecho, sorprendente y preocupante a la vez, de que este Estado tiene aún pendiente de entrega el VI Informe periódico correspondiente [desde el 1 de noviembre de 2008!], el último de los remitidos minimiza la entidad de las cuestiones relativas al Sáhara occidental, que sólo es evocado a propósito de la favorable disposición de Marruecos para resolver el conflicto respetando “la soberanía nacional sobre todo el territorio marroquí” (Cfr. Comité de Derechos Humanos, Examen de los informes presentados por los Estados partes en virtud del artículo 40 del Pacto, Quinto informe periódico, Marruecos, 10 de marzo de 2004, *Doc. NU*, CCPR/C/MAR/2004/5, 11 de mayo de 2004, pp. 8-9). Frente a ello el Comité –con respecto al art. 1 del Pacto (derecho de libre determinación)– expresaba su preocupación por la irresolución de la situación en el Sáhara, en relación con el art. 12 se mostraba preocupado por la restricción de la libertad de movimientos de los activistas saharauis, (Cfr. Comité de derechos humanos, 82º período de sesiones, Examen de los informes presentados por los Estados partes en virtud del artículo 40 del Pacto, Observaciones finales del Comité de Derechos Humanos, Marruecos, *Doc. NU*, CCPR/CO/82/MAR, 1º de diciembre de 2004, pp. 2 y 4).

³⁵ En su informe al CDESC Marruecos ha reiterado su compromiso con el respeto del derecho a libre determinación –art. 1 del Pacto– en el conflicto reiterando el que se garantice su integridad territorial y aludiendo al Plan de autonomía presentado en su día como cauce para ello (Cfr. Período de sesiones sustantivo de 2005, Aplicación del pacto internacional de derechos económicos, sociales y culturales, Tercer informe periódico presentado por los Estados partes de conformidad con los artículos 16 y 17 del Pacto, Adición, Marruecos, 27 de octubre de 2004, *Doc. NU*, E/1994/104/Add.29, 17 de enero de 2005, p. 6). Frente a ello el Comité expresaba su preocupación por el “hecho de que todavía no se haya aportado una solución clara a la cuestión de la libre determinación de las poblaciones del Sáhara Occidental” y tomaba nota “con preocupación de los informes acerca de la precaria situación de los desplazados tras el conflicto del Sáhara Occidental, que al parecer son víctimas de múltiples violaciones de los derechos que les reconoce el Pacto, en particular las mujeres y los niños” al tiempo que le instaba, una vez más, a que hiciera “todo lo posible por encontrar una solución clara y definitiva a la cuestión de la libre determinación de las poblaciones del Sáhara Occidental” pidiéndole que adoptara “medidas para proteger los derechos de los desplazados tras el conflicto del Sáhara Occidental” y garantizarles “la seguridad” (Comité de derechos económicos, sociales y culturales, 36º período de sesiones, Ginebra, 1º a 19 de mayo de 2006, Examen de los informes presentados por los Estados partes de conformidad con los artículos 16 y 17 del Pacto, Observaciones finales del Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, Marruecos, *Doc. NU*, E/C.12/MAR/CO/3, 4 de septiembre de 2006, párrs. 13.b) y 35, pp. 2 y 3).

³⁶ El Informe de Marruecos correspondiente a este primer ciclo puede consultarse en <http://www.ohchr.org/EN/HRBodies/UPR/Pages/MASession1.aspx>.

³⁷ Cfr. RIQUELME, “Marruecos frente a...”, *cit.*, pp. 449-450.

³⁸ Así. aludía a la preservación de la cultura “saharai hasani” (Cfr. Consejo de Derechos Humanos, 21º período de sesiones, Tema 6 de la agenda, Examen Periódico Universal, Informe del Grupo de Trabajo sobre el Examen Periódico Universal, Marruecos, *Doc. NU*, A/HRC/21/3, 6 de julio de 2012, p. 6, párr.

existentes para garantizar adecuadamente la protección de los derechos humanos³⁹. Dentro de ellos ha mencionado incluso la propuesta de autonomía para el territorio saharaui⁴⁰.

Lo cierto es que este planteamiento sólo ha sido cuestionado por muy concretos Estados que han dirigido críticas a la situación existente en el Sáhara occidental⁴¹. Así, Suecia, que expresaba su preocupación por que “la población no gozara de una plena libertad de expresión, asociación y reunión en las cuestiones relativas al Sáhara Occidental”⁴²; el Reino Unido que contemplaba con inquietud “el encarcelamiento de periodistas y estudiantes y la prolongada privación de libertad sin juicio de saharauis

23; texto accesible en <http://daccess-dds-ny.un.org/doc/UNDOC/GEN/G12/150/41/PDF/G1215041.pdf?OpenElement>). Previamente, en su Informe, limitaba las referencias al Sáhara al mencionar el papel complementario en materia de promoción de los derechos humanos desempeñado por el Real Consejo Consultivo de Asuntos Saharianos (Cfr. Consejo de Derechos Humanos, Grupo de Trabajo sobre el Examen Periódico Universal, 13º período de sesiones, Ginebra, 21 de mayo a 4 de junio de 2011, Informe nacional presentado con arreglo al párrafo 5 del anexo de la resolución 16/21 del Consejo de Derechos Humanos, Marruecos, *Doc. NU, A/HRC/WG.6/13/MAR/1*, 8 de marzo de 2012, p. 6, párr. 25; accesible en <http://daccess-dds-ny.un.org/doc/UNDOC/GEN/G12/116/81/PDF/G1211681.pdf?OpenElement>) y al mencionar el reforzamiento de los derechos culturales, incluida la preservación del hasaní “comme partie intégrante de l’identité culturelle marocaine” (*sic*) (*Ibid.*, p. 12, n. 31).

³⁹ En este orden, Marruecos no dudaba en aceptar la inmensa mayoría de las recomendaciones formuladas en relación con el Sáhara que afirmaba cumplir, si bien frente a las sugerencias planteadas por Costa Rica (Cfr. *Doc. NU, A/HRC/21/3*, cit., p.10, párr. 63) y Uruguay (Cfr. *Doc. NU, A/HRC/21/3*, cit., p. 27, Recomendación 132.1), consideraba inadecuado e innecesario el incorporar un mandato en materia de derechos humanos en el ámbito de la MINURSO, destacando el, en su opinión, juicio satisfactorio que merece a las Naciones Unidas –*apud* Resolución 2044 (2012) del CS- “la inauguración de las Comisiones del Consejo Nacional de derechos humanos en el Sáhara” (*sic*) (Cfr. *Doc. NU, A/HRC/21/3*, cit., p. 11, párr. 73) y oponiéndose a una posible decisión en tal sentido al considerar que no entraba “en el ámbito del mandato del Consejo de Derechos Humanos” (Cfr. *Doc. NU, A/HRC/21/3*, cit., p. 27, párr. 132).

⁴⁰ En concreto mencionaba las previsiones de regionalización introducidas por el nuevo texto constitucional destinadas particularmente a posibilitar la instauración de un futuro régimen de autonomía como solución definitiva al “diferendo sobre el Sáhara” (Cfr. Consejo de Derechos Humanos, 21º período de sesiones, Tema 6 de la agenda, Examen Periódico Universal, Informe del Grupo de Trabajo sobre el Examen Periódico Universal, Marruecos, *Doc. NU, A/HRC/21/3*, 6 de julio de 2012, p. 5, párr. 16). Por otra parte, en otro lugar Marruecos ha defendido esta propuesta como concreción de los derechos humanos de tercera generación (derechos políticos, económicos y socioculturales colectivos) reconocidos en favor de la población saharaui (Cfr. Carta del Embajador de Marruecos en Madrid de 23 de junio de 2011, reprod. en F. OLIVÁN LÓPEZ, *El Programa de regionalización de Marruecos: Una esperanza para un conflicto eterno*, en *Cursos de Derecho internacional de Vitoria-Gasteiz 2011*, Tecnos, Madrid, 2013, pp. 503-534, en p. 533. Frente a estos planteamientos basta recordar que la fórmula de la autonomía –que no deja de ser una variante de la modalidad de la integración en un Estado- no garantiza la plena realización del derecho a la libre determinación si no es a condición de plantearse en el proceso de consulta a la población junto con la alternativa de la independencia (Cfr. J. F.SOROETA LICERAS, *El derecho a la libre determinación de los pueblos en el siglo XXI: Entre la realidad y el deseo*, *Cursos de Derecho internacional y relaciones internacionales de Vitoria-Gasteiz 2011*, Tecnos, Madrid, 2013, pp. 451-502, en p. 500).

⁴¹ Ha habido otros Estados que se han limitado a interesarse por la situación existente en el territorio y los planes de Marruecos: así, Ucrania (Cfr. *Doc. NU, A/HRC/21/3*, cit., p. 7, párr. 36) o a diferenciar nítidamente la situación de Marruecos respecto del Sáhara a propósito de la programada visita del Relato de Naciones Unidas sobre la tortura –caso de Austria (Cfr. *Doc. NU, A/HRC/21/3*, cit., p. 8, párr. 48). De forma aún más obtusa EEUU aludía veladamente a la situación al reclamar la legalización de las organizaciones de la sociedad civil “que defienden a las poblaciones minoritarias” (¿cristianos? ¿judíos? ¿bereberes? ¿saharauis? (Cfr. *Doc. NU, A/HRC/21/3*, cit., p. 22, Recomendación 129.83).

⁴² Cfr. *Doc. NU, A/HRC/21/3*, cit., p. 6, párr. 30.

detenidos durante las protestas de Gdim Izik” y “seguía preocupado por la situación de los derechos humanos en el territorio no autónomo del Sáhara Occidental”⁴³; Canadá que reclamaba la adopción de medidas “para proteger a los defensores de los derechos humanos, en particular en el Sáhara Occidental, ante el acoso, la represión, las detenciones y la privación de libertad, entre otras cosas acreditando oficialmente a las asociaciones que trabajan en esa esfera”⁴⁴, Irlanda que urgía a prestar “especial atención a todas las medidas destinadas a mejorar la situación de los derechos humanos en el Sáhara Occidental, en concreto desarrollar y aplicar medidas independientes y creíbles para velar por el pleno respeto de los derechos humanos y garantizar derechos básicos como la libertad de asociación y de expresión”⁴⁵ o Noruega que exigía “garantizar que los procedimientos que regulan el registro de las organizaciones de la sociedad civil, incluidas aquellas que defienden el derecho del pueblo saharaui a la libre determinación, cumplen las normas internacionales”⁴⁶. Por su parte, nuestro país felicitaba a Marruecos “por su empeño en el ámbito de los derechos humanos”⁴⁷, si bien se permitía recomendar la adopción de “medidas para garantizar la adecuada protección de los derechos humanos en el Sáhara Occidental a la luz de las denuncias de desapariciones forzadas, tortura y malos tratos, y de restricciones a la libertad de expresión, asociación y reunión por parte de las fuerzas de seguridad marroquíes”⁴⁸; ¡sugerencia que contaba con el apoyo de Marruecos, al considerar que ya se había puesto en práctica⁴⁹!. Con todo, Marruecos se comprometía a remitir al Consejo de Derechos Humanos un informe en el año 2014 en el que se detallaran “los avances logrados en la aplicación de las recomendaciones aceptadas”⁵⁰.

No ha de extrañar que dado el clima distendido en que se desarrolló el proceso de examen, la Decisión final del Consejo –adoptada por consenso– fuera aprobada sin salvedad alguna⁵¹. En todo caso, la cuestión tiene que ver con el “carácter cooperativo” del mecanismo del Examen Periódico Universal, el cual ha sido concebido para evitar la confrontación política entre los Estados participantes, pero que ha derivado en un instrumento eminentemente político a través del cual los Estados cobran un especial relieve a lo largo de todo el desarrollo del procedimiento y eluden la consideración de las cuestiones consideradas problemáticas⁵². No puede sorprender por ello que se haya

⁴³ Cfr. *Doc. NU, A/HRC/21/3*, cit., p. 7, párr. 38; temor que también era compartido por Irlanda (Cfr. *Doc. NU, A/HRC/21/3*, cit., p. 13, párr. 88).

⁴⁴ Cfr. *Doc. NU, A/HRC/21/3*, cit., pp. 25-26, Recomendación 130.3.

⁴⁵ Cfr. *Doc. NU, A/HRC/21/3*, cit., p. 26, Recomendación 130.11.

⁴⁶ Cfr. *Doc. NU, A/HRC/21/3*, cit., p. 26, Recomendación 131.4. Esta petición no era aceptada por Marruecos (*Ibid.*, párr. 131).

⁴⁷ Cfr. *Doc. NU, A/HRC/21/3*, cit., p. 16, párr. 124.

⁴⁸ Cfr. *Doc. NU, A/HRC/21/3*, cit., p. 26, Recomendación 130.12.

⁴⁹ Cfr. *Doc. NU, A/HRC/21/3*, cit., p. 25, párr. 130.

⁵⁰ Cfr. *Doc. NU, A/HRC/21/3*, cit., p. 27, párr. 134.

⁵¹ Cfr. Consejo de Derechos Humanos, 21º periodo de sesiones, Tema 6 de la agenda, Examen Periódico Universal, Decisión adoptada por el Consejo de Derechos Humanos, 21/104, Resultado del Examen Periódico Universal: Marruecos, 19 de septiembre de 2012; *Doc. NU, A/HRC/DEC/21/104*, 5 de octubre de 2012; texto accesible en <http://daccess-dds-ny.un.org/doc/RESOLUTION/GEN/G12/175/31/PDF/G1217531.pdf?OpenElement>.

⁵² I. FASSASSI, *L'Examen périodique universel devant le Conseil des Droits de l'homme des Nations Unies*, en *Rev. trim. dr. homme*, vol. 20, núm. 79, 2009, pp. 739-761, en pp. 753-754. Estos riesgos ya habían sido esbozados por la doctrina que además había resaltado la primacía del nivel político, desconectado de las labores desempeñadas por los expertos independientes, cuando aquel debería limitarse a supervisar el cumplimiento de las recomendaciones de éstos pues sólo así aporta valor añadido

insistido en que la credibilidad del mecanismo de cara al futuro dependa de “la necesidad de encontrar un balance entre la noción de diálogo cooperativo y el ejercicio de una crítica justa y constructiva”, con el riesgo, de otro modo, de favorecer políticas deliberadas de violación de los derechos humanos⁵³.

3.2.2. El control a nivel regional

La existencia de mecanismos de control de carácter universal - como los previamente analizados - no es incompatible con la existencia de procedimientos de ámbito regional; al contrario, la complementariedad entre unos y otros tiende a garantizar de forma más efectiva el respeto de los derechos humanos⁵⁴. En este caso, la situación del Sáhara occidental resulta *a priori* especialmente idónea para la articulación de mecanismos regionales de control pues la doble condición, árabe y africana, del territorio permitiría la entrada en juego de los instrumentos normativos y los procedimientos de control específicos de ambas áreas regionales establecidos a través de la Liga de Estados Árabes y la Unión Africana, respectivamente⁵⁵.

En el primer caso, la Liga Árabe, presenta un nutrido conjunto de mecanismos⁵⁶, de entre los cuales descuella la Carta Árabe de derechos humanos y su órgano específico de control, el Comité Árabe de derechos humanos (CADH). Sin embargo, su operatividad debe de ser descartada de plano dado que Marruecos, aunque es miembro de la Liga de

al conjunto del sistema, pp. 260-261. Al respecto *vid.* O. FROUVILLE de, *Building a Universal System for the Protection of Human Rights: The way forward*, en M.CH. BASSIOUNI, W. A. SCHABAS (eds.), *New Challenges for the U Human Rights Machinery. What future for the UN Treaty Body System and the Human Rights Council Procedures?*, Intersentia, Cambridge-Amberes-Portland, 2011, pp. 241-266; F. D. GAER., *A Voice not an Echo: Universal Periodic Review and the UN Treaty Body System*, *Hum. Rights Law Rev.*, vol. 7, 2007, pp. 109-139, en pp. 128-137.

⁵³ M. VIEGAS E SILVA, *El Consejo de Derechos Humanos de las Naciones Unidas* (Tesis doctoral), Universidad Carlos III, Madrid, 2011, p. 481 (texto accesible en http://e-archivo.uc3m.es/bitstream/handle/10016/12939/marisa_viegas_tesis.pdf;jsessionid=C6018CC0BEC9AFB5171E42A1A5FD0A58?sequence=1).

⁵⁴ Conferencia Mundial de derechos humanos, Viena, 14 a 25 de junio de 1993, *Doc. NU, A/CONF.157/23*, 12 de julio de 1993, Declaración final, p.13, párr. 37; documento accesible en <http://daccess-dds-ny.un.org/doc/UNDOC/GEN/G93/142/36/PDF/G9314236.pdf?OpenElement>.

⁵⁵ Por no mencionar la identidad musulmana que posibilitaría la implicación de la Organización de Cooperación Islámica, con competencias bien es cierto que muy limitadas en el ámbito de los derechos humanos: si bien es autora de sucesivos Proyectos de Documentos sobre derechos humanos en el Islam y ha concluido en su seno una Convención sobre los derechos del niño en el islam. Al respecto *vid.* A. MOTILLA DE LA CALLE, *Las declaraciones de derechos humanos de organismos internacionales islámicos*, en *Islam y Derechos humanos*, (A. Motilla de la Calle, dir.), Trotta, Madrid, 2006, pp. 27-52, en pp. 106, n. 2 y 126, así como el portal web de la organización http://www.oic-oci.org/oicv2/page/?p_id=40&p_ref=16&lan=en.

⁵⁶ Se trata de la Comisión permanente árabe de los derechos humanos, el Grupo de expertos árabes de los derechos humanos, el grupo gubernamental de expertos del Plan árabe para la educación en materia de derechos humanos, la organización de la mujer árabe y el Comité árabe de Derechos humanos; órganos susceptibles de incrementarse con la entrada en vigor de la Carta de los derechos del niño árabe que prevé la existencia de órganos específicos de control. Al respecto *vid.* F. QUILLÈRE-MAJZOUB, T. MAJZOUB, *Le Comité Arabe des Droits de l'homme: Un organe nécessaire au sein de la Ligue des États arabes*, *Rev. trim. droits homme*, vol. 23, núm. 92, 2012, pp. 773-797, en p. 776.

Estados Árabes, no es parte aquel tratado, no siendo pues el CADH competente para conocer –ni siquiera en el marco limitado de sus facultades⁵⁷- de las posibles violaciones de los derechos humanos producidas⁵⁸. En el segundo, se trata de la Carta Africana de Derechos Humanos y de los Pueblos y de sus órganos de control, la Comisión Africana de Derechos Humanos y de los Pueblos (CADHP) y el Tribunal Africano. No obstante, en este caso, su operatividad se ve descartada por el hecho de que Marruecos no es miembro de la Unión Africana –ni por consiguiente parte en el instrumento normativo correspondiente⁵⁹.

En todo caso la real operatividad de los mecanismos de control evocados se revela muy dudosa. En primer término, por una cuestión de efectividad. Y es que, dejando de lado los Informes estatales⁶⁰, las denuncias susceptibles de plantearse –al amparo de lo previsto en el art. 55 de la Carta Africana- serían sólo las interpuestas por la población situada en los “territorios liberados” y en los campamentos. En cambio, posibles denuncias procedentes de los “territorios ocupados” encontrarían notorias dificultades para su planteamiento y en el hipotético caso de que llegaran a ser conocidas por la CADHP –y resueltas favorablemente por ésta- no depararían la más mínima eficacia, dado que Marruecos –que ejerce el control efectivo sobre sustanciales partes del territorio saharauí- no se halla vinculado por los mecanismos de la UA, no existiendo para él obligación ninguna en relación con éstos.

En segundo lugar, conviene destacar la propia ineficiencia de los mecanismos de control existentes pues ni la CADHP ni el Tribunal –que no han tenido ocasión por lo demás de conocer asunto alguno relativo al Sáhara occidental⁶¹- han desempeñado un papel

⁵⁷ Queda para otro lugar evaluar la eficacia –a priori cuestionable- del control ejercido por el CADH –apenas iniciado- que se limita a examinar los Informes remitidos periódicamente por los Estados partes.

⁵⁸ Se trata de una consecuencia de carácter relativo de los tratados –también de los de derechos humanos- explicitado por el art. 34 del Convenio de Viena sobre Derecho de los tratados, de 23 de mayo de 1969 (BOE, núm. 142, de 13 de junio de 1980), conforme al cual un Tratado del que no es parte un Estado no genera para éste ni derechos ni obligaciones.

⁵⁹ En cambio sí lo es la RASD que además es parte en la Carta Africana, hallándose sometida a la obligación (art. 62) de informar periódicamente de la situación, habiendo remitido hasta la fecha remitido hasta la fecha 2 informes. El primero de ellos corresponde al periodo 1988-2002 (Cfr: République Arabe Sahraouie Démocratique, Rapport préliminaire a la Commission Africaine des droits de l’homme et des peuples, décembre 2002; accesible en http://www.achpr.org/files/sessions/33rd/state-reports/1st-1988-2002/staterep_sadr_2002_fra.pdf) y ya fue examinado por la CADHP en su sesión de Niamey, adoptando la pertinente decisión (Cfr: African Commission on Human and Peoples’s Rights, Thirty-Third Ordinary Session, 15 – 29 May 2003, Niamey, Niger, Consideration of Reports Submitted by States Parties under Article 62 of the African Charter on Human and Peoples’ Rights, Concluding Observations and Recommendations on the Initial Report of the Arab Democratic Sahrawi Republic; texto parcialmente accesible en http://www.achpr.org/files/sessions/33rd/conc-obs/1st-1988-2002/achpr33_conc_staterep1_sahrawi_2003_eng.pdf). En el último, correspondiente al periodo 2002-2012 se consignan numerosas violaciones de los derechos humanos atribuibles a Marruecos en relación con la población de los “territorios ocupados” (Cfr: Rapport périodique de la République Arabe Sahraouie Démocratique à la Commission Africaine des Droits de l’homme et des peuples cumulant tous les rapports attendus conformément à l’article 62 de la Charte, octobre 2011, pp. 57-77; accesible en http://www.achpr.org/files/sessions/54th/state-reports/2nd-2002-2012/periodic_report_sahrawi_fr.pdf). de los de las consiguientes obligaciones establecidas en la misma, .

⁶⁰ El mecanismo –previsto en el art. 62 de la Carta de Banjul- exige la remisión de Informes con periodicidad bienal. Obviamente, como hemos dicho sólo vincula a la RASD.

⁶¹ Tal como acredita la propia Comisión Africana a través de su página web <http://www.achpr.org/communications/>.

sustancial en relación con las numerosas violaciones de los derechos humanos registradas en el territorio africano. Tratando de huir de todo prejuicio “eurocéntrico”, baste decir que –con carácter general- la actividad de la Comisión Africana se ha revelado muy limitada en orden a la tutela de los derechos supuestamente protegidos en el área, a la vista del crónico incumplimiento que ha caracterizado a las decisiones adoptadas respecto de los casos que ha conocido⁶². Sin embargo, en el caso del Tribunal Africano, los obstáculos son insuperables, toda vez que su operatividad se ciñe sólo a los Estados Partes en el Protocolo facultativo por el que se ha establecido y no lo es –obviamente- Marruecos. Además, su competencia –aunque amplia- excluye *a priori* la presentación de demandas por los individuos afectados salvo que el Estado parte formule una declaración facultativa de aceptación de la jurisdicción con tal propósito⁶³.

Finalmente, ha de advertirse que el Tribunal –sumido en la actualidad en un proceso de reestructuración (al transformarse ahora en una mera sección de la Corte Africana de justicia y derechos humanos)- ha desarrollado hasta la fecha una modesta labor en materia de protección de los derechos humanos⁶⁴.

3.3. *El control interno con proyección internacional: jurisdicción universal vs. territorialidad y su aplicación al Sáhara Occidental*

⁶² Dado que no existen mecanismos de supervisión –menos aún coercitivos- para asegurar la ejecución de las decisiones, su incumplimiento es crónico: no más del 14% de las Decisiones de la CADHP han sido cumplidas por los Estados (J. A. ODER, *Litigating the right to Health before the Africa Commission on Human and Peoples' Rights: The Record so Far*, en *Afr. YB Int. Law*, vol. 15, 2007, pp. 129-142, en p. 140).

⁶³ Esta limitación –que afecta también a las ONGs con *status* de observadoras ante la CADHP- se compensa con una generosa legitimación en favor de la jurisdicción obligatoria respecto a Estados y Organizaciones internacionales africanas, así como con un amplia competencia *ratione loci*, abierta pues al conocimiento de situaciones de extraterritorialidad. Todo ello revela la “vía media” por la que transita el sistema africano frente al modelo europeo encarnado por el TEDH (F. OUGUERGOUZ, *The Establishment of an African Court of Human and Peoples' Rights: A Judicial premiere for the African Union*, *Afr. YB Int. Law*, vol. 11, 2003, pp. 79-141, en pp. 108 y 117; M. A. NAMOUNTOUGOU, *La saisine du juge international africain des droits de l'homme*, *Rev. trim. dr. homme*, vol. 22, núm. 86, 2011, pp. 261-294; G. NIYUNGEKO, *La Cour Africaine des droits de l'homme et des peuples: Défis et perspectives*, *Rev. Trim. dr. homme*, vol. 20, núm. 79, 2009, pp. 731-738).

⁶⁴ De hecho, hasta el año 2012 la Corte sólo había examinado 2 asuntos: *Micherlot Yogomnbaye c. República de Senegal* (2009) y *Comisión Africana de Derechos Humanos y de los Pueblos c. Gran Jamahiriya Árabe Socialista Popular Libia* (2011), desestimando el primero y sobreseyendo el segundo (Al respecto vid. G. PASCALE, *La tutela dei diritti umani in Africa: origini, istituzione e attività della Corte Africana dei diritti dell'uomo e dei popoli*, in *La Comunità Internazionale*, vol. 67, 2012, pp. 567-592; E. POLYMEPOULOU, *African Court on Human and Peoples Rights, African Commission on Human and Peoples' Rights V Great Socialist People's Libyan Arab Jamahiriya*, Order for Provisional Measures 25 march 2011, *Int. Comp. Law Quart.*, vol. 61, 2012, pp. 767-775). A partir de entonces, no obstante, se ha agilizado su actividad abordando una decena de casos (Sobre el particular vid. G. F. NTWARI, *La Cour Africaine des droits de l'homme et des peuples à la croisée des chemins – Bilan des cinq premières années d'activités judiciaires (2009-2014)*, en *Rev. trim. dr. homme*, vol. 26, núm. 102, 2015, pp. 367-391). De de cara al futuro, empero, los ambiciosos cambios introducidos en su estructura-derivados de la fusión entre ésta y el Tribunal de Justicia de la Unión Africana siembran dudas sobre su eficacia (G. J. NALDI, K. D. MAGLIVERAS, *The African Court of Justice and Human Rights: A Judicial Curate's Egg*, *Int. Org. Law Rev.*, vol. 9, 2012, pp. 383-449).

Hace muchos años G. SCELLE se refería a la técnica del desdoblamiento funcional (*dédoublement fonctionnel*) para evocar las situaciones en las cuales los órganos de los Estados desempeñaban funciones reguladas por el Derecho internacional, actuando en el caso como órganos ya no meramente estatales sino del Derecho internacional⁶⁵. A esta dinámica responde indudablemente el principio de jurisdicción universal.

3.3.1. *El control interno a través de las jurisdicciones penales de “terceros Estados”*

Como se ha destacado, la “profunda connivencia entre el derecho internacional de los derechos humanos y la soberanía estatal” limita de forma paradójica la operatividad de los mecanismos internacionales de protección de los derechos humanos⁶⁶. Así, subsidiariedad, margen de apreciación, deferencia estatal, inmunidades o límites territoriales, son, entre otros, conceptos a través de los cuales las instancias internacionales de control tienden a fijar límites a la operatividad de las garantías internacionales existentes en materia de derechos humanos⁶⁷.

Frente a ello, el control interno ejercido a través de las jurisdicciones de terceros Estados respecto de la violación de los derechos humanos nos sitúa ante nuevas dinámicas y puede abrir escenarios inesperados a través de los cuales sancionar las violaciones de los derechos humanos⁶⁸. Así ocurre con la implicación de actores privados en las supuestas violaciones y las eventuales demandas de responsabilidad civil contra ellas admisibles en ciertas circunstancias en algunos ordenamientos jurídicos. El caso más notorio lo plantea la competencia extraterritorial afirmada por la jurisdicción estadounidense en ciertas causas por violación de los derechos humanos desde los años 80 del pasado siglo; evolución acentuada a raíz de la implicación de compañías estadounidenses —el supuesto más conocido es la siniestra compañía *Blackwater*— en ciertas acciones armadas en el exterior⁶⁹.

No obstante, la eficacia de estas vías alternativas —concretadas de forma palmaria en la afirmación del principio de “jurisdicción penal universal”— requieren del concurso del conjunto de los Estados, introduciendo en sus respectivos ordenamientos las oportunas modificaciones para hacerla operativa⁷⁰. Desafortunadamente, la tendencia imperante

⁶⁵ El concepto era recuperado aun recientemente por J. CRAWFORD en su Curso general dictado en la Academia de Derecho internacional de La Haya. Cfr. *Chance, Order, Change: The Course of International Law, General Course on Public International Law*, en *Recueil des cours*, t. 365, 2013, pp. 160-182.

⁶⁶ F. MÉGRET, *L'Étatisme spécifique du Droit International*, en *Rev. québ. dr. int.*, vol. 24, 2011, pp. 105-129, en p. 126.

⁶⁷ *Ibid.*, pp. 125-127.

⁶⁸ Para una aproximación a las diversas vías y modalidades existentes vid. B. FRYDMAN, L. HENNEBEL, *Le contentieux transnational des droits de l'homme: une analyse stratégique*, en *Rev. trim. Dr. homme*, vol. 20, núm. 77, 2009, pp. 73-136.

⁶⁹ Recientemente, el pasado 12 de abril se dictaba Sentencia condenatoria por un Tribunal de Washington contra antiguos empleados de la empresa, implicados en la matanza de 16 de septiembre de 2007 en la Plaza Nisur de Bagdad (Cfr. *Ex-Blackwater Guards Given Long Terms for Killing Iraqis*, en *The New York Times*, 13 de abril de 2015. Sobre estas cuestiones vid. D. SHELTON, *Normative Evolution in Corporate Liability for Violations of Human Rights and Humanitarian Law*, en *Austr. Rev. Int. Eur- Law*, vol. 15, 2010, pp. 45-88.

⁷⁰ M. CHEMILLIER-GENDREAU, *A quelles conditions l'universalité du droit international est-elle possible?*, en *Recueil des Cours*, t. 355, 2011, pp. 9-40, en p. 27.

apunta en un sentido diametralmente contrario pues los pocos Estados que se han embarcado en este proceso han adoptado medidas que pese a incrementar su competencia material sobre las graves violaciones de los derechos humanos cometidas en otros Estados, pero al mismo tiempo han incrementado los obstáculos para posibilitar su efectiva puesta en marcha, acentuando la discrecionalidad en manos de los Estados, so pretexto de evitar una manipulación política de estos mecanismos⁷¹.

3.3.2 La implicación de la jurisdicción española en el asunto del Sahara Occidental: de la jurisdicción universal a la territorialidad

Las restricciones introducidas en la operatividad de la justicia universal en España a raíz de las reformas sucesivamente operadas en los años 2009 y 2014 son un buen ejemplo de la tendencia apuntada⁷².

Ha de advertirse, no obstante, que “el candado” puesto a la competencia judicial internacional de los tribunales españoles⁷³, no ha sido óbice para que nuestra Audiencia Nacional insista en proseguir el ejercicio de su jurisdicción en los casos *Conso*, *Guatemala*,

⁷¹ A. LAGERWALL, *Que reste-t-il de la compétence universelle au regard de certaines évolutions législatives*, en *Ann. fr. dr. int.*, vol. 55, 2009, pp. 743-764. Por otra parte, pese a los trabajos aún en curso en el seno de la VI Comisión de la AG de las Naciones Unidas, las reservas frente al principio son palpables en Informe final de la CDI sobre el principio *aut deere aut iudicare* (Cfr. Naciones Unidas, Informe de la Comisión de Derecho Internacional 66º periodo de sesiones (5 de mayo a 6 de junio y 7 de julio a 8 de agosto de 2014) *Doc NU*, A/69/10, pp. 161-162). Paradójicamente, el apuntado, contrasta con su afirmación en Argentina donde se desarrolla una causa por los crímenes del Franquismo con importantes repercusiones, recientes, en España. Por otra parte, perviven exponentes en otros Estados de esta competencia judicial, como es el caso de Alemania: al respecto *vid.* P. KROKER, *Universal Jurisdiction in Germany: The Trial of Oneshore R. Before the Higher Regional Court of Frankfurt*, en *Germ. YB Int. Law*, vol. 54, 2011, pp. 671-687; P. D. MORA, *The Legality of Civil Jurisdiction over Torture under the Universal Principle*, en *Germ. YB Int. Law*, vol. 52, 2009, pp. 367-403.

⁷² En concreto, se trata, respectivamente, de la Ley Orgánica 1/2009, de 3 de noviembre (*BOE*, núm. 266, 4 de noviembre de 2009) y de la Ley Orgánica 1/2014, de 13 de marzo, de modificación de la Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial, relativa a la justicia universal (*BOE*, núm. 63, 14 de marzo de 2014). Si la primera vino inducida por las presiones de Israel en relación con iniciales actuaciones de la jurisdicción española en relación con un ataque del *Tsahel* sobre Gaza en 2002, la última reforma ha respondido a las acuciantes presiones de la RP China –nuestra principal tenedora de deuda– preocupada por sendos procesos ante la AN (Tibet y Falung Gong) cuya tramitación contemplaba indignada (Cfr. “China amenaza a España por la orden de arresto a su expresidente”, Diario *El País*, 12 de febrero de 2014, p. 9). Por otra parte, su estrategia ya venía desarrollándose en todos los frentes desde el inicio de la investigación ante nuestra jurisdicción: no por casualidad el Profesor chino S. Yee, asociado del *Institut de Droit International*, cuestionaba *urbi et orbe* la legalidad del procedimiento (Al respecto *vid.* su intervención en el Congreso de la Sociedad Americana de Derecho Internacional (ASIL), en S. YEE, *A Call for a more rigorous assessment of universal jurisdiction*, en *ASIL Proceedings 2013*, pp. 242-245).

⁷³ Sobre la institución –ahora en declive– *vid.* M. D. BOLLO AROCENA, *La reforma del art. 23.4º de la LOPJ: ¿El ocaso del principio de justicia universal?*, en *An. esp. der. int. priv.*, vol. IX, 2009, pp. 641-650; M. ROBLES CARRILLO, *El principio de jurisdicción universal: Estado actual y perspectivas de evolución*, en *Rev. esp. der. int.*, vol. LXVI, 2014, núm. 2, pp. 81-111; A. SÁNCHEZ LEGIDO, *El fin del modelo español de jurisdicción universal*, en *Rev. electr. est. int.*, núm. 27, 2014; A. SEGURA SERRANO, *Hacia una nueva reforma restrictiva del principio de jurisdicción universal en España*, en *Rev. esp. der. int.*, vol. LXVI, 2014, núm. 1, pp. 321-324.

*Guantánamo y El Salvador*⁷⁴. Por otra parte, ha de advertirse que la Ley Orgánica se encuentra recurrida desde julio ante el Tribunal Constitucional, el cual en su Sentencia 237/2005, en el asunto *Guatemala*, ya había alertado contra ciertos planteamientos restrictivos que harían “irreconocible el principio de jurisdicción universal según es concebido en el Derecho internacional”⁷⁵.

Como resultado, las posibilidades de activar este control extraordinario para enfrentar la situación existente en el Sáhara occidental se revelan difíciles⁷⁶. Con todo, conviene destacar que en nuestro país –bien es verdad que al amparo de la más permisiva legislación antaño existente– se iniciaron diferentes acciones judiciales para deducir la responsabilidad penal frente a violaciones de los derechos humanos producidas en el Sáhara occidental⁷⁷. En concreto, el entonces Magistrado del Juzgado Central de Instrucción núm. 5, B. Garzón acordaba ya en el año 2007 aceptar la competencia para la instrucción de los hechos denunciados y presunto delito de genocidio y torturas, incoando las correspondientes diligencias previas⁷⁸.

No obstante, los cambios legislativos producidos han hecho mella en dichos procedimientos. En este sentido, conviene destacar que las severas restricciones al principio de jurisdicción universal introducidas por las mencionadas reformas han tenido como consecuencia transformar la fundamentación sobre la base de la cual se afirma ahora la competencia de la jurisdicción penal española para conocer de los hechos. En tal sentido, el Magistrado, P. Ruz, adscrito al Juzgado Central de Instrucción núm. 5 en sendas resoluciones del mes de abril de ese mismo año reafirmaba la plena competencia de los

⁷⁴ Cfr: Notas de B. SÁNCHEZ RAMOS, en *Rev. esp. der. int.*, vol. LXVI, 2014, núm. 2, pp. 181-187. La “chapuza legislativa” realizada por la LO 1/2014, de 13 de marzo, ha supuesto el desasimiento de los Tribunales españoles en relación con ciertos delitos de narcotráfico, al desautorizar el TS en sus Ss. 592/2014 y 593/2014, la interpretación extensiva sustentada por la Sala de lo Penal de la AN (Cfr: P. GARCÍA ANDRADE, Nota en *Rev. esp. der. int.*, vol. LXVI, 2014, núm. 2014, pp. 215-221; A. SEGURA SERRANO, *Vicisitudes de la jurisdicción universal tras la reforma de la Ley Orgánica del Poder Judicial de 2014*, en *Rev. esp. der. int.*, vol. LXVI, 2014, núm. 2, pp. 316-319).

⁷⁵ Sentencia TC (Sala 2ª) 237/2005, de 26 de septiembre de 2005, Fundamento Jco. 8; BOE núm. 258, Suplemento, 28 de octubre de 2005.

⁷⁶ Así lo refleja el caso belga (E. DAVID, *L'exercice de la compétence universelle en Belgique dans le cas du Sahara occidental*, en *Rev. belg. dr. int.*, vol. 43, 2010, pp. 34-62), el alemán (S. BOCK, *Western Sahara and Universal Jurisdiction in Germany*, en *Rev. belg. dr. int.*, vol. 43, 2010, pp. 43-60) o Canadá donde es patente la discrecionalidad y la subordinación a criterios políticos que entraña en la práctica su activación (F. LAFONTAINE, *The Unbearable Lightness of international Obligations: When and How to Exercise Jurisdiction under Canada's Crimes against Humanity and War Crimes Act*, en *Rev. québ. dr. int.*, vol. 23, núm. 2, 2010, pp. 1-50).

⁷⁷ A. PEYRÓ LLOPIS, *Le Sahara occidental face à la compétence universelle en Espagne*, en *Rev. belg. dr. int.*, vol. 43, 2010, pp. 61-74. En este caso, las incoherencias del Ministerio fiscal–descartando la competencia española– frente a otros supuestos planteados ante nuestra jurisdicción eran destacadas por J. FERRER LLORET, *The principle of universal Criminal jurisdiction in Spanish Practice (2002-2009)*, en *Sp. YB Int. Law*, vol. 15, 2009, pp. 63-106, en p. 98.

⁷⁸ Cfr: Auto del Juzgado Central de instrucción núm. 5, 29 de octubre de 2007; accesible en http://www.elpais.com/elpaismedia/ultimahora/media/200710/30/internacional/20071030elpepuint_1_Pes_PDF.doc. Por otra parte, las actuaciones judiciales también han incidido en la situación existente en los territorios controlados por el Frente Polisario: tras una primera resolución en 2008, en agosto de 2012 el mismo Juzgado admitía a trámite una querrela presentada por la denominada Asociación Saharaui para la Defensa de los Derechos Humanos en relación con supuestos delitos de genocidio en concurso con asesinato, lesiones, detención ilegal, terrorismo, torturas y desapariciones por hechos producidos a partir de 1979 (Cfr: Auto del Juzgado Central de Instrucción núm. 5, 16 de agosto de 2012, accesible en http://www.rtve.es/contenidos/documentos/auto_audiencia_genocidio_sahara.pdf).

Tribunales españoles para seguir conociendo de los hechos aunque lo fundamentaba en la circunstancia de que éstos habían tenido lugar

«(...) los hechos objeto de la presente instrucción, actualmente sometidos a diversas diligencias de investigación en trámite, fueron cometidos contra ciudadanos españoles en el momento en que el Sáhara Occidental era provincia española, de conformidad con la legalidad nacional e internacional (Ley 8/1961 de 19 de abril, sobre organización y régimen jurídico de la provincia del Sáhara; Ley 1/1961 de 19 de abril, por la que se regula el abono de servicios en campaña por las operaciones militares en Ifni y Sahara; Orden de 29 de noviembre de 1966; así como Resolución 3458 (XXX) de la Asamblea General de la ONU, de 10 de diciembre de 1975), en concreto, entre los meses de noviembre de 1975 y el 28 de febrero de 1976, debiendo también asumirse la competencia para el conocimiento de los hechos ocurridos con posterioridad al abandono del territorio por parte de las Autoridades españolas, en la medida que los mismos resultan conexos con los anteriores (...))»

Resultando de ello la "improcedencia del sobreesimimiento de las actuaciones" contemplada en la reforma de la Ley Orgánica del Poder Judicial (LOPJ)⁷⁹.

Ahora bien, como puede advertirse no se trata de ya de procedimientos fundados en aquel principio, sino del ejercicio liso y llano de la jurisdicción española con arreglo a presupuestos procesales exclusivamente domésticos para conocer de delitos cometidos en la época en un territorio no autónomo bajo administración española –asimilado a efectos procesales al territorio español– y respecto de víctimas poseedoras entonces de la nacionalidad española, aun cuando los delitos de que se trate sean de naturaleza internacional, bien que regulados por normas españolas vigentes en el momento en que los hechos tuvieron lugar⁸⁰. De esta suerte, la jurisdicción española se sitúa ahora en la *terra firma* del principio de territorialidad⁸¹.

En todo caso, en ejercicio de esta competencia, el 9 de abril de 2015, la misma instancia jurisdiccional dictaba Auto de procesamiento contra 11 antiguas autoridades civiles y militares marroquíes.

“...pues, concurren todos los requisitos del tipo v penal que castiga en nuestro ordenamiento jurídico el genocidio. Pero además, en concurso real con el delito de genocidio, confluyen los diversos ataques cometidos contra la vida, la integridad y la libertad de las personas: asesinatos, detenciones ilegales y torturas descritos en el apartado de Hechos y de los cuáles es responsable en cada caso el autor concreto e identificado en el presente procedimiento”⁸²

⁷⁹ Fundamento Jco. 1, Auto 68/2014, Procedimiento Abreviado 362/2007; Fundamento Jco. Único, Auto 69/2014, Procedimiento Abreviado 1/2008, ambos de 15 de abril de 2014. El primero relativo a las actividades de las autoridades marroquíes; el segundo concerniente al FP Polisario.

⁸⁰ Al respecto *vid.* R. A. ALIJA FERNÁNDEZ, *The 2014 Reform of Universal Jurisdiction in Spain From All to Nothing*, en *Zeit. int. straf.*, núm. 13, 2014, pp. 717-727, en p. 725 (accesible en www.zis-online.com); J. E. ESTEVE MOLTÓ, *La Ley Orgánica 1/2014 de reforma de la jurisdicción universal: entre el progresivo avance de la globalización comercial y de la deuda y la no injerencia en los asuntos internos de China*, en *An. esp. der. int.*, vol. 30, 2014, pp. 139-201, en pp. 190-191.

⁸¹ Con esta decisión, en la que pesó la argumentación sostenida por el Ministerio Fiscal, al tiempo que se sortea el escollo planteado por el “cierre” de la jurisdicción universal, se fortalece sin duda la competencia de la jurisdicción española pues como se ha advertido la “territorialidad” “es el único fundamento universalmente considerado por los Estados como absolutamente indiscutible” (S. STIRLING-ZANDA, *L'application judiciaire du droit international coutumier. Étude comparée de la pratique européenne*, Schulthess, Zurich, 2000, p. 39).

⁸² Se trata en este caso del procedimiento mantenido *apud* Auto 68/2014. *Cfr.* texto en <http://es.scribd.com/doc/261361037/AUTO-PROCESAMIENTO-SA-HARA-SUMARIO-1-15>.

Por otra parte, el Juzgado acordaba respecto de siete de los procesados “ordenar su busca, captura e ingreso en prisión, cursándose las oportunas órdenes internacionales de detención contra los mismos para su ulterior extradición” en tanto que de los restantes se acordaba librar comisión rogatoria a Marruecos⁸³.

Conviene consignar, por último, que una nueva actuación judicial viene desarrollándose ante el Juzgado Central de Instrucción núm. 2, en relación con la muerte el 8 de noviembre de 2010 de un nacional español en el curso de los acontecimientos de Gdeim Izzik⁸⁴. En este procedimiento, aún en un estadio muy inicial, obviamente, no es ya la territorialidad la base de la jurisdicción sino el principio de nacionalidad.

4. *El futuro: ¿una implicación de la MINURSO en el control de los derechos humanos?*

A expensas del resultado que puedan deparar estas recientes actuaciones, la general insatisfacción que depara el examen de los diferentes mecanismos disponibles para garantizar el respeto de los derechos humanos en el Sáhara Occidental lleva necesariamente a plantearse la conveniencia de articular nuevos procedimientos para hacer frente a la situación.

En este orden, conviene destacar que existen ciertamente otros medios. Así, cabría imaginar el establecimiento de un procedimiento específico de control en el marco de los denominados “procedimientos públicos especiales”, como el existente en el caso de Palestina⁸⁵; no obstante, no parece previsible que tal solución llegue a buen puerto, había cuenta de la necesidad de disponer de un amplio apoyo político en el seno del Consejo de Derechos Humanos que es el órgano responsable de su creación.

En cambio, una solución más factible vendría de la mano de la implicación del dispositivo de Naciones Unidas existente en el Sáhara Occidental, la MINURSO, para asumir las tareas relacionadas con la supervisión del respeto de los derechos humanos, toda vez que como se ha advertido “la MINURSO ostenta el dudoso récord de ser la única operación de las Naciones Unidas en el mundo que no tiene competencias en materia de derechos humanos”⁸⁶.

⁸³ *Ibid.* Al día siguiente, el Juzgado cursaba comisión rogatoria a Marruecos a tal efecto (Cfr. *Europa Press*, 10 de abril de 2015). Cabe dudar de su eficacia pues gestiones anteriores en el mismo asunto –al menos en 3 ocasiones– no fueron atendidas por este Estado. Por otra parte, en las mismas fechas los Ministros de AAEE español y marroquí se reunían en Barcelona para abordar, entre otros temas, este asunto.

⁸⁴ En tal sentido, un Auto del Pleno de la Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional de 4 de julio de 2014 había ordenado la apertura de las investigaciones a raíz de la querella presentada por un hermano de la víctima y la Liga Española Pro-Derechos Humanos por delitos, entre otros, de genocidio y lesa humanidad, que era acordada por Auto del Juzgado Central de Instrucción núm. 2 (Magistrado-Juez, Sr. D. I. Moreno), de 19 de septiembre de 2014.

⁸⁵ Sobre estos mecanismos *vid.* E. DOMÍNGUEZ REDONDO, *Los procedimientos públicos especiales de la Comisión de Derechos Humanos de Naciones Unidas*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2005; J. GIFFRÀ DURALL, *La reforma de los procedimientos especiales del Consejo de Derechos Humanos ¿Una mejora de los mecanismos extraconvencionales?*, en *Rev. electr. est. int.*, núm. 17, 2009 (accesible en www.reei.org).

⁸⁶ J. SOROETA LICERAS, *Las Naciones Unidas, entre la Realpolitik y el Derecho. Algunas reflexiones en torno al papel del enviado especial en los conflictos de Kosovo y del Sahara Occidental*, en S. TORRES BERNÁRDEZ *et alii* (coord.), *El Derecho internacional en el mundo multipolar del siglo XXI. Obra*

Bien es cierto que - como ya hemos mencionado - tal posibilidad ha sido rechazada por Marruecos en sucesivas ocasiones, insistiendo en la idoneidad de los mecanismos existentes⁸⁷. Frente a ello, no obstante, tras los acontecimientos de Gdeim Izik (2010) se puso de manifiesto la necesidad de incorporar la cuestión de los derechos humanos en el ámbito del proceso de solución del conflicto. En tal sentido, la inclusión del tema de los derechos humanos en la Resolución 1979 (2011) del Consejo de Seguridad de 27 de abril - rompiendo con los rutinarios textos consensuados hasta entonces- era un “efecto directo” de aquéllos y supuso sin duda un cambio cualitativo en la situación⁸⁸.

De forma aún más evidente, la cuestión cobró un nuevo cariz cuando en la primavera del año 2013 EEUU planteó seriamente la cuestión de atribuir un mandato específico a la MINURSO en materia de derechos humanos; planteamiento que fue lamentablemente abandonado -fundamental, aunque no exclusivamente⁸⁹- por las presiones de Marruecos⁹⁰. Esa alternativa, peor aún, fue absolutamente omitida en las negociaciones en el seno del Consejo de Seguridad al año siguiente. En este orden, no conviene olvidar que, en los últimos años, Marruecos ha venido desplegando una diplomacia muy activa -particularmente entre los Estados del Sahel- con miras a atraerlos hacia sus posiciones en el conflicto -incluido obviamente el apoyo a su Plan de Autonomía- boicoteando a través de Estados afines otras iniciativas perjudiciales para sus intereses, como fue el caso del bloqueo de la planteada en el año 2014 en el seno de la Unión Africana con miras a la designación de un representante especial para el Sáhara Occidental⁹¹. Así las cosas, cuando se acerca una vez más el momento para aprobar la

homenaje al Profesor Luis Ignacio Sánchez Rodríguez, Iprolex, Madrid, 2013, pp. 588-589. Este autor sostiene que, en todo caso, que a falta de tal habilitación, por “el mero hecho de tratarse de una operación de la ONU” está implícito en ella “la obligación de velar por el respeto de los derechos humanos allá donde se encuentre, sin que para ello sea necesario mandato expreso” (*Ibid.*).

⁸⁷ *Id. supra*, ns. 35-40. Como recuerda también J. SOROETA el apoyo de Francia ha sido decisivo para que el Reino alauí se haya encastillado en esta posición.

⁸⁸ C. ECHEVERRÍA JESÚS, *El impacto de las revueltas árabes en la región euromediterránea, Cursos de Derecho internacional y relaciones internacionales de Vitoria-Gasteiz 2011*, Tecnos, Madrid, 2013, pp. 309-381, en p. 336. Además, en su análisis, este autor destaca los acontecimientos como primer exponente de la “primavera árabe” y resalta la dinámica diferenciada que caracteriza desde entonces a los movimientos reivindicativos en el Sáhara occidental respecto a los existentes en Marruecos - señaladamente el -hoy languideciente- “movimiento 20 de febrero” (*Ibid.*, pp. 322, 334-335).

⁸⁹ Conviene recordar -y es doloroso el hacerlo- que nuestro Estado tuvo un papel significativo en el viraje experimentado.

⁹⁰ El autor de este artículo ha tenido ocasión de escuchar - en octubre de 2014 -por boca del Representante Permanente adjunto de España ante Naciones Unidas- el peregrino argumento de que la inclusión del tema de los derechos humanos en los trabajos del Consejo de Seguridad sobre el Sáhara Occidental habría sido un error de EEUU, dado que esas cuestiones encontrarían acomodo en otros órganos de la Organización mundial.

⁹¹ *Cfr.* G. TADLAOUI, *Morocco's religious diplomacy in Africa*, en *FRIDE, Policy Brief*, núm. 196, febrero 2015, p. 4. Otros exponentes de ello se advierten en el mutismo que respecto al derecho de libre determinación reconocido por la Opinión consultiva de la CIJ de 16 de octubre de 1975 mantienen las Resoluciones de la AG en relación con la cuestión del Sahara Occidental (v. gr. Resolución AGNU 66/86, sobre la cuestión del Sahara Occidental, 9 de diciembre de 2011) frente a lo que acontece en el caso de Palestina respecto a la Opinión consultiva del mismo Tribunal de 9 de julio de 2004. La indudable incoherencia que ello revela en el discurso jurídico sobre el derecho de libre determinación (G. ZYBERI, *The International Court of Justice and the Rights of Peoples and Minorities*, en C. J. TAMS, J. SLOAN (eds.) *The Development of International Law by the International Court of Justice*, , Oxford UP, 2013, pp. 327-352 , en p. 340), responde lamentablemente a lo apuntado.

enésima resolución sobre la prórroga para el mantenimiento de la MINURSO en el territorio, nada parece indicar que vaya a producirse un cambio en la insatisfactoria situación existente⁹².

Y sin embargo, la irresolución de la situación y la perpetuación de las violaciones de los derechos humanos hacen hoy más acuciante si cabe el retomar ese proyecto. Porque no lo olvidemos “si nada de lo humano nos es ajeno” lo que ocurre en el Sáhara Occidental menos aún.

⁹² Menos aún cabe imaginar alguno de los escenarios (administración transitoria, reasunción *de facto* de las competencias de España como potencia administradora del territorio o reconocimiento de la condición soberana del territorio) bosquejados por H. CORELL, *The Responsibility of the UN Security Council in the case of Western Sahara*, en *International Judicial Monitor*, Winter 2015; accesible en <http://www.judicialmonitor.org/current/specialcommentary.html>.



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

ROBERTO GIUFFRIDA *

L'IMMUNITÀ DEI BENI DEGLI STATI DALLA GIURISDIZIONE ESECUTIVA E CAUTELARE NEL DIRITTO INTERNAZIONALE E ITALIANO

SOMMARIO: 1. Considerazioni introduttive: i maggiori compiti affidati agli organi statali all'estero e la continua ricerca di una tutela adeguata dei diritti degli individui; le conseguenze del mancato rispetto dell'immunità dei beni degli Stati dalle misure coercitive. - 2. L'immunità dalla giurisdizione esecutiva secondo la Corte internazionale di giustizia. - 3. Il lento riconoscimento del carattere relativo dell'immunità dagli atti esecutivi e cautelari. - 4. Il contenuto della norma consuetudinaria: gli elementi presi in considerazione dalla prassi; la destinazione del bene da aggredire e il suo collegamento funzionale con l'esercizio di poteri pubblici. - 5. La Convenzione di New York del 2 dicembre 2004. - 6. L'immunità assoluta per i beni destinati ad assicurare le funzioni diplomatiche; il difficile inquadramento dei beni a destinazione multipla. - 7. Gli elementi presi in considerazione in Italia: la natura e la destinazione del bene da aggredire; la legge processuale e i criteri di giurisdizione applicabili. - 8. Il processo esecutivo e le conseguenze della dichiarazione di impignorabilità di un bene; l'obbligo di rilevare d'ufficio il difetto di giurisdizione; l'onere della prova sulla destinazione dei beni; la presunzione generale prevista dall'art 21 della Convenzione di New York del 2004 sui beni a destinazione plurima. - 9. La sentenza della Corte costituzionale del 22 ottobre 2014 n. 238 e la ricerca di una «effettiva protezione» per i diritti umani fondamentali; le conseguenze sulla giurisdizione esecutiva e cautelare.

1. Considerazioni introduttive: i maggiori compiti affidati agli organi statali all'estero e la continua ricerca di una tutela adeguata dei diritti degli individui; le conseguenze del mancato rispetto dell'immunità dei beni degli Stati dalle misure coercitive

Il tema dell'immunità dei beni detenuti, a qualsiasi titolo, dagli Stati dalla giurisdizione cognitiva e esecutiva è destinato a suscitare sempre più accesi dibattiti sia sulla legittimità che sull'opportunità delle norme vigenti applicabili. E questo per una serie di motivi che ovviamente sono destinati ad assumere nel tempo una rilevanza sempre maggiore¹.

* Professore associato di Diritto internazionale, Dipartimento di Scienze umane e sociali, Università per stranieri di Perugia.

¹ L'immunità dei beni «*detenuti a qualsiasi titolo*» riguarda in particolare quelli necessari alla conduzione di una missione diplomatica. Nel testo si preciserà di volta in volta se l'immunità riconosciuta debba essere limitata ai beni di proprietà o posseduti in forza di altro rapporto giuridico dagli Stati, sul punto vedi B. CONFORTI,

Innanzitutto occorre sottolineare quanto negli ultimi decenni siano aumentati i compiti affidati agli organi statati all'estero, in particolare a quelli diplomatici e consolari, rendendo sempre più difficile tracciare una sicura linea di demarcazione tra gli atti di *jure imperii*, espressione dell'esercizio di poteri che caratterizzano le funzioni sovrane, e gli atti di *jure gestionis*, aventi per lo più natura civile e commerciale².

Inoltre non deve essere dimenticata l'importanza crescente assunta, nell'ambito di tutti gli ordinamenti giuridici, dell'obiettivo di assicurare il rispetto non soltanto dei diritti umani fondamentali ma di qualsiasi situazione soggettiva dei privati e del ruolo sempre più esteso e incisivo accordato agli individui per ottenere, a tal fine, forme di tutela adeguate, soprattutto grazie all'intervento di alcuni organi di organizzazioni internazionali.

L'immunità o l'esenzione dalla giurisdizione è in genere un istituto di natura meramente processuale e vuole significare l'irrilevanza o l'estraneità, nell'ambito di un ordinamento considerato, di alcune categorie di atti compiuti da determinati organi³. Così l'immunità deve sempre esser intesa come un limite apposto all'esercizio di un potere cognitivo o coercitivo degli organi giurisdizionali statali e per tali motivi essa può avere diversi ambiti di applicazione.

L'immunità può infatti riguardare la possibilità di sottoporre a un giudizio cognitivo oppure a misure esecutive o cautelari sia i beni di proprietà o in possesso degli Stati esteri e sia quelli destinati a garantire il rapporto di missione diplomatica a livello internazionale. Si tratta di situazioni tra loro del tutto diverse disciplinate da distinte norme giuridiche aventi peculiari obiettivi e caratteristiche. Così esse, pur muovendosi da presupposti logici comuni, meritano di essere analizzate separatamente.

Sul punto è sufficiente ricordare che anche secondo la Corte internazionale di giustizia nella recente sua decisione del 3 febbraio 2012⁴ nel caso Germania c. Italia, le norme internazionali di origine consuetudinaria riguardanti l'immunità dalle misure coercitive sui beni degli Stati devono essere tenute distinte da quelle sull'immunità dalla giurisdizione cognitiva, e quindi applicate in maniera separata. In effetti, la Corte ritiene che alle norme sull'*enforcement* deve essere attribuito un ambito di applicazione più esteso, in quanto destinate ad avere efficacia anche nelle ipotesi in cui uno Stato abbia accettato di sottoporsi alla giurisdizione, nella fase cognitiva, di un tribunale di un altro Stato⁵.

La nostra indagine riguarderà soltanto l'immunità dalle misure coercitive sui beni di proprietà o posseduti in forza di altro rapporto giuridico dagli Stati, ivi inclusi i beni destinati a garantire il rapporto di missione diplomatica. E la nostra scelta è in parte giustificata dalla circostanza che in genere le misure coercitive sono più invasive e le uniche a poter subito configurare una violazione, da parte dello Stato del foro in cui esse sono

Diritto internazionale, Napoli, 2006, p. 231. Sull'immunità dalla giurisdizione esecutiva vedi L. RADICATI DI BROZOLO, *La giurisdizione esecutiva e cautelare nei confronti degli Stati stranieri*, Milano, 1992; F. SALERNO, *La giurisdizione italiana in materia cautelare*, Milano, 1993; A. REINISH, *European Court Practice Concerning State Immunity from Enforcement Measures*, in *Eur. Jour. Int. Law*, 2006, p. 803.

² Questa distinzione è ormai seguita da quasi tutti gli autori e ritenuta utile ai fini del riconoscimento dell'immunità. Cfr E. CANNIZZARO, *Corso di diritto internazionale*, Milano 2011, p. 327; R. MONACO e C. CURTI GIALDINO, *Manuale di diritto internazionale pubblico*, parte generale, III ed., Torino, 2009, p. 476; S. MARCHISIO, *Corso di diritto internazionale*, Torino, 2014, p. 318.

³ Così ad esempio la nostra Corte di cassazione S.U. sentenza 30 maggio 1990, n. 5092, sul punto vedi R. GIUFFRIDA, voce *Ambasciata* in *Enc. giur., Aggiornamento*, Roma, 2002, p. 6.

⁴ La sentenza è stata resa nell'affare *Jurisdictional Immunities of the State, Germany v. Italy, Greece intervening*, in *ICJ Reports*, 2012, p. 99.

⁵ Così il par. 113 della sentenza.

state poste in essere, di un obbligo internazionale, sia se si considera questo di comportamento o di risultato. Quest'ultima distinzione tra obblighi di comportamento e di risultato può essere rilevante perché nel primo caso vi sarebbe un obbligo di compiere, o di converso di astenersi dal compiere, uno specifico atto produttivo di effetti nella sfera legislativa, amministrativa o giudiziaria, mentre dall'altro l'obbligo riguarderebbe il raggiungimento di un risultato. La dottrina ha giustamente sottolineato come la previsione di un obbligo di comportamento specifico sia da considerare una evoluzione più recente del diritto internazionale proprio per il minor margine lasciato agli organi interni⁶. In sostanza riteniamo che mentre la violazione dell'immunità dalla giurisdizione cognitiva non può di per sé considerarsi una violazione di un obbligo internazionale per la possibilità offerta allo Stato di porvi successivamente rimedio non consentendo la sua concreta attuazione, lo stesso non può dirsi quando viene adottata una misura coercitiva su di un bene da ritenersi immune per il diritto internazionale. Sul punto si può osservare che la Germania nella sue conclusioni davanti alla Corte, nel caso prima richiamato, richiedeva che le decisioni emanate dalle giurisdizioni nazionali italiane divenissero comunque ineseguibili. E la Corte, andando oltre a tale richiesta, ha ritenuto che il contenuto dell'obbligo di riparazione imposto all'Italia dovesse innanzitutto riguardare, in quanto possibile, una *restitutio in integrum*, anche mediante l'emanazione di atti normativi⁷.

2. L'immunità dalla giurisdizione esecutiva secondo la Corte internazionale di giustizia

Si è già avuto modo di sottolineare quanto gli organi degli Stati intervengano nell'ambito di altri ordinamenti nazionali per intrecciare relazioni commerciali, economiche, culturali e scientifiche circostanza del resto prevista sia dall'art. 3 della Convenzione di Vienna del 1961 sulle relazioni diplomatiche che dall'art. 5 della Convenzione di Vienna del 1963 sulle relazioni consolari. E questi interventi avvengono da parte di organi statali, quali le Banche di emissione centrali, anche nel settore finanziario mediante l'emissione di titoli e obbligazioni e quindi in settori disciplinati dal diritto privato e commerciale degli ordinamenti nazionali. Tuttavia a livello internazionale forti dubbi sussistono sulla necessità di considerare queste operazioni come mere attività commerciali non protette da alcuna forma di immunità⁸.

Il difficile inquadramento giuridico della materia in esame è comprovato dalle critiche mosse alla citata sentenza resa dalla Corte internazionale di giustizia nel caso Germania c. Italia, dove si è riconosciuta l'immunità dalla giurisdizione dello Stato ricorrente, pur in presenza di crimini internazionali commessi dal regime nazista nel nostro paese nel corso del secondo conflitto mondiale⁹.

⁶ Cfr. sul punto F. LATTANZI, *Obblighi di comportamento e obblighi di risultato nel Patto sui diritti economici, sociali e culturali*, in *Atti del Convegno sulle NU e diritti dell'uomo*, Teramo, 1996, p. 202.

⁷ Così il par. 137 della sentenza. Sul punto vedi M. L. PADELLETTI, *L'esecuzione della sentenza della Corte internazionale di giustizia sulle immunità dalla giurisdizione nel caso Germania c. Italia: una strada in salita?*, in *Riv. dir. int.*, 2012, p. 444.

⁸ Sul punto ampiamente vedi A. TANZI, *Sull'insolvenza degli Stati nel diritto internazionale*, in *Riv. dir. int.*, 2012, p. 66, il quale sottolinea le differenti prese di posizione della giurisprudenza statunitense e italiana sui titoli di stato argentini e l'immunità invece sempre riconosciuta ai fondi delle banche centrali.

⁹ Sul punto vedi G. NESI, *The Quest for a Full Execution of the ICJ Judgment in Germany v. Italy*, in *Jour. Int. Crim. Just.*, 2013, p. 185, il quale in particolare, sottolineando il rigetto da parte della Corte dell'argomento del «last

Ora, la prevalenza delle norme poste a protezione dei diritti umani su quelle in genere previste sull'immunità dalla giurisdizione degli Stati responsabili, è certamente il frutto di un approccio moderno delle relazioni internazionali, dove possano coesistere, accanto alle regole che mirano a rafforzare la coesistenza e la collaborazione tra le nazioni, altre regole espressione di valori superiori e poste a garanzia degli interessi fondamentali della Comunità internazionale¹⁰. Invece la Corte ha, in sostanza, accertato l'esistenza di un a norma consuetudinaria in grado di giustificare, in una situazione di conflitto, l'immunità dalla giurisdizione di uno Stato, anche nelle ipotesi in cui quest'ultimo abbia con le sue forze armate perpetrato dei crimini internazionali nel territorio di un altro Stato. In particolare la Corte, nel caso di specie, pur avendo qualificato gli atti compiuti dalle forze armate tedesche come contrari «a qualsiasi elementare considerazione di umanità», non ha ritenuto di dover far discendere particolari conseguenze giuridiche dalla violazione di norme internazionali aventi un carattere perentorio rispetto a quelle che garantiscono l'immunità degli Stati¹¹. A suo giudizio ci troveremmo di fronte a due gruppi di norme che esplicano i loro effetti su due piani differenti, aventi l'una un carattere sostanziale e l'altra un carattere procedurale. Le violazioni del primo gruppo di norme darebbe soltanto luogo all'obbligo di riparazione e non consentirebbe alcuna deroga a quelle del secondo gruppo, anche in mancanza di qualsiasi protezione per equivalente dei diritti umani¹².

Questa dicotomia, nell'ambito di uno stesso ordinamento quello internazionale, non appare del tutto logica in quanto qualsiasi norma materiale, a cui si riconosce un carattere inderogabile, deve anche presupporre, se necessario, l'esistenza di una regola processuale che non consenta limiti alla sua concreta attuazione. Sul punto è sufficiente richiamarsi alla giurisprudenza della stessa Corte internazionale di giustizia sul rispetto da parte degli Stati, in ogni circostanza, delle considerazioni elementari di umanità interpretate come norma di chiusura di tutto il sistema teso non soltanto a garantire la prevenzione e la repressione dei crimini internazionali ma anche a porvi rimedio, come nel caso di specie¹³.

3. Il lento riconoscimento del carattere relativo dell'immunità dagli atti esecutivi

Prendendo adesso in esame l'immunità dei beni degli Stati dalle misure esecutive e cautelari, si è già detto come questa immunità sia tenuta distinta da quella prevista per la giurisdizione cognitiva in quanto le due nozioni devono considerarsi del tutto autonome e

resorts», articolato dall'Italia, ritiene che la sentenza avrebbe comunque potuto prevedere, sul piano internazionale, una forma di compensazione a favore delle vittime italiane.

¹⁰ Cfr sul punto le osservazioni di C. ZANGHÌ secondo il quale bisognerebbe sempre tener conto dell'evoluzione moderna del diritto internazionale e in particolare della circostanza che è stata istituita una Corte penale internazionale: non avrebbe senso infatti ritenere alcuni atti individuali penalmente rilevanti per questa Corte, atti che peraltro, comportano una responsabilità internazionale di uno Stato, immuni dalla giurisdizione, *Une nouvelle limitation à l'immunité de juridiction des Etats dans l'arrêt 238 de 2014 de la Cour Constitutionnelle italienne*, in *questa Rivista*, n. 1, 2015, p. 11. Per un commento vedi R. NIGRO, *Immunità degli Stati esteri e diritto di accesso al giudice: un nuovo approccio nel diritto internazionale?*, in *Riv. dir. int.*, 2013, p. 812.

¹¹ Così il par. 52 della sentenza.

¹² Così i par. 93, 94 e 95 della sentenza.

¹³ La Corte nella sua giurisprudenza si richiama spesso all'obbligo positivo imposto agli Stati di adoperarsi, con tutti i mezzi a loro disposizione, per far cessare e porre rimedio agli atti compiuti in violazione delle considerazioni elementari di umanità. Cfr. il parere reso sulla costruzione del muro in Palestina il 9 luglio 2004, in *ICJ Reports*, 2004, p. 200.

legittimate da basi giuridiche diverse. In genere si riconosce all'immunità dalle misure esecutive un contenuto più ampio rispetto a quella cognitiva, proprio perché un eventuale suo diniego potrebbe portare a delle conseguenze più gravi sul piano delle relazioni diplomatiche tra gli Stati¹⁴. In effetti si è correttamente osservato che l'autorizzazione, da parte degli organi giurisdizionali, di atti esecutivi o cautelari sui beni di uno Stato potrebbe legittimare quest'ultimo ad adottare delle contromisure, a condizione che sia rispettato il loro carattere proporzionale¹⁵.

Si è comunque concordi nel ritenere che anche nelle ipotesi in cui uno Stato abbia accettato di sottoporsi alla giurisdizione interna di un altro Stato, conserva sempre l'immunità dagli atti esecutivi sui suoi beni, salvo ovviamente sua espressa rinuncia¹⁶.

Come si è detto le regole concernenti l'immunità dall'esecuzione conservano caratteristiche peculiari. In particolare non è mai sufficiente dimostrare di avere ottenuto un titolo esecutivo efficace nel territorio di un determinato Stato, occorre provare che i beni da aggredire abbiano una determinata destinazione¹⁷.

La dottrina sottolinea come più lento sia stato l'iter per affermare il carattere relativo, e quindi non assoluto, dell'immunità dagli atti esecutivi e cautelari. In Italia, ad esempio, solo con la sentenza della Corte costituzionale n. 329 del 1992 è stata riconosciuta, e solo a partire dagli anni settanta, la formazione di una consuetudinaria internazionale in tal senso¹⁸. E questo lento processo consente ora ai singoli di tutelare i loro interessi, aggredendo con azioni esecutive e cautelari i beni degli Stati stranieri, sempreché non siano lese le loro prerogative sovrane¹⁹.

Tuttavia, come già osservato, il carattere particolarmente ampio dell'immunità dall'esecuzione sui beni degli Stati è stato accertato, nell'ordinamento internazionale, dalla Corte internazionale di giustizia. Infatti, nella citata sentenza del 3 febbraio 2012, la stessa Corte ha addossato all'Italia un obbligo di risultato al fine di ottenere la completa cessazione e cancellazione di tutti gli effetti conseguenti alle misure esecutive intraprese nei confronti dell'Istituto culturale tedesco, Villa Vigoni²⁰. Il carattere ampio dell'immunità dall'esecuzione era stato del resto riconosciuto dal governo italiano il quale già nel corso del giudizio aveva emanato una normativa per sospendere le dette misure e indicato alla Corte

¹⁴ In tal senso vedi R. MONACO e C. CURTI GIALDINO, *op. cit.*, p. 492.

¹⁵ Sul punto ampiamente, S. VEZZANI, *Sul diniego delle immunità dalla giurisdizione di cognizione e esecutiva a titolo di contromisura*, in *Riv. dir. int.*, 2014, p. 47.

¹⁶ E, in analogia a quanto disposto dall'art. 32, par. 2, della Convenzione di Vienna sulle relazioni diplomatiche in materia di rinuncia alle immunità accordate agli agenti diplomatici, la rinuncia deve essere espressa.

¹⁷ Una numerosa giurisprudenza in tal senso è riportata nella sentenza della Corte costituzionale n. 329 del 15 luglio 1992.

¹⁸ In Italia, ad esempio, il r. d. l. del 30 agosto 1925 n. 1621 convertito il l. n. 1263 del 1926, richiedeva l'autorizzazione del Ministro di Grazia e Giustizia per qualsiasi misura cautelare o esecutiva sui beni appartenenti agli Stati stranieri. La Corte costituzionale ha dichiarato questa normativa illegittima per contrasto con l'art. 24 della Costituzione con la citata sentenza n. 329 del 1992. Sul punto vedi R. MONACO e C. CURTI GIALDINO, *op. cit.*, p. 492.

¹⁹ Sulla rilevante numero delle procedure esecutive intraprese contro i beni di Stati esteri e sulle conseguenze sul piano giuridico e diplomatico, vedi F. DI MAJO, *Considerazioni e presentazione del convegno sugli indirizzi giurisprudenziali sull'immunità degli Stati dalla giurisdizione civile e dalle misure di coercizione*, in *Com. int.*, 2013, p. 218.

²⁰ Secondo la Corte infatti: «*The decisions and measures infringing Germany's jurisdictional immunities which are still in force must cease to have effect, and the effects which are already been produced by those decisions and measures must be reversed, in such a way that the situation which existed before the wrongful acts were committed is re-established*», così il par. 137. Per un commento vedi M. L. PADELLETTI, *op. cit.*, p. 445. Sulle misure adottate dall'Italia per conformarsi alla sentenza della Corte internazionale di giustizia si rinvia al successivo par. 9.

di non avere obiezioni a qualsiasi sua decisione «*obliging Italy to ensure that the mortgage on Villa Vigoni inscribed at the land registry is cancelled*»²¹

4. *Il contenuto della norma consuetudinaria: gli elementi presi in considerazione dalla prassi; la destinazione del bene da aggredire e il suo collegamento funzionale con l'esercizio di poteri pubblici*

Occorre a quanto punto chiederci quale sia il contenuto della norma di origine consuetudinaria che disciplina l'immunità degli Stati dalla giurisdizione esecutiva e cautelare. L'indagine non appare facile stante le difficoltà che si possono riscontrare per accertare l'esistenza di una prassi conforme tra gli organi giurisdizionali statali. Non si può neppure far ricorso alla numerosa prassi riguardante la norma consuetudinaria avente ad oggetto l'immunità degli Stati dalla giurisdizione cognitiva.

In particolare non è sufficiente fare riferimento alla tradizionale distinzione, generalmente accettata, tra gli atti compiuti dagli Stati *jure imperii*, per i quali è riconosciuta l'immunità, e gli atti *jure gestionis*, sottoposti invece alla cognizione delle giurisdizioni nazionali²². Questa distinzione trova fondamento nella circostanza che gli Stati non sempre agiscono come enti dotati di potestà d'imperio o, se si preferisce, nell'esercizio delle loro funzioni sovrane, ma si limitano a porre in essere atti in veste privata alla stregua di qualsiasi cittadino. Quel che rileva quindi, ai fini del riconoscimento dell'immunità, non è la situazione giuridica vantata e neppure i beni strumentali impiegati, ma soltanto il fine che si intende conseguire mediante l'esercizio di alcuni poteri²³.

Invece, con specifico riferimento all'immunità dagli atti esecutivi, la prassi giurisprudenziale tende innanzitutto a qualificare il collegamento effettivo esistente tra l'attività di un organo statale e un determinato bene al fine di individuare la sua destinazione alla luce dei suoi elementi caratterizzanti, la sua utilità e la sua natura. E questo al fine di stabilire se detto bene possa considerarsi funzionale all'esercizio di un potere sovrano per fini pubblici²⁴. Ovviamente molti problemi interpretativi sorgono quando ci si trova in presenza di beni a destinazione multipla²⁵.

Così ad esempio, come ha correttamente evidenziato la nostra Corte costituzionale, i fondi delle Banche di emissione centrali, le quali indubbiamente esplicano funzioni sovrane nell'esercizio della politica economica degli Stati, devono ritenersi immuni da qualsiasi atto cautelare o esecutivo, così come avviene di solito per i fondi destinati a porre in essere i piani di risanamento del debito pubblico nazionale nell'ambito degli accordi di moratoria²⁶.

²¹ Così il par. 110 della sentenza.

²² Tuttavia è interessante notare che il principio dell'immunità assoluta è stato difeso, sino in tempi molto recenti, dai paesi dell'allora blocco socialista e dai paesi c.d. non allineati, sul punto vedi R. MONACO e C. CURTI GIALDINO, *op. cit.*, p. 476.

²³ In Italia ad esempio tale orientamento è costante, cfr. Cass. S.U. 3 febbraio 2000 n. 530.

²⁴ L'immunità dall'azione esecutiva in sostanza rappresenta la regola per la quale sono previste varie eccezioni a seconda della tipologia di beni specifici.

²⁵ Sul punto vedi il successivo par. 6.

²⁶ In tal senso vedi Corte costituzionale n. 329 del 1992, e più di recente in relazione ai titoli di debito pubblico argentini Cass. S.U. 21 aprile 2005 n. 11225; inoltre sulla non aggredibilità del patrimonio delle banche sovrane, vedi A. TANZI, *op. cit.*, p. 80.

5. La Convenzione di New York del 2 dicembre 2004

Le difficoltà ora evidenziate per accertare e delimitare il contenuto della norma consuetudinaria sull'immunità dei beni degli Stati dalla giurisdizione sia cognitiva che esecutiva, ha reso necessario un processo di codificazione iniziato con un progetto di articoli della Commissione di diritto internazionale e culminato il 2 dicembre 2004 con l'adozione, per *consensus*, da parte dell'Assemblea generale delle NU, della Convenzione di New York, non ancora entrata in vigore²⁷. Questa convenzione è stata, peraltro, preceduta, nel quadro del Consiglio d'Europa, dalla Convenzione di Basilea del 16 maggio 1972, in vigore dal 1976, ma ratificata da pochi Stati e non dall'Italia²⁸.

Nella Convenzione di New York viene enunciato il principio dell'immunità ristretta dalla giurisdizione cognitiva come regola generale, ma sono previste delle eccezioni sottoposte a loro volta a dei limiti²⁹. Con riferimento invece all'immunità dalle misure esecutive posteriori ad una decisione giudiziale, l'art 19 della Convenzione prevede una regola chiara: nessuna misura di coercizione (pignoramento, sequestro, esecuzioni) può essere adottata su i beni di proprietà di uno Stato in relazione ad un procedimento svoltosi dinnanzi ad un tribunale di un altro Stato, a meno che quest'ultimo abbia espressamente acconsentito di riservare o destinare alcuni beni, già individuati, per la soddisfazione della domanda oggetto dello stesso procedimento. Tuttavia un'importante eccezione si ha alla regola ora enunciata nell'ipotesi in cui uno Stato abbia, in precedenza, stabilito che un bene di sua proprietà sia specificamente utilizzato o destinato a scopi diversi da quelli di un servizio pubblico non commerciale e che tali beni siano situati nel territorio dello Stato del foro.

Quindi dalla lettura dell'art 19 si evince che l'unico elemento che interessa è in sostanza la destinazione commerciale di un bene al fine di poterlo sottoporre a misure esecutive. Tuttavia, lo stesso articolo non richiede la destinazione specifica del bene all'operazione commerciale da cui deriva il rapporto o la domanda dedotti in giudizio³⁰.

Invece, per l'adozione di misure cautelari, da emanarsi quindi prima del giudizio sul merito, l'art 18 della Convenzione di New York è ancora più restrittivo: solo nell'ipotesi in cui vi sia il consenso espresso dello Stato proprietario del bene queste misure possono essere concesse. E lo stesso può avvenire nell'ipotesi in cui lo stesso Stato abbia destinato il bene proprio per il soddisfacimento della domanda cautelare³¹.

Ora affinché possa essere attuata una misura coercitiva la regola della destinazione commerciale del bene da aggredire, che a nostro avviso presuppone sempre la necessità

²⁷ La *UN Convention on Jurisdictional Immunities of States and Their Property* ai sensi del suo art. 30 entrerà in vigore al momento del deposito del suo trentesimo strumento di ratifica.

²⁸ La Convenzione di Basilea è attualmente in vigore tra otto Stati europei. Sui suoi effetti ricognitivi del diritto consuetudinario vedi R. MONACO e C. CURTI GIALDINO, *op. cit.*, p. 481. In Italia la Cassazione ha riconosciuto alla Convenzione di Basilea questi effetti ricognitivi, cfr sentenza 13 febbraio 1992 n. 1716.

²⁹ Le eccezioni e i limiti all'applicazione delle stesse eccezioni alla regola dell'immunità enunciata dall'art. 5, sono previste dagli art. 11-17 della Convenzione.

³⁰ Tale legame specifico del resto non è stato ritenuto necessario dalla Corte costituzionale nella citata sentenza n. 329 del 1995, dove viene diffusamente analizzata la giurisprudenza internazionale. Sul punto vedi F. DI MAJO, *op. cit.*, p. 221.

³¹ Ai sensi dell'art. 18 tale consenso può essere manifestato sia in un accordo internazionale, sia in un compromesso arbitrale o contenuto in una dichiarazione resa davanti al giudice o in una comunicazione scritta formulata successivamente al sorgere della controversia.

che questo non sia semplicemente goduto ma sia idoneo a produrre un reddito a differenza di una destinazione meramente qualificata come civilistica, è stata accolta dalla Corte internazionale di giustizia. Infatti essa, nella citata sentenza del 3 febbraio 2012, equipara questa regola a una «*well established practice*»³² Tuttavia la stessa Corte, non prendendo espressamente posizione sul punto, non ritiene che la Convenzione di New York del 2004 possa al momento riflettere il diritto consuetudinario esistente e quindi si deve ritenere che anche le regole enunciate dagli articoli prima esaminati 18 e 19 non possano considerarsi tali. Di contrario avviso è invece la Corte europea dei diritti dell'uomo che all'opposto considera la codificazione contenuta nella predetta Convenzione di New York rispondente al diritto consuetudinario generale³³. Quest'ultima precisazione assume rilevanza in quanto la Corte ritiene che le l'immunità dagli Stati dalla giurisdizione cognitiva e esecutiva, previste dal diritto internazionale generale, debbano prevalere sulla concreta applicazione del Regolamento n. 44 del 2001 (ora Regolamento n. 1215 del 2012) al fine di salvaguardare le prerogative sovrane degli Stati convenuti, anche se le regole sull'immunità e sulla competenza giurisdizionale sono logicamente destinate ad operare su piani distinti³⁴.

6. *L'immunità assoluta per i beni destinati ad assicurare le funzioni diplomatiche; il difficile inquadramento giuridico dei beni a destinazione multipla*

Le perplessità evidenziate circa il contenuto della norma consuetudinaria applicabile all'esercizio della giurisdizione esecutiva non possono sussistere in relazione ai beni necessari per assicurare le funzioni delle missioni diplomatiche, così come definite dall'art. 3 della Convenzione di Vienna del 18 aprile 1961, che com'è noto, ha effetti dichiarativi di norme generali largamente riconosciute dalla Comunità internazionale³⁵.

Innanzitutto i locali della residenza del capo missione e della cancelleria della missione, nella accezione ampia contenuta nell'art 1 lett. i) della citata Convenzione di Vienna, non possono essere oggetto di alcuna forma di coercizione, e ai sensi del successivo art. 22 devono restare inviolabili per impedire che «*la paix de la mission soit troublée*»³⁶. Con specifico riferimento alle azioni cautelari e esecutive intraprese, senza il

³² Così nei par. 117 e 118 della sentenza, la Corte per accertare l'esistenza di questa prassi si richiama alle sentenze rese in tal senso dalla Corte costituzionale tedesca del 14 dicembre 1977, dal Tribunale federale svizzero del 30 aprile 1986, dalla Camera dei Lords del 12 aprile 1984 e dalla Corte costituzionale spagnola del 1 luglio 1992. Riteniamo sul punto che la destinazione commerciale di un bene non possa presupporre il semplice suo privato godimento ma è necessario che lo stesso sia destinato a produrre un reddito da impresa.

³³ Cfr in tal senso le sentenze rese dalla Corte EDU il 17 luglio 2012 nel caso *Wallishanser c. Austria* (ricorso n.156/04) e nel caso *Oleynikov c. Russia* il 14 marzo 2013 (ricorso n. 36703/04). Sul punto diffusamente R. NIGRO, *Immunità degli Stati esteri e diritto di accesso al giudice: un nuovo approccio nel diritto internazionale?*, cit. p. 842.

³⁴ Cfr sul punto la sentenza della Corte di giustizia dell'UE *Ahmed Mahamdia c. Repubblica algerina* resa il 19 luglio 2012 in causa C-154/11, e per un commento S. MIGLIORINI, *Immunità dalla giurisdizione e regolamento CE 44/2001: riflessioni a partire dalla sentenza Mahamdia*, in *Riv. dir. int.*, 2012, p. 1089. Sul Regolamento n. 1215/2012 vedi nota n. 49.

³⁵ Le funzioni attribuite dall'art. 3 alle missioni diplomatiche sono quelle di rappresentanza, di informazione e di tutela degli interessi dello Stato accreditante e dei suoi cittadini, tuttavia alla lettera e) dello stesso articolo vi è indicata la funzione, dai contenuti molto estesi, di «Promuovere relazioni amichevoli e sviluppare relazioni economiche, culturali e scientifiche fra lo Stato accreditante e lo Stato accreditario».

³⁶ Ai sensi dell'art. 1 lett. I): «l'espressione locali della missione indica gli edifici e le parti di edifici e il relativo terreno che, quale che ne sia il proprietario, sono utilizzati ai fini della missione». Anche gli archivi della

consenso del capo missione, nei confronti dei beni mobili e immobili della missione, siano essi di proprietà o posseduti in forza di un altro rapporto giuridico, l'immunità dalla giurisdizione ha un carattere assoluto e riguardare qualsiasi atto coercitivo come ad esempio pignoramento, sequestro, esproprio o esecuzione forzata, concesso dai giudici ordinari o provvedimenti ablatori ordinati dall'autorità amministrativa³⁷.

In tal senso si esprime del resto anche l'art. 3 della citata Convenzione di New York del 2004 e la stessa Corte europea dei diritti dell'uomo considera immuni dalle misure esecutive i beni destinati alla funzione diplomatica, anche nelle ipotesi di violazioni della Convenzione europea dei diritti dell'uomo³⁸.

La stessa disciplina è peraltro prevista per i locali consolari dall'art 31 della citata convenzione di

Vienna del 1963 e in misura minore per i locali degli uffici dei consoli onorari dal successivo art 59³⁹.

Ora, un problema interpretativo può solo sorgere rispetto ai beni che abbiano una destinazione plurima. E questo può avvenire come conseguenza dell'espandersi dei compiti affidati agli agenti diplomatici chiamati ora a svolgere funzioni in vari settori, culturale, militare, economico, finanziario e scientifico, e quindi ad utilizzare beni che possono avere distinte destinazioni. In proposito, del resto, l'art 3 della Convenzione di Vienna del 1961 non sembra porre limiti ai compiti affidati agli agenti diplomatici. Questi infatti devono, oltre ai normali compiti di rappresentanza e informazione, proteggere, *latu sensu*, gli interessi dello Stato accreditante e dei suoi cittadini e sviluppare relazioni in tutti i settori con lo Stato accreditatario⁴⁰.

Per i beni aventi una destinazione plurima, come ad esempio i conti correnti bancari, non si può accertare l'esistenza di una norma consuetudinaria applicabile a tutte le situazioni. Tuttavia un principio di presunzione a favore della destinazione di tali beni per l'esclusivo esercizio delle funzioni diplomatiche viene in genere accolta dagli organi nazionali ed è ora formulata dall'art 21 della citata Convenzione di New York del 2004. La soluzione adottata da questo articolo, che si limita ad indicare una lista di beni per i quali la presunzione deve esplicitare i suoi effetti in caso di controversia, potrebbe liberare il campo dalle incertezze, addossando in maniera certa l'onere della prova contraria, in teoria sempre possibile, su una delle parti⁴¹.

missione, ai sensi del successivo art. 24 devono considerarsi inviolabili. In particolare l'art. 22 vieta, in qualsiasi circostanza, agli organi dello Stato accreditatario di penetrare nei locali della missione, senza il consenso del Capo missione

³⁷ Infatti, ai sensi dell'art. 22, punto 3): «I locali della missione, il loro mobilio e gli altri oggetti che vi si trovano, come pure i mezzi di trasporto della missione, non possono formare oggetto di perquisizione, requisizione, sequestro o misura di esecuzione». E' interessante rilevare che ai sensi del successivo art. 31 l'agente diplomatico, relativamente ai soli beni immobili, gode dell'immunità dalla giurisdizione civile e amministrativa soltanto nell'ipotesi in cui possegga gli stessi «per conto dello Stato accreditante ai fini della missione». Così questa immunità sembra riferirsi solo all'agente diplomatico e quindi un eventuale atto introduttivo di un giudizio, riguardante i beni della missione, dovrebbe essere notificato validamente solo al Capo dello Stato del paese accreditante.

³⁸ Cfr in tal senso la sentenza resa il 3 marzo 2005 nel caso *Mainoilescu e Dobrescu c. Romania* (ricorso n. 60861/00)

³⁹ In effetti l'art. 59 non prevede un'inviolabilità della sede del console onorario ma solo generici doveri di protezione

⁴⁰ Vedi *supra* nota 35

⁴¹ Sul punto vedi F. DI MAJO, *op. cit.*, p. 221

7. *Gli elementi presi in considerazione in Italia: la natura e la destinazione del bene da aggredire; la legge processuale e i criteri di giurisdizione applicabili*

Prendendo adesso in esame il nostro ordinamento, l'Italia, come si è detto, ha aderito soltanto alla Convenzione di New York del 2004 con la legge di autorizzazione alla ratifica e di esecuzione del 14 gennaio 2013 n. 5⁴². Ovviamente l'ordine di esecuzione potrà esplicare i suoi effetti sul piano interno soltanto al momento dell'entrata in vigore, sul piano internazionale, della detta Convenzione una volta che sarà raggiunto il numero minimo di ratifiche richiesto⁴³.

In via preliminare si può rilevare che la nostra Corte costituzionale con la sentenza n. 329 del 15 luglio 1992 ha dichiarato, in contrasto con l'art. 24 della Costituzione, qualsiasi condizione di reciprocità che possa limitare il diritto dei singoli di aggredire esecutivamente i beni degli Stati stranieri, quando ciò sia ammesso dal diritto internazionale generale.

In sostanza la nostra giurisprudenza, seguendo del resto la terminologia utilizzata dalla Corte costituzionale nella citata sentenza, riconosce l'immunità dalle azioni esecutive quando accerta che il bene da aggredire sia destinato a funzioni pubbliche (*jure imperii*) dello Stato estero. Così la giurisprudenza si limita ad accertare, volta per volta, se un bene possa essere indispensabile per l'esercizio di alcune funzioni che definisce pubbliche o istituzionali, senza ulteriormente specificare questi concetti. Di converso non sono ritenuti immuni i beni destinati ad attività commerciali o privatistiche⁴⁴.

L'accertamento della natura o se si preferisce della destinazione di un determinato bene è quindi ritenuto essenziale ai fini della decisione sull'immunità e invece non rileva mai la fonte da cui deriva il credito dedotto in giudizio. Ad esempio i beni militari sono ritenuti immuni ma non gli aerei delle compagnie di bandiera e le navi di proprietà degli Stati, a prescindere dalla natura della pretesa dedotta in giudizio⁴⁵.

Ovviamente per i beni destinati alle funzioni diplomatiche l'immunità dalle azioni esecutive è sempre stata riconosciuta anche nelle ipotesi in cui la giurisdizione cognitiva era stata accertata⁴⁶.

La nostra giurisprudenza, in particolare la Corte di cassazione, considera l'immunità come una conseguenza dell'irrelevanza ed estraneità di certi rapporti giuridici posti in esser dallo Stato estero alla stregua del nostro ordinamento, sotto il profilo quindi delle sue norme sostanziali⁴⁷.

Ora, gli elementi di estraneità descritti devono sempre essere accertati e interpretati dal giudice secondo la legge italiana. Sulla giurisdizione merita di essere ricordato l'art. 10 della legge 31 maggio 1995 n. 218, secondo cui «*in materia cautelare la giurisdizione italiana sussiste quando il provvedimento deve esser eseguito in Italia o quando il giudice ha la giurisdizione nel merito*». Così la territorialità del diritto processuale è ampiamente assicurata, nella materia in

⁴² Vedi *supra* note 27 e 28.

⁴³ La nostra giurisprudenza in genere riconosce un valore ricognitivo delle norme generali esistenti anche alle convenzioni internazionali che si propongono di attuare delle codificazioni, ma non ancora entrate in vigore.

⁴⁴ Cfr sul punto ad esempio Cass. 4 aprile 1986, n. 2316 ; 4 maggio 1989 n. 2085 e S.U. 1 luglio 1997 n. 5888.

⁴⁵ Cfr sul punto Cass. 12 gennaio 1996 n.173.

⁴⁶ Ciò può avvenire in materia di locazione, tra i primi esempi vedi Tribunale Roma 29 aprile 1977 in *Foro it.*, 1980, 807. In favore dell'immunità dall'esecuzione vedi Cass. 4 maggio 1989 n. 2085.

⁴⁷ Vedi Cass. S.U. 30 maggio 1990 n. 5092.

esame⁴⁸. Del resto anche in ambito europeo, ai sensi dell'art 24, punto 5 del Regolamento UE n. 1215 del 12 dicembre 2012, sussiste la giurisdizione esclusiva del giudice dello Stato membro nel cui territorio ha luogo l'esecuzione di una decisione giudiziale⁴⁹. Inoltre, ai sensi dell'art. 35 dello stesso regolamento la competenza per i provvedimenti provvisori o cautelari previsti da uno Stato membro sussiste sempre, anche se la competenza a conoscere del merito di una controversia è riconosciuta all'autorità giurisdizionale di un altro Stato membro. Con riferimento invece alla legge applicabile, l'art. 12 della citata legge n. 218 dispone che «*il processo civile che si svolge in Italia è regolato dalla legge italiana*».

Ora è importante ricordare che il giudice italiano, in forza del precedente art. 11 deve rilevare d'ufficio il difetto di giurisdizione qualora questa sia esclusa da una norma internazionale. E questo può ovviamente avvenire anche nel corso di un procedimento esecutivo riguardante i beni considerati immuni. Tuttavia, la giurisdizione italiana, anche se insussistente al momento della proposizione della domanda, può subentrare successivamente se i fatti e le norme che la determinano sopravvivono nel corso del processo⁵⁰.

8. *Il processo esecutivo e le conseguenze della dichiarazione di improcedibilità di un bene; l'obbligo di rilevare d'ufficio il difetto di giurisdizione; l'onere della prova sulla destinazione dei beni; la presunzione generale prevista dall'art. 21 della Convenzione di New York del 2004 sui beni a destinazione plurima*

In Italia i beni immuni, in sostanza, sono dichiarati impignorabili in sede di opposizione all'esecuzione, come nelle ipotesi previste dagli articoli 514 e 524 cpc e dall'art. 2740 cc. In queste ipotesi, non viene rilevato il difetto di giurisdizione in quanto attore del processo di opposizione è, ovviamente, il proprietario del bene che si vuole aggredire⁵¹. Se il processo esecutivo non è ancora iniziato, e quindi si è nella fase in cui vi è stata solo l'intimazione del precetto, il giudice dichiara nullo e privo di effetti quest'ultimo, se invece il processo esecutivo è già iniziato, il giudice dichiara l'inesistenza del diritto del creditore di procedere esecutivamente.

Gli atti esecutivi eventualmente compiuti sono dichiarati, dalla giurisprudenza, nulli in quanto contrari a norme imperative o, riteniamo erroneamente, all'ordine pubblico internazionale⁵².

Così l'immunità in genere non vien dichiarata d'ufficio, al momento dell'autorizzazione delle misure esecutive, ma fatta valere dalla parte che instaura il giudizio

⁴⁸ Vedi sul punto F. SALERNO, *Art. 10*, in S. BARIATTI (a cura di), *Riforma del sistema italiano di diritto internazionale privato*, Commentario, in *Le nuove leggi civili commentate*, Padova, 1996, p. 983.

⁴⁹ Il regolamento n. 1215/2012 del 12 dicembre 2012 del Parlamento europeo e del Consiglio sulla competenza giurisdizionale, il riconoscimento e l'esecuzione delle decisioni in materia civile e commerciale (in GUUE L 351) ha sostituito, per rifusione, il precedente regolamento 44/2001 del 22 dicembre 2000.

⁵⁰ Cfr. sul punto C. ONNIBONI, *Art. 11*, in *Riforma del sistema italiano di diritto internazionale privato*, cit., p. 997.

⁵¹ Cfr. anche art 2740 cc che prevede la possibilità che vi siano dei limiti fissati da norme di legge alla responsabilità del debitore. In genere gli attori nel giudizio di opposizione sono coloro ai quali la parte che intende procedere esecutivamente attribuisce o pretende di attribuire il ruolo di debitore.

⁵² Infatti l'ordine pubblico internazionale rappresenta un limite all'applicazione di norme di altri ordinamenti statali o di sentenze emesse da giurisdizioni straniere. Per un riferimento a questo limite vedi Tribunale Siena 13 febbraio 2013, RG n. 1374/2012; per un più corretto riferimento alla contrarietà a norme imperative vedi Cass. 22 marzo 2011 n. 6548.

di opposizione. Ciò in parte contrasta con il chiaro disposto dell'art. 6 della convenzione di New York del 2004 e con il ricordato art. 11 della legge n. 218⁵³.

Come si è avuto modo di ricordare, se si è in presenza di un bene la cui destinazione può dar luogo ad incertezza, la loro immunità non può essere rilevata d'ufficio e occorre rispettare la regola prevista dall'art. 2697 cc sull'onere della prova secondo cui «*chi vuol far valere un diritto in giudizio deve provare i fatti che ne costituiscono il fondamento*». Fermo restando sempre la possibilità di prova contraria⁵⁴.

Ora, trattandosi di beni appartenenti a Stati esteri o comunque da questi detenuti a qualsiasi titolo per le loro rappresentanza diplomatiche, sussiste un particolare onere di diligenza a carico della parte richiedente le misure esecutive. In altre parole questa deve attenersi, quando non vi è certezza circa la destinazione di determinati beni, ad un principio di normale prudenza, evitando plurimi tentativi di azioni esecutive⁵⁵. E questo per non incorrere, ai sensi dell'art 96 cpc, in una responsabilità aggravata per esecuzione forzata ingiusta⁵⁶. Sul punto interviene l'art. 21 della Convenzione di New York del 2004 che stabilisce una presunzione generale di destinazione per fini non commerciali di alcune categorie di beni, situati nello Stato del foro, quali quelli, inclusi i conti correnti bancari, destinati al funzionamento della missione diplomatiche e consolari accreditate sia presso gli Stati che presso le organizzazioni internazionali. Inoltre godono della medesima presunzione i beni a carattere militare, i beni della Banca centrale, i beni facenti parte del patrimonio culturale di uno Stato o esibiti per motivi scientifici, culturali o per interesse storico e ovviamente non destinati alla compravendita⁵⁷.

La nostra giurisprudenza ha comunque da tempo seguito un orientamento restrittivo, in particolare sui beni destinati alla conduzione delle Ambasciate, vietando ad esempio indagini sulla destinazione dei depositi o conti correnti bancari, ritenendole un' illegittima interferenza sulla funzione pubblica⁵⁸. Ovviamente, trattandosi di semplici presunzioni, è sempre possibile in astratto provare che i fondi da aggredire siano destinati a usi commerciali e così in rare occasioni è stato concesso il loro pignoramento⁵⁹.

Comunque di recente è stato approvato un articolo, il 19 *bis*, alla legge di esecuzione in Italia della citata Convenzione di New York, in cui si ribadisce che non sono soggette a esecuzione forzata, a pena di nullità rilevabile anche d'ufficio, le somme depositate presso le banche nazionali dagli Stati esteri necessarie per la conduzione delle missioni diplomatiche e consolari, a condizione che vi sia stata una preventiva dichiarazione in tal senso, attestante l' effettiva destinazione di tali somme, da parte del capo missione⁶⁰.

Sempre in relazione al problema della utilizzazione plurima, la nostra giurisprudenza

⁵³ Dello stesso tenore dell'art. 6 vedi l'art 15 della Convenzione di Basilea del 1972.

⁵⁴ In tal senso, per una recente applicazione, vedi Tribunale Siena, *supra* nota 52.

⁵⁵ Cfr sul punto Cass. 25 luglio 2006 n. 16975.

⁵⁶ Ai sensi dell'art. 96 cpc la responsabilità aggravata sussiste qualora un soggetto compia atti esecutivi o cautelari, senza averne diritto, non avendo dimostrato di aver agito «*con la normale prudenza*» anche nella scelta dei beni da aggredire.

⁵⁷ Inoltre l'art 21 estende la presunzione anche per i beni necessari allo svolgimento di missioni speciali. Per i beni a destinazione plurima la presunzione ovviamente si dovrebbe estendersi all'intero bene, senza che sia possibile aggredire la parte destinata a fini commerciali.

⁵⁸ In tal senso vedi R. MONACO e C. CURTI GIALDINO, *op. cit.*, p. 493.

⁵⁹ Tra i primi esempi di pignoramento di c/c bancari intestati ad una missione diplomatica, vedi Pretura Roma, V sezione 30 ottobre 1986, in *Temì rom.*, 1988, II, p. 489.

⁶⁰ L'art 19 *bis* è stato inserito con il decreto-legge 12 settembre 2014 n. 132, convertito con modifiche dalla legge 10 novembre 2014, n. 162.

ritiene che i beni necessari a svolgere le attività indicate dall'art. 3 della Convenzione di Vienna del 1961 e dall'art 5 della Convenzione di Vienna del 1965 siano destinati a funzioni pubbliche, come ad esempio i locali dei centri degli istituti culturali o i fondi destinati a collocare sul mercato e a gestire i titoli del debito pubblico di uno Stato⁶¹. E questo avviene a prescindere dall'efficacia che si vuole riconoscere nel nostro ordinamento al citato art. 21 della Convenzione di New York.

Va da ultimo sottolineato l'importante ruolo svolto dal Cerimoniale diplomatico del Ministero degli affari esteri, il quale è chiamato istituzionalmente a far rispettare le immunità previste dalle citate Convenzioni di Vienna, specie laddove esistono dei dubbi sulla portata delle norme interne da applicare. Il Cerimoniale interviene per sensibilizzare le Ambasciate sulla opportunità o necessità di costituirsi in giudizio per far valere le loro immunità, anche avvalendosi alcune volte dei servizi dell'Avvocatura generale dello Stato. E ancora si può ricordare i buoni uffici resi dal Cerimoniale per cercare di risolvere in via transattiva, con i normali mezzi offerti sia dal diritto interno che internazionale, tutte le controversie interne che coinvolgono uno Stato estero o un suo rappresentante diplomatico⁶².

9. *La sentenza della Corte costituzionale del 22 ottobre 2014 n. 238 e la ricerca di una «effettiva protezione» per i diritti umani fondamentali; le conseguenze sulla giurisdizione esecutiva e cautelare*

Le complesse questioni sin ora esaminate, insieme ai tentativi riscontrati di apportare certezza in una materia destinata ad assumere nel tempo una rilevanza sempre più grande, non ci consente di tracciare sempre una sicura linea di demarcazione tra i beni degli Stati, a cui sia legittimo riconoscere l'immunità dalle misure esecutive e cautelari, da quelli invece su cui gli organi dello Stato del foro possono esercitare i loro poteri, anche a difesa degli interessi dei privati cittadini.

La questione in Italia ha assunto un rilievo particolare dopo l'intervento della Corte costituzionale che ha voluto assicurare una «*effettiva protezione*» ai diritti fondamentali degli individui lesi da atti compiuti da uno Stato estero ritenuti contrari allo *jus cogens* e comunque rientranti nella categoria dei crimini internazionali.

La vicenda è nota, dopo la coraggiosa sentenza della Corte di cassazione nel caso *Ferrini*, è intervenuta la Corte internazionale di giustizia con la decisione che si è avuto modo di analizzare⁶³. Ora, ai fini della nostra indagine limitata alla fase esecutiva, sono state emanate una serie di misure legislative per consentire all'Italia di conformarsi, ai sensi dell'art. 94 par.1 della Carta delle NU, alla citata decisione della Corte internazionale di giustizia. In particolare, ai sensi dell'art. 3 della legge n. 5 del 14 gennaio 2013 viene imposto al giudice, davanti al quale pende una controversia riguardante uno Stato straniero, di rilevare d'ufficio il difetto di giurisdizione in qualunque stato e grado del processo. Inoltre, le sentenze già rese e passate in giudicato che si pongono in contrasto con una

⁶¹ In tal senso confronta, per i locali destinati agli istituti culturali, Tribunale Siena cit. *supra* nota 52 e per i titoli di debito pubblico, vedi Cass. S. U. 21 aprile, 2005 n. 11225 cit. *supra* nota 26.

⁶² Sul ruolo del cerimoniale diplomatico del MAE vedi M. DELLA SETA e D. G. SFREGOLA, *L'immunità degli Stati nell'esperienza della Farnesina*, in *Com. int.*, 2013, p. 223.

⁶³ La sentenza sul caso *Ferrini c. Repubblica federale di Germania* è stata resa dalla Cassazione l'11 marzo 2004, n. 5044.

decisione della Corte internazionale di giustizia possono esser impugnate per revocazione, oltre che nei casi previsti dall'art. 395 cpc, anche per difetto di giurisdizione. In sostanza il nostro legislatore configura una carenza di potere del giudice nazionale conseguente ad un difetto di giurisdizione⁶⁴.

L'art. 3 citato ha effetti meramente ricognitivi rispetto al quadro normativo esistente in Italia in quanto qualsiasi giudice, sia in sede civile che penale, rispettivamente ai sensi dell'art.11 della legge 31 maggio 1995 n. 218, già esaminata, e dell'art. 20 cpc, ha sempre il potere-dovere di dichiarare, anche d'ufficio, in ogni stato e grado del processo, il difetto di giurisdizione. Tuttavia, lo stesso art. 5 ha di sicuro una forte portata innovativa laddove «*giustifica sistematicamente il superamento del principio interno del giudicato*», ritenendo le sentenze definitive revocabili per carenza di potere, se il loro contenuto contrasta con le pronunce della Corte internazionale di giustizia⁶⁵.

La nostra Corte di cassazione del resto, con una sentenza emanata il 9 agosto 2012, quindi prima della citata legge n. 5, prendendo atto della menzionata decisione della Corte internazionale di giustizia, ha annullato senza rinvio una sentenza di merito che aveva, nel quadro di un processo svoltosi dinanzi alla giurisdizione militare, condannato la Germania, quale responsabile civile, al risarcimento dei danni alle parti civili⁶⁶. E l'annullamento è stato dichiarato in quanto l'azione dedotta in giudizio «*non poteva essere conosciuta dal giudice italiano*»⁶⁷.

E comunque, prima dell'emanazione della citata legge n. 5, al fine di ottemperare alla decisione della Corte internazionale di giustizia, la giurisprudenza di merito italiana aveva dichiarato improcedibili le azioni esecutive intraprese contro i beni appartenenti alla Germania⁶⁸.

In seguito, non volendosi conformare a questo orientamento, il Tribunale di Firenze, ha sollevato una questione di legittimità costituzionale ritenendo alcune disposizioni nazionali contrarie agli art. 2 e 24 della nostra Costituzione. Nella sua ordinanza di rimessione alla Corte costituzionale, il Tribunale riteneva che i predetti articoli, che enunciano principi fondamentali, dovessero prevalere rispetto a qualsiasi consuetudine internazionale a cui il nostro ordinamento si deve conformare, ai sensi dell'art.10, primo comma, della Costituzione. In particolare, alla norma consuetudinaria che garantisce l'immunità degli Stati, non in sé considerata ma così come interpretata dalla Corte internazionale di giustizia⁶⁹.

La nostra Corte costituzionale, accogliendo le tesi sostenute dal Tribunale, con la sentenza n. 238 del 2014 non ha voluto, nelle ipotesi di crimini di guerra e contro l'umanità

⁶⁴ Invece non trova applicazione il successivo art. 396 cpc che fissa termini di decadenza per proporre l'azione di revocazione.

⁶⁵ Così nella relazione che ha accompagnato il disegno di legge, per un commento sul punto vedi A. CIAMPI, *L'Italia attua la sentenza della Corte internazionale di giustizia nel caso Germania c. Italia*, in *Riv. dir. int.*, 2013, p. 148.

⁶⁶ Vedi in tal senso Cass. 9 agosto 2012, n. 32139

⁶⁷ Vedi il punto 7 della sentenza della Cassazione, *supra* nota 66. Nello stesso senso il Tribunale di Firenze 28 marzo 2012, *Manfredi c. Repubblica federale di Germania* in *Riv. dir. int.*, 2012, p. 583, considera la sentenza della Corte internazionale di giustizia quale *jus superveniens* con effetti vincolanti sui margini di valutazione del giudice nazionale.

⁶⁸ In tal senso vedi Tribunale Roma 28 novembre 2012, in *Riv. dir. int.*, 2013, p.149

⁶⁹ La precisazione del Tribunale di Firenze è importante, in quanto essa consente di continuare a riconoscere validità all'art. 1 se interpretato in maniera differente da come ha fatto la Corte internazionale di giustizia, Tribunale Firenze, ordinanza del 21 gennaio 2014, n. 1300. Per un commento vedi F.M. PALOMBINO, in *Riv. dir. int.* 2014, p. 503

perpetrati da uno Stato estero, garantire alcuna immunità giurisdizionale a quest'ultimo. E si è spinta sino a dichiarare l'illegittimità costituzionale di una serie di importanti disposizioni quali: l'art. 3 della legge 14 gennaio 2013 n. 5 e l'art. 1 della legge di esecuzione dello Statuto delle NU, esclusivamente nella parte in cui obbliga il giudice italiano ad adeguarsi alla pronuncia della Corte internazionale di giustizia del 3 febbraio 2012. E infine, secondo la Corte la norma consuetudinaria internazionale sull'immunità dalla giurisdizione degli Stati in contrasto con i principi fondamentali previsti dagli art. 2 e 24 della nostra Costituzione non può essere recepita, ex art. 10, nel nostro ordinamento⁷⁰.

La complessa vicenda resta quindi aperta e non possiamo prevedere quali saranno gli ulteriori sviluppi. Resta il fatto che la Corte costituzionale ha di sicuro formalmente indicato di voler garantire una «*tutela effettiva*» dei singoli, quando sono in gioco i loro diritti inviolabili. In sostanza, come ha sottolineato un eminente autore, è ormai tempo di porre «*au sommet du système juridique international*» tutte le regole che impediscono e condannano le violazioni gravi e sistematiche dei diritti umani fondamentali⁷¹. Tuttavia, nella fase esecutiva, non è chiaro quali potranno esser le conseguenze, anche se i problemi riguardanti l'immunità dei beni degli Stati stranieri si pongono su un piano differente. Infatti, le norme sull'immunità dalla giurisdizione esecutiva e cautelare hanno una *ratio* e caratteristiche del tutto peculiari, per cui riteniamo che continueranno ad applicarsi, soprattutto a livello internazionale, i principi e le regole enunciate in questo scritto. Più in particolare per accertare la legittimità di una misura coercitiva si continuerà a tener conto della destinazione del bene da aggredire e non della qualificazione giuridica dell'atto o del rapporto che ha dato origine alla pretesa del soggetto leso. E soltanto in futuro, grazie al processo di codificazione in atto, le soluzioni accolte potranno essere differenti da quelle attuali e si potrà pervenire ad una maggiore certezza sul contenuto e i limiti delle norme da applicare.

⁷⁰ Infatti secondo la Corte «I principi fondamentali dell'ordinamento costituzionale e i diritti inalienabili della persona costituiscano un limite all'ingresso delle norme internazionali generalmente riconosciute alle quali l'ordinamento giuridico italiano si conforma secondo l'art. 10, primo comma, della Costituzione», par. 3.2 della sentenza.

⁷¹ Così C. ZANGHÌ, *op. cit.*, p.12. La Corte in effetti precisa che «il diritto al giudice sancito dalla Costituzione italiana, come in tutti gli ordinamenti democratici, richiede una tutela effettiva dei diritti dei singoli», par. 3.4 della sentenza.



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

MICHELE MESSINA*

LA LIBERTÀ DI CIRCOLAZIONE E ACCESSO AL LAVORO DEI CITTADINI DEI NUOVI STATI MEMBRI UE E DEI LORO FAMILIARI: UNO DEGLI ULTIMI BALUARDI DELLA DISCRIMINAZIONE IN BASE ALLA NAZIONALITÀ TRA CITTADINI DELL'UNIONE

SOMMARIO: 1. Introduzione. – 2. La libera circolazione dei lavoratori nel territorio dell'Unione e i limiti generali previsti dall'ordinamento UE. – 3. Il particolare *status* dei cittadini dei nuovi Stati membri e dei loro familiari soggetti a misure transitorie. – 4. Possibili soluzioni a tale forma di discriminazione in base alla nazionalità: a) nell'ordinamento UE; b) ... e nel sistema della CEDU. – 5. Conclusioni.

1. Introduzione.

L'articolo 20 del Trattato sul funzionamento dell'Unione europea (TFUE) prevede espressamente che chiunque sia cittadino di uno Stato membro UE goda, insieme alla propria cittadinanza nazionale, anche di quella europea. In base a quest'ultima, il cittadino UE ha il diritto di circolare e soggiornare all'interno del territorio di ciascuno Stato membro UE, ai sensi dell'articolo 21 del TFUE. Tuttavia, una tale libertà di circolazione e soggiorno non è del tutto scevra da vincoli o limitazioni; infatti, i cittadini europei sono assoggettati ad un regime giuridico che se, da un lato, garantisce loro degli strumenti di inclusione, dall'altro, li minaccia con la possibilità di esclusioni o allontanamenti¹. Sebbene riguardi solo un numero limitato di casi, il fatto che i cittadini UE, i quali dovrebbero essere sottoposti ad un trattamento non discriminatorio in base alla nazionalità, possano, anche solo potenzialmente, essere esclusi o allontanati dalle comunità nazionali manifesta un

* Ricercatore a tempo determinato di Diritto dell'Unione europea, Dipartimento di Scienze Umane e Sociali, Università degli Studi di Messina.

¹ Infatti, sempre il primo comma dell'articolo 21 del TFUE, nell'affermare il diritto dei cittadini UE di circolare e soggiornare liberamente nel territorio degli Stati membri, specifica però «fatte salve le limitazioni e le condizioni previste dai trattati e dalle disposizioni adottate in applicazione degli stessi». A tal proposito, il regime giuridico dei cittadini UE è stato recentemente definito come una sorta di porta girevole ("revolving doors"). Si veda, a tal proposito, D. ACOSTA ARCARAZO, J. MARTIRE, *Trapped in the Lobby: Europe's Revolving Doors and the Other as Xenos*, in *E.L.Rev.*, 2014, p. 362 ss.

approccio nei confronti dello straniero che non può essere trascurato. Infatti, esso fa sì che le garanzie formalmente previste nei confronti dei cittadini dell'UE non siano riconosciute allo stesso modo in capo a tutti i cittadini nazionali dei diversi Stati membri dell'Unione. L'ordinamento UE tollera così diverse forme di discriminazione in base alla nazionalità, riguardanti, nella maggior parte dei casi, forme di allontanamento di cittadini UE dal territorio di un determinato Stato membro o la subordinazione del loro ingresso a delle specifiche formalità e controlli². Il presente saggio, lungi dal soffermarsi su ciascuna di esse intende concentrare la propria attenzione e la propria analisi su una particolare forma di trattamento differenziato, riguardante i cittadini dei nuovi Stati membri dell'UE e l'esercizio della loro libertà di circolazione e accesso al mercato del lavoro nel territorio di un altro Stato già membro dell'Unione, che, nella forma e nella sostanza, non costituisce tanto una limitazione quanto una vera e propria preclusione o divieto d'accesso nei confronti dei cittadini c.d. neo-comunitari al mercato del lavoro di un "vecchio" Stato membro dell'Unione. Un tale ostacolo, il cui inserimento nelle misure transitorie allegate agli accordi di adesione tra gli Stati membri dell'UE e gli Stati richiedenti l'ammissione può essere discrezionalmente previsto dai primi, coinvolge una delle libertà fondamentali, parte integrante del disegno economico istituito dal trattato CEE, e poi ulteriormente sviluppato anche sotto il profilo politico con l'istituzione della cittadinanza europea con il trattato di Maastricht³. Tali misure transitorie, infatti, creano, sebbene solo per un determinato periodo di tempo dall'ammissione di un nuovo Stato membro, una sorta di cittadinanza europea di seconda classe, che priverebbe i cittadini c.d. neo-comunitari di circolare liberamente all'interno del territorio dell'Unione per accedere al mercato del lavoro subordinato di uno Stato membro UE preesistente a condizione di parità con i cittadini nazionali. Una tale preclusione pone degli importanti interrogativi riguardo al libero esercizio di una delle libertà fondamentali su cui si fonda il mercato interno dell'Unione, ossia quella di circolare e soggiornare liberamente nel territorio dell'UE per rispondere ad una proposta di lavoro subordinato. Tali interrogativi appaiono ancor più preoccupanti in quanto il divieto di accesso ad un mercato del lavoro nazionale si basa su una valutazione assolutamente discrezionale da parte degli Stati membri UE esistenti, i quali non hanno un onere particolarmente gravoso, se mai ne abbiano uno, prima di derogare alle norme UE

² A titolo esemplificativo, possono accennarsi, in primo luogo, le discriminazioni compiute nei confronti dei cittadini UE privi di risorse economiche sufficienti, la cui permanenza nel territorio di un altro Stato membro per un periodo superiore a tre mesi sarebbe di difficile realizzazione, ai sensi dell'articolo 7 della Direttiva 2004/38/CE del Parlamento europeo e del Consiglio del 29 aprile 2004 *relativa al diritto dei cittadini dell'Unione e dei loro familiari di circolare e di soggiornare liberamente nel territorio degli Stati membri, che modifica il regolamento (CEE) n. 1612/68 ed abroga le direttive 64/221/CEE, 68/360/CEE, 72/194/CEE, 73/148/CEE, 75/34/CEE, 75/35/CEE, 90/364/CEE, 90/365/CEE, 93/96/CEE*, in GUUE L 229 del 29 giugno 2004, p. 35, come, peraltro, confermato nella recente sentenza della Corte di giustizia dell'11 novembre 2014, causa C-333/13, *Elisabeta Dano e Florin Dano*, in ECLI:EU:C:2014:2358. In secondo luogo, la possibilità per uno Stato membro di poter limitare la libertà di circolazione e soggiorno ed eventualmente allontanare dal proprio territorio un cittadino UE, per motivi di ordine pubblico, pubblica sicurezza e sanità pubblica, ai sensi degli articoli 27 e seguenti della già ricordata direttiva 2004/38/CE. Infine, le limitazioni alla libertà di circolazione derivanti dall'applicazione differenziata del sistema Schengen da parte di alcuni Stati membri UE, ai sensi dei Protocolli nn. 19-22 allegati al trattato UE e al TFUE, dopo la modifica di Lisbona, le quali, tuttavia, non operano una vera e propria limitazione alla circolazione e all'ingresso dei cittadini UE ma solo la loro subordinazione a ben determinate formalità e controlli.

³ Il trattato sull'Unione europea è stato firmato a Maastricht il 7 febbraio 1992 ed entrato in vigore l'1 novembre 1993, in GUCE C 191 del 29 luglio 1992, p. 1.

sulla libertà di circolazione dei lavoratori cittadini UE all'interno dell'Unione⁴. Le misure transitorie in questione si porrebbero così in contrasto sia con il principio di non discriminazione in base alla nazionalità tra i lavoratori migranti cittadini dell'Unione e quelli dello Stato membro di immigrazione, sia con il suo specifico corollario, ossia il “principio del trattamento nazionale”, il quale implica non solo l'applicazione delle stesse norme ai cittadini nazionali e agli stranieri ma anche che le stesse siano applicate allo stesso modo nei confronti delle due categorie di persone coinvolte⁵.

L'analisi delle deroghe che i “vecchi” Stati membri UE possono imporre discrezionalmente alla libertà di circolazione dei lavoratori cittadini neo-comunitari costituisce l'oggetto della prima parte del presente lavoro, non prima, però, di aver dato breve conto della disciplina sulla libertà di circolazione e soggiorno dei lavoratori in generale. La seconda parte, invece, si occuperà di un'ulteriore forma di discriminazione nei confronti dei cittadini neo-comunitari, questa volta riguardante i loro familiari, i quali subiscono un trattamento peggiorativo anche rispetto ai familiari dei cittadini di Stati terzi. Infine, la terza ed ultima parte, tenterà di suggerire possibili soluzioni a tale forma di discriminazione in base alla nazionalità tra cittadini dell'Unione. Queste potrebbero essere interne all'ordinamento UE, attraverso la previsione di un onere più gravoso, rispetto al presente, in capo agli Stati membri dell'UE che intendano avvalersi di misure transitorie di tal genere, allorquando stipulino un accordo di adesione con uno o più Stati richiedenti l'ammissione nell'Unione. Altre possibili soluzioni potrebbero derivare, invece, da ordinamenti estranei a quello UE, quale ad esempio quello della Convenzione europea dei diritti dell'uomo; in quest'ultimo caso, però, la soluzione non sarebbe tanto di scelta politico-giuridica quanto giudiziaria, dinanzi alla Corte europea dei diritti dell'uomo, avente per oggetto la presunta violazione del divieto generale di discriminazione in base alla nazionalità da parte di uno Stato membro UE che intende avvalersi delle misure transitorie in oggetto.

2. *La libera circolazione dei lavoratori nel territorio dell'Unione e i limiti generali previsti dall'ordinamento UE.*

La libertà di circolazione delle persone costituisce una delle quattro libertà fondamentali, insieme a quelle riguardanti le merci, i servizi e i capitali, garantite dall'ordinamento giuridico dell'Unione. In tale contesto, la libertà di circolazione dei lavoratori subordinati, disciplinata dagli articoli 45-48 del TFUE (già articoli 39-42 del trattato CE e, in precedenza, articoli 48-51 del trattato CEE), assume un ruolo fondamentale nella costruzione del mercato interno⁶, attraverso il consolidarsi di una sua

⁴ Regolamento (UE) n. 492/2011 del Parlamento europeo e del Consiglio del 5 aprile 2011 *relativo alla libera circolazione dei lavoratori all'interno dell'Unione*, in GUUE L 141 del 27 maggio 2011, p. 1.

⁵ Si veda la sentenza della Corte di giustizia del 7 maggio 1986, causa 131/85, *Gül*, in ECLI:EU:C:1986:200, punto 25; nonché, R. ADAM, A. TIZZANO, *Manuale di Diritto dell'Unione europea*, Torino, 2014, p. 491.

⁶ Tra le quattro libertà fondamentali previste dal trattato istitutivo, quella concernente la circolazione dei lavoratori è stata la prima ad essere realizzata compiutamente, dando la misura della realizzazione del mercato interno. Tale realizzazione, tuttavia, non è stata priva di difficoltà. Infatti, nella prima fase del periodo transitorio, il regolamento n. 15/61/CEE del 10 agosto 1961, relativo ai primi provvedimenti per l'attuazione della libera circolazione dei lavoratori all'interno della Comunità, rendeva effettiva la libertà di circolazione del

dimensione economica e sociale, che garantisce, allo stesso tempo, un'allocazione ottimale del fattore di produzione lavoro all'interno dell'UE, e un rafforzamento dell'integrazione dei popoli d'Europa. Il rapporto tra le due dimensioni, economica e sociale, tuttavia, non è privo di tensioni. Infatti, mentre la prima considera i lavoratori UE come delle unità di produzione mobili che contribuiscono alla prosperità economica del mercato interno dell'Unione; la seconda, considera i lavoratori come esseri umani che esercitano il loro diritto a soggiornare in un altro Stato membro e godere della parità di trattamento rispetto ai cittadini nazionali⁷. L'istituzione della cittadinanza europea, chiaramente ispirata alla dimensione sociale, ha influenzato non poco lo sviluppo del diritto alla libertà di circolazione dei lavoratori, generalizzando la libera circolazione in questione a tutti i cittadini dell'Unione, anche quelli economicamente inattivi. Nonostante ciò, il TFUE continua a dettare norme materiali specifiche solo per le ipotesi riguardanti i cittadini UE economicamente attivi⁸, creando delle sovrapposizioni tra le categorie in questione, che si riflettono nella legislazione secondaria che disciplina la libertà di circolazione dei cittadini dell'Unione in generale (siano essi lavoratori subordinati, autonomi e soggetti economicamente inattivi), contenuta nella direttiva 2004/38 sul diritto di circolazione e soggiorno dei cittadini UE. Quest'ultima, infatti, oltre al diritto di circolare e soggiornare liberamente dei cittadini UE economicamente inattivi, include al suo interno anche parte della disciplina sui lavoratori subordinati cittadini dell'Unione e le loro famiglie, la cui normativa di riferimento rimane contenuta principalmente nel già ricordato regolamento 492/2011 relativo alla libera circolazione dei lavoratori all'interno dell'Unione⁹, che ha

lavoratore subordinato, anche se consentiva agli Stati di sottoporla ad importanti riserve, come la regola della priorità del lavoratore nazionale, mediante la quale la possibilità per un lavoratore migrante di trovare un impiego era subordinata all'assenza di candidati cittadini dello Stato membro in questione. Nella seconda fase del periodo transitorio, il regolamento 38/64/CEE e la direttiva 64/240/CEE hanno fatto venir meno il principio della priorità del lavoratore nazionale, anche se per gli Stati era comunque prevista una sorta di clausola di salvaguardia, che consentiva loro di sospendere la libertà di circolazione dei lavoratori nel caso di gravi squilibri causati da tali spostamenti. La terza fase del periodo transitorio ha compiutamente realizzato la libertà di circolazione con la direttiva 68/360/CEE e con il regolamento (CEE) n. 1612/68, che hanno eliminato le restrizioni all'ingresso e al soggiorno dei lavoratori e delle loro famiglie in Paesi diversi da quelli di origine. Al termine del periodo transitorio, nel 1970, nessuna discriminazione in base alla nazionalità poteva sussistere in materia di lavoro subordinato. Si veda, M. CONDINANZI, B. NASCIBENE, *Cittadinanza dell'Unione e libera circolazione delle persone*, in M.P. CHITI, G. GRECO (diretto da), *Trattato di diritto amministrativo europeo*, Tomo I², Milano, 2007, p. 87-146, 119-120; G. TESAURO, *Diritto dell'Unione europea*⁷, Padova, 2012, p. 477-478. Come si vedrà, inoltre, la normativa adottata nel 1968 sarà successivamente parzialmente modificata dalla direttiva 2004/38/CE e definitivamente abrogata dal regolamento (UE) n. 492/2011.

⁷ Si veda, P. CRAIG, G. DE BÚRCA, *EU Law, Text, Cases, and Materials*⁵, Oxford, 2011, Capitolo 21.

⁸ A questo proposito, occorre sottolineare come il lavoratore è stato definito da taluni autorevoli autori come *species* del *genus* "cittadino dell'Unione" e per questo soggetto a disposizioni più mirate. Si veda, B. NASCIBENE, F. ROSSI DAL POZZO, *Diritti di cittadinanza e libertà di circolazione nell'Unione europea*, Padova, 2012, p. 157; nonché M. CONDINANZI, B. NASCIBENE, *Cittadinanza dell'Unione e libera circolazione delle persone*, cit. p. 121.

⁹ È stato sottolineato come si tratti di normative il cui oggetto è totalmente diverso: il diritto di soggiorno, per la direttiva 2004/38/CE, la parità di trattamento, per il regolamento 492/2011/UE. Inoltre, si è anche evidenziato che la direttiva in questione si occupi del soggiorno collegato all'attività lavorativa nella fase "patologica", ossia quella in cui il collegamento con il mercato del lavoro è momentaneamente venuto meno, e non nella fase "fisiologica", disciplinata invece dal regolamento. Si veda, B. NASCIBENE, F. ROSSI DAL POZZO, *Diritti di cittadinanza e libertà di circolazione nell'Unione europea*, cit., p. 189.

abrogato e sostituito il regolamento 1612/68¹⁰, già in parte modificato dalla direttiva 2004/38.

Ai sensi dell'articolo 1 del regolamento 492/2011, beneficiari della libertà di circolare e accedere a un'attività di lavoro subordinata sul territorio di un altro Stato membro sono i cittadini degli Stati membri UE¹¹. La libertà di circolazione dei lavoratori, ai sensi dell'articolo 45, par. 2, del TFUE, comporta l'abolizione di qualsiasi forma di discriminazione, fondata sulla nazionalità, tra i lavoratori degli Stati membri¹², per quanto concerne l'impiego, la retribuzione e le altre condizioni di lavoro; nonché l'esercizio di una serie di diritti, posti come corollario del principio generale di non discriminazione, enumerati in maniera non esaustiva al paragrafo 3 del citato articolo 45 TFUE. Essi consistono, nello specifico, nel diritto di rispondere a offerte di lavoro effettive; nel diritto di spostarsi liberamente nel territorio degli Stati membri a tal fine; nel diritto di dimorare in uno degli Stati membri per svolgervi un'attività di lavoro; e, nel diritto di rimanere sul territorio di uno Stato membro, dopo aver occupato un impiego, anche se a determinate condizioni. Il caposaldo in materia è costituito, quindi, dal principio di non discriminazione tra i lavoratori migranti cittadini dell'Unione e quelli dello Stato membro di immigrazione e dal suo corollario, il principio del trattamento nazionale. Il principio in questione si applicherebbe a tutti gli aspetti concernenti l'accesso e l'esercizio dell'impiego, la retribuzione e le altre condizioni di lavoro. La portata di tali principi è stata notevolmente ampliata, nel corso degli anni, dalla giurisprudenza della Corte di giustizia UE e dagli atti che l'hanno codificata, di cui il regolamento 492/2011 è certamente oggi il principale. Un esempio di tale ampliamento è costituito dal fatto che la disciplina della circolazione dei lavoratori comprende non solo la persona che si reca in un altro Stato membro per rispondere ad una proposta concreta di lavoro, ma si estende anche a coloro che si spostano per cercare lavoro senza che si sia ancora materializzata una proposta concreta¹³. La portata del principio di non discriminazione è stata estesa poi anche al godimento di vantaggi sociali e fiscali¹⁴, generalmente attribuiti ai lavoratori nazionali, la cui estensione ai lavoratori cittadini di altri Stati membri è apparsa idonea a facilitare la loro mobilità

¹⁰ Regolamento (CEE) n. 1612/68 del Consiglio del 15 ottobre 1968, *relativo alla libera circolazione dei lavoratori all'interno della Comunità*, in GUCE L 257 del 19 ottobre 1968, p. 2.

¹¹ In talune situazioni, i beneficiari di tale libertà sono anche i cittadini di Stati terzi, legati all'Unione da particolari accordi internazionali, come nel caso dei Paesi parti contraenti dell'accordo sullo Spazio Economico Europeo (Islanda, Liechtenstein e Norvegia), e della Turchia, che, nel 1963, ha stipulato un accordo di associazione con l'allora CEE, che la Corte di giustizia ha sempre cercato di interpretare, insieme alla relativa decisione di applicazione dell'accordo n. 1/80 del Consiglio di associazione CEE-Turchia del 19 settembre 1980, in modo da ravvicinare quanto più possibile il trattamento del lavoratore turco a quello dei cittadini dell'UE. Si veda, R. ADAM, A. TIZZANO, *Manuale di Diritto dell'Unione europea*, cit., p. 488.

¹² Il principio di non discriminazione in base alla nazionalità enunciato all'articolo 45, par. 2, TFUE, costituisce ormai una specificazione, riguardante i cittadini UE «economicamente attivi», del più generale divieto di discriminazione in base alla nazionalità stabilito all'articolo 18, par. 1, TFUE, la cui disposizione sembra acquisire una concreta portata applicativa solo nei confronti dei cittadini «economicamente inattivi», e all'articolo 21, par. 2, della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione.

¹³ A questo proposito, rileva, in particolare, l'articolo 5 del regolamento (UE) n. 492/2011, il quale dispone che: «il cittadino di uno Stato membro, che ricerca un impiego sul territorio di un altro Stato membro, vi riceve la stessa assistenza che gli uffici del lavoro di quest'ultimo Stato prestano ai suoi cittadini che ricercano un impiego».

¹⁴ Articolo 7, par. 2, regolamento 492/2011.

all'interno dell'Unione¹⁵. Un ulteriore aspetto particolarmente rilevante è costituito dal trattamento riservato alla famiglia del lavoratore, ossia, al coniuge o partner, ai discendenti diretti di età inferiore a 21 anni o a carico, e agli ascendenti diretti a carico, nei confronti dei quali sono garantiti una serie di diritti destinati a mantenere l'unità familiare e facilitarne l'integrazione nello Stato ospitante. Infatti, i familiari godono anch'essi del diritto di soggiornare e di esercitare un'attività lavorativa nello Stato ospitante; inoltre, i figli del lavoratore godono anche dei benefici che l'ordinamento dello Stato ospite prevede in tema di istruzione a favore dei cittadini¹⁶.

I limiti alla libertà di circolazione dei lavoratori sono espressamente previsti dal trattato e ulteriormente disciplinati dal diritto derivato. In primo luogo, l'articolo 45, par. 4 del TFUE, prevede che la libertà in questione non si applica «agli impieghi nella pubblica amministrazione». Una costante giurisprudenza della Corte di giustizia ha in tal senso chiarito che rientrerebbero in tale limite unicamente quegli impieghi che implicino una partecipazione diretta o indiretta all'esercizio di poteri pubblici, nonché funzioni che hanno ad oggetto la tutela di interessi generali dello Stato o altri enti pubblici. In ogni caso, l'applicazione della deroga andrebbe valutata caso per caso, in quanto è necessario verificare concretamente la rilevanza del vincolo di solidarietà e fedeltà nei confronti dello Stato¹⁷. L'adozione di un tale approccio da parte della Corte di giustizia ha fatto sì che il limite in questione fosse interpretato in modo piuttosto restrittivo. In secondo luogo, l'articolo 45, par. 3 del TFUE, ma soprattutto gli articoli 27 e seguenti della direttiva 2004/38/CE, prevedono che l'ingresso e il soggiorno del lavoratore nel Paese ospite può essere limitato o negato per ragioni di ordine pubblico, pubblica sicurezza e sanità pubblica. Qualsiasi misura derogatoria della libertà di circolazione dei lavoratori per una delle suddette ragioni, tuttavia, non può essere invocata per fini economici, deve rispettare il principio di proporzionalità, deve essere adottata esclusivamente in relazione alla condotta personale dell'individuo in questione¹⁸, e la sola esistenza di condanne penali non può

¹⁵ Sentenza della Corte di giustizia del 31 maggio 1979, causa 207/78, *Even e ONPTS*, in ECLI:EU:C:1979:144, punto 22.

¹⁶ Articolo 10, regolamento 492/2011, il quale prevede che: «i figli del cittadino di uno Stato membro, che sia o sia stato occupato nel territorio di un altro Stato membro, sono ammessi a frequentare i corsi d'insegnamento generale, di apprendistato e di formazione professionale alle stesse condizioni previste per i cittadini di tale Stato, se i figli stessi vi risiedono». La lettura di tale articolo, fin dal suo predecessore (articolo 12 del regolamento 1612/68), è stata sempre molto ampia per favorire al meglio l'integrazione sociale del lavoratore e della sua famiglia, come sottolineato da G. TESAURO, *Diritto dell'Unione europea*, cit., p. 483.

¹⁷ La Corte di giustizia ha più volte affermato che è essa stessa, e non gli Stati membri, a decidere quale attività costituisce un impiego nella pubblica amministrazione. Infatti, le diverse nozioni di pubblico impiego o di pubblica amministrazione utilizzate negli ordinamenti degli Stati membri limiterebbero l'efficacia e la portata delle norme del trattato sulla libera circolazione dei lavoratori. Si veda, la sentenza della Corte di giustizia del 12 febbraio 1974, causa 152/73, *Sotgiu*, in ECLI:EU:C:1974, punto 5. Per una trattazione approfondita di tale limite, si veda, P. CRAIG, G. DE BÚRCA, *EU Law, Text, Cases, and Materials*, cit., pp. 735-740.

¹⁸ A questo proposito, occorre sottolineare che l'articolo 27, par. 2, co. 2, della direttiva 2004/38/CE, codifichi in sostanza la giurisprudenza della Corte di giustizia, prevedendo che la condotta personale deve rappresentare «una minaccia reale, attuale e sufficientemente grave da pregiudicare un interesse fondamentale della società». Si veda la sentenza della Corte di giustizia del 27 ottobre 1977, causa 30/77, *Bouchereau*, in ECLI:EU:C:1977:172. In tale contesto, è stato anche affermato che un'infrazione riguardante la legislazione sul lavoro, secondo la Corte di giustizia, potrebbe non costituire una violazione sufficientemente grave da rientrare nel limite dell'ordine pubblico, costituendo, invece, un mero turbamento dell'ordine sociale. Si veda causa 30/77, *Bouchereau*, punto 35; e V. CORREIA, *Roumaines et Bulgares après le 1er Janvier 2007, les carences*

giustificarne automaticamente l'adozione. Ai sensi dell'articolo 30 della direttiva 2004/38/CE, infine, ogni limitazione al diritto di ingresso e di soggiorno deve essere notificato per iscritto all'interessato, affinché questi possa rendersi conto del contenuto delle misure restrittive e possa provvedere ad una difesa adeguata, le cui modalità e procedure sono stabilite dal diritto nazionale, nel rispetto del principio di effettività e di equivalenza.

3. *Il particolare status dei cittadini dei nuovi Stati membri e dei loro familiari soggetti a misure transitorie.*

Quanto si è avuto modo di accennare costituisce la disciplina generale sulla libera circolazione dei lavoratori cittadini degli Stati membri, e conseguentemente cittadini UE. Tale regime, tuttavia, non si applica allo stesso modo a tutti i cittadini UE indistintamente, ma escluderebbe potenzialmente i c.d. cittadini neo-comunitari, i quali possono essere assoggettati ad un regime transitorio. Quest'ultimo, infatti, prevede, in aggiunta a quelli già illustrati, degli ulteriori limiti all'esercizio della libertà di circolazione e soggiorno da parte dei lavoratori cittadini c.d. "neo-comunitari", ossia di quegli Stati che hanno recentemente aderito all'UE. Tali limiti prevedono, tra gli altri, un vero e proprio divieto di ingresso nel territorio di un "vecchio" Stato membro dell'UE per il cittadino di uno Stato che vi ha recentemente aderito, anche se limitatamente all'ipotesi in cui tale ingresso sia finalizzato alla ricerca o all'esercizio di un'attività di lavoro subordinato. Quindi, sebbene l'adesione di un nuovo Stato lasci auspicare l'assoggettamento incondizionato di questi all'*acquis communautaire* in materia, nella quasi totalità degli atti di adesione all'UE recentemente conclusi, ai vecchi Stati membri è stata concessa la possibilità di limitare l'applicazione delle norme UE sulla libertà di circolazione dei lavoratori nei confronti dei cittadini dei nuovi Stati membri per un periodo massimo di sette anni; anche se ad essi dovrebbe comunque essere riservato un regime di preferenza rispetto ai lavoratori provenienti da uno Stato terzo. L'Unione ha così consentito l'ammissione di nuovi Stati membri, negando, però, allo stesso tempo, ai cittadini di questi ultimi, il beneficio immediato derivante dal godimento di una delle libertà fondamentali previste dai trattati, attraverso l'introduzione, mediante una deroga convenzionale, di un regime transitorio riguardante la libertà di circolazione dei lavoratori provenienti dai nuovi Stati membri, ritardando così la piena applicazione di tali

temporaires d'une citoyenneté européenne sans l'accès à l'emploi, in *Cab. dr. eur.*, n. 5/6, 2008, pp. 629 e 651-652. Per quanto concerne i cittadini che abbiano acquisito il diritto di soggiorno permanente nel territorio di un altro Stato membro, invece, l'articolo 28, par. 2, della direttiva 2004/38/CE, prevede un livello di protezione più elevato, stabilendo che il loro allontanamento può essere disposto solo per «gravi motivi» di ordine pubblico o di pubblica sicurezza, e non solo per una minaccia «sufficientemente grave». Un livello di protezione ancora maggiore è riservato ai cittadini UE minorenni o che abbiano soggiornato nello Stato membro ospitante per i precedenti dieci anni, nei confronti dei quali l'articolo 28, par. 3 della direttiva 2004/38/CE prevede che una decisione di allontanamento possa essere adottata solo per «motivi imperativi di pubblica sicurezza». Si veda P. CRAIG, G. DE BÚRCA, *EU Law, Text, Cases, and Materials*, cit., p. 757. Per quanto riguarda le differenze tra le norme contenute nei paragrafi 2 e 3 dell'articolo 28 della direttiva 2004/38/CE, si vedano le sentenze della Corte di giustizia del 23 novembre 2010, causa C-145/09, *Tsakouridis*, in ECLI:EU:C:2010:708; e del 22 maggio 2012, causa C-348/09, *P.I.*, in ECLI:EU:C:2012:300. Per un commento a tali sentenze, D. KOSTAKOPOULOU, *When EU Citizens become Foreigners*, in *E.L.Jour.*, vol. 20, 2014, pp. 447, 457.

diritti per un periodo massimo di sette anni. Di conseguenza, mentre la cittadinanza europea dovrebbe garantire a tutti i cittadini degli Stati membri il medesimo trattamento giuridico; durante il periodo transitorio in oggetto, le norme UE sulla libertà di circolazione dei lavoratori, insieme alle interpretazioni piuttosto estensive delle norme in questione da parte della Corte di giustizia, non si applicherebbero ai cittadini dei nuovi Stati membri. Infatti, chiunque di essi intenda fare ingresso nel territorio di uno degli Stati membri esistenti alla ricerca di un impiego non avrà il diritto di accedere ad alcun tipo di lavoro subordinato disponibile sul mercato, alle stesse condizioni dei cittadini dei vecchi Stati membri, violando così il principio di parità di trattamento e non discriminazione in base alla nazionalità. Così facendo, coloro i quali rientrano *ratione personae* nell'applicazione delle misure transitorie saranno trattati come dei c.d. "cittadini di seconda classe"¹⁹.

Tali misure transitorie, tuttavia, non si applicano a quei cittadini dei nuovi Stati membri che lavorino già legalmente nel territorio di uno Stato membro preesistente al momento dell'adesione o siano ammessi al mercato del lavoro di tale Stato membro per un periodo ininterrotto pari o superiore a dodici mesi, anche se tale ammissione per i neo-cittadini UE si limita al mercato del lavoro di detto Stato membro preesistente ma non a quello di altri Stati membri che applicano misure transitorie²⁰. Si verificherebbe, così, una forma di discriminazione, nell'accesso al mercato del lavoro di un determinato Stato membro preesistente, anche tra neo-cittadini UE aventi la stessa nazionalità. Tuttavia, questi ultimi non sarebbero sottoposti alle stesse regole sull'accesso all'impiego in un determinato Stato membro preesistente, in quanto le misure transitorie avrebbero l'obiettivo di proteggere temporaneamente i mercati del lavoro degli Stati membri preesistenti, che incorressero in eventuali perturbazioni, e non di differire l'integrazione effettiva dei cittadini dei nuovi Stati membri. Da ciò deriverebbe che i neo-cittadini UE non possano essere considerati alla stregua dei cittadini di Stati terzi, trattandosi, invece, di una categoria distinta, che tende comunque verso quella dei cittadini nazionali degli Stati membri UE preesistenti²¹. Infatti, in materia di ingresso e soggiorno nel territorio di questi ultimi, i neo-cittadini UE economicamente inattivi o non in cerca di impiego devono

¹⁹ Per l'utilizzo di tale espressione, si vedano: S. CARRERA, *What Does Free Movement Mean in Theory and Practice in an Enlarged EU?*, in *Eur. Law Jour.*, vol. 11, 2005, pp. 699, 708; D. KOCHENOV, *European Integration and the Gift of the Second Class Citizenship*, in *Mur. Univ. Elec. Jour. Law*, vol. 13, 2006, p. 209; D. KOCHENOV, *Ius Tractum of Many Faces: European Citizenship and the Difficult Relationship Between Status and Rights*, in *Colum. Jour. Eur. Law*, 2009, pp. 169-237, e in particolare p. 215.

²⁰ Bisogna sottolineare, tuttavia, che quest'ultimo limite operante nei confronti dei neo-cittadini UE, che già lavorano nel territorio di uno Stato membro preesistente al momento dell'adesione del proprio paese nell'UE o che siano stati ammessi al mercato del lavoro di detto Stato membro per un periodo ininterrotto pari o superiore a dodici mesi, pone gli stessi neo-cittadini UE in una posizione discriminatoria perfino rispetto ai cittadini di Stati terzi cui è stato riconosciuto lo status di soggiornante di lungo periodo nel territorio di uno Stato membro dell'UE. Infatti, al soggiornante di lungo periodo è riconosciuto il diritto di soggiornare nel territorio di qualsiasi altro Stato membro, diverso quindi da quello che gli ha conferito lo status di soggiornante di lungo periodo, per esercitare un'attività economica in qualità di lavoratore dipendente. Si veda, la direttiva 2003/109/CE del Consiglio del 25 novembre 2003 *relativa allo status dei cittadini di paesi terzi che siano soggiornanti di lungo periodo*, in GUUE L 16 del 23 gennaio 2004, p. 44, in particolare, gli articoli 11 e 14. Una tale possibilità, come si è visto, è espressamente esclusa per i neo-cittadini UE ammessi al mercato del lavoro di uno Stato membro preesistente anteriormente all'adesione del proprio paese all'UE o per un periodo ininterrotto pari o superiore a dodici mesi, ai sensi del punto 2, comma 2, dell'allegato V all'*Atto relativo alle condizioni di adesione della Repubblica di Croazia*, in GUUE L 112 del 24 aprile 2012, p. 21.

²¹ Si veda V. CORREIA, *Roumains et Bulgares après le 1er Janvier 2007, les carences temporaires d'une citoyenneté européenne sans l'accès à l'emploi*, cit., pp. 641-642.

ottemperare alle stesse formalità previste in generale per i cittadini UE, ai sensi della direttiva 2004/38/CE. Non concordando pienamente con quanto precede, per quanto concerne gli obiettivi delle misure transitorie, occorre evidenziare, inoltre, che ai neo-cittadini UE sembra comunque essere quasi del tutto preclusa la possibilità di soggiornare nel territorio degli Stati membri preesistenti per periodi superiori a tre mesi, visto che una tale permanenza è subordinata alla disposizione di risorse economiche sufficienti²²; ipotesi, questa, difficilmente realizzabile per i neo-cittadini UE a causa della loro impossibilità di accedere al mercato del lavoro subordinato nel territorio degli Stati membri preesistenti in cui soggiornano e che applicano misure transitorie.

Le misure transitorie, la cui applicazione è comunque lasciata alla discrezionalità dei singoli Stati membri attuali, sono solitamente contenute negli allegati agli atti di adesione dei nuovi Stati²³. Esse consistono, in particolare, nella possibilità, per gli Stati già membri dell'UE, di derogare agli articoli 1-6 del regolamento 492/2011²⁴ e di applicare, invece, le

²² Si veda l'articolo 7, della direttiva 2004/38/CE.

²³ Una tale pratica da parte dei "vecchi" Stati membri è stata inaugurata con l'adesione della Grecia, avvenuta l'1 gennaio 1981, nei confronti della quale è stato predeterminato un periodo transitorio di deroga alla libera circolazione dei lavoratori provenienti dalla Grecia di sette anni dalla data di adesione. La possibilità di tale deroga è stata poi prevista anche per alcune delle successive adesioni, in particolare, quelle di Spagna e Portogallo, avvenute l'1 gennaio 1986, nei cui confronti si applicava un regime transitorio di dieci anni; quelle di Repubblica ceca, Estonia, Lettonia, Lituania, Ungheria, Polonia, Slovenia e Slovacchia, avvenute, l'1 maggio 2004; di Bulgaria e Romania, avvenute l'1 gennaio 2007; e, infine, della Croazia, avvenuta l'1 luglio 2013. In occasione di queste tre ultime tornate di adesioni, gli Stati membri esistenti hanno applicato una deroga alle norme sulla libera circolazione e soggiorno dei lavoratori provenienti dai nuovi Stati membri, estendibile fino a sette anni dalla data di adesione. Si vedano, a tal riguardo, l'*Atto relativo alle condizioni di adesione della Repubblica ellenica ed agli adattamenti dei trattati, unito al trattato relativo all'adesione della Repubblica ellenica alla Comunità economica europea e alla Comunità europea per l'energia atomica*, in GUCE L 291 del 19 novembre 1979, p. 9; l'*Atto relativo alle condizioni di adesione del Regno di Spagna e delle Repubblica portoghese e agli adattamenti dei trattati, unito al trattato relativo all'adesione del Regno di Spagna e della Repubblica portoghese alla Comunità economica europea e alla Comunità europea dell'energia atomica*, in GUCE L 302 del 15 novembre 1985, p. 9; gli allegati V (Repubblica ceca), VI (Estonia), VIII (Lettonia), IX (Lituania), X (Ungheria), XII (Polonia), XIII (Slovenia), XIV (Slovacchia) all'*Atto relativo alle condizioni di adesione della Repubblica ceca, della Repubblica di Estonia, della Repubblica di Cipro, della Repubblica di Lettonia, della Repubblica di Lituania, della Repubblica di Ungheria, della Repubblica di Malta, della Repubblica di Polonia, della Repubblica di Slovenia e della Repubblica slovacca e gli adattamenti dei trattati sui quali si fonda l'Unione europea*, in GUUE L 236 del 23 settembre 2003, p. 33; gli allegati VI (Bulgaria) e VII (Romania) al *Protocollo relativo alle condizioni e modalità d'ammissione della Repubblica di Bulgaria e della Romania all'Unione europea*, in GUUE L 157 del 21 giugno 2005, p. 29; l'allegato V all'*Atto relativo alle condizioni di adesione della Repubblica di Croazia e agli adattamenti del trattato sull'Unione europea, del trattato sul funzionamento dell'Unione europea e del trattato che istituisce la Comunità europea dell'energia atomica*, in GUUE L 112 del 24 aprile 2012, p. 21. Per quanto concerne le prime forme di misure transitorie previste nei confronti dei nuovi Stati membri, si veda K. INGLIS, *The Accession Treaty and its Transitional Arrangements: A Twilight Zone for the New Members of the Union*, in C. HILLION (a cura di), *EU Enlargement: A Legal Approach*, Oxford and Portland, 2004, pp. 77, 80-81.

²⁴ Precedentemente all'entrata in vigore del regolamento 492/2011, la deroga riguardava gli articoli 1-6 del regolamento 1612/68, anch'essi riguardanti l'accesso all'impiego da parte dei cittadini degli Stati membri sul territorio di un altro Stato membro, indipendentemente dal luogo di residenza. In particolare, tali deroghe riguardavano il diritto a godere della stessa priorità riservata ai cittadini di un determinato Stato, per l'accesso agli impieghi disponibili (articolo 1); il divieto di discriminazioni dirette ed indirette nei confronti dei cittadini di altri Stati membri da parte delle norme nazionali di un determinato Stato membro (articolo 3); il divieto di restrizioni quantitative concernenti il numero o la percentuale dei cittadini di altri Stati membri occupati (articolo 4); il diritto a ricevere la stessa assistenza, per la ricerca di un impiego, riservata ai propri cittadini (articolo 5); il divieto di criteri discriminatori in base alla cittadinanza per l'assunzione o il reclutamento di un cittadino di uno Stato membro (articolo 6).

misure nazionali, o le misure previste in specifici accordi bilaterali, che disciplinano l'accesso dei cittadini di un determinato nuovo Stato membro al proprio mercato del lavoro. Tale deroga è applicabile da parte degli Stati membri attuali fino alla fine del periodo di due anni, estendibili fino a cinque, dall'adesione del nuovo Stato²⁵. Al termine dei primi due anni, infatti, gli Stati membri attuali comunicano alla Commissione se intendono continuare ad applicare le misure nazionali o quelle contemplate da accordi bilaterali per altri tre anni. L'assenza di tale comunicazione equivale alla revoca delle misure transitorie e, conseguentemente, all'applicazione degli articoli 1-6 del regolamento 492/2011. A tal riguardo, in alcun modo vincolante, ai fini di tale comunicazione da parte degli Stati membri attuali, risulta essere l'esame che il Consiglio dovrà effettuare sul funzionamento delle disposizioni transitorie, sulla base di una relazione presentata dalla Commissione, prima che sia trascorso il periodo di due anni successivi alla data di adesione. Al termine del quinquennio, gli Stati membri preesistenti che intendono mantenere le misure nazionali o le misure contemplate da accordi bilaterali possono continuare a farlo, previa informazione della Commissione, fino alla fine del settimo anno successivo all'adesione dei nuovi Stati membri, qualora però si verifichino o rischino di verificarsi gravi perturbazioni del loro mercato del lavoro.

In base a quanto precede, gli Stati membri preesistenti, una volta decisa l'imposizione di misure transitorie, potranno protrarre la loro applicazione fino a sette anni successivi alla data di adesione di uno o più nuovi Stati membri, senza fornire giustificazioni particolarmente approfondite per l'introduzione e il mantenimento di tali misure limitative della libertà di circolazione e soggiorno dei lavoratori cittadini dei nuovi Stati membri. Infatti, le uniche incombenze gravanti sui "vecchi" Stati membri, per mantenere in vigore le misure transitorie per i periodi successivi al primo biennio, sono quantificabili nell'obbligo di comunicazione di tale intenzione alla Commissione, per il triennio successivo, e nella preventiva informazione, sempre della Commissione, dell'intenzione di mantenere in vigore le misure transitorie, per l'ulteriore biennio. In sostanza, quindi, il ruolo delle istituzioni dell'Unione europea, in particolare della Commissione, è ridotto ad una vera e propria presa d'atto delle intenzioni degli Stati membri preesistenti, senza che questi ultimi possano in alcun modo essere influenzati in maniera vincolante, nelle loro decisioni sull'applicazione e il mantenimento delle misure transitorie, dalle istituzioni UE stesse. A tal proposito, infatti, la relazione della Commissione e il successivo esame del Consiglio, relativo al funzionamento delle misure transitorie, effettuato entro il termine dei due anni successivi alla data di adesione di nuovi Stati, non costituisce in alcun modo un'influenza particolarmente incisiva, men che meno vincolante, nei confronti delle decisioni adottate, a tal riguardo, dagli Stati membri preesistenti. Allo stesso modo, neanche il fatto che la mancata comunicazione o la mancata informazione riguardo al mantenimento delle misure transitorie, da parte degli Stati membri esistenti, provochi l'automatica revoca

²⁵ Si veda il punto 2 dell'Allegato V all'*Atto relativo alle condizioni di adesione della Repubblica di Croazia*. Le misure transitorie in oggetto previste nei vari atti di adesione che si sono succeduti nel tempo sono pressoché identiche, tuttavia, nel presente lavoro, il riferimento continuo è a quelle riguardanti la Croazia in quanto queste sono le uniche ancora vigenti, estendibili potenzialmente fino al 2020. Al momento gli Stati membri preesistenti all'adesione della Croazia che applicano delle deroghe alle norme in oggetto sono tredici: Austria, Belgio, Germania, Grecia, Spagna, Francia, Italia, Cipro, Lussemburgo, Malta, Paesi Bassi, Slovenia e Regno Unito. La stessa Croazia, per contro, applica le medesime restrizioni nei confronti dei lavoratori provenienti dagli stessi tredici Stati membri, ciò, peraltro, conformemente al punto 10 dell'Allegato V, che espressamente prevede la possibilità di adottare misure equivalenti da parte della Croazia.

della deroga all'applicazione degli articoli 1-6 del regolamento 492/2011 sulla libertà di circolazione dei lavoratori nell'UE, sembra costituire un efficace bilanciamento della discrezionalità degli Stati membri preesistenti.

Tale discrezionalità, tuttavia, risulta sensibilmente ridotta, se non del tutto inesistente, nei casi in cui gli Stati membri preesistenti, nel cui territorio non si applicano, quantomeno inizialmente, misure transitorie nei confronti dei neo-cittadini UE – permettendo così a questi ultimi di circolare e soggiornare liberamente ai fini del loro accesso al mercato del lavoro subordinato nazionale – chiedono alla Commissione, in un secondo momento, di dichiarare parzialmente o totalmente sospesa l'applicazione degli articoli 1-6 del regolamento 492/2011. Nel formulare una tale richiesta, sempre entro il termine dei sette anni dall'adesione dei nuovi Paesi, gli Stati membri preesistenti devono, infatti, fornire alla Commissione ogni opportuna informazione concernente le attuali o potenziali perturbazioni sul loro mercato del lavoro che possono comportare gravi rischi per il tenore di vita o il livello dell'occupazione in una data regione o per una data professione. Sarà poi la Commissione, sulla base delle informazioni ricevute ed entro due settimane dal ricevimento della richiesta, a decidere in merito alla sospensione e alla sua durata e portata, notificando la sua decisione al Consiglio. Entro ulteriori due settimane, quest'ultimo, su istanza di qualsiasi Stato membro, può abrogare o modificare la decisione della Commissione²⁶.

La discrezionalità degli Stati membri preesistenti sembra, invece, parzialmente ristabilita dalla facoltà riconosciuta loro di sospendere l'applicazione degli articoli 1-6 del regolamento 492/2011 – sempre entro il termine dei sette anni dalla data di adesione dei nuovi Stati membri – in casi urgenti ed eccezionali. In tali circostanze, infatti, gli Stati membri preesistenti possono procedere alla sospensione dei diritti in questione, trasmettendo solo successivamente una comunicazione motivata alla Commissione a tal riguardo²⁷.

In queste ultime due ipotesi, il ruolo delle istituzioni UE, e della Commissione in particolare, riguardo all'applicazione delle misure transitorie da parte degli Stati membri preesistenti sembra ricondotto a livelli ben più auspicabili, tenuto conto della limitazione alla libertà di circolazione dei lavoratori neo-cittadini UE che tali misure implicano. Il potere decisionale riconosciuto alla Commissione, soprattutto nella prima ipotesi, infatti,

²⁶ Si veda il punto 7, comma 2, dell'allegato V all'*Atto relativo alle condizioni di adesione della Repubblica di Croazia*.

²⁷ *Ibidem*, punto 7, comma 3. A questo proposito, occorre menzionare la decisione della Commissione dell'11 agosto 2011 che autorizza la Spagna a sospendere temporaneamente l'applicazione degli articoli da 1 a 6 del regolamento (UE) n. 492/2011 del Parlamento europeo e del Consiglio relativo alla libera circolazione dei lavoratori all'interno dell'Unione per quanto riguarda i lavoratori rumeni, in GUUE L 207 del 12 agosto 2011, p. 22. In tale occasione, la Commissione ha autorizzato una nuova sospensione dell'applicazione degli articoli 1-6 del regolamento 492/2011 nei confronti dei cittadini rumeni da parte della Spagna dopo che quest'ultima aveva precedentemente deciso di revocare le misure transitorie, trascorsi i primi due anni di applicazione delle stesse. La decisione della Commissione è stata quindi adottata ai sensi del punto 7, comma 2, dell'allegato VII al *Protocollo relativo alle condizioni e modalità d'ammissione della Repubblica di Bulgaria e della Romania all'Unione europea*. Tuttavia, contemporaneamente alla richiesta di sospensione, la Spagna aveva anche notificato alla stessa Commissione la sua decisione di reintrodurre misure transitorie riguardanti delle limitazioni all'accesso al mercato del lavoro dei lavoratori rumeni, facendo riferimento a gravi perturbazioni sul mercato del lavoro spagnolo, ai sensi del punto 7, comma 3, dell'allegato VII in questione. Proprio in base a tali gravi perturbazioni, infatti, la Spagna aveva ritenuto opportuno dover adottare delle misure d'urgenza immediate, nelle more dell'iter di adozione della già citata decisione della Commissione, ai sensi del punto 7, comma 2, dell'allegato VII.

rende la discriminazione in base alla nazionalità, operata nei confronti dei neo-cittadini UE, meno soggetta alla discrezionalità e alle scelte politiche degli Stati membri preesistenti. Il rammarico, in tal senso, però, è costituito dal fatto che il ruolo della Commissione assume importanza solo ed esclusivamente nel caso in cui l'applicazione di misure transitorie sia proposta dagli Stati membri preesistenti in un momento successivo all'adesione di un nuovo Stato membro, sebbene pur sempre entro il settimo anno, e non anche nell'ipotesi in cui tali misure siano applicate fin dal primo giorno successivo all'adesione. In quest'ultima ipotesi, infatti, la discrezionalità degli Stati membri preesistenti è molto ampia, se non assoluta.

Le discriminazioni in base alla nazionalità, tuttavia, non si esauriscono con il particolare trattamento riservato ai lavoratori cittadini dei nuovi Stati membri dell'UE, ma si estendono anche ai loro familiari, i quali sono discriminati non solo rispetto ai familiari dei cittadini UE soggiornanti in un altro Stato membro ospitante, ma perfino rispetto ai familiari dei cittadini di Stati terzi ed ai familiari di cittadini di Paesi associati all'UE ammessi a lavorare nel territorio di uno Stato membro. Infatti, il punto 8, comma 3, dell'allegato V all'Atto relativo alle condizioni di adesione della Repubblica di Croazia prevede che, durante il periodo di applicazione delle eventuali misure transitorie, i familiari²⁸ regolarmente soggiornanti con un lavoratore neo-cittadino UE nel territorio di uno Stato membro preesistente da una data successiva all'adesione del loro paese, hanno accesso al mercato del lavoro dello Stato membro preesistente in questione non appena abbiano soggiornato nel territorio dello stesso per almeno diciotto mesi o dal terzo anno successivo all'adesione, se quest'ultima data è precedente²⁹. Il trattamento discriminatorio, conseguente all'applicazione delle misure transitorie, riservato ai familiari dei lavoratori neo-cittadini UE per quanto riguarda il loro accesso ad un impiego nello Stato membro preesistente in cui sono soggiornanti risulta di assoluta evidenza. Infatti, mentre a questi ultimi tale accesso è precluso per un determinato periodo di tempo piuttosto lungo, diciotto mesi di soggiorno o tre anni dall'adesione all'UE del loro paese di provenienza, ai familiari dei cittadini UE soggiornanti in un altro Stato membro, in generale, il diritto di esercitare un'attività economica come lavoratori subordinati è riconosciuto loro immediatamente e senza alcun tipo di clausola temporale³⁰. Ancora più preoccupante, però, è la discriminazione che le misure transitorie previste negli atti di adesione producono nei confronti dei familiari dei neo-cittadini UE rispetto ai familiari dei cittadini di Stati terzi. Infatti, questi ultimi, ai sensi della direttiva 2003/86/CE sul diritto al ricongiungimento

²⁸ È opportuno sottolineare che la definizione di familiare contenuto nell'allegato V all'Atto relativo alle condizioni di adesione della Repubblica di Croazia differisce da quella contenuta nella direttiva 2004/38/CE. Infatti, nel primo caso, sono considerati familiari regolarmente soggiornanti con il lavoratore neo-cittadino UE, il coniuge e i loro discendenti di età inferiore a 21 anni o a carico; mentre, nel secondo caso, la definizione risulta ben più ampia, comprendendo, oltre al coniuge e ai loro discendenti di età inferiore a 21 anni o a carico, anche il partner che abbia contratto con il cittadino UE un'unione registrata sulla base della legislazione di uno Stato membro, i discendenti del partner, gli ascendenti diretti e quelli del coniuge o del partner.

²⁹ Ben altro, invece, è lo status dei familiari di quei lavoratori neo-cittadini UE, che al momento dell'adesione del loro paese sono già regolarmente soggiornanti con i suddetti lavoratori nel territorio di uno Stato membro preesistente. In questo caso, infatti, i familiari in questione hanno immediato accesso al mercato del lavoro di tale Stato membro dal momento dell'adesione, alla stregua, quindi, dei familiari di un lavoratore cittadino di uno Stato membro preesistente. Si veda, il punto 8, comma 2, dell'allegato V all'Atto relativo alle condizioni di adesione della Repubblica di Croazia.

³⁰ Si veda l'articolo 23 della direttiva 2004/38/CE.

familiare dei cittadini di paesi terzi che risiedono legalmente nel territorio degli Stati membri³¹, hanno il diritto di accedere ad un'attività lavorativa³², sebbene alle condizioni determinate dagli stessi Stati membri in questione, i quali, però, non possono fissare dei termini che eccedano in alcun caso i dodici mesi prima di autorizzare i familiari di cittadini di paesi terzi ad esercitare un'attività lavorativa sul loro territorio³³. La condizione dei familiari dei neo-cittadini UE, inoltre, non è più confortante se comparata con quella dei familiari dei cittadini di paesi che hanno stipulato accordi di associazione con l'UE ammessi a svolgere un lavoro subordinato nel territorio di uno Stato membro UE. La quasi totalità degli accordi di associazione stipulati dall'UE con Stati terzi, in previsione della loro ammissione all'Unione, non prevedevano forme di discriminazione paragonabili a quelle applicabili ai familiari dei neo-cittadini UE che intendono accedere al mercato del lavoro di uno Stato membro UE. Infatti, tali accordi di associazione, nella maggior parte dei casi, prevedevano che: «il coniuge e i figli legalmente residenti di un lavoratore legalmente occupato nel territorio di uno Stato membro (...) hanno accesso al mercato del lavoro di quello Stato membro nel periodo di soggiorno di lavoro autorizzato di quel lavoratore»³⁴. La limitazione prevista nell'Atto di adesione nei confronti dei familiari dei neo-cittadini UE avrebbe così una conseguenza paradossale che implicherebbe un trattamento meno favorevole nei loro confronti rispetto a quello applicabile precedentemente all'ammissione del loro paese nell'UE, ai sensi dell'accordo di associazione. A tal riguardo, l'obbligo di rispettare la clausola generale di *standstill* per gli Stati membri preesistenti che intendono adottare delle misure transitorie non sembra particolarmente incisivo al fine di evitare il trattamento discriminatorio riservato ai familiari dei neo-cittadini UE. Infatti, la clausola in questione prevede che le misure transitorie non debbano determinare condizioni di accesso dei neo-cittadini UE nei mercati del lavoro degli Stati membri preesistenti più restrittive di quelle esistenti alla data della firma dei rispettivi trattati di adesione³⁵. Come è evidente, una tale clausola è rivolta esclusivamente ai neo-cittadini UE e non anche ai loro familiari, eventualmente cittadini di Stati terzi, che intendono accedere al mercato del lavoro nazionale dello Stato membro preesistente, in cui lavora il neo-cittadino UE con cui soggiornano, alle condizioni meno restrittive vigenti prima della data di firma del trattato di adesione, quindi nella loro qualità di familiari di un cittadino di uno Stato associato all'UE. A tal proposito, non sembra di particolare ausilio neanche la specifica clausola di *standstill* applicabile ai familiari dei neo-cittadini UE. Essa prevede, infatti, che le misure transitorie applicabili ai familiari in questione lasciano impregiudicate eventuali misure più favorevoli previste a livello nazionale o contemplate da accordi bilaterali³⁶, non disponendo nulla riguardo al fatto che tali misure più favorevoli possano derivare da norme di accordi di

³¹ Direttiva 2003/86/CE del Consiglio del 22 settembre 2003, *relativa al diritto al ricongiungimento familiare*, in GUUE L 251 del 3 ottobre 2003, p. 12.

³² Articolo 14, n. 1, lett. b), della direttiva 2003/86/CE.

³³ Articolo 14, n. 2, della direttiva 2003/86/CE.

³⁴ Si veda l'*Accordo di stabilizzazione e di associazione tra le Comunità europee e i loro Stati membri, da una parte, e la Repubblica di Croazia, dall'altra*, in GUUE L 26 del 28 gennaio 2005, p. 3, in particolare, l'articolo 45, par. 1, secondo trattino. Disposizioni simili, se non identiche, sono contenute anche negli Accordi di associazione con quegli Stati che sarebbero poi stati ammessi nell'UE nel 2004 e nel 2007.

³⁵ Si veda il punto 13 dell'allegato V all'*Atto relativo alle condizioni di adesione della Repubblica di Croazia*.

³⁶ Si veda il punto 8, co. 2, dell'allegato V all'*Atto relativo alle condizioni di adesione della Repubblica di Croazia*.

associazione³⁷. Di conseguenza, la discriminazione “peggiorativa”, compiuta mediante il ricorso a misure transitorie, nei confronti dei familiari dei neo-cittadini UE, per quanto concerne il loro accesso al mercato del lavoro nel territorio dello Stato membro preesistente in cui soggiornano, non sembra in alcun modo evitabile attraverso l'applicazione delle clausole di *standstill*, di cui sopra. Infatti, mentre nel primo caso, tale clausola di non peggioramento delle condizioni non si applicherebbe ai familiari, cittadini di Stati terzi, dei neo-cittadini UE con cui soggiornano in uno Stato membro preesistente; nel secondo caso, le misure più favorevoli a rimanere impregiudicate non sembrerebbero poter derivare da precedenti accordi di associazione, dovendo le stesse misure essere espressamente previste da misure nazionali o da accordi bilaterali.

L'analisi condotta evidenzia con assoluta chiarezza il trattamento discriminatorio che le misure transitorie riservano ai neo-cittadini UE ed ai loro familiari rispetto ai cittadini degli Stati membri preesistenti, creando così almeno due differenti categorie di cittadini europei, soprattutto per quanto riguarda l'esercizio del diritto di accesso al mercato del lavoro subordinato nazionale di uno Stato membro diverso da quello di provenienza, garantito dall'articolo 45 TFUE e dal regolamento 492/2011. La deroga a tali norme, concernenti il godimento di una delle libertà fondamentali previste dai trattati UE, per motivi diversi dall'ordine pubblico, pubblica sicurezza e sanità pubblica, limiti questi ultimi espressamente disciplinati dai trattati stessi e dalle norme UE di diritto derivato, è resa possibile dal fatto che le misure transitorie siano contenute all'interno di norme di diritto primario, gli allegati agli atti di adesione per l'appunto³⁸, le quali, però, non essendo dotate di diretta applicabilità³⁹, necessitano di atti interni degli Stati membri per produrre i loro effetti negli ordinamenti nazionali, qualora questi ultimi intendano avvalersi delle misure transitorie in questione al fine di continuare ad applicare la disciplina nazionale o eventuali accordi bilaterali discriminatori nei confronti di alcune categorie di cittadini UE. Un tale quadro giuridico, in particolare la previsione delle misure transitorie all'interno di norme di diritto primario, rende a questo punto difficilmente realizzabile qualsiasi tentativo di tutela giurisdizionale da parte dei neo-cittadini UE contro tale forma di discriminazione in base alla nazionalità, quantomeno all'interno dell'ordinamento giuridico dell'Unione.

³⁷ Cfr. A. ADINOLFI, *Free Movement and Access to Work of Citizens of the New Member States: The Transitional Measures*, in *CMLRev*, vol. 42, 2005, pp. 469-498, 488-489.

³⁸ Sull'appartenenza degli allegati di un atto di adesione alle disposizioni di diritto primario, si veda la sentenza della Corte di giustizia dell'11 settembre 2003, causa C-445/00, *Austria c. Consiglio*, in ECLI:EU:C:2003:445, punto 62, in cui la Corte specifica che essi possono essere modificati o abrogati solo mediante i procedimenti contemplati per la revisione dei trattati originari. Sull'incompetenza della Corte di giustizia a pronunciarsi sulla legittimità di norme contenute all'interno di fonti primarie del diritto UE, si veda, tra tutte, la sentenza della Corte di giustizia del 28 aprile 1988, cause riunite 31 e 35/86, *LAIISA ed altri c. Consiglio*, in ECLI:EU:C:1988:211.

³⁹ Le norme dell'allegato all'atto di adesione riguardanti le misure transitorie in questione sono, infatti, prive di applicabilità diretta, e quindi non *self-executing*. Si rendono, pertanto, necessarie delle specifiche misure positive, adottate dagli Stati membri preesistenti, per dare attuazione ad esse. La mancata adozione di tali misure negli ordinamenti nazionali avrebbe quale effetto la non applicazione delle misure transitorie in questione e, conseguentemente, l'applicazione delle norme generali sulla libertà di circolazione e soggiorno dei lavoratori nel territorio dell'Unione, previste dai trattati UE e dal diritto secondario che da questi deriva. Si veda, a tal proposito, V. CORREIA, *Roumains et Bulgares après le 1er Janvier 2007, les carences temporaires d'une citoyenneté européenne sans l'accès à l'emploi*, cit., pp. 634-639.

4. Possibili soluzioni a tale forma di discriminazione in base alla nazionalità:

a) nell'ordinamento UE

Come si è già accennato, la previsione delle misure transitorie in oggetto all'interno di fonti primarie del diritto UE rende assolutamente impraticabile la possibilità che la legittimità di tali misure possa essere sindacata dalla Corte di giustizia dell'UE per la presunta violazione del principio di non discriminazione in base alla nazionalità, vista la preclusione in capo ai giudici UE del potere di sindacare sulla legittimità delle norme UE di diritto primario. Queste ultime, infatti, originano direttamente dalla volontà politica degli Stati membri e possono essere modificate o abrogate solo mediante la formazione di una nuova volontà da parte degli stessi Stati membri, risultando così sottratte alla giurisdizione della Corte di giustizia. Considerata l'assoluta impercorribilità di quest'ultima ipotesi, una forma piuttosto indiretta di tutela del principio di non discriminazione in base alla nazionalità per i neo-cittadini UE, rimanendo sempre all'interno dell'ordinamento giuridico UE, potrebbe derivare dall'eventualità, seppur remota, in cui la Commissione decida di avviare una procedura d'infrazione nei confronti di uno Stato membro preesistente che opti per il mantenimento dell'applicazione delle misure transitorie trascorso il primo quinquennio dall'adesione del nuovo Stato membro⁴⁰. Tale procedura avrebbe per oggetto la presunta violazione, da parte dello Stato membro preesistente in questione, di uno degli obblighi derivanti dal diritto UE, in particolare, quello di fornire le necessarie prove delle gravi perturbazioni attuali o potenziali del loro mercato del lavoro nazionale, nell'informare la Commissione della propria volontà di voler continuare ad applicare le misure transitorie dopo il primo quinquennio e fino alla fine del settimo anno successivo all'adesione. Infatti, la Commissione potrebbe non ritenersi soddisfatta dalle ragioni addotte dallo Stato membro in questione per giustificare l'ulteriore estensione temporale dell'applicazione delle misure transitorie, perché magari le perturbazioni del mercato del lavoro nazionale non siano ritenute talmente gravi da giustificare un'ulteriore estensione temporale della limitazione della libertà di circolazione e soggiorno dei lavoratori neo-cittadini dell'UE nel territorio dello Stato membro preesistente in questione, violando così l'articolo 45 del TFUE, e l'articolo 15, par. 2, della Carta dei diritti fondamentali dell'UE⁴¹. Sebbene si tratti di un mero obbligo d'informazione, e non di un'autorizzazione, la Commissione, se insoddisfatta della valutazione dello Stato membro in questione, con riguardo alle gravi perturbazioni del mercato del lavoro nazionale, condizione indispensabile per il mantenimento delle misure transitorie oltre i primi cinque anni dall'adesione, potrà così avviare, in linea di principio, una procedura d'infrazione nei confronti dello Stato membro preesistente per la presunta violazione di uno degli obblighi derivanti dal diritto UE, in particolare dal punto 5, dell'allegato V, all'atto di adesione della Repubblica di Croazia. A questo proposito, tuttavia, vista la sua discrezionalità nell'avviare una tale procedura, bisogna tener conto della reale volontà della Commissione di interferire nelle scelte politiche di uno Stato membro, in particolare in relazione all'adozione di misure a carattere economico e sociale, come quelle contenute nelle misure transitorie in oggetto. Di

⁴⁰ Una tale soluzione era stata già in qualche modo auspicata da: A. ADINOLFI, *Free Movement and Access to Work of Citizens of the New Member States*, cit., p. 493.

⁴¹ L'articolo 15, par. 2, della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione, prevede che: «Ogni cittadino dell'Unione ha la libertà di cercare un lavoro, di lavorare (...) in qualunque Stato membro.»

conseguenza, l'ipotesi di una procedura d'infrazione *ex* articolo 258 TFUE, sebbene pur sempre possibile rispetto all'assoluta impraticabilità di un intervento della Corte di giustizia nel sindacare la legittimità delle misure transitorie, in quanto previste all'interno di fonti primarie del diritto UE, non è del tutto priva di difficoltà, oltre ad intervenire eventualmente in una fase già avanzata di applicazione delle misure transitorie in oggetto (trascorsi i primi cinque anni dall'adesione del nuovo Stato membro). Infatti, non può trascurarsi che gli Stati membri preesistenti hanno solo il mero obbligo di informare la Commissione riguardo la loro volontà di continuare ad applicare le misure transitorie, sebbene debbano pur sempre fornire le necessarie giustificazioni riguardanti le gravi perturbazioni, attuali o potenziali, del loro mercato del lavoro. Inoltre, l'eventuale procedura avviata dalla Commissione sarebbe comunque tardiva (trascorsi i primi cinque anni) rispetto all'iniziale applicazione delle misure transitorie e quindi rispetto al perpetrarsi del trattamento discriminatorio in base alla nazionalità nei confronti dei neo-cittadini UE che intendano fare il loro ingresso nel territorio di uno Stato membro preesistente, al fine di accedere al mercato del lavoro subordinato nazionale.

In base a quanto precede, quindi, le soluzioni, ma soprattutto le tutele che l'ordinamento giuridico dell'Unione offre ai neo-cittadini UE, contro tale forma di discriminazione in base alla nazionalità, non sono, laddove praticabili, particolarmente efficaci. L'unica soluzione verosimile interna all'ordinamento UE sembra così subordinata al formarsi di una nuova volontà politica degli Stati membri, i quali, in sede di conclusione degli accordi di adesione di nuovi Stati membri, nell'includere delle misure transitorie concernenti la limitazione della libertà di circolazione e soggiorno dei neo-cittadini UE in cerca di lavoro, rinuncino ad una parte dell'eccessiva discrezionalità, che permette loro al momento di estendere la vigenza delle misure transitorie fino ad almeno cinque anni dall'adesione senza fornire alcun tipo di motivazione, e fino ad un massimo di sette fornendo delle motivazioni ma pur sempre a titolo di informazione nei confronti della Commissione. Ciò che si renderebbe auspicabile, invece, è una contrazione dell'eccessiva discrezionalità dei "vecchi" Stati membri, attraverso un eventuale ruolo più attivo della Commissione nella valutazione dell'opportunità e della proporzionalità delle misure transitorie che essi intendono adottare. Un possibile modello, in tal senso, potrebbe essere costituito dal ruolo che il punto 7, comma 2, dell'allegato V all'atto di adesione della Repubblica di Croazia, attualmente riconosce alla Commissione, in particolare nei casi in cui uno Stato membro preesistente decida di avvalersi delle misure transitorie in un secondo momento, ossia dopo un periodo iniziale, dalla data di adesione del nuovo Stato membro, in cui aveva deciso di applicare integralmente le norme UE sulla libera circolazione dei lavoratori. Come si è già accennato, infatti, la Commissione, in tale circostanza, ha il potere di adottare una decisione in merito alla sospensione dell'applicazione delle norme UE sulla libertà di circolazione dei lavoratori, ivi compresa la durata e la portata della stessa, previa richiesta, in tal senso, presentata dallo Stato membro in questione, il quale fornisce ogni opportuna indicazione e informazione. Il ricorso immediato a quest'ultima procedura per l'applicazione delle misure transitorie, e non solo dopo un iniziale periodo di applicazione integrale delle norme UE sulla libertà di circolazione e soggiorno dei lavoratori cittadini di nuovi Stati membri, costituisce, a mio avviso, la soluzione più auspicabile, in quanto maggiormente idonea a fornire una giustificazione alla possibile deroga e quindi alla limitazione di uno dei principi generali del diritto dell'Unione, quale quello di non discriminazione in base alla nazionalità, sancito in via generale all'articolo 18 TFUE. Al momento, infatti, la deroga a tale principio derivante

dall'applicazione delle misure transitorie da parte degli Stati membri preesistenti è lasciata quasi esclusivamente alla piena discrezionalità di questi ultimi, senza particolari controlli nei loro confronti. I “vecchi” Stati membri, attraverso il meccanismo sopra descritto, oggi previsto solo per l'eventualità in cui l'applicazione delle misure transitorie sia decisa in un secondo momento rispetto all'adesione di nuovi Stati membri, avrebbero così l'onere di dover fornire ogni opportuna indicazione e informazione riguardo l'attuale o potenziale perturbazione sul loro mercato del lavoro fin dalla data di adesione di nuovi Stati membri, qualora decidessero di applicare tali misure nei confronti di questi ultimi. Nel caso in cui lo Stato membro preesistente in questione non dovesse riuscire a fornire opportune indicazioni e informazioni al riguardo, la Commissione potrebbe così esprimersi negativamente nei confronti dell'applicazione delle misure transitorie a quel determinato caso⁴². Un'altra soluzione altrettanto auspicabile, anche se meno efficace e pur sempre subordinata alla volontà politica degli Stati membri UE, è quella che potrebbe mutuarsi dal punto 5 dell'allegato V all'atto di adesione. Essa consisterebbe in un mero obbligo di informazione da parte degli Stati membri preesistenti nei confronti della Commissione con riguardo all'applicazione delle misure transitorie, qualora si verificano o rischiano di verificarsi delle gravi perturbazioni del loro mercato del lavoro nazionale. La differenza sostanziale rispetto alla precedente soluzione auspicata consiste nel fatto che lo Stato membro preesistente in questione non abbia particolari obblighi, a parte quello di informazione. Nella precedente soluzione proposta, invece, lo Stato membro chiede alla Commissione di dichiarare parzialmente o totalmente sospesa l'applicazione delle norme sulla libertà di circolazione e soggiorno dei lavoratori neo-cittadini UE nel loro territorio.

Le due soluzioni ritenute più verosimili, tuttavia, essendo subordinate esclusivamente alla volontà politica degli Stati membri UE, finiscono con l'essere non meno complicate, nella loro realizzazione, di quanto non sia l'eventuale possibilità di una procedura di infrazione intrapresa dalla Commissione, ferma restando l'assoluta impossibilità per la Corte di giustizia di poter sindacare la legittimità delle misure transitorie, per l'eventuale presunta violazione del principio di non discriminazione in base alla nazionalità, in quanto contenute all'interno di fonti primarie del diritto UE. La difficoltà e l'impraticabilità di tali soluzioni all'interno dell'ordinamento dell'Unione non deve, in ogni caso, condurre alla conclusione che l'eventuale violazione in oggetto possa rimanere priva di una tutela. Una possibile soluzione, infatti, può derivare dall'ordinamento giuridico della Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali (CEDU)⁴³.

b) ...e nel sistema della CEDU

Il difetto di giurisdizione della Corte di giustizia dell'UE per quanto concerne la legittimità della limitazione alla libertà di circolazione e soggiorno dei lavoratori neo-cittadini dell'UE nel territorio dei “vecchi” Stati membri, contenuta nelle misure transitorie,

⁴² Anche in questo caso, alla stregua di quanto previsto dal punto 7, comma 2, dell'allegato V all'atto di adesione della Repubblica di Croazia, la decisione della Commissione potrebbe essere abrogata o modificata dal Consiglio, a maggioranza qualificata, su iniziativa di qualsiasi Stato membro.

⁴³ La Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali è stata firmata a Roma il 4 novembre del 1950, entrata in vigore il 3 settembre del 1953, e ratificata dalla Repubblica italiana con legge 4 agosto 1955, n. 848, in *GURI* del 24 settembre 1955, n. 221.

per la loro presunta violazione del principio di non discriminazione in base alla nazionalità, non esclude, tuttavia, l'ipotesi di un ricorso alla Corte europea dei diritti dell'uomo, organo preposto all'interpretazione e all'applicazione della Convenzione europea dei diritti dell'uomo (CEDU) e dei suoi protocolli⁴⁴. L'articolo 14 della CEDU disciplina, infatti, il divieto di discriminazione, disponendo che: «Il godimento dei diritti e delle libertà riconosciuti nella presente Convenzione deve essere assicurato senza nessuna discriminazione, in particolare quelle fondate sul (...) l'origine nazionale o sociale (...) od ogni altra condizione». Quest'ultima disposizione, tuttavia, ancora, com'è evidente, il divieto di discriminazione al godimento dei diritti e delle libertà previste nella CEDU, sancendo così il carattere accessorio di tale divieto. La libertà di circolazione e di soggiorno dei neo-cittadini UE nel territorio di uno Stato membro preesistente al fine di accedere al mercato del lavoro nazionale di quest'ultimo, non essendo contemplata tra i diritti garantiti dalla CEDU⁴⁵, non ricadrebbe quindi all'interno della sfera di applicazione del divieto di discriminazione di cui all'articolo 14, non rientrando così nella giurisdizione della Corte europea dei diritti dell'uomo. A questo punto, il possibile ricorso cui si è accennato non potrebbe avere quale oggetto la violazione dell'articolo 14 della CEDU, ma concernerebbe, invece, la presunta violazione del divieto generale di discriminazione disciplinato dall'articolo 1, del Protocollo n. 12 alla CEDU stessa⁴⁶, il cui paragrafo 1 dispone che: «Il godimento di ogni diritto previsto dalla legge deve essere assicurato, senza alcuna discriminazione, fondata in particolare sul (...) l'origine nazionale o sociale (...)»⁴⁷. Rispetto al citato articolo 14, l'articolo 1, del Protocollo n. 12 alla CEDU, amplia considerevolmente l'ambito di applicazione materiale del divieto di discriminazione, generalizzandolo al godimento di ogni diritto previsto dalla legge⁴⁸. Occorre evidenziare, però, che a rilevare, ai

⁴⁴ Competenza espressamente assegnata dall'articolo 32, della CEDU. Bisogna sottolineare, inoltre, come, in generale, «la materia della cittadinanza e le sue implicazioni sulla protezione internazionale dei diritti umani (...), sono state da sempre oggetto di studio e di approfondimento da parte del Consiglio d'Europa». Si veda, L. PANELLA, *La cittadinanza e le cittadinanze nel diritto internazionale*, Napoli, 2008, p. 64.

⁴⁵ In verità, l'articolo 2, del Protocollo n. 4 alla CEDU, prevede che: «Chiunque si trovi regolarmente sul territorio di uno Stato ha il diritto di circolarvi liberamente e di fissarvi liberamente la sua residenza». Una tale disposizione non rilevarebbe ai nostri fini, in quanto si riferisce a coloro i quali risultano già regolarmente soggiornanti sul territorio di uno Stato; nel nostro caso, ad esempio, ai cittadini croati che lavorino già legalmente nel territorio di uno Stato membro preesistente al momento dell'adesione della Repubblica di Croazia all'UE o siano stati ammessi al mercato del lavoro di tale Stato membro preesistente per un periodo ininterrotto pari o superiore a dodici mesi. Non si applicherebbe, invece, a coloro che intendono fare il loro ingresso sul territorio di uno Stato membro preesistente per cercare o accettare proposte di lavoro.

⁴⁶ Il Protocollo n. 12 alla CEDU è stato firmato a Roma il 4 novembre 2000 ed è entrato in vigore l'1 aprile 2005, dopo il deposito del decimo strumento di ratifica. Ad oggi, tuttavia, dei 47 Stati membri del Consiglio d'Europa solo 18 hanno ratificato o aderito al Protocollo n. 12, mentre 19 lo hanno solo firmato ma non ratificato e 10 non lo hanno neanche firmato. Per quanto riguarda l'UE, sono solo 8 gli Stati membri che lo hanno ratificato o che vi hanno aderito (Cipro, Croazia, Finlandia, Lussemburgo, Paesi Bassi, Romania, Slovenia e Spagna), 12, tra cui l'Italia, quelli che lo hanno solo firmato ma non ratificato, e 8 quelli che non lo hanno neanche firmato (dati aggiornati al 30 dicembre 2014).

⁴⁷ Il paragrafo 2 dello stesso articolo, inoltre, dispone che: «Nessuno può essere oggetto da parte di un'autorità pubblica di una qualunque discriminazione fondata in particolare sui motivi elencati al paragrafo 1».

⁴⁸ L'ancoraggio del divieto di discriminazione al godimento dei diritti e delle libertà riconosciuti dalla Convenzione viene meno con il Protocollo n. 12, dato che questo prevede una clausola generale di non discriminazione, che ha carattere indipendente e si applica senza la necessità di collegamento con altra disposizione, come accade per l'articolo 14, la cui norma ha carattere accessorio rispetto alle altre disposizioni della CEDU. A questo riguardo, occorre menzionare quanto affermato dalla Corte europea dei diritti

fini del ricorso, non sarebbe più la norma UE contenente la specifica misura transitoria prevista nell'allegato all'atto di adesione di un nuovo Stato membro all'Unione, ma il provvedimento nazionale con cui uno Stato membro dell'UE preesistente applica in concreto la misura transitoria consistente nella limitazione della libertà di circolazione e soggiorno del lavoratore neo-cittadino dell'Unione nel proprio territorio. Da ciò ne deriva che il possibile ricorso alla Corte europea dei diritti dell'uomo per la presunta violazione dell'articolo 1, del Protocollo n. 12 alla CEDU, dovrebbe indirizzarsi nei confronti del singolo Stato membro dell'UE che avesse deciso di avvalersi delle misure transitorie, e che avesse, allo stesso tempo, preventivamente ratificato il Protocollo n. 12 alla CEDU in questione, vincolandosene.

Nel caso dell'Italia, ad esempio, il Governo della Repubblica, in occasione dell'ultimo allargamento dell'Unione, ha deciso di avvalersi del regime transitorio, concernente l'accesso dei cittadini croati al mercato del lavoro subordinato nazionale, a partire dalla data di adesione della Repubblica di Croazia all'UE e, inizialmente, fino al 30 giugno 2015, attraverso l'invio alle autorità locali competenti di una circolare congiunta del Ministero dell'Interno e del Ministero del Lavoro e delle Politiche Sociali. In tale circolare, il Governo italiano chiarisce gli adempimenti necessari per l'assunzione di lavoratori croati nei settori sottoposti a regime transitorio, prevedendo, in particolare, la richiesta di nulla osta al lavoro, che il potenziale datore deve inoltrare allo Sportello Unico provinciale per l'Immigrazione⁴⁹; a differenza di quanto accade per l'assunzione di lavoratori cittadini UE non sottoposti a regime transitorio, per i quali, i datori di lavoro dovranno solo rispettare gli ordinari adempimenti previsti dalla normativa vigente in materia di lavoro, effettuando le comunicazioni obbligatorie ai servizi territorialmente competenti. L'eventuale ricorso alla Corte europea dei diritti dell'uomo per la presunta violazione del divieto generale di discriminazione in base alla nazionalità, previsto all'articolo 1, del Protocollo n. 12 alla CEDU, avrebbe quale oggetto, quindi, la circolare congiunta dei due Ministeri della Repubblica italiana competenti. Tuttavia, com'è noto, e non senza rammarico, l'Italia, insieme ad altri importanti Stati membri dell'UE, non ha ancora ratificato il Protocollo alla CEDU in questione; di conseguenza, l'ipotesi di un qualsiasi ricorso contro l'Italia, ma anche, tra gli altri, contro Belgio, Francia, Gran Bretagna e Germania, è al momento da escludere. Infatti, il numero di Stati membri dell'UE ad aver ratificato il Protocollo n. 12 alla CEDU è ancora troppo esiguo per poter concludere che quest'ultimo possa costituire un importante strumento da opporre alle normative degli Stati membri dell'Unione che, applicando all'interno dei loro rispettivi ordinamenti le misure transitorie previste negli atti di adesione di nuovi Stati membri, violano il divieto generale di discriminazione in base alla nazionalità.

dell'uomo nell'unica sentenza, ad oggi, avente ad oggetto l'articolo 1, del Protocollo n. 12 alla CEDU: «... *whereas Article 14 of the Convention prohibits discrimination in the enjoyment of 'the rights and freedoms set forth in [the] Convention', Article 1 of Protocol No. 12 extends the scope of protection to 'any right set forth by law'. It thus introduces a general prohibition of discrimination*». Si veda la sentenza della Corte europea dei diritti dell'uomo del 22 dicembre 2009, *Sejdić e Finci c. Bosnia ed Erzegovina* (ricorsi n. 27996/06 e 34836/06), in *Raccolta*, 2009, § 53.

⁴⁹ La procedura in questione per il rilascio del nulla osta al lavoro nei confronti dei cittadini croati sottoposti a regime transitorio che intendano accedere al mercato del lavoro nazionale non sembrerebbe differenziarsi particolarmente da quella prevista per i lavoratori provenienti da paesi non appartenenti all'UE; anche se, nel caso dei cittadini croati, il nulla osta viene rilasciato al datore di lavoro senza procedere alla sottoscrizione del contratto di soggiorno, necessario per i cittadini di Stati terzi. Si veda, la Circolare congiunta del Ministero dell'Interno e del Ministero del Lavoro e delle Politiche Sociali, Protocollo n. 4175 del 2 luglio 2013.

Anche a voler considerare, in questa sede, una più ampia estensione territoriale dell'applicazione del divieto generale di discriminazione di cui all'articolo 1, del Protocollo n. 12 alla CEDU, derivante da un numero più consistente di Stati membri vincolatisi allo strumento in questione, rimarrebbe pur sempre la possibilità, per lo Stato membro UE che applica sul proprio territorio le misure transitorie che limitano l'accesso al lavoro dei neo-cittadini UE rispetto a quelli nazionali, di poter giustificare un tale trattamento differenziato dimostrando che quest'ultimo persegue uno scopo obiettivo legittimo, che derivi dall'interesse pubblico, e che tali misure discriminatorie rispettino il principio di proporzionalità, quindi, non eccedano quanto sia ragionevolmente necessario a perseguire lo scopo legittimo previsto⁵⁰. La Corte europea, infatti, nel valutare questioni concernenti l'interesse pubblico, sembra piuttosto incline a riconoscere un ruolo sussidiario al sistema di protezione istituito dalla CEDU, riconoscendo una certa deferenza nei confronti delle autorità nazionali, che si concretizza in un più o meno ampio margine di apprezzamento da parte di queste ultime. Di conseguenza, la Corte europea riconosce agli Stati membri un importante margine di apprezzamento o di discrezionalità per quanto concerne la valutazione di ciò che rientra nell'interesse pubblico di un determinato ordinamento nazionale e, quindi, nel valutare se, e in quale misura, possa giustificarsi un trattamento differente relativo a situazioni altrimenti simili. Tale margine, sempre secondo la Corte, varierebbe in funzione delle circostanze di specie, della materia e del contesto di riferimento, e uno dei fattori più importanti per la sua individuazione è costituito dalla sussistenza o meno di orientamenti comuni (terreno comune o «common ground») espressi dagli Stati membri in relazione alla determinata questione in esame⁵¹. La presenza o meno di un denominatore comune tra i vari sistemi giuridici costituisce un importante elemento per determinare l'estensione del margine di apprezzamento delle autorità interne. Laddove possa riscontrarsi una certa uniformità in ambito europeo riguardo la disciplina di una determinata materia, la Corte europea sembra esigere un onere probatorio più stringente a carico dello Stato; di conseguenza, la sussistenza di un terreno comune comporta un'attenuazione del margine di discrezionalità del singolo Stato⁵². Nel caso in cui, invece, una determinata situazione sia peculiare ad un singolo ordinamento statale e la ricerca di uno standard o di orientamenti comuni risultasse vana, ci si orienta verso una valutazione della disciplina in questione in base al principio generale di proporzionalità, il quale permette di considerare la possibilità di misure alternative per raggiungere il medesimo

⁵⁰ Si veda, la sentenza della Corte europea dei diritti dell'uomo del 23 luglio 1968, *Caso linguistico belga* (ricorsi n. 1474/62, 1677/62, 1691/62, 1769/63, 1994/63, 2126/64), in Serie A, n. 6; nonché, R.C.A. WHITE, C. OVEY, *Jacobs, White, & Ovey: The European Convention on Human Rights*⁵, Oxford, 2010, p. 550. Nella già ricordata sentenza *Sejdić e Finci*, inoltre, la Corte europea ha chiarito che il significato della nozione di discriminazione presente all'articolo 14 della CEDU e all'articolo 1, del Protocollo n. 12, è identico, affermando, nello specifico, che: «*Notwithstanding the difference in scope between those provisions, the meaning of [discrimination] in Article 1 of Protocol No. 12 was intended to be identical to that in Article 14*». Di conseguenza, anche per quanto riguarda l'applicazione dell'articolo 1, del Protocollo n. 12: «*discrimination means treating differently, without an objective and reasonable justification, persons in similar situations*». Si veda la sentenza *Sejdić e Finci c. Bosnia ed Erzegovina*, § 55.

⁵¹ Si veda, la sentenza della Corte europea del 28 novembre 1984, *Rasmussen c. Danimarca* (ricorso n. 8777/79), in Serie A, n. 87, § 40.

⁵² Si veda, la sentenza della Corte europea del 12 aprile 2006, *Stec e altri c. Regno Unito* (ricorsi n. 65731/01 e 65900/01), 2006-VI, § 64. Si veda, anche, il commento all'articolo 14 della CEDU, in S. BARTOLE, P. DE SENA, V. ZAGREBELSKY, *Commentario breve alla Convenzione europea per la salvaguardia dei Diritti dell'Uomo e delle Libertà Fondamentali*, Padova, 2012, pp. 518, 530.

fine⁵³, comportando così una dilatazione del margine di discrezionalità in capo al singolo Stato.

A tal proposito, come si è già accennato, altri importanti elementi per la valutazione di tale margine sono costituiti dalle circostanze di specie, dalla materia e dal contesto di riferimento. La Corte europea, a questo riguardo, ha avuto più volte modo di rimarcare che, per quanto concerne l'adozione di misure di carattere economico e sociale, di cui certamente farebbero parte quelle sulla libertà di circolazione e soggiorno dei lavoratori neo-cittadini UE, gli Stati membri godono di un ampio margine di apprezzamento. Questo sarebbe giustificato dal fatto che gli Stati, in relazione alla definizione del contenuto di tali misure e al loro impatto, si trovano in una situazione privilegiata rispetto al giudice internazionale; infatti, gli Stati in questione, sempre secondo la Corte europea, possiedono una diretta conoscenza della loro società e delle necessità di essa, conseguentemente possono meglio apprezzare l'appropriatezza delle misure da adottare⁵⁴, dal punto di vista dell'interesse pubblico perseguito. Un tale particolarmente ampio margine di apprezzamento in capo agli Stati membri determina così che le scelte del legislatore nazionale siano suscettibili di essere sindacate solamente nel limite della c.d. "manifesta" irragionevolezza, e la Corte europea censurerebbe l'operato dello stesso legislatore solo ove avesse ecceduto ogni accettabile margine di apprezzamento⁵⁵. È, invece, ben altro il sindacato che la Corte europea riserva a taluni altri tipi di trattamenti discriminatori, in particolare quelli riguardanti i diritti della persona, in cui la Corte utilizza il criterio della proporzionalità con particolare rigore. In tali circostanze, infatti, la Corte europea, per considerare legittime distinzioni basate su specifiche caratteristiche, quali il sesso o le altre previste dall'articolo 14 della CEDU, richiede allo Stato in questione la produzione di ragioni molto più pregnanti («*weighty reasons*» nel linguaggio della Corte stessa)⁵⁶. In linea di principio, quindi, tali «*weighty reasons*» si applicherebbero anche nei confronti delle discriminazioni in base alla nazionalità, rientrando quest'ultima tra le fattispecie espressamente elencate all'articolo 14 della CEDU, ritenendo così necessario il ricorrere di ragioni molto pesanti al fine di poter giustificare trattamenti diversificati in base al tale caratteristica⁵⁷. Tuttavia, talora accade che la presunta disparità di trattamento in base alla nazionalità riguardi l'adozione di misure economiche e sociali, materie per le quali, come si è visto, il margine di apprezzamento in capo agli Stati è piuttosto ampio. In tali casi, quindi, le esigenze dello scrutinio stretto da parte della Corte europea devono convivere con l'estesa discrezionalità in capo allo Stato nella scelta delle misure economiche e sociali più appropriate. Conseguentemente, l'ampio margine di apprezzamento che spetta agli Stati

⁵³ Si veda, D.J. HARRIS, M. O'BOYLE, E.P. BATES, C.M. BUCKLEY, *Law of the European Convention on Human Rights*², Oxford, 2009, p. 589.

⁵⁴ Si vedano la sentenza della Corte europea dell'8 luglio 1986, *Lithgow e altri c. Regno Unito* (ricorsi n. 9006/80; 9262/81; 9263/81; 9265/81; 9266/81; 9313/81; 9405/81), in Serie A, n. 102, § 122; e la sentenza *Stec e altri c. Regno Unito*, cit., §§ 65-66.

⁵⁵ Si vedano le sentenze *Lithgow e altri c. Regno Unito*, cit., § 122, e *Stec e altri c. Regno Unito*, cit., § 52.

⁵⁶ In dottrina, tale scrutinio più intenso, in relazione ad alcune specifiche fattispecie di discriminazione, è stato collegato al diritto al rispetto dell'individualità di un essere umano (the «*right to respect for the individuality of a human being*»), nella cui valutazione ad essere coinvolto è il nucleo fondamentale della nozione di uguaglianza; a differenza di quanto accade in altri ambiti in cui, ad esempio, considerazioni di politica sociale in generale hanno un ruolo preponderante nel giustificare ciò che appare essere un trattamento discriminatorio. Si veda, in particolare, D.J. HARRIS, M. O'BOYLE, E.P. BATES, C.M. BUCKLEY, *op. cit.*, p. 590.

⁵⁷ Si veda S. BARTOLE, P. DE SENA, V. ZAGREBELSKY, *op. cit.*, p. 543.

nell'ambito della legislazione economica e sociale, non impedisce che le distinzioni basate sulla nazionalità siano sottoposte ad uno scrutinio stretto, quindi ad un controllo approfondito, ed eventualmente considerate in violazione della CEDU⁵⁸.

Ai fini del presente contributo, occorre comunque affermare che, in linea di principio, tutti gli Stati membri, soprattutto in materia di immigrazione, pongono in essere delle misure discriminatorie in base alla nazionalità riguardanti l'accesso a taluni benefici economici e sociali, le quali non infrequentemente, quando sottoposte al sindacato della Corte europea, non sembrerebbero soddisfare il criterio delle situazioni comparabili o analoghe, presupposto fondamentale per la rilevazione di una violazione del divieto di discriminazione in base alla nazionalità. In tal senso, infatti, la Corte europea ha già avuto modo di affermare che il trattamento preferenziale riservato ai cittadini dell'UE rispetto a quello riservato ai cittadini di Stati terzi sia da considerare obiettivo e ragionevole, ai fini dell'articolo 14 della CEDU, in funzione del fatto che gli Stati membri dell'UE hanno costituito tra loro un ordinamento giuridico speciale, mediante il quale è stata istituita, inoltre, una cittadinanza europea separata da quella nazionale⁵⁹.

Proprio in virtù di tale «special legal order» tra gli Stati membri dell'UE, ci si chiede, a questo punto, quale possa essere il trattamento riservato dalla Corte europea alle discriminazioni tra cittadini UE di nazionalità differente, e se questi ultimi possano considerarsi o meno in una situazione comparabile o analoga tra loro, ai fini dell'eventuale constatazione di una violazione dell'articolo 14 della CEDU, o, nel nostro caso, dell'articolo 1, Protocollo n. 12 alla CEDU. Considerando l'approccio interpretativo della Corte europea nella citata sentenza *C. c. Belgio*, non sembrerebbe essere difficile poter affermare che i cittadini UE, sebbene di nazionalità diversa, possano in un certo senso essere ritenuti in una situazione comparabile o analoga e, quindi, poter essere discriminati tra loro solo se la normativa interna in questione persegua uno scopo obiettivo legittimo derivante dall'interesse pubblico e nel rispetto del principio di proporzionalità. A questo punto, quindi, come si è già evidenziato, l'eventuale violazione del divieto generale di discriminazione, di cui all'articolo 1, del Protocollo n. 12 alla CEDU, dipenderebbe dal contemperamento di due interessi differenti. Da una parte, la necessità di garantire un ampio margine di apprezzamento in capo agli Stati membri in relazione all'adozione di misure economiche e sociali, tra cui rientrerebbero certamente quelle previste all'interno delle misure transitorie di cui agli allegati agli atti di adesione di nuovi Stati membri all'UE; e, dall'altra, la necessità che ricorrano ragioni molto pesanti, ridimensionando quindi il margine di apprezzamento degli Stati membri, al fine di poter giustificare trattamenti

⁵⁸ Si veda la sentenza della Corte europea del 18 febbraio 2009, *Andrejeva c. Lettonia* (ricorso n. 55707/00), in *Raccolta*, 2009, § 87, riguardante una discriminazione in base alla nazionalità in materia pensionistica, in cui la Corte ha affermato che: «*very weighty reasons would have to be put forward before it could regard a difference of treatment based exclusively on the ground of nationality as compatible with the Convention*». Allo stesso modo, e sempre in materia di diritti pensionistici, si vedano la sentenza della Corte europea del 29 ottobre 2009, *Si Amer c. Francia* (ricorso n. 29137/06), in *Raccolta*, 2009, § 39; e la sentenza del 9 luglio 2009, *Zeibek c. Grecia* (ricorso n. 46368/06), in *Raccolta*, 2009, § 51. Per un commento, S. BARTOLE, P. DE SENA, V. ZAGREBELSKY, *op. cit.*, p. 544.

⁵⁹ Si veda la sentenza della Corte europea del 7 agosto 1996, *C. c. Belgio* (ricorso n. 21794/93), 1996-III, § 38, in cui la stessa Corte afferma che: «*such preferential treatment is based on an objective and reasonable justification, given that the member States of the European Union form a special legal order, which has, in addition, established its own citizenship*».

discriminatori in base alla nazionalità, anche se questi rientrano all'interno di misure a carattere economico e sociale.

Tuttavia, un tale sindacato da parte della Corte europea, seppur complicato, appare, ad oggi, di portata piuttosto limitata, a causa dell'eccessiva esiguità del numero di Stati membri dell'UE che ha ratificato il Protocollo n. 12 alla CEDU, privando così i neo-cittadini UE della possibilità di poter ricorrere quanto meno alla Corte europea per la presunta violazione del divieto generale di discriminazione in base alla nazionalità derivante dalle norme interne degli Stati membri UE preesistenti che hanno dato applicazione alle misure transitorie previste negli allegati agli atti di adesione di nuovi Stati membri all'UE.

5. Conclusioni.

Il tema della libertà di circolazione e accesso al lavoro subordinato dei neo-cittadini UE nel territorio di uno Stato membro preesistente e, soprattutto, dei limiti contenuti nelle misure transitorie previste negli allegati agli atti di adesione di nuovi Stati membri non ha suscitato particolare interesse in dottrina. Infatti, a parte alcuni importanti contributi, che si è avuto modo di accennare nel presente lavoro⁶⁰, il trattamento discriminatorio nei confronti dei neo-cittadini dell'UE, seppur temporaneo, non è mai stato oggetto di trattazioni sistematiche che evidenziassero nello specifico le eventuali violazioni del principio di non discriminazione e le possibili soluzioni.

Il presente lavoro, quindi, si è posto l'obiettivo di analizzare, più nel dettaglio, tali forme di discriminazione in base alla nazionalità nei confronti dei neo-cittadini UE e dei loro familiari, rispetto al trattamento riservato ai cittadini nazionali dello Stato membro ospitante, ai cittadini UE di un altro Stato membro preesistente o a quelli di un nuovo Stato membro nei confronti dei quali non si applicano misure transitorie. Dopo aver evidenziato tali forme di discriminazione, si è cercato di suggerire ed elaborare alcune possibili soluzioni, sia interne all'ordinamento giuridico UE, sia esterne ad esso, come nel caso della CEDU e del ricorso al suo organo giurisdizionale, la Corte europea dei diritti dell'uomo.

Sotto il primo aspetto, si è evidenziato che la soluzione più auspicabile consisterebbe nell'estensione della disciplina attualmente applicabile ai casi in cui uno Stato membro preesistente decidesse di applicare le misure transitorie in un momento successivo rispetto all'ammissione di un nuovo Stato anche alle situazioni in cui lo Stato membro preesistente in questione decidesse di applicare tali misure fin dal primo giorno in cui il nuovo Stato membro è stato ammesso all'Unione. Una tale soluzione, infatti, permetterebbe alla Commissione di svolgere un ruolo più attivo, attraverso l'adozione di una vera e propria decisione al riguardo, rispetto all'assoluta discrezionalità altrimenti esercitata dagli Stati membri preesistenti. La seconda soluzione suggerita, sebbene non particolarmente incisiva

⁶⁰ Vale la pena ricordare, tra gli altri, V. CORREIA, *Roumains et Bulgares après le 1er Janvier 2007, les carences temporaires d'une citoyenneté européenne sans l'accès à l'emploi*, cit.; S. CARRERA, *What Does Free Movement Mean in Theory and Practice in an Enlarged EU?*, cit.; D. KOCHENOV, *European Integration and the Gift of the Second Class Citizenship*, cit.; D. KOCHENOV, *Ius Tractum of Many Faces: European Citizenship and the Difficult Relationship Between Status and Rights*, cit.; K. INGLIS, *The Accession Treaty and its Transitional Arrangements: A Twilight Zone for the New Members of the Union*, cit.; A. ADINOLFI, *Free Movement and Access to Work of Citizens of the New Member States: The Transitional Measures*, cit.

nei confronti dell'eccessiva discrezionalità degli Stati membri preesistenti, in quanto prevedrebbe solo un mero obbligo di informazione da parte di questi ultimi nei confronti della Commissione, si differenzerebbe, tuttavia, dal regime attualmente in vigore per il fatto che le informazioni fornite debbano comunque provare il verificarsi o il rischio del verificarsi di gravi perturbazioni del loro mercato del lavoro nazionale. Tali due soluzioni interne all'ordinamento UE, tuttavia, sono subordinate ad una loro previsione nei prossimi atti di adesione di nuovi Stati membri all'Unione, quindi, dipendono quasi totalmente dalla volontà politica degli Stati membri preesistenti. Di conseguenza, sebbene esse, soprattutto la prima, siano più che auspicabili per evitare delle possibili violazioni del principio di non discriminazione in base alla nazionalità, l'attuale volontà politica degli Stati membri UE sembra tutt'altro che predisposta a concedere una buona parte della loro discrezionalità in materia, al fine di mostrare una maggiore disponibilità nei confronti dei cittadini UE dei nuovi Stati membri.

L'evidente attuale impraticabilità di tali soluzioni interne all'ordinamento UE renderebbe così necessari dei rimedi esterni ad esso, come nel caso del ricorso alla Corte europea dei diritti dell'uomo. Si è visto, infatti, come un tale percorso sia assolutamente percorribile attraverso il ricorso alla Corte europea da parte di un neo-cittadino UE contro un determinato Stato membro dell'Unione, che ha deciso di applicare nel proprio territorio le misure transitorie in oggetto, per la presunta violazione del divieto generale di discriminazione in base alla nazionalità, ai sensi dell'articolo 1, del Protocollo n. 12 alla CEDU. Una tale soluzione si presenterebbe al momento quale una delle più percorribili, sebbene non possa sottovalutarsi il margine di apprezzamento che la Corte europea è solita riconoscere in capo agli Stati membri in materia di adozione di misure a carattere economico e sociale, quali quelle contenute nelle misure transitorie in oggetto. Un tale margine potrebbe essere mitigato solo dal fatto che, in materia di discriminazioni in base alla nazionalità, la Corte europea è altrettanto solita richiedere delle «weighty reasons» o delle ragioni molto più pregnanti, da parte degli Stati membri convenuti, prima di sancire la legittimità di un tale trattamento discriminatorio, sottoponendo così la norma nazionale oggetto dell'impugnazione ad uno scrutinio stretto e, quindi, ad un controllo approfondito. Una tale soluzione, però, sebbene assolutamente percorribile e giuridicamente incisiva, in quanto basata su un ricorso a carattere giurisdizionale alla Corte europea dei diritti dell'uomo, si presenta, però, al momento, come dotata di scarsa efficacia nel territorio degli Stati membri dell'Unione, visto il numero esiguo di ratifiche al Protocollo n. 12 alla CEDU da parte di questi ultimi, senza particolari speranze di un loro imminente incremento.

In conclusione, le soluzioni auspiccate nel presente lavoro, sebbene possibili, si presentano per vari differenti motivi come particolarmente difficili a realizzarsi. Quanto precede induce inevitabilmente a pensare che i neo-cittadini UE, nei confronti dei quali si applicano delle misure transitorie per quanto concerne il loro ingresso nel mercato del lavoro subordinato nazionale di uno Stato membro preesistente, siano destinati ancora per qualche tempo ad essere discriminati in base alla nazionalità, rispetto al resto dei cittadini UE, rischiando così di compromettere il raggiungimento di quello *status civitatis* cui la cittadinanza europea dovrebbe auspicabilmente aspirare; precludendo, allo stesso tempo, al

neo-cittadino UE in questione la possibilità di poter anch'egli affermare: «*civis europæus sum*»⁶¹.

⁶¹ Tale espressione è stata utilizzata per la prima volta dall'AG Jacobs nelle sue Conclusioni del 9 dicembre 1992, causa C-168/91, *Konstantinidis*, in ECLI:EU:C:1992:504, § 46.



DANIELA FANCIULLO*

LE GARANZIE PROCEDURALI PER LE PERSONE VULNERABILI INDAGATE O IMPUTATE NEI PROCEDIMENTI PENALI NEL DIRITTO DELL'UNIONE EUROPEA: STATO ATTUALE E PROSPETTIVE FUTURE

SOMMARIO: 1. Considerazioni introduttive: le garanzie procedurali degli indagati ed imputati “vulnerabili” nel più ampio contesto dello spazio europeo di giustizia penale. – 2. La “frammentaria” disciplina esistente e l'adozione della Raccomandazione della Commissione sulle garanzie procedurali per le persone vulnerabili indagate o imputate in procedimenti penali. – 3. L'individuazione delle “persone vulnerabili” alla luce dell'effettivo grado di comprensione e di partecipazione al procedimento penale. – 4. L'elenco dei diritti degli indagati ed imputati vulnerabili. – 5. L'attribuzione di specifici diritti a coloro che non sono in grado di partecipare consapevolmente al procedimento penale per ragioni di età: la Proposta di direttiva sulle garanzie procedurali per i minori indagati o imputati in procedimenti penali. – 5.1. (*segue*) Una prima (provvisoria) ricognizione delle garanzie procedurali spettanti al minore indagato o imputato nei procedimenti penali. – 6. Qualche considerazione conclusiva.

1. Considerazioni introduttive: le garanzie procedurali degli indagati ed imputati “vulnerabili” nel più ampio contesto dello spazio europeo di giustizia penale

La straordinaria sensibilità mostrata, negli ultimi anni, dal legislatore europeo verso il rafforzamento delle garanzie procedurali delle persone indagate o imputate nei procedimenti penali ha portato, come è noto, all'adozione di una serie di atti, direttive *in primis*, aventi l'ambizioso obiettivo di costruire, *step by step*, un autentico spazio europeo di giustizia penale¹.

* Dottoranda di ricerca in «Spazio europeo di libertà, sicurezza e giustizia», indirizzo autonomo del Corso di dottorato in «Diritto pubblico, Teoria delle Istituzioni nazionali ed europee e Filosofia giuridica» – Università degli Studi di Salerno.

¹ Sullo spazio europeo di giustizia e, in particolare, sulla costruzione di uno «spazio comune europeo di giustizia» si rinvia, per tutti, ad A. DI STASI, *Spazio europeo e diritti di giustizia. Il Capo VI della Carta dei diritti fondamentali nell'applicazione giurisprudenziale*, Padova, 2014 ed alla ricca bibliografia ivi richiamata, nonché a L. KALB (a cura di), «Spazio europeo di giustizia» e procedimento penale italiano. *Adattamenti normativi e approdi giurisprudenziali*, Torino, 2012. Cfr., altresì, A. DAMATO, P. DE PASQUALE, N. PARISI, *Argomenti di diritto penale europeo*², Torino, 2014; A. IERMANO, *Garanzie minime nello spazio europeo di giustizia penale*, Napoli, 2014; R.E.

Attraverso l'introduzione di "norme minime" comuni, tali atti consentono, infatti, agli Stati membri di riporre una reciproca fiducia nei rispettivi sistemi di giustizia e, al contempo, di rafforzare la cooperazione giudiziaria in materia penale, così come previsto dal Capo IV del Titolo V del Trattato sul funzionamento dell'Unione europea (artt. 82-86)².

In tale prospettiva, all'interno del «vasto cantiere comunque già variamente aperto» sulle garanzie riconosciute in capo ad indagati ed imputati, ha visto la luce – nel novembre 2013 – un nuovo «pacchetto» di cinque misure aventi lo scopo di rafforzare ulteriormente i diritti procedurali e processuali in ambito europeo³.

Si tratta, innanzitutto, di tre proposte di direttiva, rispettivamente *sul rafforzamento di alcuni aspetti della presunzione di innocenza e del diritto di presenziare al processo nei procedimenti penali*⁴; *sulle garanzie procedurali per i minori indagati o imputati in procedimenti penali*⁵; *sull'ammissione*

KOSTORIS, *Manuale di procedura penale europea*, Milano, 2014; A. DI STASI, (Lemma) *Spazio europeo di libertà, sicurezza e giustizia (cooperazione giudiziaria in materia penale)*, in AA.VV., *Digesto del processo penale*, Torino, 2012; ID., *Spazio europeo di libertà, sicurezza e giustizia e cooperazione giudiziaria in materia penale: il rispetto dei diritti fondamentali e della diversità tra ordinamenti nazionali e tradizioni giuridiche*, in L. KALB (a cura di), «*Spazio europeo di giustizia*», cit.; ID., *Spazio di libertà, sicurezza e giustizia, mandato di arresto europeo e tutela multilivello dei diritti fondamentali*, in A. BARBERA, A. LOJODICE, M. SCUDIERO, P. STANZIONE (a cura di), *Scritti in memoria di Fulvio Fenucci*, Catanzaro, 2010, tomo II. Come è noto, nella costruzione del menzionato spazio europeo di giustizia penale assume un ruolo determinante la Risoluzione del Consiglio del 30 novembre 2009 *relativa a una tabella di marcia per il rafforzamento dei diritti procedurali di indagati o imputati in procedimenti penali*, in GUUE C 295 del 4 dicembre 2009, pp. 1-3. Infatti, essa ha portato all'adozione dei seguenti atti: la direttiva n. 2010/64/UE del Parlamento e del Consiglio del 20 ottobre 2010 *sul diritto all'interpretazione e alla traduzione nei procedimenti penali*, in GUUE L 280 del 26 ottobre 2010, pp. 1-7; la direttiva n. 2012/13/UE del Parlamento e del Consiglio del 22 maggio 2012 *sul diritto all'informazione nei procedimenti penali*, in GUUE L 142 del 1° giugno 2012, pp. 1-10; la direttiva n. 2013/48/UE del Parlamento e del Consiglio del 22 ottobre 2013 *relativa al diritto di avvalersi di un difensore nel procedimento penale e nel procedimento di esecuzione del mandato d'arresto europeo, al diritto di informare un terzo al momento della privazione della libertà personale e al diritto delle persone private della libertà personale di comunicare con terzi e con le autorità consolari*, in GUUE L 294 del 6 novembre 2013, pp. 1-12. Altrettanto significativa è stata, inoltre, la Risoluzione del Consiglio del 10 giugno 2011 *relativa a una tabella di marcia per il rafforzamento dei diritti e della tutela delle vittime, in particolare nei procedimenti penali*, in GUUE C 187 del 28 giugno 2011, pp. 1-5.

² Sulla cooperazione giudiziaria in materia penale cfr., tra gli altri, V. RANALDI, *Cooperazione giudiziaria in materia penale. Il mandato di arresto europeo nella giurisprudenza italiana*, Roma, 2013; A. BOROI, I. RUSU, M.I. BALAN-RUSU, *The judicial cooperation in criminal matters in the European Union*, Saarbrücken, 2012; C.M. PAOLUCCI, *Cooperazione giudiziaria e di polizia in materia penale*, Torino, 2011; M. PEDRAZZI, I. VIARENGO, A. LANG (eds.), *Individual guarantees in the european judicial area in criminal matters*, Bruxelles, 2011; G. DI PAOLO, *Il processo penale nello spazio di libertà, sicurezza e giustizia dell'UE tra cooperazione giudiziaria e orizzonti sovranazionali*, in *Cass. pen.*, 2009, pp. 4488-4497; B. NASCIMBENE, *Le garanzie giurisdizionali nel quadro della cooperazione giudiziaria penale europea*, in *Dir. pen. proc.*, 2009, pp. 518-524. V., infine, il commento agli artt. 82, 83, 84 del Trattato sul funzionamento dell'Unione europea di L. SALAZAR, in C. CURTI GIALDINO (dir.), *Codice dell'Unione europea operativo*, Napoli, 2012, pp. 896-914.

³ L'espressione è di T. RAFARACI, *Diritti fondamentali, giusto processo e primato del Diritto UE*, in *Proc. pen. giust.*, Editoriale, 2014, pp. 1-5, in part. p. 2. V. la Comunicazione della Commissione al Parlamento europeo, al Consiglio, al Comitato economico e sociale e al Comitato delle Regioni del 27 novembre 2013 *Progredire nell'attuazione dell'agenda dell'Unione europea sulle garanzie procedurali per indagati e imputati – Rafforzare le basi dello spazio europeo di giustizia penale*, COM(2013) 820 definitivo. Al riguardo, cfr. M. CAGOSI, *Prosegue inarrestabile il percorso verso il rafforzamento dei diritti processuali dei cittadini dell'Unione Europea*, in <http://www.penalecontemporaneo.it>, 20 dicembre 2013.

⁴ Proposta di direttiva del Parlamento europeo e del Consiglio del 27 novembre 2013 *sul rafforzamento di alcuni aspetti della presunzione di innocenza e del diritto di presenziare al processo nei procedimenti penali*, COM(2013) 821 final, in <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=COM:2013:0821:FIN:IT:PDF>.

⁵ Proposta di direttiva del Parlamento europeo e del Consiglio del 27 novembre 2013 *sulle garanzie procedurali per i minori indagati o imputati in procedimenti penali*, COM(2013) 822 final, in <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=COM:2013:0822:FIN:IT:PDF>. Cfr. International Commission

provvisoria al patrocinio a spese dello Stato per indagati o imputati privati della libertà personale e sull'ammissione al patrocinio a spese dello Stato nell'ambito di procedimenti di esecuzione del mandato d'arresto europeo⁶. Seguono, inoltre, due raccomandazioni sulle garanzie procedurali per le persone vulnerabili indagate o imputate in procedimenti penali⁷ e sul diritto al patrocinio a spese dello Stato per indagati o imputati in procedimenti penali⁸.

È sufficiente una mera lettura di tali misure per comprendere come esse siano state proposte non soltanto per rafforzare le garanzie degli indagati ed imputati *tout court* ma, piuttosto, per tutelare i diritti di soggetti particolarmente “deboli” o dal punto di vista economico (attraverso l'introduzione di norme minime in materia di patrocinio a spese dello Stato⁹), o in ragione della loro minore età (attraverso l'elencazione, come si vedrà nel prosieguo della trattazione, di una serie di garanzie ad essi appositamente destinate). Così intese, le proposte della Commissione europea dovrebbero garantire una tutela sempre più estesa alla persona ed alla sua dignità e, in particolare, per quanto qui interessa, ai soggetti “vulnerabili” aventi qualche difficoltà a partecipare attivamente e consapevolmente alle varie fasi del procedimento penale.

Nel novero di questi ultimi, merita, poi, una specifica trattazione il minore di età, «persona titolare di diritti, aspettative, bisogni e desideri» e «protagonista attivo non solo delle questioni che lo riguardano all'interno della vita familiare, ma anche di tutti i procedimenti giudiziari nei quali si discute dei suoi interessi»¹⁰: nella veste di indagato o imputato, il minore necessita, infatti, di azioni specifiche che lo rendano in grado di partecipare attivamente ai procedimenti penali in cui è coinvolto e di comprendere pienamente i diritti di cui è titolare e le accuse mosse nei suoi confronti. Peraltro, la promozione e la tutela dei diritti dei minori, oltre a discendere da un'ampia gamma di atti internazionali, costituisce uno specifico obiettivo dell'Unione europea, come si evince dall'art. 3, par. 3, del TUE¹¹.

of Jurists, JUSTICE and Netherlands Juristen Comité voor de Mensenrechten, *Briefing Paper on the Proposal for a Directive on Procedural Safeguards for Children Suspected or Accused in Criminal Proceedings*, COM(2013) 822 final, September 2014, consultabile al seguente indirizzo internet: <http://www.justice.org.uk/data/files/resources/380/Read-the-briefing-19-Sep-2014.pdf>. Cfr., inoltre, L. SALAZAR, *Presto una direttiva dell'Unione sui diritti processuali del minore autore di reato*, in *Dir. Giust. Min.*, 2015, pp. 33-41.

⁶ Proposta di direttiva del Parlamento europeo e del Consiglio del 27 novembre 2013 *sull'ammissione provvisoria al patrocinio a spese dello Stato per indagati o imputati privati della libertà personale e sull'ammissione al patrocinio a spese dello Stato nell'ambito di procedimenti di esecuzione del mandato d'arresto europeo*, COM(2013) 824 final, in <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=COM:2013:0824:FIN:IT:PDF>.

⁷ Raccomandazione della Commissione del 27 novembre 2013 *sulle garanzie procedurali per le persone vulnerabili indagate o imputate in procedimenti penali*, 2013/C 378/02, in GUUE C 378 del 24 dicembre 2013, pp. 8-10.

⁸ Raccomandazione della Commissione del 27 novembre 2013 *sul diritto al patrocinio a spese dello Stato per indagati o imputati in procedimenti penali*, 2013/C 378/03, in GUUE C 378 del 24 dicembre 2013, pp. 11-14, disponibile anche sul sito dell'Osservatorio sullo Spazio europeo di Libertà, Sicurezza e Giustizia – Università degli Studi di Salerno, <http://www.sls.unisa.it/osservatorio/coop.penale>, con nota di D. FANCIULLO.

⁹ Sia consentito rinviare a D. FANCIULLO, *Il Diritto al patrocinio a spese dello Stato nello Spazio europeo di giustizia penale: verso una disciplina armonizzata?*, in *Dir. com. sc. int.*, 2014, pp. 447-476.

¹⁰ V. la Relazione della Corte Suprema di Cassazione sull'amministrazione della giustizia nell'anno 2013, Roma, 24 gennaio 2014, in www.cortedicassazione.it, in part. p. 146.

¹¹ Ai sensi dell'art. 3, par. 3, del Trattato sull'Unione europea «L'Unione combatte l'esclusione sociale e le discriminazioni e promuove la giustizia e la protezione sociali, la parità tra donne e uomini, la solidarietà tra le generazioni e la tutela dei diritti del minore». La normativa internazionale a tutela dei diritti del minore è piuttosto ampia. Senza alcuna pretesa di esaustività, si segnalano: la Dichiarazione di Ginevra sui diritti del bambino, approvata dall'Assemblea della Società delle Nazioni il 26 settembre 1924; la Dichiarazione dei diritti del fanciullo, adottata dall'Assemblea Generale delle Nazioni Unite il 20 novembre 1959 con

2. La “frammentaria” disciplina esistente e l'adozione della Raccomandazione della Commissione sulle garanzie procedurali per le persone vulnerabili indagate o imputate in procedimenti penali

Invero, l'esigenza di garantire con specifiche azioni i diritti delle persone vulnerabili non rappresenta sicuramente una novità nel panorama giuridico europeo.

Lo testimonia, *in primis*, il Libro verde della Commissione europea, del febbraio 2003, che riconosceva «(...) le difficoltà nel procedere ad una valutazione della vulnerabilità» e affermava «(...) che il semplice utilizzo di un metodo basato su categorie può non essere sempre appropriato»¹².

Risoluzione A/RES/1386(XIV); le Regole minime per l'amministrazione della giustizia minorile (Regole di Pechino), adottate dall'Assemblea Generale delle Nazioni Unite il 29 novembre 1985 con Risoluzione A/RES/40/33; la Convenzione delle Nazioni Unite sui diritti del fanciullo, adottata dall'Assemblea Generale delle Nazioni Unite il 20 novembre 1989 con Risoluzione A/RES/44/25. Sul piano “regionale”, rileva innanzitutto l'art. 24 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea, rubricato «Diritti del minore», ai sensi del quale «1. I minori hanno diritto alla protezione e alle cure necessarie per il loro benessere. Essi possono esprimere liberamente la propria opinione; questa viene presa in considerazione sulle questioni che li riguardano in funzione della loro età e della loro maturità. 2. In tutti gli atti relativi ai minori, siano essi compiuti da autorità pubbliche o da istituzioni private, l'interesse superiore del minore deve essere considerato preminente. 3. Il minore ha diritto di intrattenere regolarmente relazioni personali o contatti diretti con i due genitori, salvo quando ciò sia contrario al suo interesse». La Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali dedica, invece, ai minori gli artt. 5, lett. d) e 6. Rispettivamente «1. Ogni persona ha diritto alla libertà e alla sicurezza. Nessuno può essere privato della libertà, se non nei casi seguenti e nei modi previsti dalla legge: (...) d) se si tratta della detenzione regolare di un minore decisa allo scopo di sorvegliare la sua educazione oppure della sua detenzione regolare al fine di tradurlo dinanzi all'autorità competente» e «(...) La sentenza deve essere resa pubblicamente, ma l'accesso alla sala d'udienza può essere vietato alla stampa e al pubblico durante tutto o parte del processo nell'interesse della morale, dell'ordine pubblico o della sicurezza nazionale in una società democratica, quando lo esigono gli interessi dei minori o la protezione della vita privata delle parti in causa, o, nella misura giudicata strettamente necessaria dal tribunale, quando in circostanze speciali la pubblicità possa portare pregiudizio agli interessi della giustizia». V., altresì, la Convenzione europea sull'esercizio dei diritti dei minori adottata dal Consiglio d'Europa a Strasburgo il 25 gennaio 1996, della quale si segnala soprattutto il capitolo II concernente «Misure di ordine procedurale per promuovere l'esercizio dei diritti dei minori» (es. il diritto di essere informato e di esprimere la propria opinione nei procedimenti; il diritto di richiedere la designazione di un rappresentante speciale ecc.). Infine, giova richiamare le Linee guida del Comitato dei ministri del Consiglio d'Europa per una giustizia a misura di minore adottate il 17 novembre 2010, che «(...) dovrebbero applicarsi a tutte le situazioni in cui i minori, per qualsiasi motivo e in qualsiasi qualità, possano entrare in contatto con gli organi e i servizi competenti coinvolti nell'attuazione del diritto penale, civile o amministrativo» e che «mirano ad assicurare che nei suddetti procedimenti tutti i diritti dei minori, tra cui il diritto all'informazione, alla rappresentanza, alla partecipazione e alla protezione, siano pienamente rispettati, tenendo debitamente conto del livello di maturità e di comprensione del minore nonché delle circostanze del caso. Il rispetto dei diritti del minore non dovrebbe compromettere i diritti delle altre parti coinvolte». Infine, cfr. EUROPEAN UNION AGENCY FOR FUNDAMENTAL RIGHTS, *Child-friendly justice. Perspectives and experiences of professionals on children's participation in civil and criminal judicial proceedings in 10 EU Member States*, Italy, 2015.

¹² Libro Verde della Commissione europea del 19 febbraio 2003 *garanzie procedurali a favore di indagati e imputati in procedimenti penali nel territorio dell'Unione europea*, Bruxelles, COM(2003) 75 definitivo, in part. p.to 6, consultabile al seguente indirizzo internet: <http://eur-lex.europa.eu/legal-content/IT/TXT/PDF/?uri=CELEX:52003DC0075&from=IT>. Come si legge nell'Introduzione, «Il presente Libro verde costituisce la prossima fase del processo di consultazione inteso a stabilire norme o livelli minimi comuni di garanzie procedurali in tutti gli Stati membri nei confronti di indagati, imputati, processati e condannati per reati penali. Esso intende esaminare quali possono essere tali livelli minimi comuni e in quali ambiti possono essere

Lo conferma, altresì, la *Tabella di marcia per il rafforzamento dei diritti procedurali di indagati o imputati in procedimenti penali* che, con un'apposita misura, rubricata «garanzie speciali per indagati o imputati vulnerabili» (misura "E"), così statuiva: «Al fine di garantire l'equità del procedimento, è importante rivolgere particolare attenzione agli indagati o imputati che non sono in grado di capire o di seguire il contenuto o il significato del procedimento per ragioni ad esempio di età o di condizioni mentali o fisiche»¹³.

Ne costituisce riprova, peraltro, la stessa relazione sulla cittadinanza europea «2013 EU Citizenship Report»¹⁴, con la quale, tra le dodici azioni proposte a sostegno dei diritti dei cittadini, la Commissione europea aveva indicato anche il rafforzamento dei diritti procedurali di sospettati o accusati, in particolare dei più vulnerabili (minori, disabili).

Inoltre, seppur con riferimento al differente profilo delle vittime del reato, giova richiamare, tra gli atti di diritto derivato, la direttiva 2012/29/UE, del 25 ottobre 2012, *che istituisce norme minime in materia di diritti, assistenza e protezione delle vittime di reato e che sostituisce la decisione quadro 2001/220/GAI*: essa dedica, infatti, l'intero Capo IV alle vittime con specifiche esigenze di protezione, da valutare *case by case* in relazione alle caratteristiche personali della vittima, al tipo o alla natura del reato ed alle circostanze del reato¹⁵. Rientrano in tale categoria i minori, i disabili, le vittime del terrorismo, della criminalità organizzata, della tratta di esseri umani, della violenza di genere, della violenza nelle relazioni strette, della violenza o dello sfruttamento sessuale o dei reati basati sull'odio¹⁶.

applicati». Inoltre, esso contemplava anche la possibilità di esigere da avvocati, agenti di polizia e di custodia una valutazione della potenziale vulnerabilità di un indagato o di un imputato in un procedimento penale, e proponeva una serie di provvedimenti da adottare al termine di tale valutazione.

¹³ Risoluzione del Consiglio del 30 novembre 2009 *relativa a una tabella di marcia per il rafforzamento dei diritti procedurali di indagati o imputati in procedimenti penali*, cit. Peraltro, gli strumenti giuridici oggetto del presente lavoro costituiscono un'attuazione della citata misura "E" della Tabella di marcia. Lo stesso Programma di Stoccolma sosteneva la necessità di tenere conto delle esigenze delle persone particolarmente vulnerabili (p.ti 1.1 e 2.3). V., inoltre, Consiglio europeo, *Programma di Stoccolma – Un'Europa aperta e sicura al servizio e a tutela dei cittadini*, in GUUE C 115 del 4 maggio 2010, pp. 1-38, par. 1.1.

¹⁴ Commissione europea, *Relazione 2013 sulla cittadinanza dell'Unione*, 8 maggio 2013, MEMO/13/409, consultabile al seguente indirizzo internet: http://ec.europa.eu/justice/citizen/files/2013eucitizenshipreport_it.pdf. V., in particolare, il punto 2.3, ove si legge: «Alcuni indagati o imputati sono più vulnerabili perché, a causa dell'età o delle condizioni di salute fisica e mentale, hanno difficoltà a comprendere, seguire o partecipare effettivamente alle discussioni. Questo può ledere il loro diritto a un processo equo e rende ancora più importante garantire la presunzione di innocenza e il patrocinio a spese dello Stato. Nella consultazione pubblica sulla cittadinanza dell'Unione, il 73% degli intervistati si è dichiarato favorevole all'idea di riconoscere a minori e adulti vulnerabili garanzie di accesso a un processo equo che si applichino in tutti gli Stati membri dell'UE».

¹⁵ In GUUE L 315 del 14 novembre 2012, pp. 57-73. Cfr. A.A. SAMMARCO, *La tutela della "vittima" del reato*, in L. KALB (a cura di), *«Spazio europeo di giustizia»*, cit., pp. 381-415; A. IERMANO, *La tutela delle vittime di reato nello «spazio procedural-procedurale europeo»: la direttiva 2012/29/UE*, in *Riv. coop. giur.*, 2013, pp. 125-152.

¹⁶ Art. 22, par. 4, della direttiva 2012/29/UE, cit. Inoltre, ai sensi del paragrafo dell'art. 23 della stessa direttiva, durante le indagini penali le vittime con esigenze specifiche di protezione «possono avvalersi delle misure speciali seguenti: a) le audizioni della vittima si svolgono in locali appositi o adattati allo scopo; b) le audizioni della vittima sono effettuate da o tramite operatori formati a tale scopo; c) tutte le audizioni della vittima sono svolte dalle stesse persone, a meno che ciò sia contrario alla buona amministrazione della giustizia; d) tutte le audizioni delle vittime di violenza sessuale, di violenza di genere o di violenza nelle relazioni strette, salvo il caso in cui siano svolte da un pubblico ministero o da un giudice, sono svolte da una persona dello stesso sesso della vittima, qualora la vittima lo desideri, a condizione che non risulti pregiudicato lo svolgimento del procedimento penale». Invece, durante il procedimento giudiziario, esse «possono avvalersi delle misure seguenti: a) misure per evitare il contatto visivo fra le vittime e gli autori dei reati, anche durante le deposizioni, ricorrendo a mezzi adeguati fra cui l'uso delle tecnologie di comunicazione; b) misure per consentire alla vittima di essere sentita in aula senza essere fisicamente

Nella cornice giuridica così brevemente descritta si inserisce, da ultimo, la già citata Raccomandazione della Commissione, del 27 novembre 2013, *sulle garanzie procedurali per le persone vulnerabili indagate o imputate in procedimenti penali*, che tenta di ricondurre in un unico testo la frammentaria disciplina *supra* delineata¹⁷.

La *ratio* sottesa all'adozione di tale atto è immediatamente percepibile a partire dal primo *considerando*, ove si precisa che esso «mira a incoraggiare gli Stati membri a rafforzare i diritti procedurali di tutti gli indagati o imputati che non sono in grado di capire e partecipare efficacemente al procedimento penale per ragioni di età, condizioni mentali o fisiche o disabilità («persone vulnerabili»)».

Va da sé che in tale processo, *in fieri*, di rafforzamento dei diritti procedurali processuali delle persone vulnerabili, assumano un ruolo decisivo atti di rilevanza europea ed internazionale: se per un verso, infatti, la Raccomandazione *de qua* rispetta i diritti ed osserva i principi stabiliti nella Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea della quale promuove, in particolare, il diritto alla libertà, il diritto all'equo processo ed il diritto di difesa¹⁸; per altro verso, essa prende in considerazione la Convenzione delle Nazioni Unite

presente, in particolare ricorrendo ad appropriate tecnologie di comunicazione; c) misure per evitare domande non necessarie sulla vita privata della vittima senza rapporto con il reato; e d) misure che permettano di svolgere l'udienza a porte chiuse.

¹⁷ V. *supra*, nota n. 7. Sulla Raccomandazione della Commissione cfr. F. FALATO, *Appunti di cooperazione giudiziaria penale: Appendice di aggiornamento – 2013*, Padova, 2014, p. 87 ss. e M. MEYSMAN, *Quo vadis with vulnerable defendants in the EU?*, in *EuCLR*, 2014, pp. 179-194.

¹⁸ V. il Capo VI della Carta dei diritti fondamentali, per il quale si rinvia ad A. DI STASI, *Spazio europeo e diritti di giustizia*, cit.; ID., *Rispetto dei diritti fondamentali e spazio europeo di giustizia: a proposito del Titolo VI della Carta dei diritti fondamentali*, in L. PANELLA (a cura di), *I diritti umani nella giurisprudenza e nella prassi del diritto internazionale ed europeo*, Torino, 2013. Più in generale, sulla Carta dei diritti fondamentali cfr., *ex multis*, T. KERIKMÄE (hrsg.), *Protecting Human Rights in the EU. Controversies and Challenges of the Charter of Fundamental Rights*, Berlin-Heidelberg, 2014; S. PEERS, T. HERVEY, S. KENNER, A. WARD (eds.), *The EU Charter of Fundamental Rights. A Commentary*, Oxford, 2014; L. TRUCCO, *Carta dei diritti fondamentali e costituzionalizzazione dell'Unione europea*, Torino, 2013; W.B.T. MOCK, G. DEMURO (eds.), *Human Rights in Europe. Commentary on the Charter of fundamental rights of the European Union*, Durham, 2010; G. BISOGNI, G. BRONZINI, V. PICCONE (a cura di), *La Carta dei diritti dell'Unione europea. Casi e materiali*, Taranto, 2009; M. SICLARI (a cura di), *Contributi allo studio della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea*, Torino, 2003; L.S. ROSSI (a cura di), *Carta dei diritti fondamentali e Costituzione europea*, Milano, 2002; M. BOND, *A Charter of Fundamental Rights: Text and Commentaries*, London, 2001; G. DE KERCHOVE, O. DE SCHUTTER, F. TULKENS, *La charte des droits fondamentaux de l'Union européenne: dialogue à trois voix*, Louvain, 2001; R. BIFULCO, M. CARTABIA, A. CELOTTO (a cura di), *L'Europa dei diritti. Commento alla Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea*, Bologna, 2001; L. FERRARI BRAVO, F.M. DI MAJO, A. RIZZO (a cura di), *Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea*, Milano, 2001; M. PANEBIANCO (dir.) *Repertorio della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea annotato con i lavori preparatori e la giurisprudenza delle Alte Corti europee e della Corte costituzionale italiana*, Milano, 2001; F. POCAR, *Commento alla Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea*, in ID. (a cura di), *Commentario breve ai Trattati della Comunità e dell'Unione europea*, Padova, 2001. Tra i più recenti contributi sulla Carta dei diritti fondamentali cfr. D. APPANAH, *Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne et Convention européenne des droits de l'homme: entre coherence et légitimation. A propos des arrêts Åkberg Fransson c/ Hans Åkberg Fransson et Stefano Melloni c/ Ministerio Fiscal rendus par la Cour de justice le 23 février 2013*, in *Rev. gén. dr. int. pub.*, 2014, pp. 333-356; A. BAILLEUX, *Entre droits fondamentaux et intégration européenne, la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne face à son destin*, in *Rev. trim. dr. homme*, 2014, pp. 215-235; B. VAN BOCKEL, P. WATTEL, *New Wine into Old Wineskins: The Scope of the Charter of Fundamental Rights of the EU after Åkberg Fransson*, in *Eur. Law Rev.*, 2013, pp. 866-883; T. MARGUERY, *The protection of fundamental rights in European criminal law after Lisbon. What role for the Charter of Fundamental Rights?*, *ivi*, 2012, p. 444 ss. V., altresì, L. WEITZEL, *La Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne, avancée ou régression?*, in L. WEITZEL (dir.), *L'Europe des droits fondamentaux. Melanges en hommages à Albert Weitzel*, Paris, 2013, pp. 225-250.

del 2006 sui diritti delle persone con disabilità, in particolare per quanto concerne la previsione di misure adeguate a garantire l'accesso effettivo alla giustizia¹⁹.

Benchè si tratti di un atto privo di efficacia vincolante per gli Stati membri dell'Unione europea, con tutti i limiti che ne derivano, la Raccomandazione oggetto di analisi presenta sicuramente il merito di aver attribuito all'indagato ed all'imputato vulnerabile, come si avrà cura di precisare nel successivo paragrafo, un elenco, non tassativo, di garanzie procedurali e processuali.

3. L'individuazione delle "persone vulnerabili" alla luce dell'effettivo grado di comprensione e di partecipazione al procedimento penale

Invero, la difficoltà di pervenire ad una nozione uniforme di "persona vulnerabile", soprattutto a causa delle molteplici definizioni esistenti nelle differenti realtà giuridiche degli Stati membri dell'Unione europea, era stata avvertita dalla Commissione già nel 2003 allorchè, nel summenzionato Libro Verde, essa aveva esemplificativamente inserito, nell'elenco dei soggetti vulnerabili, gli stranieri, i minori, le persone colpite da infermità fisiche o mentali, coloro che hanno bambini o persone a carico, gli analfabeti, i rifugiati, gli alcoolisti o i tossicodipendenti²⁰.

Sul punto, con la Raccomandazione *de qua* la Commissione europea sembra adottare un più generico parametro definitorio che rapporta la vulnerabilità degli indagati e degli

¹⁹ Risoluzione A/RES/61/106 adottata dall'Assemblea Generale delle Nazioni Unite il 13 dicembre 2006. Il testo è consultabile al seguente indirizzo internet: <http://www.un.org/disabilities/convention/conventionfull.shtml>. Ai sensi dell'art. 13 della citata Convenzione, rubricato «Accesso alla giustizia», «1. Gli Stati Parti garantiscono l'accesso effettivo alla giustizia per le persone con disabilità, su base di uguaglianza con gli altri, anche attraverso la previsione di idonei accomodamenti procedurali e accomodamenti in funzione dell'età, allo scopo di facilitare la loro partecipazione effettiva, diretta e indiretta, anche in qualità di testimoni, in tutte le fasi del procedimento giudiziario, inclusa la fase investigativa e le altre fasi preliminari. 2. Allo scopo di aiutare a garantire l'effettivo accesso delle persone con disabilità alla giustizia, gli Stati Parti promuovono una formazione adeguata per coloro che operano nel campo dell'amministrazione della giustizia, comprese le forze di polizia ed il personale penitenziario». Per un'analisi della Convenzione si rinvia, tra i contributi più recenti, a J.W. REISS, *Innovative Governance in a Federal Europe: Implementing the Convention on the Rights of Persons with Disabilities*, in *Eur. Law Jour.*, 2014, pp. 107-125; P. BARTLETT, *The United Nations Convention on the Rights of Persons with Disabilities and mental health law*, in *Mod. Law Rev.*, 2012, pp. 752-778; L. WADDINGTON, *The European Union and the United Nations Convention on the Rights of Persons with Disabilities: A Story of Exclusive and Shared Competences*, in *Maastricht. Jour. Eur. Comp. Law*, 2011, pp. 431-453; M.A. STEIN, J.E. LORD, *Monitoring the Convention on the Rights of Persons with Disabilities: Innovations, Lost Opportunities, and Future Potential*, in *Hum. Rights Quart.*, 2010, pp. 689-728; F. MÉGRET, *The Disabilities Convention: Human Rights of Persons with Disabilities or Disability Rights?*, *ivi*, 2008, pp. 494-516.

²⁰ Sul piano nazionale viene in rilievo, da ultimo, la L. 6 agosto 2013, n. 96, *Delega al Governo per il recepimento delle direttive europee e l'attuazione di altri atti dell'Unione europea - Legge di delegazione europea 2013*, in *GU Serie Generale* n. 194 del 20 agosto 2013. Essa prevede, infatti, all'art. 5, rubricato «Criteri di delega al Governo per il recepimento della direttiva 2011/36/UE concernente la prevenzione e la repressione della tratta di esseri umani e la protezione delle vittime», che il Governo è tenuto a seguire anche i seguenti principi e criteri direttivi specifici: «d) prevedere che la definizione di «persone vulnerabili» tenga conto di aspetti quali l'età, il genere, le condizioni di salute, le disabilità, anche mentali, la condizione di vittima di tortura, stupro o altre forme di violenza sessuale, e altre forme di violenza di genere». Cfr., al riguardo, R. CONTI, *Diritti fondamentali, soggetti vulnerabili: tappe e obiettivi di un articolato "cammino interno"*, Roma, 24 gennaio 2014, disponibile al seguente indirizzo internet: http://www.questionegiustizia.it/articolo/diritti-fondamentali-soggetti-vulnerabili_tappe-obiettivi-di-un-articolato-cammino-interno_08-02-2014.php.

imputati, *in primis*, all'effettivo grado di comprensione e di partecipazione alle fasi procedimentali e processuali.

Lo conferma, innanzitutto, il disposto del primo *considerando*, che tra le “persone vulnerabili” annovera coloro che «non sono in grado di capire e partecipare efficacemente al procedimento penale per ragioni di età, condizioni mentali o fisiche o disabilità»²¹. Ne costituisce riprova, altresì, il terzo paragrafo della Sezione n. 1 della stessa Raccomandazione, ove si legge che «La persona vulnerabile dovrebbe essere associata, nel rispetto del suo interesse superiore, all'esercizio dei diritti procedurali tenuto conto della sua capacità di capire e partecipare effettivamente al procedimento».

Piuttosto dettagliata è, inoltre, l'indicazione del momento a partire dal quale è possibile procedere alla valutazione della vulnerabilità di indagati ed imputati, ovvero sin dalla fase degli interrogatori di polizia, nonché nel corso delle indagini preliminari, della fase processuale *stricto sensu* intesa o nell'ambito di un procedimento di esecuzione del mandato d'arresto europeo²². A tal proposito, tutte le autorità coinvolte nelle varie fasi del procedimento penale dovrebbero poter ricorrere all'esame medico di un esperto che non soltanto provveda all'individuazione delle persone vulnerabili, ma abbia, al contempo, anche le competenze necessarie per stabilirne il grado di vulnerabilità e le specifiche esigenze. L'esperto dovrebbe, inoltre, poter formulare un “parere” sull'adeguatezza delle misure adottate o previste nei confronti di tali soggetti.

La disposizione in commento, tuttavia, non chiarisce quali siano le modalità di nomina dell'esperto (si parla genericamente di «esperto indipendente») né come si debba stabilire il “grado di vulnerabilità”: il rischio di un'interpretazione discrezionale e di applicazioni divergenti nelle prassi nazionali non appare in tal modo scongiurato.

Infine, il mancato riconoscimento del grado di vulnerabilità o l'errata valutazione dello stesso dovrebbero poter essere contestati dall'indagato, dall'imputato o dall'avvocato (manca, in tal caso, il riferimento al ricercato), secondo le disposizioni del diritto interno, nell'ipotesi in cui possa «ostacolare o limitare in modo significativo l'esercizio dei suoi diritti fondamentali». Tale statuizione, tuttavia, non obbliga gli Stati membri a prevedere strumenti *ad hoc* per impugnare la mancanza o il rifiuto del riconoscimento dello status di persona vulnerabile.

4. L'elenco dei diritti degli indagati ed imputati vulnerabili

Decisamente più articolato si presenta il discorso relativo ai diritti riconosciuti, nei procedimenti penali, in capo ad indagati ed imputati vulnerabili, che risultano elencati in un'apposita sezione della Raccomandazione di cui si sta discorrendo²³. Si tratta di un complesso di garanzie “minime”, conferite non soltanto alla persona vulnerabile indagata o

²¹ *Considerando* n. 1.

²² Letteralmente, «i diritti procedurali specifici della persona vulnerabile dovrebbero applicarsi a partire dal momento in cui essa è indagata per un reato e fino alla conclusione del procedimento». Una valutazione iniziale dovrebbe essere effettuata dalla «polizia o da un'altra autorità di contrasto o giudiziaria» (par. 1 della Sezione n. 1). Decisione quadro 2002/584/GAI del Consiglio del 13 giugno 2002 *relativa al mandato di arresto europeo e alle procedure di consegna tra Stati membri*, in GUCE L 190 del 18 luglio 2002, pp. 1-18.

²³ V. la Sezione n. 3.

imputata in un procedimento penale, ma anche ai ricercati vulnerabili, oggetto di un procedimento di esecuzione del mandato di arresto europeo²⁴.

A venire in rilievo sono, *in primis*, il diritto di non subire discriminazioni in base al diritto nazionale nonché la presunzione di vulnerabilità in presenza di determinate condizioni, quali «gravi menomazioni psicologiche, intellettuali, fisiche o sensoriali, malattie mentali o disturbi cognitivi che impediscono loro di capire e partecipare efficacemente al procedimento».

Segue il diritto all'informazione, che viene attribuito a ben determinate categorie di soggetti, ovvero: 1) alle «persone disabili», che dovrebbero poter accedere alle informazioni in un formato loro accessibile; 2) alle persone vulnerabili (o, se necessario al rappresentante legale o ad un adulto idoneo) che dovrebbero essere informate dei diritti di cui alla raccomandazione («in particolare quelli connessi al diritto all'informazione, al diritto all'assistenza medica, al diritto di avvalersi di un difensore, al rispetto della vita privata e, se del caso, ai diritti relativi alla detenzione preventiva»); infine, 3) al rappresentante legale o ad un adulto idoneo, che dovrebbero essere presenti sia presso gli uffici di polizia che nel corso dello svolgimento delle udienze. Quest'ultima disposizione deve essere letta alla luce del *considerando* n. 10 della stessa Raccomandazione, ove si specifica che «il rappresentante legale dell'indagato o imputato vulnerabile o un adulto idoneo dovrebbe essere informato quanto prima del procedimento giudiziario nei confronti della persona vulnerabile, della natura dell'accusa, dei diritti procedurali e dei mezzi di ricorso disponibili. Il rappresentante legale o l'adulto idoneo dovrebbe essere informato quanto prima della privazione della libertà personale e dei relativi motivi, salvo che ciò sia contrario all'interesse superiore della persona vulnerabile»²⁵.

Nel «nucleo» minimo delle garanzie procedurali di cui alla Raccomandazione della Commissione è ricompresa, inoltre, l'irrinunciabilità, per tutti coloro che non sono in grado di capire e seguire il procedimento penale, del diritto di avvalersi di un difensore, conformemente alla direttiva 2013/48/UE²⁶.

Analogamente, è sancito il diritto alla registrazione audiovisiva di qualsiasi interrogatorio di polizia svolto durante la fase delle indagini preliminari: appare evidente la *ratio* di tale garanzia che poggia sulla frequente incapacità delle persone vulnerabili di comprendere il contenuto delle domande che vengono loro poste, con la conseguente possibilità di contestare successivamente le risposte date e cagionare, in tal modo, un'inutile ripetizione delle domande stesse.

²⁴ Inoltre, tali diritti concernono sia la persona vulnerabile in quanto tale sia i soggetti che con essa si relazionano: infatti, i funzionari di polizia, nonché le autorità di contrasto e giudiziarie competenti per i procedimenti penali nei confronti delle persone vulnerabili dovrebbero ricevere una formazione adeguata, «affinchè siano consapevoli delle esigenze specifiche di tali soggetti». V. il *considerando* n. 17, letto in combinato disposto con il p.to 17 della Sezione n. 3 della Raccomandazione.

²⁵ Il rappresentante legale è colui che «rappresenta gli interessi della persona vulnerabile e ne sorveglia le questioni giuridiche. Un esempio è, in particolare, il tutore della persona vulnerabile nominato dal giudice». Nella nozione di «adulto idoneo» rientrano, invece, «(...) un parente o una persona che ha un legame sociale con la persona vulnerabile e che possa interagire con le autorità e consentire alla persona vulnerabile di esercitare i suoi diritti procedurali».

²⁶ In tal senso v. anche il *considerando* n. 11 della Raccomandazione *de qua*. Si rinvia, inoltre, alla Direttiva 2013/48/UE, cit., disponibile anche sul sito dell'Osservatorio sullo Spazio europeo di Libertà, Sicurezza e Giustizia – Università degli Studi di Salerno, con nota di D. FANCIULLO, <http://www.sls.unisa.it/osservatorio/coop.penale>.

Un'attenzione particolare è dedicata, poi, ai soggetti vulnerabili che siano stati privati della libertà personale: ad essi dovrebbe essere assicurato il diritto di accedere in modo "regolare" e "sistematico" all'assistenza medica, al fine di verificare tanto le condizioni di salute del soggetto vulnerabile, quanto la compatibilità delle misure restrittive adottate nei suoi confronti con la specifica situazione di vulnerabilità.

A tal proposito, gli Stati membri dovrebbero garantire che il ricorso a misure restrittive della libertà personale, prima di una condanna, rappresenti soltanto un'ipotesi di *extrema ratio* e, in ogni caso, che esse siano «proporzionate e soggette a condizioni adeguate alle esigenze della persona vulnerabile». Al contempo, «Dovrebbero essere prese opportune misure per garantire che la persona vulnerabile privata della libertà personale abbia accesso a sistemazioni abitative ragionevoli tenuto conto delle sue esigenze particolari»²⁷.

Inoltre, le autorità competenti dovrebbero assicurare alle persone vulnerabili, con specifiche azioni, il diritto al rispetto della vita privata, dell'integrità fisica e dei dati personali compresi quelli medici.

A tali diritti, espressamente elencati nella Raccomandazione *de qua*, si affiancano, poi, quelli riconosciuti a favore degli indagati ed imputati vulnerabili da specifiche disposizioni: a venire in rilievo è, innanzitutto, il diritto all'interprete e al traduttore, di cui alla direttiva 2010/64/UE del Parlamento europeo e del Consiglio ove, al fine di garantire l'esercizio effettivo dei diritti da essa indicati, è prevista una particolare attenzione nei confronti di indagati ed imputati che si trovino in una posizione di «potenziale debolezza, in particolare a causa di menomazioni fisiche, che ne compromettono la capacità di comunicare efficacemente (...)»²⁸.

In secondo luogo, dalla direttiva 2012/13/UE sul diritto all'informazione nei procedimenti penali emerge la puntuale attenzione del legislatore europeo nei confronti dei soggetti vulnerabili, le cui necessità gli Stati membri dovrebbero prendere in considerazione allorquando vengano fornite le informazioni sui propri diritti «oralmente o per iscritto, in un linguaggio semplice e accessibile»²⁹. Si tratta, in buona sostanza, del diritto ad essere informati sui seguenti diritti: «a) il diritto a un avvocato; b) le condizioni per beneficiare del gratuito patrocinio; c) il diritto di essere informato dell'accusa, a norma dell'articolo 6; d) il diritto all'interpretazione e alla traduzione; e) il diritto al silenzio».

Infine, le persone vulnerabili sono destinatarie di una ben precisa disposizione della direttiva 2013/48/UE sul diritto di avvalersi di un difensore. L'art. 13, rubricato «persone vulnerabili», prevede, infatti, che «Gli Stati membri garantiscono che, nell'applicazione della presente direttiva, si tenga conto delle particolari esigenze di indagati e imputati vulnerabili»³⁰.

²⁷ P.to 14 della Raccomandazione.

²⁸ *Considerando* n. 27. Inoltre, «Le autorità preposte all'esercizio dell'azione penale, le autorità di pubblica sicurezza e le autorità giudiziarie dovrebbero quindi provvedere affinché tali persone possano esercitare in modo effettivo i diritti previsti dalla presente direttiva, ad esempio prendendo in considerazione qualsiasi potenziale vulnerabilità che compromette la loro capacità di seguire il procedimento e di farsi capire, e intraprendendo le azioni necessarie per garantire i diritti in questione». V. nota n. 1.

²⁹ Art. 3, par. 2, della direttiva, ai sensi del quale «Gli Stati membri assicurano che le informazioni fornite a norma del paragrafo 1 siano fornite oralmente o per iscritto, in un linguaggio semplice e accessibile, tenendo conto delle eventuali necessità delle persone indagate o imputate in condizioni di vulnerabilità». V. nota n. 1.

³⁰ V. nota n. 1. Cfr., altresì, il *considerando* n. 51 della direttiva, ove si legge che «L'obbligo di dedicare un'attenzione particolare a indagati e imputati in posizione di potenziale debolezza costituisce il fondamento di una buona amministrazione della giustizia. Le autorità preposte all'esercizio dell'azione penale e le autorità di contrasto e giudiziarie dovrebbero pertanto agevolare tali soggetti nell'esercizio effettivo dei diritti previsti dalla presente direttiva, ad esempio tenendo conto di qualsiasi potenziale vulnerabilità che comprometta la

5. *L'attribuzione di specifici diritti a coloro che non sono in grado di partecipare consapevolmente al procedimento penale per ragioni di età: la Proposta di direttiva sulle garanzie procedurali per i minori indagati o imputati in procedimenti penali*

Come si evince dai precedenti paragrafi, nel novero dei soggetti con esigenze specifiche di protezione rientrano anche (e soprattutto) coloro che non sono in grado di partecipare consapevolmente alle varie fasi del procedimento penale per ragioni di età.

Pertanto, in una prospettiva *de iure* condendo, non si può prescindere dal fare riferimento al fatto che, nel momento in cui si scrive, è oggetto di ampia discussione l'introduzione di una disciplina armonizzata, che tenga conto delle specifiche esigenze connesse alla particolare condizione dei minori: ci si riferisce alla già menzionata *Proposta di direttiva sulle garanzie procedurali per i minori indagati o imputati in procedimenti penali*³¹.

Essa rinviene la propria base giuridica nell'art. 82, par. 2, del TFUE, che attribuisce al Parlamento europeo e al Consiglio la facoltà di stabilire «norme minime», mediante direttive, secondo la procedura legislativa ordinaria, *inter alia*, anche in relazione ai «diritti della persona nella procedura penale» (lett. b).

Al contempo, la proposta di direttiva risponde al Programma dell'Unione europea per i diritti dei minori, con il quale la stessa Commissione europea aveva proposto azioni concrete per la promozione e la tutela dei loro diritti, tra le quali, ad esempio, prevedere «una giustizia a misura di minore», ovvero «adeguare ai minori i sistemi giudiziari d'Europa» e, pertanto, aveva incoraggiato a prendere in considerazione le loro specifiche esigenze e la loro vulnerabilità³².

loro capacità di esercitare il diritto di avvalersi di un difensore e di informare un terzo al momento della privazione della libertà personale e adottando le misure necessarie per garantire i diritti in questione». Al riguardo, cfr. F.A. BUBULA, *La Direttiva 2013/48/UE sul diritto al difensore e a comunicare con terzi e autorità consolari in caso di privazione della libertà personale*, in www.penalecontemporaneo.it, 29 novembre 2013.

³¹ V. *supra*, nota n. 5. Cfr. M. MEYSMAN, *Quo vadis with vulnerable defendants in the EU?*, cit.

³² Comunicazione della Commissione al Parlamento europeo, al Consiglio, al Comitato economico e sociale europeo e al Comitato delle regioni del 15 febbraio 2011, COM(2011) 60 definitivo, consultabile al seguente indirizzo internet: <http://eur-lex.europa.eu/legal-content/IT/TXT/PDF/?uri=CELEX:52011DC0060&from=IT>. Il Programma UE per i diritti dei minori «è un invito che la Commissione rivolge alle istituzioni europee e agli Stati membri affinché ribadiscano l'impegno a fare quanto necessario per tutelare e promuovere i diritti dei più giovani. L'Unione dovrà dare l'esempio nel garantire il rispetto delle disposizioni sui diritti dei minori emananti da trattati, dalla Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea e dalla convenzione ONU sui diritti del fanciullo» (v. p. 15). Costituiscono obiettivi del citato Programma: 1) adeguare ai minori la giustizia; 2) proteggere i minori più vulnerabili; 3) promuovere e tutelare i diritti dei minori nella azione esterna dell'Unione europea. Ai fini del presente lavoro, appare particolarmente significativo il punto in cui si legge che «I minori possono avere difficoltà a farsi rappresentare in giustizia o ad essere sentiti dai giudici. Per giunta, le informazioni di cui ha bisogno il minore o il suo rappresentante per l'esercizio e la difesa dei propri diritti e interessi in sede di procedimento giudiziario possono risultare inadeguate. Può anche succedere che i minori siano trattati alla stregua di adulti senza che ne siano tutelate le esigenze e la vulnerabilità, e che vivano con disagio questa situazione. Un accesso effettivo alla giustizia e una reale partecipazione ai procedimenti amministrativi e giudiziari sono condizioni fondamentali per assicurare un alto livello di protezione degli interessi legittimi di minori» (pag. 6). Tra le azioni concrete individuate dalla Commissione europea vi sono, *inter alia*: l'adozione nel 2011 di una proposta di direttiva sui diritti delle vittime che innalzi il livello di protezione delle vittime vulnerabili, tra cui i minori; la presentazione nel 2012 di una proposta di direttiva in materia di garanzie speciali per indagati o imputati vulnerabili, tra cui i minori; l'integrazione delle direttive del Consiglio d'Europa sulla giustizia adattata ai bambini del 17 novembre 2010

Più nel dettaglio, la proposta di direttiva intende stabilire norme minime comuni sui diritti dei minori indagati o imputati nei procedimenti penali nonché dei minori oggetto di procedimenti di esecuzione del mandato d'arresto europeo, ai sensi della decisione quadro 2002/584/GAI³³. Esulano, invece, dal campo d'indagine della stessa i diritti dei c.d. "adulti vulnerabili", in ragione della mancanza di una definizione comune e dell'esistenza di un esiguo numero di disposizioni internazionali pertinenti³⁴.

nei futuri strumenti giuridici del settore della giustizia civile e penale; la promozione di attività di formazione per giudici e altri professionisti a livello europeo sui modi per favorire una partecipazione ottimale dei minori al sistema giudiziario (...). V., inoltre, la Comunicazione della Commissione del 4 luglio 2006 *Verso una strategia dell'Unione europea sui diritti dei minori*, COM(2006) 367 definitivo, consultabile al seguente indirizzo internet: <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=COM:2006:0367:FIN:IT:PDF>.

³³ È fatta salva la possibilità, per gli Stati membri, di prevedere standard di tutela più elevati. Le disposizioni della proposta vanno lette in combinato disposto con la già citata direttiva 2012/29/UE, che considera «preminente» l'interesse superiore del minore «conformemente alla Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea e alla convenzione delle Nazioni Unite sui diritti del fanciullo adottata il 20 novembre 1989». Infatti, «Le vittime minorenni dovrebbero essere considerate e trattate quali detentori a pieno titolo dei diritti previsti dalla presente direttiva e dovrebbero poter esercitare i loro diritti in un modo che tenga conto della loro capacità di formarsi opinioni proprie» (*considerando* n. 14). Viene, altresì, in rilievo il *considerando* n. 19, ove si afferma che «(...) Nel caso di un minore, il minore stesso o, a meno che ciò non sia in contrasto con l'interesse superiore del minore, il titolare della responsabilità genitoriale a nome del minore dovrebbero avere la facoltà di esercitare i diritti previsti dalla presente direttiva». Tali concetti sono, poi, ribaditi dal secondo par. dell'art. 1, ove si legge: «Gli Stati membri assicurano che nell'applicazione della presente direttiva, se la vittima è un minore, sia innanzitutto considerato l'interesse superiore del minore e si proceda a una valutazione individuale. Si privilegia un approccio rispettoso delle esigenze del minore, che ne tenga in considerazione età, maturità, opinioni, necessità e preoccupazioni. Il minore e il titolare della potestà genitoriale o altro eventuale rappresentante legale sono informati in merito a eventuali misure o diritti specificamente vertenti sui minori». Infine, merita menzione l'art. 24 della stessa direttiva che sancisce il diritto del minore di beneficiare di protezione nel corso del procedimento penale. Vi si legge, infatti, al par. 1: «1. Se la vittima è un minore gli Stati membri, oltre alle misure di cui all'articolo 23, provvedono affinché: a) nell'ambito delle indagini penali tutte le audizioni del minore vittima di reato possano essere oggetto di registrazione audiovisiva e tali registrazioni possano essere utilizzate come prova nei procedimenti penali; b) nell'ambito delle indagini penali e del procedimento, secondo il ruolo della vittima nel pertinente sistema giudiziario penale, le autorità competenti nominino un rappresentante speciale per i minori vittime di reato qualora, ai sensi del diritto nazionale, i titolari della responsabilità genitoriale non siano autorizzati a rappresentare il minore vittima di reato in ragione di un conflitto di interesse con quest'ultimo oppure il minore vittima di reato non sia accompagnato o sia separato dalla famiglia; c) i minori vittime di reato, qualora abbiano diritto a un avvocato, godano del diritto alla consulenza e rappresentanza legale, in nome proprio, nell'ambito di procedimenti in cui sussiste, o potrebbe sussistere, un conflitto di interessi tra il minore vittima di reato e i titolari della potestà genitoriale. Le norme procedurali per le registrazioni audiovisive di cui al primo comma, lettera a), e la loro utilizzazione sono determinate dal diritto nazionale. 2. Ove l'età della vittima risulti incerta e vi sia motivo di ritenere che si tratti di un minore, ai fini della presente direttiva si presume che la vittima sia un minore».

³⁴ Per tali ragioni, per gli "adulti vulnerabili" si è optato per un atto privo di efficacia vincolante come la già esaminata Raccomandazione. In tal senso v. il Documento di lavoro dei Servizi della Commissione del 27 novembre 2013 *Sintesi della valutazione d'impatto che accompagna la Proposta di direttiva del Parlamento europeo e del Consiglio sulle garanzie procedurali per i minori indagati o imputati in procedimenti penali*, SWD(2013) 481 final, p.to 6, n. 2. V. anche le Osservazioni della quattordicesima Commissione permanente chiamata a valutare la proposta, ove si legge: «(...) rilevato che la proposta è presentata congiuntamente a una raccomandazione della Commissione, del 27 novembre 2013, sulle garanzie procedurali per le persone vulnerabili indagate o imputate in procedimenti penali, adottata nel rispetto del principio di sussidiarietà in ragione dell'assenza di una definizione di "adulto vulnerabile", e che nel diritto interno la mancanza di una loro partecipazione cosciente alle indagini o al processo può determinare la sospensione del procedimento (artt. 70 ss. c.p.p.), sempreché non debba essere pronunciata sentenza di proscioglimento o di non luogo a procedere». Tali Osservazioni sono consultabili al seguente indirizzo internet: <http://www.senato.it/application/xmanager/projects/leg>.

La proposta di direttiva non intende incidere, invece, sulle disposizioni nazionali concernenti l'età a partire dalla quale il minore diviene penalmente responsabile, in quanto in alcuni Stati membri lo stesso non è sottoposto a procedimenti penali, ma ad altri procedimenti che comportano soltanto l'applicazione di misure restrittive, quali, ad esempio, le misure di protezione o educative.

La *ratio* di tale proposta risiede nella volontà di stabilire garanzie minime affinché i minori indagati o imputati nei procedimenti penali siano in grado di capire e seguire il procedimento stesso e, conseguentemente, siano capaci di esercitare il diritto ad un equo processo, così come sancito dalla Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali e dalla Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea.

Al fine di una più corretta attuazione delle garanzie procedurali ivi previste, la proposta di direttiva promuove la formazione dei soggetti che entrano in contatto con i minori, quali, ad esempio, le autorità giudiziarie, le autorità di contrasto, il personale penitenziario e i difensori: essi dovrebbero divenire «professionisti specializzati» «sui diritti dei minori, sulle tecniche appropriate di interrogatorio, sulla psicologia minorile, sulla comunicazione in un linguaggio adattato al minore e sulle competenze pedagogiche necessarie»³⁵.

5.1 (segue) Una prima (provvisoria) ricognizione delle garanzie procedurali spettanti al minore indagato o imputato nei procedimenti penali

Benchè si tratti ancora di una proposta di direttiva – per la quale, peraltro, sono stati già prospettati numerosi emendamenti³⁶ – sin da ora è possibile evidenziare, nel dibattito sorto in sede europea in merito alla sua adozione, qualche interrogativo di indubbio rilievo: nei confronti di chi ed in quali casi si applicheranno le garanzie procedurali ivi previste? Quali saranno, in concreto, i diritti di cui disporrà il minore indagato o imputato nei procedimenti penali?

Per quanto concerne il primo profilo, ovvero l'ambito di applicazione *ratione personae*, vi si legge che devono essere considerati minori coloro che non hanno ancora compiuto diciotto anni nel momento in cui diventino indagati o imputati per un reato, «indipendentemente dall'età che avranno durante il procedimento e fino alla decisione definitiva»³⁷. Così statuendo, la proposta di direttiva recepisce, in buona sostanza, il

17/file/repository/commissioni/comm14/pareri/plenaria/COM2013_822_Tutela_penale_minori.pdf.

³⁵ Art. 19: «Attraverso i servizi pubblici o finanziando organizzazioni che sostengono i minori, gli Stati membri incoraggiano iniziative che consentano agli operatori che offrono servizi di sostegno ai minori e di giustizia riparatoria di ricevere un'adeguata formazione, di livello appropriato al tipo di contatto che intrattengono con i minori, e che rispettino le norme professionali a garanzia di servizi forniti in modo imparziale, rispettoso e professionale».

³⁶ In seguito all'adozione, in occasione del Consiglio GAI del 5-6 giugno 2014, di un "approccio generale" sulla proposta di direttiva, il 5 febbraio 2015 la Commissione LIBE ha approvato una serie di emendamenti indicati nel Progetto di Relazione (2013/0408(COD) presentato in data 19 novembre 2014, consultabile al seguente indirizzo internet: http://www.europarl.europa.eu/meetdocs/2014_2019/documents/libe/pr/1040/1040876/1040876it.pdf.

³⁷ V. il *considerando* n. 8 e l'art. 3. Cfr. il testo risultante dalla riunione del Coreper del 20 maggio 2014, consultabile al seguente indirizzo internet: <http://www.europarl.europa.eu/document/activities/cont/20141>

disposto della Convenzione delle Nazioni Unite sui diritti del fanciullo, mostrandosi, dunque, perfettamente in sintonia con gli strumenti sovranazionali in materia³⁸. Tuttavia, per come è allo stato formulata, tale disposizione sembrerebbe ricondurre l'applicabilità delle garanzie procedurali di cui alla proposta di direttiva esclusivamente al momento dell'acquisizione dello status di indagato o imputato e non, invece, al tempo della commissione del fatto criminoso da parte della persona minorenn³⁹.

Il secondo punto degno di rilievo concerne, invece, la delimitazione dei "procedimenti penali" per i quali trovano applicazione le disposizioni della proposta di direttiva. In effetti, tale questione emerge dalla lettura del Parere adottato dal Comitato economico e sociale europeo il 25 marzo 2014, ove – a fronte delle differenti nozioni utilizzate nei ventotto Paesi membri dell'Ue – si contesta proprio la mancata specificazione – nella originaria proposta di direttiva – della locuzione "procedimento penale": in altri termini, occorre specificare se «(...) si intendano soltanto i procedimenti che negli Stati membri sono qualificati come "penali" oppure se nelle proposte di direttive il termine sia da interpretare in senso più ampio e possa ad esempio comprendere anche i procedimenti amministrativi intesi a infliggere una sanzione»⁴⁰.

0/20141029ATT92132/20141029ATT92132EN.pdf. Nel testo si legge che la proposta di direttiva dovrebbe applicarsi a partire dal momento in cui i minori sono informati dalle competenti autorità di uno Stato membro di essere indagati o imputati per un reato (considerando n. 8 e art. 2). Nello stesso testo si specifica che la proposta di direttiva dovrebbe applicarsi «fino alla conclusione del procedimento, vale a dire fino alla decisione definitiva che stabilisce se l'indagato o imputato abbia commesso il reato, incluse, se del caso, la pronuncia della condanna e la decisione sull'impugnazione» (art. 2, par. 1). Gli Stati membri sono incoraggiati, poi, ad applicare alcune garanzie previste nella summenzionata proposta anche nei confronti di indagati, imputati e ricercati «che erano minori al momento di essere sottoposti al procedimento ma che sono successivamente diventati maggiorenni» (art. 2, par. 3). L'art. 3 è stato integrato dalla Commissione LIBE nel seguente modo: «Qualora, anche a seguito di accertamenti, permangano dubbi sulla minore età, questa è presunta ad ogni effetto».

³⁸ Convenzione delle Nazioni Unite sui diritti del fanciullo, cit.

³⁹ Per determinare la minore età di un individuo, gli Stati membri dovrebbero prendere in considerazione vari fattori, quali le dichiarazioni del minore, lo stato civile, le ricerche documentali o altre prove o, qualora non vi siano prove ovvero esse non siano risolutive, gli stessi dovrebbero individuarne l'età sulla base di un esame medico. Cfr. il *considerando* n. 11.

⁴⁰ Si rinvia ai punti 3.4.2, 3.4.3, 3.4.4, 3.4.5 del Parere 2014/C 226/12 del Comitato economico e sociale europeo del 25 marzo 2014 *in merito alla Proposta di direttiva del Parlamento europeo e del Consiglio sul rafforzamento di alcuni aspetti della presunzione di innocenza e del diritto di presenziare al processo nei procedimenti penali* COM(2013) 821 final - 2013/0407 (COD), *Proposta di direttiva del Parlamento europeo e del Consiglio sulle garanzie procedurali per i minori indagati o imputati in procedimenti penali* COM(2013) 822 final - 2013/0408 (COD), *Proposta di direttiva del Parlamento europeo e del Consiglio sull'ammissione provvisoria al patrocinio a spese dello Stato per indagati o imputati privati della libertà personale e sull'ammissione al patrocinio a spese dello Stato nell'ambito di procedimenti di esecuzione del mandato d'arresto europeo* COM(2013) 824 final - 2013/0409 (COD), *Comunicazione della Commissione al Parlamento europeo, al Consiglio, al Comitato economico e sociale europeo e al Comitato delle regioni - Progredire nell'attuazione dell'agenda dell'Unione europea sulle garanzie procedurali per indagati e imputati - Rafforzare le basi dello spazio europeo di giustizia penale* COM(2013) 820 final, in GUUE C 226 del 16 luglio 2014, pp. 63-67. Vi si legge: «3.4.2 Sia nella proposta di direttiva sul rafforzamento di alcuni aspetti della presunzione di innocenza che in quella sulle garanzie procedurali per i minori in procedimenti penali, nella definizione del campo di applicazione viene stabilito che tale tutela si applica chiaramente soltanto nel quadro di un procedimento penale. 3.4.3 Nel testo della proposta non viene precisato che cosa si debba esattamente intendere per "procedimento penale". Ciò induce a chiedersi se si intendano soltanto i procedimenti che negli Stati membri sono qualificati come "penali" oppure se nelle proposte di direttive il termine sia da interpretare in senso più ampio e possa ad esempio comprendere anche i procedimenti amministrativi intesi a infliggere una sanzione. 3.4.4 Secondo la giurisprudenza costante della Corte europea dei diritti dell'uomo, l'eventuale carattere penale di un procedimento viene determinato sulla base di tre parametri (noti come "criteri Engel"): 1) qualificazione data

Giova richiamare, al riguardo, la giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo che, com'è noto, a partire dal caso *Engel* ha individuato tre criteri per stabilire l'eventuale carattere penale di un procedimento, ovvero la qualificazione data dal diritto interno, la natura dell'illecito nonché la natura e la gravità della sanzione⁴¹. Pertanto, sulla base di quanto precede, per evitare che uno Stato membro possa sottrarsi all'applicazione delle garanzie procedurali soltanto in ragione del *nomen iuris* attribuito ad un determinato procedimento, lo stesso Comitato economico e sociale europeo ha evidenziato la necessità di consentire alla Corte di giustizia «di interpretare il termine “procedimento penale” in maniera indipendente dalla classificazione prevista dall'ordinamento nazionale»⁴². Peraltro, di tali rilievi tengono conto i già richiamati emendamenti proposti dalla Commissione LIBE nel febbraio 2015⁴³.

Ciò detto, l'aspetto di maggiore interesse della proposta di direttiva è costituito dall'elencazione, per la prima volta in maniera organica, nell'ambito di un atto di diritto derivato, delle garanzie procedurali attribuite ai minori indagati o imputati, tanto nella fase procedimentale quanto in quella processuale *stricto sensu* intesa. Tuttavia, nell'ambito di un quadro complessivo ancora piuttosto confuso, atteso il carattere provvisorio del testo esaminato, non è possibile dar conto, in questa sede, delle numerose questioni sorte in merito all'esatta delimitazione delle garanzie procedurali elencate; ci si limiterà, pertanto, ad indicare soltanto alcuni dei profili problematici che emergono dalla lettura della proposta di direttiva.

Invero, non stupisce notare come si tratti di garanzie in parte desunte dalle altre direttive sui diritti procedurali dell'individuo, finora adottate nell'ambito della cooperazione giudiziaria in materia penale, in parte ricavate dalle disposizioni della Carta dei diritti fondamentali e della Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali, in parte provenienti dalla giurisprudenza delle due supreme Corti europee⁴⁴. Alcuni dei diritti menzionati si estendono, inoltre, nell'ambito del procedimento di esecuzione del mandato d'arresto europeo, anche ai minori ricercati nello Stato di esecuzione a partire dal momento dell'arresto⁴⁵.

dal diritto interno; 2) natura dell'illecito; e 3) natura e gravità della sanzione. Pertanto, ai fini dell'applicazione del diritto a un equo processo, nella Convenzione europea dei diritti dell'uomo numerosi procedimenti amministrativi sono considerati procedimenti penali. Questa giurisprudenza mira a evitare che gli Stati possano sottrarsi alle garanzie fondamentali sancite dalla Convenzione semplicemente attraverso il modo in cui qualificano un procedimento».

⁴¹ Sentenza della Corte EDU dell'8 giugno 1976, ric. nn. 5100/71, 5101/71, 5102/71, 5354/72 e 5370/72, *Engel and Others v. The Netherlands*, parr. 81-83.

⁴² Punto 3.4.5.

⁴³ *Considerando* n. 6bis e n. 6ter.

⁴⁴ Vengono in rilievo gli articoli 4, 6, 7, 24, 47 e 48 della Carta dei diritti fondamentali, nonché gli articoli 3, 5, 6 e 8 della CEDU. Particolarmente degna di rilievo è, inoltre, la già citata *Convenzione europea sull'esercizio dei diritti dei minori*. Vi si legge, all'art. 1, par. 2: «Oggetto della presente Convenzione è promuovere, nell'interesse superiore dei minori, i loro diritti, concedere loro diritti azionabili e facilitarne l'esercizio facendo in modo che possano, essi stessi o tramite altre persone od organi, essere informati e autorizzati a partecipare ai procedimenti che li riguardano dinanzi ad un'autorità giudiziaria» e par. 3: «I procedimenti che interessano i minori dinanzi ad un'autorità giudiziaria sono i procedimenti in materia di famiglia, in particolare quelli relativi all'esercizio delle responsabilità genitoriali, trattandosi soprattutto di residenza e di diritto di visita nei confronti dei minori».

⁴⁵ Art. 17. Il riferimento è ai diritti contenuti negli artt. 4, 5, 6, 8, 10, 11, 12, 14, 15 e 18. Inoltre, ai sensi del secondo paragrafo dell'art. 17, «Fatto salvo l'articolo 12 della decisione quadro 2002/584/GAI, l'autorità dell'esecuzione prende tutte le misure necessarie per limitare la durata della privazione della libertà del minore oggetto di un procedimento di esecuzione del mandato d'arresto europeo».

Nel novero delle garanzie procedurali è compreso, *in primis*, il diritto del minore di essere informato «tempestivamente» sui propri diritti, conformemente alla direttiva 2012/13/UE⁴⁶, con inclusione dei seguenti diritti: 1. il diritto che sia informato il titolare della responsabilità genitoriale; 2. il diritto di avvalersi di un difensore⁴⁷; 3. il diritto a una valutazione individuale; 4. il diritto a un esame medico; 5. il diritto alla libertà e il diritto a un trattamento specifico in caso di detenzione⁴⁸; 6. il diritto alla protezione della vita privata; 7. il diritto del titolare della responsabilità genitoriale di assistere alle udienze; 8. il diritto di presenziare al processo; 9. il diritto al patrocinio a spese dello Stato⁴⁹.

Va da sé che tutti i diritti appena richiamati debbano essere indicati nella c.d. “comunicazione dei diritti” che le autorità competenti dovrebbero consegnare al minore che venga privato della libertà personale, in una lingua comprensibile e in un formato facilmente accessibile⁵⁰.

⁴⁶ Art. 4 della Proposta di direttiva. La già richiamata Relazione approvata dalla Commissione LIBE nel febbraio 2015 specifica, al riguardo, che le informazioni, in forma scritta e orale, devono essere fornite con modalità adeguate all'età, alle cognizioni e alle capacità intellettive del minore.

⁴⁷ Modificato dalla Commissione LIBE in «diritto di essere assistito da un difensore».

⁴⁸ La Commissione LIBE ha affiancato l'arresto alla già prevista detenzione.

⁴⁹ Tale elenco risulta notevolmente ampliato nel già citato testo risultante dalla riunione del Coreper del 20 maggio 2014, ove si fa riferimento al diritto del minore di essere informato circa i suoi diritti e benefici «e se e quando tali diritti e benefici sono d'applicazione: a) *le informazioni da fornire a un titolare della responsabilità genitoriale*, di cui all'articolo 5; b) *il diritto di avvalersi di un difensore*, di cui all'articolo 6; c) *l'assistenza di un difensore, di cui all'articolo 6 bis*; d) *la valutazione individuale*, di cui all'articolo 7; e) *la facoltà di sottoporsi a un esame medico*, di cui all'articolo 8; f) *la limitazione della detenzione e il ricorso a misure alternative*, di cui all'articolo 10; g) *trattamento specifico in caso di detenzione*, di cui all'articolo 12; h) *protezione della vita privata*, di cui all'articolo 14; i) *il diritto di essere accompagnato da un adulto durante le udienze*, di cui all'articolo 15; j) *il diritto di presenziare al processo*, di cui all'articolo 16; k) *il patrocinio a spese dello Stato*, di cui all'articolo 18» (corsivo aggiunto). Inoltre, la Commissione LIBE ha introdotto il diritto di essere informati del «diritto a mezzi di ricorso effettivi».

⁵⁰ A tal proposito, appaiono condivisibili le affermazioni di chi ritiene «opportuno specificare che anche il difensore che assiste il minore dovrebbe ricevere le informazioni o la “comunicazione dei diritti”». Cfr. Commissione per le libertà civili, la giustizia e gli affari interni, *Documento di lavoro sulle garanzie procedurali per i minori indagati o imputati in procedimenti penali (2013/0408 (COD))*, del 31 marzo 2014. Invero, il diritto all'informazione spetterebbe non soltanto al minore indagato e imputato, ma anche a coloro che su di esso esercitano la responsabilità genitoriale, intesa, secondo quanto si legge al *considerando* n. 14, come «l'insieme dei diritti e doveri di cui è investita una persona fisica o giuridica in virtù di una decisione giudiziaria, della legge o di un accordo in vigore riguardanti la persona o i beni di un minore, compresi il diritto di affidamento e il diritto di visita». La stessa disposizione sancisce, inoltre, che è titolare della responsabilità genitoriale colui che «esercita la responsabilità di genitore su un minore, secondo la definizione del regolamento (CE) n. 2201/2003 del Consiglio». Cfr. Regolamento (CE) n. 2201/2003 del Consiglio del 27 novembre 2003 *relativo alla competenza, al riconoscimento e all'esecuzione delle decisioni in materia matrimoniale e in materia di responsabilità genitoriale*, in GUUE L 338 del 23.12.2003, p. 1. In altri termini, il minore ha il diritto che sia informato, oralmente o per iscritto, delle garanzie procedurali applicabili, il titolare della responsabilità genitoriale ovvero, qualora possa essere leso il suo interesse superiore, un altro adulto idoneo. Art. 5 della Proposta di direttiva. Nel testo risultante dalla riunione del Coreper del 20 maggio 2014, cit., si legge «1. Gli Stati membri provvedono affinché le informazioni che il minore riceve in virtù dell'articolo 4 siano comunicate al più presto a un titolare della responsabilità genitoriale. 2. Qualora la comunicazione a un titolare della responsabilità genitoriale delle informazioni di cui al paragrafo 1: a) sia contraria all'interesse superiore del minore; b) possa compromettere il procedimento penale oppure c) non sia possibile perché nessuno dei titolari della responsabilità genitoriale è raggiungibile o l'identità è sconosciuta, le informazioni siano comunicate a un altro adulto idoneo, indicato dal minore e accettato in quanto tale dall'autorità competente, oppure a una persona designata dall'autorità competente, che può essere anche un'autorità o altra istituzione competente per la protezione o il benessere dei minori». Sul punto v., ancora una volta, il già citato *Documento di lavoro sulle garanzie procedurali per i minori indagati o imputati in procedimenti penali*, ove, in chiave critica, si legge

Segue, all'art. 6, il diritto del minore di avvalersi di un difensore, conformemente alla direttiva 2013/48/UE⁵¹: tale garanzia copre ogni fase del procedimento penale e «si applica anche ai procedimenti penali che possono comportare l'archiviazione definitiva della causa da parte del pubblico ministero una volta che il minore abbia rispettato determinate condizioni»⁵².

che «il riferimento a un "altro adulto idoneo" è molto vago; occorrerebbe chiarire chi decide su chi sia un "adulto idoneo". Inoltre, visto che la direttiva non prevede esplicitamente il diritto dell'adulto di essere presente in tutte le fasi del procedimento (a eccezione dell'udienza, articolo 15), è opportuno che sia la direttiva stessa a stabilire in quale momento l'adulto debba essere informato». L'informazione fornita dovrebbe essere «tempestiva e sufficientemente dettagliata da garantire l'equità del procedimento e l'esercizio effettivo dei diritti della difesa del minore». La Commissione LIBE ha integrato l'articolo prevedendo che l'adulto idoneo debba essere «indicato dal minore e approvato dall'autorità competente, oppure – in assenza di indicazioni da parte del minore – a una persona designata dall'autorità competente e accettata dal minore». Cfr. il *considerando* n. 15 della Proposta di direttiva. Quest'ultimo inciso sembra costituire una parziale riproduzione dell'art. 6, par. 3, lett. a), della CEDU e, conseguentemente, operare un implicito richiamo alla corrispondente giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo. Sul punto ci si permette di rinviare a D. FANCIULLO, *Il diritto all'equo processo*, in A. DI STASI, *Il diritto all'equo processo nella CEDU e nella Convenzione americana sui diritti umani. Analogie, dissonanze e profili di convergenza giurisprudenziale*, Torino, 2012, pp. 148-189, in part. par. 6.1 «Il diritto all'informazione».

⁵¹ L'espressione «di avvalersi» è stata sostituita dalla Commissione LIBE con l'espressione «di essere assistito», in quanto «La formula proposta intende rendere più chiaro che il difensore deve poter affiancare e assistere il minore nell'ambito del procedimento, e non semplicemente fornire un supporto "esterno" rispetto al medesimo». Si veda, in particolare, il *considerando* n. 55 della direttiva 2013/48/UE, cit., ove si legge: «La presente direttiva promuove i diritti dei minori e tiene conto delle linee guida del Consiglio d'Europa su una giustizia a misura di minore, in particolare delle relative norme in materia di informazione e consulenza da fornire ai minori. La presente direttiva assicura che ad indagati e imputati, compresi i minori, siano fornite informazioni adeguate per comprendere le conseguenze della rinuncia a un diritto previsto dalla presente direttiva e che tale rinuncia avvenga in maniera volontaria e inequivocabile. Qualora l'indagato o imputato sia un minore, il titolare della responsabilità genitoriale dovrebbe essere informato quanto prima a seguito della privazione della libertà personale del minore e dovrebbe ricevere comunicazione dei relativi motivi. Se la comunicazione di tali informazioni al titolare della responsabilità genitoriale è contraria all'interesse superiore del minore, è opportuno che sia informato un altro adulto idoneo, ad esempio un parente. Ciò dovrebbe far salve le disposizioni del diritto nazionale che dispongono che specifiche autorità, istituzioni o persone, in particolare quelle responsabili per la protezione o il benessere dei minori, siano informate della privazione della libertà personale di un minore. Salvo in casi del tutto eccezionali, gli Stati membri dovrebbero astenersi dal limitare o differire l'esercizio del diritto di comunicare con un terzo in relazione a minori indagati o imputati privati della libertà personale. In caso di differimento, il minore non dovrebbe comunque essere tenuto in isolamento e dovrebbe essere autorizzato a comunicare, ad esempio, con un'istituzione o una persona responsabile per la protezione o il benessere dei minori». Nella proposta di direttiva *de qua* non sembra, invece, richiamato il diritto, espressamente riconosciuto dall'art. 5, par. 2, della direttiva 2013/48/UE, di informare quanto prima un terzo (il titolare della responsabilità genitoriale, ovvero, nel caso in cui ciò sia contrario all'interesse superiore del minore, un altro adulto idoneo) della privazione della libertà personale e dei relativi motivi. La stessa direttiva aggiunge, inoltre, che qualora per motivi imperativi giustificati dalle particolari circostanze del caso sia necessario derogare temporaneamente a tale diritto, gli Stati membri dovrebbero garantire che un'autorità competente per la protezione o il benessere dei minori sia informata senza indebito ritardo della privazione della libertà personale del minore.

⁵² Art. 6, par. 2, della Proposta di direttiva. Per quanto concerne il momento temporale dell'assunzione del diritto all'assistenza di un difensore appare particolarmente significativo il ragionamento seguito dalla Corte europea dei diritti dell'uomo, per il quale sia consentito rinviare a D. FANCIULLO, *Il diritto all'equo processo*, cit., in part. il par. 6.5 dedicato alla «difesa tecnica», pp. 178-189. In particolare, i giudici di Strasburgo hanno esteso l'ambito di applicazione del diritto all'assistenza di un difensore, prevedendo che l'accusato, in considerazione della particolare condizione di vulnerabilità in cui si trovi e qualora possa essere messa in pericolo la correttezza della formazione della prova, possa beneficiare dell'assistenza del difensore fin dalle prime fasi degli interrogatori di polizia, «(...) when he is confronted with both the stress of the situation and the increasingly complex criminal legislation involved». Cfr. le sentenze della Corte EDU del 18 febbraio

La stessa disposizione cristallizza, poi, l'irrinunciabilità del diritto all'assistenza di un difensore, in quanto il minore è, in linea di principio, incapace di capire e seguire perfettamente il procedimento penale in cui è coinvolto: è inevitabile, in tal caso, il richiamo alla Raccomandazione esaminata nei precedenti paragrafi che, parimenti, sancisce l'irrinunciabilità del diritto all'assistenza di un difensore da parte di tutti coloro che non sono in grado di capire e seguire attivamente il procedimento penale⁵³. Non mancano, tuttavia, ipotesi in cui l'obbligo dell'assistenza difensiva viene meno: si pensi, ad esempio, ai reati minori quali le infrazioni al codice della strada, per le quali è competente un'autorità diversa dal magistrato del pubblico ministero o da una corte avente giurisdizione in materia penale⁵⁴.

Particolarmente degno di rilievo è, inoltre, il diritto del minore di essere valutato individualmente, conformemente alla propria personalità e maturità ovvero alla propria situazione economica e sociale (nonché familiare e ambientale, secondo l'emendamento proposto dalla Commissione LIBE), tenendo in debita considerazione le specifiche esigenze in materia di protezione, istruzione, formazione e reinserimento sociale. Tuttavia,

2010, ric. n. 39660/02, *Aleksandr Zaichenko v. Russia*, par. 37; del 12 maggio 2005, ric. n. 46221/99, *Öcalan v. Turkey*, par. 131; del 20 giugno 2002, ric. nn. 27715/95 e 30209/96, *Berliński v. Poland*, par. 76; del 16 ottobre 2001, ric. n. 39846/98, *Brennan v. The United Kingdom*, parr. 45 e 58; del 6 giugno 2000, ric. n. 28135/95, *Magee v. the United Kingdom*, par. 41; del 24 novembre 1993, ric. n. 13972/88, *Imbrioscia v. Switzerland*, par. 36. Per la massima giurisprudenziale richiamata, v. le sentenze della Corte EDU del 21 aprile 2011, ric. n. 42310/04, *Nechiporuk and Yonkalo v. Ukraine*, parr. 262-263 e del 19 febbraio 2009, ric. n. 16404/03, *Shabelnik v. Ukraine*, par. 53. Sulla particolare condizione di "vulnerabilità" dell'imputato, v. la sentenza della Corte EDU del 24 gennaio 2012, ric. n. 24893/05, *Nechto v. Russia*, par. 103. Cfr., in dottrina, D. HOLZAPPEL, *Le droit à l'assistance d'un avocat dès le premier interrogatoire de police consacré par la Cour européenne des droits de l'homme*, (obs. sous Cour eur. dr. h., Gde Ch., *Salduz v. Turquie*, 27 novembre 2008), in *Rev. trim. dr. homme*, 2011, pp. 807-838. Al riguardo, appare particolarmente degno di rilievo il Parere del Comitato economico e sociale europeo, cit., il quale reputa necessario precisare, nella disposizione in commento, che il diritto dei minori all'assistenza di un difensore «si applica anche nel quadro delle misure alternative all'azione penale» (p.to 3.3.2.4).

⁵³ V. l'art. 9 della Direttiva 2013/48/UE, cit., ove si afferma che gli indagati e gli imputati dovrebbero poter rinunciare all'assistenza di un difensore purché abbiano ricevuto informazioni sul diritto di difesa e sulle possibili conseguenze della rinuncia allo stesso. Sul punto si è più volte soffermata anche la Corte europea dei diritti dell'uomo che ha esplicitamente consentito la rinuncia a tale diritto, a patto che essa non sia equivoca, sia volontaria, consapevole e, soprattutto, sia supportata da garanzie sufficienti. Così R. CHENAL, A. TAMIETTI, *Diritto a un equo processo*, in S. BARTOLE, P. DE SENA, V. ZAGREBELSKY (dir.), *Commentario breve alla Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali*, Padova, 2012, p. 212 ss., in part. p. 235. V., inoltre, le sentenze della Corte EDU del 23 febbraio 2010, ric. n. 27503/04, *Yoldas v. Turkey*, parr. 49-55 e del 18 febbraio 2010, ric. n. 39660/02, *Zaichenko v. Russia*, parr. 37 e 46-51. Cfr., infine, il testo risultante dalla riunione del Coreper del 20 maggio 2014, cit., che all'art. 6 bis, rubricato «Assistenza di un difensore», così statuisce: «1. Gli Stati membri provvedono affinché il minore, che ha diritto di avvalersi di un difensore a norma dell'articolo 6, sia assistito da quest'ultimo nelle seguenti situazioni: a) durante gli interrogatori da parte della polizia o di altre autorità di contrasto o giudiziarie, anche durante il processo, a meno che ciò non sia sproporzionato alla luce dei seguenti fattori: i) la complessità del caso; ii) la gravità del reato contestato; iii) la pena massima irrogabile che si può ragionevolmente prevedere; b) in caso di privazione della libertà personale, a meno che non si supponga che sarà di breve durata. 2. Qualora il minore debba essere assistito da un difensore conformemente al presente articolo ma nessun difensore risulti presente, le autorità competenti rinviando l'interrogatorio del minore per un periodo di tempo ragionevole. Tuttavia, in circostanze eccezionali e solo nella fase che precede il processo, le autorità competenti possono immediatamente procedere all'interrogatorio quando, alla luce delle particolari circostanze del caso, ciò sia giustificato sulla base di uno dei seguenti motivi imperativi: a) ove vi sia la necessità impellente di evitare gravi conseguenze negative per la vita, la libertà o l'integrità fisica di una persona; b) ove vi sia la necessità indispensabile di un intervento immediato delle autorità inquirenti per evitare di compromettere in modo sostanziale un procedimento penale».

⁵⁴ Cfr. *considerando* n. 17 e n. 18.

occorre segnalare che non risultano indicate le persone autorizzate a richiedere tale valutazione.

Nell'originaria versione della proposta di direttiva non sembrava sufficientemente specificato il momento temporale in cui collocare la valutazione individuale del minore, in quanto la relativa disposizione si limitava soltanto a fare riferimento ad una «fase opportuna del procedimento» ovvero «al più tardi prima dell'imputazione»⁵⁵; ora, secondo gli emendamenti proposti, la valutazione individuale dovrebbe essere effettuata «nella fase più precoce e opportuna del procedimento, al più tardi prima dell'imputazione o dell'adozione di misure restrittive della libertà personale, salvo ove ciò sia impossibile».

La *ratio* di tale diritto è evidentemente riconducibile all'esigenza di assicurare che le decisioni assunte nel corso del procedimento siano dotate di un elevato grado di individualizzazione⁵⁶.

Rientra tra le garanzie procedurali spettanti al minore che sia stato privato della propria libertà (o, quando sia necessario ai fini del procedimento, in base al successivo emendamento) anche il «diritto all'esame medico», volto «a valutarne lo stato fisico e mentale generale e determinare se possa essere sottoposto a interrogatorio o ad altri atti di indagine o di raccolta di prove o alle eventuali misure adottate o previste nei suoi confronti». Sono legittimati a richiedere tale esame non soltanto il minore, ma anche il titolare della responsabilità genitoriale, un adulto idoneo ovvero il difensore⁵⁷.

Particolari cautele sono dettate, inoltre, nell'ipotesi in cui il minore sia sottoposto ad interrogatorio da parte della polizia o di altre autorità di contrasto: in tali casi si prevede, infatti, l'utilizzo della registrazione audiovisiva, salvo che nell'ipotesi in cui si debba soltanto procedere all'identificazione del minore. Tanto si giustifica al fine di evitare inutili contestazioni e ripetizioni dell'interrogatorio, in ragione del fatto che, come già affermato, il minore non sempre ha la maturità necessaria per affrontarlo coscientemente. Al contrario, l'interrogatorio del minore privato della libertà personale dovrebbe essere sempre oggetto di registrazione audiovisiva, indipendentemente dalla fase procedimentale presa in considerazione⁵⁸.

⁵⁵ Art. 7. Si rinvia, ancora una volta, al testo risultante dalla riunione del Coreper del 20 maggio 2014, ove si legge che «La valutazione individuale è effettuata nella fase più precoce e opportuna del procedimento, al più tardi in tempo utile affinché l'organo giurisdizionale possa tenerne conto all'atto della pronuncia della sentenza».

⁵⁶ Sul punto v. il *Documento di lavoro sulle garanzie procedurali per i minori indagati o imputati in procedimenti penali*, cit., ove, si legge che «Risulta poi essenziale chiarire, nell'articolo 7, che tale valutazione individuale potrebbe portare all'archiviazione del procedimento nei casi di reati minori, a condizione che i minori abbiano intrapreso una conciliazione che si è conclusa con un accordo con la vittima o, se del caso, con l'applicazione di misure correttive. Un elemento importante nella valutazione potrebbe essere lo status di residente nello Stato membro in questione. È chiaro che la direttiva si applica ai minori indagati o imputati nei procedimenti penali indipendentemente dal loro status; tuttavia, tale circostanza è assai pertinente quando si valutano le specifiche necessità del minore». Giova precisare che la valutazione individuale deve essere eseguita con la stretta partecipazione del minore e condotta da personale qualificato, con approccio multidisciplinare e, ove ritenuto opportuno, con il coinvolgimento del titolare della responsabilità genitoriale o altro adulto idoneo, e/o di professionisti specializzati.

⁵⁷ Art. 8. Qualora le circostanze del caso lo rendano necessario, l'esame medico deve essere ripetuto. Cfr., altresì, il *considerando* n. 20.

⁵⁸ In tal senso v. l'art. 9. Il divieto di rendere pubbliche tali registrazioni è sancito al terzo paragrafo dell'art. 14 (v. *infra*). Sul punto, appaiono condivisibili le preoccupazioni di quanti ritengono che «nel decidere in merito alla registrazione audiovisiva, occorre tener conto dell'interesse superiore del minore», in quanto essa potrebbe essere talora «intimidatoria per il minore e quindi controproducente». Cfr. il *Documento di lavoro sulle garanzie procedurali per i minori indagati o imputati in procedimenti penali*, cit.

L'art. 10 della proposta di direttiva sancisce, poi, il diritto del minore alla libertà, la cui privazione in un momento antecedente alla condanna dovrebbe costituire soltanto un'ipotesi «di ultima istanza e della più breve durata possibile», al fine di evitare un'irreparabile compromissione del suo sviluppo fisico, mentale e sociale: in tal caso, occorrerebbe prendere in considerazione l'età e la situazione personale del minore. Al contempo, la privazione della libertà prima della condanna dovrebbe essere «oggetto del riesame periodico di un'autorità giudiziaria»⁵⁹.

In caso di privazione della libertà personale, il minore ha il diritto di ricevere un trattamento specifico ovvero ad essere detenuto separatamente dagli adulti, anche in seguito al compimento del diciottesimo anno di età, salvo che ciò contrasti con il suo interesse superiore, così come previsto dalla Convenzione delle Nazioni Unite sui diritti del fanciullo⁶⁰.

Particolarmente interessante appare, poi, il diritto del minore ad un trattamento tempestivo e diligente dei procedimenti in cui è coinvolto. La proposta di direttiva, tuttavia, non specifica cosa debba intendersi per «urgenza» e «diligenza» del trattamento: vi si legge soltanto che quest'ultimo dovrebbe essere «adeguato all'età, alle esigenze specifiche, al grado di maturità e al livello di comprensione di ciascuno, anche in considerazione delle difficoltà di comunicazione che potrebbero incontrare»⁶¹.

Più dettagliata risulta la successiva disposizione che, in deroga al principio della pubblicità delle udienze, sancisce che «i procedimenti penali riguardanti minori si svolgano a porte chiuse, salvo circostanze eccezionali che, dopo debita considerazione dell'interesse superiore del minore, giustifichino una deroga» (art. 14). Evidente, in tal caso, è l'intento di tutelare la vita privata del minore e favorirne il reinserimento sociale. A tal proposito, «Gli Stati membri provvedono affinché nei procedimenti penali l'autorità competente prenda misure opportune per proteggere la vita privata del minore e dei suoi familiari, compresi i

⁵⁹ In ogni caso, l'autorità competente dovrebbe preferire il ricorso a «misure alternative ogniqualvolta sia possibile», al fine di salvaguardare l'interesse superiore del minore.

⁶⁰ In base alla lettera c) dell'art. 37 della già citata *Convenzione delle Nazioni Unite sui diritti del fanciullo* «ogni fanciullo privato di libertà sia trattato con umanità e con il rispetto dovuto alla dignità della persona umana e in maniera da tenere conto delle esigenze delle persone della sua età. In particolare, ogni fanciullo privato di libertà sarà separato dagli adulti, a meno che si ritenga preferibile di non farlo nell'interesse preminente del fanciullo, e egli avrà diritto di rimanere in contatto con la sua famiglia per mezzo di corrispondenza e di visite, tranne che in circostanze eccezionali». Sul piano internazionale vengono, inoltre, in rilievo le disposizioni specifiche concernenti i minori privati della libertà quali, ad esempio, le *Regole delle Nazioni Unite per la protezione dei minori privati della libertà* adottate dall'Assemblea generale con Risoluzione 45/113 del 14 dicembre 1990, consultabili su <http://www.un.org/documents/ga/res/45/a45r113.htm>, e la Raccomandazione R(2006)2 del Comitato dei Ministri del Consiglio d'Europa agli Stati membri dell'11 gennaio 2006 *sulle Regole penitenziarie europee*, disponibile al seguente indirizzo internet: <http://www.coe.int/t/dghl/standardsetting/prisons/EPR/Regole%20Penitenziarie%20Europee%20ITALIANO.pdf>. Cfr., inoltre, il più volte menzionato *Documento di lavoro sulle garanzie procedurali per i minori indagati o imputati in procedimenti penali*, ove si specifica che «Tale trattamento specifico potrebbe includere una varietà di misure come l'assistenza, l'orientamento e la supervisione in linea con le specifiche necessità dei minori, programmi di istruzione e formazione professionale così da garantire che i minori siano trattati in un modo consoni al loro benessere e in maniera proporzionata alle circostanze e al reato. Il principio della reintegrazione nella società dovrebbe essere al centro di qualunque misura adottata per i minori privati della libertà. È auspicabile prestare particolare attenzione alle misure alternative. Tale aspetto dovrebbe essere rafforzato anche nella direttiva».

⁶¹ Art. 13.

nomi e le immagini. Gli Stati membri provvedono affinché l'autorità competente non renda pubbliche informazioni che permettano l'identificazione del minore»⁶².

Seguono, poi, il diritto di partecipare al proprio processo, così come riconosciuto dalla giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo sull'art. 6 della CEDU ed il diritto al patrocinio a spese dello Stato⁶³.

Infine, occorre soffermarsi sulle più significative modifiche introdotte dalla già richiamata Commissione LIBE nel febbraio 2015, con l'obiettivo di perfezionare, estendere o precisare i diritti già previsti dall'originario testo della proposta di direttiva: in particolare, come si legge nella relativa motivazione, «Le uniche aggiunte rispetto a tale catalogo consistono nell'introduzione di un nuovo articolo sui mezzi di ricorso in caso di violazione dei diritti previsti dalla direttiva e nell'inserimento di un nuovo paragrafo all'inizio dell'art. 12 (relativo al diritto a un trattamento specifico in caso di privazione della libertà), allo scopo di dettare alcune garanzie minime – tra cui il diritto di essere visitato dal titolare della responsabilità genitoriale o da altro adulto idoneo – per l'ipotesi di arresto del minore, non disciplinata nella proposta della Commissione»⁶⁴.

6. Qualche considerazione conclusiva

L'adozione degli “strumenti giuridici” esaminati nei precedenti paragrafi rispecchia la consapevolezza che i diritti procedurali e processuali dei soggetti vulnerabili, e in particolare dei minori, non siano ancora sufficientemente ed uniformemente garantiti nello spazio europeo di giustizia penale, nonostante l'esistenza di molteplici disposizioni ad essi appositamente dedicate e di numerosi principi discendenti dalla giurisprudenza relativa alla Carta dei diritti fondamentali e alla Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali.

⁶² Art. 14.

⁶³ V. gli artt. 16 e 18. Quanto al diritto al patrocinio a spese dello Stato, la disposizione deve essere letta in combinato disposto con la Raccomandazione della Commissione *sul diritto al patrocinio a spese dello Stato per indagati o imputati in procedimenti penali*, cit., disponibile *on line* anche sul sito dell'Osservatorio sullo Spazio europeo di Libertà, Sicurezza e Giustizia – Università degli Studi di Salerno, <http://www.sls.unisa.it/osservatorio/coop.penale>, con nota di D. FANCIULLO. *Ivi* al p.to 6 della Sez. n. 2, in relazione al requisito della «verifica delle risorse» si legge: «Quando il patrocinio a spese dello Stato è a favore di un minore, dovrebbe essere preso in considerazione il patrimonio dello stesso minore e non già quello dei suoi genitori o del titolare della responsabilità genitoriale».

⁶⁴ V. il comunicato stampa del Parlamento europeo disponibile al seguente indirizzo internet: <http://www.europarl.europa.eu/sides/getDoc.do?pubRef=-%2F%2FEP%2F%2FTEXT%2BIM-PRESS%2B20150203IPR18511%2B0%2BDOC%2BXML%2BV0%2F%2FEN&language=IT>. Vi si legge: «MEPs strengthened the safeguards envisaged for children in the Commission proposal, such as: the right to be promptly informed in a simple language about the charges against them, the conduct of the proceedings and their rights. They also added a specific provision on their right to effective remedies and the following requirements, among others: once arrested, the child has the right to meet with the holder of the parental responsibility or another appropriate adult promptly and in any event prior to questioning, children should be entitled to participate fully in the trial, including being given the opportunity to be heard and to express their views, and children must be detained separately from adults and “may, when they reach the age of 18 years, continue to be detained separately from adults unless it is considered to be in their best interests or in the best interests of other detained children not to do so”; these rights would apply “irrespective of the child’s or his or her parent’s or legal guardian’s race, colour, sex, sexual orientation, language, religion, political or other opinion, nationality, ethnic or social origin, property, disability, birth or other status”».

Il quadro generale si complica, ulteriormente, in ragione dell'impossibilità di far valere coattivamente i diritti riconosciuti in apposite convenzioni internazionali, nonostante la loro ratifica da parte dell'Unione europea e dei singoli Stati⁶⁵. Né tantomeno appaiono idonee ad assicurare l'effettivo esercizio dei diritti procedurali e processuali degli indagati e imputati vulnerabili, ed in particolare dei minori, le direttive sino ad ora adottate nell'ambito del Capo IV del Titolo V del TFUE, le quali dedicano soltanto qualche disposizione alla tutela dei diritti di questi ultimi.

Pertanto, la mancanza di un adeguato livello di protezione per gli indagati e gli imputati vulnerabili, e in particolare per i minori, potrebbe comportare un'inevitabile compromissione della reciproca fiducia tra Stati e, conseguentemente, un'irreparabile lesione della cooperazione giudiziaria in materia penale.

In tale contesto, nella consapevolezza della difficoltà di pervenire ad una nozione condivisa di "adulto vulnerabile", deve essere valutata positivamente la scelta di racchiudere in un unico strumento giuridico, seppur privo di efficacia vincolante, sia la definizione di "persona vulnerabile" che l'elenco delle garanzie minime ad essa espressamente riconosciute: esso presenta, infatti, il vantaggio di promuovere una maggiore convergenza delle disposizioni già adottate e di contribuire, in tal modo, al superamento delle divergenze esistenti nei 28 Stati membri dell'Unione europea.

Molto più incisiva appare, invece, la scelta di ricorrere alla direttiva – seppur, attualmente, ancora allo stato di proposta – per la definizione dei diritti procedurali e processuali dei minori, quali soggetti con specifiche esigenze di protezione: essa dovrebbe non soltanto sopperire all'insufficiente tutela per essi già prevista, ma soprattutto frenare l'incoerente e disomogenea applicazione delle norme internazionali in materia e, al contempo, ridurre il divario esistente tra le leggi nazionali⁶⁶.

⁶⁵ In tal senso v. anche il Documento di lavoro dei Servizi della Commissione, p.to 2.

⁶⁶ Cfr. la Relazione del Ministero della Giustizia sulla Proposta di Direttiva (ex art. 6, comma 4, della L. 234/2012), consultabile al seguente indirizzo internet: [http://notes9.senato.it/web/docuorc2004.nsf/b02bc7eed0eda6e2c12576ab0041cf0c/d3246c2f808bcc58c1257c440041ad9f/\\$FILE/Relazione%20Min%20Giustizia%20COM%20\(2013\)%20822%20-%20Trasmissione.pdf](http://notes9.senato.it/web/docuorc2004.nsf/b02bc7eed0eda6e2c12576ab0041cf0c/d3246c2f808bcc58c1257c440041ad9f/$FILE/Relazione%20Min%20Giustizia%20COM%20(2013)%20822%20-%20Trasmissione.pdf). Vi si legge che il sistema italiano è già sufficientemente adeguato ai contenuti della proposta di direttiva, in quanto quest'ultima «promuove condizioni di garanzia del minore imputato o indagato in procedimenti penali in linea con le garanzie che il sistema interno prevede» (p.to B, 1). Non mancano, tuttavia, riflessioni in merito ad un rafforzamento delle previsioni già esistenti. A tal proposito, la citata Relazione sottolinea la portata "innovativa" di alcune disposizioni della proposta, ovvero: «l'art. 9 della proposta di direttiva prevede che gli Stati membri provvedano affinché gli interrogatori di minori indagati disposti prima della imputazione siano oggetto di registrazione audiovisiva, a meno che ciò sia sproporzionato in relazione ai parametri di cui al comma 1 dell'articolo richiamato, prevedendo l'obbligatorietà della registrazione audio visiva nel caso di interrogatorio di minore privato della libertà personale. Il diritto interno prevede obbligatoriamente la registrazione, audio o video, dell'interrogatorio dell'indagato o imputato minore che sia stato privato della libertà personale sempreché non si svolga in udienza (art. 141 bis c.p.p. applicabile al processo minorile in ragione del rinvio operato dall'art. 1 del DPR 448 del 22 settembre 1988); - l'art. 13 della proposta di direttiva prevede che gli stati membri provvedano "affinchè i procedimenti penali riguardanti i minori siano trattati con urgenza e con la dovuta diligenza". Nel diritto interno, l'attribuzione al Tribunale per i minorenni della competenza a conoscere dei reati commessi da minori degli anni diciotto ed al magistrato di sorveglianza per i minorenni della competenza demandata alla magistratura di sorveglianza (art. 3 DPR 488 del 22 settembre 1988) costituisce norma in linea con l'esigenza comunitaria di garantire diligenza e tempestività nel trattamento dei procedimenti relativi ai minori; - l'art. 16 comma 2 della proposta di direttiva prevede che i minori hanno diritto di partecipare di persona al giudizio. nel caso in cui ciò non sia avvenuto e siano stati dichiarati colpevoli, hanno diritto ad accedere ad un nuovo giudizio al quale possano partecipare personalmente e che comporti una nuova valutazione del merito della causa, incluse nuove prove, che possano portare ad un ribaltamento della decisione originaria. la norma si colloca nel contesto della

Vero è che la proposta di direttiva *de qua* deve essere esaminata alla luce delle direttive sui diritti procedurali e processuali di indagati ed imputati adottate fino ad ora, ognuna delle quali dedica una specifica disposizione ai diritti del minore. Il riferimento è, evidentemente, alla direttiva 2010/64/UE (sul diritto all'interprete ed al traduttore), alla direttiva 2012/13/UE (sul diritto all'informazione) ed alla direttiva 2013/48/UE (sul diritto all'assistenza di un difensore).

È tuttavia necessaria una maggiore coerenza con le direttive fino ad ora adottate e, soprattutto, una più ampia specificazione dei diritti riconosciuti in capo ai minori. Infatti, restano, allo stato, ancora molti punti di domanda che non sembrano trovare risposta nei testi esaminati. *Ex multis*, quali tutele sono previste in caso di mancato riconoscimento della vulnerabilità? Quali sono i criteri per accertarne il grado? Come garantire che la "comunicazione sui diritti" sia effettivamente compresa dai minori? Chi potrebbe richiedere la valutazione individuale?

In definitiva, il grado di dettaglio della disciplina prevista per il minore indagato o imputato, integrato con le altre disposizioni di diritto derivato dell'Unione europea, sembra

generale questione relativa alla conoscenza effettiva del processo da parte dell'imputato minore d'età e del suo diritto a partecipare personalmente al processo: essa comporta una necessaria revisione sia delle norme di diritto interno relative al sistema delle notifiche, sia, più in generale, del processo in contumacia e del processo nei confronti degli irreperibili». Inoltre, v. le già citate Osservazioni della quattordicesima Commissione permanente chiamata a valutare la proposta. Vi si legge: «Nel merito si deve riscontrare invero che (...) l'ordinamento interno appare già tendenzialmente conforme ai contenuti della proposta di direttiva, andando anche oltre i contenuti minimi previsti in ragione delle disposizioni contenute nel decreto del Presidente della Repubblica 22 settembre 1988, n. 448 (approvazione delle disposizioni sul processo penale a carico dei minorenni), nel decreto legislativo 28 luglio 1989, n. 272 (norme di attuazione, di coordinamento e transitorie del D.P.R. 22 settembre 1988, n. 448, recante disposizioni sul processo penale a carico dei minorenni) e nel regio decreto-legge 20 luglio 1934, n. 1404, convertito nella legge 27 maggio 1935, n. 835 (Istituzione e funzionamento del tribunale per i minorenni), oltre che in base all'articolo 141-bis del codice di procedura penale. Conseguentemente, non sarebbero da valutare negativamente ulteriori progressi sui temi dei tribunali minorili e della giustizia alternativa; ed anche in riferimento all'età della responsabilità penale, già fissata per l'ordinamento interno al compimento degli anni quattordici se accompagnata dalla capacità di intendere e di volere (artt. 97-98 c.p.) e la cui trattazione processuale è prevista in capo al tribunale per i minorenni per i reati commessi dai minori degli anni diciotto (art. 3 D.P.R. n. 488 del 1988)». V., inoltre, la Scheda di Lettura n. 85 dei progetti di atti legislativi trasmessi ai sensi del protocollo sull'applicazione dei principi di sussidiarietà e proporzionalità, ove, in relazione alla proposta di direttiva oggetto di indagine, si afferma: «Come evidenziato dalla relazione elaborata dal Ministero della Giustizia, il progetto promuove condizioni di garanzia del minore imputato o indagato in procedimenti penali in linea con le garanzie già previste dal nostro ordinamento (...). Per quanto riguarda la formazione delle autorità giudiziarie, di contrasto e del personale penitenziario, la legge n. 835 del 27 maggio 1935 "Conversione in legge, con modificazioni del regio decreto-legge 20 luglio 1934, n. 1404, riguardante l'istituzione e il funzionamento del tribunale per i minorenni", disciplina nel dettaglio la composizione dei collegi giudicanti e la formazione degli operatori del settore. Risultano inoltre pertinenti le disposizioni contenute nel decreto legislativo n. 272 del 28 luglio 1989 "Norme di attuazione, di coordinamento e transitorie del decreto del Presidente della Repubblica 22 settembre 1988, n. 448, recante disposizioni sul processo penale a carico di imputati minorenni", nella parte in cui contempla espressamente la formazione dei magistrati e del personale addetto agli uffici giudiziari minorili (articoli 5 e 6 (...)). Sulle lacune esistenti nel sistema penale minorile italiano cfr. EUROPEAN COMMISSION, *Study on children's involvement in judicial proceedings. Contextual overview for the criminal justice phase – Italy*, Luxemburg, 2014, consultabile al seguente indirizzo internet: <http://bookshop.europa.eu/en/study-on-children-s-involvement-in-judicial-proceedings-pbDS0313673/?CatalogCategoryID=WTQKABsteF0AAAEjKpEY4e5L>: *inter alia*, assenza di linee guida su come condurre l'interrogatorio del minore; insufficiente formazione o esperienza specifica dei rappresentanti dei minori nel corso del procedimento; mancanza di misure legislative che prevedano un termine massimo del procedimento e garantiscano che i minori escano al più presto dal circuito della giustizia penale.

preannunciare la configurazione di un vero e proprio “statuto” delle garanzie procedurali e processuali dei minori nello spazio europeo di giustizia penale: tuttavia, prima che ciò avvenga, è necessario, come si auspica, che il legislatore europeo chiarisca e approfondisca ulteriormente alcuni punti della proposta di direttiva che, a modesto avviso di chi scrive, appaiono non ancora sufficientemente definiti.



LUIGI PROSPERI*

RICEVIBILITÀ ED EFFICACIA GIURIDICA DELLA DICHIARAZIONE DI ACCETTAZIONE DELLA GIURISDIZIONE DELLA CORTE PENALE INTERNAZIONALE DA PARTE DELLA PALESTINA

SOMMARIO: 1. Introduzione. – 2. Il primo tentativo di attivazione della giurisdizione della Corte. – 3. L'azione in seno all'ONU: dalla *membership* dell'UNESCO al riconoscimento dell'*observer State status* da parte dell'Assemblea Generale. – 4. Le ragioni alla base della necessità di depositare una nuova dichiarazione *ex art. 12, par. 3* da parte della Palestina. – 4.1. Il contenuto della dichiarazione del 1° gennaio 2015: ragioni alla base della delimitazione *ratione temporis* e *ratione loci* della giurisdizione della Corte. – 4.2. Gli effetti di tali delimitazioni sull'azione degli organi della Corte. – 5. Conclusioni: *alea iacta est*?

1. Introduzione

A pochissimi giorni dal fallimento dell'ultimo tentativo di far approvare al Consiglio di sicurezza ONU una risoluzione che al contempo “sbloccasse” il procedimento per ottenere la *full membership* in seno all'organizzazione internazionale e invitasse Israele a riconoscere la sovranità della Palestina entro i confini precedenti al 1967¹, il 5 gennaio 2015 la Cancelleria della Corte penale internazionale ha comunicato² l'avvenuto deposito di una

* Dottore di ricerca dell'Università Sapienza di Roma.

¹ A favore di tale risoluzione, promossa dalla Lega Araba e sponsorizzata dalla Giordania, si erano espressi 8 membri del Consiglio (essendo improvvisamente venuto a mancare il voto della Nigeria), uno in meno del *quorum* necessario – il che aveva reso non necessario l'esercizio del veto da parte di uno dei membri permanenti (cosa che presumibilmente avrebbero fatto gli Stati Uniti).

Per un resoconto dell'ultima burrascosa seduta, si veda *UN Security Council action on Palestinian statehood blocked*, in *UN News Center*, 30 Dicembre 2014 (disponibile online all'indirizzo <http://www.un.org/apps/news/story.asp?NewsID=49709#.VMY2KtJwsRl> – ultimo accesso 5 marzo 2015); il progetto di risoluzione su cui si è votato è invece disponibile online all'indirizzo http://www.un.org/en/ga/search/view_doc.asp?symbol=S/2014/916&referer=http://www.un.org/en/sc/meetings/records/2014.shtml&Lang=E (ultimo accesso 5 marzo 2015).

² Deposito a cui le autorità statali avevano proceduto il 1° gennaio – cfr. *Palestine declares acceptance of ICC jurisdiction since 13 June 2014*, Press Release, 5 gennaio 2015 (disponibile online all'indirizzo <http://www.icc->

dichiarazione mediante cui il Presidente dello Stato della Palestina, Mahmoud Abbas, ne riconosceva la giurisdizione sui crimini presuntivamente commessi a partire dal 13 giugno 2014, nei territori palestinesi occupati³.

Nell'analisi che segue si indagheranno i presupposti e le conseguenze di tale dichiarazione, ma soprattutto si tenterà di contestualizzarla all'interno di quel lungo e complesso percorso che ha come obiettivo la formazione di due Stati, rispetto al quale il riconoscimento della statualità della Palestina – non soltanto ai fini dell'applicazione dello Statuto – sembra rappresentare la tappa decisiva.

Dato conto delle ragioni alla base del “respingimento” di un primo tentativo di attivare la giurisdizione della Corte penale internazionale, effettuato nel 2009 dall'Organizzazione per la Liberazione della Palestina, ci si concentrerà innanzitutto sulle iniziative adottate a partire da quel momento al fine di ottenere il riconoscimento della statualità della Palestina da parte degli organi de L'Aia. Qualora “ratifichi” l'avvenuta sostituzione di un ente statale al movimento di liberazione nazionale, infatti, il Procuratore (a cui lo Statuto di Roma conferisce un insindacabile potere di decretare l'irricevibilità delle dichiarazioni unilaterali di accettazione della competenza del tribunale internazionale⁴) potrà verificare se ricorrano le altre precondizioni (di cui all'art. 12, par. 2) e le condizioni (di cui all'art. 53, par. 1) per l'esercizio della giurisdizione. Solo se in base alle informazioni sottoposte alla sua conoscenza l'organo inquirente supponga che crimini di competenza della Corte siano stati commessi sul territorio o da parte di cittadini dello Stato da cui la dichiarazione provenga, rispetto ai quali non si siano attivate quelle autorità statali che normalmente possano esercitare la giurisdizione e non vi siano motivi gravi di ritenere che nelle concrete circostanze del caso un'inchiesta non favorirebbe gli interessi della giustizia, questi potrà chiedere alla Camera Preliminare l'autorizzazione ad aprire un'indagine.

Tenuto conto della complessità del meccanismo di attivazione della giurisdizione internazionale, nella fase attuale appare fondamentale indagare la legittimazione del Governo della Palestina a depositare la dichiarazione ex art. 12, par. 3, ma anche e soprattutto verificare se e in quale modo le limitazioni *ratione temporis* e *loci* della giurisdizione della Corte disposte nell'atto unilaterale del 31 dicembre 2014 possano indirizzare l'esame preliminare del Procuratore, vincolato alla dichiarazione in applicazione di un principio riconducibile a quello del *petitum*.

In conclusione, non soltanto (e non tanto) la ricevibilità dell'atto proveniente dal Presidente Abbas, quanto gli effetti giuridici e le ragioni della scelta di circoscriverne l'oggetto *ratione temporis* e *loci* costituiranno l'oggetto principale dell'indagine che segue. Appurata l'impossibilità di andare oltre la presentazione in forma ipotetica degli esiti di quest'ultima, cercherò infine di contestualizzare l'iniziativa delle autorità palestinesi, che al deposito della dichiarazione hanno fatto seguire quello degli strumenti di adesione allo

cpi.int/en_menus/icc/press%20and%20media/press%20releases/Pages/pr1080.aspx – ultimo accesso 5 marzo 2015).

³ *Declaration Accepting the Jurisdiction of the International Criminal Court*, 31 Dicembre 2014 (disponibile online all'indirizzo http://www.icc-cpi.int/iccdocs/PIDS/press/Palestine_A_12-3.pdf – ultimo accesso 5 marzo 2015).

⁴ Vale la pena di ricordare che ai sensi del par. 1 dell'art. 53 dello Statuto, il Rapporto che conclude l'esame preliminare può essere scrutinato dalla Camera preliminare soltanto nel caso in cui: a) il Procuratore ritenga il caso non procedibile, dal momento che un'inchiesta non favorirebbe gli interessi della giustizia; b) il Procuratore chieda l'autorizzazione ad aprire un'indagine; ma non nel caso in cui l'organo inquirente decida di non chiedere tale autorizzazione per motivi attinenti alla validità della dichiarazione.

Statuto di Roma⁵, nel quadro di uno storico cambiamento di strategia nell'ambito del perseguimento dell'autodeterminazione.

2. Il primo tentativo di attivazione della giurisdizione della Corte

Come detto, quello del 31 dicembre 2014 non rappresenta il primo *referral* al Procuratore della Corte penale internazionale della situazione palestinese: già il 21 gennaio 2009 l'allora Ministro della Giustizia del Governo della Palestina, Ali Kashan, aveva infatti depositato presso la Cancelleria una dichiarazione *ex art. 12, par. 3*, mediante la quale si accettava la giurisdizione del tribunale penale internazionale su tutte le condotte commesse sul territorio della Palestina a partire dal 1° luglio 2002⁶.

Investito della situazione, l'allora Procuratore Luis Moreno Ocampo aveva concentrato la propria attenzione esclusivamente sulla principale (pre)precondizione all'esercizio della giurisdizione da parte della Corte, ossia la provenienza della dichiarazione da un ente statale.

Dopo aver invitato esperti indipendenti e organizzazioni internazionali e non governative a sottoporli pareri⁷, a distanza di oltre 3 anni aveva quindi prodotto un fin troppo stringato rapporto (ai sensi del par. 1 dell'art. 53 dello Statuto) in cui liquidava la questione della statualità della Palestina in poche righe. In particolare, affermava il Procuratore che allo scopo di qualificare un ente come "Stato" si debba far riferimento alle determinazioni del Segretario Generale ONU, a sua volta fondate sulle decisioni dell'Assemblea Generale. Inoltre, ai sensi dell'art. 112, par. 2, lettera g) dello Statuto di Roma una competenza residuale in materia è stata attribuita all'Assemblea degli Stati Parti – di modo che questa sia attivabile ogni qual volta gli organi dell'organizzazione internazionale non si siano espressi sul punto.

In conclusione, poiché secondo il Procuratore nella fattispecie prevista dall'art. 12, par. 3, la Corte penale internazionale derivava la legittimazione ad esercitare la propria giurisdizione da un accertamento giuridicamente vincolante compiuto dai citati organi delle Nazioni Unite, tenuto conto del fatto che alla Palestina all'epoca continuava ad essere riconosciuto *status* di osservatore e non di Stato non membro, la dichiarazione in esame era *ipso facto* irricevibile⁸.

⁵ *The State of Palestine accedes to the Rome Statute*, 7 gennaio 2015 (disponibile online all'indirizzo http://www.icc-cpi.int/en_menus/icc/press%20and%20media/press%20releases/Pages/pr1082_2.aspx – ultimo accesso 5 marzo 2015).

⁶ *Declaration recognizing the Jurisdiction of the International Criminal Court*, 21 gennaio 2009 (disponibile online all'indirizzo <http://www.icc-cpi.int/NR/rdonlyres/74EEE201-0FED-4481-95D4-C8071087102C/279777/20090122%20PalestinianDeclaration2.pdf> – ultimo accesso 5 marzo 2015) – nella cui intestazione è però ben visibile il logo dell'Autorità Nazionale Palestinese, a cui va senz'altro imputato l'atto.

⁷ Vedi *Summary of submissions on whether the declaration lodged by the Palestinian National Authority meets statutory requirements*, disponibile online all'indirizzo http://www.icc-cpi.int/fr_menus/icc/structure%20of%20the%20court/office%20of%20the%20prosecutor/network%20with%20partners/consultations%20with%20civil%20society/Pages/summary%20of%20submissions%20on%20whether%20the%20declaration%20lodged%20by%20the%20palestinian%20nati.aspx (ultimo accesso 5 marzo 2015).

⁸ *Situation in Palestine*, 3 aprile 2012 (disponibile online all'indirizzo <http://www.icc-cpi.int/NR/rdonlyres/C6162BBF-FEB9-4FAF-AFA9-836106D2694A/284387/SituationinPalestine030412ENG.pdf> – ultimo accesso 5 marzo 2015).

In linea di principio, sembra in effetti difficile contestare il percorso logico che aveva condotto a questo tipo di decisione, essendo stato anticipato dalla stessa Cancelleria che l'avvenuto deposito della dichiarazione *ex art. 12, par. 3*, avrebbe avuto come unica conseguenza giuridica quella di imporre al Procuratore di analizzare “tutte le questioni relative alla giurisdizione della Corte”, compreso l'accertamento in ordine al rispetto da parte dell'Autorità Nazionale Palestinese delle precondizioni per l'esercizio della stessa⁹.

Quanto al merito, sembra utile sottolineare come tra gli esperti e le organizzazioni che avevano depositato delle memorie vi fossero pareri discordanti circa il carattere statutale della Palestina. Tra i diversi argomenti invocati a sostegno di questa tesi, tuttavia, uno in particolare merita di essere ricordato: quello secondo cui il Procuratore debba far riferimento alla prassi del Segretario Generale in materia di deposito dei trattati, in base alla quale debba essere attribuito quel carattere a tutte le entità cui sia stata riconosciuta la *membership* delle Nazioni Unite o di un'agenzia specializzata, o che siano parte dello Statuto della Corte internazionale di giustizia, o rispetto alle quali si sia espressa in tal senso l'Assemblea Generale ONU¹⁰. Se in via di principio, dal momento che nello Statuto di Roma è stata accolta (all'art. 125) la formula «*all States*», quest'ultimo *iter* poteva apparire quello corretto, da parte di acuti osservatori¹¹ si faceva notare come si tratti in realtà di un accertamento di fatto, che può prescindere dalle determinazioni dell'AG ONU (come già avvenuto in passato, nei casi delle Isole Cook e di Niue, i cui strumenti di adesione ad accordi internazionali erano stati accolti dal Segretario Generale sulla base della loro partecipazione ad istituti specializzati ONU¹²). Motivo per cui nell'aprile 2012 il Procuratore Moreno Ocampo avrebbe potuto ritenere ricevibile la dichiarazione della Palestina, stante il riconoscimento della sua statualità da parte di oltre 130 Stati (pure citato nel Rapporto *ex art. 53*) e l'intervenuta attribuzione, alla fine del 2011, della *full membership* da parte dell'UNESCO¹³.

⁹ Cfr. *Questions and Answers* (disponibile online all'indirizzo <http://www.icc-cpi.int/NR/rdonlyres/74EEE201-0FED-4481-95D4-C8071087102C/279787/QARegistryArticle14.pdf> – ultimo accesso 5 marzo 2015) – dove tra l'altro si ricordava come in caso di successiva richiesta di apertura di un'indagine da parte del Procuratore, la Camera Preliminare sia tenuta a porre in essere un accertamento autonomo in ordine alle precondizioni per l'esercizio della giurisdizione.

¹⁰ *Summary of Practice of the Secretary-General as Depositary of Multilateral Treaties*, 1994, UN Doc. ST/LEG/7/Rev.1, par. 79–82.

¹¹ W. A. SCHABAS, *The Prosecutor and Palestine: Deference to the Security Council*, 8 aprile 2012, disponibile online all'indirizzo <http://humanrightsdoctorate.blogspot.it/2012/04/prosecutor-and-palestine-deference-to.html> (ultimo accesso 5 marzo 2015). In senso analogo si è espresso più recentemente anche M. Longobardo (*La recente adesione palestinese alle convenzioni di diritto umanitario e ai principali trattati a tutela dei diritti dell'uomo*, in questa Rivista, 2014, p. 777), secondo cui «in relazione alla prassi sull'adesione a trattati multilaterali, la partecipazione ad un'agenzia come l'UNESCO» dovrebbe creare «una presunzione a favore dell'ente ammesso (...), anche per quei trattati che non fanno riferimento alla formula di Vienna e per i quali il Segretario Generale non la potrebbe prendere in considerazione, ma dovrebbe rifarsi all'opinione dell'Assemblea Generale in materia» – come, per l'appunto, nel caso della Palestina e dello Statuto di Roma.

¹² Sulla invocabilità della *membership* di istituti specializzati come prova della statualità, cfr. *Summary of Practice of Secretary-General*, cit., par. 86. Le Isole Cook – a cui non è ad oggi riconosciuto carattere di statualità da parte dell'Assemblea Generale ONU – hanno nel frattempo ratificato lo Statuto di Roma (cfr. *Cook Islands Ratification and Implementation Status*, disponibile online all'indirizzo http://www.icc-cpi.int/en_menus/asp/statuses%20parties/asian%20states/Pages/cook%20islands.aspx – ultimo accesso 5 marzo 2015).

¹³ *General Conference admits Palestine as Unesco Member*, UNESCOMPRESS, 31 ottobre 2011, disponibile online all'indirizzo http://www.unesco.org/new/en/media-services/single-view/news/general_conference_admits_palestine_as_unesco_member_state/#.VMjFL9KG9e6 (ultimo accesso 5 marzo 2015).

Tutto ciò considerato, sembra potersi concludere che quella più difficile da giustificare – anche alla luce della durata dell'esame preliminare e del detto invito a sottoporre pareri sulla questione – sia l'affermazione secondo cui l'accertamento giuridico in ordine alla statualità dell'ente da cui la dichiarazione provenga non spetterebbe al Procuratore della Corte penale internazionale, ma in prima battuta al Segretario Generale e all'Assemblea Generale delle Nazioni Unite e, in via residuale, all'Assemblea degli Stati Parti dello Statuto di Roma¹⁴.

Questa decisione (di non decidere¹⁵) rappresenta tuttavia la soluzione che più di ogni altra ha l'effetto di salvaguardare l'unitarietà dell'ordinamento internazionale: rimettendo la determinazione agli organi dell'organizzazione universale, infatti, si garantisce un carattere *univoco* alla statualità e si previene il rischio connesso al riconoscimento di una "statualità funzionale", invocabile soltanto all'interno di un sistema normativo "chiuso" (come quello creato dallo Statuto di Roma), allo scopo e nei limiti di quest'ultimo – approccio la cui adozione era stata al contrario caldeggiata da alcuni degli esperti che avevano sottoposto pareri all'Ufficio del Procuratore¹⁶ e a cui si tornerà a fare riferimento più avanti a proposito della nuova dichiarazione palestinese.

Resterebbe invece da dimostrare la legittimità dell'estensione della giurisdizione della Corte penale internazionale sino al 1° luglio 2002, indicato nella dichiarazione depositata dalla ANP come *dies a quo*.

¹⁴ In senso contrario, si sono espressi, tra gli altri: W. A. SCHABAS (da ultimo cit.), che sottolineava come le questioni di fatto, propedeutiche ad un accertamento giudiziario debbano essere risolte dallo stesso organo a cui spetti quest'ultima decisione (e dunque: il Procuratore, per quello che riguarda l'apertura dell'indagine; e i giudici, per tutte le fasi successive all'avvio del procedimento internazionale vero e proprio); e A. ZIMMERMANN (*Palestine and the International Criminal Court. Quo Vadis? Reach and Limits of Declarations under Article 12(3)*, in *Jour. Crim. Just.*, 2013, p. 303 ss.) e D. AKANDE (*ICC Prosecutor Decides that He Can't Decide on the Statehood of Palestine. Is He Right?*, in *EJIL: Talk*, 5 aprile 2012, disponibile online all'indirizzo <http://www.ejiltalk.org/icc-prosecutor-decides-that-he-cant-decide-on-the-statehood-of-palestine-is-he-right/> – ultimo accesso 5 marzo 2015), i quali, attraverso un'interpretazione analogica degli articoli 12 e 125 dello Statuto, pervenivano alla conclusione per cui si sarebbe dovuto attribuire il potere di decidere in merito alla statualità dell'ente al depositario della dichiarazione, ossia la Cancelleria della Corte.

¹⁵ Così D. AKANDE, da ultimo cit.

¹⁶ Su tutti, cfr. A. PELLET (*The Palestinian Declaration and the Jurisdiction of the International Criminal Court*, in *Jour. Crim. Just.*, 2010, p. 981 ss. – articolo che ricalca essenzialmente il parere sottoposto dall'Autore all'Ufficio del Procuratore Moreno Ocampo il 18 febbraio 2010 e sottoscritto da una serie di eminenti studiosi del diritto internazionale): il quale, avendo scelto di non prendere posizione sulla questione generale e di adottare piuttosto un "approccio funzionalistico" (in base al quale il Procuratore dovesse verificare se la Palestina fosse uno Stato «*within the meaning of Article 12(3) of the Statute*»), giungeva alla conclusione che la Palestina avesse emesso la dichiarazione «nella sua capacità di sovrano territoriale» (di più: di soggetto «con titolo territoriale esclusivo sul territorio e la popolazione ivi stabilita»): motivo per cui, stante la situazione di occupazione illegale da parte di Israele e il rischio di rendere altrimenti ineffettivo lo stesso Statuto di Roma su quel territorio, l'atto avrebbe dovuto produrre pieni effetti giuridici, limitatamente all'attivazione della giurisdizione della Corte penale internazionale (dal momento che quest'ultima «(...) non ha bisogno di pronunciarsi (...) sulla questione se la Palestina sia o meno uno Stato per tutti gli [altri] scopi»).

In senso contrario, si veda, tra gli altri, Y. RONEN (*ICC Jurisdiction over Acts Committed in the Gaza Strip. Article 12(3) of the ICC Statute and Non-state Entities*, in *Jour. Crim. Just.*, 2010, p. 3 ss.), secondo la quale la Corte non deve invischiarsi in questioni di tipo generale, neanche rispetto al più ristretto ambito di applicazione dello Statuto.

3. *L'azione in seno all'ONU: dalla membership dell'UNESCO al riconoscimento dell'observer State status da parte dell'Assemblea Generale*

In base alla decisione del Procuratore, dunque, dal riconoscimento della *full membership* da parte di un'agenzia specializzata delle Nazioni Unite quale l'UNESCO (che pure aveva avuto ripercussioni sul piano internazionale¹⁷) non poteva essere dedotto, neanche ai fini dell'applicazione dello Statuto di Roma, il carattere statutale della Palestina. Secondo quello stesso organo, tuttavia, qualora gli organi competenti delle Nazioni Unite o eventualmente l'Assemblea degli Stati Parti della Corte penale internazionale avessero risolto la questione giuridica rilevante ai fini della verifica *ex* articolo 12, si sarebbero potute (ricevere e) valutare nuove denunce di crimini commessi in Palestina¹⁸.

L'invocata presa di posizione non avrebbe tardato ad arrivare: sostenuta da un'ampia maggioranza (hanno espresso il proprio voto favorevole 138 Stati, a fronte di 41 astensioni e del *njet* di 9 Stati: oltre a Israele – *ça va sans dire* –, Stati Uniti, Canada, Repubblica Ceca, Panama, Isole Marshall, Micronesia, Nauru e Palau), mediante la Risoluzione 67/19 del 29 novembre 2012 l'Assemblea Generale ha accordato alla Palestina lo *status* di Stato non membro¹⁹.

Rinviano ad altri, più approfonditi commenti²⁰ per l'analisi degli effetti di tale atto rispetto ai diritti esercitabili dalla Palestina nell'organo assembleare delle Nazioni Unite, sembra opportuno soffermarsi sulla diversa questione dell'efficacia di tale determinazione in ordine al riconoscimento della sua statualità. Come osservato da attenta dottrina²¹, infatti, se è senz'altro vero che la partecipazione alle organizzazioni internazionali ne rappresenta una prova, ove si tenga presente il carattere eminentemente politico del voto e il fatto che in talune occasioni in passato quella sia stata garantita anche ad entità la cui natura non fosse (più) certa, si dovrebbe decisamente negare la configurabilità di una teoria della statualità implicita. Con la conseguenza che, pur potendosi considerare la risoluzione in esame una prova in tal senso, la sua adozione non impedirebbe agli Stati membri di esprimere contestualmente la convinzione «che uno Stato palestinese non sia ancora una realtà²²».

Escluso che simili decisioni possano spiegare un effetto costitutivo della statualità, si potrebbe allora suggerire una diversa lettura, fondata sull'emersione di uno *status* pre-statale. Agli organi dell'ONU e degli istituti specializzati sarebbe stato cioè conferito nella

¹⁷ In particolare, in conseguenza del voto gli Stati Uniti decidevano di sospendere il finanziamento dell'UNESCO (pari a circa il 22% dei fondi annuali a disposizione dell'agenzia). Cfr. *U.S. stops UNESCO funding over Palestinian vote*, in *Reuters*, disponibile online all'indirizzo <http://www.reuters.com/article/2011/10/31/us-palestinians-unesco-usa-funding-idUSTRE79U5ED20111031> (ultimo accesso 5 marzo 2015).

¹⁸ *Situation in Palestine*, cit., par. 8.

¹⁹ General Assembly, *Status of Palestine in the United Nations*, UN Doc. A/RES/67/19, 4 dicembre 2012 – disponibile online all'indirizzo http://www.un.org/en/ga/search/view_doc.asp?symbol=A/RES/67/19 (ultimo accesso 5 marzo 2015).

²⁰ Tra gli altri, si segnalano: M. MANCINI, *Conseguenze giuridiche dell'attribuzione alla Palestina dello status di Stato osservatore presso le Nazioni Unite*, in *Riv. dir. int.*, 2013, p. 100 ss.; e M. LONGOBARDO, *Lo Stato di Palestina: emersione fattuale e autodeterminazione dei popoli prima e dopo il riconoscimento dello status di Stato non membro delle Nazioni Unite*, in M. DISTEFANO (a cura di), *Il principio di autodeterminazione dei popoli alla prova del nuovo millennio*, 2014, Milano/Padova, p. 30 ss.

²¹ J. VIDMAR, *Palestine and the Conceptual Problem of Implicit Statehood*, in *Chin. Jour. Int. Law*, 2013, p. 19 ss.

²² M. MANCINI, cit., p. 117.

prassi il potere di attribuire a determinate entità una capacità di agire *in qualità di Stati*²³ e un corrispettivo, particolare *locus standi* nella comunità internazionale. In tale situazione giuridica soggettiva si rinverrebbe la legittimazione ad aderire a taluni accordi internazionali, in particolare quelli che presuppongano la capacità di esercitare la giurisdizione sugli individui (siano essi cittadini o meno). Di modo che l'adesione non si sostanzierebbe in una mera "anticipazione" del riconoscimento del carattere statale di quelle entità, ma avrebbe l'effetto di garantire che esse assumano l'obbligo di rispettare una serie di norme opponibili (e la cui violazione sia perciò imputabile) soltanto ad organi statali. Una simile qualificazione giuridica del fenomeno non implicherebbe inoltre il ricorso a due concezioni di statualità, ai sensi del diritto internazionale generale ovvero ai fini dell'adesione ai trattati multilaterali, ma sarebbe capace di rispondere all'esigenza di fornire ai depositari degli accordi degli indicatori affidabili, a cui ricorrere allo scopo di verificare se uno strumento di adesione sia ricevibile²⁴.

Non essendo stata accolta nello Statuto di Roma la "formula di Vienna"²⁵, di tale facoltà di conferire la capacità di agire *come uno Stato* (sia che la si voglia ricondurre al carattere funzionalistico della determinazione, ovvero al riconoscimento in capo a talune entità di uno *status* soggettivo nuovo) potrebbero disporre, in prima battuta, il Segretario Generale²⁶ e l'Assemblea Generale ONU e, in via residuale, l'Assemblea degli Stati Parti.

Sulla scorta delle conclusioni accolte, l'intervento dell'Assemblea Generale del novembre 2012 impedirebbe perciò (e una volta per tutte) di mettere in discussione, sulla base del suo carattere non statale, la ricevibilità di una dichiarazione di accettazione della giurisdizione della Corte penale internazionale proveniente dallo Stato della Palestina: posizione, questa, assunta nel corso degli ultimi mesi dalla stessa Procuratore Bensouda²⁷.

²³ In questo senso, afferma J. CERONE (*Legal Implications of the UN General Assembly Vote to Accord Palestine the Status of Observer State*, in *Asil Ins.*, 7 dicembre 2012, disponibile online all'indirizzo <http://www.asil.org/insights/volume/16/issue/37/legal-implications-un-general-assembly-vote-accord-palestine-status> – ultimo accesso 5 marzo 2015) che la risoluzione dell'Assemblea Generale ONU «*increases the ability of Palestine to act like a state*».

²⁴ Cfr. M. LONGOBARDO, cit., p. 776.

²⁵ Coniata secondo taluni proprio al fine di favorire la partecipazione alle convenzioni internazionali di entità che non fossero (ancora) state ammesse all'organizzazione universale (si veda J. VIDMAR, cit., pp. 39–40).

²⁶ Che il 6 gennaio 2015 ha in effetti accettato il deposito dello strumento di ratifica da parte della Palestina, precisando che lo Statuto di Roma entrerà in vigore nei suoi confronti il prossimo 1° aprile. Cfr. United Nations, Reference: C.N.13.2015.TREATIES–XVIII.10 (Depositary Notification), 6 gennaio 2015 (disponibile online all'indirizzo <https://treaties.un.org/doc/Publication/CN/2015/CN.13.2015–Eng.pdf> – ultimo accesso 5 marzo 2015).

²⁷ Prima in un *op-ed* pubblicato sul Guardian nell'estate 2014 (F. Bensouda, *Fatou Bensouda: the truth about the ICC and Gaza*, in *The Guardian*, 29 agosto 2014, disponibile online all'indirizzo <http://www.theguardian.com/commentisfree/2014/aug/29/icc-gaza-hague-court-investigate-war-crimes-palestine> – ultimo accesso 5 marzo 2015), poi in un irrituale comunicato stampa del 16 gennaio 2015, in cui oltre ad annunciare l'apertura dell'esame preliminare sulla situazione in Palestina ha anticipato che, a seguito dell'adozione della risoluzione 67/19, la Palestina va considerata uno Stato tanto allo scopo dell'adesione allo Statuto che a quello dell'accettazione della competenza della Corte *ex art.* 12, par. 3 (ICC Press Release, *The Prosecutor of the International Criminal Court, Fatou Bensouda, opens a preliminary examination of the situation in Palestine*, 16 gennaio 2015 – disponibile online all'indirizzo http://www.icc-cpi.int/en_menus/icc/press%20and%20media/press%20releases/Pages/pr1083.aspx, ultimo accesso 5 marzo 2015).

4. *La ragioni alla base della necessità di depositare una nuova dichiarazione ex art. 12, par. 3 da parte della Palestina*

In base al par. 3 dell'art. 12 dello Statuto della Corte penale internazionale, uno Stato non Parte può con dichiarazione depositata in Cancelleria, accettare la competenza della Corte sul crimine di cui trattasi.

Il primo problema che si è posto rispetto a tale disposizione riguarda l'ultima parte della proposizione: a seguito dell'adozione del Regolamento di procedura e prova, alla cui regola 44 è precisato che la dichiarazione in parola ha come conseguenza l'accettazione della competenza della Corte su tutti i crimini di cui all'art. 5 dello Statuto che vengano in rilievo nella situazione, sembra essere stato escluso che lo Stato non Parte possa "manipolare" la giurisdizione della Corte, selezionando i crimini da sottoporle²⁸.

Quanto alla validità di dichiarazioni con effetto retroattivo, è stato invece notato che, conformemente agli articoli 11, par. 2 e 12, par. 3, il riferimento all'accettazione della giurisdizione della Corte implicherebbe la facoltà di attivare il Procuratore su qualsiasi crimine che sia stato presuntivamente commesso dopo l'entrata in vigore dello Statuto, ossia a partire dal 1° luglio 2002²⁹. Interpretazione che è stata confermata dalla Camera d'appello della Corte³⁰, alla quale peraltro era stato chiesto soltanto di non riconoscere la giurisdizione su fatti successivi al deposito della dichiarazione (dando per scontato che quest'ultima avesse come effetto quello di riconoscerla sui fatti antecedenti).

Dal combinato disposto dei paragrafi 1 e 3 dell'art. 12, è stato inoltre dedotto che lo Stato non Parte possa riferire soltanto quelle situazioni in cui presuma che quei crimini siano stati commessi sul proprio territorio o da parte di propri cittadini: come osservato da attenta dottrina³¹, il riferimento ad un crimine piuttosto che ad una situazione implica infatti che tale fattispecie sia diversa da quella del *referral* di uno Stato Parte o del Consiglio di sicurezza. In particolare, lo scopo sarebbe soltanto quello (più limitato) di sensibilizzare e "attivare" il Procuratore, avendo la dichiarazione come effetto principale la rimozione di un ostacolo all'apertura di un'indagine, ma spettando in ogni caso a quest'ultimo la decisione in ordine all'esercizio dell'azione internazionale. Come espressamente stabilito dal par. 2 dell'art. 12, infatti, la Corte esercita la giurisdizione su impulso di Stato Parte o del Procuratore, quando lo Stato territoriale o quello di cittadinanza abbiano accettato la sua competenza. Informato del deposito di una dichiarazione, prima ancora di stabilire se le condizioni di cui all'art. 53 siano rispettate, il Procuratore dovrà perciò verificare se ricorrano le precondizioni all'esercizio della giurisdizione: se, cioè, si possa supporre che un crimine di competenza della Corte sia stato o stia per essere commesso *sul territorio o da parte di cittadini* di uno Stato non Parte.

²⁸ In tal senso si sono espressi, *ex plurimis*, H.-P. KAUL, *Preconditions to the Exercise of Jurisdiction*, cit.; e M. C. BASSIOUNI, *Negotiating the Treaty of Rome on the Establishment of an International Criminal Court*, in *Cornell Int. Law Jour.*, 1999, pp. 453-454.

²⁹ Si veda, in tal senso, K. J. HELLER, *Yes, Palestine Could Accept the ICC's Jurisdiction Retroactively*, in *Opinio Juris*, 29 novembre 2012, disponibile online all'indirizzo <http://opiniojuris.org/2012/11/29/yes-palestine-could-accept-the-iccs-jurisdiction-retroactively/> (ultimo accesso 5 marzo 2015).

³⁰ *Situation in the Republic of Côte d'Ivoire in the case of the Prosecutor v. Laurent Koudou Gbagbo, Judgment on the appeal of Mr Laurent Koudou Gbagbo against the decision of Pre-Trial Chamber I on jurisdiction and stay of the proceedings*, Appeals Chamber, 12 dicembre 2012, parr. 83-84 (disponibile online all'indirizzo <http://www.icc-cpi.int/iccdocs/doc/doc1526463.pdf> – ultimo accesso 5 marzo 2015).

³¹ Cfr. W. A. SCHABAS, *An Introduction to the International Criminal Court*³, Cambridge/New York, 2007, p. 81.

Dal momento che l'esame preliminare verte su questi tre elementi, appare fondamentale partire dal dato testuale della dichiarazione.

Se nel 2009 il Ministro della giustizia Kashan l'aveva formalmente sottoscritta per conto del Governo della Palestina, ciò che saltava all'occhio del Procuratore era l'effettiva provenienza dalla Autorità Nazionale Palestinese (come dimostrato sia dall'intestazione che dall'indicazione dei contatti del dichiarante, a piè di pagina), che si presumeva soggetto dell'ordinamento internazionale in quanto rappresentante del popolo palestinese – *rectius*: rappresentante la legittima aspirazione all'autodeterminazione di quest'ultimo³². Di conseguenza, oggetto della verifica di Moreno Ocampo era stato innanzitutto il carattere statutale dell'ANP, infine escluso sulla base dei rilievi di cui dettagliatamente si è dato conto.

Nella decisione dell'aprile 2012, tuttavia, questi aveva precisato anche che, qualora gli organi ONU o l'Assemblea degli Stati Parti si fossero espressi sulla questione della statualità, il suo Ufficio avrebbe potuto in futuro (ri)considerare denunce aventi ad oggetto la commissione di crimini in Palestina. Avendo l'ANP attribuito alla dichiarazione del 2009 una "durata indeterminata", l'adozione della risoluzione 67/19 avrebbe perciò potuto mettere il Procuratore nella condizione di effettuare una nuova verifica e porre in essere un esame preliminare avente ad oggetto le altre due precondizioni all'esercizio della giurisdizione della Corte. Al contrario, già nell'editoriale pubblicato nell'estate del 2014 Fatou Bensouda aveva sostenuto che tra le implicazioni giuridiche del riconoscimento dello *status* di Stato non membro, non vi era quella di rendere valida *ab origine* la dichiarazione del 2009 (mentre la Palestina avrebbe potuto aderire allo Statuto e/o depositare una nuova dichiarazione *ex art.* 12, par. 3)³³. Sebbene a prima vista questa affermazione possa risultare in contrasto con quella contenuta nella decisione del 3 aprile 2012, sembra piuttosto agevole dimostrarne la piena legittimità, per due ordini di considerazioni.

Il primo argomento, di tipo oggettivo, ha a che fare con la necessità di individuare il momento in cui lo Stato della Palestina sarebbe ufficialmente sorto. A questo proposito, è stato affermato che, spiegando la modifica dello *status* effetti *ex nunc*, il Procuratore potrebbe ritenere ricevibile una dichiarazione solo laddove depositata dopo l'adozione della relativa risoluzione da parte dell'Assemblea Generale³⁴. Tale rilievo sarebbe in qualche modo giustificato dalla stessa dichiarazione effettuata a margine del voto del 29 novembre 2012 dal Presidente Abbas, secondo il quale questa avrebbe emesso «a birth certificate of the reality of the State of Palestine»³⁵. Sulla scia di queste considerazioni, la dichiarazione del 2009 sarebbe da considerare irricevibile perché in essa si faceva riferimento ai crimini eventualmente commessi a partire dal 1° luglio 2002, momento a cui in alcun modo si sarebbe potuta far risalire la nascita di quello Stato³⁶.

³² *Ad abundantiam*, nel dodicesimo *consideranda* della risoluzione 67/19 si ribadisce che in base alle risoluzioni 3210 del 14 ottobre 1974 e 3237 del 22 novembre 1974 l'Organizzazione per la Liberazione della Palestina (OLP) era stata invitata a partecipare alle delibere dell'Assemblea Generale (in veste di "osservatore") «come rappresentante del popolo palestinese».

³³ F. BENSOU DA, *Fatou Bensouda: the truth about the ICC and Gaza*, cit..

³⁴ A. ZIMMERMANN, *Palestine and the International Criminal Court. Quo Vadis? Reach and Limits of Declarations under Article 12(3)*, cit., pp. 308–309.

³⁵ Cfr. *General Assembly Votes Overwhelmingly to Accord Palestine "Non-Member Observer State" Status in United Nations*, 29 novembre 2012, disponibile online all'indirizzo <http://www.un.org/press/en/2012/ga11317.doc.htm> (ultimo accesso 5 marzo 2015).

³⁶ In senso contrario, cfr. V. AZAROV, C. MELONI, *Disentangling the Knots: A Comment on Ambos' Palestine, Non-Member Observer' Status and ICC Jurisdiction*, in *EJIL: Talk*, 27 maggio 2014, disponibile online all'indirizzo

È tuttavia il secondo argomento, di tipo soggettivo, a risultare decisivo. Anche a voler riconoscere che la risoluzione dell'Assemblea Generale spieghi effetti decisivi in ordine alla statualità della Palestina, si dovrebbe tenere presente che con essa le viene accordato *status* di Stato non membro, senza pregiudizio per il ruolo dell'Organizzazione per la Liberazione della Palestina in seno all'ONU come rappresentante del popolo palestinese. Sorgerebbe perciò un problema di legittimazione soggettiva al deposito della dichiarazione: essendo l'ANP un'entità amministrativa, a sua volta creata dall'OLP mediante i due Accordi di Oslo del 1993 e 1995³⁷, non le si potrebbe riconoscere una capacità di agire sul piano internazionale come rappresentante della Palestina, neanche agli scopi dello Statuto di Roma³⁸. Per un motivo analogo, pure si conviene con quanti hanno sottolineato che non sia opponibile alla Palestina quella parte degli Accordi di Oslo II con cui si stabiliva che soltanto Israele potesse esercitare giurisdizione penale sui crimini commessi dai propri cittadini in Cisgiordania e nella Striscia di Gaza³⁹.

Pur non intendendosi qui proporre un'analisi in ordine al fatto se a seguito dell'intervento dell'Assemblea Generale l'OLP conservi o meno soggettività internazionale, sembra pertanto che in nessun modo la dichiarazione effettuata nel 2009 dall'ANP possa imputarsi alla Palestina, neanche per il tramite dell'OLP (non potendo considerarla sua

<http://www.ejiltalk.org/disentangling-the-knots-a-comment-on-ambos-palestine-non-member-observer-status-and-icc-jurisdiction/> (ultimo accesso 5 marzo 2015) – in cui però all'affermazione della piena legittimità di questa delimitazione *ratione temporis* si perveniva dopo aver ritenuto erronea la decisione del Procuratore Moreno Ocampo.

³⁷ Ci si riferisce ai due accordi, noti come “Oslo I” e “Oslo II”, sottoscritti da Israele e OLP (come rappresentante del popolo palestinese) il 13 settembre 1993 e il 28 settembre 1995. La differente natura dei due soggetti contraenti si evince dallo stesso testo dei trattati, nei cui Preamboli venivano rispettivamente indicati come «*The Government of the State of Israel and the PLO Team*» (cfr. *Declaration of Principles on Interim Self-Government Arrangements*, disponibile online all'indirizzo http://news.bbc.co.uk/2/hi/in_depth/middle_east/israel_and_the_palestinians/key_documents/1682727.stm – ultimo accesso 5 marzo 2015) e *The Government of the State of Israel and the Palestine Liberation Organization* (cfr. *The Israeli-Palestinian Interim Agreement on the West Bank and the Gaza Strip*, disponibile online all'indirizzo <https://www.jewishvirtuallibrary.org/jsource/Peace/interim.html> – ultimo accesso 5 marzo 2015). Vale inoltre la pena sottolineare che, tramite il par. 2 dell'articolo 1 di “Oslo II”, si disponeva che una volta che Israele avesse cessato l'occupazione, l'amministrazione su Gaza e la Cisgiordania sarebbe stata trasferita all'Autorità Nazionale Palestinese.

³⁸ In maniera perentoria afferma G. GUARINO (*Palestina e territorio della Palestina*, in *Studi in onore di Augusto Sinagra*, Vol. 2, Roma, 2013, p. 60) che l'ANP “non è né uno Stato né un soggetto di diritto internazionale”. In senso sostanzialmente analogo, si vedano E. CANNIZZARO (*Corso di diritto internazionale*, Milano, 2011, p. 296), secondo cui l'ANP «esercita molte delle funzioni di governo, pur non disponendo di sovranità e non essendo quindi completamente assimilabile ad uno Stato»; e N. RONZITTI (*Introduzione al diritto internazionale*⁴, Torino, 2013, p. 27), che sottolinea che essa «è un ente distinto dall'OLP ed ha una limitata autonomia che esercita sul piano interno» (corsivo mio).

³⁹ L. DANIELE, *La Palestina aderisce alla Corte penale internazionale: e ora?*, in *SIDIBlog*, 10 gennaio 2015, disponibile online all'indirizzo <http://www.sidi-isil.org/sidiblog/?p=1251> (ultimo accesso 5 marzo 2015). In particolare si concorda con questo Autore, laddove afferma che gli Accordi di Oslo sono stati conclusi tra parti belligeranti relativamente a territori occupati ed hanno perciò qualità di «accordi speciali» ai sensi della IV Convenzione di Ginevra: ragione per cui non possono disporre del diritto all'autodeterminazione del popolo palestinese.

A conclusioni simili perveniva anche K. AMBOS (*Palestine, UN Non-Member Observer Status and ICC Jurisdiction*, in *EJIL*: Talk, 6 maggio 2014, disponibile online all'indirizzo <http://www.ejiltalk.org/palestine-un-non-member-observer-status-and-icc-jurisdiction/> – ultimo accesso 5 marzo 2015), la quale notava come, oltre ad essere mutate le condizioni giuridiche alla base della sua adozione, l'accordo avesse lo scopo di regolamentare un periodo transazionale non eccedente i 5 anni.

“emanazione” e tantomeno sua rappresentante sul piano internazionale⁴⁰), specie ove si tenga presente che nell’aprile 2014, a seguito della riconciliazione tra le fazioni di Hamas e Fatah, sia stata infine annunciata la nascita di un Governo di unità nazionale⁴¹, al quale deve essere intestata la decisione di attivarsi presso la Corte penale internazionale⁴². Una certa confusione potrebbe tutt’al più essere generata dal fatto che Mahmoud Abbas rivesta allo stesso tempo la carica di Presidente dello Stato della Palestina e dell’OLP (dopo essere stato anche Primo Ministro dell’ANP).

L’idea che la Palestina sia un soggetto diverso dall’OLP (e dall’ANP) sembra essere confermata dalle iniziative intraprese in seno all’ONU a seguito dell’adozione della risoluzione 67/19. In particolare, già il 12 dicembre 2012 la *Permanent Observer Mission* della Palestina aveva inoltrato al Segretariato una lettera⁴³ con cui si chiedeva di modificare in “Stato della Palestina” la designazione di “Palestina” contenuta in tutti i documenti ufficiali a partire dal 1988⁴⁴: richiesta accordata il 17 dicembre successivo⁴⁵, e che avrebbe condotto all’adozione di quella dicitura anche nel *Blue Book*⁴⁶.

4.1. Il contenuto della dichiarazione del 1° gennaio 2015: ragioni alla base della delimitazione *ratione temporis* e *ratione loci* della giurisdizione della Corte

Nella dichiarazione depositata il 1° gennaio 2015, lo Stato della Palestina riconosce la giurisdizione della Corte allo scopo di identificare, perseguire e giudicare gli autori e i complici dei crimini di sua competenza commessi nei territori palestinesi occupati, compresa Gerusalemme Est, a partire dal 13 giugno 2014. Proprio gli elementi attraverso

⁴⁰ Anche su questo punto è perentorio GUARINO (da ultimo cit., pp. 62–63), secondo cui il popolo palestinese sarebbe «attualmente rappresentato da due organismi profondamente diversi, benché uniti attualmente in una unione personale: l’Organizzazione per la Liberazione della Palestina (OLP) e l’Amministrazione Nazionale Palestinese (ANP), che svolgono partitamente quelle funzioni», essendo soltanto la prima «dotata (...) di (...) rappresentanza [esterna], innanzitutto in quanto sicuramente soggetto di diritto internazionale da gran tempo, nella qualità, però, di Movimento di Liberazione Nazionale» a cui in base agli stessi accordi sottoscritti con Israele «spetta la rappresentanza esterna del popolo palestinese e della stessa ANP».

⁴¹ V. *Hamas and Fatah unveil Palestinian reconciliation deal*, in *BBC*, 23 aprile 2014, disponibile online all’indirizzo <http://www.bbc.com/news/world-middle-east-27128902> (ultimo accesso 5 marzo 2015). Per quanto riguarda la composizione del Governo, si veda *Government of the State of Palestine*, in *Permanent Observer Mission of the State of Palestine to the United Nations New York*, disponibile online all’indirizzo <http://palestineun.org/about-palestine/government-of-the-state-of-palestine/> (ultimo accesso 5 marzo 2015).

⁴² Cfr. N. AL-MUGHRABI, *Hamas backs Palestinian push for ICC Gaza war crimes probe*, in *Reuters*, 23 agosto 2014, disponibile online all’indirizzo <http://www.reuters.com/article/2014/08/23/us-mideast-gaza-icc-idUSKBN0GN09320140823> (ultimo accesso 5 marzo 2015).

⁴³ Cfr. *Status of Palestine*, in *Permanent Observer Mission of the State of Palestine to the United Nations New York*, disponibile online all’indirizzo <http://palestineun.org/status-of-palestine-at-the-united-nations/> (ultimo accesso 5 marzo 2015).

⁴⁴ General Assembly, UN Doc. A/RES/43/177, 15 Dicembre 1988, disponibile online all’indirizzo <http://www.un.org/documents/ga/res/43/a43r177.htm> (ultimo accesso 5 marzo 2015).

⁴⁵ United Nations Protocol and Liaison Service, 17 dicembre 2012, disponibile online all’indirizzo [http://unterm.un.org/dgaacs/unterm.nsf/c2f5f1ea9d52ce7485256dc5006e5940/86b7b54e54af4c5e85257ada00598630/\\$FILE/State%20of%20Palestine.pdf](http://unterm.un.org/dgaacs/unterm.nsf/c2f5f1ea9d52ce7485256dc5006e5940/86b7b54e54af4c5e85257ada00598630/$FILE/State%20of%20Palestine.pdf) (ultimo accesso 5 marzo 2015).

⁴⁶ United Nations Protocol and Liaison Service, *Permanent Missions to the United Nations*, ST/PLS/SER.A/304, marzo 2014, p. 328 – disponibile online all’indirizzo <http://www.un.int/protocol/> (ultimo accesso 5 marzo 2015).

cui si delimita *ratione temporis* e *loci* la competenza dei giudici internazionali meritano di essere indagati approfonditamente, con l'obiettivo di comprendere – più che le intenzioni delle autorità di Ramallah – gli effetti giuridici di quelle scelte.

Stabilito che quanto meno a partire dall'adozione della risoluzione 67/19 la Palestina ha acquisito capacità di agire agli scopi dello Statuto di Roma, è logico interrogarsi innanzitutto circa la scelta di indicare proprio il 13 giugno 2014 (e non ad esempio il 30 novembre 2012, il primo giorno successivo al voto dell'Assemblea Generale ONU) come *dies a quo* di un'eventuale indagine internazionale. A tal proposito, ad avviso di chi scrive se ne possono dare due diverse letture: una riconducibile a un'opzione prettamente politica, l'altra a motivi di legittimazione internazionale.

In prima battuta, ci si può concentrare sugli eventi precedenti al 13 giugno 2014 (e posteriori al 29 novembre 2012): è stato infatti suggerito⁴⁷ che l'esclusione del periodo antecedente avrebbe l'effetto, da un lato, di non consentire all'organo inquirente di occuparsi della “pistola fumante” (il rapimento e l'uccisione in Cisgiordania di 3 giovani israeliani, crimine i cui contorni – anche temporali – non sono stati mai del tutto chiariti⁴⁸), e dall'altro di sottoporli invece la ben più feroce reazione israeliana, concretatasi nelle operazioni rispettivamente denominate “Brother's Keeper”⁴⁹ e “Protective Edge”⁵⁰, rispettivamente lanciate su Cisgiordania e Striscia di Gaza sin dai giorni immediatamente successivi al rapimento e protrattesi per diverse settimane⁵¹. A questo proposito, sembra però potersi supporre che, qualora ritenessero la dichiarazione ricevibile, le autorità inquirenti della Corte penale internazionale procederebbero ad un esame approfondito della vicenda: eventualità di cui gli stessi leader di Hamas sembrano avere piena contezza, se è vero che prima di addivenire alla dichiarazione il Presidente Abbas aveva chiesto e ottenuto un'espressa autorizzazione dei rappresentanti di tutte le fazioni palestinesi⁵².

⁴⁷ *Ex plurimis*, si veda B. HOHLER, *The Accession of Palestine to the ICC: A Brief Analysis*, disponibile online all'indirizzo <http://www.e-ir.info/2015/02/03/the-accession-of-palestine-to-the-icc-a-brief-analysis/> (ultimo accesso 5 marzo 2015).

⁴⁸ È certo soltanto che i corpi dei 3 ragazzi sarebbero stati ritrovati il 30 giugno seguente – cfr. P. BEAUMONT, O. CROWCROFT, *Bodies of three missing Israeli teenagers found in West Bank*, in *The Guardian*, 30 giugno 2014, disponibile online all'indirizzo <http://www.theguardian.com/world/2014/jun/30/bodies-missing-israeli-teenagers-found-west-bank> (ultimo accesso 5 marzo 2015). Dopo l'uccisione in un raid dei due sospettati principali, le autorità israeliane hanno condannato all'ergastolo un solo uomo per aver partecipato all'organizzazione del rapimento e dell'uccisione dei tre ragazzi: cfr. J. RUDOREN, *Palestinian Gets 3 Life Sentences in Killing of Israeli Teenagers*, in *The New York Times*, 6 gennaio 2015, disponibile online all'indirizzo http://www.nytimes.com/2015/01/07/world/middleeast/palestinian-sentenced-in-killing-of-kidnapped-israel-teenagers.html?_r=0 (ultimo accesso 5 marzo 2015).

⁴⁹ M. GINSBURG, *IDF's dual mission: Searching for the teens, weakening Hamas*, in *The Times of Israel*, 17 giugno 2014, disponibile online all'indirizzo <http://www.timesofisrael.com/ids-dual-mission-searching-for-the-teens-smashing-hamas/> (ultimo accesso 5 marzo 2015).

⁵⁰ L. SPEYER, *Netanyahu: «Gloves Are Off» against Hamas, Launches «Operation Protective Edge»*, in *Breaking Israel News*, 8 luglio 2014, disponibile online all'indirizzo <http://www.breakingisraelnews.com/17813/idf-launches-operation-protective-edge-gaza-terror/> (ultimo accesso 5 marzo 2015).

⁵¹ Operazioni la cui legalità era stata messa in dubbio sin dai primi giorni anche da esperti e attivisti israeliani: cfr. *Is Israel's operation to find kidnapped teens a war crime?*, in *The Times of Israel*, 23 giugno 2014, disponibile online all'indirizzo <http://www.timesofisrael.com/is-israels-operation-to-find-kidnapped-teens-a-war-crime/> (ultimo accesso 5 marzo 2015).

⁵² N. AL-MUGHRABI, *Hamas backs Palestinian...*, cit. (ultimo accesso 5 marzo 2015).

Risulta allora più convincente l'altra possibile lettura, poc'anzi ricondotta a motivi di "legittimazione internazionale": secondo taluni osservatori⁵³, la scelta di indicare la data del 13 giugno 2014 sarebbe stata fatta per agganciare l'indagine del Procuratore della Corte penale internazionale a quella della Commissione d'inchiesta istituita dal Consiglio ONU per i diritti umani. Mediante risoluzione S-21 del 24 luglio 2014⁵⁴, infatti, quest'ultimo aveva incaricato il proprio Presidente, l'Ambasciatore gabonese Baudelaire Ndong Ella, di nominare una commissione indipendente internazionale con il compito di indagare su tutte le violazioni del diritto internazionale umanitario e del diritto internazionale dei diritti umani commesse nei territori palestinesi occupati, inclusa Gerusalemme Est, e in particolare nella Striscia di Gaza, nel contesto delle operazioni militari condotte a partire dal 13 giugno 2014 (par. 13). Commissione nominata l'11 agosto⁵⁵ e della quale si sarebbe parlato, nei mesi successivi, soprattutto per le accuse mosse dalle autorità israeliane nei confronti del suo Presidente, il Professor William Schabas (a fianco del quale operavano Amal Alamuddin, avvocatessa libico-britannica ed ex *legal adviser* del Tribunale speciale per il Libano; e Doudou Diène, ex *Special Rapporteur* dell'ONU sul razzismo ed ex esperto indipendente sulla situazione dei diritti umani in Costa d'Avorio). Le fortissime pressioni politiche esercitate da Israele e dai suoi alleati e il rischio che il lavoro della commissione fosse conseguentemente delegittimato hanno recentemente spinto il Prof. Schabas a rassegnare le proprie dimissioni, formalizzate in una lettera inviata al nuovo Presidente del Consiglio dei diritti umani, l'Ambasciatore tedesco Joachim Ruecker, lo scorso 3 febbraio⁵⁶.

Alla medesima intenzione di garantire legittimazione internazionale all'iniziativa potrebbe ricondursi anche la delimitazione della competenza *ratione loci*: così come al par. 13 della citata risoluzione del Consiglio dei diritti umani, infatti, anche nella dichiarazione *ex art. 12*, par. 3 dello Statuto di Roma si fa riferimento ai crimini *commessi nei territori palestinesi occupati, compresa Gerusalemme Est, e in particolare nella Striscia di Gaza*. A proposito di tale ultima specificazione sembra opportuno svolgere ulteriori riflessioni.

Sebbene i fatti alla base dell'una e dell'altra iniziativa siano significativamente diversi, come pure diverso appaia il fondamento giuridico dell'attivazione del Procuratore, ritiene chi scrive che la scelta in parola – e quella di eliminare il riferimento esplicito alla Striscia di Gaza – possa essere spiegata anche attraverso il riferimento alle conclusioni a cui Fatou Bensouda è pervenuta al termine dell'esame preliminare della vicenda della Mavi Marmara, riferita alla Corte dall'Unione delle (Isole) Comore. Pur trattandosi di *referral* di Stato Parte e avendo in quel caso l'esame preliminare ad oggetto un attacco compiuto in alto mare, da parte di navi militari israeliane, il Procuratore aveva dovuto verificare se il contesto di

⁵³ Si vedano, a tal proposito: N. KARIN, *The Establishment of the International Criminal Tribunal for Palestine (Part I)*, in *Just Security*, 21 gennaio 2015, disponibile online all'indirizzo <http://justsecurity.org/19272/establishment-international-criminal-tribunal-palestine-part-i> (ultimo accesso 5 marzo 2015); e L. DANIELE, cit..

⁵⁴ Human Rights Council, A/HRC/RES/S-21/1, *Ensuring respect for international law in the Occupied Palestinian Territory, including East Jerusalem*, 24 luglio 2014, disponibile online all'indirizzo <http://daccess-dds-ny.un.org/doc/UNDOC/GEN/G14/092/50/PDF/G1409250.pdf> (ultimo accesso 5 marzo 2015).

⁵⁵ UN Office of the High Commissioner for Human Rights, *Council President appoints Members of Commission of Inquiry under HRC resolution S-21/1*, 11 agosto 2014, disponibile online all'indirizzo <http://www.ohchr.org/EN/NewsEvents/Pages/DisplayNews.aspx?NewsID=14934&LangID=E> (ultimo accesso 5 marzo 2015).

⁵⁶ UN Office of the High Commissioner for Human Rights, *Press Statement on the resignation of the Chairperson of the Commission of Inquiry on the 2014 Gaza Conflict*, 3 febbraio 2015, disponibile online all'indirizzo <http://www.ohchr.org/EN/NewsEvents/Pages/DisplayNews.aspx?NewsID=15535&LangID=E> (ultimo accesso 5 marzo 2015).

riferimento fosse tale da consentirle di qualificare le condotte dei cittadini israeliani come crimini di guerra. A tal fine aveva perciò dato luogo ad un accertamento circa la condizione giuridica della Striscia di Gaza, al termine del quale aveva concluso che il territorio risultava sottoposto ad un blocco navale, fino alle 20 miglia nautiche dalla costa, a partire dal 3 gennaio 2009, come parte di una serie di misure restrittive adottate da parte di Israele a seguito della vittoria elettorale conseguita da Hamas nel 2006 (par. 11). Il fatto che, in aggiunta al blocco navale, Israele continuasse ad esercitare un “controllo effettivo” sul territorio (tra le altre cose, mediante esercizio del controllo dell’accesso alle frontiere, incursioni militari periodiche, imposizione di *no-go areas* e riscossione di tasse e dazi doganali) convinceva il Procuratore che, nonostante il ritiro formale dell’esercito, Israele costituisse ancora una potenza occupante ai sensi e ai fini del diritto internazionale (par. 19–29 del rapporto *ex art.* 53, par. 1)⁵⁷.

Pur non essendo vincolato il Procuratore al principio dello *stare decisis*, specie rispetto agli accertamenti propedeutici all’esame preliminare su una situazione, la suddetta conclusione potrebbe pertanto giustificare, dal punto di vista palestinese, non soltanto la decisione di optare per una definizione più “evocativa” rispetto a quella contenuta nella dichiarazione del 2009 (in cui si faceva riferimento al «territorio della Palestina»), ma anche quella di non riprodurre l’inciso sulla Striscia di Gaza, essendo questa già stata considerata, ai fini dell’applicazione dello Statuto, sottoposta ad occupazione.

4.2. *Gli effetti di tali delimitazioni sull’azione degli organi della Corte*

Al di là delle pure importanti considerazioni di ordine logico–politico, ciò che preme sottolineare è l’effetto giuridico delle scelte sin qui indagate.

Come detto, dal combinato disposto dello Statuto e del Regolamento di procedura e di prova, unici atti ai quali il Procuratore è vincolato, si deduce soltanto che ad uno Stato non Parte è consentito accettare la competenza della Corte sui crimini di cui all’art. 5. Il primo compito del Procuratore sarà allora quello di verificare se nella dichiarazione si possa anche indicare un *dies a quo* e contestualmente circoscrivere il territorio su cui debba concentrarsi l’eventuale indagine. Tenendo poi conto dell’interpretazione che di quelle disposizioni si è accolta, sembra che all’esito dell’esame preliminare pure si dovrà stabilire se *in concreto* tale restrizione della competenza della Corte abbia come effetto quello di manipolare la giustizia internazionale, risultando perciò illegittima.

Quanto alla facoltà di delimitare l’ambito territoriale e temporale dell’azione internazionale mediante la dichiarazione di accettazione della competenza della Corte penale internazionale proveniente da uno Stato non Parte, la prassi non consente in realtà di fornire una risposta univoca. Nei primi dieci anni di funzionamento del tribunale universale, infatti, ad eccezione di quella palestinese del 2009, su cui ci si è già lungamente soffermati, sono state depositate due dichiarazioni: una da parte della Costa d’Avorio (il 18

⁵⁷ Office of The Prosecutor, *Situation on Registered Vessels of Comoros, Greece and Cambodia*, Article 53(1) Report, 6 novembre 2014, disponibile online all’indirizzo http://www.icc-cpi.int/iccdocs/otp/OTP-COM-Article_53%281%29-Report-06Nov2014Eng.pdf (ultimo accesso 5 marzo 2015).

aprile 2003⁵⁸ – reiterata nel 2010⁵⁹ e nel 2011⁶⁰ dal nuovo Presidente Ouattara), una da parte dell'Ucraina (nel febbraio 2014); e soltanto sulla prima il Procuratore ha già concluso l'esame preliminare.

Nella decisione con cui il 3 ottobre 2011 la Camera Preliminare ha autorizzato il Procuratore Moreno Ocampo ad iniziare un'indagine sulla situazione in Costa d'Avorio, peraltro, l'organo giudicante non si è soffermato sulla validità della dichiarazione delle autorità ivoriane, ma si è limitato a ricordare come dal combinato disposto della suddetta norma e della citata regola 44(2) del Regolamento di procedura e di prova derivi che il deposito di una dichiarazione implica l'accettazione dello Stato non Parte della giurisdizione della Corte, su tutti i crimini (di sua competenza) rilevanti nella situazione riferita⁶¹. *Nulla quaestio* invece rispetto alla delimitazione *ratione temporis* della giurisdizione indicata nella dichiarazione⁶². A fronte di un'obiezione del collegio difensivo dell'ex Presidente Gbagbo, nella decisione del 12 dicembre 2012 la Camera d'appello avrebbe poi precisato che l'accettazione della giurisdizione della Corte ai sensi dell'art. 12, par. 3, non è limitata ai crimini antecedenti alla dichiarazione né a specifiche situazioni⁶³, lasciando intendere che uno Stato non Parte non abbia la facoltà di delimitarne la competenza.

Al fine di confutare tale ultima interpretazione, potrebbe forse essere invocata la posizione assunta dai giudici rispetto ai *referral* effettuati dagli Stati Parti ai sensi dell'art. 14 dello Statuto. In tal senso, occorre premettere che potrebbero sorgere dei dubbi rispetto alla legittimità del ricorso all'interpretazione analogica: al par. 1 dell'art. 14 si fa infatti riferimento, anziché a «crimini» sottoponibili alla giurisdizione della Corte, a una «situazione», lasciando intendere che lo Stato debba circoscrivere l'ambito di competenza dei giudici internazionali in maniera differente rispetto a quanto richiesto dal par. 3 dell'art. 12⁶⁴. D'altro canto, non meno significativa è la vicenda della dichiarazione che la Repubblica dell'Uganda sarebbe stata chiamata ad effettuare, il 27 febbraio 2004, allo scopo di «retrodare» l'applicazione dello Statuto al 1° luglio 2002: dichiarazione effettuata il 29 gennaio 2004 e che si rendeva necessaria dal momento che l'atto istitutivo sarebbe altrimenti entrato in vigore per quel Paese, che lo aveva ratificato il 14 giugno 2002, soltanto a partire dal 1° settembre seguente⁶⁵; e che di fatto aveva l'unico scopo di

⁵⁸ Republic of Côte d'Ivoire, *Declaration Accepting the Jurisdiction of the International Criminal Court*, 18 aprile 2003, disponibile online all'indirizzo <http://www.icc-cpi.int/iccdocs/otp/ICDEENG1.pdf> (ultimo accesso 5 marzo 2015).

⁵⁹ *Confirmation de la déclaration de reconnaissance*, 14 dicembre 2010, disponibile online all'indirizzo <http://www.icc-cpi.int/NR/rdonlyres/498E8FEB-7A72-4005-A209-C14BA374804F/0/ReconCPI.pdf> (ultimo accesso 5 marzo 2015).

⁶⁰ Lettera del 3 maggio 2011, disponibile online all'indirizzo <http://www.icc-cpi.int/iccdocs/otp/LetterOuattaratatoOTP030511.PDF> (ultimo accesso 5 marzo 2015).

⁶¹ Situation in the Republic of Côte d'Ivoire, *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*, Pre-Trial Chamber III, 3 ottobre 2011, par. 13 (disponibile online all'indirizzo <http://www.icc-cpi.int/iccdocs/doc/doc1240553.pdf> – ultimo accesso 5 marzo 2015).

⁶² Ai parr. 15, 173 e 175 della decisione da ultimo citata si dà per scontato che la Corte non si occuperà di fatti antecedenti al 19 settembre 2002, il *dies a quo* indicato nella dichiarazione.

⁶³ *Judgment on the appeal of Mr Laurent Koudou Gbagbo against the decision of Pre-Trial Chamber I on jurisdiction and stay of the proceedings*, cit., par. 84.

⁶⁴ V. la decisione da ultimo citata sul caso *Gbagbo*.

⁶⁵ Ai sensi dell'art. 126, par. 2 lo Statuto entra in vigore, per tutti gli Stati che decidano di aderire in un momento successivo, il primo giorno del mese immediatamente successivo al sessantesimo giorno trascorso dal deposito dello strumento di adesione.

“completare” il *self-referral* (dimostrando che pur non essendo i due strumenti intercambiabili, non vi fosse incompatibilità assoluta tra loro).

In conclusione, pur evidenziando come la lettera degli articoli 12, par. 3 e 14 deponga a favore di una distinzione tra le due fattispecie, sembra tuttavia potersi ammettere che attraverso la dichiarazione di accettazione *ad hoc* della giurisdizione, uno Stato non Parte possa restringere la competenza della Corte – *ratione temporis* e *loci*, ma non *ratione materiae* (stante il generico riferimento ai crimini di cui all'art. 5) –, con l'unico limite generale del divieto di “manipolazione” della giustizia internazionale che si ricava dalla regola 44 del Regolamento di Procedura e di Prova.

Tale ultimo *caveat* potrebbe d'altronde risultare del tutto superfluo, qualora gli organi della Corte penale internazionale stabiliscano che sulla base di una sorta di prassi diplomatica internazionale il territorio dello Stato della Palestina ricada di per sé sotto la definizione «territori palestinesi occupati». A sostegno di questa affermazione si può invocare il par. 13 della citata risoluzione del Consiglio dei diritti umani del 24 luglio 2014, laddove, nel decidere di istituire la commissione d'inchiesta, si precisa che questa dovrà indagare sulle violazioni del diritto internazionale umanitario e dei diritti umani commesse nei territori palestinesi occupati, compresa Gerusalemme Est, e in particolare nella Striscia di Gaza *occupata* (corsivo nostro). A meno che non la si voglia considerare come ridondante, questa precisazione potrebbe infatti testimoniare del valore prettamente politico della definizione «territori palestinesi occupati».

Detto degli effetti del Rapporto sulla situazione della *Mavi Marmara* sulla qualifica della Striscia di Gaza come territorio sottoposto ad occupazione straniera, almeno ai fini dell'applicazione dello Statuto, la questione dell'accertamento in ordine all'effettivo *status* della Cisgiordania appare assai delicata e di non facile soluzione, come dimostra innanzitutto la risoluzione del 29 novembre 2012. Nel Preambolo della quale ci si limita a richiamare un'altra risoluzione, la numero 58/292 del 6 maggio 2004 (dunque antecedente al ritiro dell'esercito israeliano, completato nel settembre 2005), in cui si denunciava la perdurante occupazione militare del territorio della Palestina occupato dal 1967, compresa Gerusalemme Est (undicesimo *considerandum*). Nella parte decisoria, invece, prima si riafferma il diritto all'indipendenza dello Stato della Palestina sul territorio palestinese occupato sin dal 1967 (par. 1); e poi si ribadisce la determinazione dell'organo a perseguire una soluzione pacifica della questione mediorientale, conformemente alla visione dei due Stati, i cui confini corrispondano a quelli antecedenti al 1967 (par. 4). Affermazioni, queste, che non sembrano potersi interpretare nel senso che secondo l'Assemblea Generale *l'intero territorio dello Stato della Palestina* (al 29 novembre 2012) sia sotto occupazione israeliana, essendo più ragionevole intenderle come un invito a garantire l'integrità territoriale di quello Stato, stante l'occupazione *di almeno una parte di quel territorio*.

Sull'occupazione della Cisgiordania si esprime invece soltanto indirettamente il Consiglio dei diritti umani: che, nella citata risoluzione del 24 luglio, prima sottolinea che Israele, come potenza occupante, deve garantire sicurezza e benessere della popolazione civile palestinese nella Cisgiordania, inclusa Gerusalemme Est, e nella Striscia di Gaza (nono *considerandum*), quindi esprime grave preoccupazione per il crescente numero di molestie, provocazioni, violenze e distruzioni commesse dai coloni israeliani più estremisti, illegalmente trasferiti nei territori palestinesi occupati, compresa Gerusalemme Est (par. 8).

Al fine della determinazione in ordine all'occupazione, pure potrebbero rilevare una serie di considerazioni e accertamenti contenuti nel (più risalente) parere della Corte internazionale di giustizia sulle «Conseguenze giuridiche della costruzione di un muro

all'interno del territorio palestinese occupato», reso il 9 luglio 2004⁶⁶. Innanzitutto, in quell'occasione i giudici avevano verificato che circa 237mila cittadini palestinesi si sarebbero trovati a vivere in un'area compresa tra la *Green Line* tracciata nel 1949 (in base all'armistizio che aveva dato fine al conflitto arabo-israeliano) e il muro, che nella stessa area in base al piano israeliano si sarebbero insediati circa 320mila coloni israeliani e che lo stesso *status* amministrativo sarebbe stato tale da consentire di qualificarla *Closed Area*, con accesso controllato dalle autorità israeliane (parr. 84–86). Dal momento che gli insediamenti dei coloni al di là della *Green Line*, a partire dal 1977, costituivano di per sé una violazione del diritto internazionale umanitario, la Corte concludeva che la costruzione del muro, anche qualora questo avesse carattere temporaneo, rappresentava una minaccia ai confini tra le due entità e dunque potesse essere propedeutica a realizzare un'annessione *de facto* del territorio di uno Stato terzo (parr. 120–122). Quanto alle esigenze di sicurezza invocate dalle autorità israeliane come giustificanti la costruzione del muro, infine, si affermava che la legittima difesa prevista dall'art. 51 della Carta ONU non si sarebbe potuta invocare in questa situazione, esercitando Israele il controllo sul territorio da cui la minaccia sarebbe provenuta (par. 139).

Più di recente si sarebbe espressa in senso analogo anche una missione di *fact-finding* istituita dal Consiglio ONU dei diritti umani al fine di indagare le implicazioni degli insediamenti dei coloni israeliani sui diritti umani dei palestinesi, secondo la quale tale pratica costituiva una violazione del diritto internazionale umanitario, potendo anche assurgere ad annessione di fatto, e impediva non soltanto l'attuazione del diritto di questi ultimi all'autodeterminazione, ma anche la nascita dello Stato della Palestina⁶⁷.

È inoltre interessante notare come della questione si sia occupata, almeno in un'occasione, anche la Corte Suprema israeliana. Pronunciandosi su un ricorso inoltrato da *Yesh Din* («Volontari per i diritti umani»), una ONG israeliana, nella decisione emessa il 26 dicembre 2011⁶⁸ i giudici avevano ritenuto legittimo – in quanto conforme all'art. 55 delle cosiddette *Hague Regulations*⁶⁹ e più in generale alle norme sull'occupazione militare – lo sfruttamento da parte di Israele di una serie di cave situate nell'Area C, creata in base agli accordi di Oslo II e che attualmente comprende circa il 60% del territorio della Cisgiordania (e nella quale sono insediati circa 300mila coloni), poiché su questa Israele continuerebbe ad esercitare il pieno controllo.

In ultima analisi, qualora ritenga di attenersi al dato formale e di non accogliere l'interpretazione “diplomatica”, al Procuratore Bensouda – ed alla Corte, qualora questi chieda l'autorizzazione ad aprire un'indagine – sarà demandato il compito di accertare quale area sia effettivamente riconducibile alla definizione «territori palestinesi occupati» ai fini dell'applicazione dello Statuto. Tale verifica, come visto, sembrerebbe poter condurre gli

⁶⁶ ICJ, *Legal consequences of the construction of a Wall in the Occupied Palestinian Territory*, Advisory Opinion, July 9, 2004.

⁶⁷ Human Rights Council, *Report of the Independent International Factfinding Mission to Investigate the Implications of the Israeli Settlements*, UN Doc. A/HRC/22/63, 7 febbraio 2013, in particolare ai parr. 100-104. Sul Rapporto si veda F. FAVUZZA, *Gli insediamenti israeliani nei Territori occupati e i diritti del popolo palestinese (in margine al rapporto della fact-finding mission del Consiglio dei diritti umani)*, in *Dir. uomo. dir. int.*, 2013, p. 799 ss.

⁶⁸ Israeli High Court of Justice, HCJ 2164/09, *Yesh Din v. The Commander of the Israeli Forces in the West Bank et al.*, 26 dicembre 2011 (traduzione inglese non ufficiale disponibile online all'indirizzo <http://www.yeshdin.org/userfiles/file/%D7%94%D7%9B%D7%A8%D7%A2%D7%95%D7%AA%20%D7%93%D7%99%D7%9F/psak.pdf> – ultimo accesso 5 marzo 2015).

⁶⁹ Compresa nella Quarta Convenzione de L'Aia concernente le leggi e gli usi della guerra terrestre del 18 ottobre 1907.

organi della Corte a stabilire che sia sottoponibile ad indagine anche il trasferimento in Cisgiordania, ad opera di Israele (quale potenza occupante), di parte della propria popolazione civile (qualificato come crimine di guerra dall'art. 8(2)(b)(viii) dello Statuto). Considerati i rilievi circa il "valore politico" della definizione e la delicatezza dell'accertamento in ordine all'occupazione del territorio (e specialmente della Cisgiordania), si ritiene in conclusione di poter escludere che il riferimento ai territori palestinesi occupati sia riconducibile alla volontà delle autorità palestinesi di manipolare la giustizia internazionale.

5. *Conclusioni*: alea iacta est?

L'analisi sin qui condotta ha dimostrato come attraverso la dichiarazione *ex art. 12*, par. 3 dello Statuto, oltre ad accettare la competenza della Corte penale internazionale, la Palestina abbia finito per investire il Procuratore (ed in seconda battuta i giudici) del compito di risolvere una serie di delicate questioni giuridiche. Detto che con il comunicato del 16 gennaio scorso Fatou Bensouda ha sgombrato una volta per tutte il campo dai dubbi in merito alla provenienza dell'atto unilaterale da un'entità avente natura statale, sembra ben più complicato anticipare le sue valutazioni sulla ricevibilità della dichiarazione e la procedibilità del caso.

In particolare, essendo stato fatto espresso riferimento alle condotte commesse a partire dal 13 giugno 2014 sui territori palestinesi occupati, risultano decisive le determinazioni dell'organo inquirente circa la legittimità delle limitazioni *ratione temporis* e *loci* della giurisdizione della Corte. Qualora il Procuratore ritenga che attraverso queste indicazioni le autorità palestinesi abbiano inteso "manipolare" la giustizia internazionale, selezionando (in violazione della *ratio* del combinato disposto dell'art. 12, par. 3 dello Statuto e della Regola 44 del Regolamento di procedura e di prova) i crimini di cui questa si possa occupare, la dichiarazione andrebbe infatti considerata irricevibile. Ad identica conclusione si perverrebbe nel caso in cui, pur avendo considerato in via di principio legittima l'apposizione di quei limiti, si stabilisse che nelle concrete circostanze del caso essi producano un effetto incompatibile con le citate disposizioni: l'indicazione del 13 giugno potrebbe essere infatti intesa come un modo per garantire l'impunità a cittadini palestinesi, responsabili della commissione di crimini che abbiano costituito la causa della reazione israeliana (questa sì, riferita alla Corte).

Ove infine li ritenesse validamente apposti, dovrebbe chiarire gli effetti del riferimento all'occupazione del territorio. Tenuto conto della sua recente utilizzazione da parte di diversi organi delle Nazioni Unite, la formula scelta potrebbe essere ricondotta ad una sorta di "prassi diplomatica" e considerata di fatto equivalente a quella di territorio della Palestina.

Tuttavia, se il Procuratore decidesse di adottare un approccio rigorosamente formalistico potrebbe ritenersi tenuto a verificare quale parte del territorio della Palestina sia effettivamente occupato: il che potrebbe da ultimo condurlo ad escludere che tale qualifica sia attribuibile alla Cisgiordania, riconoscendo la Corte competente ad indagare soltanto su quelle condotte poste in essere nella Striscia di Gaza (rispetto alla quale un accertamento era già stato proposto nell'ambito del recente Rapporto *ex art. 53* sul caso *Mavi Marmara*).

Tutto ciò premesso, più che effettuare un giudizio prognostico sulle suddette valutazioni e su quelle concernenti la procedibilità del caso, propedeutiche ai sensi del par. 1 dell'art. 53 all'autorizzazione all'apertura di un'indagine, sembra in conclusione opportuno allargare lo sguardo e svolgere qualche ulteriore considerazione sulla complessiva iniziativa palestinese. Il Governo di Ramallah non si è infatti limitato, come detto in apertura, al deposito di una dichiarazione di accettazione della competenza della Corte; ma ha provveduto, pressoché contestualmente, al deposito dello strumento di adesione allo Statuto di Roma (accettato dal Segretario generale, in qualità di depositario). Laddove si consideri come a questa decisione le autorità palestinesi siano pervenute dopo il fallimento dell'ennesimo tentativo di far approvare al Consiglio di sicurezza una risoluzione sulla questione mediorientale (mediante cui non soltanto si invitavano Israele e Palestina a perseguire una soluzione negoziale, che avesse come obiettivo la nascita di due Stati entro i confini precedenti al 1967; ma soprattutto si auspicava che gli Stati membri dell'ONU riconoscessero nell'immediato futuro la *full membership* alla Palestina e si domandava a Israele di cessare ogni attività di insediamento nei territori palestinesi occupati), si potrebbe forse interpretare l'azione come espressione della volontà di traslare la controversia in merito alla statualità su un piano prettamente giuridico, allo scopo di ottenere una legittimazione della propria posizione attraverso una decisione vincolante proveniente da un organo indipendente (e a sua volta legittimato dalla comunità internazionale) quale è la Corte penale internazionale.

Così ricostruita la vicenda, la decisione delle autorità palestinesi potrebbe rappresentare il risultato di uno storico cambiamento di strategia, consistendo il suo obiettivo nell'ottenimento di una "autodeterminazione giuridica". Certificato il fallimento degli approcci militare e diplomatico⁷⁰, in questa fase il nuovo Governo intenderebbe cioè perseguire la nascita di uno Stato palestinese indipendente attraverso gli strumenti messi a disposizione dal diritto internazionale.

In quest'ottica si dovrebbero (ri)leggere alcune precedenti iniziative, quali l'azione condotta in seno all'Assemblea generale ONU e tradottasi nella sottoposizione alla Corte internazionale di giustizia della richiesta di un parere sulla costruzione del muro, e i tentativi (come visto, almeno in parte andati a buon fine) di ottenere la *full membership* in seno all'ONU e agli istituti specializzati dell'organizzazione universale. L'adesione allo Statuto di Roma e il deposito di una dichiarazione di accettazione della competenza *ex art. 12*, par. 3, rappresenterebbero allora il risultato di una *escalation* che ha condotto (anche in conseguenza della mancata adozione, da parte del Consiglio di sicurezza, della risoluzione promossa dalla Lega Araba e sponsorizzata dalla Giordania) il Governo della Palestina alla decisione di porre in essere la minaccia a lungo sbandierata di investire della questione la Corte penale internazionale⁷¹. Al perseguimento di tale nuova strategia si dovrebbe dunque ricondurre anche il riferimento ai territori palestinesi occupati e alla data del 13 giugno 2014, che troverebbe la propria ragione nella volontà di "agganciare" l'indagine che eventualmente dovesse aprirsi a L'Aia all'azione della Commissione indipendente

⁷⁰ Sulla storia del movimento per la liberazione della Palestina e le strategie adottate a partire dal secondo dopoguerra, si veda G. GUARINO, *La questione della Palestina nel diritto internazionale*, Torino, 1994, pp. 137-201.

⁷¹ Cfr. *Palestinians threaten to take Israel to ICC*, in *Al-Jazeera*, 8 gennaio 2013, consultabile online all'indirizzo <http://www.aljazeera.com/programmes/insidestory/2013/01/2013186722389860.html> (ultimo accesso 5 marzo 2015).

d'inchiesta, istituita mediante la risoluzione del Consiglio dei diritti umani ONU del 24 luglio 2014.

L'idea di perseguire l'autodeterminazione *attraverso il diritto internazionale* costituisce una novità che potrebbe spiegare effetti positivi anche sotto un diverso punto di vista. Al di là della ineludibile esigenza di risolvere la tensione con il principio di effettività, che ad oggi rappresenta il limite fondamentale e il “peccato originale” di qualsivoglia iniziativa palestinese, all'occhio dell'internazionalista questa scelta si tradurrebbe infatti nel contestuale impegno delle autorità del Governo d'unità nazionale a garantire tutti quei diritti che potremmo ricondurre, attraverso il concetto di sicurezza umana, alla c.d. sovranità positiva. In altre parole, attraverso l'accettazione della competenza della Corte, e ancor più attraverso l'adesione allo Statuto di Roma, le diverse fazioni del popolo palestinese avrebbero manifestato l'intenzione di rispettare il divieto di commettere crimini internazionali. Ciò che si sarebbe già tradotto, tra l'altro, nell'assunzione di specifiche responsabilità specialmente da parte dei *leader* di Hamas: ai quali, come notato da diversi osservatori, potrebbero essere in un futuro prossimo destinati una serie di mandati d'arresto internazionali per i crimini commessi a partire da quel 13 giugno 2014⁷².

In conclusione, sarebbero proprio la consapevole scelta palestinese di “giurisdizionalizzare” la questione dell'autodeterminazione attraverso gli strumenti del diritto internazionale e il rischio che questa nuova strategia possa in qualche modo risultare vincente a spaventare le autorità israeliane. Il pericolo che la Corte penale internazionale possa certificare che la mancanza di effettività dello Stato della Palestina sia unicamente dovuta all'occupazione (di parti) del suo territorio e dunque alla commissione di crimini internazionali da parte delle autorità israeliane, spiegherebbe la veemente reazione di Israele e di alcuni dei suoi alleati. Se il primo ha definito assurda la decisione del Procuratore Bensouda di aprire un esame preliminare⁷³ e invitato i più stretti alleati a tagliare i fondi messi annualmente a disposizione della Corte penale internazionale⁷⁴, il governo degli Stati Uniti ha ammonito che l'iniziativa unilaterale della Palestina potrebbe risultare controproducente rispetto al processo di pace⁷⁵.

Le dichiarazioni delle autorità israeliane e statunitensi e il tentativo per loro tramite di delegittimare la Corte internazionale penale starebbero cioè a dimostrare il timore di questi Paesi che, nell'accogliere la dichiarazione *ex art. 12*, par. 3, Procuratore e giudici de L'Aia,

⁷² Tenuto conto della delicatezza delle questioni relative alla determinazione della competenza *ratione temporis* e *loci* della Corte, il Procuratore Bensouda potrebbe infatti trovare minori difficoltà a indagare sui crimini di guerra presumibilmente commessi a Gaza, tra il giugno e il luglio 2014, da cittadini palestinesi.

Sul punto, si vedano: A. TAUB, *Palestine just joined the International Criminal Court. Here's what that means*, in *Vox*, 5 gennaio 2015, consultabile online all'indirizzo <http://www.vox.com/2015/1/5/7494157/palestine-icc-explained> (ultimo accesso 5 marzo 2015); e K. J. HELLER, *No, Going to the ICC Is Not «Lawfare» by Palestine*, in *Opinio Juris*, 22 gennaio 2015, consultabile online all'indirizzo <http://opiniojuris.org/2015/01/22/no-going-icc-not-palestinian-lawfare/> (ultimo accesso 5 marzo 2015).

⁷³ *In speech Netanyahu rebukes 'absurd' ICC decision to launch investigation into Gaza operation*, in *The Jerusalem Post*, 17 gennaio 2015, consultabile online all'indirizzo <http://www.jpost.com/Israel-News/In-speech-Netanyahu-rebukes-absurd-ICC-decision-to-launch-investigation-into-Gaza-operation-388052> (ultimo accesso 5 marzo 2015).

⁷⁴ I. BEN ZION, S. WINER, *Israel urges allies to pull funds from ICC*, in *The Times of Israel*, 18 gennaio 2015, consultabile online all'indirizzo <http://www.timesofisrael.com/israel-urges-allies-to-pull-funds-from-icc> (ultimo accesso 5 marzo 2015).

⁷⁵ J. RATHKE (Direttore del *Bureau of Public Affairs*), Press Statement, *Statement on ICC Prosecutor's Decision*, 16 gennaio 2015, consultabile online all'indirizzo <http://www.state.gov/r/pa/prs/ps/2015/01/236082.htm> (ultimo accesso 5 marzo 2015).

accertata la commissione di crimini internazionali contro la sua statualità, finiscano per riconoscere alla Palestina una autodeterminazione giuridica su cui fondare da qui in avanti ogni iniziativa internazionale tesa a farne garantire l'effettività.



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. 2/2015

1. ADESIONE DELLA PALESTINA ALLO STATUTO DI ROMA E DICHIARAZIONE DI ACCETTAZIONE DELLA GIURISDIZIONE DELLA CORTE PENALE INTERNAZIONALE

Il 1° aprile scorso la Palestina è diventata il centoventitreesimo Stato parte dello Statuto di Roma della Corte penale internazionale (Cpi) ([ICC welcomes Palestine as a new State Party, ICC-CPI-20150401-PR1103, 1 April 2015](#)). Lo strumento di adesione è stato firmato dal Presidente palestinese Mahmoud Abbas (*alias* Abu Mazen) il 31 dicembre 2014 e depositato presso il Segretario generale delle Nazioni Unite (NU), che è il depositario dello Statuto, il 2 gennaio successivo ([C.N.13.2015. TREATIES-XVIII.10 \(Depositary Notification\), Rome Statute of the International Criminal Court, Rome, 17 July 1998, State of Palestine: Accession, 6 January 2015](#)). Lo Statuto è quindi entrato in vigore per la Palestina il primo giorno del mese successivo al sessantesimo giorno dal deposito dell'adesione, come previsto dall'art. 126, par. 2, dello stesso.

Invero, oltre allo strumento di adesione, il 31 dicembre 2014 il Presidente Abbas ha firmato una dichiarazione di accettazione della giurisdizione della Cpi *ex* art. 12, par. 3, dello Statuto su tutti i crimini da chiunque commessi nei Territori palestinesi occupati, inclusa Gerusalemme Est, a partire dal 13 giugno 2014, ovvero dal giorno successivo al rapimento in Cisgiordania di tre giovani israeliani, a cui il Governo di Tel Aviv rispose con l'Operazione "Brother's Keeper", seguita dopo il ritrovamento dei loro corpi dall'Operazione "Protective Edge", che costò la vita ad oltre 1400 civili nella Striscia di Gaza ([Palestine's Declaration Accepting the Jurisdiction of the International Criminal Court, 31 December 2014](#)). La dichiarazione, ricevuta dal Cancelliere della Corte il 1° gennaio 2015, è stata da questo accettata il 7 gennaio successivo e trasmessa al Procuratore per il seguito di competenza ([Registrar Letter to HE President Abbas Regarding Palestine's Declaration Accepting the Jurisdiction of the International Criminal Court, Ref. 2015/IOR/3496/HvH, 7 January 2015](#)).

Con la firma dello strumento di adesione allo Statuto di Roma e ad altri sedici trattati nonché della dichiarazione di accettazione della giurisdizione della Cpi sopra indicata, la Palestina ha inteso reagire immediatamente alla bocciatura da parte del Consiglio di Sicurezza, il 30 dicembre 2014, del progetto di risoluzione presentato dalla Giordania, che fissava il termine di un anno per il raggiungimento di un accordo di pace comprendente la fine dell'occupazione israeliana dei Territori palestinesi e il reciproco riconoscimento di

Israele e Palestina (v. [UN Doc. S/2014/916, Jordan: Draft Resolution, 30 December 2014; UN Doc. S/PV.7354, 7354th Meeting, 30 December 2014, The Situation in the Middle East, including the Palestinian Question](#)).

La mossa palestinese ha fatto infuriare Israele, che non è parte dello Statuto di Roma e teme ora che i propri vertici militari e politici, incluso il Primo ministro Benjamin Netanyahu, finiscano sotto processo dinanzi alla Cpi in quanto responsabili di crimini di guerra e crimini contro l'umanità nei Territori occupati, rilevando ai fini della commissione di detti crimini il luogo in cui si sono prodotti gli effetti dei loro ordini e non quello (il territorio israeliano) in cui questi sono stati emanati. Salvo infatti che la situazione sia deferita al Procuratore dal Consiglio di sicurezza, la giurisdizione della Corte sussiste se l'accusato è cittadino di uno Stato parte dello Statuto o di uno Stato non parte che l'abbia accettata con una dichiarazione *ad hoc* oppure se, quale che sia nazionalità dell'accusato, il crimine è stato commesso nel territorio di uno di tali Stati (v. art. 12, par. 2, e art. 13, lett. (a) e (c), dello Statuto). Come si è detto, la Palestina è divenuta parte dello Statuto il 1° aprile scorso. Per effetto dell'adesione, la Cpi ha giurisdizione sui crimini che siano perpetrati nei Territori da chiunque – non solo da israeliani, ma anche da palestinesi – a partire da tale data. La Palestina può deferire al Procuratore una situazione in cui detti crimini appaiano essere stati compiuti (*referral*), chiedendogli di aprire un'indagine *ex art. 13* lett. (a) dello Statuto.

Quid per i crimini commessi nei Territori occupati prima del 1° aprile? Al riguardo, conviene ricordare che la Corte può pronunciarsi solo sui crimini commessi dopo l'entrata in vigore dello Statuto per il singolo Stato parte, tranne che questi abbia anteriormente depositato presso il Cancelliere una dichiarazione di accettazione della giurisdizione della Corte *ex art. 12*, par. 3, dello Statuto stesso, consentendole di processare i responsabili di crimini compiuti in precedenza, ma comunque in una data successiva al 1° luglio 2002 (giorno dell'entrata in vigore dello Statuto). La dichiarazione firmata dal Presidente palestinese Abbas sopra menzionata attribuisce alla Cpi la giurisdizione sui crimini commessi a partire dal 13 giugno 2014. L'obiettivo perseguito è di consentire alla Corte di pronunciarsi sugli eventuali crimini perpetrati dagli israeliani nell'ambito delle Operazioni "Brother's Keeper" e "Protective Edge". Tuttavia, in virtù della dichiarazione, la Corte è competente anche a pronunciarsi sui crimini commessi durante le ostilità dai palestinesi.

Agendo conformemente alla Regola 25, par. 1, lett. (c), del Regolamento dell'Ufficio del Procuratore e come da prassi in caso di *referral* e dichiarazioni *ex art. 12*, par. 3, dello Statuto, il 16 gennaio 2015 il Procuratore della Corte Fatou Bensouda ha annunciato l'avvio di un esame preliminare della situazione in Palestina, al fine di stabilire se vi siano elementi sufficienti per l'apertura di un'indagine ([The Prosecutor of the International Criminal Court, Fatou Bensouda, opens a preliminary examination of the situation in Palestine, ICC-OTP-20150116-PR1083, 16 January 2015](#)).

Secondo quanto previsto dall'art. 53, par. 1, dello Statuto, nel corso di tale esame il Procuratore dovrà valutare se: (1) vi sia una base ragionevole (*reasonable basis*) per ritenere che crimini rientranti nella giurisdizione della Cpi siano stati o siano commessi; (2) i potenziali casi derivanti da un'indagine sarebbero ammissibili ai sensi dell'art. 17 dello Statuto, vale a dire soddisferebbero il principio di complementarietà e sarebbero di gravità sufficiente da giustificare un'ulteriore azione della Corte; (3) malgrado il soddisfacimento dei predetti requisiti, vi siano serie ragioni per credere che un'indagine sarebbe contraria agli interessi della giustizia.

Se l'esame preliminare, per il quale non vi è un limite di tempo, avrà esito positivo, il Procuratore, agendo *proprio motu*, potrà iniziare un'indagine, previa autorizzazione della Camera Preliminare (v. art. 15, parr. 3 e 4, dello Statuto). Quest'ultima non sarà, tuttavia, necessaria con riguardo ai crimini perpetrati dopo il 1° aprile 2015, se nel frattempo la Palestina procederà ad un *referral*. Nell'ambito dell'indagine, poi, il Procuratore potrà chiedere alla stessa Camera preliminare l'emanazione di uno o più ordini di comparizione e/o mandati d'arresto (v. art. 58, parr. 1 e 7, dello Statuto).

Non sembra tuttavia che i vertici israeliani abbiano molto da temere da un'indagine di Bensouda sui crimini commessi nei Territori palestinesi occupati, a parte un danno politico e d'immagine. Dinanzi alla Cpi non possono essere celebrati processi *in absentia*. Non disponendo la Corte di un proprio apparato di polizia, l'esecuzione di un mandato d'arresto richiede la cooperazione dello Stato in cui il ricercato si trova. È impensabile che Israele consegna dei propri cittadini alla Cpi. Quanto agli altri Paesi, il caso del Presidente sudanese Omar Al Bashir dimostra come interessi politici ed economici possano indurre gli stessi Stati parti a non ottemperare all'obbligo di piena cooperazione con la Corte stabilito dallo Statuto di Roma e a disattendere la richiesta di arresto e consegna del ricercato da questa formulata, violando lo Statuto e l'eventuale legislazione interna che dia ad esso attuazione. Al Bashir, destinatario di due mandati d'arresto, uno nel 2009 per crimini di guerra e crimini contro l'umanità e l'altro nel 2010 per genocidio, è ancora al suo posto e continua a viaggiare in numerosi Paesi, compresi diversi Stati parti (v. [Office of the Prosecutor, Nineteenth Report of the Prosecutor of the International Criminal Court to the UN Security Council pursuant to the UNSCR 1593 \(2005\), 23 June 2014](#), parr. 19-26). Inoltre, con l'eccezione del caso dell'ex leader libico Muammar Gheddafi, l'azione investigativa del Procuratore non si è finora distinta per rapidità ed efficienza, anche a causa delle limitate risorse a disposizione e della scarsa o assente cooperazione degli Stati coinvolti. Il 5 dicembre 2014 Bensouda ha addirittura dovuto ritirare le accuse nei confronti del Presidente del Kenya Uhuru Muigai Kenyatta, già rinviato a giudizio per crimini contro l'umanità, riconoscendo di non avere sufficienti prove della sua colpevolezza ([Trial Chamber V\(B\), The Prosecutor v. Uhuru Muigai Kenyatta, Office of the Prosecutor, Notice of Withdrawal of the Charges against Uhuru Muigai Kenyatta, ICC-01/09-02/11-983, 5 December 2014](#)).

Va peraltro sottolineato che il 16 gennaio 2015 Israele, agendo congiuntamente a Stati Uniti e Canada, ha presentato formale protesta al Segretario generale delle NU riguardo alla sua accettazione, quale depositario dello Statuto di Roma, dello strumento di adesione della Palestina, annunciata in una nota del 6 gennaio precedente con la quale si comunicava che lo Statuto sarebbe entrato in vigore per quest'ultima il 1° aprile ([C.N.13.2015.TEATIES-XVIII.10 \(Depositary Notification\), Rome Statute of the International Criminal Court, Rome, 17 July 1998, State of Palestine: Accession, cit.](#)). Israele, in qualità di Stato firmatario dello Statuto, ha dichiarato di non ritenere che la Palestina soddisfi i requisiti per essere considerata uno Stato, di non riconoscerla come tale e pertanto di considerare «*without any legal validity or effect*» la sua richiesta di adesione allo Statuto, essendo questo aperto all'adesione dei soli Stati ([C.N.63.2015.TREATIES-XVIII.10 \(Depositary Notification\), Rome Statute of the International Criminal Court, Rome, 17 July 1998, Israel: Communication, 23 January 2015](#)). In termini analoghi si sono espressi gli Stati Uniti, anch'essi firmatari dello Statuto ([C.N.64.2015.TREATIES-XVIII.10 \(Depositary Notification\), Rome Statute of the International Criminal Court, Rome, 17 July 1998, United States of America: Communication, 23 January 2015](#)). C'è da chiedersi se e

quale significato abbia, dal punto di vista giuridico, la protesta formulata da Stati che abbiano solo firmato un trattato multilaterale contro l'adesione ad esso di un altro Stato, tanto più quando – come nel caso di Israele e degli Stati Uniti rispetto allo Statuto di Roma – abbiano manifestato l'intenzione di non diventare parti del trattato e dichiarato di non avere perciò alcun obbligo in conseguenza della firma (il riferimento è all'obbligo di astenersi da comportamenti che priverebbero il trattato del suo oggetto e del suo scopo, di cui all'art. 18 della Convenzione di Vienna sul diritto dei trattati del 1969) (v. [CN.434.2002.TREATIES-21 \(Depositary Notification\), Rome Statute of the International Criminal Court, Rome, 17 July 1998, United States of America: Communication, 6 May 2002](#); [C.N.894.2002.TREATIES-35 \(Depositary Notification\), Rome Statute of the International Criminal Court, Rome, 17 July 1998, Israel: Communication, 28 August 2002](#)). In ogni caso, la protesta israeliana e quella statunitense sembrano destinate a rimanere prive di conseguenze pratiche, non essendo i due Stati vincolati allo Statuto.

Non altrettanto può dirsi della protesta formulata dal Canada, che è parte dello Statuto. Questo ha innanzitutto sottolineato il ruolo meramente tecnico e amministrativo del depositario e ricordato che «it is for States Parties to a treaty, not the Depositary, to make their own determination with respect to any legal issues raised by instruments circulated by a depositary» ([C.N.57.2015.TREATIES-XVIII.10 \(Depositary Notification\), Rome Statute of the International Criminal Court, Rome, 17 July 1998, Canada: Communication, 23 January 2015](#)). Il Canada ha quindi dichiarato che la Palestina non soddisfa i requisiti della statualità e non è da esso riconosciuta come Stato. Pertanto, a suo giudizio la Palestina non è in grado di aderire allo Statuto, il quale di conseguenza «does not enter into force, or have an effect on Canada's treaty relations, with respect to the 'State of Palestine'» (*ibidem*).

La Palestina ha replicato alle proteste di Israele, Stati Uniti e Canada con comunicazioni separate ma identiche del 6 febbraio 2015, nelle quali ha richiamato la risoluzione n. 67/19 del 29 novembre 2012, con cui l'Assemblea generale le ha riconosciuto lo status di Stato osservatore presso le NU, e ha affermato che essa è di conseguenza «a State recognized by the United Nations General Assembly on behalf of the international community» ([C.N.103.2015.TREATIES-XVIII.10 \(Depositary Notification\), Rome Statute of the International Criminal Court, Rome 17 July 1998, State of Palestine: Communication, 9 February 2015](#); [C.N.120.2015.TREATIES-XVIII.10 \(Depositary Notification\), Rome Statute of the International Criminal Court, Rome, 17 July 1998, State of Palestine: Communication, 9 February 2015](#); [C.N.125.2015.TREATIES-XVIII.10 \(Depositary Notification\), Rome Statute of the International Criminal Court, Rome, 17 July 1998, State of Palestine: Communication, 9 February 2015](#)).

In effetti, la risoluzione in parola ha fugato qualsiasi dubbio circa la legittimazione della Palestina a divenire parte dei trattati multilaterali aperti all'adesione di tutti gli Stati di cui è depositario il Segretario Generale delle NU, tra i quali rientra lo Statuto di Roma (sul punto sia consentito rinviare a M. MANCINI, *Conseguenze giuridiche dell'attribuzione alla Palestina dello status di Stato osservatore presso le Nazioni Unite*, in *Riv. dir. int.*, 2013, pp. 100-118, p. 109 ss.). Per i suddetti trattati, il Segretario generale segue infatti la prassi dell'Assemblea generale circa la qualificazione di un ente come Stato, da rintracciarsi in «unequivocal indications» che questa lo considera uno Stato ([UN Doc. ST/LEG/7/Rev.1, Summary of Practice of the Secretary-General as Depositary of Multilateral Treaties, New York, 1999](#), parr. 82-83).

È tuttavia facoltà degli Stati parti dei trattati in questione che contestino la statualità dell'ente notificare un'obiezione all'adesione di quest'ultimo, come ha fatto il Canada con riguardo all'adesione della Palestina allo Statuto di Roma. Come anticipato, la comunicazione canadese appare gravida di conseguenze. Dando seguito a quanto ivi dichiarato, il Governo di Ottawa potrebbe negare ogni cooperazione alla Cpi riguardo ad un'indagine o un procedimento concernente crimini commessi nei Territori palestinesi occupati. Il Canada potrebbe, ad esempio, rifiutarsi di eseguire un mandato d'arresto emesso dalla Camera preliminare nei confronti di individui (israeliani, palestinesi o di altre nazionalità) sospettati di detti crimini, presenti sul suo territorio.

MARINA MANCINI



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 DI SICUREZZA E I DIRITTI UMANI N. 2/2015

1. CONSIDERAZIONI GENERALI E PROVE DI RICOSTRUZIONE, SOTTO GLI AUSPICI DEL CONSIGLIO DI SICUREZZA, DELLA «CORTINA D'ACQUA» TRA SPONDA SUD E NORD DEL MEDITERRANEO.

Infine, con l'intervento tenuto l'11 maggio 2015 dall'Alto rappresentante dell'Unione Europea per gli affari esterni e la politica di sicurezza (Federica Mogherini) la crisi del Mediterraneo è entrata dalla porta principale nell'agenda del Consiglio di sicurezza. Si tratta di un passaggio importante che merita un approfondimento in attesa di eventuali sviluppi che probabilmente si concretizzeranno già nelle prossime settimane. Prima di immergerci in queste profondità, di seguito verranno illustrate le attività del Consiglio di sicurezza nel bimestre marzo/aprile 2015, prestando particolare attenzione agli aspetti più innovativi sotto il profilo giuridico.

Nel bimestre in esame il Consiglio di sicurezza ha adottato quattordici risoluzioni, quasi tutte ai sensi del cap. VII della Carta e finalizzate alla proroga di operazioni di pace/missioni delle Nazioni Unite nell'ambito delle crisi africane. Non si registra l'adozione di risoluzioni tematiche. Quanto alle dinamiche decisionali, i nuovi membri non permanenti (in particolare il Venezuela) non hanno di regola impedito il raggiungimento dell'unanimità (solo in due occasioni le risoluzioni sono state adottate con astensioni), limitandosi a chiedere una consultazione più inclusiva e trasparente sui progetti di risoluzione proposti (quasi sempre) dalle potenze occidentali.

Ben tre risoluzioni sono state dedicate alla crisi libica: le [risoluzioni 2208 \(2015\)](#) del 5 marzo 2015 e [2213 \(2015\)](#) del 27 marzo 2015 si limitano a prorogare, senza particolari novità, il mandato dell'UNSMIL e dei regimi sanzionatori già vigenti, mentre la [risoluzione 2214 \(2015\)](#) del 27 marzo 2015 ha come oggetto la diffusione del terrorismo in Libia e presenta contenuti normativi che non si discostano dalla narrativa giuridica dominante. Data la centralità della questione libica per il nostro paese e la necessità di analizzare, anche sotto il profilo della loro applicazione concreta, i regimi sanzionatori in parola, il presente numero dell'osservatorio ospita un contributo di approfondimento della suddetta tematica.

Tra le delibere che si occupano delle crisi africane, spicca la [risoluzione 2206 \(2015\)](#) del 3 marzo 2015 sulla guerra civile in Sud Sudan. La finalità di questa risoluzione, adottata «*under Article 41 of Chapter VII of the Charter of the United Nations*» (ultimo considerando), è quella «*to impose targeted sanctions in order to support the search for an inclusive and sustainable peace in South Sudan*» (par. 5 del dispositivo) tra il regime del Presidente Kiir (di etnia dinka) e le

forze di opposizione guidate dall'ex Vice-Presidente Machar (di etnia nuer). Il regime sanzionatorio in parola presenta alcune caratteristiche interessanti: a) si applica a persone od entità «*responsible for or complicit in, or having engaged in, directly or indirectly, actions or policies that threaten the peace, security or stability of South Sudan*» (par. 6 del dispositivo); b) i criteri di designazione includono sia comportamenti di natura politica (ad esempio, «*[a]ctions or policies that threaten transitional agreements or undermine the political process in South Sudan*»), sia violazioni dei diritti umani e del diritto internazionale umanitario (par. 7 del dispositivo); c) le misure sanzionatorie previste includono il divieto di espatrio e il congelamento dei beni dei proscritti (parr. 9-15 del dispositivo), mentre l'embargo sulle armi (la prima misura che dovrebbe essere imposta in situazioni del genere) viene soltanto (*sic*) minacciato (nel par. 21 del dispositivo, il Consiglio «*[e]xpresses its intent to review the situation [...] and also expresses its intent to impose any sanctions that may then be appropriate to respond to the situation, which may include an arms embargo*»); d) detto regime sanzionatorio, pur essendo stato istituito in tutti i suoi elementi (incluso il Comitato delle sanzioni e il Panel di esperti), viene lasciato in una specie di limbo giuridico di non operatività, quasi come ulteriore strumento di pressione per convincere le parti a dare finalmente attuazione ai *Cessation of Hostilities Agreements* (CoH Agreements) conclusi sotto gli auspici dell'IGAD (*Intergovernmental Authority on Development*).

Di rilievo la posizione espressa dal delegato russo nel dibattito che ha seguito l'approvazione della risoluzione: «*[t]he Russian Federation voted in favour of resolution 2206 (2015), guided by the importance of supporting the Council's unity in the interest of settling the situation in South Sudan. However, we continue to feel that today's Security Council decision was hasty. No one should have any illusion that we unconditionally support the implementation of a sanctions regime against South Sudan. Our principled position is well known. We have never felt and do not feel that sanctions are an effective means for achieving a political settlement to a conflict. Today, as progress has been made in the negotiations between the warring sides, South Sudan continues to need understanding and unified support rather than pressure and threats, which could lead to the opposite result*» ([verbale](#) della riunione del 3 marzo 2015, UN Doc. S/PV.7396, p. 4). A nostro parere, tale dichiarazione è assai discutibile, per di più in quanto posizione di principio, dato che le violenze efferate perpetrate nell'ambito del conflitto sud-sudanese e le sue gravi conseguenze umanitarie avrebbero giustificato già da diverso tempo l'imposizione di sanzioni mirate alle parti in contrapposizione. Inoltre, non può essere messa in dubbio la natura politica dello strumento sanzionatorio che emerge chiaramente dalla Carta delle Nazioni Unite ed è confermata da una prassi ormai decennale.

Quello che stupisce, semmai, è che, nonostante le apparenze giuridiche, dette sanzioni siano state soltanto «minacciate» (nella sua veemente protesta il delegato sud-sudanese afferma che «*[i]f, as we have been made to understand, resolution 2206 (2015) is merely procedural, aimed at creating a framework for a sanctions regime and not at actually implementing sanctions, then it amounts to a threat*», p. 5) o comunque siano al momento «congelate» (come ... spiega la delegata statunitense: «*Under the terms of the resolution, the parties must meet IGAD's deadlines for the resolution of all outstanding issues of the conflict and to begin the process of establishing a transitional Government of national unity. The consequences for not doing so could include the designation of senior individuals for asset freezes and travel bans, or the imposition of an arms embargo*», p. 2). Alchimie diplomatiche a parte, si spera che i condizionamenti geopolitici, che hanno contraddistinto in negativo la giovane vita dello Stato sud-sudanese fin dalla sua nascita, non finiscano per minare la credibilità (e quindi l'efficacia) all'azione consigliare per ristabilire la pace in Sud Sudan.

Le [risoluzioni 2211 \(2015\)](#) del 26 marzo 2015 e [2217 \(2015\)](#) del 28 aprile 2015, dedicate, rispettivamente, alle crisi nella Repubblica democratica del Congo e nella Repubblica Centrafricana, presentano interesse perché confermano le dinamiche prevalenti in materia di operazioni di pace già evidenziate in un numero precedente di questo osservatorio (R. CADIN, [Considerazioni generali e nuove tendenze in materia di peace-keeping](#), in *Ordine Internazionale e diritti umani*, n. 3/2014, p. 552 ss.). Nello specifico, nella risoluzione 2211 (2015) il Consiglio di sicurezza, agendo ai sensi del cap. VVII della Carta, decide «*to extend until 31 March 2016 the mandate of MONUSCO in the DRC, including, on an exceptional basis and without creating a precedent or any Prejudice to the agreed principles of peacekeeping, its Intervention Brigade*» (primo paragrafo del dispositivo). Nel contesto della trasformazione della MONUSCO al fine di renderla «*more efficient and effective in implementing its mandate*» (par. 2 del dispositivo) e della riaffermazione della priorità che deve essere accordata alla protezione dei civili «*in decisions about the use of available capacity and resources*» (par. 8 del dispositivo), la *Intervention Brigade* avrà il compito di «*[n]eutralizing armed groups*» conducendo «*targeted offensive operations [...] in cooperation with the whole of MONUSCO, either unilaterally or jointly with the FARDC [Congolese Armed Forces], in a robust, highly mobile and versatile manner and in strict compliance with international law, including international humanitarian law*» (par. 9, lett. e), del dispositivo). Inoltre, il Consiglio evidenzia «*the need for a clear exit strategy of the Intervention Brigade, including through sustainable progress in ending the threat of armed groups and the implementation of sustainable SSR which may include the development of a Congolese rapid reaction force*» (par. 41 del dispositivo).

Quanto alla crisi nella Repubblica Centrafricana, il Consiglio di sicurezza, dopo aver autorizzato un incremento degli effettivi della MINUSCA (*Multi-dimensional Mission in the Central African Republic*) nella [risoluzione 2212 \(2015\)](#) del 26 marzo 2015, ha adottato, sempre all'unanimità e ai sensi del Cap. VII della Carta, la risoluzione 2217 (2015) che ha sottoposto a revisione il mandato dell'operazione di pace otto mesi dopo il suo effettivo dispiegamento (avvenuto il 15 settembre 2014 con la transizione dalla MISCA, *African-led International Support Mission to the Central African Republic*, a suo tempo decisa dal Consiglio nella [risoluzione 2149 \(2014\)](#)). Si tratta di una risoluzione molto complessa ed articolata (dalla lunghezza enciclopedica di 16 pagine) che qui ci limitiamo a ricordare nei suoi aspetti essenziali o che presentano elementi di novità: a) come osserva il Consiglio, «*while improving, the security situation in the CAR remains fragile*» in particolare a causa delle «*multiple violations of international humanitarian law and the widespread human rights violations and abuses committed by both former Seleka elements and militia groups, in particular the 'anti-Balaka'*», che secondo il [rapporto](#) della Commissione internazionale d'inchiesta (UN Doc. S/2014/928 del 22 dicembre 2014) «*may amount to war crimes and crimes against humanity, including ethnic cleansing by elements of the anti-balaka militia*» (ottavo, nono e decimo considerando della risoluzione); b) in questo contesto, e nella prospettiva delle elezioni legislative e presidenziali programmate per l'agosto 2015 che dovrebbero costituire un passaggio importante nella transizione democratica del Paese, il Consiglio ha esteso il mandato della MINUSCA fino al 30 aprile 2016 (par. 22 del dispositivo) con chiare priorità rappresentate dalla protezione dei civili e dalla promozione dei diritti umani; c) l'elemento forse più caratteristico del mandato della MINUSCO, già presente nella risoluzione 2149 (2014), è rappresentato dalla autorità di adottare «*at the formal request of the Transitional Authorities and in areas where national security forces or judicial authorities are not present or operational, urgent temporary measures on an exceptional basis and without creating a precedent and without prejudice to the agreed principles of peacekeeping operations, which are limited in scope, time bound [...] to arrest and detain in order to maintain basic law and order and*

fight impunity» (par. 32, lett. f), i), del dispositivo); d) nel quadro della lotta all'impunità va inserito l'elemento di novità presente nella delibera costituito dal sostegno espresso dal Consiglio di sicurezza alla istituzione di una «*national Special Criminal Court (SCC) consistent with CAR laws and jurisdiction and in line with the CAR's international humanitarian law and international human rights law obligations*», alla quale la MINUSCO dovrà prestare assistenza tecnica «*in particular in the areas of investigations, arrests, detention, criminal and forensic analysis, evidence collection and storage, recruitment and selection of personnel, and the establishment of a legal aid system*» (par. 32, lett. g), i) e ii), del dispositivo); e) quanto, infine, ai rapporti tra la istituenda Corte penale speciale della Repubblica Centrafricana e la Corte penale internazionale, ci limitiamo in questa sede a riportare la ricostruzione offerta dalla Commissione internazionale d'inchiesta nel già citato rapporto: «*after almost two years of analyzing the situation, the Prosecutor of the ICC announced on 24 September 2014 that she had concluded that there is a 'reasonable basis' to open an investigation into the situation in the Central African Republic [...]. That investigation has now begun. The Commission considers that, under these conditions the principle of complementarity will be applied. It will be for the Central African courts, and particularly the Special Criminal Court, to show that they are both willing and able genuinely to carry out the investigation and prosecution of those alleged to have committed crimes against humanity or war crimes. In the event that the national courts are not able to satisfy this burden, the ICC should exercise its jurisdiction where appropriate*» (raccomandazione 4, lett. e), al Consiglio di sicurezza, p. 29).

Nel periodo di riferimento il Consiglio di sicurezza ha adottato altre tre risoluzioni con riferimento a crisi africane. Nella [risoluzione 2215 \(2015\)](#) del 2 aprile 2015, relativa alla Liberia, il Consiglio, dopo aver lodato le autorità nazionali e la popolazione locale per la capacità di reazione alla epidemia di Ebola, ha deciso di procedere nella programmata riduzione degli effettivi della UNMIL (*United Nations Mission in Liberia*) (primo paragrafo del dispositivo) e ha riaffermato la sua aspettativa che il governo liberiano riassuma completamente le sue responsabilità nel settore della sicurezza entro il 30 giugno 2016 (secondo paragrafo del dispositivo). In tale contesto di progressiva smobilitazione, il Consiglio ha evidenziato l'importanza della cooperazione intermissione tra l'UNMIL e l'UNOCI (*United Nations Operation in Côte d'Ivoire*), in specie nelle zone di confine tra i due Paesi. Proprio alla Costa d'Avorio è dedicata la [risoluzione 2219 \(2015\)](#) del 28 aprile 2015, nella quale il Consiglio, pur riconoscendo i progressi compiuti dal Paese nella stabilizzazione della situazione, in particolare nei settori della riforma della sicurezza e del disarmo, smobilitazione e reintegrazione, ha rinnovato fino al 30 aprile 2016 il regime sanzionatorio (incluso l'embargo sulle armi) imposto ormai da diversi anni. Ciò ha determinato la caustica reazione del delegato ivoriano: «*We note that it [resolution 2219 (2015)] is identical in many ways to resolution 2513 (2014), in which the Council unanimously recognized that undeniable progress had been achieved on the ground by the Ivorian Government. My delegation therefore has mixed feelings, but in a constructive spirit we remain hopeful that, at its next meeting on the sanctions imposed on Côte d'Ivoire, the Council will be able to reach an assessment and a decision that truly reflect the efforts of my country's authorities*» ([verbale](#) della riunione del 28 aprile 2015, UN Doc. S/PV.7436, p. 2). La terza delibera riguarda la *vexata quaestio* della autodeterminazione del Sahara Occidentale e non presenta novità di rilievo: nella [risoluzione 2218 \(2015\)](#) del 28 aprile 2015 il Consiglio si limita a prorogare fino al 30 aprile 2016 il mandato della MINURSO (*United Nations Mission for the Referendum in Western Sahara*) (primo paragrafo del dispositivo) e a chiedere alle parti (il Fronte Polisario e il Marocco) di continuare gli sforzi per trovare una soluzione politica negoziale (leggi: robusta autonomia del Sahara Occidentale nel quadro della sovranità marocchina) nell'ambito della mediazione del

Segretario generale delle Nazioni Unite. Nel corso del dibattito che ha seguito l'approvazione all'unanimità della risoluzione, il delegato venezuelano ha espresso *«certain concerns about the procedure used in the drafting of the resolution just adopted. A text was presented to us that had been previously agreed by the Group of Friends of Western Sahara which did not address the legitimate concerns and proposals that were made by numerous countries that are interested in this specific issue, Venezuela among them»* e ha riaffermato *«the Council's responsibility in working with resolve towards a fair and lasting solution to the colonial situation endured by the Sahrawi people through the fulfilment of their right to selfdetermination, including the option of independence, pursuant to international law, and in particular the purposes and principles of the Charter of the United Nations»* ([verbale](#) della riunione del 28 aprile 2015, UN Doc. S/PV.7435, pp. 4-5).

Tra le altre delibere, spicca la [risoluzione 2216 \(2015\)](#) del 14 aprile 2015 sul conflitto nello Yemen, approvata con l'astensione della Federazione Russa (curiosamente il delegato inglese ha iniziato il suo intervento consigliare seguito all'adozione della delibera affermando che *«[t]he United Kingdom welcomes the unanimous [sic] adoption of resolution 2216 (2015)»*) ([verbale](#) della riunione del 14 aprile 2015, UN Doc. S/PV.7426, p. 2). Con riferimento alla *escalation* della crisi yemenita, il Consiglio di sicurezza aveva già adottato la [dichiarazione presidenziale](#) del 22 marzo 2015 (UN Doc. S/PRST/2015/8) in cui condannava *«the ongoing unilateral actions taken by the Houthis, which undermine the political transition process in Yemen, and jeopardize the security, stability, sovereignty and unity of Yemen»* (sesto paragrafo). Nel testo della risoluzione non si fa riferimento al successivo intervento militare della coalizione araba a guida saudita, se non indirettamente all'inizio del preambolo quando il Consiglio ricorda *«the letter dated 24 March 2015 from the Permanent Representative of Yemen, to the United Nations, transmitting a letter from the President of Yemen, in which he informed the President of the Security Council that 'he has requested from the Cooperation Council for the Arab States of the Gulf and the League of Arab States to immediately provide support, by all necessary means and measures, including military intervention, to protect Yemen and its people from the continuing aggression by the Houthis'»* (secondo considerando). Nel dispositivo, il Consiglio chiede che *«all Yemeni parties, in particular the Houthis, fully implement resolution 2201 (2015), refrain from further unilateral actions that could undermine the political transition in Yemen, and further demands that the Houthis immediately and unconditionally: (a) end the use of violence; (b) withdraw their forces from all areas they have seized, including the capital Sana'a [...]*» (primo paragrafo). Inoltre, il Consiglio impone un embargo mirato sulle armi nei confronti dei *leaders* dei ribelli Houthi (paragrafo 14 del dispositivo) e li designa quali destinatari del divieto di esportazione e del congelamento dei beni (terzo paragrafo del dispositivo), ovvero delle misure sanzionatorie decise nella precedente risoluzione 2140 (2014). Il delegato russo ha spiegato l'astensione del proprio Paese facendo riferimento alle circostanze che gli *«sponsors refused to include the requirements insisted upon by Russia, which were addressed to all parties to the conflict, to swiftly halt fire and begin peace talks»* e che *«the resolution makes inappropriate reference to the sanctions aspect. We insisted on the necessity of a comprehensive arms embargo. It is well known that Yemen is awash in weapons»* (verbale della riunione del 14 aprile 2015, cit., pp. 2-3).

Il Consiglio di sicurezza è anche tornato sull'uso di armi chimiche nel conflitto siriano con la [risoluzione 2209 \(2015\)](#) del 6 marzo 2015, approvata con l'astensione del Venezuela. La delibera prende spunto dai tre rapporti finora presentati dalla *Fact Finding Mission* dell'Organizzazione per la proibizione delle armi chimiche e soprattutto dalla decisione adottata il 4 febbraio 2015 dal suo Consiglio esecutivo che *«while stating diverse views on these reports, expressed serious concern regarding the findings of the Mission made with a high degree of confidence that chlorine has been used repeatedly and systematically as a weapon in the Syrian*

Arab Republic» (sesto considerando della risoluzione). Tale accertamento, sia pure assai generico, consente al Consiglio di ribadire la condanna dell'utilizzo di armi chimiche, incluso il cloro, nel conflitto siriano e di ricordare la vigenza di obblighi giuridici internazionali in materia e del principio della responsabilità penale individuale, ma soprattutto di decidere «*in the event of future non-compliance with resolution 2118 to impose measures under Chapter VII of the United Nations Charter*» (settimo paragrafo del dispositivo). La decisione in parola, oltre ad essere proiettata nel futuro, appare strumentale perché non è chiaro chi ne potrà essere il destinatario. Non a caso, nel dibattito consigliare il delegato del Venezuela ha puntualizzato che «*we consider it necessary, prior to the adoption of a resolution such as that on which we have abstained, to conclude the investigation to determine who is responsible for such an abominable act*» ([verbale](#) della riunione del 6 marzo 2015, UN Doc. S/PV.7401, p. 2). In compenso, il dibattito seguito all'adozione della risoluzione sarà ricordato per il duello diplomatico d'altri tempi tra Russia e Stati Uniti. Alla provocazione statunitense: «*I would note, however, that the Council, in the wake of the monstrous attack in August 2013, came together and did decide, very much with the Russian Federation's support and partnership, to take away one party's chemical weapons. It is a little strange to take away one party's entire stockpile of chemical weapons in the wake of a monstrous attack and then later claim that the party whose chemical weapons one has taken away is not implicated in that attack*», il delegato russo ha replicato: «*It is very strange that the United States stated that the use of chemical weapons by the Government of Syria would be a red line and that it would cause the United States to use force, and yet after the events of 21 August it did not do so. Therefore, the Al-Assad Government did not cross that red line. The President of the United States stated that it was a red line and then he did nothing. That means that the Al-Assad Government did not use chemical weapons*» (p. 7).

Pochi cenni meritano, infine, la [risoluzione 2207 \(2015\)](#) del 4 marzo 2015 sulla non proliferazione nucleare nella Corea del Nord in cui il Consiglio di sicurezza proroga fino al 5 aprile 2016 il mandato del Panel di esperti istituito dal paragrafo 26 della [risoluzione 1874 \(2009\)](#), e la [risoluzione 2210 \(2015\)](#) del 16 marzo 2015 sulla situazione in Afghanistan. Quest'ultima risoluzione si dilunga (addirittura in ... 17 pagine) in una narrativa auto-consolatoria che celebra «*the completion at the end of 2014 of the Transition (Integral) Process and the initiation of the Transformation Decade (2015-2024) with the assumption of full responsibility for the security sector by Afghan institutions*» (terzo considerando) e «*the inauguration on 29 September 2014 of the new President of Afghanistan, marking the first democratic transition of power in the country's history, as well as the establishment of a Government of National Unity*» (settimo considerando). In questo contesto di «transizione felice», il Consiglio decide di prorogare fino al 17 marzo 2016 il mandato della UNAMA (*United Nations Assistance Mission in Afghanistan*) e non manca di sottolineare «*the importance of the long-term commitment by the international community to ensure a capable, professional and sustainable Afghan National Security Force*» e di richiamare a tale titolo «*the establishment of the non-combat, train, advise and assist Resolute Support Mission, based on the bilateral agreements between NATO and Afghanistan and at the invitation of Afghanistan*» (paragrafo 24 del dispositivo). A riportare il Consiglio alla dura realtà dei fatti ci pensa, come al solito, il delegato russo nell'intervento seguito all'approvazione all'unanimità della delibera: «*A difficult situation continues to prevail in Afghanistan, and we are concerned about the increasing activities of fighters, of which civilians are the primary victims. This negative trend is reflected in the most recent report of the Secretary-General (S/2015/151), which states that in past year alone, the conflict has claimed the lives of more than 10,000 civilians. This is a regrettable scorecard for the contemporary history of Afghanistan. This state of affairs clearly suggests that the International Security Assistance Force, which has left the country, did not fulfil the mandated handed down by the Security*

Council, just as it has not provided us with a comprehensive report on the work it did over the 13 years of its presence in the country» ([verbale](#) della riunione del 16 marzo 2015, UN Doc. S/PV.7403, p. 15).

Arriviamo finalmente alla riunione del Consiglio di sicurezza dell'11 maggio 2015 in cui l'Alto Rappresentante dell'Unione Europea per gli affari esteri e la politica di sicurezza ha presentato una prima bozza del piano in preparazione a Bruxelles per affrontare la crisi migratoria nel Mediterraneo. In primo luogo, bisogna riconoscere che si è trattato di un discorso ben preparato e diplomaticamente efficace nella prospettiva di arrivare ad una futura autorizzazione consigliare di misure coercitive, anche nel mare territoriale e nei porti della Libia, nei confronti dei trafficanti di migranti. Tale prima valutazione è avvalorata dai seguenti elementi: a) la qualificazione della situazione quale vera e propria emergenza umanitaria, con la postilla che *«an exceptional situation requires an exceptional and coordinated response»* ([verbale](#) della riunione dell'11 maggio 2015, UN Doc. S/PV.7439, p. 2); b) la sottolineatura ripetuta della finalità umanitaria del piano dell'Unione Europea, ben presente in questo passaggio: *«I believe that we are ready to address challenges that affect us all and to do so not only from a security perspective, but first and foremost from a humanitarian perspective»* (p. 4), e ancora di più in questa affermazione fin troppo impegnativa: *«Let me explicitly assure the Security Council that no refugee or migrants intercepted at sea will be sent back against their will»* (p. 3); c) l'autocritica sul passato (*«The European Union is ready to do its part. That has not always been the case, I know. Now, I believe, we are ready to do it»*, p. 4), certamente inusuale nei dibattiti dinanzi al Consiglio di sicurezza, che tuttavia dà maggiore credibilità ai nuovi propositi; d) il collegamento effettuato tra la tragedia umanitaria, l'instabilità nella regione e il traffico di migranti (*«It is not only a humanitarian emergency but also a security crisis, since migrant networks are linked to, and in some cases finance, terrorist activities; which contributes to instability in a region that is already unstable enough»*, p. 2); e) la volontà più volte affermata nell'intervento di voler affrontare la crisi in maniera olistica ed articolata, in una prospettiva di lungo periodo e in coordinamento con tutti i partners regionali e globali; f) il tentativo di eludere il punto critico dei rapporti con le diverse autorità libiche in contrapposizione facendo esclusivo riferimento al sostegno dato dall'Unione europea alla mediazione del Rappresentante speciale Bernardino León e alla circostanza generica che *«Europeans and Libyans need to work together in partnership to fight trafficking and smuggling organizations»*, p. 3); g) i vaghi riferimenti alla natura delle iniziative militari in materia di lotta al traffico dei migranti in preparazione nel quadro dell'Unione europea (la Mogherini si limita a ricordare la Dichiarazione del Consiglio europeo del 23 aprile 2015 che chiede all'Alto Rappresentante di *«undertake systematic efforts to identify, capture and destroy vessels before they are used by traffickers»*, p. 3), che sono naturalmente funzionali ad offrire un ampio margine negoziale alle trattative in corso nell'ambito del Consiglio di sicurezza.

Premesso tutto ciò ed anche che l'iniziativa diplomatica dell'Unione Europea ha buone probabilità di successo, si impongono una serie di riflessioni, per forza di cose sintetiche, sulle dinamiche in esame. Innanzitutto, sul loro significato reale. Al di là della stessa narrativa dominante della tragedia umanitaria che richiede una immediata azione repressiva nei confronti dei trafficanti di migranti, ci pare indiscutibile che la finalità della politica migratoria dell'Unione Europea rimanga sempre quella della chiusura delle sue frontiere dai flussi migratori esterni (la *«fortezza Europa»*), a prescindere dal fatto che si tratti di migranti economici o alla ricerca di protezione internazionale (dunque, l'esatto contrario dell'assicurazione fornita dalla Mogherini al Consiglio di sicurezza). Se la sostanza non muta, cambiano gli strumenti e i meccanismi di gestione (aventi rilevanza sia interna che

esterna) in funzione dell'evoluzione della situazione. E' chiaro, ad esempio, che la svolta militare è giustificata (nell'ottica sottoposta a critica) dalla necessità di creare un cordone sanitario intorno alla Libia che, a causa dell'anarchia dominante, è diventata una falla intollerabile nella «cortina d'acqua» che separa le due sponde del Mediterraneo. Del resto, se la finalità dell'Unione Europea fosse effettivamente umanitaria e non quella di impedire l'arrivo indiscriminato di migranti sulle coste europee, perché all'Italia è stato a suo tempo praticamente impedito di continuare l'*Operazione Mare Nostrum* che aveva assicurato la ricerca e il salvataggio dei disperati del mare? E perché non reprimere seriamente ed effettivamente negli ordinamenti nazionali dei Paesi membri il trasporto illecito di migranti e la tratta di essere umani, utilizzando a questo fine gli strumenti offerti dalla cooperazione internazionale in ambito penale?

La seconda riflessione è che, alla luce dell'attuale situazione libica, il ricorso all'uso della forza rischia di essere del tutto inefficace o controproducente in assenza di interventi di terra mirati che consentano la neutralizzazione delle reti criminali locali dedite al traffico di migranti. Tuttavia, tale opzione, esclusa dalla stessa Mogherini in recenti dichiarazioni, pare impraticabile per diverse ragioni: la contrarietà delle diverse autorità/entità libiche, i costi e i rischi militari e politici di tali operazioni terrestri, le riserve di alcuni membri permanenti (leggi: Federazione Russa). Non rimarrebbe, quindi, che la paventata distruzione indiscriminata attraverso bombardamenti aereo-navali delle imbarcazioni e delle attrezzature portuali presenti sulle coste libiche con il rischio di tragedie umanitarie determinate dall'utilizzo di scudi umani da parte dei trafficanti o del ricorso di quest'ultimi ad odiose ritorsione nei confronti degli stessi migranti impossibilitati a partire. Dunque, il risultato di arrestare temporaneamente il flusso di migranti dalle coste libiche sarebbe forse raggiunto, ma a quale «prezzo umanitario» per le comunità locali di pescatori private dei mezzi di sussistenza e per le masse di disperati intrappolati sulle coste libiche in condizioni inumane, in gran parte in fuga da guerre e violenze e quindi titolari del diritto a ricevere protezione internazionale?

Infine, una volta chiarito come l'opzione militare sia funzionale alla protezione non «dei» ma «dai» migranti, è utile evidenziare che «[i]l ricorso alla forza militare come mezzo di contrasto della tratta o, in generale, di reati transnazionali, in sostituzione dei poteri coercitivi interni [...] non costituisce solo violazione del divieto della forza, ma è profondamente eversivo dell'intero sistema dei diritti umani» (G. CARELLA, [*Tratta degli essere umani, uso della forza internazionale e prevenzione dei naufragi \(... dello stato di diritto\)*](#), in *SIDIBlog*). Infatti, nella brillante esemplificazione fornita sempre dalla stessa autrice, «il bombardamento dei barconi, come misura volta ad eliminare gli strumenti della commissione di un grave reato, costituisce applicazione agli individui, proprietari dei barconi stessi, di una sanzione senza processo e senza condanna. Nell'ipotesi, non del tutto eliminabile, in cui i bombardamenti causassero vittime, si tratterebbe di privazione arbitraria della vita, senza processo e senza condanna». Nasce dunque il problema non secondario della valutazione del «se» ed «entro quali limiti» il Consiglio di sicurezza possa autorizzare tali condotte, nonché quello successivo ed eventuale del rispetto da parte degli Stati autorizzati degli obblighi internazionali in materia di tutela dei diritti dell'uomo. Di queste ed altre questioni dovremo probabilmente occuparci nel prossimo numero dell'osservatorio.

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 DI SICUREZZA E I DIRITTI UMANI N. 1/2015

2. IL REGIME SANZIONATORIO ISTITUITO DAL CONSIGLIO DI SICUREZZA IN LIBIA: UN MODELLO POTENZIALMENTE INNOVATIVO RESO INEFFICACE DALLA SITUAZIONE DI ANARCHIA

1. Note introduttive

La proroga della missione delle Nazioni Unite in Libia (UNSMIL) contenuta nella [risoluzione 2213](#) (2015) del 27 marzo 2015 e la contestuale rivisitazione dei regimi sanzionatori dimostrano la volontà del Consiglio di Sicurezza di confidare negli sforzi di mediazione politico-diplomatica intrapresi dal Rappresentante speciale Bernardino León. Tuttavia, la condizione di anarchia e violenza del Paese non sembra avvalorare l'ipotesi di una imminente composizione delle divergenze politiche, ideologiche e culturali che separano il governo di Tobruk da quello di Tripoli. Il proliferare di gruppi armati locali e di tensioni tribali, nonché il consolidarsi di elementi terroristici, rendono poco realistica non solo la tanto agognata transizione democratica, ma anche la nascita di un governo di unità nazionale.

I recenti rapporti del Segretario Generale ([S/2015/144](#) e [S/2015/113](#)) e le relazioni del Panel di esperti ([S/2015/128](#)) mettono in luce l'incapacità del governo di Tobruk di arginare la crescente minaccia terroristica. A tal proposito, il 27 marzo 2015 il Consiglio di Sicurezza ha adottato all'unanimità la [risoluzione 2214](#) (2015). Nel dispositivo l'organo responsabile della pace e della sicurezza internazionale «*reaffirming its determination to combat by all means . . . threats to international peace and security caused by terrorist acts*» invita gli Stati Membri «*to combat by all means . . . terrorist acts, including those committed by ISIL . . . in coordination with the government of Libya*» (par. 3).

Dunque, a distanza di poche settimane dall'approvazione della [risoluzione 2208](#) (2015), nella quale il Consiglio di sicurezza sembrava concedere un credito limitato (... al 31 marzo 2015) ai tentativi di conciliazione del Rappresentante speciale Bernardino León, con la risoluzione 2213 (2015), «*Welcoming the ongoing efforts of the United Nations Support Mission in Libya (UNSMIL) and the Special Representative of the Secretary-General to facilitate a Libyan-led political solution*» (terzo considerando), l'organo consigliere torna a confidare in una possibile composizione pacifica del conflitto.

In attesa di sviluppi futuri che probabilmente si concretizzeranno già nelle prossime settimane, si propone di seguito un approfondimento dell'articolato regime sanzionatorio istituito con riferimento alla situazione libica, riservando un'attenzione specifica agli aspetti più innovativi e controversi. Pur concentrandoci sui dati più recenti, non mancheremo di richiamare, seppur in maniera concisa, i passaggi nodali che hanno segnato l'evoluzione dei vari regimi sanzionatori. Tenteremo di comprendere non solo la *ratio* che ha ispirato l'adozione di determinate misure restrittive, ma anche l'impatto concreto e la reale efficacia delle sanzioni rispetto agli obiettivi consiliari e alla soluzione della crisi libica.

2. L'embargo sulle armi

Nella [risoluzione 1970](#) (2011) che rappresenta il cuore del sistema sanzionatorio istituito in Libia, il Consiglio di Sicurezza, istituisce un embargo militare contro lo Stato libico e decide che *«all Member States shall immediately take the necessary measures to prevent the direct or indirect supply, sale or transfer to the Libyan Arab Jamahiriya . . . of arms and related materiel of all types»* (paragrafo 9 del dispositivo). A tal fine, il Consiglio *«calls upon all States . . . to inspect . . . all cargo to and from the Libyan Arab Jamahiriya, in their territory. . . and to seize and dispose items the supply, sale, transfer or export of which is prohibited by paragraphs 9 or 10»* (paragrafo 11 del dispositivo). Dato il successivo dilagare della violenza nel Paese, al fine di garantire una più rigida implementazione dell'embargo militare, il 17 marzo 2011, il Consiglio adotta la [risoluzione 1973](#) (2011) e autorizza gli Stati Membri *«to use all measures commensurate to the specific circumstances to carry out such inspections»* (paragrafo 13 del dispositivo). Si tiene a precisare che con la risoluzione 1973 (2011), l'autorizzazione ad ispezionare imbarcazioni non solo viene inquadrata in un contesto di uso della forza (il famoso *«art. 41 e 1/2»* della Carta ONU) ma subisce anche un'estensione dal punto di vista spaziale. Gli Stati Membri vengono autorizzati a svolgere ispezioni non più esclusivamente *«to halt inward and outward maritime shipping»*, come fu in occasione dell'embargo contro l'Iraq e in altre circostanze successive, ma la loro competenza si estende *«in their territory, including seaports and airports, and on the high seas»* (paragrafo 13 del dispositivo). Interessante notare, inoltre, che nelle risoluzioni 1970 (2011) e 1973 (2011) la possibilità degli Stati di ispezionare navi viene vincolata al possesso di prove ragionevoli che l'imbarcazione oggetto del controllo trasporti materiale vietato dalla risoluzione. Il riferimento ai *«reasonable grounds»*, limitazione al potere ispettivo degli Stati, rappresenta un richiamo alle norme di diritto internazionale generalmente riconosciute e alla Convenzione delle Nazioni Unite sul diritto del mare (art. 110) mai contemplato in occasioni precedenti.

Con il prospettarsi della caduta del regime del Colonnello si assiste ad un parziale e momentaneo attenuamento delle misure sanzionatorie nei confronti delle nuove autorità libiche (Consiglio Nazionale di transizione). Così, nella [risoluzione 2009](#) (2011) il Consiglio stabiliva che le misure sanzionatorie a carattere militare *«shall also not apply to the supply. . . of: (a) arms and related materiel . . . intended solely for security or disarmament assistance to the Libyan authorities and notified to the Committee in advance and in the absence of a negative decision by the Committee»* (paragrafo 13 del dispositivo). Dello stesso tenore la [risoluzione 2095](#) (2013) del 14 marzo 2013 in cui il Consiglio decideva *«that supplies of non-lethal military equipment, and the provision of any technical assistance, training or financial assistance . . . shall no longer require notification to, or the absence of a*

negative decision by, the Committee, as previously provided for in paragraph 13 (a) of resolution 2009» (paragrafo 10 del dispositivo).

Questa graduale rimozione dell'embargo nei confronti del governo libico subisce un'inversione di marcia nell'agosto 2014. La recrudescenza degli scontri e la mancanza di trasparenza del governo nella gestione del materiale militare (si veda [S/2015/128](#)) ha condotto il Consiglio di Sicurezza verso un atteggiamento più prudente. Il Consiglio approva dunque la [risoluzione n. 2174](#) (2014) con la quale il trasferimento di materiale militare e paramilitare alle autorità libiche viene nuovamente subordinato al parere del Comitato 1970 (paragrafo 8 del dispositivo).

Nelle risoluzioni 2213 (2015) e 2214 (2015) del 27 marzo 2015 il Consiglio, nonostante i reiterati appelli del Governo di Tobruk ([S/PV.7398](#)) finalizzati ad ottenere una rimozione dell'embargo, conferma la linea sanzionatoria della risoluzione 2174 (2014). In particolare, nella risoluzione 2214 (2015) l'organo responsabile del mantenimento della pace «*[c]alls upon the Committee . . . to consider expeditiously requests . . . for the transfer or supply of arms and related materiel . . . to the Libyan government»* (paragrafo 7 del dispositivo). In tale paragrafo, dunque, il Consiglio si limita ad esortare il Comitato a vagliare in tempo utile le richieste provenienti dalle autorità libiche, ma non procede né ad una rimozione *tout court* delle misure restrittive né tantomeno ad una semplificazione della procedura autorizzativa come invece auspicato più volte dal rappresentante libico in sede di Consiglio ([S/PV.7387](#)).

La scelta di mantenere l'embargo nei confronti delle autorità libiche, peraltro in linea con le raccomandazioni del Panel, sembra dettata da due ragioni distinte: da un lato la mancata trasparenza del governo libico nella gestione del materiale militare non ha certo incoraggiato il Consiglio nella rimozione delle misure sanzionatorie, dall'altro esentare il governo di Tobruk dal divieto di importare/esportare armi avrebbe macchiato di parzialità il ruolo delle Nazioni Unite e minato la credibilità del Rappresentante speciale Bernardino León nella gestione del processo di pacificazione del Paese.

Nonostante l'intensa attività deliberativa del Consiglio finalizzata ad arginare il flusso di armi e mercenari in territorio libico, i risultati ottenuti dall'embargo militare non sembrano esattamente incoraggianti. In tal senso, il Panel di Esperti, nel *report* del febbraio 2015 è costretto a mettere in evidenza che «*[a]lthough the provisions of the arms embargo have been reinforced by Council resolution 2174 (2014), implementation is weak»* (S/2015/128, p. 4). L'incapacità di alcuni Stati Membri nel rendere effettive le disposizioni relative all'embargo militare e la negligenza del governo di Tobruk nell'istituire un valido sistema di controllo delle frontiere sono elementi tali da indurre il gruppo di esperti a raccomandare al Consiglio «*to create a maritime monitoring force to assist the Government of Libya in securing its territorial waters to prevent the entry into and exit from Libya of arms or related materiel in violation of the arms embargo»* (raccomandazione n. 1) e ad auspicare «*a United Nations-led initiative assisting Member States, upon request, in disposing of arms and ammunition seized under any United Nations arms embargo, to increase transparency, effectiveness and safety of such disposal»* (raccomandazione n. 10).

Nella risoluzione 2213 (2015) il Consiglio di Sicurezza non recepisce completamente le raccomandazioni del Panel e si limita a ricordare che «*arms and related materiel . . . that are supplied, sold or transferred as security or disarmament assistance to the Libyan government . . . should not be resold to, transferred to, or made available for use by parties other than the designated end user»* (paragrafo 16 del

dispositivo). A seguito di questo richiamo, il Consiglio sollecita gli Stati Membri a fornire assistenza al governo libico *«to improve further the monitoring and control of arms or related materiel that are supplied, sold or transferred to Libya»* (paragrafo 17).

I deboli appelli consiliari rivolti al governo di Tobruk, secondo l'avviso di chi scrive, non sono misure sufficienti ad arginare la violenza che oggi impera nel Paese. Il Consiglio, infatti, sembra astenersi da qualsiasi forma di intervento incisivo volto a rafforzare le misure restrittive e si orienta piuttosto verso una riconferma delle disposizioni stabilite nella risoluzione 2174 (2014).

L'incapacità del governo di Tobruk di controllare gli spazi frontalieri, incapacità ormai acclarata ([S/2015/144](#)) e peraltro apertamente manifestata dal rappresentante libico in seno al Consiglio ([S/PV. 7251](#)), ha ripercussioni oggettive sull'efficacia del sistema sanzionatorio. Se ai limiti del sistema di sicurezza in Libia si aggiungono poi le palesate difficoltà incontrate da alcuni Stati della regione nell'implementazione delle misure sanzionatorie, viene naturale pensare all'introduzione di meccanismi sanzionatori più incisivi.

Tenuto conto della drammaticità della situazione del Paese, tenuto conto altresì che la pacificazione delle parti in conflitto per quanto desiderata non sembra realisticamente imminente, pare ragionevole sostenere che il Consiglio non possa esimersi ancora a lungo dall'adottare provvedimenti più efficaci finalizzati ad interrompere il flusso di armi e mercenari in Libia.

3. Congelamento delle attività finanziarie

Le sanzioni a carattere economico/finanziario, in particolare il congelamento di asset, istituito contro il regime del Rais, si inseriscono a pieno titolo in quelle che vengono comunemente definite *«smart sanctions»*. Ciò che risulta evidente nel processo evolutivo del regime di sanzioni finanziarie istituito in Libia è una progressiva estensione dei destinatari delle misure restrittive attraverso una costante dilatazione dei criteri di designazione.

La risoluzione 1970 (2011), nell'istituire il regime sanzionatorio a carattere finanziario in Libia, ripropone in larga parte la formula giuridica utilizzata a suo tempo dal Consiglio nella [risoluzione 1267](#) (1999) relativa al congelamento di beni finanziari del regime talebano e dell'organizzazione terroristica di Al Qaeda. Così come allora, il Consiglio di Sicurezza *«[d]ecides that all Member States shall freeze without delay all funds, other financial assets and economic resources which are on their territories, which are owned or controlled, directly or indirectly, by the individuals or entities listed in annex II . . . or designated by the Committee»* (paragrafo 17 del dispositivo). Dal carattere perentorio delle misure di congelamento vengono esentati i beni necessari a sostenere spese di prima necessità (generi alimentari, medicine, ecc.) e quelli il cui scongelamento viene preventivamente autorizzato dal Comitato (paragrafo 19). I destinatari delle misure a carattere economico/finanziario, in via iniziale, sono 6 membri del governo e della famiglia del Rais accusati di gravi violazioni dei diritti umani.

Con le risoluzioni successive si assiste ad un graduale ma costante ampliamento delle fattispecie idonee ad innescare le misure di congelamento. Nello specifico, con la risoluzione 1973 (2011) le restrizioni finanziarie possono colpire non più solo coloro che perpetrano gravi e sistematiche violazioni dei diritti umani o del diritto umanitario, ma anche coloro che non si

conformano alle disposizioni della risoluzione 1970 (2011) e in particolare all'embargo militare. L'intensificarsi degli scontri e la situazione di anarchia nel Paese inducono il Consiglio, nell'estate del 2014, ad estendere ulteriormente la lista delle azioni suscettibili di innescare le misure restrittive. In tal senso, con la risoluzione 2174 (2014), le restrizioni finanziarie diventano applicabili anche a chi commette atti quali *«attacks against any air, land, or sea port in Libya, or against a Libyan State institution or installation, or against any foreign mission in Libya; providing support for armed groups or criminal networks through the illicit exploitation of crude oil or any other natural resources in Libya; acting for or on behalf of or at the direction of a listed individual or entity»* (paragrafo 4 del dispositivo).

Le più recenti delibere e in particolare la risoluzione 2213 (2015) sembrano muoversi nella medesima direzione. I criteri individuati per la designazione dei soggetti da sottoporre alle misure restrittive si dilatano ulteriormente e arrivano ad includere comportamenti quali *«threatening or coercing Libyan State financial institutions and the Libyan National Oil Company, or engaging in any action that may lead to or result in the misappropriation of Libyan state funds»* (paragrafo 11 del dispositivo). Nella risoluzione 2213 (2015), l'appropriazione indebita di fondi statali, diviene, senza mezzi termini, un atto che *«threaten the peace, stability or security of Libya»* e per tale motivo azione idonea ad attivare le sanzioni finanziarie.

Questo progressivo ampliamento delle misure di congelamento risponde in modo del tutto consequenziale all'evoluzione della situazione politica nel Paese. Se nella prima fase del conflitto l'obiettivo del Consiglio era arginare *«the gross and systematic violation of human rights, including the repression of peaceful demonstrators»* (secondo paragrafo preambolare della risoluzione 1970 (2011)), in questa seconda fase, tra le preoccupazioni consiliari emerge la necessità *«to build state institutions and start the reconstruction of Libya»* (quarto paragrafo preambolare della risoluzione 2213 (2015)).

L'applicabilità delle restrizioni finanziarie a fattispecie quali l'appropriazione indebita di fondi pubblici sollecita una serie di riflessioni inerenti i limiti dell'azione consiliare e della categoria di "minaccia alla pace". Pur ritenendo che la predisposizione di misure finanziarie contro soggetti che si appropriano indebitamente di fondi statali possa rientrare, attraverso una interpretazione estensiva, nel mandato consiliare finalizzato al mantenimento della pace e della sicurezza internazionale, non possiamo esimerci dal notare che i presupposti dell'azione del Consiglio rischiano di assumere tratti a volte sfocati ed incerti.

Oltre a queste considerazioni sui limiti dell'azione consiliare, ciò che lascia perplessi rispetto alla risoluzione 2213 (2015) è che nonostante il Panel abbia costantemente evidenziato *«a general lack of capacity to freeze assets in accordance with United Nations asset freeze measures. . . owing to lacunae in national legislation in some regions»* (rapporto S/2015/128, paragrafo 22) e a più riprese abbia sollecitato interventi del Consiglio e del Comitato finalizzati ad un adeguamento dei sistemi legislativi di alcuni Stati Membri per rendere effettive le misure restrittive a carattere finanziario (in tal senso, si vedano [S/2012/163](#), [S/2013/99](#), [S/2014/106](#), [S/2015/128](#)), l'organo responsabile della pace non sembra preoccuparsi del problema. Non solo, il Consiglio non prende in considerazione neppure le diverse criticità evidenziate dal Gruppo tecnico e che attengono alla fase di scongelamento dei beni finanziari. Tali criticità, secondo gli esperti sarebbero dovute all'ostinazione di alcuni Stati Membri a non rendere disponibili i beni congelati (S/2012/163, S/2013/99). Sembra dunque che le frequenti difficoltà incontrate dal

governo libico nell'acquisizione dei beni soggetti a congelamento abbiano, in alcune circostanze, reso asfittico l'impegno assunto dal Consiglio *«to ensure that assets frozen shall, . . . as soon as possible be made available . . . to and for the benefit of the people of the Libyan Arab Jamahiriya»* (paragrafo 19 del dispositivo della risoluzione 1973 (2011)).

Al fine di fronteggiare le problematiche sopra descritte, il Consiglio si limita ad incoraggiare *«Member States that have frozen assets pursuant to resolutions 1970 (2011) and 1973 (2011) as modified by resolution 2009 (2011) to consult with each other regarding claims of misappropriated funds and related issues of ownership»* (paragrafo 23 del dispositivo della risoluzione 2213). In tal senso, considerati i limiti strutturali che interessano i sistemi legislativi di alcuni Paesi, tenuto conto altresì della recidività dei problemi sopra rappresentati, ci sembra alquanto improbabile che il mero appello del Consiglio di Sicurezza contenuto nella risoluzione 2213 (2015), volto ad incoraggiare una collaborazione tra gli Stati Membri, possa ritenersi sufficiente a colmare le lacune normative di alcuni Paesi e a garantire il ricovero dei beni congelati.

Da questo punto di vista, l'ideazione di un più incisivo sistema di controllo dell'implementazione delle misure finanziarie che non si basi esclusivamente sull'attività reportistica e di indagine del Panel e preveda, ad esempio, la predisposizione di chiare linee guida o di interventi di affiancamento *in loco* finalizzati alla costruzione di un sistema legislativo idoneo all'attuazione delle misure sanzionatorie, potrebbe rappresentare una evoluzione significativa nella prassi del Consiglio, sfida ancora non raccolta nelle risoluzioni del marzo 2015.

4. Misure volte a contrastare il traffico illecito di greggio

Tra le novità più rilevanti introdotte dal Consiglio di Sicurezza nella crisi libica figurano certamente le misure finalizzate a contrastare il traffico illecito di greggio adottate nella [risoluzione 2146](#) (2014) del 19 marzo 2014. In tale delibera il Consiglio *«condemns attempts to illicitly export crude oil from Libya»* (primo paragrafo del dispositivo) e afferma, senza mezzi termini, che il traffico illegale di greggio *«poses a threat to the peace, security and stability in Libya»* (quinto paragrafo preambolare). Al di là delle considerazioni che possono nascere dalla configurazione del contrabbando di petrolio quale minaccia alla pace, ciò che interessa in questa sede è che il Consiglio, al fine di contrastare il traffico illecito di greggio, *«[a]uthorizes Member States to inspect on the high seas vessels designated by the Committee pursuant to paragraph 11, and authorizes Member States to use all measures commensurate to the specific circumstances . . . to return the crude oil»* (quinto paragrafo del dispositivo). Nello specifico, il Consiglio decide che gli Stati Membri dovranno impedire alle imbarcazioni designate dal Comitato di entrare nei loro porti a meno che ciò non sia necessario per procedere ad una ispezione (paragrafo 10 del dispositivo). In aggiunta, nello stesso paragrafo l'organo responsabile della pace stabilisce che ogni Stato di bandiera *«shall take the necessary measures to direct the vessel not to load, transport, or discharge such crude oil from Libya aboard the vessel, absent direction from the Government of Libya focal points»*.

Pur prevedendo la possibilità per gli Stati Membri di ispezionare navi mercantili, il Consiglio, consapevole di contravvenire alle regole internazionalmente riconosciute del diritto del mare, non manca di precisare che tale autorizzazione *«shall not affect the rights or obligations or responsibilities of Member States under international law . . . including the general principle of exclusive*

jurisdiction of a flag state over its vessels on the high seas . . . and underscores in particular that this resolution shall not be considered as establishing customary international law» (paragrafo 9 del dispositivo). Attraverso questa clausola di salvaguardia il Consiglio, da un lato ricorda che l'adozione di tali misure è giustificata dalla peculiarità della situazione libica, dall'altro previene qualsiasi abuso delle disposizioni contenute nella risoluzione 2146 (2014) da parte degli Stati Membri.

Nella risoluzione 2174 (2014), l'organo responsabile della pace si limita a confermare le disposizioni sanzionatorie previste nella delibera 2146 (2014) e aggiunge che *«providing support for armed groups or criminal networks through the illicit exploitation of crude oil or any other natural resources in Libya»* (paragrafo 4 del dispositivo) configura un comportamento idoneo ad attivare le misure sanzionatorie di cui ai paragrafi 15, 16, 17, 19, 20 e 21 della risoluzione 1970 (2011) (divieto di espatrio e congelamento delle attività finanziarie). Da notare che in questo caso ad essere considerata illecita non è soltanto l'esportazione illecita di petrolio, ma più in generale lo sfruttamento di greggio e di altre risorse naturali.

La risoluzione 2213 (2015) lascia sostanzialmente inalterato il regime sanzionatorio e dopo aver esteso fino al 31 marzo 2016 le autorizzazioni e le misure contenute nella risoluzione 2146 (2014) esorta il governo libico a fornire *«regular updates to the Committee on ports, oil fields, and installations that are under its control, and to inform the Committee about the mechanism used to certify legal exports of crude oil»* (paragrafo 13 del dispositivo). Tenendo in considerazione l'ultimo rapporto del Panel del febbraio 2015 che mette in evidenza molti limiti procedurali del regime sanzionatorio istituito dal Consiglio in materia di esportazione illecita di greggio, considerando altresì le difficoltà strutturali riscontrate dal governo di Tobruk nell'implementazione delle misure relative al contrasto di tali traffici ci si sarebbe aspettati dal Consiglio un intervento più incisivo che tentasse quanto meno di affrontare le criticità che impediscono l'effettiva attivazione delle disposizioni previste nella risoluzione 2146 (2014).

In primo luogo, come auspicato dai tecnici, sarebbe stato opportuno un intervento volto alla rivisitazione del meccanismo di designazione delle imbarcazioni. L'attuale procedura si presenta farraginoso se non inefficace. Nel paragrafo 3 della risoluzione 2146 (2014), infatti, l'organo responsabile della pace e della sicurezza internazionale richiede al governo libico di nominare un punto di contatto (*focal point*) incaricato di rapportarsi con il Comitato 1970 rispetto all'implementazione delle disposizioni contenute nella risoluzione. Trai compiti del *focal point*, vi è quello di informare il Comitato riguardo ad ogni tentativo di esportazione illecita di greggio e di comunicare allo stesso le misure adottate dal Governo libico in tali circostanze. È compito del Comitato designare, caso per caso e sulla base delle informazioni inoltrate dal *focal point*, eventuali imbarcazioni da sottoporre alle misure previste nel paragrafo 10 della risoluzione. In breve, l'attività di designazione del Comitato può essere attivata solo dietro impulso del governo libico. A tal proposito, se si considerano le difficoltà oggettive che le istituzioni nazionali incontrano nel monitoraggio dei porti situati nella zona Ovest del Paese (oggi controllata dal «governo di opposizione» di matrice islamista), se si riflette sul radicamento del traffico illecito di petrolio per mezzo di imbarcazioni da pesca, se si tiene conto della recente frattura interna alla società nazionale (*National Oil Corporation*) che gestisce l'esportazione del greggio e della conseguente gestione opaca degli introiti, le possibilità che giungano segnalazioni da parte del *focal point* sembrano alquanto remote. In tal senso, sarebbe stato opportuno procedere, nella risoluzione 2213 (2015), ad una revisione della procedura di

designazione delle imbarcazioni conferendo al Comitato un potere di iniziativa autonoma svincolato dalla previa segnalazione governativa.

In secondo luogo, si fa notare che la risoluzione 2213 (2015) non tiene conto della raccomandazione del Panel (raccomandazione n. 16, S/2015/128) di estendere le misure contenute nella delibera 2146 (2014) anche ad altri beni, quali, ad esempio, i derivati del petrolio o altre risorse naturali. Ad oggi, dunque, nonostante le attività di contrabbando interessino diverse materie prime, ad essere espressamente soggetto alle misure restrittive previste dalla risoluzione 2146 è esclusivamente il traffico di greggio.

Anche in riferimento alle misure di contrasto al traffico del petrolio, come già per l'embargo militare e quello finanziario, si ritiene che le misure adottate dal Consiglio nelle recenti risoluzioni non possano ritenersi sufficienti a garantire l'efficacia del sistema sanzionatorio istituito. Nonostante i risultati finora ottenuti, le ultime delibere non segnano un punto di svolta nella lotta all'esportazione illecita di greggio e sembrano piuttosto orientate ad una mera riconferma delle misure sanzionatorie adottate nelle risoluzioni precedenti che peraltro hanno dimostrato finora una sostanziale inefficacia.

5. *Riflessioni conclusive*

A distanza di quattro anni dall'inizio della rivolta, pur constatando l'incalzante attività deliberativa del Consiglio di Sicurezza, non possiamo che restare scettici sull'efficacia del sistema di sanzioni istituito in Libia. Se nella prima fase del conflitto l'istituzione delle misure sanzionatorie ha prodotto risultati apprezzabili contro un obiettivo preciso e determinato rappresentato dal regime di Gheddafi, l'evanescenza della minaccia terroristica, il rafforzamento delle comunità tribali e la nascita di una pluralità di centri di potere politico, oltre ad aver stravolto la realtà politica del Paese, hanno minato alla base le condizioni per l'efficacia del sistema sanzionatorio istituito con risoluzione 1970 (2011). Ciò che si intende dire è che ad uno stravolgimento della situazione politica in Libia (nascita del «governo di opposizione» Tripoli, ingresso e rafforzamento di elementi terroristici, scontri tribali, ecc.), non è seguita una revisione altrettanto sostanziale delle misure sanzionatorie.

Fronteggiare le nuove sfide emerse in Libia dopo la caduta del regime attraverso una mera estensione del potere di designazione del Comitato ci sembra quantomeno irrealistico. L'introduzione di forme sanzionatorie quali, ad esempio, il contrasto al traffico illecito di greggio o la configurazione dell'appropriazione indebita di fondi pubblici quale «*act(s) that threaten the peace, stability or security of Libya*» pur rappresentando, *de jure*, degli spunti innovativi interessanti, *de facto*, hanno dimostrato diversi limiti di implementazione. In questo senso, le risoluzioni 2213 (2015) e 2214 (2015) non sembrano idonee né a superare tali limiti, né a conferire maggiore efficacia alle misure restrittive e sembrano piuttosto volte a conservare lo *status quo*.

Ora resta da chiedersi se questo attendismo del Consiglio derivi dall'incapacità di discernere una strategia risolutiva oppure sia dovuto alla necessità di non alterare la situazione politica del Paese, peraltro già ampiamente compromessa, per favorire il lavoro di mediazione di Bernardino León.

In entrambi i casi, considerato che a più di quattro anni dall'inizio della rivolta il popolo libico vive ancora una situazione di completa anarchia, ci si chiede se la comunità internazionale e le Nazioni Unite, complici, se non artefici della caduta del regime di Gheddafi, non siano in dovere di intraprendere sforzi maggiori al fine di rendere effettivo il sistema sanzionario istituito e guidare la Libia verso la pacificazione. Tali sforzi, secondo il parere di chi scrive, si rendono indispensabili non solo per guidare la transizione del Paese verso la riconciliazione nazionale, ma anche per salvaguardare la credibilità dell'Organizzazione davanti agli occhi del mondo.

LUIGI ZUCCARI



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. 2/2015

1. DIRITTO AL CIBO, TRA ACCESSIBILITÀ E GIUSTIZIABILITÀ. IL CONTRIBUTO DEL RELATORE SPECIALE DELLE NAZIONI UNITE AL DIBATTITO SUL TEMA

1. Osservazioni preliminari

La promozione e la protezione del diritto al cibo, fattispecie giuridica introdotta tra i diritti di seconda generazione nell'ambito della disciplina internazionale dei diritti umani in vigore nel sistema delle Nazioni Unite dalla metà degli anni '70, assume oggi un rilievo centrale non soltanto se viene letta nella dimensione astratta ed in relazione alla necessità di riaffermare la titolarità collettiva del diritto di accesso al prodotto alimentare, in una accezione ampia e complessa. Indubbiamente un peso maggiore assume la componente dinamica e concreta di tale fattispecie allorché divenga tema centrale in numerosi processi di natura cooperativa, in contesti programmatici e progettuali prevalentemente multilaterali, che vedono la partecipazione attiva di donatori pubblici e privati, imprese ed organizzazioni non governative, a supporto di interventi tradizionali Nord-Sud o anche di nuovi ed interessanti percorsi propri della cooperazione Nord-Nord e Sud-Sud.

Va sottolineato, peraltro, che è questo lo spirito che ha animato la preparazione e l'articolazione dei molteplici eventi che avranno luogo nei prossimi mesi nel quadro dell'Esposizione Universale di Milano 2015. È sufficiente a tale proposito richiamare alcuni dei passaggi concettuali della [Carta di Milano](#), documento di portata declaratoria aperto alla firma di tutti coloro che sono titolari, tanto individualmente quanto collettivamente, del diritto in parola: muovendo dall'assunto che sia da considerarsi «una violazione della dignità umana il mancato accesso a cibo sano, sufficiente e nutriente, acqua pulita ed energia», si esprime il convincimento che «tutti abbiano il diritto di accedere a una quantità sufficiente di cibo sicuro, sano e nutriente, che soddisfi le necessità alimentari personali lungo tutto l'arco della vita e permetta una vita attiva», che «ci siano ingiustificabili disuguaglianze nelle possibilità, nelle capacità e nelle opportunità tra individui e popoli» ed ancora che «circa 800 milioni di persone soffrano di fame cronica, più di due miliardi di persone siano malnutrite o comunque soffrano di carenze di vitamine e minerali; quasi due miliardi di persone siano in sovrappeso o soffrano di obesità; 160 milioni di bambini soffrano di malnutrizione e crescita ritardata». Nella consapevolezza che «il cibo svolge un ruolo importante nella definizione dell'identità di ciascuna persona ed è una delle componenti culturali che connota e dà valore a un territorio e ai suoi abitanti» non si può non attribuire al diritto in

esame il giusto valore “per far fronte in modo sostenibile alle sfide alimentari future [all’adozione di] un approccio sistemico attento ai problemi sociali, culturali, economici e ambientali e che coinvolga tutti gli attori sociali e istituzionali».

Tutti i soggetti firmatari della Carta di Milano, i singoli cittadini, la società civile, il mondo imprenditoriale, sono chiamati ad assumersi impegni precisi a sostegno della protezione del diritto al cibo. Al contempo agli Stati ed alle Organizzazioni internazionali è richiesto, nel documento, l’impegno a: «adottare misure normative per garantire e rendere effettivo il diritto al cibo e la sovranità alimentare [...]; promuovere il tema della nutrizione nei forum internazionali tra governi, assicurando una effettiva e concreta attuazione degli impegni in ambito nazionale e un coordinamento anche nell’ambito delle organizzazioni internazionali specializzate; sviluppare un sistema di commercio internazionale aperto, basato su regole condivise e non discriminatorio capace di eliminare le distorsioni che limitano la disponibilità di cibo, creando le condizioni per una migliore sicurezza alimentare globale; considerare il cibo un patrimonio culturale e in quanto tale difenderlo da contraffazioni e frodi, proteggerlo da inganni e pratiche commerciali scorrette, valorizzarne origine e originalità con processi normativi trasparenti; formulare e implementare regole e norme giuridiche riguardanti il cibo e la sicurezza alimentare e ambientale che siano comprensibili e facilmente applicabili [...]».

Tutti gli impegni ora richiamati rientrano in modo diretto ed indiretto nel mandato del Relatore Speciale delle Nazioni Unite sul diritto al cibo, il cui contributo sul tema è di indiscusso interesse nel quadro sistemico internazionale.

2. *Il mandato del Relatore Speciale*

Tra i principali organi competenti nel sistema delle Nazioni Unite sul tema del diritto di accesso al cibo particolare rilievo assume una Procedura Speciale: si vuol fare riferimento al Relatore sul diritto al cibo, istituito originariamente con risoluzione n. 2000/10 del 17 aprile 2000 ([Doc. E/CN.4/RES/2000/10](#)) dell’allora Commissione sui Diritti Umani e poi confermato dal Consiglio dei Diritti Umani mediante risoluzione n. 6/2 del 27 settembre 2007 ([Doc. A/HRC/RES/6/2](#)).

Il mandato della Procedura Speciale in esame risponde ai criteri strutturali ed operativi determinati dai predetti organi istitutivi: è compito del Relatore procedere ad un monitoraggio costante del rispetto e del godimento del diritto al cibo in tutti gli Stati membri delle Nazioni Unite, tenendo in considerazione le tradizioni culturali e le dinamiche della produzione alimentare di carattere nazionale; per verificare tale ultimo aspetto in dettaglio il Relatore Speciale inserisce in agenda visite periodiche in loco, atteso che lo Stato ricevente abbia acconsentito alla procedura della c.d. *standing invitation* nei riguardi delle Procedure Speciali tematiche. Nel caso in cui, precedentemente alla determinazione della visita, il Relatore abbia ricevuto una comunicazione da parte di un soggetto individuale, di un gruppo di individui o di una organizzazione non governativa nella quale si fa stato della supposta violazione del diritto al cibo nello Stato di origine o provenienza del comunicante, nel suo mandato si dispone circa la possibilità di prendere contatto con il comunicante e di verificare l’attendibilità materiale della comunicazione e, a seguito di tale verifica, di intraprendere tutti i passi formali per la programmazione e conduzione di una visita nello Stato al fine di incontrare e di dialogare con le istituzioni nazionali competenti in materia. Ancora una volta è importante ricordare che, in entrambe le ipotesi sopra descritte, il mandato consente al Relatore Speciale di elaborare un rapporto di visita, nel quale sono

esprisse le sue raccomandazioni all'indirizzo dello Stato, senza alcun obbligo di vincolo in termini di esecuzione delle stesse.

Inoltre, allo scopo di sensibilizzare l'opinione pubblica e gli addetti ai lavori sul tema del diritto al cibo, il Relatore Speciale nell'arco del suo mandato prende parte attiva, in qualità di relatore, a numerosi incontri e dibattiti promossi negli Stati membri, in prevalenza di carattere accademico e scientifico.

Infine il Relatore Speciale è tenuto a presentare annualmente un rapporto inerente l'esercizio del suo mandato sia all'Assemblea generale che al Consiglio dei Diritti Umani, dedicando in esso specifica attenzione a sub-temi che ritenga di particolare rilievo.

Dal giugno 2014 la sig.ra Hilal Elver riveste tale incarico, in precedenza assunto da Jean Ziegler, nel periodo 2000-2008, e da Olivier de Schutter, dal 2008 al 2014.

3. *Il diritto al cibo: accesso, sicurezza, qualità*

a. *Gli artt. 2 e 11 del Patto internazionale sui diritti economici, sociali e culturali*

La definizione materiale del diritto al cibo, alla base dell'azione del Relatore Speciale, è contenuta – come già si ricordava *supra* – nel Patto internazionale sui diritti economici, sociali e culturali, primo strumento giuridico multilaterale del sistema delle Nazioni Unite che introduce la categoria dei diritti c.d. di seconda generazione, ascrivibili ad un titolare collettivo ed implicanti un obbligo positivo di *facere* a carico degli Stati contraenti del Patto nella conduzione delle rispettive politiche nazionali ([*International Covenant on Economic, Social and Cultural Rights*](#), adottato ed aperto alla firma, ratifica ed adesione con risoluzione dell'Assemblea generale 2200° (XXI) del 16 dicembre 1966, ed entrato in vigore il 3 gennaio 1976).

In particolare l'art. 2 del Patto dispone quanto segue: «*Each State Party to the present Covenant undertakes to take steps, individually and through international assistance and co-operation, especially economic and technical, to the maximum of its available resources, with a view to achieving progressively the full realization of the rights recognized in the present Covenant by all appropriate means, including particularly the adoption of legislative measures*» (para. 1). È dunque evidente che, muovendo dalla lettura della disposizione, sia richiesto agli Stati contraenti di favorire processi interni, ancorché attraverso lo strumento cooperativo sia tecnico che finanziario, per assicurare la protezione e la promozione delle fattispecie introdotte nel Patto medesimo, in primis avviando esercizi di produzione legislativa domestica.

Se si esamina il Patto in riferimento al diritto al cibo, esso è rinvenibile, in una definizione piuttosto complessa, nell'art. 11:

«1. *The States Parties to the present Covenant recognize the right of everyone to an adequate standard of living for himself and his family, including adequate food, clothing and housing, and to the continuous improvement of living conditions. The States Parties will take appropriate steps to ensure the realization of this right, recognizing to this effect the essential importance of international co-operation based on free consent.*

2. *The States Parties to the present Covenant, recognizing the fundamental right of everyone to be free from hunger, shall take, individually and through international co-operation, the measures, including specific programmes, which are needed:*

(a) *To improve methods of production, conservation and distribution of food by making full use of technical and scientific knowledge, by disseminating knowledge of the principles of nutrition and by*

developing or reforming agrarian systems in such a way as to achieve the most efficient development and utilization of natural resources;

(b) Taking into account the problems of both food-importing and food-exporting countries, to ensure an equitable distribution of world food supplies in relation to needs».

La definizione sopra riportata poggia su alcuni parametri essenziali: nel paragrafo 1 dell'art. 11 l'accesso al cibo è misurato in modo generico (*adequate*) benché sia riportato ad uno standard elevato proprio della condizione di benessere che deve essere garantita al singolo ed alla sua famiglia e che assume una connotazione dinamica, progressiva; ancor più fondamentale, nel paragrafo 2 della disposizione, è la determinazione di una soglia minima significativa: il diritto al cibo si traduce in diritto individuale di essere libero dalla fame. Per entrambe le accezioni positive del diritto in parola lo strumento cooperativo assume un indiscusso rilievo: la sua importanza deve tradursi in misure programmatiche tese a migliorare le metodologie di produzione, conservazione e distribuzione del prodotto alimentare, preservandone i principi nutritivi ed assicurandone l'accesso sulla base delle reali necessità di consumo.

b. Il Commento Generale n. 12 del Comitato di controllo del Patto

Rispetto al contenuto prescrittivo del Patto internazionale sui diritti economici, sociali e culturali, l'opportunità di analizzare l'art. 11 ai fini di una più completa definizione materiale del diritto al cibo è stata colta dal Comitato di controllo del Patto, il quale ha adottato nel 1999 il Commento Generale n. 12 sul tema ([Doc. E/C.12/1999/5](#), 12 May 1999, General Comment 12 (Twentieth session, 1999), The right to adequate food (art. 11).

Nel Commento il Comitato afferma inizialmente che esiste un legame indissolubile tra la fattispecie in parola e la dignità propria dell'essere umano, tale da rendere il diritto al cibo funzionale per il godimento di numerose altre fattispecie introdotte nel Patto nonché per la promozione di adeguate politiche ad impatto economico, ambientale e sociale, mirate al contrasto alla povertà ed alla garanzia di una reale giustizia sociale.

Il diritto, così definito, si traduce primariamente nell'accesso fisico ed economico al prodotto alimentare, a prescindere dalla qualità e dal valore nutrizionale, in una dimensione progressiva. In questa accezione coesistono due parametri basilari: l'adeguatezza, ovvero la necessità che l'accesso al cibo sia assicurato tenendo in considerazione particolari categorie di prodotti in un determinato contesto sociale, economico, culturale ed ambientale; la sostenibilità, ovvero la sicurezza del cibo in favore delle generazioni presenti e future e dunque la disponibilità in termini quantitativi e qualitativi, rispettosi dei valori nutrizionali ed energetici e pesati in relazione ai consumi stimati e reali del prodotto alimentare.

La garanzia di godimento del diritto al cibo è letta dal Comitato nella prospettiva dell'obbligo a carico degli Stati contraenti di assicurarne l'accesso nel rispetto dei principi sopra richiamati (adeguatezza, sostenibilità, disponibilità): essa si declina nell'obbligo di rispetto, di protezione e di soddisfazione del diritto in parola. Il primo consiste nella mancata adozione di misure che potrebbero impedire l'esercizio del diritto; il secondo implica *a contrario* l'adozione di misure strumentali in favore dei titolari del diritto affinché possano esercitarlo; il terzo, infine, importa a carico dello Stato sia un obbligo di promozione attiva di misure ed azioni che rafforzino le modalità di accesso al cibo – ancorché la sicurezza dello stesso – sia un obbligo di sostegno diretto ai titolari, individuali o collettivi, impossibilitati ad accedervi (ad esempio nel caso di un disastro naturale).

È chiaro che, qualora tali obblighi siano violati o per motivi di carattere volontario o per una reale impossibilità d'azione, lo Stato contraente è chiamato a risponderne a livello internazionale e deve fornire ampie motivazioni atte a giustificare la violazione stessa. In linea generale tali situazioni hanno luogo allorché lo Stato non abbia legiferato in modo completo sul tema, o abbia impedito l'accesso al cibo a particolari categorie di soggetti adottando una legislazione discriminatoria, o ancora non abbia assicurato una adeguata assistenza, ordinaria o d'emergenza, nei processi cooperativi internazionali. D'altra parte è pur vero che, in conseguenza dell'alto numero di Stati contraenti del Patto, e dunque di una ampia applicazione delle previsioni in esso contenute nella formula dell'obbligo, ad essi è pur sempre lasciato un certo margine di discrezionalità per la determinazione delle migliori misure attuative del Patto, siano esse tradotte in strumenti legislativi o anche in strategie o piani nazionali, i quali debbono tuttavia rispondere a criteri sistemici, strutturali e temporali, e devono rinviare appunto alla legislazione nazionale in vigore, possibilmente contraddistinta da un impianto ampio soprattutto in ordine alla cooperazione tra attori istituzionali e non, internazionali e nazionali.

In questo assetto, come si dirà oltre, è fondamentale prevedere non soltanto meccanismi di monitoraggio della garanzia del diritto al cibo sul piano interno ed internazionale ma anche procedure di ricorso a fronte della violazione del diritto da parte di individui o gruppi di individui, che reclamano una adeguata riparazione (sia essa restituzione, compensazione, soddisfazione o garanzia di non reiterazione della violazione).

In linea con le indicazioni interpretative del Comitato di controllo del Patto, il Relatore Speciale ha proposto una sua definizione della fattispecie in esame: il diritto al cibo è il diritto ad un accesso regolare, permanente ed illimitato, diretto o sostenuto finanziariamente, ad un cibo quantitativamente e qualitativamente adeguato e sufficiente, nel rispetto delle tradizioni culturali del consumatore, e tale da assicurare una condizione di benessere fisico e mentale, sia individuale che collettiva, ed una vita dignitosa.

4. Focus sulla giustiziabilità del diritto al cibo

a. Il Rapporto del Relatore Speciale sul diritto al cibo

Richiamando la definizione del diritto al cibo formulata dal Relatore Speciale sin dal principio del suo mandato, come già ricordato la Procedura ha proseguito la sua attività nel tempo affrontando il tema nelle sue molteplici componenti materiali.

Le ipotesi di violazione del diritto al cibo in termini di accesso diretto al prodotto alimentare e dunque l'esigenza di prevedere a carico delle autorità di governo dello Stato contraente del Patto internazionale sui diritti economici, sociali e culturali una vera e propria responsabilità hanno sollecitato l'attuale Relatore Speciale ad approfondire l'aspetto della giustiziabilità della fattispecie in parola.

In questa prospettiva il Relatore Speciale Elver, introducendo le priorità del mandato, a seguito della sua nomina nel giugno 2014, nel Rapporto intermedio presentato in Assemblea generale ([Doc. A/69/275](#), 7 August 2014, *Interim Report*), ha indicato quale primo sub-tema d'indagine la individuazione delle criticità conseguenti la violazione del diritto al cibo nella disciplina giuridica internazionale e nei sistemi legislativi nazionali, con il fine ultimo di identificare buone pratiche utili per lo sviluppo di strumenti e mezzi giudiziali, in conformità peraltro al meccanismo dei reclami collettivi introdotto dal Protocollo Opzionale al Patto internazionale sui diritti economici, sociali e culturali,

adottato con risoluzione dell'Assemblea generale A/RES/63/117 del 10 dicembre 2008 ([*Optional Protocol to the International Covenant on Economic, Social and Cultural Rights*](#)).

Il sub-tema è stato sviluppato nel Rapporto che il Relatore Speciale ha trasmesso al Consiglio dei Diritti Umani ([Doc. A/HRC/28/65](#), 12 January 2014, Report of the Special Rapporteur on the right to food, Hilal Elver. *Access to justice and the right to food: the way forward*), e che è stato oggetto di dibattito interattivo nel corso dei lavori della 20^a Sessione dell'organo, il 9 marzo 2015.

In questo documento il Relatore illustra innanzitutto il quadro giuridico internazionale di riferimento, citando l'art. 25 della Dichiarazione universale dei diritti dell'uomo, il Patto internazionale sui diritti economici, sociali e culturali ed il Commento Generale n. 12 del Comitato di controllo del Patto. Il quadro è completato altresì dalle Linee Guida Volontarie volte a sostenere la progressiva realizzazione del diritto ad un cibo adeguato nel contesto della sicurezza alimentare nazionale ([*Voluntary Guidelines to Support the Progressive Realization of the Right to Adequate Food in the Context of National Food Security, Right to Food Guidelines*](#)), adottate per consenso dagli Stati membri dell'Organizzazione per l'Alimentazione e l'Agricoltura (FAO) nel novembre 2004 e considerate un utile strumento per facilitare l'attuazione dell'art. 11 del Patto sul piano nazionale.

Il Relatore attribuisce un rilievo peculiare al Protocollo Opzionale al Patto, a fronte di una generale riluttanza degli Stati contraenti ad accettare il concetto di giustiziabilità dei diritti di seconda generazione giacché la nozione potrebbe interferire con l'esercizio della sovranità nazionale ed abilitare gli organi giurisdizionali sia nazionali che internazionali a pronunciarsi sulla mancata attuazione di un obbligo positivo di fattispecie che rilevano prevalentemente in un'ottica politica e che non possono essere perciò reclamate e rese esecutive senza alcuna previsione discrezionale da parte degli organi di governo nazionali. Invero lo strumento protocollare dispone circa la facoltà per i soggetti individuali o collettivi di presentare un reclamo a fronte della violazione di uno o più diritti enunciati nel Patto da parte del proprio Stato di nazionalità, atteso l'esaurimento dei meccanismi interni, procedura a cui si affiancano le comunicazioni c.d. interstatali e le inchieste su gravi e reiterate violazioni del Patto.

La possibilità, dunque, che anche il diritto al cibo possa essere oggetto di reclamo, peraltro – come osserva il Relatore Speciale – in linea con la prassi nazionale pregressa e con i numerosi contributi scientifici sul tema – porta a riconoscerne il carattere giustiziabile, ancorché in un'ottica deterrente, come dimostrato da diversi Stati membri della FAO nell'applicazione della Linea Guida 7 in funzione sia della elaborazione ed introduzione nei rispettivi sistemi costituzionali e legislativi della fattispecie in parola e del correlato obbligo progressivo di garanzia sia della predisposizione di «*administrative, quasi-judicial and judicial mechanisms to provide adequate, effective and prompt remedies accessible, in particular, to members of vulnerable groups*». Tale impegno viene esaminato nel Rapporto in relazione alle principali aree regionali delle Nazioni Unite: America Latina, Asia, Africa ed Europa (citandosi esplicitamente il caso tedesco; per maggiori dettagli si rinvia a FAO, [*Legal developments in the progressive realization of the right to food*](#) 2014).

Il Relatore Speciale approfondisce quindi nel documento i principali ostacoli per una reale giustiziabilità del diritto al cibo: al di là dell'impegno giuridico assunto mediante la firma e la ratifica dei principali strumenti convenzionali costitutivi del diritto internazionale dei diritti umani, incluso il summenzionato Protocollo Opzionale al Patto internazionale sui diritti economici, sociali e culturali, gli Stati contraenti non hanno tradotto tale impegno nella creazione di apparati e di procedure a fondamento della giustiziabilità del diritto

stesso, probabilmente per una scarsa convinzione circa la sua portata e per una generale disaffezione politica sul punto. A ciò si deve aggiungere una limitata attenzione per la diffusione di informazioni utili a supporto dei potenziali reclamanti, superando gli ostacoli procedurali e, talora, finanziari, che impediscono di fatto l'accesso alla giustizia da parte dei titolari del diritto al cibo. In ultimo, si riscontrano criticità strutturali di carattere istituzionale, spesso nella dimensione locale, che alterano in maniera discriminatoria la possibilità di accesso alla giustizia, che presentano elementi di marcata complessità e rigidità operativa, che non sono in grado di interpretare in maniera appropriata il diritto internazionale dei diritti umani sul piano interno, che si prestano ad una lettura politica del caso e che non lasciano spazio ai meccanismi stra-giudiziali, affidati ad esempio ad organismi quali i difensori civili.

Un ulteriore rilevante aspetto esaminato dal Relatore Speciale nel suo Rapporto attiene alla definizione degli obblighi di natura extra-territoriale per la garanzia del diritto al cibo in quanto fattispecie che presenta indubbiamente una natura universale e, per così dire, 'globalizzata'. In questo contesto il ruolo delle imprese multinazionali e delle organizzazioni internazionali di carattere finanziario incide sui processi nazionali di produzione legislativa e di definizione delle politiche alimentari: ne è derivata una evidente disparità interstatale in termini di giustizia sociale, la quale ha inciso pesantemente sul godimento dei diritti economici, sociali e culturali di intere popolazioni. Il Relatore si sofferma, nella sezione del Rapporto dedicata a questo aspetto, sugli obblighi positivi a carico sia degli Stati membri della Comunità internazionale sia degli attori non istituzionali che rappresentano in prevalenza il mondo imprenditoriale.

Per i primi viene riproposta la tradizionale tripartizione dell'obbligo di rispetto, di protezione e di soddisfazione del diritto al cibo, enunciata nel Commento Generale n. 12, sebbene adattata ad un assetto extra-territoriale: gli Stati – ad avviso del Relatore – debbono pertanto astenersi dall'adottare misure di pressione politica ed economica che mettano in pericolo la produzione alimentare e l'accesso al cibo, debbono monitorare l'operato delle multinazionali presenti sul proprio territorio in un quadro legislativo ben chiaro, debbono assicurare altresì che le proprie imprese siano adeguatamente responsabilizzate al fine di prevenire la violazione del diritto in parola e debbono, in ultimo, incentivare processi di cooperazione virtuosi di carattere ordinario e straordinario.

Più complessa è la questione della definizione di obblighi positivi a carico degli attori imprenditoriali giacché non in tutti gli strumenti internazionali vigenti sussiste un richiamo esplicito al ruolo ed alle attività di tali attori se non a titolo volontario. Talora nella prassi internazionale, regionale e nazionale la nozione di extra-territorialità è stata introdotta allo scopo di dimostrare la sussistenza del nesso di responsabilità a carico di soggetti non istituzionali, come occorso nei sistemi africano ed inter-americano per i casi nigeriano ([African Commission on Human Rights and Peoples' Rights, Social and Economic Rights Action Center \(SERAC\) and Center for Economic and Social Rights \(CESR\) v. Nigeria, decision 155.96](#)) ed ecuadoriano (Inter-American Commission on Human Rights, *Chevron Corp. v. Republic of Ecuador*, PCA Case No. 2009-23). Senza alcun dubbio risultati positivi sono stati registrati direttamente nell'ambito privato, sostenuti ed agevolati dalle stesse istituzioni finanziarie internazionali (Gruppo della Banca Mondiale ed Organizzazione per la cooperazione e lo sviluppo economico – OCSE): il Relatore cita a tale proposito il ruolo del Centro Internazionale per la soluzione delle controversie in materia di investimenti (*International Centre for Settlement of Investment Disputes* – ICSID) e la compilazione delle Linee Guida dell'OCSE per le imprese multinazionali ([OECD Guidelines](#)

[for multinational enterprises](#), versione italiana). Interessanti anche le soluzioni operative rappresentate dai Tribunali permanenti dei popoli in alcuni Paesi latino-americani, o le esperienze di dibattito e di confronto che hanno condotto ad esempio alla elaborazione ed adozione nel 2011 dei Principi Guida delle Nazioni Unite su imprese e diritti umani ([Guiding Principles on Business and Human Rights for implementing the UN Protect, Respect and Remedy Framework](#)), ed alla revisione, nel 2011, delle Linee Guida dell'OCSE per le imprese multinazionali, sopra richiamate, attuate mediante la creazione di una rete di punti di contatto nazionali negli Stati membri dell'Organizzazione. Si tratta, come è ovvio, di strumenti di carattere non vincolante, il cui peso tuttavia non deve essere sottovalutato giacché è da questi che si è potuta sviluppare, sul piano nazionale, la compilazione di legislazioni di settore a tutela dell'individuo in quanto consumatore e, sul piano internazionale, l'assunzione di principi e di regole etiche che giovano all'immagine pubblica delle imprese stesse. In ultimo, è importante sottolineare – come ha osservato il Relatore Speciale – che proprio su impulso della Procedura Speciale il Consiglio dei Diritti Umani ha intrapreso un processo mirato, mediante l'istituzione di un apposito gruppo di lavoro intergovernativo a composizione aperta, *«to elaborate an international legally binding instrument to regulate, in international human rights law, the activities of transnational corporations and other business enterprises»* (Consiglio dei Diritti Umani, [risoluzione n. 26/9](#) del 26 giugno 2014).

b. Il dibattito interattivo sul tema nei lavori della 20^a Sessione del Consiglio dei Diritti Umani

I contenuti del Rapporto trasmesso dal Relatore Speciale Elver al Consiglio dei Diritti Umani sono stati oggetto di un intenso ed articolato [dibattito interattivo](#) nel corso dei lavori della 20^a Sessione dell'organo, a Ginevra, il 9 marzo scorso, nella quale ha partecipato in veste di relatore anche il Relatore Speciale sul diritto ad un alloggio adeguato.

A seguito della presentazione del Rapporto il Relatore Speciale viene invitato dai partecipanti al dibattito – Stati (a titolo individuale e in rappresentanza dei gruppi regionali) ed organizzazioni non governative – a discutere su alcuni aspetti importanti affrontati nel documento.

Innanzitutto si evidenzia la necessità di rendere 'operativo' il diritto al cibo nella sua dimensione di giustiziabilità attraverso il consolidamento dei sistemi legislativi nazionali e la creazione di apparati e di procedure giudiziali domestiche, in conformità all'impegno assunto dagli Stati membri delle Nazioni Unite in quanto contraenti del Protocollo Opzionale al Patto internazionale sui diritti economici, sociali e culturali. Il processo in parola richiede altresì di agire in una prospettiva extra-territoriale ai fini di una estensione dell'obbligo di rispetto, protezione e soddisfacimento del diritto al cibo da parte non soltanto degli enti statali e degli apparati intergovernativi internazionali ma anche degli attori non istituzionali, in via principale le imprese multinazionali.

Pari attenzione viene riservata nel dibattito alla determinazione materiale delle politiche di sviluppo agro-alimentare, con particolare riferimento al ruolo della donna e del nucleo familiare impegnato nei processi di produzione alimentare, all'impatto di tali politiche in termini di sviluppo sostenibile ed, in specie, ambientale, alla adeguata regolamentazione del commercio e dei prezzi dei prodotti alimentari, alla compressione evidente del diritto di accesso al cibo nei contesti di conflitto e post-conflitto.

Nei numerosi interventi dei rappresentanti statali emerge con forza la necessità, partendo dalle buone pratiche esistenti, di sviluppare modelli di giustiziabilità accessibili per far sì che il diritto al cibo sia garantito quale diritto umano fondamentale, strumentale al

soddisfacimento di numerose altre fattispecie di prima, di seconda e di terza generazione – ovvero in relazione al diritto allo sviluppo ed alle azioni cooperative internazionali. Il Relatore Speciale è sollecitato nel proseguire nella sua indagine, raccogliendo tutte le informazioni utili per incentivare l'esecuzione degli obblighi internazionali assunti dagli Stati contraenti degli strumenti convenzionali vigenti nonché degli impegni volontari in capo tanto agli stessi Stati quanto agli attori non istituzionali.

I sub-temi della lotta alla povertà, della sicurezza alimentare, delle opportunità di sviluppo commerciale e tecnologico in un'ottica agricola sostenibile sono stati proposti dalle delegazioni dei Paesi latino-americani, mentre la componente cooperativa e l'assistenza allo sviluppo agro-alimentare per affrontare le crisi cicliche e dunque la permanente insicurezza alimentare sono state poste al centro del dibattito da parte dei Paesi africani. Se il rilievo costituzionale del diritto in parola e la definizione delle strategie e dei programmi nazionali di sviluppo sono stati richiamati dai Paesi delle aree mediorientali e nord-africane, i delegati asiatici hanno sottolineato l'importanza di introdurre metodologie di coltivazione basate sulle nuove tecnologie, nel rispetto dell'ambiente e della biodiversità.

D'altra parte la società civile ha messo in risalto come il diritto in parola presenti evidenti criticità se letto nell'ottica dell'esercizio di titolarità collettiva, soprattutto in riferimento alle categorie vulnerabili, ed ha auspicato che l'aspetto della giustiziabilità possa essere ancora indagato dal Relatore Speciale in particolar modo in ordine all'obbligo del rispetto delle culture alimentari tradizionali e al nodo della responsabilità extra-territoriale delle imprese multinazionali.

In conclusione il dibattito ha rafforzato l'opinione comune di tutti i partecipanti per una piena attuazione del diritto al cibo, ancorché garantita a seguito della sua violazione per le vie giudiziali, partendo da un impegno politico, legislativo, cooperativo degli Stati membri del sistema onusiano, con il supporto tecnico delle organizzazioni intergovernative internazionali delineato nei numerosi strumenti di *soft law* elaborati sul tema.

La Carta di Milano e la collocazione temporale dell'Esposizione Universale nel 2015, in concomitanza con la definizione della nuova Agenda per lo Sviluppo nel post-2015, possono ben costituire i due esercizi primari dai quali ha preso avvio nelle Nazioni Unite – anche con il contributo del Relatore Speciale - il processo teso alla piena giustiziabilità del diritto al cibo.

CRISTIANA CARLETTI



OBSERVATOIRE SUR LE CONTENTIEUX EUROPÉEN DES DROITS DE L'HOMME N. 2/2015

1. ARRET DU 3 OCTOBRE 2014, JEUNESSE C. PAYS-BAS

Faits

1. L'affaire concerne le refus des autorités néerlandaises d'octroyer à la requérante, ressortissante surinamaïse, un permis de séjour sur la base de sa vie familiale aux Pays Bas. En effet, entrée aux Pays-Bas en 1997 et y résidant depuis de façon ininterrompue, elle s'est mariée à un ressortissant néerlandais, d'origine surinamaïse, avec lequel elle a eu trois enfants. Elle allègue que le refus de l'autoriser à résider aux Pays-Bas a emporté violation à son égard du droit au respect de la vie familiale garanti par l'article 8 de la Convention

Droit

2. La Cour aborde d'emblée le cadre général de l'affaire à la lumière de sa jurisprudence relative à l'entrée et au séjour des étrangers sous l'angle de l'article 8 de la CEDH. Elle affirme qu'« en ce qui concerne la question du respect de cette disposition « suivant un principe de droit international bien établi, les Etats ont le droit, sans préjudice des engagements découlant pour eux de traités, de contrôler l'entrée et le séjour des non-nationaux sur leur sol. La Convention ne garantit pas le droit pour un étranger d'entrer ou de résider dans un pays particulier. Le corollaire du droit pour les Etats de contrôler l'immigration est que les étrangers – et donc, en l'espèce, la requérante – ont l'obligation de se soumettre aux contrôles et aux procédures d'immigration et de quitter le territoire de l'Etat contractant concerné lorsqu'ils en reçoivent l'ordre si l'entrée ou le séjour sur ce territoire leur sont valablement refusés » (par. 100).

3. La Cour souligne, ensuite, qu'« en principe, les Etats contractants ont le droit d'exiger des non-nationaux qui sollicitent le droit de séjourner sur leur territoire qu'ils introduisent la demande appropriée à l'étranger. Ils n'ont donc pas l'obligation d'autoriser les ressortissants étrangers à attendre sur leur territoire le résultat d'une procédure d'immigration » (par. 101).

4. Par conséquent, la présence de la requérante aux Pays-Bas ne peut donc être considérée comme équivalant à un séjour régulier faisant suite à l'octroi par les autorités d'une autorisation permettant à un ressortissant étranger de s'installer sur le territoire national.

Toutefois, « lorsqu'un État contractant tolère la présence sur son sol d'un ressortissant étranger, lui donnant ainsi la possibilité d'attendre la décision relative à sa demande d'octroi d'un permis de séjour, à un recours contre une telle décision ou à une nouvelle demande de permis de séjour, il lui permet de participer à la vie sociale du pays dans lequel il se trouve, d'y nouer des relations et d'y fonder une famille. Pour autant, cela n'implique pas automatiquement que, en conséquence, l'article 8 de la Convention oblige les autorités de cet État à autoriser l'étranger à s'installer sur le territoire national. De même, ce n'est pas parce que la requérante a fondé une famille et mis ainsi les autorités du pays d'accueil devant le fait accompli que cela entraîne pour celles-ci l'obligation, au titre de l'article 8 de la Convention, de l'autoriser à s'installer dans le pays. La Cour a déjà dit que, en général, les personnes qui se trouvent dans cette situation ne sont pas fondées à espérer qu'un droit de séjour leur sera octroyé » (par. 103).

5. La Cour ajoute que la situation de la requérante se distingue de celles qui concernent des « immigrés établis », à savoir des personnes auxquelles il a déjà été accordé officiellement un droit de séjour dans le pays d'accueil.

Pour cette catégorie d'étrangers, le retrait ultérieur de ce droit, à la suite par exemple d'une condamnation pénale, constitue une ingérence dans l'exercice du droit au respect de la vie privée et/ou familiale au sens de l'article 8.

Dans ce cas, la Cour recherche si l'ingérence est justifiée afin de déterminer si un juste équilibre a été ménagé entre les motifs sous-tendant la décision des autorités de retirer le droit de séjour, d'une part, et les droits que l'article 8 garantit à l'individu concerné, d'autre part.

La situation d'un immigré établi et celle d'un étranger sollicitant l'admission sur le territoire national étant, en fait et en droit, différentes, les critères que la Cour a élaborés au fil de sa jurisprudence pour apprécier si le retrait du permis de séjour d'un immigré établi est compatible avec l'article 8 ne peuvent être transposés automatiquement à la situation de la requérante.

En effet, « en l'espèce, la question à examiner est plutôt celle de savoir si, eu égard aux faits de la cause pris dans leur ensemble, les autorités néerlandaises étaient tenues en vertu de l'article 8 d'octroyer un permis de séjour à la requérante afin de lui permettre de mener sa vie familiale sur leur territoire. La présente affaire concerne donc non seulement la vie familiale mais aussi l'immigration. Pour cette raison, elle doit être examinée sous l'angle d'un non-respect par l'État défendeur d'une obligation positive lui incombant en vertu de l'article 8 de la Convention » (par. 106).

6. En matière d'immigration en particulier, « l'article 8 ne saurait s'interpréter comme comportant pour un État l'obligation générale de respecter le choix, par les couples mariés, de leur pays de résidence et de permettre le regroupement familial sur le territoire de ce pays. Cela étant, dans une affaire qui concerne la vie familiale aussi bien que l'immigration, l'étendue de l'obligation pour l'État d'admettre sur son territoire des proches de personnes qui y résident varie en fonction de la situation particulière des personnes concernées et de l'intérêt général. Les facteurs à prendre en considération dans ce contexte sont la mesure dans laquelle il y a effectivement entrave à la vie familiale, l'étendue des attaches que les personnes concernées ont dans l'État contractant en cause, la question de savoir s'il existe ou non des obstacles insurmontables à ce que la famille vive dans le pays d'origine de l'étranger concerné et celle de savoir s'il existe des éléments touchant au contrôle de l'immigration (par exemple, des précédents d'infractions aux lois sur l'immigration) ou des considérations d'ordre public pesant en faveur d'une exclusion » (par. 107).

7. De plus, « il importe également de tenir compte du point de savoir si la vie familiale a débuté à un moment où les individus concernés savaient que la situation de l'un d'entre eux au regard des lois sur l'immigration était telle que cela conférerait d'emblée un caractère précaire à la poursuite de cette vie familiale dans l'État d'accueil. En vertu d'une jurisprudence constante de la Cour, lorsque tel est le cas ce n'est en principe que dans des circonstances exceptionnelles que l'éloignement du membre de la famille ressortissant d'un pays tiers emporte violation de l'article » (par. 108).

8. Encore, et surtout, le fait que la mesure d'éloignement puisse viser indirectement un enfant est un élément à prendre en considération. En effet, « lorsque des enfants sont concernés, il faut prendre en compte leur intérêt supérieur. Sur ce point particulier, la Cour rappelle que l'idée selon laquelle l'intérêt supérieur des enfants doit primer dans toutes les décisions qui les concernent fait l'objet d'un large consensus, notamment en droit international. Cet intérêt n'est certes pas déterminant à lui seul, mais il faut assurément lui accorder un poids important. Pour accorder à l'intérêt supérieur des enfants qui sont directement concernés une protection effective et un poids suffisant, les organes décisionnels nationaux doivent en principe examiner et apprécier les éléments touchant à la commodité, à la faisabilité et à la proportionnalité d'un éventuel éloignement de leur père ou mère ressortissants d'un pays tiers » (par. 109).

9. En l'espèce, selon la Cour, l'élément central dans l'affaire est donc de savoir si les autorités ont protégé le droit fondamental de la requérante au respect de la vie familiale garanti par l'article 8 de la Convention.

10. Pour conclure à la violation de la CEDH, les points suivants ont été mis en évidence :

- la requérante se trouve en situation de séjour irrégulier aux Pays-Bas ;
- ayant à plusieurs reprises essuyé un échec en vue d'obtenir la régularisation de sa situation elle savait – et ce bien avant d'entamer une vie familiale aux Pays-Bas – que son séjour sur place était précaire ;
- lorsque les autorités se trouvent mises devant le fait accompli, ce n'est que dans des circonstances exceptionnelles que l'éloignement du membre de la famille qui est ressortissant d'un pays tiers peut être jugé incompatible avec les dispositions de l'article 8 ;
- tous les membres de la famille de la requérante à l'exception d'elle-même sont des ressortissants des Pays-Bas et son mari et leurs trois enfants ont le droit de vivre leur vie familiale ensemble aux Pays-Bas ;
- à la naissance la requérante était de nationalité néerlandaise, nationalité perdue avec l'accession à l'indépendance du Surinam ; de ce fait on ne peut donc pas simplement considérer sa situation comme équivalente à celle d'autres candidats à l'immigration qui n'ont jamais eu la nationalité néerlandaise ;
- la requérante se trouve aux Pays-Bas depuis plus de seize ans et elle n'a pas d'antécédents judiciaires. Si elle n'a certes pas respecté l'obligation qui lui était faite de quitter le territoire, les autorités néerlandaises ont pour leur part toléré sa présence pendant une durée considérable, tandis qu'elle réitérait ses demandes de permis de séjour et attendait l'issue des recours correspondants ;
- en la laissant demeurer sur le territoire pendant une période aussi longue alors que pendant une grande partie de ce laps de temps elles pouvaient l'expulser, les autorités ont en pratique permis à la requérante d'établir et de développer des liens familiaux, sociaux et culturels étroits avec le Pays ;

- il est vrai qu'eu égard au passé commun de la requérante et de son mari et à l'âge relativement bas de leurs enfants, il semble ne pas y avoir d'obstacles insurmontables à ce qu'ils s'installent au Surinam, bien que cette solution soit plutôt difficile pour eux ;

- toutefois, en évaluant les conséquences que peut avoir pour les trois enfants de la requérante la décision des autorités néerlandaises, il y a lieu de prendre en compte l'intérêt supérieur des enfants, le fait que cet intérêt doit primer dans toutes les décisions qui les concernent faisant l'objet d'un large consensus, notamment en droit international ;

- dans les affaires de regroupement familial la Cour attache une attention particulière à la situation des mineurs concernés, en particulier à leur âge, à leur situation dans le ou les pays en cause et à leur degré de dépendance à l'égard de leurs parents ;

- pour accorder à l'intérêt supérieur des enfants qui sont directement concernés par une mesure d'éloignement du pays où ils sont nés une protection effective et un poids suffisant, les organes décisionnels nationaux doivent en principe examiner et apprécier les éléments touchant à la commodité, à la faisabilité et à la proportionnalité d'un éventuel éloignement ;

- en ce qui concerne la marge d'appréciation reconnue à l'Etat en matière et compte tenu des circonstances particulières de l'espèce, il est douteux que des considérations générales se rapportant à la politique d'immigration puissent en elles-mêmes être considérées comme un motif suffisant pour refuser à la requérante le droit de résider aux Pays-Bas.

En définitive la Cour a jugé que les circonstances entourant le cas de la requérante doivent être considérées comme exceptionnelles et que le refus qui lui a été opposé de régulariser sa situation aux Pays-Bas a violé la Convention.

Bref commentaire

Nonobstant un argumentaire dont la densité peut surprendre, l'arrêt Jeunesse semble témoigner d'une certaine gêne.

La texture même de la partie « en droit » est révélatrice d'une démarche, assez inhabituelle d'ailleurs, destinée à vouloir convaincre pleinement quant à la justesse de la solution retenue.

Comme cela se produit généralement, surtout dans les arrêts de Grande Chambre, l'argumentaire de l'arrêt se développe autour de deux aspects : les principes qui se dégagent de la jurisprudence et leur application au cas d'espèce.

La Cour s'appuie, d'abord, sur les principes sur lesquels a été bâtie une jurisprudence qui ne peut pas cacher des difficultés évidentes, s'agissant de la matière délicate de l'immigration.

Ainsi, afin de rassurer les Etats, la Cour rappelle que, la CEDH ne garantit pas le droit pour un étranger d'entrer ou de résider dans un pays qui n'est pas le sien.

Le corollaire du droit pour les États de contrôler l'immigration est que les étrangers ont l'obligation de se soumettre aux contrôles et aux procédures d'immigration.

Cependant, le pouvoir reconnu aux Etats en matière d'entrée et de séjour des étrangers doit se mesurer aux attermoissements des autorités, notamment lorsque celles-ci tolèrent pendant un long laps de temps leur présence sur leur sol, lui permettant ainsi « de participer à la vie sociale du pays dans lequel il se trouve, d'y nouer des relations et d'y fonder une famille ».

En d'autres termes un Etat, par le fait de tolérer cette présence, peut se voir reprocher un comportement de nature à limiter son droit de contrôler en définitive certains flux migratoires.

A cette première limitation au pouvoir des Etats s'en ajoute une seconde : l'intérêt supérieur des enfants.

Et la Cour de souligner à ce sujet que « l'idée selon laquelle l'intérêt supérieur des enfants doit primer dans toutes les décisions qui les concernent fait l'objet d'un large consensus, notamment en droit international ».

Enfin, la Cour tient à préciser que lorsque les autorités se trouvent mises devant le fait accompli, ce n'est que dans des circonstances exceptionnelles que l'éloignement du membre de la famille qui est ressortissant d'un pays tiers peut être jugé incompatible avec les dispositions de l'article 8.

Comme on peut le voir, le raisonnement de la Cour se ressent à la fois d'une rigueur et d'une prudence particulières, l'une et l'autre constituant des aspects d'une même vision : rassurer les Etats tout en essayant de protéger des êtres humains.

Ce qu'il faut souligner est que la solution à retenir est tributaire de faits spécifiques à chaque affaire.

Ce sont en définitive les « circonstances exceptionnelles » qui sont de nature à limiter ou à tempérer le pouvoir de l'Etat à éloigner des étrangers en situation irrégulière, le sort de ces étrangers différant de celui des « immigrés établis » dont l'éloignement peut dépendre, en principe, de la seule condamnation en matière pénale.

Tout compte fait, le seul élément qui peut nécessairement emporter la conviction de la Cour semble être l'intérêt supérieur de l'enfant, intérêt tel qu'il est conçu et apprécié dans chaque cas par les juges de Strasbourg.

MICHELE DE SALVIA



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

OBSERVATOIRE SUR LE CONTENTIEUX EUROPEEN DES DROITS DE L'HOMME N. 2/2015

2. ARRET DU 4 NOVEMBRE 2014, TARAKHEL C. SUISSE

Faits

1. Les requérants et leurs six enfants mineurs sont des ressortissants afghans résidant en Suisse.

Ils sont arrivés en Italie par bateau en juillet 2011 et furent immédiatement soumis à la procédure d'identification EUODAC (prise de photos et d'empreintes digitales) après avoir produit de fausses identités. En juillet 2011, les requérants quittèrent le centre d'hébergement en Italie sans autorisation et se rendirent d'abord en Autriche, puis à une date indéterminée en Suisse où ils demandèrent l'asile.

Le 24 janvier 2012, les autorités suisses décidèrent de ne pas prendre en considération la demande d'asile des requérants estimant que, dans le cadre du Règlement « Dublin » de l'Union européenne, auquel la Suisse est liée en vertu d'un accord d'association avec l'Union européenne, l'Italie était l'État responsable pour examiner cette demande. Leur renvoi en Italie fut donc ordonné.

Invoquant l'article 3 de la Convention, les requérants estiment qu'en cas de renvoi vers Italie, « sans garantie individuelle de prise en charge », ils seraient victimes d'un traitement inhumain et dégradant lié à l'existence de « défaillances systémiques » dans le dispositif d'accueil des demandeurs d'asile dans ce pays.

Invoquant l'article 13 de la Convention combiné avec l'article 3, les requérants reprochent aussi aux autorités suisses de ne pas avoir examiné avec suffisamment d'attention leur situation personnelle et de ne pas avoir tenu compte de leur situation familiale dans la procédure de renvoi vers l'Italie, qu'ils estiment trop formaliste et automatique, voire arbitraire.

Droit

2. Le renvoi des requérants en Italie a été décidé dans le cadre des obligations assumées par la Suisse dans le cadre du règlement « Dublin » auquel elle est partie en tant qu'Etat associé à l'Union européenne.

La Cour rappelle que la Convention n'interdit pas aux Parties contractantes de transférer des pouvoirs souverains à une organisation internationale à des fins de

coopération dans certains domaines d'activité.

Ainsi, « les États demeurent responsables au regard de la Convention de tous les actes et omissions de leurs organes qui découlent du droit interne ou de la nécessité d'observer les obligations juridiques internationales. Une mesure de l'État prise en exécution de pareilles obligations juridiques doit être réputée justifiée dès lors qu'il est constant que l'organisation en question accorde aux droits fondamentaux une protection à tout le moins équivalente à celle assurée par la Convention. Toutefois, un État demeure entièrement responsable au regard de la Convention de tous les actes ne relevant pas strictement de ses obligations juridiques internationales, notamment lorsqu'il a exercé un pouvoir d'appréciation » (par. 88).

3. Cependant, selon la clause dérogatoire prévue à l'article 3 par. 2 du règlement précité (clause dite de « souveraineté ») chaque État membre (dont la Suisse) peut examiner une demande d'asile qui lui est présentée par un ressortissant d'un pays tiers, même si cet examen ne lui incombe pas en vertu des critères fixés dans le règlement. Dans ce cas, cet État devient l'État membre responsable, au sens du règlement, de l'examen de la demande d'asile et assume les obligations qui sont liées à cette responsabilité.

La Cour en déduit que « les autorités suisses peuvent, en vertu du règlement Dublin, s'abstenir de transférer les requérants vers l'Italie si elles considèrent que ce pays ne remplit pas ses obligations au regard de la Convention. En conséquence, elle estime que la décision de renvoyer les requérants vers l'Italie ne relève pas strictement des obligations juridiques internationales qui lient la Suisse dans le cadre du système mis en place par le règlement Dublin et que, dès lors, la présomption de protection équivalente ne trouve pas à s'appliquer en l'espèce » (par. 90).

La Suisse doit donc être considérée responsable au regard de l'article 3 de la Convention.

4. Quant au fond, la Cour rappelle certains principes généraux que voici:

- l'expulsion d'un étranger peut enfreindre l'article 3 de la Convention lorsqu'il y a des motifs sérieux et avérés de croire que l'intéressé courra, dans le pays de destination, un risque réel d'être soumis à la torture ou à des peines ou traitements inhumains ou dégradants ;

- pour tomber sous le coup de l'interdiction contenue à l'article 3, le traitement doit présenter un minimum de gravité résultant de l'ensemble des données de la cause, notamment de la durée du traitement et de ses effets physiques et mentaux ainsi que, parfois, du sexe, de l'âge et de l'état de santé de la victime ;

- l'article 3 ne saurait être interprété comme obligeant les États à garantir un droit au logement à toute personne relevant de leur juridiction et il ne saurait non plus être tiré de l'article 3 un devoir général de fournir aux réfugiés une assistance financière pour que ceux-ci puissent maintenir un certain niveau de vie ;

- un poids important doit être accordé à un demandeur d'asile, appartenant de ce fait à un groupe de la population particulièrement défavorisé et vulnérable, et qui a besoin d'une protection spéciale. Cedi d'ailleurs fait l'objet d'un large consensus à l'échelle internationale et européenne ;

- la responsabilité de l'État peut être engagée sous l'angle de l'article 3 par un traitement dans le cadre duquel un requérant totalement dépendant de l'aide publique serait confronté à l'indifférence des autorités alors qu'il se trouverait dans une situation de privation ou de manque à ce point grave qu'elle serait incompatible avec la dignité humaine ;

- en ce qui concerne plus particulièrement les mineurs, il faut garder à l'esprit que la situation d'extrême vulnérabilité de l'enfant est déterminante et prédomine sur la qualité d'étranger en séjour illégal.

5. Quant à l'allégation des requérants selon laquelle en cas de renvoi vers l'Italie, «sans garantie individuelle de prise en charge», ils seraient victimes d'un traitement inhumain et dégradant lié à l'existence de « défaillances systémiques » dans le dispositif d'accueil des demandeurs d'asile, la Cour est d'avis qu'il faut suivre une approche similaire à celle adoptée dans l'affaire M.S.S. c Grèce et Belgique à savoir examiner la situation individuelle des requérants à la lumière de la situation générale existant dans le pays de destination, à l'époque des faits.

Se plaçant sur le terrain de la procédure « Dublin », appliquée en l'espèce, la Cour souligne que la présomption selon laquelle un État participant au système «Dublin» respecte les droits fondamentaux prévus par la Convention n'est pas irréfutable.

Ainsi, « dans le cas d'un renvoi 'Dublin' la présomption selon laquelle un État contractant « de destination » respecte l'article 3 de la Convention peut donc être valablement réfutée en présence de « motifs sérieux et avérés de croire » que la personne objet de la mesure de renvoi courra un « risque réel » de subir des traitements contraires à cette disposition dans l'État de destination » (par. 104).

6. La Cour se penche ensuite sur la situation générale du système d'accueil des demandeurs d'asile en Italie de même que sur les conditions d'accueil dans les structures disponibles.

Bien qu'au regard de ces deux aspects les données disponibles soient parfois incertaines, la Cour estime que la situation actuelle de l'Italie ne saurait aucunement être comparée à la situation de la Grèce à l'époque de l'arrêt M.S.S. précité, et que l'approche dans la présente affaire ne saurait être la même que dans l'affaire M.S.S.

Toutefois, « si donc la structure et la situation générale du dispositif d'accueil en Italie ne sauraient constituer en soi un obstacle à tout renvoi de demandeurs d'asile vers ce pays, les données et informations exposées ci-dessus font toutefois naître de sérieux doutes quant aux capacités actuelles du système » (par. 115).

7. En ce qui concerne la situation individuelle des requérants, la Cour est d'avis que l'exigence de « protection spéciale » pour les demandeurs d'asile est d'autant plus importante lorsque les personnes concernées sont des enfants, eu égard à leurs besoins particuliers et à leur extrême vulnérabilité. Cela vaut même lorsque, comme en l'espèce, les enfants demandeurs d'asile sont accompagnés de leurs parents.

« Les conditions d'accueil des enfants demandeurs d'asile doivent par conséquent être adaptées à leur âge, de sorte qu'elles ne puissent « engendrer pour eux une situation de stress et d'angoisse et avoir des conséquences particulièrement traumatisantes sur leur psychisme », faute de quoi elles atteindraient le seuil de gravité requis pour tomber sous le coup de l'interdiction prévue à l'article 3 de la Convention » (par. 119).

8. Selon la Cour, sur la base des éléments en sa possession et « compte tenu de la situation actuelle du système d'accueil en Italie, et bien que cette situation ne soit pas comparable à celle de la Grèce, que la Cour a examinée dans le cadre de l'affaire M.S.S., l'hypothèse qu'un nombre significatif de demandeurs d'asile renvoyés vers ce pays soient privés d'hébergement ou hébergés dans des structures surpeuplées dans des conditions de promiscuité, voire d'insalubrité ou de violence, n'est pas dénuée de fondement. Il appartient dès lors aux autorités suisses de s'assurer, auprès de leurs homologues italiennes, qu'à leur arrivée en Italie les requérants seront accueillis dans des structures et dans des

conditions adaptées à l'âge des enfants, et que l'unité de la cellule familiale sera préservée » (par. 120).

En l'absence d'informations détaillées et fiables quant à la structure précise de destination des requérants en Italie, aux conditions matérielles d'hébergement et à la préservation de l'unité familiale, la Cour considère que « les autorités suisses ne disposent pas d'éléments suffisants pour être assurées qu'en cas de renvoi vers l'Italie, les requérants seraient pris en charge d'une manière adaptée à l'âge des enfants » (par. 121).

Il s'ensuit que « si les requérants devaient être renvoyés en Italie sans que les autorités suisses aient au préalable obtenu des autorités italiennes une garantie individuelle concernant, d'une part, une prise en charge adaptée à l'âge des enfants et, d'autre part, la préservation de l'unité familiale, il y aurait violation de l'article 3 de la Convention » (par. 122).

9. En ce qui concerne le grief soulevé sous l'angle de l'article 13 de la Convention Cour estime, par contre qu'il est dénué de fondement.

Le raisonnement, à cet égard, part du fait que le grief d'une personne selon lequel son renvoi vers un État tiers l'exposerait à des traitements prohibés par l'article 3 de la Convention « doit impérativement faire l'objet d'un contrôle attentif par une instance nationale ». Par ailleurs « la notion de « recours effectif », au sens de l'article 13 combiné avec l'article 3, requiert, d'une part, 'un examen indépendant et rigoureux' de tout grief, soulevé par une personne se trouvant dans une situation, qui peut faire craindre qu'« il existe des motifs sérieux de croire à l'existence d'un risque réel de traitements contraires à l'article 3 » (par. 126).

Après un examen détaillé de la procédure suivie devant les différentes instances suisses y compris devant le Tribunal administratif fédéral, la Cour relève ce qui suit :

- « il n'est pas contesté que, dans le contexte de la procédure ayant abouti à l'arrêt du Tribunal administratif fédéral du 9 février 2012, les requérants n'avaient pas présenté aux autorités nationales d'éléments laissant présumer un quelconque risque pour leur sécurité dans l'hypothèse d'un renvoi vers l'Italie » (par. 130).

- l'arrêt du Tribunal administratif fédéral précité répond en détail aux griefs soulevés et est amplement motivé. Il « se penche sans ambiguïtés sur la spécificité de la situation des requérants, en tant que famille avec des enfants en bas âge » (Ibid.).

Soulignant que le Tribunal précité procède normalement à un examen approfondi de chaque situation individuelle et n'hésite pas à faire jouer la « clause de souveraineté », contenue à l'article 3 § 2 du règlement Dublin, la Cour en conclut que les requérants ont bénéficié d'un recours effectif s'agissant de leur grief fondé sur l'article 3.

Bref commentaire

Le hasard du calendrier judiciaire a voulu que le prononcé de l'arrêt dans l'affaire Tarakhel ait eu lieu un mois seulement après celui dans l'affaire Jeunesse, affaire celle-ci qui soulève un problème délicat concernant également la sphère de l'immigration.

Bien que les deux affaires se situent dans un contexte assez différent quant aux faits spécifiques de chaque cause (séjour irrégulier toléré d'une femme étrangère qui vit, depuis plusieurs années, aux Pays-Bas avec son mari et ses enfants tous de nationalité néerlandaise, pour l'une ; procédure d'éloignement d'une famille afghane composée d'adultes et d'enfants selon l'accord « Dublin », pour l'autre) et quant aux griefs (dans l'affaire Jeunesse

ils se rapportent à l'article 8 et dans l'affaire Tarakhel à l'article 3), un fil logique semble unir les deux affaires.

Dans les deux cas, en effet, c'est essentiellement, quoique non exclusivement, l'intérêt supérieur des enfants (« l'idée selon laquelle l'intérêt supérieur des enfants doit primer dans toutes les décisions qui les concernent fait l'objet d'un large consensus, notamment en droit international ») qui semble constituer le motif principal du constat de violation.

Toutefois, à la différence de l'affaire jeunesse, dans l'affaire Tarakhel c'est la dimension internationale (le règlement « Dublin ») qui constitue la toile de fond.

Quels sont donc les tenants et les aboutissants de l'arrêt Tarakhel quant au raisonnement juridique qui sous-tend le constat de violation « virtuelle » de la Convention?

L'argumentaire de la Cour (au demeurant surabondant) cache peut-être, et de ce fait, un certain malaise.

Quant à l'ampleur du phénomène migratoire actuel, il faut souligner que l'arrivée de nombreux étrangers en Europe a lieu de façon impromptue, au gré des activités criminelles de ceux qui les acheminent. Bien évidemment, si cela n'exonère pas le pays qui, le premier a accueilli ces étrangers, des obligations assumées en vertu de l'article 1 de la Convention, il importe de garder à l'esprit les graves difficultés auxquelles sont confrontées les autorités nationales qui doivent faire front à un phénomène d'une ampleur imprévue et imprévisible.

Les principes en matière de contrôle des flux migratoires et régissant la nécessaire marge qui appartient dans cette matière à ces autorités en prise directe avec les problèmes que tout cela pose au quotidien, doivent être (comme il se doit) mis en balance avec le droit d'un individu à ne pas être confronté à des traitements inhumains ou dégradants.

Si l'éloignement des étrangers vers des pays qui pratiquent pareils traitements est, et doit demeurer, prohibé (s'agissant normalement de pays en dehors de la sphère de la Convention), pareil éloignement vers un Etat contractant de la Convention doit être apprécié à l'aune des obligations assumées par cet Etat dans le cadre du système de contrôle supranational, ainsi qu'à la situation précise dans laquelle l'intéressé s'est trouvé, se trouve ou va se trouver du fait de la décision d'éloignement.

Or, l'arrêt Tarakhel peut prêter le flanc à des critiques.

Premièrement, il est évident que l'on assiste chez un certain nombre de migrants (et on peut même le comprendre d'un point de vue humain) à une sorte de « choix préférentiel » des pays où ils souhaitent s'installer.

En effet, à l'instar des pratiques de « forum shopping », par lesquelles le plaideur international opte pour une juridiction qu'il considère plus ouverte à accepter ses demandes, l'on semble assister, en matière de flux migratoires, à une sorte de « country shopping » en fonction des conditions de vie les meilleures du point de vue essentiellement économique.

La Cour elle-même a été confrontée à plusieurs reprises à une situation de cette nature avant que ne soit rendu l'arrêt Tarakhel [Voir la décision d'irrecevabilité rendue dans la requête 40524/10, Mohammed Hassan c. Pays-Bas et Italie du 27 août 2013 «180. The Court further reiterates that the mere fact of return to a country where one's economic position will be worse than in the expelling Contracting State is not sufficient to meet the threshold of ill-treatment proscribed by Article 3, that this provision cannot be interpreted as entailing a general obligation for the High Contracting Parties to provide everyone within their jurisdiction with a home and/or refugees with financial assistance to enable

them to maintain a certain standard of living, that aliens who are subject to removal cannot in principle claim any entitlement to remain in the territory of a Contracting State in order to continue to benefit from medical, social or other forms of assistance and services provided by the expelling State, and that, in the absence of exceptionally compelling humanitarian grounds against removal, the fact that the applicant's material and social living conditions would be significantly reduced if he or she were to be removed from the Contracting State is not sufficient in itself to give rise to a breach of Article 3 (see *Mohammed Hussein v. the Netherlands and Italy*, cited above, §§ 70-71 with further references)].

Deuxièmement, la violation constatée par la Cour reposerait sur le fait que « les autorités suisses ne disposent pas d'éléments suffisants pour être assurées qu'en cas de renvoi vers l'Italie, les requérants seraient pris en charge d'une manière adaptée à l'âge des enfants » et que « si les requérants devaient être renvoyés en Italie sans que les autorités suisses aient au préalable obtenu des autorités italiennes une garantie individuelle concernant, d'une part, une prise en charge adaptée à l'âge des enfants et, d'autre part, la préservation de l'unité familiale, il y aurait violation de l'article 3 de la Convention ».

Ainsi, la violation « virtuelle » de la Convention dépendrait d'un ensemble de facteurs (« prise en charge adaptée à l'âge des enfants » et « préservation de l'unité familiale ») assez flous et difficiles à apprécier à leur juste valeur par les autorités d'un pays (la Suisse) qui ne maîtrise pas la situation sur le terrain d'un pays tiers.

Mieux aurait valu, alors, rechercher une solution pragmatique avec le gouvernement défendeur (règlement amiable ?) plutôt que de le sanctionner pour un comportement qui a été exemplaire, comme le démontre le déroulement de la procédure suivie en l'occurrence devant les différentes instances suisses.

De plus, à cet égard, il semble y avoir une certaine contradiction à affirmer d'une part, comme le fait la Cour sous l'angle de l'article 13 de la Convention, que l'arrêt du Tribunal administratif fédéral s'est penché « sans ambiguïtés sur la spécificité de la situation des requérants, en tant que famille avec des enfants en bas âge » et qu'il a répondu « en détail aux griefs soulevés par ces derniers » et que l'arrêt était « amplement motivé » et d'autre part, reprocher aux autorités nationales, quoique indirectement, de ne pas avoir requis des assurances dont le contenu exact demande encore à être précisé.

On voit, par là, qu'une forme de retenue judiciaire aurait été préférable, retenue s'inspirant du principe de subsidiarité qui, étrangement, semble de plus en plus perdre de sa pertinence en ce qui concerne des affaires pour lesquelles une certaine « passion » l'emporte sur une « raison » qui devrait être de mise.

Partant, et troisièmement, il eût été préférable que la Cour suive l'opinion, en partie dissidente, annexée à l'arrêt (Casadevall, Berro-Lefèvre et Jäderblom).

Par un raisonnement circonstancié et convaincant, cette opinion empreinte de beaucoup de sagesse conclut à la non violation de la Convention par la Suisse, les requérants disposant de toute façon, une fois expulsés vers l'Italie, du droit de se plaindre pour d'éventuelles conditions d'accueil et d'hébergement qui auraient pu enfreindre la Convention.

En particulier, cette opinion se réfère à un aspect sur lequel l'arrêt ne s'est pas penché : la contradiction évidente de la solution retenue dans l'affaire *Tarakhel* avec de nombreuses autres solutions retenues dans des affaires similaires et concernant d'autres pays que la Suisse (« Eu égard à ce qui précède, nous concluons que le risque pour les requérants d'être soumis à un traitement inhumain ou dégradant n'est pas suffisamment concret pour

justifier que la Suisse soit tenue pour responsable d'une violation de l'article 3 au cas où elle exécuterait l'arrêté d'expulsion des requérants en direction de l'Italie.

En résumé, nous ne voyons pas comment nous pourrions nous départir des conclusions formulées par la Cour dans de nombreuses affaires récentes et justifier un revirement de notre jurisprudence à quelques mois d'intervalle : voir Mohammed Hussein et autres c. Pays-Bas et Italie ((déc.), no 27725/10, 2 avril 2013), où la Cour a constaté à l'unanimité qu'il n'existait pas de défaillances systémiques et qu'il n'y avait pas de raisons de penser qu'une demandeuse d'asile et ses deux enfants en bas âge n'auraient pas bénéficié d'un soutien adéquat s'ils avaient été renvoyés en Italie depuis les Pays-Bas. La même approche a été appliquée dans six autres affaires concernant des renvois vers l'Italie : Halimi c. Autriche et Italie (déc.), no 53852/11, 18 juin 2013 ; Abubeker c. Autriche et Italie (déc.), no 73874/11, 18 juin 2013 ; Daytbegova et Magomedova c. Autriche (déc.), no 6198/12, 4 juin 2013 ; Miruts Hagos c. Pays-Bas et Italie (déc.), no 9053/10, 27 août 2013 ; Mohammed Hassan et autres c. Pays-Bas et Italie (déc.), no 40524/10, 27 août 2013, et Hussein Dürshi et autres c. Pays-Bas et Italie (déc.), no 2314/10, 10 septembre 2013»).

MICHELE DE SALVIA



OBSERVATOIRE SUR LE CONTENTIEUX EUROPÉEN DES DROITS DE L'HOMME N. 2/2015

3. ARRÊT DU 20 NOVEMBRE 2014, JALOUUD C. PAYS-BAS

Faits

Le requérant est le père de feu Azhar Sabah Jaloud qui succomba en Irak, en avril 2004, à des blessures par balles, après une fusillade ayant impliqué des membres de l'armée néerlandaise placés sous le commandement d'un officier des forces armées britanniques.

En effet, à la suite de l'invasion de l'Irak en mars 2003 par une coalition de forces armées menées par les États-Unis d'Amérique, le gouvernement néerlandais avait fourni des troupes à la Force de stabilisation en Irak (SFIR).

Un premier incident, sans conséquences, eut lieu la nuit tombée à un poste de contrôle géré par des membres d'un corps irakien de défense civile lesquels avaient appelé en renfort un détachement de militaires néerlandais. Peu après, une voiture

s'approcha du poste de contrôle à vive allure. Elle heurta un tonneau placé au milieu de la route pour former le poste de contrôle, mais ne s'arrêta pas. Des coups de feu furent tirés vers la voiture : un lieutenant néerlandais tira 28 cartouches avec un fusil d'assaut. Le conducteur arrêta alors la voiture. Azhar Sabah Jaloud, qui se trouvait sur le siège passager avant, fut touché en plusieurs endroits, notamment à la poitrine. Des militaires néerlandais le sortirent de la voiture et tentèrent de lui administrer les premiers secours ; son décès fut cependant constaté environ une heure après la fusillade. Une enquête fut diligentée par l'armée néerlandaise. Selon cette enquête le lieutenant avait agi en état de légitime défense.

Par la suite, en octobre 2007, le père de la victime engagea une procédure devant les juridictions néerlandaises compétentes, procédure qui s'acheva en avril 2008.

La chambre militaire de la cour d'appel d'Arnhem parvint à la conclusion que le lieutenant avait réagi à des tirs amis venus de l'autre côté de la route, pensant qu'il s'agissait de tirs hostiles provenant de l'intérieur de la voiture. Il avait donc agi dans les limites des instructions qu'il avait reçues et la décision de ne pas engager de poursuites était raisonnable.

Le requérant se plaint d'une violation de l'article 2 de la Convention, motif pris de ce que les autorités néerlandaises n'ont pas enquêté de manière adéquate sur le décès de son fils aux fins de traduire en justice la personne responsable.

En droit

2. Exception préliminaire du gouvernement défendeur : les faits litigieux ne relèveraient pas de la « juridiction » des Pays-Bas au sens de l'article 1 de la Convention.

La Cour rappelle les principes applicables tels qu'ils résultent de sa jurisprudence et notamment de l'arrêt *Al-Skeini* (du 7 juillet 2011, c. Royaume-Uni):

- principe de territorialité : si la juridiction des États est principalement territoriale elle peut parfois s'exercer hors du territoire national : toutefois les actes des États contractants accomplis ou produisant des effets en dehors de leur territoire ne peuvent que dans des circonstances exceptionnelles s'analyser en l'exercice par eux de leur juridiction, au sens de l'article 1;

- principe de l'autorité et du contrôle d'un agent de l'État : par exception au principe de territorialité, la juridiction d'un État contractant au sens de l'article 1 peut s'étendre aux actes de ses organes qui déploient leurs effets en dehors de son territoire ; dès lors que, conformément à une règle de droit international coutumière, conventionnelle ou autre, ses organes assument des fonctions exécutives ou judiciaires sur un territoire autre que le sien, un État contractant peut être tenu pour responsable des violations de la Convention commises dans l'exercice de ces fonctions, pourvu que les faits en question soient imputables à lui et non à l'État territorial ;

- principe du contrôle effectif sur un territoire: lorsque, par suite d'une action militaire (légal ou non) l'État exerce un contrôle effectif sur une zone située en dehors de son territoire, l'obligation d'assurer dans une telle zone le respect des droits et libertés garantis par la Convention découle du fait de ce contrôle, qu'il s'exerce directement, par l'intermédiaire des forces armées de l'État ou par le biais d'une administration locale subordonnée.

3. Application de ces principes en l'espèce :

- le statut de «puissance occupante» (l'autorité aurait été exercée par d'autres : soit conjointement par les États-Unis et le Royaume-Uni), ou l'absence de ce statut, n'est pas en soi déterminant;

- aux fins d'établir l'existence d'une juridiction au regard de la Convention, la Cour tient compte du contexte factuel particulier et des règles pertinentes du droit international ;

- s'il est vrai que les troupes néerlandaises étaient basées dans une zone du sud-est de l'Irak où les forces irakiennes se trouvaient sous le commandement d'un officier britannique, les Pays-Bas avaient néanmoins la responsabilité d'y assurer la sécurité, à l'exclusion d'autres États participants, et ils y conservaient le plein commandement sur leur contingent.

En définitive « La Cour considère que l'État défendeur exerçait sa 'juridiction' dans les limites de sa mission au sein de la SFIR et aux fins d'asseoir une autorité et un contrôle sur les personnes qui passaient par ce poste. Dès lors, la Cour conclut que le décès de M. Azhar Sabah Jaloud est survenu dans le cadre de la 'juridiction' des Pays-Bas, selon l'interprétation qu'il convient de donner à ce terme aux fins de l'article 1 de la Convention » (par. 152).

Quant à l'imputabilité des actes, la Cour estime que «des faits à l'origine des griefs du requérant résultent d'actes et d'omissions allégués du personnel militaire, des autorités d'enquête et des organes judiciaires des Pays-Bas. Ils sont donc de nature à engager la responsabilité des Pays-Bas au regard de la Convention» (par. 154).

4. Quant l'allégation selon laquelle l'enquête sur le décès du fils du requérant ne se serait pas déroulée de manière adéquate.

La Cour s'estime uniquement appelée à rechercher s'il a été satisfait aux obligations procédurales découlant de l'article 2 de la Convention.

Son raisonnement (par. 183 et ss.) se base sur les principes pertinents contenus dans l'arrêt Al-Skeini précité, parmi lesquels se rangent les suivants:

- pour que l'interdiction générale des homicides arbitraires, s'adressant aux agents publics, s'avère efficace en pratique il faut qu'existe une procédure permettant de contrôler la légalité du recours à la force meurtrière par les autorités de l'État;

- l'obligation de protéger le droit à la vie qu'impose cette disposition requiert par implication qu'une forme d'enquête officielle effective soit menée lorsque le recours à la force, notamment par des agents de l'État, a entraîné mort d'homme;

- l'obligation procédurale découlant de l'article 2 continue de s'appliquer même si les conditions de sécurité sont difficiles, y compris dans un contexte de conflit;

- l'enquête doit être effective en ce sens qu'elle doit permettre de déterminer si le recours à la force était justifié ou non dans les circonstances et d'identifier et de sanctionner les responsables. Il s'agit d'une obligation non pas de résultat mais de moyens. Les autorités doivent avoir pris les mesures raisonnables dont elles disposaient pour assurer l'obtention des preuves relatives à l'incident en question, y compris, entre autres, les dépositions des témoins oculaires, des expertises criminalistiques et, le cas échéant, une autopsie propre à fournir un compte rendu complet et précis des blessures ainsi qu'une analyse objective des constatations cliniques, notamment de la cause du décès;

- d'une manière générale, on peut considérer que pour qu'une enquête sur un homicide illégal, censé avoir été commis par des agents de l'État, puisse passer pour effective, il faut que les personnes qui en sont chargées soient indépendantes des personnes impliquées. Cela suppose non seulement l'absence de lien hiérarchique ou institutionnel, mais aussi une indépendance concrète.

4. En conclusion (quant en particulier à l'indépendance de l'enquête et à l'effectivité de l'enquête) la Cour se déclare prête à prendre en compte de manière raisonnable les conditions relativement difficiles dans lesquelles les militaires et les enquêteurs néerlandais ont dû travailler et estime qu'«il faut reconnaître en particulier qu'ils étaient mobilisés dans un pays étranger qui restait à reconstruire au lendemain des hostilités, dont ils ne connaissaient ni la langue ni la culture et dont la population comportait manifestement des éléments armés hostiles» (par 226.).

Cela étant, toutefois, la Cour conclut que l'enquête sur les circonstances du décès de M. Azhar Sabah Jaloud n'a pas satisfait aux exigences découlant de l'article 2 de la Convention, et ce pour les raisons suivantes (par. 227) :

- premièrement, certains documents contenant des informations importantes ne furent pas communiqués aux autorités judiciaires et au requérant ;

- deuxièmement, aucune précaution ne fut prise pour prévenir, avant l'audition du lieutenant A., toute collusion entre celui-ci et d'autres témoins des faits ;

- troisièmement, rien ne fut entrepris pour que l'autopsie pût être pratiquée dans des conditions dignes d'une enquête sur l'éventuelle responsabilité pénale d'un agent de l'État, le rapport d'autopsie ayant de surcroît été insuffisant ;

- quatrièmement, d'importants éléments matériels (les fragments de balles extraits de la dépouille) furent égarés dans des circonstances non élucidées » (par. 227).

Et donc, « même au regard des conditions particulièrement difficiles qui prévalaient en Irak à l'époque des faits, la Cour ne saurait conclure que ces défaillances étaient inévitables (Ibid.).

Bref commentaire

Par les principes qui constituent le soubassement du raisonnement de la Cour, l'arrêt Jaloud semble s'inscrire parfaitement dans le droit fil d'une jurisprudence désormais bien établie.

Cela est évident en ce qui concerne le cadre général des notions telles que «juridiction extraterritoriale», «imputabilité» des actes à un Etat et nature des obligations à charge de l'Etat en matière d'enquêtes qui font suite à un homicide dont ses agents, notamment à l'étranger, ont pu se rendre responsables.

Si la conclusion en matière de violation de l'article 2 de la Convention, sous son volet procédural, ne soulève en tant que telle pas de problèmes majeurs au regard des principes en matière d'enquêtes, il reste toutefois quelques zones d'ombre.

Par exemple, en ce qui concerne les difficultés auxquelles ont été confrontées des troupes, dont la mission était de mettre en sécurité de l'Irak afin qu'il retrouve sa pleine souveraineté dans une cadre démocratique, la Cour elle-même reconnaît les conditions relativement difficiles dans lesquelles les militaires et les enquêteurs néerlandais ont dû travailler. A cet égard, elle a estimé, en particulier, qu' il faut reconnaître qu'ils étaient mobilisés dans un pays étranger qui restait à reconstruire au lendemain des hostilités, pays « dont ils ne connaissaient ni la langue ni la culture et dont la population comportait manifestement des éléments armés hostiles ».

La Cour a-t-elle pris en compte ces éléments «de manière raisonnable » ?

La question peut être posée, surtout en ce qui concerne l'autopsie et l'expertise balistique (troisième et quatrième éléments), lesquelles ont été effectuées dans des conditions de guerre larvée où la logistique peut être défaillante et où les tensions étaient toujours présentes à cause des nombreux attentats visant les troupes étrangères.

Il ne faut pas, non plus, sous-estimer ce qui peut être considérée comme une mise en garde venant d'un pays largement engagé militairement dans des missions humanitaires et sécuritaires à l'étranger. Il s'agit du Royaume-Uni qui est intervenu dans la procédure au soutien du gouvernement défendeur («Enfin, le gouvernement britannique estime que si la Cour devait conclure que les Pays-Bas exerçaient leur juridiction en l'espèce il y aurait un «risque réel» de voir les États contractants se montrer à l'avenir réticents à « répondre aux appels lancés par le Conseil de sécurité des Nations unies en vue de l'envoi de troupes pour une intervention sous mandat des Nations unies, [ce qui serait] au détriment de la mission de maintien de la paix et de la sécurité internationales du Conseil» (par. 126)).

MICHELE DE SALVIA



OSSERVATORIO L'ITALIA E LA CEDU N. 2/2015

1. LA CORTE EUROPEA DEI DIRITTI DELL'UOMO QUALIFICA GLI ATTI DI GENOVA COME TORTURA

Con [sentenza pubblicata il 7 aprile scorso](#), la quarta sezione della Corte Europea dei Diritti dell'Uomo si è pronunciata sui fatti occorsi nel 2001 a Genova in occasione del summit annuale organizzato tra le maggiori potenze industriali, noto come G8, e, all'unanimità, ha accertato la violazione dell'art. 3 della Convenzione europea dei diritti dell'uomo da parte dello Stato italiano per il comportamento tenuto dalle forze dell'ordine nei confronti dei manifestanti.

La Corte europea era stata adita nel 2011 da un cittadino italiano, Arnaldo Cestaro, il quale lamentava di essere stato vittima di atti di tortura perpetrati dalle forze dell'ordine che, nella notte tra il 21 e il 22 luglio 2001, quando il G8 si era appena concluso, avevano fatto irruzione nei locali della scuola Diaz-Pertini, dove molti manifestanti erano stati alloggiati.

Il ricorrente, invocando gli artt. 3 (divieto di tortura), 6 (diritto ad un equo processo) e 13 (diritto ad un ricorso effettivo) della Convenzione, contestava, in particolare, l'inadeguatezza delle sanzioni applicate ai responsabili dei fatti denunciati – anche in ragione dell'intervenuta prescrizione dei reati contestati nonché della successiva concessione dell'indulto – investendo direttamente la responsabilità del legislatore italiano per non aver adempiuto all'obbligo assunto in sede internazionale di prevenire, prevedere e sanzionare il reato di tortura attraverso la predisposizione di un apposito quadro normativo interno.

La Corte di Strasburgo ha accolto le doglianze del ricorrente, dichiarando la violazione dell'art. 3 della Convenzione tanto sotto il profilo materiale, quanto sotto il profilo procedurale e, per l'effetto, qualificando come tortura gli atti di violenza contestati.

Per comprendere appieno l'importanza di tale pronuncia – tenuto conto della notorietà dei fatti contestati e dell'indignazione suscitata da tale episodio presso l'opinione pubblica internazionale – merita di essere succintamente ricordato il ragionamento seguito dalla Corte, che ha qualificato le violenze oggetto del ricorso quali atti integranti tortura e non quali meri trattamenti disumani e/o degradanti, tutte fattispecie suscumbibili sotto il campo applicativo dell'art. 3 della Convenzione.

La Corte EDU si è avvalsa degli accertamenti esperiti dal giudice interno, sia in ordine alla sussistenza delle violenze subite dai manifestanti nella scuola Diaz-Pertini

durante la perquisizione (accertata in tutti i gradi di giudizio, né mai contestata dal Governo italiano), sia in ordine alla prova dell'aggressione subita dal ricorrente e dei danni conseguentemente riportati.

Accertata quindi la violazione materiale dell'art. 3 della Convenzione, e cioè la violazione del divieto posto a carico di tutti i pubblici ufficiali di praticare atti che costituiscono tortura o trattamenti crudeli, inumani o degradanti, il Giudice di Strasburgo procede alla sinossi degli elementi che, alla luce della sua costante giurisprudenza, integrano atti di tortura e ne verifica l'applicabilità ai fatti avvenuti nel caso di specie.

Tali elementi si ravvisano nel carattere acuto delle sofferenze inflitte alle vittime che deve commisurarsi alla durata delle violenze, alle conseguenze fisiche e/o mentali che ne derivano, al sesso, all'età ed allo stato di salute delle stesse (cfr. i casi *Selmouni c. Francia*, del 28 luglio 1999 e *Bati e a. c. Turchia*, del 3 giugno 2004); nella intenzionalità delle violenze perpetrate (*«la torture implique une volonté délibérée»*, par. 171; art. 1 Convenzione delle Nazioni Unite contro la Tortura e gli altri trattamenti crudeli, inumani e degradanti); nella gratuità (*Romanov c. Russia*, del 24 luglio 2008) e sproporzionalità delle stesse (*Dedovski e a. c. Russia*, del 15 maggio 2008); nelle finalità perseguite e nel contesto di riferimento (*Gäfgen c. Germania*, del 1° giugno 2010).

Secondo l'impostazione seguita dalla Corte, i parametri elencati si rinvencono tutti nel caso in esame. Infatti, l'operazione di polizia – accuratamente pianificata fin dalla mattina del 22 luglio 2001 per riaccreditare l'immagine delle forze dell'ordine presso l'opinione pubblica italiana – non può essere derubricata a mera reazione d'impeto alle resistenze delle persone alloggiate nella scuola (par. 189); gli agenti, equipaggiati con sfollagente non regolamentari, di tipo tonfa, con scudi antisommossa e col volto travisato, non stavano evidentemente procedendo ad una perquisizione; la condotta delle forze dell'ordine è stata gratuitamente violenta e sproporzionata rispetto alla resistenza incontrata da parte degli occupanti; le violenze subite dal ricorrente (all'epoca dei fatti sessantaduenne, incensurato e, al momento della perquisizione, in atteggiamento di evidente resa) sono state talmente gravi (fratture multiple e conseguente incapacità lavorativa superiore a 40 giorni, ripetuti interventi chirurgici negli anni dal 2001 al 2010) da causargli menomazioni fisiche permanenti (debolezza permanente del braccio e della gamba destri).

Anche sotto il profilo procedurale il giudice di Strasburgo accoglie le doglianze del ricorrente in ordine all'inadeguatezza dei reati contestati e delle pene inflitte dai giudici interni. Nella specie, l'assenza di una specifica norma incriminatrice nell'ordinamento italiano, nella maggior parte dei casi, ha comportato l'estinzione dei reati per prescrizione *ex* art. 157 c.p. già durante lo svolgimento dei primi due gradi di giudizio e, negli altri casi, ha reso possibile la riduzione delle pene irrogate attraverso la concessione dell'indulto per i reati commessi prima del (2 maggio) 2006 e puniti con pene detentive fino a tre anni.

Deve notarsi che di tutti i reati contestati (artt. 323, 368, comma 1 e comma 2, 479, 582, 583 c.p. e art. 2 l. 895/1967), solo il falso ideologico (art. 479 c.p.) ed il porto abusivo di armi da guerra (art. 2 l. 895/1967) sono stati sanzionati e che i responsabili di tali reati sono stati condannati a pene detentive che, al netto dei benefici di legge intervenuti, andavano da 3 mesi a 1 anno. La Corte di Strasburgo ha pertanto rilevato l'assoluta incongruità delle pene finali alla gravità degli atti compiuti dagli agenti e delle violenze subite dal ricorrente.

Vi è di più. Nonostante l'impegno profuso dalla Procura di Genova nei tre anni di indagini, la Polizia italiana si è dimostrata refrattaria a collaborare con la magistratura (non ha mai specificato il numero degli uomini impegnati nell'operazione, ha fornito foto datate

degli agenti e – fatto molto grave – non ha mai provveduto all'identificazione dei colpevoli, par. 52 e 216), omettendo perfino di irrogare i dovuti provvedimenti disciplinari ai responsabili, tanto nelle more dei giudizi che li vedevano coinvolti, quanto successivamente alle condanne penali riportate. In altri termini, gli agenti di polizia sembrano aver beneficiato di una immunità pressoché assoluta.

Nel contesto così delineato, la Corte di Strasburgo ha avuto modo di rilevare che sebbene essa non abbia competenza in tema di repressione degli illeciti penali – il cui esercizio è e resta di esclusiva competenza degli Stati – in forza dell'art. 19 della Convenzione le spetta certamente una specifica potestà controllo di intervento *«dans le cas ou il existe une disproportion manifeste entre la gravité de l'acte et la sanction penale infligée. Sinon, le devoir qu'ont les Etats de mener une enquête effective perdrait beaucoup de son sens»* (par. 207).

A questo riguardo, occorre notare che, nel caso di specie, la Corte ha riconosciuto grande rilevanza al tema dell'effettività, decisiva sia nella fase investigativa che in quella processuale. L'effettività costituisce un pilastro del sistema giurisdizionale CEDU e, nel caso in esame, integra un profilo molto sensibile della vicenda dal momento che il rigetto di una delle eccezioni opposte dal Governo italiano (perdita della qualità di vittima del ricorrente) è basato sulla mancanza di effettività dei rimedi offerti dall'ordinamento nazionale.

Spiega, infatti, la Corte che l'obbligo d'indagine che incombe sugli Stati *ex art. 3* della Convenzione non è un obbligo di risultato, ma di mezzi. L'impossibilità di determinare il numero e l'identità degli agenti responsabili di quelle violenze è un primo indice di ineffettività investigativa (cfr. *Ataykaya c. Turchia*, del 22 luglio 2014) e la Corte *«regrette que la police italienne ait pu refuser impunément d'apporter aux autorités compétentes la coopération nécessaire»* (par. 216).

Un secondo indice di ineffettività processuale è rappresentato dal fatto che il giudice italiano ha applicato ai reati contestati l'istituto della prescrizione. Dato che la Convenzione non ammette eccezioni al divieto sancito dall'art. 3 – come del resto ribadito dall'art. 15, comma 2 – il giudice di Strasburgo biasima il fatto che abbia trovato applicazione la norma sulla prescrizione dei reati, così come la legge sull'indulto, in quanto tali istituti non dovrebbero operare nei casi di tortura (par. 208), impedendo di fatto la condanna dei colpevoli (par. 225).

La Corte, pertanto, non solo ha ritenuto che la risposta delle autorità italiane non sia stata minimamente adeguata alla gravità dei fatti accaduti (par. 222), ma, soprattutto, ha riscontrato che, per effetto della carenza di una norma incriminatrice *ad hoc*, gli autori di condotte contrarie all'art. 3 della Convenzione, qualificate come reati di lesioni, violenza privata, abuso d'ufficio, porto abusivo di armi da guerra e falso ideologico, abbiano potuto beneficiare dei termini brevi di prescrizione previsti per tali reati, nonché dell'indulto, con l'effetto pratico di sottrarsi a ogni sanzione.

Perché un procedimento giudiziario come quello di cui trattasi possa dirsi realmente effettivo, continua la Corte EDU, occorre che uno Stato preveda il reato di tortura e lo reprima penalmente, perché l'assenza di tale norma rende l'ordinamento ontologicamente inadeguato a sanzionare gli atti di tortura e sprovvisto della capacità dissuasiva e deterrente necessaria ai fini della prevenzione di ulteriori episodi di violenza.

Considerate le misure adottate dalle autorità nazionali e in mancanza di indagini concretamente approfondite ed effettive, la Corte ha escluso la perdita della qualità di vittima da parte del ricorrente (par. 229) e statuito che, in assenza di adeguato ristoro da parte dell'ordinamento nazionale, la vittima conserva non solo il proprio *status*, ma anche il

diritto *ex art. 34* della Convenzione di adire il giudice di Strasburgo per ottenere la condanna del proprio Stato.

Il Governo italiano aveva opposto una seconda eccezione, con la quale contestava al ricorrente il mancato esaurimento di tutti i mezzi di ricorso interno. Questa eccezione è stata anch'essa rigettata in ragione del fatto che l'ulteriore rimedio indicato dal Governo, cioè la proposizione di un'azione di risarcimento danni in sede civile, era un mero duplicato della costituzione di parte civile in sede penale con il quale la vittima non avrebbe comunque potuto conseguire l'obiettivo della condanna penale dei suoi torturatori. In termini più espliciti, la Corte ha affermato che *«lorsqu'une voie de recours a été utilisée, l'usage d'une autre voie dont le but est pratiquement le même n'est pas exigé»* (par. 233), rappresentando piuttosto un *«fardeau excessif pour la victime d'une violation de l'article 3»* (par. 234).

In ultimo, sembra opportuno evidenziare che la Corte individua nell'assenza di una apposita norma penale per gli atti di tortura un difetto «strutturale» dell'ordinamento giuridico italiano (par. 242). Tale difetto, che si pone tanto per le ipotesi di tortura, quanto per le ipotesi di trattamenti inumani e/o degradanti, potrebbe dare luogo a future condanne dell'Italia, considerata la rilevanza del precedente stabilito dal caso Cestaro. Per questo motivo, in sede di determinazione delle misure generali cui l'Italia è tenuta al fine di porre riparo alle violazioni accertate – e che si aggiungono all'obbligo di corrispondere *ex art. 11, par. 2* della Convenzione la somma di 45.000 euro al ricorrente – la Corte rimarca la necessità che l'ordinamento italiano si doti di strumenti giuridici idonei a sanzionare in maniera adeguata i responsabili degli atti di tortura e degli altri trattamenti vietati dall'art. 3 e ad impedire che costoro possano giovare di benefici incompatibili con la giurisprudenza consolidata della Corte stessa (par. 246).

MARIADOMENICA ALAGNA



OSSERVATORIO L'ITALIA E LA CEDU N. 2/2015

2. LA CORTE EUROPEA DEI DIRITTI DELL'UOMO CONDANNA L'ITALIA PER VIOLAZIONE DEL PRINCIPIO *NULLUM CRIMEN, NULLA POENA SINE LEGE*

Con sentenza del 14 aprile 2015, relativa al caso [*Contrada c. Italia*](#), i giudici di Strasburgo condannano il nostro paese per violazione dell'art. 7 della Convenzione europea dei diritti dell'uomo, ai sensi del quale «*Nessuno può essere condannato per un'azione o un'omissione che, al momento in cui fu commessa, non costituiva reato secondo il diritto interno o secondo il diritto internazionale. Non può del pari essere inflitta una pena maggiore di quella che sarebbe stata applicata al momento in cui il reato è stato commesso*».

Come è noto, il ricorrente è stato condannato dai giudici italiani per il reato di concorso esterno in associazione mafiosa per fatti avvenuti tra il 1979 e il 1988. È il 24 dicembre 1992 quando l'ex agente del SISDE viene arrestato con l'accusa di cui sopra e la prima sentenza di condanna viene formulata dal tribunale di Palermo il 5 aprile 1996. Dopo essere stato condannato in via definitiva, il Sig. Contrada presenta ricorso alla Corte di Strasburgo nel luglio del 2008.

Tuttavia, è da segnalare che il reato per il quale il ricorrente è stato condannato non era espressamente previsto come reato autonomo dal nostro codice penale, ma è stato il risultato di un'elaborazione giurisprudenziale che si è sviluppata a partire dagli anni '80 e che si è consolidata nel 1994 (quindi in epoca successiva ai fatti contestati al ricorrente e successiva anche alla data in cui il ricorrente fu arrestato).

Il concorso esterno in associazione mafiosa, quindi, non ha una sua autonoma formulazione nel nostro ordinamento, ma è il risultato del combinato disposto degli articoli 416 bis c.p. («associazione mafiosa») e 110 c.p. («concorso in reato») e si verifica quando un soggetto, pur non essendo formalmente membro di un'organizzazione di tipo mafioso, svolga funzioni di collaborazione, intermediazione, collegamento volte a favorire l'attività criminale dell'organizzazione stessa.

Nell'esaminare il caso in oggetto la Corte riprende la sua giurisprudenza di recente richiamata nel caso [*Roblena c. Repubblica ceca*](#), deciso con sentenza del 27 gennaio 2015, in cui si sottolinea che «*La garantie que consacre l'article 7, élément essentiel de la prééminence du droit, occupe une place primordiale dans le système de protection de la Convention, comme l'atteste le fait que l'article 15 n'y autorise aucune dérogation même en temps de guerre ou autre danger public menaçant la vie de la nation* (par. 77)».

La Corte ricorda, inoltre, che il suo compito non consiste nel sostituirsi alle giurisdizioni nazionali nell'accertamento e nella valutazione dei fatti, ma essa gode di un potere di controllo più ampio, nel momento in cui per verificare se vi sia stata o meno violazione dell'art. 7 deve appurare l'esistenza di una base legale per l'inflizione di una condanna o di una pena (par. 62). In altre parole, la Corte deve constatare se la condanna del ricorrente si sia fondata su una base giuridica sufficientemente chiara.

Secondo la Corte, non vi è dubbio che il concorso esterno in associazione di tipo mafioso sia il risultato di un'evoluzione giurisprudenziale consolidatasi nel 1994, pertanto *«à l'époque où les faits reprochés au requérant ont été commis (1979-1988), l'infraction en cause n'était pas suffisamment claire et prévisible pour celui-ci. Le requérant ne pouvait donc pas connaître en l'espèce la peine qu'il encourait du chef de la responsabilité pénale découlant des actes qu'il avait accomplis»* (par. 75).

La Corte ritiene questi elementi sufficienti per dichiarare l'avvenuta violazione dell'art. 7 da parte dello Stato italiano.

FRANCESCA PERRINI



OSSERVATORIO L'ITALIA E LA CEDU N. 2/2015

3. LE SEZIONI UNITE DELLA CORTE DI CASSAZIONE SI ALLINEANO DEFINITIVAMENTE ALLA GIURISPRUDENZA DELLA CORTE EUROPEA DEI DIRITTI DELL'UOMO IN TEMA DI OCCUPAZIONE ACQUISITIVA

Con la sentenza n. 735 del 19 gennaio 2015, la Corte di Cassazione torna sul problema dell'occupazione acquisitiva e della conformità tra la disciplina legislativa interna e il diritto pretorio di Strasburgo, definitivamente allineando la giurisprudenza nostrana agli standard di tutela della proprietà stabiliti dalla Convenzione europea dei diritti dell'uomo.

Com'è noto, l'istituto dell'occupazione acquisitiva è stato oggetto, in passato, di numerose pronunce della Corte di Cassazione in quanto, proprio per le caratteristiche che lo contraddistinguono, risulta essere argomento delicato e dibattuto (sin da Cass. 8 giugno 1979 n. 3243 e SS. UU., 26 febbraio 1983, n. 1464, fino a Cass. 14 gennaio 2013, n.705).

Il caso oggetto della sentenza n. 735/2015 trae origine dalla citazione in giudizio del comune di Laureana di Borrello dinanzi al Tribunale di Palmi, da parte del signor Bisogni, il quale lamentava l'illegittima occupazione di un terreno di sua proprietà, per tre quinti, e chiedeva, di conseguenza un adeguato risarcimento dei danni patiti. Il suddetto terreno era stato espropriato dal comune, con un decreto del Novembre 1953 in cui si attestava il carattere di urgenza dell'occupazione, dovendosi destinare il bene alla realizzazione di un edificio scolastico. Tuttavia la mancata adozione nel biennio successivo, del decreto di esproprio aveva determinato il venir meno del carattere di urgenza dell'intervento ablatorio configurando, quindi, l'espropriazione come illecita.

In data 9 novembre 1995, il Tribunale di Palmi emetteva sentenza di rigetto della domanda attorea affermando l'intervenuta prescrizione del diritto. Successivamente, la Corte d'Appello di Reggio Calabria, con sentenza del 22 Febbraio 2007, confermava quanto già stabilito nel giudizio di primo grado, precisando che non risultavano incompatibili con la volontà del Comune di proporre l'eccezione di prescrizione i numerosi atti, apparentemente confermativi della controversia in argomento, posti in essere dall'amministrazione nel corso degli anni.

Avverso quanto disposto dal Tribunale di Palmi e confermato dalla Corte di Appello di Reggio Calabria, parte attrice proponeva ricorso presso la Corte di Cassazione deducendo due motivi: nel primo, si lamentava la violazione dell'articolo 1 del protocollo addizionale della Convenzione Europea dei diritti dell'uomo e dell'art.10 della Costituzione,

mentre il secondo motivo aveva a oggetto la violazione dell'articolo 2937 del codice civile. La Corte ha ritenuto fondato il primo motivo con assorbimento del secondo.

Nella sentenza, la Corte ha analizzato anzitutto quanto stabilito dal legislatore italiano in materia di occupazione acquisitiva, richiamando due importanti pronunce, la n. 3243 del 8 giugno del 1979 e la n. 1464 del 26 febbraio 1983, nelle quali erano stati fissati i criteri di applicazione dell'istituto (di origine giurisprudenziale), vale a dire l'occupazione di un immobile da parte dell'amministrazione e la contemporanea illiceità dell'occupazione stessa per illegittimità del provvedimento (adottato *sine titulo*) o per il sopravvenuto decorso del termine di durata massima della procedura espropriativa, nell'intento di individuare il punto di equilibrio tra la tutela dell'azione amministrativa e quella della proprietà privata, laddove per azione amministrativa si intende l'acquisto, a titolo originario, della proprietà del terreno illegittimamente occupato da parte della pubblica amministrazione, mentre alla tutela della proprietà privata va ricondotto l'obbligo in capo all'amministrazione occupante di risarcire integralmente il danno arrecato, ossia il diritto del privato, cui è stata sottratta surrettiziamente la proprietà del suolo, di ottenere un risarcimento del danno equiparato al valore del bene sottratto.

La Corte passa poi all'analisi del rapporto tra la giurisprudenza italiana e quella della Corte di Strasburgo, ricordando come quest'ultima abbia progressivamente censurato le forme di espropriazione indiretta previste nell'ordinamento italiano, definite alla stregua di illecito permanente verso il godimento di un diritto umano fondamentale. In più di un'occasione (da [Carbonara e Ventura c. Italia](#), del 30 maggio 2000 a [De Angelis c. Italia](#), del 21 dicembre 2006, passando per la celebre "saga" [Scordino c. Italia](#), sentenze del 15 e 29 luglio 2004, del 29 marzo 2006 e del 6 marzo 2007), la Corte di Strasburgo ha ribadito che tali forme di espropriazione sono contrarie all'art. 1 del protocollo addizionale della Convenzione Europea dei diritti dell'uomo, dal momento che l'ablazione del diritto di proprietà privata non può mai conseguire da un illecito.

In proposito, la Suprema Corte ricorda come le sue pronunce successive agli interventi della Corte di Strasburgo siano state volte non già all'eliminazione dell'istituto dell'occupazione acquisitiva, ma alla risoluzione degli aspetti più controversi della disciplina dell'istituto rispetto a quanto affermato dalla Convenzione EDU, allo scopo di preservare, in questo modo, l'efficacia della fattispecie in esame, la quale trovava espressa previsione normativa negli articoli 3 della legge n. 458 del 1988 e 5-*bis*, comma 7-*bis* del d.l. n. 333 del 1992, fino alla disciplina introdotta dal D.P.R. n. 327/2001.

Tuttavia, già con nelle ordinanze nn. 441 e 442 del 13 gennaio 2014 la Cassazione aveva sottolineato come la Corte europea avesse espressamente riconosciuto il contrasto tra l'istituto dell'espropriazione indiretta e l'art. 1 del Protocollo n. 1 alla CEDU, in quanto il trasferimento della proprietà dal privato alla p.a. nasceva dalla constatazione della situazione di illiceità commessa da quest'ultima, con appunto l'effetto di convalidarla. Il medesimo contrasto, d'altronde, è stato rilevato anche dalla sentenza della Corte Costituzionale n. 293 dell'8 ottobre 2010, laddove la Consulta, nel dichiarare l'illegittimità costituzionale dell'art. 43 del D.P.R. n. 327/2001 ha fatto esplicito riferimento al citato orientamento della Corte di Strasburgo, laddove questa «[...] sia pure incidentalmente, ha precisato che l'espropriazione indiretta si pone in violazione del principio di legalità, perché non è in grado di assicurare un sufficiente grado di certezza e permette all'amministrazione di utilizzare a proprio vantaggio una situazione di fatto derivante da «azioni illegali», e ciò sia allorché essa costituisca conseguenza di un'interpretazione giurisprudenziale, sia allorché derivi da una legge – con espresso riferimento all'articolo 43 del t.u. qui censurato –, in

quanto tale forma di espropriazione non può comunque costituire un'alternativa ad un'espropriazione adottata secondo «buona e debita forma» (causa Sciarrotta ed altri c. Italia – Terza Sezione – sentenza 12 gennaio 2006 – ricorso n. 14793/02)» (si veda il par. 8.5 della sentenza).

Pur riconoscendo che l'istituto dell'accessione invertita si configura come un'eccezione all'interno del nostro ordinamento rispetto alla normale disciplina degli effetti di un'occupazione illegittima, fondandosi sul presupposto secondo cui, nel caso della realizzazione di un'opera di pubblica utilità, l'amministrazione è individuata come il soggetto portatore dell'interesse prevalente, la Corte ha affermato che «quando il decreto di esproprio non sia stato emesso o sia stato annullato, l'occupazione e la manipolazione del bene immobile di un privato da parte della dell'Amministrazione si configurano, indipendentemente dalla sussistenza o meno di una dichiarazione di pubblica utilità, come un illecito di diritto comune, che determina non il trasferimento della proprietà in capo all'Amministrazione, ma la responsabilità di questa per danni». Il proprietario, comunque, non perde il diritto a ottenere il controvalore dell'immobile rimasto nella sua titolarità e infatti, in alternativa alla restituzione del bene in questione, al proprietario viene concesso il diritto a una tutela risarcitoria con conseguente rinuncia al diritto dominicale sul fondo, opzione che, tuttavia, non determina il trasferimento automatico della titolarità del fondo alla pubblica amministrazione.

In definitiva, secondo la sentenza in commento, «l'illecito spossessamento del privato da parte della p.a. e l'irreversibile trasformazione del suo terreno per la costruzione di un'opera pubblica non danno luogo, anche quando vi sia stata dichiarazione di pubblica utilità, all'acquisto dell'area da parte dell'Amministrazione ed il privato ha diritto a chiederne la restituzione salvo che non decida di abdicare al suo diritto e chiedere il risarcimento del danno». La Corte intende, con ciò, sottolineare la sua volontà di schierarsi accanto al privato il quale si è visto privare in maniera illecita della propria proprietà. A segnare il punto di svolta è, infatti, l'affermazione secondo cui l'illecito spossessamento del privato è un atto di per sé inidoneo a configurare il legittimo acquisto della proprietà da parte dell'amministrazione. La Corte si preoccupa, altresì, di tutelare il diritto del privato di ottenere un equo risarcimento in funzione dell'illecita privazione subita, affermando in proposito che questi «ha diritto al risarcimento dei danni per il periodo, non coperto dall'eventuale occupazione legittima, durante il quale ha subito la perdita delle utilità ricavabili dal terreno e ciò sino al momento della restituzione ovvero sino al momento in cui ha chiesto il risarcimento del danno per equivalente, abdicando alla proprietà del terreno. Ne consegue che la prescrizione quinquennale del diritto al risarcimento dei danni decorre dalle singole annualità, quanto al danno per la perdita del godimento, e dalla data della domanda, quanto alla reintegrazione per equivalente». Alla luce di tali considerazioni, la Corte cassa la sentenza impugnata e rinvia il giudizio alla Corte di Appello di Reggio Calabria in diversa composizione.

Per comprendere a fondo l'importanza di quanto stabilito dalla Cassazione nella sentenza in oggetto è doveroso tener conto del graduale processo di avvicinamento tra due diverse concezioni del diritto dominicale: quella che ha come fondamento l'art. 42 della Costituzione, che – com'è noto – esalta la «funzione sociale» della proprietà e quella accolta nell'art. 1 del protocollo addizionale alla Convenzione europea dei diritti dell'uomo, che si pone, per converso, come legittimo baluardo dell'autonomia economica privata. In questo paradigma di confronto, l'istituto dell'occupazione acquisitiva – e in modo ancor più evidente quello dell'occupazione usurpativa (caratterizzato dall'occupazione illegittima dei

suoli e conseguente trasformazione irreversibile di questi in assenza di una dichiarazione di pubblica utilità o in seguito all'annullamento di questa da parte del giudice; cfr., per tutte, Consiglio di Stato, sez. IV, sentenza 2 Giugno 2000, n. 3177) – configura una evidente “distorsione” delle legittime modalità di ablazione della proprietà che, seppur considerata inammissibile dalla giurisprudenza di Strasburgo (proprio perché in netto contrasto con la tutela garantita dall'art. 1 del Protocollo n. 1), solo dopo diversi interventi viene riconosciuta tale anche dalla giurisprudenza interna. Quanto deciso dalla Corte di cassazione nella sentenza in commento appare, quindi, in linea con la volontà di proteggere in maniera “integrale” il diritto di proprietà privata, anche a scapito della salvaguardia del pubblico interesse, ove illegittimamente perseguito.

ANDREA CHIAPPINI



OSSERVATORIO L'ITALIA E LA CEDU N. 2/2015

4. RISARCIMENTO DEL DANNO NON PATRIMONIALE PER VIOLAZIONE DEL DIRITTO DI PROPRIETÀ: UN'INTERPRETAZIONE «CONVENZIONALMENTE ORIENTATA» PROPOSTA DAL TRIBUNALE DI VERCELLI

Con un'innovativa pronuncia del 12 febbraio 2015, il Tribunale di Vercelli ha affermato la risarcibilità del danno non patrimoniale per violazione del diritto di proprietà in conseguenza delle infiltrazioni d'acqua che avevano interessato la stanza da letto di un appartamento per una non corretta impermeabilizzazione del terrazzo sovrastante. Il Tribunale ha condannato i privati responsabili al risarcimento, oltre che dei danni patrimoniali (ripristino delle pareti, infissi e arredi), anche di quelli non patrimoniali, provocati dal disagio occorso agli attori per essere stati costretti, per un lungo periodo di tempo, ad adibire a zona letto uno spazio diverso della casa.

Il Tribunale ha ritenuto che il riconoscimento del diritto al risarcimento del danno non patrimoniale per lesione della sola proprietà non fosse ostacolato dall'orientamento della Corte di Cassazione, la quale nella pronuncia a Sezioni Unite dell'11 novembre 2008, n. 26972 aveva stabilito che «fuori dei casi determinati dalla legge è data tutela risarcitoria al danno non patrimoniale solo se sia accertata la lesione di un diritto inviolabile della persona: deve sussistere una ingiustizia costituzionalmente qualificata». Se, infatti, da un lato, non v'è dubbio che la Costituzione non attribuisce al diritto di proprietà il rango di diritto inviolabile, dall'altro, lo stesso diritto di proprietà ha assunto una differente e più ampia consistenza, per effetto della disciplina europea e internazionale.

È chiaro, ovviamente, il riferimento all'art. 1 del primo Protocollo alla Convenzione europea dei diritti dell'uomo e all'interpretazione della norma proposta dalla giurisprudenza di Strasburgo. In proposito, il Tribunale di Vercelli, per “posizionare” correttamente la CEDU nel sistema delle fonti del diritto accolto nel nostro ordinamento, si è richiamato a quanto stabilito dalla Corte Costituzionale nelle celebri sentenze nn. 348 e 349 del 24 ottobre 2007, che – com'è noto – hanno assegnato alla Convenzione europea il ruolo di fonte interposta tra la legge e la Costituzione, ai fini dell'osservanza dell'art. 117, comma 1 Cost. Ne discende che il giudice nazionale è chiamato a valutare la compatibilità delle norme interne con quelle della CEDU (come interpretate dalla Corte di Strasburgo) e solo qualora l'interpretazione «convenzionalmente orientata» delle prime non consenta di assicurarne la piena compatibilità con le previsioni della Convenzione europea, sarà tenuto

sollevare rituale questione di legittimità costituzionale delle disposizioni interne per contrasto con quelle internazionali.

Alla luce del contenuto delle richiamate sentenze “gemelle” della Corte Costituzionale, il Tribunale di Vercelli ha ritenuto, quindi, di assegnare alla CEDU un ruolo «assai più significativo di quello che alla stessa Convenzione è stato attribuito da Cass., SS.UU., 26972/08», procedendo a valorizzare, sulla scorta dell’interpretazione fornita dalla Corte di Strasburgo, da un lato, la prima disposizione di cui all’art. 1 del Protocollo n. 1 (recante, com’è noto, il diritto individuale al «rispetto dei beni») e dall’altro, la preminenza dell’aspetto individualistico della proprietà ivi tutelata.

È proprio in quest’ottica che il Tribunale ha ritenuto di poter procedere al riconoscimento del danno morale per violazione del diritto di proprietà, ampiamente valorizzato dalla giurisprudenza della Corte di Strasburgo nei casi in cui detta violazione sia imputabile a un soggetto pubblico (cfr. le sentenze del 30 ottobre 2003, [*Behedere Alberghiera c. Italia*](#) e dell’11 dicembre 2003, [*Carbonara e Ventura c. Italia*](#)). Ciò posto, al giudice nazionale è apparso difficilmente giustificabile, alla luce dell’art. 3 Costituzione, escludere l’ammissibilità del medesimo titolo risarcitorio quando a commettere la lesione sia stato un soggetto privato anziché uno pubblico, tanto più che, nella fattispecie, la lesione al diritto di proprietà non era giustificata dal perseguimento dell’interesse generale.

Premessa tale ricostruzione, il Tribunale di Vercelli ha interpretato l’art. 2059 codice civile, secondo cui il danno non patrimoniale deve essere risarcito solo nei casi determinati dalla legge, in un’ottica – per l’appunto – convenzionalmente orientata, ossia nel senso di ritenere ammissibile il risarcimento del danno non patrimoniale per violazione del diritto di proprietà, atteso che il giudice nazionale è tenuto ad assicurare il rispetto anche dei diritti che emergono da atti internazionali, *in primis* la CEDU così come interpretata dalla Corte di Strasburgo.

Sul punto, il Tribunale ha avuto modo di precisare la propria adesione a un indirizzo minoritario, che riconosce il risarcimento del danno non patrimoniale non solo per la lesione di diritti inviolabili di rilevanza costituzionale, ma anche per quelli contemplati dalla CEDU e dalla Carta dei diritti fondamentali dell’Unione europea. Tale indirizzo, che appare la punta più avanzata del diritto vivente, in realtà dovrebbe essere, non il punto di arrivo, ma il punto di partenza della giurisprudenza italiana.

L’art. 2059 codice civile, oggetto di ininterrotto affaticamento di dottrina e giurisprudenza, rappresenta, infatti – a parere di chi scrive – il relitto di una concezione di Stato autoritario, che subordina il risarcimento del danno di natura non patrimoniale, al “permesso della legge”, elegantemente giustificato sotto il principio della tipicità.

Le Sezioni Unite della Suprema Corte, evitando di sollevare la questione di legittimità costituzionale innanzi alla Corte costituzionale, si sono fin qui limitate a offrirne una lettura solo *costituzionalmente* orientata, in base alla quale la tutela risarcitoria garantita *ex art.* 2059 risulta ammissibile, oltre che nei casi determinati dalla legge, solo nel caso di lesione di specifici diritti inviolabili della persona, e cioè in presenza di un’ingiustizia costituzionalmente qualificata. D’altro canto, dall’esame della precitata sentenza n. 26972 del 2008 si evince che la Cassazione non ha avuto necessità di attingere a fonti diverse dalla Costituzione (come, ad esempio, la CEDU) dal momento che il caso riguardava il risarcimento del diritto alla salute, annoverabile tra i diritti inviolabili di rango costituzionale. Sempre in tale occasione, tuttavia, le Sezioni Unite tenevano a precisare che alle norme CEDU «non spetta il rango di diritti costituzionalmente protetti, poiché la Convenzione, pur essendo dotata di una natura che la distingue dagli obblighi nascenti da

altri Trattati internazionali, non assume, in forza dell'art. 11 Cost., il rango di fonte costituzionale, né può essere parificata, a tali fini, all'efficacia del diritto comunitario nell'ordinamento interno (Corte Cost. n. 348/2007)», con ciò escludendo la possibilità di fondare il riconoscimento del danno non patrimoniale sulle norme della Convenzione europea.

Tale interpretazione suscita, invero, alcune perplessità. Se ha certamente senso riferirsi alla sentenza della Corte Costituzionale n. 348/2007 per precisare il ruolo delle fonti *extra ordinem* recepite nel nostro ordinamento, tale richiamo non può limitarsi a quanto affermato nella circostanza dalle Sezioni Unite, le quali hanno colpevolmente mancato di valorizzare il ruolo della CEDU come fonte di ampliamento del catalogo dei diritti da cui far legittimamente derivare una pretesa risarcitoria in caso di relativa violazione, con ciò determinando un inutile aggravamento della dinamica processuale in simili giudizi. Quando si tratti di valutare l'entità e le caratteristiche del pregiudizio derivante dalla violazione del diritto di proprietà, infatti, dovrebbe essere dato per pacifico, o quantomeno largamente condiviso che, in virtù della CEDU (e della relativa interpretazione a opera della Corte di Strasburgo), la risarcibilità del risarcimento del danno non patrimoniale risulta ormai pienamente tutelabile nel nostro ordinamento. E – ciò che più conta – tale tutela, come stabilito dalla pronuncia in commento, può e deve trovare applicazione anche nei cd. «rapporti orizzontali».

FLAVIO DEL SOLDATO



OSSERVATORIO L'ITALIA E LA CEDU N. 2/2015

5. IL TRIBUNALE DI VARESE APPLICA I PRINCIPI AFFERMATI DALLA GIURISPRUDENZA DELLA CORTE EUROPEA DEI DIRITTI DELL'UOMO PER COLMARE UN VUOTO NORMATIVO DELL'ORDINAMENTO INTERNO

Una significativa pronuncia del Tribunale di Varese dell'8 ottobre 2014 ripropone il problema dei rapporti tra giudici comuni e Corte europea dei diritti dell'uomo.

La questione all'origine della vicenda giudiziaria in commento, di carattere penale, attiene a un caso di fecondazione eterologa e maternità surrogata (cd. «utero in affitto») all'estero. Gli imputati, una coppia di coniugi italiana recatasi in Ucraina – Paese in cui è possibile ai sensi di legge la gestazione surrogata previo accordo con la gestante e attestazione notarile che dichiara l'assenza di rapporti biologici tra la medesima e il nascituro – dopo la nascita dei bambini (una coppia di gemelli) mediante la tecnica di fecondazione anzidetta, presentava richiesta all'ambasciata italiana, in persona del funzionario consolare, di trasmettere l'atto di nascita al Comune di residenza ai fini della registrazione. Nella richiesta dichiaravano di essere i genitori naturali dei gemelli.

I funzionari dell'Ambasciata, non convinti della ricostruzione fornita dagli istanti, pur trasmettendo l'atto di nascita al Comune competente, contestualmente trasmettevano all'autorità giudiziaria italiana una segnalazione di reato, nel fondato timore che i coniugi avessero aggirato il divieto di ricorrere a tecniche di procreazione assistita non consentite dal nostro ordinamento.

Al rientro in patria, i coniugi vengono accusati dei reati di alterazione di stato (art. 567, comma 2 c.p.) e falsa attestazione o dichiarazione su qualità personali (art. 495, comma 2, n. 1 c.p.) e viene, quindi, instaurato nei loro confronti un procedimento penale, svoltosi con rito abbreviato.

Per il primo reato, il Tribunale di Varese, confermando l'orientamento già espresso in precedenza dal Tribunale di Milano (sentenze del 15 ottobre 2013 e dell'8 aprile 2014), ha assolto gli imputati sul presupposto della piena regolarità dell'atto di nascita ai sensi della legge Ucraina. In sostanza, poiché l'atto di nascita era stato formato in piena conformità alla normativa del Paese di nascita dei due gemelli, il delitto di alterazione di stato in forza della legge penale italiana non avrebbe potuto ritenersi sussistente.

Il Tribunale ha escluso, altresì, che la condotta dei genitori, i quali avevano reso dichiarazioni mendaci sull'identità e le altre qualità dei due neonati successivamente alla

formazione dell'atto di nascita, allo scopo di ottenerne la registrazione in Italia, fossero idonee a integrare il reato di cui all'art. 495, comma 2, n. 1 c.p.

Sul punto, il Tribunale ha considerato il fatto non punibile seguendo l'orientamento coevo seguito dalla Corte europea dei diritti dell'uomo, la quale, nei casi [Mennesson c. Francia](#) e [Labassée c. Francia](#), entrambi del 26 giugno 2014, aveva censurato il comportamento delle autorità pubbliche francesi per violazione dell'art. 8 CEDU.

Anche tali casi muovevano dal presupposto dell'omessa trascrizione dell'atto di nascita dei figli minori, nati a seguito di maternità surrogata negli Stati Uniti. In quel periodo, la legge francese non permetteva alle donne coniugate di fare ricorso alla maternità surrogata; le leggi della California e del Minnesota, invece, lo permettevano.

La Corte di Cassazione francese aveva già affermato che la gestazione surrogata era inammissibile e contraria all'ordine pubblico e il medesimo principio era stato ulteriormente ribadito nella sentenza del 6 aprile 2011 con la quale la Corte aveva rigettato il ricorso dei genitori ritenendo che l'illecito commesso prevalesse anche sull'interesse del minore, nonostante il parere favorevole alla registrazione espresso dall'*Avocat Général*.

La Corte di Strasburgo, considerato che i ricorrenti avevano assunto la qualifica di genitori fin dalla nascita del loro figlio, aveva ritenuto violato l'articolo 8 della Convenzione europea dei diritti dell'uomo dalle disposizioni interne francesi che impedivano la possibilità di riconoscere i legami familiari nell'ordinamento nazionale.

Il Tribunale di Varese, richiamandosi alle citate pronunce, ha inteso valorizzare i precedenti fondati sull'applicazione della CEDU, sostenendo, per un verso, che la negazione del riconoscimento del rapporto di filiazione da parte dello Stato italiano, alle condizioni sopra ricordate, avrebbe integrato una violazione dell'art. 8 della Convenzione e, per altro verso, che le false dichiarazioni rese dagli imputati avessero configurato la fattispecie di «falso innocuo». Al riguardo, tuttavia, occorre ricordare che il concetto di falso innocuo, precisato dalla Corte di Cassazione nella sentenza n. 51166 del 6 novembre 2013, è molto chiaro, ma poco attinente al caso in esame, posto che i due imputati avrebbero dovuto dichiarare la vera identità della madre dei gemelli, vale a dire la donna di nazionalità ucraina che aveva portato a termine la gravidanza. È noto, d'altronde, che il diritto del minore di conoscere l'identità dei suoi genitori è espressamente riconosciuto dall'art. 7 della Convenzione delle Nazioni Unite sui diritti del fanciullo del 1989.

L'orientamento “sostanzialista” del Tribunale di Varese, apprezzabile proprio nella prospettiva del riconoscimento dell'efficacia *erga omnes* dei principi affermati dalla giurisprudenza di Strasburgo, ha trovato successiva conferma sempre innanzi alla Corte europea dei diritti dell'uomo nel caso [Paradiso e Campanelli c. Italia](#) del 27 gennaio 2015 (già oggetto di specifico commento nello scorso numero della [Rivista](#)), riguardante l'affidamento ai servizi di assistenza sociale di un bambino di nove mesi, nato in Russia a seguito di un accordo di maternità surrogata concluso da una coppia italiana, cui il figlio era stato sottratto dopo che era emersa l'assenza di un legame biologico con il bambino. La Corte europea ha accertato che le decisioni assunte dalle autorità italiane, che avevano censurato la condotta dei due coniugi i quali avevano tentato di eludere sia il divieto posto dalla normativa italiana in materia di maternità surrogata, sia le norme che disciplinano le adozioni internazionali, non potevano comunque imporsi sulla tutela del superiore interesse del minore, confermando l'assunto secondo cui allontanare un bambino dai genitori, costituisce una misura estrema che può essere giustificata solo in caso di pericolo per il bambino e non anche in caso di concepimento in violazione delle tecniche di fecondazione ammesse dalla legge. La garanzia offerta dall'art. 8 in simili casi appare determinante,

proprio allo scopo di impedire il distacco del bambino dall'ambiente familiare senza un'adeguata giustificazione.

È presto per dire se il segnalato orientamento produrrà effetti rilevanti nel nostro ordinamento, tenuto conto del vuoto normativo lasciato dalla disciplina di legge. In proposito, è appena il caso di precisare che la legge n. 40/2004 non costituisce un impedimento all'accoglimento della soluzione proposta nella sentenza in commento. Essa, infatti, dispone l'assoluto divieto a qualsiasi forma di surrogazione di maternità e sanziona penalmente chi «programma, realizza o promuove» tale tecnica di procreazione medicalmente assistita (art. 12, comma 6), ma il suo ambito di applicazione, com'è noto, è ristretto alle sole condotte commesse in Italia.

Si deve, dunque, evidenziare che nel nostro ordinamento sussiste una lacuna normativa che preclude di regolare il caso di chi decida di recarsi all'estero per concepire un figlio mediante la cd. maternità surrogata. Pertanto, in assenza di un nuovo – e in ogni caso auspicabile – intervento del legislatore, tale lacuna non può essere ad oggi colmata che in via interpretativa.

PIERLUIGI NAVARRO



OSSERVATORIO L'ITALIA E LA CEDU N. 2/2015

6. L'ATTUAZIONE DELLO SCHEMA DELLE SENTENZE GEMELLE SI AGGRAVA CON LA SENTENZA N. 49 DELLA CORTE COSTITUZIONALE DEL 26 MARZO 2015

1. La sentenza della Corte costituzionale [n. 49 del 26 marzo 2015](#) di inammissibilità di due questioni di legittimità costituzionale, presentate dalla Cassazione ([ordinanza di rimessione del 30 aprile 2014](#)) e dal Tribunale di Teramo ([ordinanza 17 gennaio 2014](#)), rappresenta una tappa fondamentale sul valore della CEDU nell'ordinamento italiano tramite il giudizio della Corte costituzionale ex art.117, primo comma, Cost.

La sentenza in parola si segnala per l'introduzione del concetto di "carattere consolidato" della giurisprudenza di Strasburgo quale condizione dell'intervento della Corte costituzionale nella valutazione della compatibilità della norma italiana con la CEDU. Infatti, solo in presenza di questa condizione il giudice ordinario dovrebbe rimettere la questione alla Corte costituzionale; mentre a fronte di una incerta giurisprudenza (o isolata sentenza) della Corte EDU, il giudice nazionale avrebbe una competenza a giudicare della compatibilità della norma italiana con la CEDU senza necessità di rimessione alla Corte costituzionale.

Vale la pena di sottolineare in premessa che uno degli elementi (indicati nella sentenza n. 49) per il riconoscimento del carattere consolidato della giurisprudenza della Corte EDU attiene all'esistenza di una pronuncia della Grande Camera.

L'inammissibilità della questione di costituzionalità riguarda la natura penale ai sensi della CEDU della confisca per la lottizzazione abusiva mentre nel nostro ordinamento ha natura amministrativa (ex art. 44, secondo comma, d.p.r. 380/2001). In sostanza, il conflitto tra la giurisprudenza nazionale ed europea riguarda la possibilità di un accertamento delle responsabilità (anche dei terzi acquirenti degli immobili facenti parte della lottizzazione abusiva) a fronte dell'istituto della prescrizione che opera nel nostro ordinamento per lo più a livello automatico a seguito della decorrenza di un determinato periodo di tempo.

In materia di confisca, occorre ricordare che la Corte di Strasburgo aveva affermato nella sentenza [Sud Fondi c. Italia del 20 gennaio 2009](#) che la misura ablativa in parola costituisce un'autentica sanzione *penale* meritevole delle pertinenti garanzie (*matière pénale* ex artt. 6 e 7 CEDU, nonché 2, 3 e 4 Prot. 7). Nella sentenza [Varvara c. Italia del 29 ottobre 2013](#) la Corte EDU aveva ulteriormente affermato la contrarietà convenzionale dell'applicazione della confisca mediante sentenza che proscioglie i convenuti per prescrizione. Considerata

la confisca quale sanzione penale, la sua applicazione dovrebbe essere preceduta dall'accertamento della responsabilità del suo autore, e pertanto dalla sua condanna.

Nell'ordinanza di rimessione alla Corte costituzionale, la Cassazione ritiene che la sentenza Varvara abbia modificato il contenuto della disciplina italiana in oggetto impedendo al giudice di disporre la confisca in presenza di una declaratoria di prescrizione che non comporti per sua natura l'accertamento di responsabilità individuali. Tale impatto travolgerebbe le disposizioni costituzionali elevando la soglia di protezione del diritto di proprietà, ben al di là della sua "funzione sociale", e a discapito degli altri interessi tutelati in simili fattispecie di confisca, quali il paesaggio, la salute, l'ordinato assetto urbanistico. Da queste considerazioni, la Cassazione fa discendere la richiesta alla Corte costituzionale di azionare i c.d. 'controlimiti' ovvero i principi e valori costituzionali del nostro ordinamento prevalenti sul diritto di Strasburgo, ivi compreso l'obbligo ex art. 117, primo comma, Cost.

Tuttavia, l'interpretazione della sentenza Varvara non può considerarsi definitiva e consolidata a seguito del rifiuto della Corte EDU di conferimento della questione alla Grande Camera. Infatti, la Seconda Sezione della Corte EDU nel Caso Hotel Promotion Bureau S.r.l. e a. c. Italia (ric. 34163/07) ha deciso il 25 marzo us di sottoporre la stessa identica questione alla Gran Camera. Tale rinvio sottintende l'intenzione di una pronuncia definitiva sul tema del rapporto tra confisca urbanistica e declaratoria di prescrizione (F. VIGANÒ, *Confisca urbanistica e prescrizione: a Strasburgo il re è nudo (a proposito di Cass. pen. Sez. III, ord. 30 aprile 2014)*, in *Dir. pen. cont.*, 2014, n. 3 e 4, p. 277 ss).

2. Il punto centrale e innovativo della sentenza n 49 del 2015 si ritrova nell'affermazione che è «solo un *"diritto consolidato"*, generato dalla giurisprudenza europea, che il giudice interno è tenuto a porre a fondamento del proprio processo interpretativo, mentre nessun obbligo esiste in tal senso, a fronte di pronunce che non siano espressive di un orientamento oramai divenuto definitivo» (punto 7). In altri termini, l'obbligo d'interpretazione conforme alla norma convenzionale sussiste solo in presenza di una giurisprudenza europea consolidata e non in tutti gli altri casi. Pertanto qualora il giudice comune si interroghi sulla compatibilità della norma convenzionale con la Costituzione, «va da sé che questo solo dubbio, in assenza di un *"diritto consolidato"*, è sufficiente per escludere quella stessa norma dai potenziali contenuti assegnabili in via ermeneutica alla disposizione della CEDU, così prevenendo, con interpretazione costituzionalmente orientata, la proposizione della questione di legittimità costituzionale» (punto 7). Dunque in queste ipotesi il giudice ordinario potrà limitarsi a un'interpretazione "costituzionalmente orientata" senza necessità di sollevare la questione di legittimità costituzionale per violazione dell'art. 117, co.1, e senza tener conto dell'interpretazione fornita dalla Corte EDU.

Com'è noto, la Corte Costituzionale ha consolidato la propria posizione sul valore delle norme della CEDU nel sistema costituzionale italiano tramite il giudizio di costituzionalità da effettuare tramite il filtro dell'art.117 Cost. con le sentenze gemelle del 2007 (sentenze n. 348-349/2007) (U. VILLANI, *Sul valore della Convenzione europea dei diritti dell'uomo nell'ordinamento italiano in St. integr. eur.*, 2008, p. 7 ss.). In senso contrario, una qualificata dottrina continuava ad esprimersi nel senso del carattere *self-executing* (G. CATALDI, *La natura self-executing delle norme della Convenzione europea dei diritti umani e l'applicazione delle sentenze della Corte europea negli ordinamenti nazionali*, in A. CALIGIURI, G. CATALDI, N.

NAPOLETANO (a cura di) *La tutela dei diritti umani in europa tra sovranità statale e ordinamenti sovranazionali*, Padova, 2010).

Contrariamente allo schema delle sentenze gemelle, in alcune sentenze successive, è emersa la volontà della Corte costituzionale di non-riconoscere la natura di parametro subcostituzionale alle norme CEDU. E' legittima pertanto la domanda posta in dottrina se, in quei casi, non possa parlarsi di veri e propri "contro-limiti" all'efficacia delle norme convenzionali (B. CONFORTI, *La Corte costituzionale applica la teoria dei controlimiti*, in *Riv. dir. int.*, 2013, p. 527 ss.). Sarebbe del tutto evidente che "l'apertura dell'ordinamento italiano nei confronti (...) e delle norme convenzionali subisca i limiti derivanti dal rispetto dei valori costituzionali. E ciò varrebbe perfino nei casi in cui è la stessa Costituzione a offrire uno specifico fondamento all'adattamento del diritto internazionale nel nostro ordinamento, come avviene con l'art. 117 Cost." (Ibidem, p.530) Si assiste, così, a una trasposizione sul piano internazionale della teoria dei contro-limiti elaborata, a suo tempo, dalla Corte Costituzionale nei rapporti con l'ordinamento comunitario (G. STROZZI, *Limiti e controlimiti nell'applicazione del diritto comunitario*, in *St. integr. eur.*, 2009, p. 23 ss.).

La Corte costituzionale in alcune pronunce sembra voler selezionare le occasioni di rinvio alla giurisprudenza della Corte EDU e fa uso di quella dottrina del "margine di apprezzamento" lasciato agli Stati contraenti seppur con limiti e presupposti diversi.

3. L'assetto delle sentenze gemelle del 2007 ([n. 348/2007](#) e [n. 349/2007](#)) appariva sostanzialmente destinato a diventare il principio di funzionamento della CEDU nel nostro ordinamento tramite l'utilizzo "riflesso", da parte della Corte costituzionale, del diritto vivente della Corte EDU. Quest'ultima ha tuttavia iniziato successivamente a prenderne le distanze sulla base dell'autonomia dei valori costituzionali e degli interessi generali dell'ordinamento italiano con un'applicazione della dottrina dei controlimiti.

Vale la pena di riepilogare lo stato dell'arte del valore della CEDU nell'ordinamento italiano, secondo quanto affermato dalla Corte Costituzionale.

A partire dalle sentenze gemelle, le norme della CEDU rappresentano parametro interpretativo e parametro di legittimità delle norme italiane, atteso che il giudice comune dinanzi ad un contrasto tra norma interna e norma convenzionale avrà: in primo luogo un obbligo d'interpretazione conforme, e allorchè il contrasto risulti insanabile in via meramente interpretativa, di sollevare questione di legittimità costituzionale dinanzi alla Corte Costituzionale per violazione dell'art. 117 Cost. Il parametro costituzionale, pertanto, diviene concretamente operativo solo ove vengano determinati quali siano "gli obblighi internazionali" che vincolano la potestà legislativa. Pertanto le norme della CEDU danno vita e contenuto agli obblighi internazionali generalmente evocati dall'art. 117 Cost.

In ogni caso, l'obbligo d'interpretazione conforme imposto in prima battuta al giudice comune esige che le singole disposizioni vengano lette alla luce dell'interpretazione alle stesse fornita dalla giurisprudenza della Corte EDU. Il medesimo art. 46 della Convenzione enuncia la forza vincolante delle sentenze emesse dalla Corte nei confronti degli Stati contraenti.

La Corte Costituzionale afferma che tra "gli obblighi internazionali assunti dall'Italia con la sottoscrizione e la ratifica della CEDU vi è quello di adeguare la propria legislazione alle norme di tale trattato, nel significato attribuito dalla Corte specificamente istituita per dare ad esse interpretazione ed applicazione" (sentenza n. 348 del 2007, par. 4.6), con ciò riconoscendo la necessità di un dialogo tra Corti al fine di garantire una adeguata tutela multi-livello dei diritti.

4. Un primo segnale di contrapposizione si è posto con una serie di pronunce della Corte costituzionale che avevano ad oggetto la questione di legittimità costituzionale di leggi d'interpretazione autentica e i cd “motivi imperativi d'interesse generali” idonei a giustificare un intervento retroattivo dello Stato in controversie già pendenti. Pronunce mediante le quali la Corte costituzionale rivendica il proprio ruolo di unico interprete del sistema costituzionale nel suo complesso e la Corte EDU il ruolo di giudice unico della Convenzione europea.

Si veda, il caso del personale ATA (sentenza [n. 311/2009](#)) nel quale la Corte costituzionale si pronuncia in merito alla legittimità di una legge d'interpretazione autentica, che viene giustificata per “motivi imperativi d'interesse generale”, rappresentati, nel caso di specie, da motivi di natura finanziaria/fiscale. In senso contrario la Corte EDU, pur considerando la possibilità di “motivi imperativi d'interesse generale” a legittimare un intervento retroattivo dello Stato in controversie già pendenti, non ritiene che tra essi rientrino motivazioni di natura finanziaria. In particolare, la Corte afferma che spetta “alla Corte europea di decidere sul singolo caso e sul singolo diritto fondamentale, mentre appartiene alle autorità nazionali il dovere di evitare che la tutela di alcuni diritti fondamentali – compresi nella previsione generale ed unitaria dell'art. 2 Cost. – si sviluppi in modo squilibrato, con sacrificio di altri diritti ugualmente tutelati dalla Carta costituzionale e dalla stessa Convenzione europea”.

La distonia tra la posizione delle due Corti traspare a più riprese nello sviluppo giudiziario del personale ATA. Infatti, da un lato la Corte EDU nella sentenza Agrati e Montalto, utilizza criteri più stringenti per definire il concetto dei “motivi imperativi d'interesse generale”, per limitare al massimo l'ingerenza retroattiva da parte del legislatore.

In senso opposto, si esprime la Corte Costituzionale che richiama la giurisprudenza della Corte EDU, operandone però una ricostruzione parziale e non conforme all'effettiva evoluzione. La Corte Costituzionale omette di evidenziare che la giurisprudenza europea aveva censurato la prassi di interventi legislativi sopravvenuti giustificati da motivi di natura finanziaria. Tali interventi non erano stati al contrario adeguati a giustificare un intervento legislativo con effetto retroattivo in controversie già pendenti. La Corte costituzionale eleva a rango di principio l'unico caso conferente ([Forrer-Niederthal c. Germania](#)) caratterizzato da ragioni storiche epocali (come nel caso della riunificazione tedesca) piuttosto che da veri motivi di natura finanziaria.

In conclusione, la Corte afferma una sua competenza esclusiva a vagliare la legittimità dei “motivi imperativi d'interesse generale” in una prospettiva sistemico-costituzionale attenuando così l'impatto interpretativo svolto dalla Corte EDU, nel definire i motivi imperativi d'interesse generale.

5. Nel caso delle “Pensioni svizzere” (sentenza [n. 264/2012](#)) il contrasto tra Corte Costituzionale e Corte EDU verte, nuovamente, sui cd “motivi imperativi d'interesse generale” che possono giustificare un intervento del legislatore in controversie già pendenti in cui lo Stato è parte. Un'eccezione, dunque, al principio d'irretroattività della legge.

La Corte EDU sostiene che solo motivi imperativi d'interesse generale possono giustificare un intervento *ex tunc* del legislatore, ove però vi sia un idoneo bilanciamento d'interessi in gioco con i diritti individuali che non possono essere gravati da sacrifici sproporzionati. Sulla base di tale argomentazione, pertanto, la Corte esclude che i motivi imperativi d'interesse generale possano consistere in motivi di natura finanziaria ([Maggio e altri c.](#)

[Italia](#), 31 maggio 2011; [Stefanetti e altri c. Italia](#), 15 aprile 2014).

Nel caso delle “Pensioni svizzere”, la Corte Costituzionale afferma che “i motivi imperativi d’interesse generale tali da giustificare un intervento retroattivo del legislatore, coincidono con motivi di natura finanziaria e fiscale”. Dopo aver ribadito che le norme CEDU integrano, quali norme interposte, il parametro costituzionale espresso dall’art. 117, co. 1, Cost., afferma che essa è “tenuta a valutare come e in quale misura l’applicazione della Convenzione da parte della Corte europea si inserisca nell’ordinamento costituzionale italiano” (sentenza n. 264 del 2012, par. 4.2). La Corte costituzionale, fa uso di quel “margine di apprezzamento”, ripetutamente richiamato dalla stessa giurisprudenza CEDU e rilevante come temperamento alla rigidità dei principi formulati in sede europea. “Il c.d. “margine di apprezzamento”, invero, deve essere sempre presente nelle valutazioni di questa Corte, cui non sfugge che la tutela dei diritti fondamentali deve essere sistemica e non frazionata in una serie di norme non coordinate e in potenziale conflitto tra loro” (sentenza n. 264 del 2012, punto 4.1).

In questo senso va ricordata l’affermazione secondo cui, la Corte costituzionale (a differenza della Corte EDU), “opera una valutazione sistemica, e non isolata, dei valori coinvolti dalla norma di volta in volta scrutinata, ed è, quindi, tenuta a quel bilanciamento, solo ad essa spettante, che, nella specie, dà appunto luogo alla soluzione indicata” (par. 5.4).

6. La Corte compie lo stesso ragionamento nella sentenza n. [15/2012](#) relativa al trattamento pensionistico della gestione dei commercianti, con oggetto sempre la legittimità costituzionale di una legge d’interpretazione autentica. La Corte, in un primo momento, richiama la sentenza Agrati della Corte EDU ([sentenza Agrati e altri c. Italia](#)) nella quale viene riconosciuto uno spazio d’intervento del potere legislativo, seppur limitato alla sussistenza di motivi imperativi d’interesse generale. Tuttavia ne ricava un principio interpretativo differente: quello secondo cui spetta comunque uno spazio d’intervento al legislatore e alla Corte medesima nella valutazione dei “motivi imperativi d’interesse generale”. Non tenendo conto, inoltre, del fatto che la Corte di Strasburgo, nel caso in esame, aveva ritenuto l’intervento del legislatore italiano non ammissibile proprio in quanto fondato su motivi imperativi di natura finanziaria.

La Corte costituzionale, dunque, continua a porsi in totale distonia con la giurisprudenza europea, che viene ampiamente citata, ma di cui non si tiene conto di un elemento determinante: i motivi di natura finanziaria non costituiscono, secondo il giudizio della giurisprudenza di Strasburgo, motivi sufficientemente imperativi.

7. Il dialogo con la Corte EDU sembra indirizzato verso una chiusura anche in sentenze più recenti della Corte Costituzionale. Chiusura nella quale è possibile riscontrare un limite o meglio un vero e proprio contro-limite all’efficacia delle norme convenzionali così come interpretate dalla giurisprudenza della Corte europea.

Invero, a più riprese, la Corte Costituzionale si esprime circoscrivendo i limiti derivanti dall’applicazione della giurisprudenza della Corte EDU e omettendo, volontariamente o meno, di richiamare il parametro di cui all’art. 117 Cost. in relazione alle norme convenzionali, per risolvere la questione di legittimità costituzionale ad essa sottoposta.

Con la sentenza n. [230/2012](#), relativa alla resistenza del giudicato nei confronti di mutamenti giurisprudenziali, la Corte Costituzionale si pronuncia sulla questione di legittimità costituzionale dell’art. 673 c.p.p. nella parte in cui non prevede tra le ipotesi di revoca della sentenza di condanna il mutamento giurisprudenziale più favorevole. Sebbene

la Corte risolva la questione di legittimità costituzionale tenendo conto dei parametri convenzionali (artt. 5-6-7 CEDU) così come interpretati dalla Corte EDU, l'impatto della sua giurisprudenza viene sminuito.

Invero, la Corte costituzionale limita l'applicazione dei principi enunciati dalla giurisprudenza europea “nella misura in cui essi siano applicabili al nostro ordinamento” (punti 7 e 8), in particolare con riferimento alle sentenze emesse nei confronti di altri Stati parte della Convenzione e non dell'Italia. Tale limitazione imporrebbe, senza dubbio, un'analisi caso per caso dei singoli principi interpretativi desumibili dalle sentenze della Corte EDU al fine di verificare quali possano ritenersi “applicabili” o meno nel nostro ordinamento. La limitazione che la Corte pone, tra l'altro solo tra parentesi, sembrerebbe, per certi versi, espressione di quel “margine di apprezzamento e di adeguamento che, nel rispetto della sostanza della giurisprudenza di Strasburgo, le consenta comunque di tener conto delle peculiarità dell'ordinamento in cui l'interpretazione della Corte europea è destinata ad inserirsi” (sentenze gemelle del 2007; sentenze n. [303/2011](#) e n. [236/2011](#)).

8. Da ultimo, la distonia tra Corti traspare altresì da una successiva sentenza della Corte Costituzionale, la n. [162/2014](#) avente ad oggetto la questione di legittimità costituzionale della legge 40/2004 in materia di procreazione medicalmente assistita.

In tale pronuncia, la Corte costituzionale si esprime in senso favorevole alla fecondazione eterologa, oggetto al contempo della giurisprudenza di Strasburgo, dichiarando l'illegittimità costituzionale della legge in questione, ma sembra chiudere il dialogo con la Corte europea.

In un primo momento, la Corte costituzionale medesima con ordinanza n. 150/2012 ha ritenuto ammissibili le questioni prospettate e ha disposto la restituzione ai giudici remittenti, proprio al fine di una nuova riflessione da condurre sulla base della sentenza sopravvenuta della Corte EDU ([S.H. e altri c. Austria](#), 3 novembre 2011). Tuttavia, a seguito della rimessione solo uno dei giudici ordinari continuava a proporre l'illegittimità della legge 40/2004 per contrasto con l'art. 117 Cost. (in relazione agli articoli 8 e 14 della CEDU così come interpretati nella sentenza citata S.H. e altri c. Austria della Corte EDU). In modo clamoroso, la Corte Costituzionale omette di utilizzare del tutto il parametro CEDU, ritenendo “assorbiti” i motivi di censura formulati in riferimento all'art. 117 Cost.

Il mancato richiamo appare difficilmente comprensibile, per due ordini di ragioni: 1) la fecondazione assistita di tipo eterologo è stata oggetto della giurisprudenza della Corte di Strasburgo; 2) la Corte medesima con l'ordinanza di rimessione ha rinviato gli atti ai giudici *a quibus* per un esame più completo della questione proprio alla luce di una nuova pronuncia della Corte EDU. Da tali argomentazioni, se ne sarebbe potuto desumere che la Corte costituzionale ritenesse pertinente e rilevante l'analisi della giurisprudenza europea quale parametro interposto.

9. In conclusione, la sentenza n. 49 del 2015 rappresenta una tappa fondamentale del percorso della Corte costituzionale sul valore della CEDU nell'ordinamento italiano. L'apporto innovativo della sentenza consiste nella bipartizione tra “giurisprudenza consolidata”, e pronunce “ancora isolate” o comunque non espressive di un orientamento omogeneo della Corte EDU. Nei confronti di queste ultime, osserva la Corte costituzionale, non si determina l'obbligo di trasposizione della giurisprudenza della Corte EDU.

Per quanto riguarda la definizione di “diritto consolidato”, la Corte costituzionale ammette che non sempre sarà «di immediata evidenza se una certa interpretazione delle disposizioni

della CEDU abbia maturato a Strasburgo un adeguato consolidamento, specie a fronte di pronunce destinate a risolvere casi del tutto peculiari, e comunque formatesi con riguardo all'impatto prodotto dalla CEDU su ordinamenti giuridici differenti da quello italiano» (punto 7). A tale riguardo la Corte costituzionale elabora una sorta di carta dei criteri per riconoscere il carattere non consolidato della giurisprudenza di Strasburgo: «la creatività del principio affermato, rispetto al solco tradizionale della giurisprudenza europea; gli eventuali punti di distinguo, o persino di contrasto, nei confronti di altre pronunce della Corte di Strasburgo; la ricorrenza di opinioni dissenzienti, specie se alimentate da robuste deduzioni; la circostanza che quanto deciso promana da una sezione semplice, e non ha ricevuto l'avallo della Grande Camera; il dubbio che, nel caso di specie, il giudice europeo non sia stato posto in condizione di apprezzare i tratti peculiari dell'ordinamento giuridico nazionale, estendendovi criteri di giudizio elaborati nei confronti di altri Stati aderenti che, alla luce di quei tratti, si mostrano invece poco confacenti al caso italiano» (punto 7). In questi casi secondo la Consulta non vi sarà «alcuna ragione che obblighi il giudice comune a condividere la linea interpretativa adottata dalla Corte EDU per decidere una peculiare controversia, sempre che non si tratti di una “sentenza pilota” in senso stretto» (punto 7).

GAIA CALAFIORE



OSSERVATORIO SULLA CORTE DI GIUSTIZIA DELL'UNIONE EUROPEA N. 2/2015

1. LA CORTE DI GIUSTIZIA ESCLUDE CHE LA CONDANNA AD UNA PENA DETENTIVA O IL CONGEDO CON DISONORE, IN CONSEGUENZA DI UN RIFIUTO SOPRAGGIUNTO DI PRESTARE SERVIZIO MILITARE IN UN CONFLITTO, POSSA COSTITUIRE UN ATTO DI PERSECUZIONE AI FINI DELLA CONCESSIONE DELLO STATUS DI RIFUGIATO.

Andre Lawrence Shepherd (Causa C-472/13) sentenza della Corte di giustizia (Seconda Sezione) del 26 febbraio 2015 (ECLI:EU:C:2015:117)

Rinvio pregiudiziale – Spazio di libertà, sicurezza e giustizia – Asilo – Direttiva 2004/83/CE – Articolo 9, paragrafo 2, lettere b), c) ed e) – Norme minime sull'attribuzione, a cittadini di paesi terzi o apolidi, della qualifica di rifugiato – Condizioni per ottenere il riconoscimento dello status di rifugiato – Atti di persecuzione – Sanzioni penali nei confronti di un militare degli Stati Uniti che ha rifiutato di prestare servizio in Iraq.

Le disposizioni dell'articolo 9, paragrafo 2, lettera e), della direttiva 2004/83/CE del Consiglio, del 29 aprile 2004, recante norme minime sull'attribuzione, a cittadini di paesi terzi o apolidi, della qualifica di rifugiato o di persona altrimenti bisognosa di protezione internazionale, nonché norme minime sul contenuto della protezione riconosciuta devono essere interpretate nel senso

- che esse riguardano tutto il personale militare, compreso il personale logistico e di sostegno;

- che esse comprendono la situazione in cui il servizio militare prestato comporterebbe di per sé, in un determinato conflitto, la commissione di crimini di guerra, includendo le situazioni in cui il richiedente lo status di rifugiato parteciperebbe solo indirettamente alla commissione di detti crimini in quanto, esercitando le sue funzioni, fornirebbe, con ragionevole plausibilità, un sostegno indispensabile alla preparazione o all'esecuzione degli stessi;

- che esse non riguardano esclusivamente le situazioni in cui è accertato che sono stati già commessi crimini di guerra o le situazioni che potrebbero rientrare nella sfera di competenza della Corte penale internazionale, ma anche quelle in cui il richiedente lo status di rifugiato può dimostrare che esiste un'alta probabilità che siffatti crimini siano commessi;

- che la valutazione dei fatti spettante alle sole autorità nazionali, sotto il controllo del giudice, per qualificare la situazione di servizio controversa, deve basarsi su un insieme di indizi tali da stabilire, tenuto conto di tutte le circostanze di cui trattasi, in particolare di quelle relative agli elementi pertinenti riguardanti il paese d'origine al momento dell'adozione della decisione sulla domanda, lo status individuale e la situazione personale del richiedente, che la situazione del servizio rende plausibile la commissione dei crimini di guerra asseriti;

- che le circostanze che un intervento militare sia stato intrapreso in forza di un mandato del Consiglio di sicurezza delle Nazioni Unite o sul fondamento di un consenso della comunità internazionale e che lo Stato o gli Stati che conducono le operazioni reprimano i crimini di guerra devono essere prese in considerazione nell'ambito della valutazione spettante alle autorità nazionali;

- che il rifiuto di prestare il servizio militare deve costituire il solo mezzo che permetta al richiedente lo status di rifugiato di evitare la partecipazione ai crimini di guerra asseriti, e che, di conseguenza, se quest'ultimo ha ommesso di ricorrere alla procedura per ottenere lo status di obiettore di coscienza, tale circostanza esclude ogni protezione ai sensi dell'articolo 9, paragrafo 2, lettera e), della direttiva 2004/83, a meno che detto richiedente non dimostri che non aveva a disposizione, nella sua situazione concreta, nessuna procedura siffatta.

Le disposizioni dell'articolo 9, paragrafo 2, lettere b) e c), della direttiva 2004/83 devono essere interpretate nel senso che, in circostanze come quelle del procedimento principale, non risulta che i provvedimenti in cui incorre un militare a causa del suo rifiuto di prestare servizio, quali la condanna ad una pena detentiva o il congedo con disonore, possano essere considerati, rispetto al legittimo esercizio da parte dello Stato interessato del suo diritto di mantenere una forza armata, a tal punto sproporzionati o discriminatori da rientrare tra gli atti di persecuzione considerati in tali disposizioni. Spetta tuttavia alle autorità nazionali verificare tale circostanza.

La sentenza in commento ha per oggetto l'interpretazione della [direttiva 2004/83/CE](#), in materia di norme minime sull'attribuzione, a cittadini di paesi terzi o apolidi, della qualifica di rifugiato o di persona altrimenti bisognosa di protezione internazionale, meglio nota anche come "direttiva qualifiche". Essa riguarda, in particolare, l'interpretazione della norma di cui all'articolo 9, paragrafo 2, lettere b), c) ed e), della direttiva citata, concernente gli atti di persecuzione idonei a rappresentare una violazione così grave dei diritti umani fondamentali da convincere le autorità nazionali di uno Stato membro dell'Unione europea ad accogliere una richiesta di riconoscimento dello status di rifugiato. Tenuto conto della delicatezza e sensibilità della materia in oggetto, tuttavia, la causa di specie è alquanto singolare e inusuale, a voler utilizzare le parole dell'[AG Sharpston](#) in apertura delle sue conclusioni. Infatti, il ricorrente nella causa principale aveva presentato richiesta di asilo alle autorità di uno Stato membro dell'Unione temendo di essere perseguito penalmente in seguito alla sua diserzione, oltre ad avere la sua esistenza rovinata dalla stigmatizzazione sociale subita, dal proprio paese di origine, ovvero sia gli Stati Uniti d'America.

La sentenza in oggetto origina da un rinvio pregiudiziale proveniente dal *Bayerisches Verwaltungsgericht* (tribunale amministrativo) di Monaco di Baviera concernente una

controversia tra il Sig. Shepherd, cittadino statunitense, e la Repubblica federale tedesca, riguardo la decisione di quest'ultima di negargli lo status di rifugiato. Il Sig. Shepherd, infatti, aveva presentato domanda di asilo presso le autorità tedesche competenti in seguito al suo rifiuto di prestare servizio militare in Iraq e al timore di essere perseguito penalmente dal proprio Stato di origine in seguito a tale diserzione. In precedenza, però, il Sig. Shepherd si era arruolato volontariamente nelle forze armate statunitensi, trovandosi ad operare in unità già impegnate in Iraq, sebbene egli si occupasse nello specifico della manutenzione degli elicotteri, non partecipando, quindi, direttamente ad azioni militari o di combattimento. Trascorso un periodo di riassegnazione della sua unità in Germania, il Sig. Shepherd ha ricevuto un ordine di missione per tornare in Iraq, al quale ha risposto con la diserzione, lasciando quindi le forze armate, considerando di non dover più partecipare ad una guerra in Iraq che riteneva illegittima e ai crimini di guerra ivi commessi. In seguito a tale diserzione, trovandosi a soggiornare in Germania, egli ha depositato la sua domanda di asilo presso le autorità tedesche competenti, sostenendola con il timore di essere perseguito penalmente dal proprio Stato di origine a seguito del suo rifiuto di prestare servizio militare in Iraq, sostenendo, inoltre, che la sua esistenza sarebbe stata rovinata dalla stigmatizzazione sociale che egli avrebbe subito nel suo paese, poiché, nell'ottica statunitense, la diserzione costituiva un reato molto grave. Le autorità tedesche competenti, tuttavia, hanno respinto la richiesta in questione mediante una decisione, il cui annullamento è stato poi richiesto dal Sig. Shepherd dinanzi al giudice del rinvio. Il tribunale amministrativo di Monaco di Baviera ha, a questo punto, deciso di sospendere il procedimento e sottoporre una serie di domande ai giudici della Corte di giustizia UE, concernenti la portata dell'articolo 9, paragrafo 2, lettere b), c) ed e), della direttiva 2004/83.

La Corte di giustizia ha così avuto modo di soffermarsi su alcune importanti forme di atti persecuzione, al ricorrere delle quali le autorità competenti di uno Stato membro UE concedono lo status di rifugiato o altre forme di protezione internazionale nei confronti di soggetti vittime di tali atti. Per quanto concerne la portata dell'articolo 9, paragrafo 2, lettera e), della direttiva 2004/83, il quale prevede, tra le possibili forme che un atto di persecuzione può assumere, le azioni giudiziarie o sanzioni penali conseguenti al rifiuto di prestare servizio militare in un conflitto, quando questo comporterebbe la commissione di crimini contro la pace, di guerra o contro l'umanità, la Corte di giustizia ha adottato un'interpretazione piuttosto ampia, includendo tra i soggetti destinatari di tali azioni o sanzioni tutto il personale militare, quindi, non solo quello direttamente coinvolto nelle ostilità, ma anche quello di sostegno logistico o tecnico, come nella causa di specie. Conseguentemente, secondo la Corte, il legislatore dell'Unione ha voluto che si considerasse il contesto generale in cui il servizio militare è prestato, non escludendo, in linea di principio, le situazioni in cui il soggetto coinvolto parteciperebbe solo indirettamente alla commissione dei crimini in questione, poiché egli non apparterrebbe alle truppe da combattimento ma sarebbe assegnato ad un'unità di logistica e di sostegno.

Ciò nonostante, la stessa Corte ha affermato che l'articolo 9, paragrafo 2, lettera e), della direttiva qualifica miri comunque a proteggere il soggetto che si oppone al servizio militare per non esporsi al rischio di commettere atti aventi la stessa natura di quelli contemplati nell'articolo 12, paragrafo 2, della direttiva qualifica, ovverosia crimini contro la pace, di guerra e contro l'umanità (punto 39 della sentenza in oggetto). Allo stesso tempo, però, la Corte ha specificato che spetta a colui che intende ottenere il riconoscimento della qualità di rifugiato dimostrare con sufficiente plausibilità che l'unità

cui appartiene conduce, o ha condotto, le operazioni assegnatele ponendo in essere degli atti della natura di cui al ricordato articolo 12, paragrafo 2, della direttiva qualifiche (punto 43 della sentenza in oggetto). Il rifiuto di prestare servizio militare, sempre secondo la Corte di giustizia, deve comunque costituire l'unico mezzo a disposizione del soggetto in questione per evitare la partecipazione ai crimini asseriti. A tal riguardo, la Corte di giustizia ha formulato dei suggerimenti nei confronti delle autorità nazionali preposte alla valutazione delle richieste di protezione internazionale, in generale, e nei confronti dei giudici amministrativi tedeschi, nella causa di specie. In particolare, la Corte ha invitato tali autorità nazionali a tener conto della situazione individuale e delle circostanze personali del richiedente e valutare se, in base ad esse, gli atti a cui è stato o potrebbe essere esposto possano costituire persecuzione o danno grave, ai sensi dell'articolo 4, paragrafo 3, lettera c), della direttiva qualifiche. Contestualizzando alla causa di specie, la Corte ha invitato le autorità tedesche a tener conto del fatto che il Sig. Shepherd si fosse arruolato volontariamente nelle forze armate quando esse erano già coinvolte nel conflitto in Iraq e di aver prorogato già una prima volta il proprio periodo di servizio, prima del rifiuto in oggetto. Inoltre, sempre secondo la Corte di giustizia, la circostanza che il richiedente lo status di rifugiato si sarebbe astenuto dal ricorrere alla procedura per ottenere lo status di obiettore di coscienza esclude ogni protezione contro azioni giudiziarie o sanzioni penali in conseguenza al rifiuto di prestare servizio militare in un conflitto, ai sensi dell'articolo 9, paragrafo 2, lettera e), della direttiva 2004/83, a meno che egli non dimostri di non aver potuto disporre concretamente di nessuna procedura in tal senso (punto 45 della sentenza in oggetto).

Per quanto concerne, invece, se la condanna ad una pena detentiva e il congedo con disonore, misure in cui incorre, secondo l'ordinamento giuridico statunitense, un militare in conseguenza del suo rifiuto di prestare servizio militare, possano essere contemplati tra gli atti di persecuzione, ai sensi dell'articolo 9, paragrafo 2, lettere b) e c), della direttiva qualifiche, la Corte di giustizia non ha ritenuto tali misure a tal punto sproporzionate o discriminatorie da rientrarvi, rispetto al legittimo esercizio da parte dello Stato interessato del suo diritto di mantenere una forza armata. A questo riguardo, la Corte ha ritenuto opportuno sottolineare che il carattere discriminatorio o sproporzionato delle misure in questione deve raggiungere un livello di gravità tale, ai sensi dell'articolo 9, paragrafo 1, lettera a), della direttiva qualifiche, da comportare una violazione dei diritti fondamentali. Nel rimettere comunque la decisione finale alle autorità nazionali interessate, la Corte ha comunque concluso che una pena detentiva, compresa tra i 100 giorni e i 15 mesi fino ad un massimo di 5 anni, in cui incorrerebbe il ricorrente nel procedimento principale non consente di considerare che tali misure vadano manifestamente oltre quanto necessario allo Stato interessato per esercitare il suo legittimo diritto di mantenere una forza armata (punto 52 della sentenza in oggetto).

La sentenza della Corte di giustizia nella causa *Shepherd*, quindi, sebbene si collochi all'interno delle numerose pronunce in materia di domande di protezione internazionale da parte di cittadini di Stati terzi, non riguarda la richiesta il più delle volte disperata di un cittadino di uno Stato nel cui territorio sarebbe in corso un conflitto o una situazione di crisi, quanto piuttosto il rischio che un cittadino statunitense correrebbe nel far ritorno in patria da disertore, dopo aver precedentemente servito il proprio paese. La Corte di giustizia, al riguardo, è stata abbastanza chiara nell'affermare che, come peraltro sottolineato dall'AG Sharpston nelle sue conclusioni, una persona che rifiuta di prestare servizio militare non possa ottenere il riconoscimento dello status di rifugiato, ai sensi

dell'articolo 9, paragrafo 2, lettera e) della direttiva 2004/83, senza avere previamente esperito, senza successo, ogni procedura disponibile per ottenere il riconoscimento dello status di obiettore di coscienza, o a meno che tali procedure non fossero plausibilmente disponibili, sottolineando però, allo stesso tempo, che la decisione finale spetti comunque alle autorità nazionali competenti.

In sostanza, quindi, la Corte ha affermato che la diserzione debba costituire l'unico strumento disponibile idoneo ad evitare la partecipazione ad un conflitto che comporti la commissione di crimini contro la pace, di guerra o contro l'umanità affinché le sanzioni penali previste per tale rifiuto dall'ordinamento nazionale di riferimento possano considerarsi degli atti di persecuzione, ai sensi dell'articolo 9, della direttiva qualifiche, ed essere così valutate ai fini dell'accoglimento di una domanda di protezione internazionale. In ogni caso, anche al ricorrere delle circostanze appena accennate, le misure sanzionatorie in questione devono comunque raggiungere un carattere discriminatorio o sproporzionato talmente grave da comportare una violazione dei diritti fondamentali, o comunque andare manifestamente oltre quanto necessario allo Stato interessato per esercitare il suo diritto di mantenere una forza armata.

In base a quanto precede, quindi, la Corte di giustizia si è mostrata piuttosto rigida e poco disponibile nei confronti di possibili richieste di protezione internazionale presentate alle autorità competenti degli Stati membri dell'Unione da disertori cittadini di Stati terzi che, in ragione del loro rifiuto, con il ritorno nello Stato di origine rischierebbero pene detentive non manifestamente sproporzionate o il mero congedo con disonore. Tali pene, infatti, non sarebbero sufficientemente qualificate da rappresentare una violazione grave dei diritti umani fondamentali, così come previsto dall'articolo 9, paragrafo 1, lettera a), della direttiva 2004/83 in oggetto. In conclusione, quindi, nella sentenza in oggetto, non può non rilevarsi la chiara volontà dei giudici della Corte di giustizia di limitare l'applicazione della direttiva qualifiche ai casi di gravi violazioni dei diritti umani fondamentali, sebbene non possa non sottolinearsi, allo stesso tempo, come tali conclusioni possano essere state giustificate, in un certo senso, dalle circostanze specifiche della causa di specie, quali la situazione individuale e le circostanze personali del richiedente.

MICHELE MESSINA



OSSERVATORIO SUL DIRITTO DELLA BIOETICA N. 2/2015

1. ORIENTAMENTO SESSUALE VS. COMPORTAMENTO SESSUALE: IL DIVIETO DI DONARE IL SANGUE PER I *MEN WHO HAVE SEX WITH MEN**

1. Introduzione

Con [sentenza del 29 aprile 2015](#), resa nel caso *Léger*, la Corte di giustizia dell'Unione europea ha risposto al quesito sollevato in via pregiudiziale dal *Tribunal administratif* di Strasburgo, affermando che la causa di esclusione permanente dalla donazione di sangue, fondata sul «comportamento sessuale» di cui alla direttiva della Commissione n. 2004/33/CE, può comprendere, a determinate condizioni, anche l'orientamento sessuale dei potenziali donatori.

La pronuncia della Corte di giustizia (unitamente alle divergenti [conclusioni](#) presentate dall'Avvocato generale il 17 luglio 2014) si inserisce nel dibattito scientifico, bioetico e biogiuridico concernente il fondamento e la liceità del divieto di donare il sangue che alcuni Paesi europei impongono agli omosessuali e bisessuali maschi (di seguito indicati come *men who have sex with men*-MSM). La *ratio* del divieto in parola può essere ricondotta all'esigenza di garantire prioritariamente ed in via precauzionale alti *standard* di qualità e di sicurezza in materia di raccolta, conservazione e distribuzione del sangue, escludendo dalla donazione le categorie di persone considerate più esposte al rischio di contrarre e, conseguentemente, di trasmettere determinate malattie infettive (lo *Human Immunodeficiency Virus*-HIV e l'epatite C, ad esempio). Emblematica, nel senso indicato, è la normativa introdotta da diversi Paesi europei durante l'epidemia di AIDS causata dall'HIV e diffusasi – prevalentemente tra persone omosessuali di sesso maschile – nei primi anni Ottanta, in un momento in cui non si possedevano le conoscenze scientifiche necessarie per comprendere l'origine e gli sviluppi di una malattia che, soprattutto sul piano mediatico, finì per essere considerata, di fatto, identificativa di un determinato orientamento sessuale. Ma ciò che lascia perplessi è che i successivi progressi della biologia, che hanno permesso di individuare le modalità di trasmissione dell'HIV e di comprendere che la diffusione del *virus* in questione non era circoscritta agli MSM, non hanno tuttavia comportato, in alcuni dei Paesi interessati, l'abrogazione del divieto di donare il sangue imposto nel frattempo agli MSM, confermando la strisciante dicotomia tra scienza e divulgazione scientifica.

Altri Paesi hanno ritenuto di apparire progressisti in materia sostituendo al divieto in parola un “periodo di sospensione” (*deferral period*) durante il quale agli MSM è richiesto di astenersi dall'attività sessuale: è questo il caso, tra gli altri, del Regno Unito, dove il *deferral*

period è stabilito in un anno (anche se nel Paese in questione gli orientamenti non sono univoci, tenuto conto del fatto che in Inghilterra, Scozia e Galles il divieto di donazione è stato abrogato e sostituito, fin dal 2011, dal *deferral period* di dodici mesi, mentre in Irlanda del Nord esso è, per il momento, ancora vigente: cfr, in tal senso, *High Court of Justice, Northern Ireland, Queen's Bench Division, JR65's Application [2013], NIQB 101*). Nella stessa direzione si indirizzano gli orientamenti normativi di Paesi extraeuropei, come l'Australia (dove il *deferral period* è addirittura di cinque anni) e gli Stati Uniti d'America, dove la *Food and Drug Administration* (FDA) ha proposto di sostituire il divieto di donazione, stabilito dalla normativa statunitense fin dal 1983, con un *deferral period* di dodici mesi (cfr. la *Draft Guidance* della FDA del dicembre 2014, ironicamente definita “*Celibacy Challenge*” da una campagna promossa dalle organizzazioni che promuovono i diritti di *Lesbian Gay Bisexual Transsexual Intersexual-LGBTI*).

In realtà, le normative fondate sul *deferral period* continuano a discriminare i potenziali donatori di sangue in base al mero orientamento – e non al comportamento – sessuale: basti pensare che un analogo periodo “di castità” (o, se si vuole, “precauzionale”) non è richiesto ai donatori eterosessuali. Inoltre, il criterio del *deferral period* contiene in sé un’ambiguità concettuale e pratica, tenuto conto della difficoltà di accertare, valutare e registrare l’effettiva astensione dall’attività sessuale nel periodo “di castità” imposto dalla normativa.

Queste ed altre criticità costituiscono peraltro lo sfondo di una più ampia problematica caratterizzata dalla difficoltà di individuare un denominatore comune in grado di permettere l’armonizzazione delle legislazioni degli Stati membri dell’Unione, come evidenziano i problemi interpretativi ed applicativi suscitati dalla citata direttiva della Commissione n. 2004/33/CE, del 22 marzo 2004, che applica la direttiva del Parlamento europeo e del Consiglio n. 2002/98/CE, del 27 gennaio 2003 relativa a taluni requisiti tecnici del sangue e degli emocomponenti.

2. Comportamento ed orientamento sessuale di fronte alla Corte di giustizia: la causa C-528/13, *Geoffrey Léger/Ministre des affaires sociales et de la santé e Établissement français du sang*

La problematica in esame ha formato oggetto della domanda pregiudiziale presentata dal *Tribunal administratif* di Strasburgo, che, l’8 ottobre 2013, ha sospeso il procedimento avviato da un cittadino francese contro il decreto del *Ministre de la santé et des sports*, del 12 gennaio 2009, che negava al ricorrente, in quanto omosessuale, la possibilità di donare il sangue (causa C-528/13, *Geoffrey Léger/Ministre des affaires sociales et de la santé e Établissement français du sang*).

Come già segnalato, la materia è disciplinata dalla direttiva della Commissione n. 2004/33/CE ed in particolare dall’allegato III, intitolato «criteri di idoneità dei donatori di sangue intero e di emocomponenti», che stabilisce i requisiti tecnici in materia di raccolta e di controllo del sangue. Ai fini delle donazioni allogeniche, l’allegato in questione distingue cause di esclusione permanente da cause di esclusione temporanea. Tra le cause di esclusione permanente, di cui al punto 2.1 dell’allegato III, figura il «comportamento sessuale», che la direttiva riferisce alle «persone il cui comportamento sessuale le espone ad alto rischio di contrarre gravi malattie infettive trasmissibili con il sangue». Tra le cause di esclusione temporanea, di cui al punto 2.2.2 dell’allegato III, figura, invece, la «esposizione a rischio di contrarre un’infezione trasmissibile per trasfusione», che concerne, secondo la direttiva, le «persone il cui comportamento o attività sessuale» sono considerati a rischio.

*I paragrafi 1 e 4 sono stati redatti da Luca Marini e i paragrafi 2 e 3 da Isabella Aprea

L'esclusione temporanea decorre dalla cessazione del comportamento a rischio «per un periodo determinato dalla malattia in questione e dalla disponibilità di adeguati esami di controllo» (cfr. ancora il punto 2.2.2 dell'allegato III).

Al riguardo, occorre anzitutto sottolineare che la formula utilizzata dalla direttiva n. 2004/33/CE per definire il comportamento determinante la causa di esclusione permanente, di cui al punto 2.1 dell'allegato III («comportamento sessuale»), rischia di sovrapporsi fino a confondersi con quella utilizzata per designare il comportamento che costituisce la causa di esclusione temporanea definita dal punto 2.2.2 dello stesso allegato («comportamento o attività sessuale»). La confusione è alimentata dalle diverse versioni linguistiche del testo della direttiva n. 2004/33/CE, che inevitabilmente influiscono sul contenuto delle disposizioni considerate e che finiscono per inficiare la chiara ed uniforme interpretazione delle suddette cause di esclusione. Infatti, la versione in lingua francese della direttiva n. 2004/33/CE definisce il «comportamento sessuale» di cui al punto 2.1 dell'allegato III, nei seguenti termini: *«sujets dont le comportement sexuel les expose au risque de contracter des maladies infectieuses graves transmissibles par le sang»*; e definisce il «comportamento o attività sessuale» di cui al punto 2.2.2 dell'allegato III, nei seguenti termini: *«individus dont le comportement sexuel ou l'activité professionnelle les expose au risque de contracter des maladies infectieuses graves transmissibles par le sang»*. È evidente che, nel testo in lingua francese, il “rischio”, cui fa riferimento sia il punto 2.1 che il punto 2.2.2 dell'allegato III, non viene qualificato in termini di gravità, contrariamente a quanto si riscontra nelle versioni in lingua inglese ed in lingua italiana. In particolare, nella versione inglese, il punto 2.1 dell'allegato III fa esplicito riferimento ad un rischio di livello elevato (*«persons whose sexual behaviour puts them at high risk of acquiring severe infectious diseases that can be transmitted by blood»*), mentre il punto 2.2.2 dello stesso allegato individua un semplice rischio (*«persons whose behaviour or activity places them at risk of acquiring infectious diseases that may be transmitted by blood»*).

Tenuto anche conto di queste divergenze, il *Tribunal administratif* ha sospeso il procedimento e ha chiesto alla Corte di giustizia se, ai sensi dell'allegato III della direttiva n. 2004/33/CE, la circostanza che un uomo abbia rapporti sessuali con un altro uomo configuri di per sé un comportamento sessuale che espone ad un elevato rischio di contrarre gravi malattie infettive trasmissibili con il sangue, tale da giustificare un'esclusione permanente dalla donazione di sangue, oppure se detta circostanza possa giustificare un'esclusione temporanea dalla donazione medesima.

Come opportunamente evidenziato dall'Avvocato generale nelle sue conclusioni, «è evidente che il legislatore non può aver inteso prevedere che un comportamento definito negli stessi termini potesse costituire l'oggetto di un'esclusione nel contempo permanente e temporanea» (cfr. il par. 25 delle conclusioni). Secondo l'Avvocato generale, inoltre, la distonia interpretativa, causata dalle diverse versioni linguistiche della direttiva n. 2004/33/CE, va risolta alla luce degli obiettivi che l'atto si prefigge. Come si evince dall'intestazione e dal preambolo, infatti, la direttiva n. 2004/33/CE si colloca in linea con le finalità perseguite dalla direttiva n. 2002/98/CE, che si sostanziano nella necessità di garantire un elevato livello di tutela della salute umana (cfr. i considerando n. 1 e 2 e gli artt. 4 e 6 della direttiva n. 2004/33/CE, nonché, in particolare, i considerando n. 2, 3, 4, 5 e 24 della direttiva n. 2002/98/CE). È chiaro, pertanto, che l'obiettivo principale della normativa europea in parola è quello di garantire *standard* di qualità e di sicurezza finalizzati alla prevenzione della trasmissione di malattie e che, di conseguenza, un rischio elevato dovrebbe comportare l'esclusione permanente dalla donazione di sangue, prevista al punto 2.1 dell'allegato III della direttiva n. 2004/33/CE, mentre un rischio di minore entità

*I paragrafi 1 e 4 sono stati redatti da Luca Marini e i paragrafi 2 e 3 da Isabella Aprea

dovrebbe determinare l'esclusione temporanea, di cui al punto 2.2.2 del medesimo allegato (cfr. par. 29 delle conclusioni).

Chiarita la linea di demarcazione che separa e distingue l'esclusione permanente da quella temporanea, occorre comprendere correttamente il significato dell'espressione «comportamento sessuale» di cui al punto 2.1 dell'allegato III della direttiva n. 2004/33/CE, tenuto conto del fatto che detto comportamento, esponendo la persona considerata ad un rischio elevato di infezione, ne determina l'esclusione permanente dalle donazioni di sangue. In proposito è significativo riportare alcuni passaggi delle conclusioni dell'Avvocato generale, il quale, prendendo le mosse dal significato letterale dell'espressione considerata, afferma come «il comportamento definisce la maniera in cui un individuo si comporta, il suo modo di agire; si tratta di tutte le sue reazioni, vale a dire della sua condotta. La nozione di comportamento induce, a priori, una valutazione soggettiva e il comportamento sessuale sarebbe dunque definito dalle abitudini e dalle pratiche sessuali del singolo interessato, vale a dire dalle condizioni concrete in cui il rapporto sessuale o i rapporti sessuali in parola sono stati consumati» (cfr. il par. 32 delle conclusioni). Diversamente da quanto rilevato dall'Avvocato generale, il divieto imposto dal decreto ministeriale francese agli MSM sembra essere formulato per colpire un determinato orientamento sessuale, piuttosto che un concreto comportamento sessuale. Esso, infatti, è stato elaborato in maniera eccessivamente ampia e generica, sulla base di «una sorta di presunzione assoluta, secondo cui una relazione MSM espone necessariamente e sistematicamente ad un rischio elevato di infezione» (cfr. par. 34 delle conclusioni). Di converso, «la nozione di “comportamento sessuale” impiegata dal legislatore dell'Unione richiede l'identificazione di una condotta e di un'attitudine precise atte ad esporre il candidato alla donazione ad un rischio elevato di infezione» (cfr. par. 35 delle conclusioni).

Alla luce di queste considerazioni, l'Avvocato generale ha rilevato che il divieto sancito dalla normativa nazionale francese rischia di introdurre una discriminazione indiretta, fondata sul sesso (in quanto colpisce solo le persone di sesso maschile) e sull'orientamento sessuale (perché diretta esclusivamente ad omosessuali e bisessuali). Inoltre, l'Avvocato generale ha rilevato che, sebbene il fondamento normativo della direttiva n. 2002/98/CE (di cui la direttiva n. 2004/33/CE ha fissato i requisiti tecnici) sia costituito dall'art. 152, par. 4, lett. a), del TCE (oggi art. 168 del TFUE), secondo cui gli Stati membri possono mantenere o introdurre misure restrittive più rigorose di quelle sancite dalla direttiva stessa (cfr. il considerando n. 22, della direttiva n. 2002/98/CE), la discrezionalità riconosciuta agli Stati nella materia *de qua* incontra comunque un limite nel rispetto del diritto primario dell'Unione e, segnatamente, nel rispetto dei diritti e delle libertà fondamentali (si noti, *ad abundantiam*, che il limite in parola è richiamato anche dall'art. 4, comma 2, della direttiva n. 2002/98/CE, laddove, nello stabilire che «la presente direttiva non impedisce ad alcuno Stato membro di mantenere in vigore o introdurre nel proprio territorio misure di protezione più rigorose», esso prescrive che le misure nazionali di protezione siano conformi al Trattato).

Infine, l'Avvocato generale ha palesato i propri dubbi sulla coerenza della normativa nazionale francese che, da una parte, esclude permanentemente gli MSM dalle donazioni di sangue e che, dall'altra, omette di individuare organiche e coerenti controindicazioni riferite ad altre situazioni che potrebbero esporre il potenziale donatore a rischi specifici (il riferimento è alla *partner* di un MSM, situazione per cui non è prevista alcuna controindicazione, nonché al donatore eterosessuale che sia solito avere rapporti a rischio, situazione per cui è invece prevista una controindicazione temporanea).

*I paragrafi 1 e 4 sono stati redatti da Luca Marini e i paragrafi 2 e 3 da Isabella Aprea

3. La sentenza della Corte di giustizia del 29 aprile 2015 nel caso *Léger*

La sentenza della Corte di giustizia fa proprie le conclusioni dell'Avvocato generale per quanto riguarda la distonia interpretativa causata dalle diverse versioni linguistiche della direttiva n. 2004/33/CE. La Corte, infatti, ha ricordato che «in caso di divergenza tra le varie versioni linguistiche di un testo del diritto dell'Unione, la disposizione di cui trattasi deve essere interpretata in funzione dell'economia generale e della finalità della normativa di cui fa parte» (cfr. par. 35 della sentenza). Nel caso di specie, le finalità della direttiva «portano ad accogliere l'interpretazione secondo cui l'esclusione permanente dalla donazione di sangue prevista al punto 2.1 dell'allegato III della direttiva in esame riguarda le persone il cui comportamento sessuale le espone ad un "alto rischio" di contrarre gravi malattie infettive trasmissibili col sangue, mentre l'esclusione temporanea dalla donazione di sangue si riferisce ad un rischio di livello minore».

Diversamente, la sentenza della Corte di giustizia del 29 aprile 2015 si allontana dalle conclusioni dell'Avvocato generale per quanto concerne la valutazione della compatibilità tra la normativa francese e la direttiva europea. La Corte afferma, infatti, che il punto 2.1 dell'allegato III della direttiva n. 2004/33/CE può ricomprendere anche l'ipotesi in cui «uno Stato membro, considerata la situazione in esso esistente, preveda una controindicazione permanente alla donazione di sangue per gli uomini che hanno avuto rapporti sessuali con una persona dello stesso sesso, laddove sia dimostrato, sulla base delle conoscenze e dei dati medici, scientifici ed epidemiologici attuali, che un simile comportamento sessuale espone dette persone ad un alto rischio di contrarre gravi malattie infettive trasmissibili col sangue e che, nel rispetto del principio di proporzionalità, non esistono tecniche efficaci di individuazione di queste malattie infettive o, in difetto di tali tecniche, metodi meno restrittivi rispetto ad una siffatta controindicazione per garantire un livello elevato di protezione della salute dei riceventi. Spetta al giudice nazionale verificare se, nello Stato membro di cui trattasi, tali condizioni siano rispettate» (cfr. il dispositivo della sentenza).

Più nello specifico, la Corte di giustizia ha puntualizzato che il punto 2.1 dell'allegato III della direttiva 2004/33 «non definisce con precisione le persone o le categorie di persone interessate da tale esclusione, circostanza che lascia un margine di discrezionalità in capo agli Stati membri nell'applicazione di detta disposizione» (cfr. il par. 39 della sentenza). Spetta, quindi, allo Stato membro dimostrare che l'esclusione permanente, prescritta dal decreto ministeriale francese per gli MSM, risponda al requisito della sussistenza dell'«alto rischio» di cui al punto 2.1 dell'allegato III della direttiva e rispetti, al contempo, i diritti fondamentali sanciti dall'ordinamento dell'Unione. In questa prospettiva, secondo la Corte, assume rilevanza la situazione epidemiologica della Francia che, come affermato dal Governo francese sulla base dei dati forniti dall'*Institut de veille sanitaire français*, presenta un carattere specifico, tenuto conto del fatto che la maggior parte dei contagi da HIV negli ultimi anni sarebbe stata causata da rapporti sessuali e che gli MSM rappresenterebbero la porzione di popolazione più colpita (nell'ordine del 48%). La Corte ritiene, pertanto, che è compito del giudice del rinvio verificare la veridicità di tali dati e, di conseguenza, la loro rilevanza.

Quanto al rispetto dei diritti fondamentali sanciti dall'ordinamento dell'Unione, la Corte di giustizia ha sottolineato che il decreto ministeriale francese implica *prima facie* una discriminazione fondata sull'orientamento sessuale, in violazione dell'art. 21, par. 1, della

*I paragrafi 1 e 4 sono stati redatti da Luca Marini e i paragrafi 2 e 3 da Isabella Aprea

Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea (di seguito Carta UE), che vieta qualsiasi forma di discriminazione fondata sull'orientamento sessuale. Detto articolo, infatti, «è un'espressione particolare del principio di parità di trattamento, che costituisce un principio generale del diritto dell'Unione, sancito dall'articolo 20 della Carta» (cfr. par. 48 della sentenza). A parere della Corte, tuttavia, la normativa francese non mette in discussione il suddetto principio di non discriminazione in sé considerato, atteso che essa verte esclusivamente sulla necessità di tutelare la salute dei riceventi il sangue donato e che essa è finalizzata, pertanto, al perseguimento di un interesse generale (cfr. par. 54 della sentenza). Anche in questo caso, secondo la Corte, ricade sul giudice del rinvio l'onere – non indifferente – di attestare che il principio di proporzionalità di cui all'art. 52, par. 1, della Carta UE non risulti violato e che misure meno restrittive rispetto alla controindicazione permanente non permetterebbero di garantire elevati livelli di protezione dei riceventi il sangue donato, fermo restando che i *test* sierologici cui si fa riferimento «devono essere praticati secondo le procedure scientifiche e tecniche più recenti, conformemente al considerando 29 della direttiva 2002/98/CE» (cfr. par. 68 della sentenza). In caso contrario, la limitazione prescritta dalla normativa francese risulterebbe effettivamente lesiva del principio di proporzionalità ex art. 52, par. 1, della Carta UE.

4. Conclusioni

La sentenza del 29 aprile 2015 evidenzia il diverso orientamento seguito dall'Avvocato generale e dalla Corte di giustizia. Per il primo, infatti, il decreto ministeriale francese rischia di mantenere, nonostante la presenza della normativa di armonizzazione europea, una discriminazione fondata sul sesso e sull'orientamento sessuale, mentre per la Corte la disciplina posta dal decreto in parola può comunque giustificarsi alla luce della situazione particolare dello Stato considerato. Se appare comprensibile che la sentenza della Corte si preoccupi precipuamente di salvaguardare, al di là delle evidenze scientifiche, l'esigenza di assicurare *standard* elevati di qualità e di sicurezza in materia di raccolta, conservazione e distribuzione del sangue donato, è anche – e purtroppo – vero che essa, evitando, più o meno intenzionalmente, di approfondire la distinzione tra comportamento sessuale ed orientamento sessuale, si è sottratta al compito di fornire un contributo utile a garantire la necessaria interpretazione ed applicazione uniforme della normativa europea in una materia “politicamente” sensibile (e variamente sofferta o tollerata o giudicata nei diversi Stati). Sotto quest'ultimo profilo, peraltro, la sentenza della Corte rischia di sottovalutare (se non di sovvertire) gli orientamenti espressi dalla Risoluzione del Parlamento europeo del 4 febbraio 2014 sulla tabella di marcia dell'UE contro l'omofobia e la discriminazione legata all'orientamento sessuale e all'identità di genere.

Anche il riferimento operato dalla Corte di giustizia alle statistiche concernenti la situazione epidemiologica francese, al fine di valutare il fondamento scientifico del divieto di donazione del sangue, non è esente da critiche, perché non mette in luce i rischi collegati e conseguenti alla scelta di fondare opzioni normative “sensibili” su dati quantitativi aggregati, caratterizzati da fisiologici margini di errore. Come già avvenuto per altre tematiche di rilevanza bioetica, la sbrigativa utilizzazione o, addirittura, la strumentalizzazione di dati scientifici divergenti o controversi è suscettibile di alimentare pseudo-dibattiti (bio)politici, sterili o autoreferenziali, e di celare, agli occhi dell'opinione pubblica, la reale natura scientifica dei problemi o, peggio ancora, la rilevanza degli interessi economici in gioco. A riprova di ciò, basti ricordare la *querelle* sul cosiddetto statuto

*I paragrafi 1 e 4 sono stati redatti da Luca Marini e i paragrafi 2 e 3 da Isabella Aprea

dell'embrione, che, specialmente in Italia, ha segnato, e segna ancora oggi, la linea di demarcazione che separa la “bioetica laica” dalla “bioetica cattolica”, lasciando del tutto ignota all'opinione pubblica la disponibilità di dati scientifici fondati, la dimensione (bio)economica delle sperimentazioni sulle cellule staminali embrionali e la funzione di mediazione propria al (bio)diritto.

LUCA MARINI
ISABELLA APREA

*I paragrafi 1 e 4 sono stati redatti da Luca Marini e i paragrafi 2 e 3 da Isabella Aprea