



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 ottobre 2015

N. 4/2015

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



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. 4/2015, 15 OTTOBRE 2015

ARTICOLI

EMMANUEL DECAUX, *L'intégration européenne et les Nations unies*, pp. 589-598.

JUAN MANUEL DE FARAMINÁN GILBERT, *L'idea dell'Europa sviluppata da Coudenhove-Kalergi ed i suoi aspetti attuali*, pp. 599-606.

NICOLA COLACINO, *From just war to permanent self-defence: the use of drones in counterterrorism and its questionable consistency with International Law standards*, pp. 607-629.

LUIGINO MANCA, *Il relatore speciale delle Nazioni Unite sul diritto all'alimentazione*, pp. 630-649.

LOREDANA MURA, *Il ritardo italiano nell'adattamento alla sentenza della Corte EDU n. 77/07 sulla trasmissione del cognome materno*, pp. 650-682.

OSSERVATORI

Consiglio di sicurezza (a cura di RAFFAELE CADIN).

1. RAFFAELE CADIN, *Considerazioni generali: la deriva vintage del Consiglio di sicurezza tra provocazioni occidentali e veti russi*, pp. 683-687.
2. LUIGI ZUCCARI, *La crisi in Libia: il Consiglio di sicurezza "temporeggia" nella chimera di una soluzione politico-diplomatica*, pp. 688-695.
3. RAFFAELE CADIN, *La risoluzione 2240 (2015) sul traffico dei migranti nel Mediterraneo: il Consiglio di sicurezza autorizza l'uso ... misurato della forza*, pp. 696-700.

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

1. CRISTIANA CARLETTI, *Per un approfondimento sul dibattito tematico e geografico del Consiglio dei Diritti Umani tra 29^a e 30^a Sessione*, pp. 701-707.

L'Union Africaine (a cura di RAFAA BEN ACHUR).

1. HAJER GUELDICH, *Introduction*, pp. 708.
2. HAJER GUELDICH, *Les récentes attaques terroristes en Tunisie, en Libye et au Kenya: des crimes contre l'humanité au regard du droit international*, pp. 709-711.
3. HAJER GUELDICH, *Protocole portant amendements au Protocole sur le statut de la Cour africaine de justice et des droits de l'homme (Protocole de Malabo)*, pp. 712-715.

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

1. MICHELE DE SALVIA, *Arrêt du 27 janvier 2015, Rohlena c. République Tchéque*, pp. 715-719.
2. SALVO NICOLosi, *A.S. v. Switzerland: the Strasbourg Court's missed opportunity to explain different degrees of vulnerability in asylum cases*, pp. 720-724.

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

1. ANNA PITRONE, *La teoria del margine di apprezzamento nella giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo in tema di riconoscimento delle coppie omosessuali*, pp. 725-735.
2. MARIADOMENICA ALAGNA, *La decisione sul caso Oliari: l'Italia viola l'articolo 8 della CEDU per la mancata predisposizione di una disciplina generale sulle unioni omosessuali*, pp. 736-740.
3. FRANCESCA PERRINI, *Gravi violazioni dei diritti fondamentali dei migranti nel caso Khlaifia e a. c. Italia*, pp. 741-743.

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

1. MICHELE MESSINA, *La Corte di giustizia si pronuncia sulla revoca del permesso di soggiorno nei confronti di un rifugiato a causa della sua partecipazione alle attività di un'organizzazione terroristica figurante nell'elenco predisposto dall'UE*, pp. 744-749.



EMMANUEL DECAUX*

L'INTÉGRATION EUROPÉENNE ET LES NATIONS UNIES**

SOMMAIRE: 1. Evolution de la place de l'Europe ou des Europes dans le système mondial. – 2. La reconnaissance par les Nations Unies du statut propre à l'Union européenne. – 3. Le rôle spécifique joué par l'Union européenne au sein des Nations Unies.

La problématique des relations entre «l'Europe» ou les «Europes» et l'ONU se posait en des termes très différents, il y a 60 ans, au moment de la Conférence de Messine, si même elle se posait. Cet anachronisme nous fait encore mieux mesurer tout le chemin parcouru.

1. *Evolution de la place de l'Europe ou des Europes dans le système mondial*

1. 1. D'abord l'Europe politique n'existait pas à proprement parler, après l'échec de la CED et du «plan Pleven», nous étions encore dans le cadre de la «petite Europe» de la CECA, née de l'appel lancé par Robert Schuman en 1950. S'il y a une organisation européenne qui avait une vocation politique à l'époque c'est le Conseil de l'Europe, même si son Statut exclut toute compétence en matière de défense. L'époque est en effet marquée par un fort tropisme nord-atlantique, avec le rôle structurant de l'OTAN et de l'OECE.

Mais il ne faut pas oublier la matrice commune que constitue le traité de Bruxelles signé le 17 mars 1948, à 5 avec le Benelux, dans le prolongement du traité de Dunkerque du 4 mars 1947 entre la France et le Royaume-Uni. Le traité de Bruxelles consacrait en effet dans son préambule, selon des termes souvent repris dans les traités ultérieurs, la volonté de préserver un «héritage commun» de démocratie, de liberté individuelle et de liberté politique et de favoriser la coopération dans les domaines économique, social et

* Professeur à l'Université Panthéon-Assas Paris II, Directeur de l'Ecole doctorale de droit international, droit européen, relations internationales et droit comparé.

** Contribution au Colloque de Messine (6-7 juin 2015) pour le 60^{ème} anniversaire de la Conférence de Messine – 1-2 juin 1955.

culturel qui font l'objet des 3 premiers articles. L'article IV du traité quant à lui, consacrait la solidarité des Etats face à toute agression dans le cadre de la légitime défense collective, conformément à l'article 51 de la Charte des Nations Unies qui était visé expressément.

La crise de Suez marquera en 1956 un moment de vérité pour le Royaume-Uni et la France, traduisant leur déclin de puissances coloniales. Si le Royaume-Uni se résigne à devenir le «meilleur allié» des Etats-Unis, la France se lance dans un programme nucléaire qui permettra au général de Gaulle de prendre ses distances avec l'OTAN, sinon avec l'Alliance atlantique, en 1965. Il faut rappeler ces enjeux historiques d'une Europe de la défense, pour comprendre tout à la fois les enjeux de la conférence de Messine et les contradictions qui pèsent encore aujourd'hui sur la Politique de sécurité et de défense commune.

1.2. D'autre part, les relations entre les 6 Etats européens et l'ONU étaient très différentes: la France et les 3 Etats du Benelux étaient des membres fondateurs de l'ONU, l'Italie devra patienter jusqu'en 1955 pour être admise avec le «package deal» né d'un premier dégel est-ouest, tandis que l'Allemagne divisée devra attendre 1973 pour voir l'admission simultanée de la RFA et de la RDA. C'est d'ailleurs ce faux parallélisme de la coexistence pacifique qui bloque toute prise en compte des Communautés européennes dans le cadre de l'ONU, l'URSS voulant imposer la reconnaissance réciproque du Comecon. Faute de quoi la propagande communiste dénoncera longtemps «l'Europe des trusts et des revanchards allemands». Il est significatif que, dès l'admission des deux Allemagnes, la Communauté économique européenne reçoive le statut d'observateur, en vertu de la résolution 3208 (XXIX) du 11 octobre 1974, en même temps que le Comecon.

De son côté, le Conseil de l'Europe a fait quelques timides tentatives pour coopérer avec les Nations Unies, à la faveur de la détente. Un accord administratif entre les secrétariats existait depuis 1951, mais il faudra attendre la coexistence pacifique pour lui donner une dimension plus personnelle. Le Secrétaire général U Thant a été reçu par le Conseil de l'Europe en 1966 et la résolution 1159 (XLI) de l'ECOSOC a invité le Conseil de l'Europe aux sessions de la Commission des droits de l'homme, puis à celles de l'ECOSOC lui-même¹. Mais le Conseil de l'Europe n'avait pas à l'époque le statut d'observateur à l'Assemblée générale, contrairement aux trois autres organisations régionales, l'OEA, la Ligue arabe et l'OUA. Ce n'est qu'avec la résolution 44/6 du 17 octobre 1989 que le Conseil de l'Europe bénéficiera à son tour du statut d'observateur.

Le triple constat que faisait Paul Reuter en 1965, dans un développement sur «Les Nations Unies et l'Europe» restait valable: «l'absence de réalité politique de l'Europe» entendue au sens large, due aux divisions entre Etats européens eux-mêmes, et à défaut la reconnaissance d'une certaine réalité géographique et administrative» et d'un poids technique et financier, enfin le fait que «les Nations Unies ont été d'un secours limité pour la solution des problèmes européens», en dehors du cas de Chypre². Autrement dit, l'Europe aussi bien comme continent divisé que comme organisation limitée n'était ni un sujet, ni un objet pour les Nations Unies, malgré l'héritage de la SdN ou en raison même de l'échec de cette dernière.

1.3. Mais la représentation propre de la «petite Europe» au sein du Conseil de l'Europe n'était pas plus facile, avec les querelles entre l'approche communautaire et

¹ A. H. ROBERTSON, *European Institutions*, 3^e ed, Stevens and sons, 1973, p.66.

² P. REUTER, *Organisations européennes*, PUF, coll.Thémis, 1965, p.9.

l'approche intergouvernementale, les controverses sur la place publique entre les représentants de la Commission et ceux de la présidence semestrielle. C'est sans doute dans les domaines où les compétences communautaires sont les plus affirmées, le commerce, le développement, puis le droit de la mer, que les communautés apparaissent comme un acteur technique des négociations internationales, y compris dans le cadre onusien, avec la Convention de Montego Bay de 1982.

Sur le terrain politique, c'est le tournant des années quatre-vingt-dix qui est décisif pour voir la consécration de l'Europe comme un acteur à part entière. La CSCE a été le témoin de cette mutation rapide, avec des initiatives prises par l'ensemble des Etats membres de l'Union européenne dans l'ordre alphabétique, puis par l'Etat assurant la présidence suivi de l'ensemble des Etats membres énumérés, enfin par l'Etat assurant la présidence au nom de l'ensemble des Etats membres. Ceci n'a pas été toujours évident pour les Etats tiers, les Etats-Unis rappelant que la CSCE était une négociation «d'Etat à Etat»³.

Autrement dit, il faudrait examiner de manière diachronique les «poupées russes» que constituent les trois niveaux de l'architecture européenne – Union européenne, Conseil de l'Europe, OSCE – pour vraiment aborder le sujet, c'est une gageure et je me limiterai à l'Union européenne, telle qu'elle est devenue aujourd'hui, en rendant hommage aux six Etats pionniers de la Conférence de Messine.

De la même manière l'ONU, c'est beaucoup plus que l'ONU, et il faudrait parler de la «famille des institutions des Nations Unies», en prenant en compte l'OIT, l'UNESCO, la FAO, voire l'OMC et les organisations financières internationales. Dans chaque organisation spécialisée, l'interaction avec l'Union européenne varie en fonction du domaine technique considéré, des enjeux politiques et des rapports de force, voire de la culture de l'organisation. Il n'est pas sûr non plus que la «solidarité européenne» soit toujours au rendez-vous en termes de candidatures ou de partage des postes de responsabilité.

Mais, même replacées dans le cadre beaucoup plus formel des Nations Unies, les choses ont été particulièrement complexes, tant pour des raisons internes à l'Union européenne que pour des raisons externes. Sans faire l'archéologie des traités européens, il faut rappeler les bases de compétence en vigueur à la suite du traité de Lisbonne, avec notamment l'article 34 du TUE et l'article 220 du TFUE.

Selon l'article 34 §.1 du chapitre 2 sur la PESC du TUE: *«Les Etats membres coordonnent leur action au sein des organisations internationales et lors des conférences internationales. Ils défendent dans ces enceintes les positions de l'Union. Le haut représentant de l'Union pour les affaires étrangères et la politique de sécurité assure l'organisation de cette coordination»*. Et l'article 37 précise que *«L'Union peut conclure des accords avec un ou plusieurs Etats ou organisations internationales dans les domaines relevant du présent chapitre»*.

On retrouve dans le TFUE un titre V sur les «accords internationaux» qui couvre ces deux catégories de traités. Le titre suivant, le titre VI, beaucoup plus bref, porte sur les «relations de l'Union avec les organisations internationales et les pays tiers», autour de l'article 220 dont il faut citer le §.1: *«L'Union établit toute coopération utile avec les organes des Nations Unies et de leurs institutions spécialisées, le Conseil de l'Europe, l'OSCE et l'OCDE. L'Union assure, en outre, les liaisons opportunes avec d'autres organisations internationales»*. Le haut représentant et la Commission sont «chargés de la mise en œuvre du présent article» (§.2).

³ E. DECAUX, *La Conférence sur la sécurité et la coopération en Europe*, PUF, collection Que sais-je ? 1990.

L'article 221 précise le rôle des délégations de l'Union qui assurent, «sous l'autorité du haut représentant», la «représentation de l'Union» auprès des OI et des Etats tiers (§.1). «Elles agissent en étroite coopération avec les missions diplomatiques» des Etats membres (§.2).

Plus que la machinerie complexe du droit européen, qui juxtapose «coopération», «coordination», solidarité et «confiance mutuelle», c'est son impact sur le système onusien – à peine moins complexe, du moins à mes yeux de simple internationaliste – qu'il convient de tenter d'analyser. Pour ce faire, il faudrait sans doute distinguer deux temps ou deux volets dans l'analyse, même si l'existence peut précéder l'essence: la consécration d'un statut juridique propre à l'Union européenne et le rôle politique spécifique joué par l'Union européenne. Mais devant les défis politiques énormes que l'Europe doit aujourd'hui affronter, dans une improvisation sans précédent, c'est encore le terrain institutionnel qui reste le plus solide.

2. La reconnaissance par les Nations Unies du statut propre à l'Union européenne

2.1. L'Union ne pouvait se contenter du statut d'observateur – qui n'est pas d'ailleurs expressément prévu par la Charte des Nations Unies – la mettant sur le même plan que les autres organisations intergouvernementales. Ce statut de droit commun semblait «assez réducteur pour elle, bien qu'elle puisse s'exprimer assez librement, notamment dans les organes subsidiaires» comme le soulignaient encore récemment des auteurs avisés, en faisant la comparaison avec la Ligue arabe⁴. De fait, une cinquantaine d'organisations intergouvernementales ont reçu le statut d'observateur, sans beaucoup de sélectivité ni même d'effectivité⁵. Il suffit de regarder les pancartes alignées devant des sièges vides lors des diverses réunions... En pratique, certaines observateurs sont très discrets, comme le Conseil de l'Europe et la CEI, d'autres beaucoup plus actifs, comme l'OCI.

Depuis l'entrée en vigueur du traité de Lisbonne, c'est la délégation de l'Union européenne qui assure le *leadership* au lieu de l'Etat membre chargé de la présidence du Conseil. Ce changement institutionnel a servi de point de départ à une relance des initiatives européennes. Pour aller plus loin, il fallait voir consacrer un statut propre de l'Union par les principaux organes politiques des Nations Unies, l'Assemblée générale, d'une part, le Conseil de sécurité d'autre part.

2.2. C'est de haute lutte que l'Union européenne a dû se faire une place à part au sein de l'Assemblée générale, au lendemain de l'entrée en vigueur du traité de Lisbonne, le 1^{er} décembre 2009.

Sa première tentative avait été infructueuse, la 64^e session de l'AG, présidée par M. Ali Treki (Libye), s'achevant sans qu'une décision puisse être prise sur le projet de résolution A/64/L.67 qui avait été déposé le 31 août 2010. Un débat organisé à la veille de la clôture de la session s'était achevé par l'adoption d'une motion d'ajournement présenté par Surinam au nom du CARICOM, adoptée le 14 septembre 2010, par 76 voix contre 71, avec 26 abstentions⁶. Alors que le représentant de la Belgique, au nom de l'Union européenne, avait insisté sur l'aspect pratique du projet, en permettant aux nouveaux

⁴ C. BLUMANN, L. DUBOIS, *Droit institutionnel de l'Union européenne*, LexisNexis, 5^e ed, 2013.

⁵ J. P. COT, A. PELLET, M. FORTEAU, *La Charte des Nations Unies*, 3^e ed, Economica, 2005, vol. I, p.634.

⁶ A/64/PV.122 du 14 septembre 2010. Cf. la chronique de P. TAVERNIER, *Ann. fr. droit int.*, 2010, p. 342.

interlocuteurs permanents qui représentaient l'Union en vertu du nouveau «contexte institutionnel», le Haut-représentant et la délégation de l'UE auprès des Nations Unies, d'intervenir efficacement dans les travaux de l'Assemblée générale, nombre de petits Etats du Tiers Monde, notamment en Afrique et en Océanie, avaient une lecture plus politique, en craignant de donner des privilèges à l'Union européenne, allant à l'encontre du caractère intergouvernemental de l'ONU. Derrière cet argument juridique, Ils craignaient surtout que les membres de l'Union ne dispose d'une voix supplémentaire!

La 65^e session, présidée par M. Joseph Deiss (Suisse) – qui avait à son cabinet un conseiller juridique italien, le Pr Giuseppe Nesi – fut plus favorable à la cause européenne, même si la date tardive de vote du projet de résolution A/65/L.64/Rev.1 présenté par la Hongrie et les 26 autres Etats membres qui n'est intervenu que le 3 mai 2011, montre tout le chemin qu'il a fallu parcourir pour convaincre les derniers récalcitrants. Le vote de la résolution 65/276 sur la *Participation de l'Union européenne aux travaux de l'Union européenne*, a été acquis par 180 voix, contre zéro, avec seulement 2 abstentions, venant de la Syrie et du Zimbabwe. Pour autant, ce vote en apparence triomphal avait été précédé d'un dernier baroud d'honneur avec un amendement du Zimbabwe à l'occasion duquel les plus récalcitrants ont pu se manifester. Cet amendement visant à limiter le droit de réponse de l'UE, a été rejeté par 142 voix contre 6 – Cuba, l'Iran, le Nicaragua, la Syrie, le Venezuela et le Zimbabwe – avec 20 abstentions – dont l'Afrique du Sud, le Belarus, l'Equateur, le Kenya, l'Ouganda et la Zambie, les Philippines, etc.

Il serait sans doute fastidieux de comparer en détail les trois variantes successives du projet de résolution. Ainsi, la nouvelle résolution rappelle sobrement la résolution 3208 (XXIX) du 11 octobre 1974 octroyant le statut d'observateur à la Communauté économique européenne, là où le projet initial rappelait de manière emphatique mais approximative «les relations établies de longue date entre l'Union européenne et l'Organisations des Nations Unies».

«Reconnaissant qu'il appartient à chaque organisation régionale de définir les modalités de sa représentation extérieure», l'Assemblée générale note dans un avant-dernier considérant «que les Etats membres de l'Union européenne ont délégué les fonctions de représentation extérieure de l'Union européenne, qui étaient auparavant confiées aux représentants de l'Etat membre exerçant la présidence tournante du Conseil de l'Union européenne, aux représentants institutionnels ci-après: le Président du Conseil européen, le Haut-Représentant de l'Union européenne pour les affaires étrangères et la politique de sécurité, la Commission européenne et les délégations de l'Union européenne, qui agissent au nom de l'Union européenne dans l'exercice des compétences dévolues par les Etats membres». Passant sans transition de la précision impitoyable du jargon européen au flou artistique du jargon onusien, l'Assemblée dit avoir «à l'esprit les modalités de participation des Etats et entités ayant le statut d'observateur, et d'autres observateurs, aux travaux de l'Organisation des Nations Unies, telles qu'énoncées dans les résolutions pertinentes». Cette formule énigmatique est l'ultime ajout dans le projet révisé.

Après avoir réaffirmé, dans le dispositif lui-même, «qu'elle est un organe intergouvernemental dont la composition est limitée aux Etats qui sont Membres de l'Organisation des Nations Unies» (§.1), elle renvoie à une annexe les modalités de participation des représentants de l'Union européenne, «en qualité d'observatrice (sic)» (§.2) en réservant la même possibilité pour toute autre organisation régionale qui aurait pris des arrangements identiques (§.3).

Au-delà des aspects pratiques de la résolution qui permet à l'Union de participer aux travaux et aux débats, mais sans droit de vote ni droit de présenter des candidats, ce sont les explications de vote qui sont les plus symptomatiques, traduisant la crainte des «petits Etats» de se voir marginalisés. D'un côté des Etats insulaires comme les Bahamas, au nom du CARICOM, ou Nauru se sont inquiétés de la «nature sans précédent» de la résolution, mais d'autres Etats, comme le Nigeria, au nom du groupe africain ou le Soudan, au nom des Etats arabes, ont souligné la voie ouverte à d'autres organisations régionales. Au contraire l'Argentine a souligné que les prérogatives accordées aujourd'hui à l'Union européenne ne constituaient pas un précédent pour d'autres organisations.

Face à ces contradictions, il ne restait plus à la baronne Ashton, la Haut-Représentante de l'Union européenne, présente lors des débats qu'à remercier les délégations «pour les efforts extraordinaires qu'elles ont déployés pour élaborer le projet de résolution le plus consensuel possible». Paradoxalement les choses semblent avoir été beaucoup plus faciles pour avoir accès au club très privé que reste le Conseil de sécurité.

2.3. Dans la foulée de sa reconnaissance par l'Assemblée générale, l'Union européenne a été représentée au plus haut niveau lors de débats importants du Conseil de sécurité. Les grandes puissances ont fait preuve de réalisme, en prenant acte de la contribution diplomatique de la Haute représentante à des dossiers chauds, comme celui de l'Iran, ou à la participation de l'UE en tant que telle à des opérations de maintien de la paix, comme en RDC. Mais cette reconnaissance semble faire partie d'un mouvement plus général⁷.

Dès le 13 janvier 2010, à l'initiative de la Chine, une Déclaration du Président du Conseil de sécurité est adoptée pour saluer la retraite organisée par le Secrétaire général et les responsables d'organisations régionales ou sous-régionales. Des «briefings» réguliers sont organisés avec les organisations concernées, comme ceux auxquelles participent la haute représentante le 4 mai 2010 et le 8 février 2011.

La question préalable de principe que posait la différence de statut entre les Etats membres de l'Union européenne, notamment le rôle des deux membres permanents du Conseil de sécurité, avait été évoquée dans le TUE, à l'article 34 §2 qui précisait en reprenant des formulations déjà agréées que «les Etats membres qui sont aussi membres du Conseil de sécurité des Nations Unies se concerteront et tiendront les autres Etats membres ainsi que le haut représentant pleinement informés. Les Etats membres qui sont membres du Conseil de sécurité défendront, dans l'exercice de leurs fonctions, les positions et intérêts de l'Union, sans préjudice des responsabilités qui leur incombent en vertu des dispositions de la Charte des Nations Unies». La formule reste prudente, mais les divisions entre le Royaume-Uni et la France face à l'attentisme américain sur la crise syrienne montrent assez l'importance de l'enjeu. Il en va de même de l'éclipse britannique dans le dossier ukrainien malgré le «format Normandie» piloté par le tandem franco-allemand, sans parler d'une posture pro-russe chez certains Etats membres, comme la Hongrie et la Grèce, là où les Etats baltes et les anciens membres du bloc de Varsovie sont en première ligne.

A fortiori la possibilité pour l'Union européenne de parler d'une seule voix – au risque de n'avoir plus qu'une seule voix – au Conseil de sécurité, impliquerait une convergence diplomatique-militaire beaucoup plus forte. Avec leurs tropismes entre l'espace méditerranéen et le partenariat oriental, leurs clivages entre priorité sécuritaire et tradition

⁷ Cf. Le Répertoire du Conseil de sécurité.

neutraliste, les négociations internes à 28 ne feraient que paralyser un processus de décision collective à deux niveaux, en fragilisant par contrecoup le pouvoir d'initiative, la force de réaction rapide et l'efficacité du Conseil de sécurité lui-même. Faute d'une improbable réforme du Conseil de sécurité, en dehors des tentatives françaises récentes pour limiter le droit de veto, c'est le *status quo* qui semble devoir primer. À défaut d'être un acteur politique global, l'Union européenne est de plus en plus présente sur nombre de dossiers sensibles. Cette solution empirique sera sans doute facilitée dans un premier temps par l'attribution du poste de haut représentant à une politicienne britannique, Catherine Ashton, tandis que le secrétaire général était assuré par un diplomate chevronné, Pierre Vimont, ancien représentant permanent de la France à Bruxelles. Son successeur, lui aussi français, Alain Le Roy, sera un ancien SGA chargé des opérations de maintien de la paix.

On retrouve la participation de la Haute représentante aux travaux du Conseil de sécurité le 13 février 2013 et surtout le 14 février 2014, à l'occasion de l'examen d'un point de l'ordre du jour devenu classique qui est intitulé «Coopération entre l'ONU et les organisations régionales et sous-régionales aux fins du maintien de la paix et de la sécurité internationales» mais qui cette fois est centré exclusivement sur l'Union européenne.

Pour la première fois, le 14 février 2014, dans une Déclaration du président (PRST/2014/4), en l'occurrence la Lituanie, après un débat avec la participation du Secrétaire général, le Conseil salue publiquement «l'importante contribution de l'Union européenne au maintien de la paix et de sécurité internationales» et «se félicite de la participation de l'Union européenne aux négociations et aux initiatives de médiation internationales», en visant notamment le plan d'action conjoint sur le programme nucléaire iranien et la stabilisation de l'ouest des Balkans. Mais au-delà de ces deux dossiers, «le Conseil se félicite de l'approche globale de l'Union européenne du maintien de la paix et de la sécurité internationale et félicite cette dernière et ses États membres de leur attachement constant au maintien de la paix internationale, à la consolidation de la paix et à l'action humanitaire, ainsi que leur soutien financier et logistique», en énumérant une nouvelle série d'exemples, comme la lutte contre la piraterie en Somalie, l'action en RCA, au Mali et au Niger. Le Conseil évoque même «une vaste coopération entre l'UE et l'ONU» sur des sujets aussi sensibles que la Syrie, le «Quatuor» pour le Moyen-Orient, l'Afghanistan.

Enfin, le Conseil «salue la contribution de l'Union européenne» sur des questions de fond d'intérêt mutuel, comme «l'action de l'ONU en faveur de la coopération pour le développement et de la promotion et de la protection des droits de l'homme et des libertés fondamentales», la protection des civils en période de conflit armé, notamment les initiatives en faveur des femmes et des enfants, et enfin le rôle essentiel de la justice et de l'état de droit pour la promotion et le maintien de la paix, en visant expressément la CPI. La Déclaration d'achève en évoquant «un partenariat stratégique» et en précisant que «la haute représentante [pourra] être périodiquement invitée à faire des exposés au Conseil de sécurité». La Déclaration présidentielle ne mentionne même pas l'article 39 du règlement intérieur provisoire qui sert de base à ces échanges.

On le voit, à travers ces quelques citations, que l'attitude pragmatique du Conseil de sécurité se concentrant sur les objectifs, les moyens et les résultats, est tout autre que l'approche frileuse de l'Assemblée générale, dominée par les procédures et les précédents. Ce contraste est d'autant plus saisissant qu'on était à la veille de la crise ukrainienne. Il faut toutefois noter que l'Union européenne n'a aucun monopole et que, par exemple, quelques mois plus tard, le 16 décembre 2014, une Déclaration du président est venu saluer à son tour le rôle de l'Union africaine.

Mais la visibilité de l'Union européenne n'a fait que se renforcer depuis le début de l'année. La nouvelle Haute représentante, Mme Federica Mogherini est venue pour la première fois devant le Conseil de sécurité, le 9 mars 2015, pour un long débat consacré exclusivement à l'Union européenne, sous la présidence française, avec la participation du Secrétaire général⁸. Dans un discours programmatique très substantiel, elle souligne que c'est la première réunion de ce type à laquelle elle participe depuis son entrée en fonction, mais déjà la 5^{ème} réunion consacrée à la coopération entre les Nations Unies et l'Union européenne. La Haute représentante reviendra à New York, dès le 11 mai 2015, pour un nouveau débat sur la crise des migrants, avec un représentant de l'Union africaine. Mais on touche déjà la question du rôle joué par l'Union européenne sur les questions de fond.

3. *Le rôle spécifique joué par l'Union européenne au sein des Nations Unies*

3.1. Une fois sa place revendiquée et reconnue, il reste à savoir ce que l'Union européenne en fait. C'est sans doute le cœur du sujet, mais il est beaucoup plus difficile d'en faire le tour, de manière synthétique dans un exposé. On sait que la part des 28 Etats membres au budget ordinaire correspond à 35% du budget ordinaire des Nations Unies et à 36,8 % du budget des opérations de maintien de la paix, soit plus d'un tiers du budget, bien devant les 22% des Etats-Unis ou la contribution du Japon qui a fondu de moitié en 10 ans, passant de près de 20% à 10,83%. Sur un terrain plus politique, les prises de position de l'Union européenne ne sont pas seulement endossées par les 28 Etats membres, elles sont appuyées par une dizaine de partenaires, associés ou candidats ayant des statuts divers, ce qui grossit encore la masse critique de l'Union européenne dans les forums mondiaux.

A l'évidence, l'Union européenne pèse par ses prises de position, par ses moyens, encore faut-il définir ses domaines d'action et ses priorités dans le champ du droit international⁹. On définira, un peu arbitrairement, deux grands axes correspondant aux grandes missions des Nations Unies, la promotion des droits de l'homme et de la démocratie, le maintien de la paix et la sécurité collective.

3.2. Pendant longtemps, l'Union européenne a utilisé son *soft power* dans le domaine des droits de l'homme sans vision d'ensemble et en recherchant le plus petit dénominateur entre ses membres. Faute de définir une position commune, les Etats membres se réfugient dans l'abstention, la diplomatie incantatoire d'un long catalogue de déclarations... Plus récemment elle a mis au point des «outils» pour assurer la cohérence et l'efficacité de sa diplomatie des droits de l'homme.

L'année 2012 marque un tournant, avec pour la première fois l'adoption d'une stratégie unifiée, assortie de la désignation d'un représentant spécial de l'UE pour les droits de l'homme auprès du Haut représentant pour les affaires étrangères et la politique de sécurité. Il s'agit de Stavros Lambrinidis d'abord nommé à compter du 1^{er} octobre 2012 jusqu'au 30 juin 2014, mais dont le mandat a été prorogé avec la nouvelle équipe. Dans le même esprit, des moyens financiers importants ont été mobilisés avec l'Instrument

⁸ S/PV/7402.

⁹ Pour un tableau d'ensemble, M. BENLOLO-CARABOT et al., *Union européenne et droit international. En l'honneur de Patrick Daillier*, Paris, 2012.

européen pour les droits de l'homme et la démocratie (EIDHR) présenté lors d'un forum organisé en mai 2014 à Bruxelles, pour couvrir les années 2014-2017.

Le «cadre stratégique pour les droits de l'homme et la démocratie» a été adopté par le Conseil le 25 juin 2012 pour définir les principes, objectifs et priorités de l'Union pour dix ans¹⁰, sur la base d'une communication conjointe intitulée *Les droits de l'homme et la Démocratie au cœur de l'action extérieure de l'Union européenne: vers une approche plus effective*, adoptée le 12 décembre 2011 par la Commission, après un feu vert des ministres donné à Cordoba en mars 2010.

Ce cadre stratégique est lui-même décliné en «plans d'action». Le premier qui allait jusqu'en 2014, couvrait 97 actions regroupées sous 36 têtes de chapitre. Un nouveau plan est en gestation, pour couvrir les quatre prochaines années, sur la base d'une communication conjointe adressée au Parlement européen et au Conseil, avec pour titre *Action Plan on Human Rights and Democracy (2015-2019)*, «*Keeping human rights at the heart of the EU agenda*»¹¹. Il est précisé que ce plan d'action a pour vocation de guider aussi bien les relations bilatérales de l'Union européenne que sa participation dans des forums multilatéraux, en particulier les Nations Unies et le Conseil de l'Europe.

A un autre niveau, l'Union européenne adopte chaque année un document exhaustif pour définir ses priorités à l'occasion de l'Assemblée générale des Nations Unies, comme celui adopté le 23 juin 2014 en vu de la 69^e session, mais aussi ses priorités à moyen terme 2012-2015, adoptées le 23 mai 2012¹².

Ces documents ont les avantages et les inconvénients d'une diplomatie ouverte, correspond à l'idéal de la «nouvelle diplomatie» préconisée par le président Wilson. Tout de ne peut prévu et planifié, l'Union doit aussi garder ses marges de manœuvre et ne pas dévoiler toutes ses cartes sur la place publique. Mais ils ont le double mérite, celui de donner des «éléments de langage» aux diplomates européens pour assurer la cohérence à l'action des représentants des 28 et des délégations de l'Union, et celui de fournir des critères d'évaluation des résultats obtenus, au regard des ambitions affichées.

C'est aussi le cas des stratégies pays, et sur le plan thématique, où l'Union a adopté une douzaine de directives (*guidelines*) qui ont été actualisées et concernent des dossiers très différents, comme la peine de mort (1998, mise à jour en 2008 et en 2013), la torture (2001 mise à jour en 2008 et en 2012), le soutien à la CPI (2001), les enfants dans les conflits armés (2003 et 2008), les défenseurs des droits de l'homme (2004 et 2008), les droits de l'enfant (2008), la violence contre les femmes (2009), le droit humanitaire (2009), les dialogues sur les droits de l'homme avec les pays tiers (2009) – et plus récemment trois nouveaux thèmes, la liberté de religion et de conviction (2013), les droits des LGBT (2013) et enfin la liberté d'expression «*online and offline*» (2014).

On peut noter que certains thèmes, relevant du droit humanitaire, trouve un soutien très fort auprès du Secrétaire général et du Conseil de sécurité s'agissant des enfants dans les conflits armés ou du rôle des femmes en matière de paix et de sécurité. D'autres priorités de l'Union sont beaucoup plus clivantes, qu'il s'agisse de l'abolition de la peine de mort ou de la lutte contre les discriminations sexuelles et rencontrent de fortes résistances devant l'Assemblée générale.

¹⁰ ST 11855/12.

¹¹ JOIN(2015) 16 final du 28 avril 2015.

¹² Doc. 9820/1/12 rev.1.

3.3. Il est encore plus difficile de tracer les concours de la politique de sécurité et de défense de l'Union européenne en relation avec l'ONU. Certes l'Union entend agir dans le cadre de la Charte des Nations Unies, notamment du chapitre VII et du chapitre VIII, mais son action civilo-militaire en matière de gestions des crises est multiforme. D'autant que dans le cadre du multilatéralisme le rôle précurseur de l'Union tend à céder la place à des opérations de maintien de la paix plus classiques ou à des forces régionales et sous-régionales, notamment en Afrique, afin de se concentrer sur la formation des forces nationales et le renforcement de l'Etat de droit. Enfin il faut intégrer les priorités géopolitiques des grands Etats membres et les appels à la solidarité européenne comme l'illustrent le rôle de pointe de l'Italie en Méditerranée ou l'engagement de la France en Afrique.

Il suffit de noter la multiplication des sigles pour mesurer l'implication de l'Union européenne n tant que telle dans différents arcs de crise, dans les Balkans avec EUFOR ALTHEA en Bosnie depuis 2004 et EULEX au Kosovo depuis 2008, en Géorgie avec EUMM depuis 2008 et en Ukraine avec EUAM depuis 2014.

Dans les territoires palestiniens avec EUBAM RAFAH depuis 2005 et EUPOL COPPS depuis 2006, en Afghanistan avec EUPOL depuis 2007.

En Afrique, on peut recenser au moins 6 opérations civiles ou militaires en cours:

- en Libye, avec EUBAM depuis 2013.
- au Niger, avec EUCAP Niger depuis 2012
- au Mali avec EUTM depuis 2013 couplé sur le plan civil avec EUCAP SAHEL depuis 2014
- en RCA avec EUMAM RCA depuis 2015, prenant la suite de EUFOR Tchad/RCA en 2008-2009 et de RCA en 2014.
- en RDC avec EUSEC depuis 2005, après ARTEMIS en 2003 et EUFOR RDC en 2006 sur le plan militaire, tandis que EUPOL Kinshasa a duré de 2005 à 2007 et EUPOL RDC de 2007 à 2014.
- en Somalie, avec EU NAVFOR Atalante depuis 2008 et EUTM depuis 2010, prolongé par EUCAP NESTOR depuis 2012 à Djibouti, au Yémen et en Tanzanie.

C'est sans doute plus sur le terrain, dans les zones de crise, que dans les couloirs des Nations Unies que le bilan de ces politiques pourra être fait. Face à la multiplication des crises humanitaires autour de la Méditerranée, l'Union européenne ne peut se contenter de stratégies de papier et de plans d'action ne débouchant sur aucune action. Soixante ans après la conférence de Messine, c'est un nouveau défi qu'il convient de relever, non plus à 6 mais à 28, en mesurant le chemin parcouru, grâce aux pionniers de la construction européenne. Au moment où l'espace de Schengen est remis en cause et où les murs se dressent en Europe, c'est toute la cohérence du projet européen qui est en crise, à l'interface des politiques internes et des engagements extérieurs. Norberto Bobbio parlait du «pessimisme de la volonté». Aujourd'hui le pessimisme doit être mobilisateur et imposer un sursaut collectif.



JUAN MANUEL DE FARAMINÁN GILBERT*

L'IDEA DELL'EUROPA SVILUPPATA DA COUDENHOVE-KALERGI ED I SUOI ASPETTI ATTUALI**

In circostanze come quella odierna, che ci vede presso l'Università di Messina (Italia, 1955/2015) commemorando il sessantesimo anniversario della «*Relance européenne de Messine*», si rende necessario, più che mai, rievocare i primi passi che ci hanno condotto all'attuale Unione Europea e, soprattutto, coloro che li compirono, i quali, contro ogni avversità, credettero nell'Europa e negli europei.

Tra coloro che sono chiamati “padri dell'Europa” una delle figure più incisive per la configurazione e lo sviluppo dell'Unione Europea è stato Richard de Coudenhove-Kalergi e, pur tuttavia, non gli è stato attribuito lo spazio che merita nella storia dell'Unione Europea. Ci troviamo innanzi ad un uomo singolare, di quelle personalità che, di tanto in tanto, approdano in questa landa intellettuale ed offrono la possibilità di sentire forza e speranza nella condizione umana. Coudenhove-Kalergi è un idealista dotato di senso pratico. È riuscito, con sensibilità e maestria, nel riprendere un'idea che andava sviluppandosi con l'opera di pensatori come Podiebrand, con la sua *Congregatio Concordia*, Emeric Crucé con *Le Nouveau Cynée*, Maximilien de Béthune con *Sages et royales economies d'état domestiques, politiques et militaires d'Henry le Grand*, William Penn con *Essay towards the present and future Peace of Europe by the establishment of an European Dyet, Parliament of Ententes*, l'Abate di Saint-Pierre con *Projet de traité pour rendre la paix perpétuelle en Europe*, Immanuel Kant con *La Pace Perpetua*, il Conte di Saint-Simon con *De la réorganisation de la société européenne ou de la nécessité et les moyens de rassembler les peuples de l'Europe en un seul corps politique*, che segnarono l'impronta della necessaria unificazione dell'Europa.

È la sua opera *Panuropa*, pubblicata nel 1923, che costituisce una pietra miliare fondamentale nello sviluppo dell'idea di Europa e nella necessità di conseguire un'Europa unita. Se teniamo in conto il contesto in cui si muove il nostro personaggio, durante il periodo che va dalla Prima alla Seconda Guerra Mondiale, possiamo dedurre le difficoltà che dovette affrontare per riuscire a convincere politici, intellettuali e artisti circa i vantaggi dell'unione.

Quindi, come segnala Joan Estelrich, il quale fu membro della delegazione spagnola della Società delle Nazioni e delegato permanente dell'UNESCO, nel Prólogo dell'opera di Coudenhove-Kalergi *Una bandiera chiamata Europa*: «La sua idea e la sua persona ottennero

* Professore ordinario di Diritto internazionale, l'Università di Jaén (Spagna).

** Contributo presentato al Convegno di Messina del 6 e 7 giugno 2015, organizzato in occasione del 60^{mo} anniversario della Conferenza di Messina del 1 e 2 giugno 1955.

l'adesione e la simpatia di personaggi come Briand, Stressmann, Wirth, Amery, Herriot, Dollfuss, Benes, Caillaux, Schuschnigg, Titulesco, Cambó, Delaisi, Politis, e scrittori di fama mondiale come Selma Lagerlof, Thomas Mann, Karel Chápek, Karin Michaelis, Stefan Zweig»¹.

Nonostante ciò, non fu un lavoro facile, poiché il nostro uomo ebbe di che darsi da fare lungo tutti i paesi europei, cercando le adesioni necessarie per un progetto Paneuropeo. Come ci narra uno dei suoi biografi, Faramiñán Fernández-Fígares², «Immaginiamocelo per un istante, percorrendo centinaia di chilometri, con la angosciante necessità di divulgare un'idea che, sebbene non fosse nuova, si presentava allora come l'unica formula per evitare la tragedia. Il pericolo era evidente, gli spazi, oggi giorno accorciati dallo sviluppo tecnologico della Prima Guerra Mondiale, trasformano il treno o l'aereo nel suo ufficio. Questo strano personaggio percorrerà da un estremo all'altro i vecchi percorsi interculturali di un'Europa ancora invisibile al mondo. Il mondo diventa ogni giorno più piccolo: a causa dei progressi tecnologici dei mezzi di comunicazione le città ed i paesi si avvicinano ogni volta di più. Una distanza si misura meno per la lunghezza del cammino che per la sua durata³. Queste lunghe ore di viaggio, contemplando distinti paesaggi e le sue genti, sommate ad una personalità riflessiva e sveglia, gli avrebbero consentito di anticipare il suo tempo, vedere un poco più in là della polveriera sollevatasi oltre la battaglia».

Con la pubblicazione della sua più importante opera, Paneuropa, che in un sforzo titanico redige in appena tre settimane nel castello di Würtig, va a fissare i pilastri sul modo ed il modello che avrebbe dovuto adottare l'Europa per raggiungere la sua unificazione, e per questo si ispira al modello dell'Unione Panamericana che all'epoca stava tracciando un modello unitario in Sud-America. Come segnala un altro dei più illustri studiosi di questa opera, il professor Ricardo Martín de la Guardia, commentando questo testo, risponde più «...alla necessità che sentiva di provocare nel lettore una reazione rapida e veemente, a favore del superamento degli interessi particolari e delle riserve esistenti nei paesi ad avanzare verso una unificazione europea basata sulla democrazia e sulla giustizia sociale. Prima che ad una disamina analitica della realtà europea e della sua influenza nel panorama mondiale...»⁴.

Il progetto paneuropeo, avrebbe dovuto edificarsi poco a poco, segnando differenti tappe, come anni più tardi il ministro degli esteri francese, Robert Schuman avrebbe ricordato innanzi alla Assemblea Nazionale francese nel 1950, ossia che: «l'Europa non potrà farsi in una sola volta, né sarà costruita tutta insieme; essa sorgerà da realizzazioni concrete che creino anzitutto una solidarietà di fatto. (...) L'Unione delle nazioni esige l'eliminazione del contrasto secolare tra la Francia e la Germania: l'azione intrapresa deve concernere in prima luogo la Francia e la Germania»⁵.

¹ J. ESTELRICH; Prólogo, en R. N. COUDENHOVE-KALERGI, *Una bandera llamada Europa*, Argos, Barcelona, 1961, p. 6; (la traduzione è mia)

² J. M. FARAMIÑÁN FERNÁNDEZ-FÍGARES, de, *Coudenbove- Kalergi; ética y dignidad en el proyecto europeo*. *Revista Aequitas de Estudios sobre Historia, Derecho e Instituciones*. Número 4 (2014), (la traduzione è mia).

³ R. N. COUDENHOVE- KALERGI, *Paneuropa*. Encuentros. Madrid, 2010, p. 20; (la traduzione è mia)

⁴ R. MARTÍN DE LA GUARDIA, Estudio preliminar, p. XVII; en R. N. COUDENHOVE-KALERGI, *Paneuropa, dedicado a la juventud de Europa*. Tecnos. Madrid, 2002, (la traduzione è mia).

⁵ Il testo integrale della "Dichiarazione Schuman" può vedersi in I. TRUYOL, A.: SERRA, *La integración europea, ideal y realidad*. Tecnos, Madrid, 1999, pág. 104 y ss.

Infatti, Coudenhove-Kalergi progettava una costruzione dell'unificazione europea forgiata in differenti tappe che, come abbiamo sottolineato, si ispirava all'esempio panamericano. Innanzitutto, partendo da una Conferenza Paneuropea che sarebbe dovuta partire da una iniziativa guidata da un paese come l'Italia o la Svizzera, per le buone relazioni, in quegli anni, con il resto degli Stati europei, i quali, tutti, avrebbero dovuto partecipare a questa Conferenza. La principale conseguenza di questo incontro internazionale avrebbe dovuto realizzare la creazione di una Corte Arbitrale che risolvesse in via pacifica e di dialogo qualsiasi differenza tra gli Stati, con l'idea di vigilare per una pace stabile in Europa ed evitare un altro confronto come quello della Grande Guerra. Con la finalità di affrontare tutte queste problematiche si sarebbe posta in marcia un'Officina Paneuropea di carattere permanente, che avrebbe permesso di raggiungere la successiva tappa, più ambiziosa, della creazione di un'Unione Doganale in grado di mettere in moto e configurare un'economia comune europea che necessariamente avrebbe dovuto condurre alla creazione di una Unione monetaria. Per poter poi, finalmente, raggiungere il sogno degli "Stati Uniti d'Europa" ("Paneuropa") con l'attuazione di una Camera dei Popoli (calcolava circa trecento deputati per milione di abitanti in base ai censimenti della popolazione dell'epoca) ed una Camera degli Stati con ventisei rappresentanti (cioè uno per ogni Stato membro).

Per Coudenhove-Kalergi, il mondo aveva di fronte la sfida e la possibilità di unirsi secondo modelli di integrazione regionale, perciò, capiva che i paesi europei, isolati, avrebbero avuto poche possibilità di restare tali innanzi alle nuove correnti che iniziavano a formarsi a quel tempo, alla fine della Grande Guerra e, inoltre, presagiva che se non si fosse riflettuto su tali temi, l'Europa sarebbe potuta cadere nuovamente in un secondo confronto internazionale, senza aver appreso i terribili insegnamenti della prima contesa. Insisteva che «si troveranno queste soluzioni quando gli avversari abbandoneranno il punto di vista nazionale e si troveranno sul terreno dell'interesse generale dell'Europa. Ciò che è vantaggioso per l'Europa lo è tanto per la Francia come per la Germania. Gli stessi uomini che consideriamo europei, e dovrebbero essere alleati, sono tuttavia avversari in quanto tedeschi e francesi»⁶.

In questo contesto prospettava l'idea di cinque grandi blocchi regionali che, seguendo il criterio dell'epoca, riassumeva in Panamerica, Impero britannico, Impero russo, Impero mongolo (Cina e Giappone) e, senza dubbio, Paneuropa.

Risulta curioso osservare che il nostro autore considerava che il Regno Unito di Gran Bretagna ed Irlanda del Nord non avrebbe dovuto far parte, necessariamente, della Paneuropa, perché riteneva che gli interessi di questo fossero concentrati nel *Commonwealth* il quale, allora, e con la terminologia dell'epoca, era definito Impero britannico. Ciò, nonostante considerava che il Regno Unito avrebbe dovuto mantenere speciali relazioni di vicinato e amicizia con il resto dell'Europa continentale. Fino al punto che, al momento di affrontare il tema linguistico, visto che era cosciente della diversità idiomatica in Europa, proponeva una soluzione profondamente originale, quale quella di utilizzare l'idioma inglese come lingua comune della Paneuropa, lingua che riteneva essere una specie di "esperanto naturale". In tal senso, argomentava che, non essendo il Regno Unito parte dell'insieme regionale europeo, si evitavano suscettibilità e concorrenze nazionaliste con il resto degli idiomi dei paesi dell'Europa continentale. Teniamo in conto che attualmente,

⁶ R. N. COUDENHOVE-KALERGI, *Paneuropa, dedicado a la juventud de Europa*. Tecnos. Madrid, 2002, pág. 104; (la traduzione è mia).

ossia nell'Unione Europea di oggi, l'inglese è diventato una lingua "veicolare" e che, inoltre, è stato rilevato l'ingente costo che rappresenta per l'attuale Unione, la traduzione di tutti i documenti ufficiali nelle varie lingue europee.

In quell'Europa tra le due guerre (1918-1939) si stavano gestendo tentativi di portata internazionale, come l'abortita Società delle Nazioni, della cui dinamica Coudenhove-Kalergi profitò, quando non ancora si era giunti al suo fallimento istituzionale, per utilizzarla come ambito di incontro dei paesi europei e convincere uno dei suoi migliori alleati, che fu il ministro francese Aristide Briand, a presentare il suo *Memorandum* sull'unione dell'Europa.

Tutti erano convinti che la Società delle Nazioni potesse diventare il foro idoneo a risolvere i conflitti internazionali, nonostante fosse sorta con un *deficit* importante, in ragione del rifiuto degli Stati Uniti di implicarsi nella sua attuazione, nonostante fosse stato il presidente Wilson uno dei suoi ispiratori. Per questi visionari, come Coudenhove-Kalergi o Briand, la Società delle Nazioni si sarebbe potuta trasformare nel motore delle relazioni internazionali, in un nuovo modello di dialogo e interscambio di esperienze, che sarebbe potuto divenire il terreno propizio per generare sistemi di cooperazione regionale, garanti della pace mondiale.

I loro sforzi condussero al risultato dell'attuale Unione Europea e sicuramente Jean Monnet, Robert Schuman, Konrad Adenauer, Alcide de Gasperi, Winston Churchill, i quali furono coloro che svilupparono il progetto dell'Europa unita del post-guerra, trovarono l'ispirazione nel modello premonitore della Paneuropa di Coudenhove-Kalergi. Come ben è stato ricordato da Lamotte⁷, «nel 1929 egli propose l'adozione di un inno europeo: il testo dell'ode alla gioia di Schiller sulle note della nona sinfonia di Beethoven, che è oggi il nostro inno. L'anno seguente egli sottopose l'idea di celebrare ogni anno una giornata europea, e ciò in Maggio. Bisogna ricordare che noi contiamo oggi due giornate europee: il 5 maggio per il Consiglio d'Europa ed il 9 maggio per l'Unione Europea, (data) della dichiarazione di Robert Schuman».

Già si profetizzava, a quell'epoca, la proposta federalista del nostro autore, laddove indicava che «il culmine delle aspirazioni paneuropee sarebbe la costituzione degli Stati Uniti d'Europa, sull'esempio degli Stati Uniti d'America. Paneuropa apparirebbe al cospetto degli altri continenti e delle altre potenze mondiali come una unità, mentre all'interno della federazione ciascuno degli Stati avrebbe il massimo della libertà»⁸. Sebbene nell'attuale Unione Europea non abbiamo raggiunto una federazione, possiamo sostenere che siamo innanzi ad un modello "pseudo-federale" o "pre-federale", se si vuole, come conseguenza del trasferimento di determinate competenze sovrane al quale volontariamente hanno potuto accedere gli Stati dell'Unione e che a partire dal Trattato di Lisbona del 2007, l'Unione Europea gode della personalità giuridica internazionale riconosciuta formalmente all'articolo 47 del TUE.

Come nota Coudenhove-Kalergi, «ogni partito europeo deve decidersi o per la caduta dell'Europa attuale, attraverso una nuova guerra, o per la sua unione attraverso la federazione paneuropea. I democratici si decideranno senza dubbio alcuno per il percorso di pace, che coincide con quello della democrazia e della federazione»⁹.

⁷ V. LAMOTTE, *Richard de Coudenhove-Kalergi: portrait d'un visionnaire paneuropéen*, www.nouvelle-europe.eu/richard-de-coudenhove-kalergi-portrait-d-un-visionnaire-paneuropeen, 27 mars 2007; (la traduzione è mia).

⁸ R. N. COUDENHOVE-KALERGI, *Paneuropa*, op. cit., p. 174.

⁹ R. N. COUDENHOVE-KALERGI, *Paneuropa*, op. cit., p. 180.

Con questo capoverso, l'autore che stiamo analizzando si pone il problema dell'emergenza dei nazionalismi nell'Europa di quei giorni e avverte che gli stessi possono solo portare ad una frattura che alla fine avrebbe impedito di portare a compimento la sua proposta per una federazione europea. Presagisce persino il pericolo insito nei nazionalismi, che potevano portare ad un nuovo scontro mondiale tra i Paesi europei, come se non avessero appreso la dura lezione della Grande Guerra (1914-1918). Emerge, infatti, la descrizione che fa di una possibile Seconda Guerra Mondiale tra europei «Gli europei immaginavano che la Guerra Mondiale sarebbe stata in qualche modo simile alla guerra del 1870 ed immaginano che la successiva guerra sarebbe come la Guerra Mondiale, però una cosa è certa, che la prossima guerra surclasserà in atrocità ed in crudeltà la Guerra Mondiale, nella stessa maniera in cui questa supererà la guerra del 1870. La prossima guerra non sarà una guerra di armi di acciaio bensì di armi tossiche ... non si lotterà per la capitolazione o la disfatta dell'esercito nemico, piuttosto per lo sterminio della nazione nemica. La prossima guerra si farà, oltre la linea del fronte, contro la retroguardia, innanzitutto contro le grandi città nemiche. Si uccideranno i figli e le mogli dei combattenti, servendosi di bombe tossiche, per prevenire una futura guerra di rivalsa. La tecnica delle armi tossiche ha avuto tali progressi a partire dal 1918 che nel futuro basteranno poche bombe lanciate da un aereo per annichilire una città di milioni di abitanti... una guerra di annichilimento come questa, in cui si vedrebbero coinvolte le altre nazioni del continente, significherebbe lo sprofondamento dell'Europa»¹⁰. Si tenga in considerazione che Coudenhove-Kalergi scrive queste riflessioni nel 1923, molti anni prima della seconda deflagrazione, con un'analisi lucida e premonitrice.

Per questo ironizza sui fondamenti del nazionalismo che iniziava a germinare come un problema di dimensioni incalcolabili e che avrebbe portato gli europei, anni più tardi, a scontrarsi tra loro e dare vita ad uno dei genocidi più laceranti della storia dell'umanità. Satira che si concreta nelle seguenti riflessioni: «...ci sono eminenti tedeschi di Boemia che hanno nomi cechi e viceversa; il poeta nazionale magiaro più importante, Petöfi, era di origine slava; dei tre filosofi tedeschi più famosi, Kant era di origine scozzese, Schopenhauer di origine olandese e Nietzsche di origine polacca; per sangue, Bonaparte, Gambetta e Zola non erano francesi; Shaw e Lloyd George non erano inglesi, né Cesare Borgia italiano, né Colombo spagnolo; per loro discendenza, i re di Inghilterra, Belgio, Olanda, Danimarca, Norvegia, Grecia, Bulgaria e Romania sono tedeschi, ed i re di Spagna, Italia e Svizzera, francesi»¹¹. Dato che i nazionalismi, e lui lo intuisce molto bene, conducono in un modo o in un altro a modelli totalitari, che distruggono la libertà degli esseri umani e creano nemici immaginari che, a forza di proclamarli per mezzo della propaganda, finiscono per diventare reali, la contesa e la guerra stessa soppiantano il dialogo e la comprensione; il nostro autore propugna l'organizzazione in luogo dell'anarchia, l'arbitrato al posto della guerra, il disarmo invece della proliferazione di armamenti, la garanzia solidale anziché l'autodifesa e la cooperazione al posto della concorrenza sleale.

Come ben evidenzia Lamotte¹², per Coudenhove-Kalergi «l'Europa, essendo una vera e propria miscellanea di popoli e di popolazioni di tutti gli orizzonti e di tutte le culture, il concetto di nazione dovrebbe essere ridotto a una comunità di spirito. Infatti, le nostre culture sono molto vicine le une alle altre anche a livello religioso, scientifico e artistico,

¹⁰ R. N. COUDENHOVE-KALergi, *Panuropa*, op. cit., p. 114.

¹¹ R. N. COUDENHOVE-KALergi, *Panuropa*, op. cit., p. 154.

¹² V. LAMOTTE, *Richard de Coudenhove-Kalergi: portrait d'un visionnaire paneuropéen*; www.nouvelle-europe.eu/richard-de-coudenhove-kalergi-portrait-d-un-visionnaire-paneuropeen, 27 mars 2007, (la traduzione è mia).

così come i nostri stili di vita; cosa dunque ci impedisce di sentirci europei? Conseguentemente, Coudenhove-Kalergi preconizza l'adozione di un editto di tolleranza sul modello della legge di separazione delle Chiese e dello Stato in Francia nel 1905, separando la cultura dalla nozione della cittadinanza, che dovrà dunque diventare un affare privato, come è oggi la religione. Ugualmente, a livello commerciale, si tratterà di sopprimere progressivamente le barriere doganali».

Il nostro autore riflette sulla necessità di rivedere il concetto di Stato, poiché una deriva che non tenga conto del valore dell'essere umano può condurre il modello statale verso strutture totalitarie, che dimenticano il rispetto per la condizione umana, come accadrà anni più tardi rispetto ai suoi precisi avvertimenti sui modelli dittatoriali del nazismo, del fascismo o dello stalinismo. Ci ricorda che¹³ «lo Stato totalitario pone la disciplina prima dell'equità, perché senza disciplina non c'è esercito. Lo stato libero pone la giustizia prima della disciplina, perché senza la giustizia non c'è civilizzazione possibile».

Per Faramiñán Fernández-Fígares¹⁴, «il progetto kalergiano parte da un insieme di idee sull'Uomo e lo Stato che risulta imprescindibile riprendere quando si debba comprendere il suo pensiero ed il suo approccio. In tal senso, il concetto di Stato sul quale egli lavora è di chiara ispirazione platonica, partendo dalla premessa che, essendo l'Uomo un fine in sé stesso, lo Stato è, quale creazione umana, un mezzo e non un fine. (...) Così Kalergi riflette su come, non essendo lo Stato un essere organico ma artificiale, si sia situato in un piano superiore all'uomo e lo ha schiavizzato, dal momento in cui è stato proprio l'uomo che lo ha trasformato in un idolo. L'idolo, si sarebbe collocato così in una posizione intermedia, però ugualmente potente, generando permanentemente artifici per mantenere questa posizione. L'uomo, timoroso, si sottostima per perseguire una promessa di sicurezza che in realtà è irrealizzabile, ma che, tuttavia, lo Stato promette in cambio della libertà personale di ognuno». Richiama così il seguente pensiero di Coudenhove-Kalergi: «perché, per non essere una personalità umana, lo Stato pretende di essere molto di più di un uomo. E visto che non è un Dio, non può che essere soltanto un idolo. Creato dagli uomini, ha la pretesa d'essere adorato dagli uomini. Creatura degli uomini, si arroga il diritto di giocare all'intermediario tra Dio e l'uomo. Macchina artificiale, si offre in favore di un organismo naturale. Servitore dell'uomo, si dona al proprio padrone»¹⁵.

Con queste riflessioni, il nostro uomo disamina e descrive con premonitrice esattezza ciò che anni più tardi, attraverso i nazionalismi esacerbati, finisce per diventare uno dei mali e delle vergogne più gravi del secolo XX, quando lo Stato totalitario sui fondamenti artificiali della purezza della razza va a commettere uno dei più sanguinari genocidi che ha conosciuto l'umanità. Non si tratta di rifiutare la figura dello Stato moderno, sociale e democratico piuttosto la figura dello Stato totalitario anchilosato nei vecchi fantasmi del potere, la guerra, la razza ed il disprezzo degli esseri umani, perché come ben scrive il nostro autore «noi combattiamo, non contro lo Stato, noi combattiamo contro l'idolo, contro la deificazione dello Stato: un'eresia moderna che ci è già costata assai cara»¹⁶.

Inoltre, analizza a fondo le cause e la eziologia dei conflitti nazionali e internazionali e insiste sulla necessità di farla finita progressivamente con l'odio politico tra Stati vicini,

¹³ R. N. COUDENHOBE-KALERGI, *L'Homme et l'État Totalitaire*, Paris, 1938, p. 21 e 22.

¹⁴ J. M. FARAMIÑÁN FERNÁNDEZ-FÍGARES, de, *PanEuropa, la tentativa de una Europa unida ante la encrucijada del periodo de entreguerras en La guerra y el conflicto como elementos dinamizadores de la sociedad: Instituciones, Derecho y Seguridad, Estudios Jurídicos de la Universidad Rey Juan Carlos*; 2014; (la traduzione è mia).

¹⁵ R.N. COUDENHOBE-KALERGI, *L'Homme et l'État Totalitaire*, op. cit., p. 7 e 8; (la traduzione è mia).

¹⁶ R.N. COUDENHOBE-KALERGI, *L'Homme et l'État Totalitaire*, op. cit., p. 14.

tramite un'educazione attenta che deve iniziare dalla scuola e la famiglia affinché le nuove generazioni abominino il flagello della guerra e apprendano a convivere in pace, con senso di altruismo “nel rispetto dell'altro”. Così nota «l'odio politico tra Stati vicini sparirà da solo, non appena saranno soppresse le ragioni economiche e nazionali di questo. E' sufficiente che una legislazione paneuropea ponga freno alla provocazione artificiale dei popoli nella scuola e nella stampa e che, con una legge, formulata negli stessi termini, punisca quanto più severamente possibile, e come reato di alto tradimento contro l'Europa, ogni propaganda di odio contro una nazione»¹⁷.

Come già abbiamo segnalato, il movimento panamericano è stato per Coudenhove-Kalergi una fonte di ispirazione, come ciò che potremmo chiamare un modello pioniero della possibile cooperazione regionale. I diversi passi realizzati nell'ambito delle conferenze panamericane che si svilupparono durante vari anni gli permisero di trovare al loro interno i criteri di ispirazione per il suo diagramma di Paneuropa, tali come la necessità di una Conferenza Internazionale, nella quale gli Stati coinvolti potessero riunirsi ed elaborare le strategie di una unione regionale, la creazione di una Corte Arbitrale, ove si potessero dirimere i conflitti tra Stati, evitando in tal modo il ricorso alla guerra; un progressivo disarmo tariffario nelle dogane ed un'Ufficio di Informazione (1889); la creazione di un sistema di comunicazioni, come fu per il progetto panamericano di una rete ferroviaria intercontinentale; la realizzazione di un Diritto comune paneuropeo ed una semplificazione degli strumenti di naturalizzazione; la creazione di un sistema di scambio di professori e allievi (così come nell'ambito dell'attuale Unione Europea è il progetto Erasmus!) e soprattutto, e forse la cosa più importante, una riflessione profonda sul “sentimento paneuropeo”¹⁸.

Nell'ambito dei passi istituzionali che avrebbe dovuto percorrere il progetto paneuropeo, probabilmente una delle pietre miliari fondamentali, e ben lo sapeva, era l'istituzione e la messa a punto di una Corte Arbitrale che avrebbe dovuto essere obbligatoria affinché gli Stati vi dirimessero i conflitti in modo pacifico, in particolare quelli connessi con questioni territoriali e con le frontiere. Kalergi era consapevole che nell'esperienza della storia della Comunità internazionale sono stati questi conflitti quelli che avevano portato a scontri bellici, sempre alimentati da velleità nazionaliste, che anni più tardi avrebbero portato alla Seconda Guerra Mondiale, sotto lo sciagurato messaggio dello “spazio vitale” (*Lebensraum*) che propugnò il III Reich.

La sua idea si basava nello spolticizzare le frontiere per considerarle come demarcazioni meramente amministrative e che finalmente venissero abolite. Non stava così lontano dalla realtà¹⁹, se nella attualità, autori come Zaki Laidi, ci parlano di “*fine della geografia*”.

Infatti, il fenomeno della globalizzazione ha stravolto la nozione classica di spazio-tempo, sul quale poggiavano tradizionalmente le relazioni umane. In questo senso come nota Zaki Laidi²⁰, «potremmo definire la globalizzazione come un movimento planetario in cui le società rinegoziano la propria relazione con lo spazio ed il tempo mediante concatenazioni che mettono in movimento una prossimità planetaria nella sua forma

¹⁷ COUDENHOVE-KALERGI, *Paneuropa*, op. cit., p. 169.

¹⁸ V. LAMOTTE, *Richard de Coudenhove-Kalergi: portrait d'un visionnaire paneuropéen*; www.nouvelle-europe.eu/richard-de-coudenhove-kalergi-portrait-d-un-visionnaire-paneuropeen, 27 mars 2007.

¹⁹ J. M. FARAMINÁN GILBERT, de, *Globalización, Sociedad Civil y Derecho Internacional. Globalización y Comercio Internacional*, Boletín Oficial del Estado (Ministerio de la Presidencia), Madrid 2005, (pp. 33-39).

²⁰ ZAKI LAIDI, *Un mundo sin sentido*. México, 2000, (la traduzione è mia).

territoriale, simbolica (l'appartenenza ad uno stesso mondo) e temporale (la simultaneità)), in definitiva, come dicevamo, la “*fine della geografia*”. In questo modo, le dette “logiche spazio-temporali” si sono viste alterate come conseguenza della globalizzazione e hanno galvanizzato i limiti dello spazio e del tempo, come coordinate necessarie per ripercorrere questo spazio, poiché come ha notato Ian Scholte, tutto questo processo ha portato a ciò che potremmo qualificare come “*il superamento delle frontiere*”²¹, cioè, il superamento dei criteri spazio-temporali sui quali gli Stati hanno fondato le proprie relazioni internazionali ed anche quelle interne.

In definitiva, per l'autore che stiamo analizzando, il principale scopo che deve reggiungere il progetto paneuropeo è il bene comune nell'ambito di un contesto di tolleranza e con il sentimento di ciascun europeo e europea di appartenere ad un progetto in cui esista un obiettivo comune, nel quale sia prioritaria l'unione tra gli europei e che gli “Stati Uniti d'Europa” si trasformino in un centro di riflessione che, alla stregua della Svizzera, si mantenga neutrale nei conflitti di carattere internazionale e che presti l'aiuto adeguato ai paesi più deboli ed in via di sviluppo con azioni ispirate al principio di solidarietà.

Nonostante tutte queste difficoltà, segnala Faraminián Fernández-Fígares²²: «Kalergi credeva con fervore che il sentimento paneuropeo sarebbe sorto una volta che si fossero tesi ponti tra gli Stati. L'Europa non può attendere i politici”, perché diceva Kalergi che: “non può attendere che i suoi governanti ed i capi dei suoi partiti riconoscano la necessità della sua unificazione; tutti gli uomini e le donne che siano convinti della necessità della Paneuropa, devono mettersi al servizio di questa opera, dal cui risultato dipende il destino di un continente, il destino di una cultura».²³

È interessante scoprire come tutto il messaggio che porta avanti non è rivolto ai grandi dignitari e capi di stato, che per altro lato sono quelli che lo accolgono meglio, bensì il suo obiettivo era in ogni momento il popolo ed in concreto ciò che egli chiamava “*la gioventù d'Europa*”. Per lui, la gioventù era orientata a guidare questo movimento, perché i giovani sarebbero stati gli unici predisposti a comprendere che fu la politica dell'odio e dell'invidia a lanciare l'Europa sul ciglio dell'abisso, e che all'epoca sarebbe stata l'unica capace di affrontare sacrifici materiali e morali per questa causa. Questa idea la volle immortale nel simbolo della unione paneuropea; «Il simbolo che va a unire i paneuropei di tutti i paesi è la croce solare: la croce rossa sopra al sole d'oro, il simbolo dell'umanità e della ragione. Questa bandiera dell'amore e dello spirito sventolerà un giorno dal portogallo fino alla Polonia sopra un impero unito di pace e di libertà».²⁴

In momenti come quello attuale, può lasciare a noi, sostenitori dell'idea di Europa unita, un certo sapore agrodolce come effetto degli alti e bassi di cui sta soffrendo l'Unione Europea, immersa nella crisi economica globale che tormenta il pianeta, nella pressione degli euroscettici, nell'arrivo all'interno del Parlamento Europeo di gruppi estremisti ed anti europeisti. Tuttavia, di fronte a ciò, opponiamo nuovamente lo “spirito dei padri dell'Europa” e la decisa volontà di continuare a costruire un'Europa unita per la pace.

²¹ IAN SCHOLTE, *The Globalization and World Politics. An introduction to International Relations*. Oxford, 1997.

²² J. M. FARAMINIÁN FERNÁNDEZ-FÍGARES, de, *Paneuropa, la tentativa de una Europa unida ante la encrucijada del periodo de entreguerras*, en *La guerra y el conflicto como elementos dinamizadores de la sociedad: Instituciones, Derecho y Seguridad. Estudios Jurídicos de la Universidad Rey Juan Carlos*; 2014.

²³ R. N. COUDENHOVE- KALERGI, *Paneuropa*, op. cit., p. 188.

²⁴ R. N. COUDENHOVE- KALERGI, *Paneuropa*, op. cit., p. 189.



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

NICOLA COLACINO*

FROM JUST WAR TO PERMANENT SELF-DEFENCE: THE USE OF DRONES IN COUNTERTERRORISM AND ITS QUESTIONABLE CONSISTENCY WITH INTERNATIONAL LAW STANDARDS

CONTENTS: 1. Introduction: drone strikes as means of counterterrorism and the need of regulation under International Law. – 2. The admissibility of self-defence against non-State actors after 11 September 2001: “a *Grotian moment*”? – 3. The prohibition of extrajudicial killings pursuant to International Human Rights Law standards applicable in times of peace. – 4. Targeted killings missions in asymmetric warfare and the respect of International Humanitarian Law. – 5. Drone strikes as “pre-emptive” or “ongoing” self-defence measures against non-State actors. – 6. *Tertium (non) datur?*: legitimacy v. legality in the fight against terrorism.

1. *Introduction: drone strikes as means of counterterrorism and the need of regulation under International Law.*

The use of drones (formally “unmanned aerial vehicles” [UAVs] or “remotely piloted aircrafts” [RPAs], according to the official definitions adopted by the United States Air Force in 2009¹) for targeted killings² represents one of the most effective means of

* Associate Professor of International Law, Faculty of Political Sciences, University “Niccolò Cusano” of Rome, Italy.

¹ The most comprehensive treatise on UAVs is K. P. VALAVANIS, G. J. VACHTSEVANOS, (eds.), *Handbook of Unmanned Aerial Vehicles*, Dordrecht, 2015. For an in-depth examination on the status of remotely piloted aircrafts see I. HENDERSON, *International Law Concerning the Status and Marking of Remotely Piloted Aircraft*, in *Den. Jour. Int. Law. Pol.*, vol. 39, n. 4, pp. 615-628. A detailed list of acronyms describing drones «of varying sizes and capabilities» can be found in A. M. DRAKE, *Current U.S. Air Force Drone Operations and Their Conduct in Compliance with International Humanitarian Law – An Overview*, in *ibid.*, pp. 629-660, at p. 630, note 2. See also R. J. VOGEL, *Drone Warfare and the Law of Armed Conflict*, in *ibid.*, vol. 39, n. 1, pp. 101-138.

² In his *Report on extrajudicial, summary or arbitrary executions* (see U.N. doc. A/HRC/14/24/Add.62, 28 May 2010, hereinafter *Alston Report*), the Special Rapporteur of the U.N. Human Rights Council, Philip Alston, describes targeted killings as «[...] the intentional, premeditated and deliberate use of lethal force, by States or their agents acting under colour of law, or by an organized armed group in armed conflict, against a specific individual who is not in the physical custody of the perpetrator» (par. 1), specifying that it «is not a term

combating international terrorism – increasingly exploited by the United States, since the attacks of 11 September 2001³.

As it is widely known, the major feature of the military technology employed in such operations is the possibility of controlling the aircraft remotely, making it possible to conduct the various phases of a given mission (approach, attack and confirmation of the outcome) with no onboard personnel. This new technology, that achieves the common aim of employing military force in conditions of “risk-free warfare”⁴, entails a radical change in strategy and rules of engagement⁵.

Beyond the challenge that drones pose to the very concept of “battlefield”, the question arises whether their use is really consistent with current International Law rules and what collateral effects to long term they may have, considered their ethical and humanitarian impact⁶.

Several International Law scholars have examined the legal theories and the relevant State practice in order to identify the correct standards that should regulate this new

defined under international law» (par. 7). Following Reports *on extrajudicial, summary or arbitrary executions* (U.N. doc. A/68/382, 13 September 2013) and *on Promotion and protection of human rights and fundamental freedoms while countering terrorism* (U.N. doc. A/68/389, 18 September 2013) by Special Rapporteurs Christof Heyns e Ben Emmerson, respectively, confirmed that such a practice pose a question of «legal controversy», notably as regards the legitimate use of force «outside situations of armed conflict».

³ M. E. O’CONNELL, *Remarks: The Resort to Drones Under International Law*, in *Den. Jour. Int. Law. Pol.*, vol. 39, nn. 4, pp. 585-600, reports that «the first known use of a drone to kill a named individual occurred in Afghanistan in November 2001. This was about a month after the United States and the United Kingdom launched the intervention of October 7, 2001, in response to the 9/11 attacks» (p. 58). On that occasion, the United States Air Force led the operation, which fell within an armed conflict. Instead, the first drone strike carried out by the CIA occurred in Yemen on November, 3, 2002, when six persons – including a suspected top leader in the al-Qa’idah organization and a U.S. citizen – were killed while travelling in a passenger vehicle. The former Special Rapporteur on Extrajudicial, Summary, or Arbitrary Executions of the U.N. Human Rights Commission, Mrs. Asma Jahangir, disputed the legality of such operation, asserting that it «constitutes a clear case of extrajudicial killing», since it did not comply with international human rights and humanitarian law standards (see U.N. Doc. E/CN.4/2003/3, 13 January 2003, at par. 39).

⁴ The idea of a risk-free warfare is expressed by W. M. ARKIN, *Unmanned: Drones, Data, and the Illusion of Perfect Warfare*, New York, 2015 in terms of «illusion».

⁵ According to R. VOGEL, *op. cit.*, p. 102, «[d]rone targeting has proven to be spectacularly successful – both in terms of finding and killing targeted enemies and in avoiding most of the challenges and controversies that accompany using traditional forces». The same opinion is shared by S.-D. BACHMANN, *Targeted Killings: Contemporary Challenges, Risks and Opportunities*, in *Jour. Conf. Sec. Law*, 2013, vol. 18, n. 2, pp. 259-288, at 262, who claims that «[t]argeted killing seems to achieve tangible returns in terms of ‘decapitating’ terrorist networks».

⁶ Among International Law scholars there is a wide discussion on this topic, that involves many specific issues: e.g., the legal status of the CIA civilian drone operators (see A. BURT & A. WAGNER, *Blurred Lines: An Argument for a More Robust Legal Framework Governing the CIA Drone Program*, in *The Yale Journal of International Law Online*, vol. 38, pp. 1-15, available at <http://www.yjil.org/docs/pub/o-38-burt-wagner-blurred-lines.pdf>, who warn that «[w]ithout the legal status of combatant [...], CIA civilians who operate drones that hunt and shoot Hellfire missiles at al Qaeda militants arguably lose both the protection due to civilians and the immunity reserved for lawful combatants, rendering them both lawful targets of attack and criminally liable (for war crimes under international law or for murder under domestic law where the hostilities occur)» and propose, as a possible remedy, «to shift the program – or at the very least, the lethal nodes of it – to military control»; at pp. 11 and 15) or the relevance of a new «legal geography of war», as claimed by K. ANDERSON, *Targeted Killing and Drone Warfare: How We Came to Debate Whether There Is a ‘Legal Geography of War’*, in P. BERKOWITZ (ed.), *Future Challenges in National Security and Law*, 2011, pp. 1-17, available at www.futurechallengesessays.com. See also N. LUBELL and N. DEREJKO, *A Global Battlefield? Drones and the Geographical Scope of Armed Conflict*, in *Jour. Crim. Inst.*, vol. 11, 2013, pp. 65-88.

method of warfare. Even this article will try to analyze the use of drones for targeted killings in order to establish the proper legal framework under which such operations should be regulated. Actually, the application of a particular set of international rules and, ultimately, the legality of drone strikes themselves depend on their qualification as law enforcement measures or as military operations conducted under International Humanitarian Law (hereinafter IHL). A further but disputable hypothesis considers drone strikes as lawful self-defence responses to an armed attack, even if they are launched long after it, in a different place and not against those directly responsible⁷.

Since each hypothesis could be matched with a different legal framework, it is worthy to briefly explain first the major differences among them. Thus, assuming that targeted killings are ordinary anti-terrorism operations, they should be considered as law enforcement measures which must comply with the norms and principles of International Law and International Human Rights Law (hereinafter IHRL) applicable in time of peace. Conversely, if they are considered as typical war operations – or even in the case in which, regardless their “intrinsic” legal nature, they are launched during a declared armed conflict – the appropriate legal framework to comply with is the IHL. Lastly, State practice shows that drones are mostly used in warfare scenarios which do not reach the threshold of armed conflicts. In such contexts, they are claimed to be self-defence responses to armed attacks launched by international terrorists, provided their consistency with current *ius ad bellum* rules⁸.

2. *The admissibility of self-defence against non-State actors after 11 September 2001: “a Grotian moment”?*

To establish if drone strikes against international terrorists can be considered as lawful measures of self-defence, the preliminary question is of a general nature and regards the current range of the *ius ad bellum* rules after 11 September 2001. Actually, according to some scholars, the extraordinary nature of the terrorist attacks of 9/11, because of the grave violation of the territorial sovereignty of the United States and the high number of casualties, caused an irrevocable shift of the legal conditions under which both the State injured and the international community as a whole are legitimated to respond⁹.

⁷ That is, ultimately, the United States position. In the *Department of Justice White Paper (Lawfulness of a Lethal Operation Directed Against a U.S. Citizen Who Is a Senior Operational Leader of Al-Qa’ida or An Associated Force)*, it can be read: «[t]he President has authority to respond to the imminent threat posed by al-Qa’ida and its associated forces, arising from his constitutional responsibility to protect the country, the inherent of the United States to national self defense under international law, Congress’s authorization of the use of all necessary and appropriate military force against this enemy, and the existence of an armed conflict with al-Qa’ida under international law» (p. 1). See *infra*, par. 4-5.

⁸ See J. J. PAUST, *Self-Defense Targetings of non-State Actors and Permissibility of U.S. Use of Drones in Pakistan*, in *Col. Jour. Trans. Law*, vol. 19, n. 2, pp. 237-280, notably at 238. Of the same A. see also *Operationalizing Use of Drones Against non-State Terrorist Under the International Law of Self-Defense*, in *Alb. Gov. Law Rev.*, 2015, pp. 166-203.

⁹ On the right to use force in self-defence against non-State actors, emerging from the 9/11 attacks as a “constitutional moment”, see A.-M. SLAUGHTER & W. BURKE-WHITE, *An International Constitutional Moment*, in *Harv. Int. Law Jour.*, vol. 43, 2002, pp. 2-21. According to T. REINOLD, *State Weakness, Irregular Warfare, and the Right to Self-Defense Post-9/11*, in *Am. Jour. Int. Law*, vol. 105, n. 2, 2011, pp. 244-286, such a right implies the possibility of a military intervention in the place of States that are “unwilling or unable” to control their

As with other decisive events in the history of international law (the creation of the Nuremberg Tribunal or the establishment of the United Nations), the concept of “*Grotian Moment*” has been evoked to describe «a transformative development in which new rules and doctrines of customary international law emerge with unusual rapidity and acceptance»¹⁰.

Actually, such were the seriousness of the crimes committed and the significance of the violations of national territorial integrity and internal security, that the adoption of effective repressive measures (related with the need to contend with a terrorist threat of such intensity and danger and to prevent the recurrence of similar events) was indispensable. This aspect pertains to the *legitimacy* of the response of the affected State, *i.e.* to the State’s general interest to protect itself and its citizen. It remains to be established, however, whether the legal basis for such measures can be found in the norms of International Law already in force at the time of the 9/11 attacks or whether – following the aforementioned “Grotian Moment” theory – the attacks themselves, inasmuch as they demanded a “qualitatively” unprecedented response (due to their extent), did not contribute to a change of the applicable rules.

The aggressor’s status as a non-State *terrorist* actor is the main innovative element that, according to some authors, would justify the application of rules other than those traditionally concerning *ius ad bellum* between sovereign States. Hence, the overall response to the 9/11 attacks, as well as the single military operations carried on against the terrorists for the aforementioned purpose of protecting national security, would be qualified in terms of self-defence. Moreover, this would warrant the possibility of applying the special rules governing the *ius in bello* to such operations until the attack is finally ended and peace re-established¹¹.

However, if a serious terrorist act is considered a real armed attack or even an act of war (*i.e.* a serious breach of the prohibition of the use of force, to the extent that such act can actually give rise to an armed conflict), it then becomes necessary to establish *on a legal basis* what constitutes an appropriate response, considering both the nature of the enemy and the type of the conflict, as well as the role of the other States concerned – not only those in which the terrorists themselves hide or maintain bases, but also those that, at given

territory effectively. See also I. JOHNSTONE, *The Plea of “Necessity” in International Legal Discourse: Humanitarian Intervention and Counter-terrorism*, in *Col. Jour. Trans. Law*, vol. 43, n. 2, 2005, pp. 337-388.

¹⁰ M. P. SCHARF, *Seizing the “Grotian Moment”: Accelerated Formation of Customary International Law in Times of Fundamental Change*, in *Cornell Int. Law Jour.*, vol. 43, 2010, pp. 439-469, at p. 444. Despite its reference to the classic doctrine of the “father of international law”, the expression “Grotian moment” has been coined in recent times by Professor Richard Falk (*The Grotian Moment*, in R. FALK, F. KRATOCHWIL and S. H. MENDLOVITZ (eds.) *International Law: A Contemporary Perspective*, Boulder, 1985, pp. 7-42). It denotes a sudden change of customary international rules hitherto generally recognized and applied and it is similar to the concept of “international constitutional moment”, although it «may signify a broader change and a wider-ranging development, which affects international law on the whole, and not merely subfields of international law» (M. STERIO, *A Grotian Moment: Changes in the Legal Theory of Statehood*, 2010, pp. 1-27, at p. 5, available at: http://works.bepress.com/milena_sterio/5). SCHARF, *ibid.*, also distinguishes the theory of the “Grotian moment” from that of “instant customary law” (proposed by B. CHENG, *United Nations Resolutions on Outer Space: “Instant” International Customary Law?*, in *Ind. Jour. Int. Law*, vol. 5, 1965, pp. 23-48), claiming that the first «contemplates accelerated formation of customary international law through states’ widespread acquiescence or endorsement in response to state acts, rather than instant custom based solely on General Assembly resolutions» (p. 446, note 34). To «instant custom» (with reference to the broadening of the notion of self-defence after the 9/11 attacks) addresses A. CASSESE, *Terrorism is Also Disrupting Some Crucial Legal Categories of International Law*, in *Eur. Jour. Int. Law*, vol. 12, n. 5, 2001, pp. 993-1001, at 997.

¹¹ *Infra*, parr. 4-5.

times and for specific operations, may provide military, logistical or even economic support¹². To this respect, for example, it is disputed if the use of force on the territory of another State in response to an armed attack launched by a non-State actor must be considered lawful when the territorial State is “unwilling” or “unable” to counter the terrorist threat itself¹³.

The raids recently carried out by some States against the Islamic State group in Syria and Iraq¹⁴ are a clear example of the current trend that considers lawful the use of armed force against terrorist groups even in the absence of an explicit authorization from the UN Security Council. Such operations are generally justified as measures of self-defence under Article 51 of the Charter of the United Nations, although they can be rather considered a legitimate reaction of the international community – legally represented by the States involved, acting *uti universi* – to the serious breach of *erga omnes* obligations, namely the prohibition of gross violations of human rights of the civilian population¹⁵.

¹² On the concept of “State-sponsored” terrorism and the legality under International Law of the U.S. legislation which abrogated the immunity of foreign States involved in sponsoring acts of terrorism against U.S. citizens, see W. P. HOYE, *Fighting Fire with... Mire? Civilian Remedies and the New War on State-Sponsored Terrorism*, in *Duke Jour. Comp. Int. Law*, vol. 12, 2002, pp. 105-152; S. MALZAHN, *State Sponsorship and Support of International Terrorism: Customary Norms of State Responsibility*, in *Hast. Int. Comp. Law Rev.*, vol. 26, 2002, pp. 83-114; D. JINKS, *State Responsibility for Sponsorship of Terrorist and Insurgent Groups*, in *Chin. Jour. Int. Law*, 2003, pp. 83-107.

¹³ According to the *Alston Report*, *cit.*, «under the law of inter-state force [a] targeted killing conducted by one State in the territory of a second State does not violate the second State’s sovereignty if either (a) the second State consents, or (b) the first, targeting, State has a right under international law to use force in self-defence under Article 51 of the UN Charter, because (i) the second State is responsible for an armed attack against the first State, or (ii) the second State is unwilling or unable to stop armed attacks against the first State launched from its territory. International law permits the use of lethal force in self-defence in response to an “armed attack” as long as that force is necessary and proportionate» (par. 35). For a normative analysis of the “unwilling or unable” test, see A. S. DEEKS, “Unwilling or Unable”: *Toward a Normative Framework for Extraterritorial Self-Defense*, in *Va. Jour. Int. Law*, vol. 52, n. 3, 2012, pp. 483-550, who claims that «[m]ore than a century of state practice suggests that it is lawful for State X, which has suffered an armed attack by an insurgent or terrorist group, to use force in State Y against that group if State Y is unwilling or unable to suppress the threat. Yet there has been virtually no discussion, either by states or scholars, of what that standard means» (p. 486). However, the Author admits that «I have found no cases in which states clearly assert that they follow the test out of a sense of legal obligation (i.e., the *opinion juris* aspect of custom), nor have I located cases in which states have rejected the test. Even if one concludes that the rule does not rise to the level of custom, however, the rule makes frequent appearances in state practice and therefore is the appropriate starting point from which to determine how the norm should develop» (p. 503, note 70).

¹⁴ Before launching the strikes against Islamic State’s placements in Syria, Foreign Minister Laurent Fabius declared that they would have been carried out «under Article 51 of the United Nations Charter, in other words, in self-defence», since «as soon as it is established that from Syrian territory, which is not entirely controlled by the Syrian government... Daesh forces are threatening French interests, both outside and inside France, it is perfectly legitimate that we defend ourselves». Also British Prime Minister David Cameron referred to the same rationale to justify the RAF drone strike that killed two British extremists in the Syrian city of Raqqa on August 21. Such argument, however, is not entirely convincing. According to Aisling Reidy, a senior legal advisor at Human Rights Watch, «[i]nvoking the right to self-defence does not give the French government a blank cheque to conduct targeted assassinations [on Syrian soil] under a general claim of threat to national security [...] Unless they can produce evidence of a direct and imminent threat of loss of life where using lethal force is essential to protect lives, then in accordance with human rights standards self-defence under the UN Charter does not give them the right to kill». See <http://tribune.com.pk/story/955050/france-invokes-self-defence-for-syria-air-strikes/>

¹⁵ That is the clear opinion of P. PICONE, *Unilateralismo e guerra contro l’ISIS*, in *Riv. Dir. Int.*, n. 1/2015, pp. 5-27, at 21, who argues that the military intervention of U.S. and their allies against the Islamic State group cannot be deemed as a form of «pre-emptive self-defence» (pursuant to the outdated and no more acceptable

By contrast, those who maintain that all terrorist acts, regardless of their gravity, amount only to international crimes – albeit horrific – and not to armed attacks, do not consider lawful any response qualitatively differing from those permissible on the basis of IHRL. Hence, in this perspective, the customary rules of *ius ad bellum* (i.e. the generally recognized legal conditions to start an armed conflict) could not find legitimate application in such situations¹⁶.

Whether or not the attacks of 9/11 caused a «transformative development» of customary rules applicable to counter terrorism operations, it must be noticed that International Law has experienced significant changes over the course of the first decade of the 21st century, due to the emergence of new forms of responsibility associated with the unlawful use of armed force by entities (such as terrorist groups) lying outside the traditional legal paradigms of interstate relations. Prior to this, in fact, the use of force by non-State actors, when falling short of a non-international armed conflict¹⁷, was taken into consideration basically in order to assess – through the well-known “control” test¹⁸ – the responsibility of the State that sponsored the attack, for the breach of the general prohibition established in art. 4, par. 2 of the UN Charter. Accordingly, the terrorist aim was not *ex se* a sufficient reason to convert a crime in an armed attack which warranted a self-defence response consistent with International Law by the State injured.

Yet, in the aftermath of the attacks of 9/11, such a huge and unexpected increase of the global terrorist threat has led international scholars to question whether the customary criteria for the attribution of international responsibility for the breach of the prohibition of the use of force could still have been considered valid. Due to the exceptional circumstances in which the attack has been carried out and the grave aggression brought to the territorial integrity of the United States, it has been recognized that the related responsibility should have been entirely attributed to the terrorist group, whose unlawful aims – namely, to cause the maximum possible damage to the U.S. interests, including the killing of its citizens as legitimate “military targets” of an absurd “defensive jihad”¹⁹ –

Bush doctrine), but as a «global war» against a structural phenomenon which follows criminal purposes and represents a serious threat for the whole international community.

¹⁶ M. E. O’CONNELL, *Remarks, cit.*, p. 597, argues that terrorism is generally a «crime», which cannot give rise to an armed conflict «regardless of how serious the consequences».

¹⁷ *Infra*, par. 3.

¹⁸ In the famous *Nicaragua* case (ICJ, *Military and Paramilitary Activities In and Against Nicaragua (Nicaragua v. United States)*, 27 June 1986), the ICJ used the «effective control» test – as subsidiary alternative to the «strict control» one – to ascertain the possibility of attributing an act of a non-State armed group to a State. The «effective control» test is based on a “case by case” assessment about the «financing, organizing, training, supplying and equipping» of the non-State actor, as well as «the selection of its military or paramilitary targets and the planning of the whole of its operation» by the State organs (*ibid.*, par. 115). In the *Tadić* case (ICTY, Appeal Chamber, *Prosecutor v. Tadić*, Case No. IT-94-1-A, 15 July 1999), the ICTY proposed a different test, based on a less rigid «overall control» going beyond the mere financing and equipping of such forces and involving also participation in the planning and supervision of military operations» (*ibid.*, par. 120-121). However, in the *Genocide* case (ICJ, *Application of the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide*, 27 february 2007), the ICJ confirmed the approach followed in the *Nicaragua* case.

¹⁹ A. C. ORR, *Unmanned, Unprecedented, and Unresolved: The Status of American Drone Strikes in Pakistan Under International Law*, in *Cornell Int. Law Jour.*, vol. 44, pp. 729-752, quoting the “al-Qa’ida goals” and the “Messages to the world” of Osama bin Laden, affirms that «[t]he ongoing threat from al Qaeda is underscored by al Qaeda’s emphasis on the fact that all Americans are targets. Assuming that al Qaeda’s goals survive the death of Osama bin Laden, al Qaeda holds American people complicit in the actions of their government, and regards those actions as justifications for the armed attacks that bin Laden called “defensive jihad”» (pp. 737-738).

assumed, in this perspective, specific relevance. Actually, it is just on the basis of the support to the terrorist aims that the State sponsor's responsibility has been established, thus reversing the traditional paradigm under which the self-defence measures carried out by the State victim can be considered consistent with *ius ad bellum* rules. In the words of Cassese: «[s]o far self-defence has been justified only *against states* [...]. As a consequence, the target was specified: the aggressor state. The purpose was clear: to repel the aggression. Hence also the duration of the armed action in self-defence was fairly clear: until the end of aggression. Now, instead, all these conditions become fuzzy. Problems arise to the *target* of self-defence, its *timing*, its *duration*, and the *admissible means*»²⁰.

Such an innovation of the self-defence paradigm, codified in the well-known UN Security Council resolutions 1368 and 1373 of 12 and 28 September 2001, has therefore to be considered when assessing the legality of the related measures taken by the States victims against non-State actors. Accordingly, the lawfulness of the use of drones for the purpose of targeted killings must be reviewed also in the light of this new framework under which the counterterrorism operations are currently carried out.

3. *The prohibition of extrajudicial killings pursuant to International Human Rights Law standards applicable in times of peace.*

In the previous paragraph it has been reported how the terrorist attacks of 9/11 introduced some significant elements of innovation within the legal framework related to self-defence, notably because of the unprecedented legal relevance assigned to the entity responsible of the attacks. It must be then established whether such innovations might also entail a corresponding change of the rules applicable to the armed response originated by the attacks, properly as regards its «target», «timing» and «duration», provided that the use of force should be considered, in this perspective, an «admissible means»²¹.

The simplest scenario provides that, with the attacks of 9/11, the terrorist organization of al-Qa'ida gave rise to an armed conflict against the United States. Hence, it must be assessed whether such a conflict, because of its specific features, is still in course and, if so, with what legal means of combat it may be fought. The deployment of remotely-controlled military technology consistent with IHL for the killing of individuals belonging to the aggressor terrorist organization, in fact, should be considered fully acceptable if an armed conflict does exist between the parties.

²⁰ A. CASSESE, *Terrorism*, cit., p. 997. See also N. RONZITTI, *The Expanding Law of Self-defence*, in *Jour. Conf. Sec. Law*, vol. 11, 2006, pp. 343-359.

²¹ See K. ANDERSON, *Targeted Killing in U.S. Counterterrorism Strategy and Law (A Working Paper of the Series on Counterterrorism and American Statutory Law, a joint project of the Brookings Institution, the Georgetown University Law Center, and the Hoover Institution)*, 11 May 2009, available at: <http://ssrn.com/abstract=1415070>, who argues that «American counterterrorism is a hybrid employing distinct palettes of legal tools. One is criminal law enforcement; another is armed conflict. Americans have been arguing about these two palettes [...] nonstop since September 11. Each occupies important ground in the legal and policy regulation of uses of force and violence in counterterrorism. As a matter of long-term counterterrorism strategy, each will continue to play an important role. Moreover, despite many now-familiar arguments, sometimes ferocious, over such issues as Guantánamo, habeas corpus, civilian versus military criminal trials, detention, rendition, and interrogation, each of these fields – law enforcement and armed conflict – have well established legal and policy protocols» (p. 5).

Conversely, if in the given situation the threshold of armed conflict has not been reached, since the single terrorist acts after those of 9/11 – albeit interrelated and intended to serve the same subversive goal – cannot be considered *inter se* functionally-connected so as to constitute single acts of a whole offensive war), it would appear to be more difficult to find a legal rationale for drone strikes as a lawful means of reaction.

According to some leading scholars, despite its extreme violence, highly destructive consequences and large number of victims, a terrorist attack could never trigger an armed conflict, due to the absence of a sufficient level of «intensity of fighting» between the belligerent parties²². However, it is arguable that the absence of “fighting”, in its traditional meaning, would partially depend on the very nature of such attacks, which generally entail the suicide of the terrorist attackers and deny the victims the possibility of responding, if not prevented in advance.

On the other hand, the Israeli High Court of Justice, addressing acts of terrorism against Israeli citizens, maintained, in accordance with its constant case law, that «between Israel and the various terrorist organizations active in Judea, Samaria, and the Gaza Strip (hereinafter “the area”) a continuous situation of armed conflict has existed since the first intifada». This state of continuous conflict can be inferred from the fact that «[...] the State of Israel is under a constant, continual, and murderous wave of terrorist attacks, directed at Israelis – because they are Israelis – without any discrimination between combatants and civilians or between men, women, and children»²³. Viewed in this light, individual terrorist acts are not isolated incidents, but parts of an unique armed attack, indiscriminately targeting both military forces and the civilian population.

The lack of a generally-accepted definition of the crime of terrorism easily encourages the inclination of States to unilateralism and self-regulation, so that it is shareable the opinion that «international law currently is not in a position to guide State behaviour with respect to targeted killings»²⁴. The main problem, however, does not seem to be the absence of a legal definition of terrorist or its overlap with that of “freedom fighter” (a terrorist group, in fact, can hardly be confused *stricto sensu* with an armed movement for liberty or self-determination)²⁵. What is more problematic are the changing circumstances in which the crime of terrorism is perpetrated. As noted before, international legal practice in the wake of the 9/11 attacks certainly reflects the need of a common response to the increased danger posed by terrorist groups, as well as to the global nature of the offensive

²² M. E. O' CONNELL, *Remarks, cit.*, p. 597. See also ID., *Unlawful Killing with Combat Drones: A Case Study of Pakistan, 2004-2009*, in S. BRONITT (ed.), *Shooting To Kill: The Law Governing Lethal Force in Context*, Notre Dame Legal Studies Paper No. 09-43, 2010, available at <http://ssrn.com/abstract=1501144>; *Drones under International Law*, Washington University Law, Whitney R. Harris World Law Institute, 8 October 2010, available at <http://law.wustl.edu/harris/documents/OConnellFullRemarksNov23.pdf>.

²³ Israeli High Court of Justice, *The Public Committee against Torture in Israel and Palestinian Society for the Protection of Human Rights and the Environment v. The Government of Israel* (and others), Judgement of 11 December 2005, par. 16. On the Israeli policy on targeted killings, see R. OTTO, *Targeted Killings and International Law*, Heidelberg (Springer), 2012.

²⁴ W. J. FISHER, *Targeted Killing, Norms, and International Law*, in *ColumJTransnatlL*, vol. 45, 2006-2007, pp. 711-758.

²⁵ It can be shared the opinion of C. J. TAMS, *The Use of Force against Terrorists*, in *Eur. Jour. Int. Law*, vol. 20, 2009, pp. 359-397, at p. 361, who argues that «the definitional problem has not paralysed the international community. It has not stopped states from asserting a right to use force against persons or groups they claimed were ‘terrorists’, and it has not stopped others from reacting to those assertions». See also P.-M. DUPUY, *State Sponsors of Terrorism: Issues of International Responsibility*, in A. BIANCHI (ed.), *Enforcing International Law Norms against Terrorists*, Portland (Hart Publishing), 2004, pp. 3-16, at p. 6.

strategies they have adopted, but this has not led yet to the creation of a special regime (whether by treaty or customary law), in order to properly contend with this phenomenon²⁶.

Anyway, as it has been correctly observed, «even the reaction to the worst and most treacherous attacks or any action aiming to prevent such incidents must adhere to the rule of law»²⁷. After the killings of a U.S. citizen in Yemen in 2011 and of two U.K. citizens in Syria in 2015, the duty of acting States to ensure that drone missions comply with the rule of law principle, preventing extrajudicial killings of their own citizens, has been strongly emphasized by the public opinion²⁸.

Since 9/11, the fight against international terrorism has involved the whole international community in the search for new legal instruments to target and punish the responsible, including individuals. To this respect, for example, the well-known U.N. Security Council “targeted sanctions” regime, with the establishment of listing and de-listing procedures of individuals suspected of terrorist activities before the Sanction Committee²⁹, has been firmly criticized – despite its proven efficacy – as targeted

²⁶ For a general survey on the international legal system’s response to terrorism, see G. ABI-SAAB, *The Proper Role of International Law in Combating Terrorism*, in *Chin. Jour. Int. Law*, 2002, pp. 305-313; A. AUST, *Counterterrorism: A New Approach. The International Convention for the Suppression of the Financing of Terrorism*, in *Max P. YB. Un. Nat. Law*, 2001, pp. 285-306; A. Ü. BÄLI, *Stretching the Limits of International Law: the Challenge of Terrorism*, in *ILSA Jour.*, 2002, pp. 403-416; I. BANTEKAS, *The International Law of Terrorist Financing*, in *Am. Jour. Int. Law*, 2003, pp. 315-333; R. P. BARNIDGE, *Non-state Actors and Terrorism: Applying the Law of State Responsibility and The Due Diligence Principle*, The Hague, 2008; M. C. BASSIOUNI, *Legal Control of International Terrorism: A Policy-Oriented Assessment*, in *Harv. Int. Law. Jour.*, 2002, pp. 83-103; F. BATTAGLIA, *Il terrorismo nel diritto internazionale*, Napoli, 2012; T. BECKER, *Terrorism and the State. Rethinking the Rules of State Responsibility*, Oxford, 2006; A. BIANCHI, *Enforcing International Law Norms Against Terrorism*, Oxford, 2004; M. BYERS, *Terrorism, the Use of Force and International Law after 11 September*, in *Int. Comp. Law Quart.*, 2002, pp. 401-414; A. CASSESE, *The Multifaceted Criminal Notion of Terrorism in International Law*, in *Jour. Int. Crim. Just.*, 2006, pp. 933-958; J. I. CHARNEY, *The Use of Force Against Terrorism and International Law*, in *Am. Jour. Int. Law*, vol. 95, n. 1, 2001, pp. 835-839; J. DELBRÜCK, *The Fight against Global Terrorism: Self-Defense or Collective Security as International Police Action? Some Comments on the International Legal Implications of the “War against Terrorism”*, in *Germ. YB. Int. Law*, 2001, pp. 9-24; M. DU PLESSIS, *Terrorism and National Security. The Role of the Judiciary in a Democratic Society*, in *Eur. Hum. Rights Law Rev.*, 2007, pp. 327-334; M. J. GLENNON - S. SUR (eds.), *Terrorism and International Law / Terrorisme et droit international*, Leiden, 2008; G. GUILLAUME, *Terrorism and International Law*, in *Int. Comp. Law Quart.*, 2004, pp. 537-548; G. HOON, *The Legal Response to Global Terror*, in *Calif. West Int. Law Jour*, 2007, pp. 107-116; N. MCGARRITY - A. LYNCH - G. WILLIAMS (eds.), *Counter-Terrorism and Beyond: The Culture of Law and Justice After 9/11*, Abingdon, 2010; D. MOECKLI, *The Emergence of Terrorism as a Distinct Category of International Law*, in *Texas Int. Law Jour.*, 2009, pp. 157-183; V. P. NANDA, *Law in the War on International Terrorism*, Ardsley, NY (Transnational Publishers), 2005; G. NESI (ed.), *International Cooperation in Counter-Terrorism*, Burlington, 2004; E. ROSAND, *Security Council Resolution 1373, The Counter-Terrorism Committee and The Fight Against Terrorism*, in *Am. Jour. Int. Law*, 2003, pp. 333-341; A. SAMBEI - A. DU PLESSIS - M. POLAINE, *Counter-Terrorism Law and Practice: An International Handbook*, Oxford, 2009; B. SAUL, *Defining Terrorism in International Law*, 2006.

²⁷ R. OTTO, *Targeted Killings*, *cit.*, p. 535.

²⁸ See the post on *Opinio Juris* blog of K. J. HELLER, *Let’s Call Killing al-Awlaki What It Still Is – Murder*, available at <http://opiniojuris.org/2014/06/23/lets-call-killing-al-awlaki-still-murder/>.

²⁹ Security Council resolution 1267 (1999) first imposed sanctions against the Taliban for their support to the al-Qa’ida organization and, particularly, for allowing the territory under their control to be used «for terrorist installations and camps, or for the preparation or organization of terrorist acts against other States or their citizens». It also established a Sanctions Committee for the dual purpose of designating Taliban individuals and entities associated with al-Qa’ida and monitoring the implementation of sanctions (S/RES/1267 (1999), at parr. 1 and 4). The introduction of the “listing” procedure is specifically due to the subsequent resolution 1333 (2000). Following the adoption of this resolution, the main task of the Committee was to establish and periodically update various lists of individuals and entities against which sanctions had to be applied, on the basis of the relevant information provided by the national intelligence services of the member States or by

individuals have no power to challenge the application of such measures (mostly consisting in freezing their funds or other financial resources)³⁰. This feature affects the very nature of the sanctions, by making them similar to criminal penalties. Even with the further establishment of the “focal point”³¹ and the “Ombudsperson”³², the Security Council failed to provide a clear review mechanism of the Committee’s decisions, as neither of the two can be considered consistent with the principles of rule of law and due process³³.

Accordingly, International Law scholars seem to concur on the illegality of targeted killings, when falling short of the legal framework of armed conflict³⁴. Under ordinary peacetime conditions, in fact, territorial control, crime-prevention and the repression of illegal behaviour must be implemented by means that do not involve the use of force and comply with IHRL standards. Temporary and cautionary arrest and detention are thus generally permitted, as they are measures that limit personal freedom pursuant to a fair trial,

regional organizations. It is from this moment on that the practice of “listing” came into force. After 11 September 2001, the sanctions’ regime was extended to the «al-Qa’ida network» and strengthened through new measures by resolution 1390 (2002).

³⁰ Several authors have considered the implications, for the rule of law, of the Security Council’s role and actions. See, *inter alia*, M. C. BASSIOUNI, *The Regression of the Rule of Law Under the Guise of Combating Terrorism*, in *Revue internationale de droit pénal*, 2005, pp. 17-26; A. BIANCHI, *Ad-hocism and the Rule of Law*, in *Eur. Jour. Int. Law*, 2002, pp. 263-272; E. CANNIZZARO, *Machiavelli, the UN Security Council and the Rule of Law*, Global Law Working Paper Series, n. 11/05, pp. 1-32; J. M. FARRALL, *United Nations Sanctions and the Rule of Law*, Cambridge (Cambridge University Press), 2009; O. M. FISS, *The War Against Terrorism and the Rule of Law*, in S. BREITENMOSER (ed.), *Human Rights, Democracy and the Rule of Law. Liber Amicorum Luzius Wildhaber*, Zürich (Gallen), 2007, pp. 1239-1263; J. A. FROWEIN, *The UN Anti-Terrorism Administration and the Rule of Law*, in P.-M. DUPUY - B. FASSBENDER - M. N. SHAW - K.-P. SOMMERMAN (eds.), *Völkerrecht als Wertordnung: Festschrift für Christian Tomuschat / Common Values in International Law: Essays in Honour of Christian Tomuschat*, Kehl (N. P. Engel Verlag), 2006, pp. 785-795; N. PHILLIPS, *Impact of Terrorism on the Rule of Law*, in *The Int. Lawyer*, 2009, pp. 13-26; S. SUCHARITKUL, *Jurisdiction, Terrorism and the Rule of International Law*, in *Golden Gate Univ. Law Rev.*, 2002, pp. 311-323.

³¹ S/RES/1730 (2006).

³² S/RES/1904 (2009). See also S/RES/1989 (2011) and S/RES/2083 (2012).

³³ In its judgement of 30 September 2010 on the case T-85/09 (*Yassin Abdullah Kadi v. Commission*), the third episode of the famous “Kadi saga”, the EU General Court stated that «the Security Council has still not deemed it appropriate to establish an independent and impartial body responsible for hearing and determining, as regards matters of law and fact, actions against individual decisions taken by the Sanctions Committee. Furthermore, neither the focal point mechanism nor the Office of the Ombudsperson affects the principle that removal of a person from the Sanctions Committee’s list requires consensus within the committee [...]. For those reasons at least, the creation of the focal point and the Office of the Ombudsperson cannot be equated with the provision of an effective judicial procedure for review of decisions of the Sanctions Committee» (par. 128). In the previous judgment on the joined cases C-402/05 P and C-415/05 P (*Yassin Abdullah Kadi and Al Barakaat International Foundation v. Council and Commission*) of 3 September 2008, the European Court of Justice, confirming its preceding case-law, stated that «it is to be borne in mind that the [European] Community is based on the rule of law, inasmuch as neither its Member States nor its institutions can avoid review of the conformity of their acts with the basic constitutional charter, the EC Treaty, which established a complete system of legal remedies and procedures designed to enable the Court of Justice to review the legality of acts of the institutions» (par. 81).

³⁴ See M. STERIO, *The United States’ Use of Drones in the War on Terror: The (Il)legality of Targeted Killings Under International Law*, in *Case West. Res. Jour. Int. Law*, vol. 45, 2012, pp. 197-214, at 201, who argues that «most targeted killings are illegal under international law; only a very small number of such killings, performed under carefully crafted circumstances, could potentially comply with the relevant rules of *jus ad bellum* and *jus in bello*, and only if one accepts the premise that the United States is engaged in an armed conflict against al-Qaeda».

while the arbitrary deprivation of human life is firmly prohibited, with the exception of killings strictly necessary in order to save other human lives, in emergency situations³⁵.

Public officials charged with law enforcement are thus authorized to kill only when their own lives or those of other innocent people are in immediate danger. This clearly excludes missions – whether by means of drones or even by more “traditional” methods – that constitute «intentional, premeditated and deliberate use of lethal force [...] against a specific individual who is not in the physical custody of the perpetrator»³⁶. It is precisely the element of premeditation that makes targeted killings incompatible with international IHRL, with specific reference to the aforementioned prohibition of the arbitrary deprivation of life. This is because, in the context of law enforcement operations, the killing of the “enemy” cannot be the legitimate purpose of a mission, but only the unintentional outcome of unforeseeable circumstances. Thus, although targeted killings would appear to be permissible in the context of armed conflict – assuming the prior identification of the military targets –, this is not the case for law enforcement operations, which must be consistent with the law applicable in times of peace. Such operations must, therefore, should be limited to the arrest of the terrorists and their delivery to the judicial authority³⁷.

Provided that the practice of targeted killings, when falling short of an armed conflict, is subject to the legal paradigm of law enforcement operations, the position of the States on whose territory such operations are carried out appears to be problematic³⁸. In principle, the absence of an explicit request for intervention, or at least tacit consent by the territorial State, would make recourse to the use of force illegal, as it would constitute a violation of the sovereignty of such States. The only acceptable exceptions could be referred to a specific authorization from the UN Security Council or to the need to safeguard primary national interests of the State concerned (as life or security of its citizens who are resident in the host State’s territory) in the face of a grave and imminent threat.

However, the territorial State’s consent could not be deemed sufficient to provide legitimacy for the targeted killing of terrorists outside the legal context of armed conflict.

³⁵ According to article 6, par. 1, of the *International Covenant on Civil and Political Rights*, «[e]very human being has the inherent right to life. This right shall be protected by law. No one shall be arbitrarily deprived of his life». The same prohibition is established by article 2 of the *European Convention on Human Rights*.

³⁶ See *Alston Report*, *supra*, note 2. See also *ibid.*, par. 33: «[...] under human rights law, a targeted killing in the sense of an intentional, premeditated and deliberate killing by law enforcement officials cannot be legal because, unlike in armed conflict, it is never permissible for killing to be the *sole objective* of an operation [...]. Lethal force under human rights law is legal if it is strictly and directly necessary to save life».

³⁷ In the case *McCann and others v. United Kingdom* (n. 1894/1991, judgement of 27 September 1995), the European Court of Human Rights, assessing whether the «anti-terrorist operation» conducted by the U.K. military forces against a group of terrorists belonging to the IRA organization had been «controlled and organised in a manner which respected the requirements of Article 2 (art. 2) and whether the information and instructions given to the soldiers which, in effect, rendered inevitable the use of lethal force, took adequately into consideration the right to life of the three suspects» (par. 201), stated that, in those specific circumstances, the killing of terrorists «[...] lacks the degree of caution in the use of firearms to be expected from law enforcement personnel in a democratic society, even when dealing with dangerous terrorist suspects». For these reasons, the Court was «not persuaded that the killing of the three terrorists constituted the use of force which was no more than absolutely necessary in defence of persons from unlawful violence within the meaning of Article 2 para. 2 (a) (art. 2-2-a) of the Convention» and declared «that there has been a breach of Article 2 (art. 2) of the Convention» (parr. 212-214).

³⁸ In the latter case, it is a matter of dispute whether a State may use armed force in the framework of an international policing operation solely on the basis of the unwillingness or proven inability of the territorial State to respond to a terrorist threat. *Supra*, note 11.

Such a consent, in fact, would be unlawful, as it would authorize a violation of IHRL with respect to the prohibition of the arbitrary deprivation of human life in peacetime. To be more precise, it should be considered *inutiliter datum*, since territorial State would authorize an unlawful operation that would never become lawful because of its mere consent³⁹. It depends upon the legal nature attributed to the prohibition in question to establish which consequences can be inferred from its violation.

Provided that the prohibition of the arbitrary deprivation of human life is a IHRL standard of customary nature, its violation authorized by the territorial State has as a consequence to shift the responsibility from the acting State to the territorial one within the limits of the consent given, but this does not change the unlawfulness of the action. It can be questioned whether the responsibility must be shared between the two of them when the consent has not been expressed explicitly, but only tacitly, namely through the acquiescence inferred from the absence of any formal protest towards the acting State. The international responsibility has to be shared likewise between the States involved whether the prohibition in question is supposed to fall into the category of *ius cogens* obligations (whose observance is entirely independent of the existence of a corresponding reciprocal obligation between the States involved in its breach), provided that it is based on the inviolability of the individual's right to life, albeit with the aforementioned exceptions (which do not affect *ex se* the peremptory nature of the prohibition). Hence, even if two States agreed to maintain the permissibility of extrajudicial killings in peacetime, such an agreement should be considered void, since it would conflict with a peremptory norm of International Law, as stipulated in articles 53 and 54 of the Vienna Convention on the Law of Treaties⁴⁰. Moreover, due to the high risk of collateral victims, drone strikes could be deemed, in time of peace, as disproportioned measures respect to the specific anti-terrorism objectives pursued by the States concerned, to the extent that, in the case in which they are repeated in series, causing indiscriminate terror among the civilian population, they could amount to an act of war themselves.

4. Targeted killings missions in asymmetric warfare and the respect of International Humanitarian Law.

If the legality of drone strikes must be excluded *a priori* in a scenario dominated by the compliance with IHRL, the further question should be whether and under what condition the use of drones can be admitted in situations of armed conflict regulated under IHL. As widely known, IHL rules are generally considered *lex specialis* with respect to those governing human rights protection, although IHRL standards keeps on being applied to «any legal gap»⁴¹. Of course, this does not mean that the prohibition of arbitrary

³⁹ According to the U.N. *Special Rapporteur* Alston, such a consent would fail to comply with the territorial State's «responsibility to protect those on its territory from arbitrary deprivation of the right to life». Hence, «a consenting State may only lawfully authorize a killing by the targeting State to the extent that the killing is carried out in accordance with applicable IHL or human rights law» (par. 37).

⁴⁰ For a general survey, see C. TOMUSCHAT - J.-M. TOUVENIN (eds.), *The Fundamental Rules of the International Legal Order: Ius Cogens and Obligations Erga Omnes*, Leiden, 2006. See also A. J. J. DE HOOGH, *Obligations Erga Omnes and International Crimes*, The Hague (Kluwer), 1996.

⁴¹ See M. MCNAB and M. MATTHEWS, *Clarifying the Law Relating to Unmanned Drones and the Use of Force: The Relationship Between Human Rights, Self-Defense, Armed Conflict, and International Humanitarian Law*, in *Den. Jour. Int. Law. Pol.*, vol. 39, n. 4, pp. 661-694, at 683.

deprivation of life has no relevance within an armed conflict, but only that the legal conditions for its admissibility under IHL are different from those applicable in peacetime⁴².

Indeed, according to IHL norms, codified in the Geneva Conventions of 1949 and Additional Protocols of 1977 but deriving from customary law (IHL constitutes one of the oldest bodies of the *corpus iuris gentium*), missions devised for the purpose of killing combatants in the enemy army are permissible and the accidental killing of civilians is tolerated, on condition that they occur within predetermined parameters.

It is well known that the Geneva Conventions and Protocols identify two types of armed conflict: *international* (as defined in art. 2, common to the four Conventions, and further detailed in art. 1, par. 4 of the First Additional Protocol) and *non-international*, the definition of which can be inferred, by exclusion, from that of international armed conflict (art. 3, common to the four Conventions, and art. 1, par. 1 of the Second Additional Protocol)⁴³. *Tertium non datur*: that is to say that, in accordance with the distinction provided in the aforementioned agreements (which – as noted above – fully reflect customary law in this matter), provided that the conflict originated from a terrorist attack and the consequent State response amount to an armed conflict consistent with IHL, it should fall under the second category, considering the non-State nature of the aggressor.

Some commentators argued, however, that the customary rules of IHL are not those appropriate to regulate this new kind of asymmetric warfare⁴⁴, as they were conceived in a different historical context (the so-called “Westphalian” one)⁴⁵. Actually, the “war on terror” is a classical example of asymmetric warfare, because of the aforementioned characteristics of the terrorist organizations involved and the way in which the conflict itself is conducted. To this respect, it can be questioned if IHL is ready to face a shift from traditional localized conflicts to a new kind of worldwide and virtually endless conflicts, in

⁴² In its Advisory Opinion concerning the *Legality of the Threat or Use of Nuclear Weapons* of 8 July 1996, the ICJ stated: «[i]n principle, the right not arbitrarily to be deprived of one's life applies also in hostilities. The test of what is an arbitrary deprivation of life, however, then falls to be determined by the applicable *lex specialis*, namely, the law applicable in armed conflict which is designed to regulate the conduct of hostilities. Thus whether a particular loss of life, through the use of a certain weapon in warfare, is to be considered an arbitrary deprivation of life contrary to Article 6 of the Covenant [of Civil and Political Rights, see note 28], can only be decided by reference to the law applicable in armed conflict and not deduced from the terms of the Covenant itself» (par. 25).

⁴³ Both Geneva Conventions and Additional Protocols fail to define armed conflict. According to the ICTY, it must be considered existing whenever «there is a resort to armed force between States or protracted armed violence between governmental authorities and organized armed groups or between such groups within a State» (ICTY, Appeal Chamber, *Prosecutor v. Tadić*, *cit.*, par. 55). The requirement of the “protraction” of the hostilities, however, does not meet general consent in order to qualify an armed conflict. See F. PATEL KING, O. SWAAK-GOLDMAN, *The applicability of International Humanitarian Law to the “War against Terrorism”*, in *Hague YB Int. L.*, pp. 39-49, at 47.

⁴⁴ On the concept of “asymmetric war” (addressed to weak States fighting against stronger ones), see T. V. PAUL, *Asymmetric Conflicts: War Initiation by Weaker Powers*, New York, Cambridge University Press, 1994.

⁴⁵ R. S. SCHONDORF, *Extra-State Armed Conflicts: Is there a Need for a New Legal Regime?*, in *NY. Univ. jour. Int. Law*, vol. 37, n. 1, 2004, pp. 1-78, calls for «the creation of a new category of armed conflict in international law for such situations – “extra-state armed conflict” – since such hostilities have unique features rendering their classification into traditional categories of intra or inter-state armed conflict inappropriate». He points out that «[t]he term “extra-state armed conflict” intends to capture the two defining characteristics of such hostilities: the idea that the conflict takes place, at least in part, outside the territory of the state; and the idea that an entity that is outside the framework of the state is a party to the conflict» (*ibid.*, pp. 5-6, note 19), although this new legal paradigm would be applicable to the armed conflicts between States and all kinds of non-State actors (not only terrorist groups).

which a State fights against a non-State terrorist group on the territory of other States and in which the State's citizens themselves are targeted and attacked as military objectives. Nor is it possible to select single customary rules to create a special legal framework, on the assumption that what is currently known as "war on terror" should be regulated under IHL because it is definitely a "just war"⁴⁶. On the other hand, once accepted the idea that the *ius ad bellum* rules have been innovated after 9/11 in order to broaden their scope and to admit accordingly the use of armed force in self-defence against non-State terrorist actors, it seems to be correct to assess whether this would entail also a corresponding innovation of the relevant IHL standards, provided that the acceptance of a *ius in bello specialis* for armed conflicts between States and non-State terrorist groups would presume the proven inadequacy of the current rules⁴⁷.

To this respect, it is known that both the Geneva Conventions and the Additional Protocols lack specific criteria for determining the legal conditions under which a state of non-international conflict can be said to exist. To this respect, importance should be given to the restrictive clause of art. 1, par. 2 of the Second Additional Protocol («[t]his Protocol shall not apply to situations of internal disturbances and tensions, such as riots, isolated and sporadic acts of violence and other acts of a similar nature, as not being armed conflicts»), as well as to the analysis of international practice and the relevant case-law of international Courts⁴⁸. On the basis of these elements, it may be concluded that, in order for hostilities to amount to a non-international armed conflict, they must be sufficiently *intense* and *prolonged* and involve a State and an *organized* non-State entity⁴⁹.

As regards the latter criterion, the terrorist group responsible for the attacks of 11 September can be said to possess an organizational structure suitable to be considered a veritable belligerent party (although its cells enjoy ample operative autonomy).

As for the intensity and duration of the conflict, it goes without saying that neither of these characteristics lends itself to rigid definition. Furthermore, although conflicts between a State and a terrorist group may not attain the intensity necessary to constitute an armed conflict at the time of the initial attack, they may do so at a later date. Accordingly, there is little reason to believe that a conflict of this kind will maintain the same level of intensity throughout its duration. It may, indeed, at one or more specific stages, entail only sporadic attacks and limited counter-attacks. In such an event, it is not easy to determine whether the conflict is still in progress or whether it should be "downgraded" to a simple succession of isolated armed attacks. *E.g.*, as for the U.S. drone campaign in Pakistan, it has been argued that «the nature and quantity of the armed engagements between Pakistan and militant groups, including the TTP [i.e. the Tehrik-e-Taliban Pakistan], have developed and changed over the past few years. An examination of the current state of the fighting in the context of existing jurisprudence regarding the definition of armed conflict confirms the

⁴⁶ See M. WALZER, *Just and Unjust War*, 4th ed., New York, Basic Books, 2006.

⁴⁷ To this respect, however, K. ANDERSON, *Targeted Killing*, *cit.*, p. 10, observes: «[a] resort to force might well raise an international law question of whether it constitutes, on the one hand, an act of aggression or, on the other, a lawful resort to self-defense. But that is a separate question from whether the particular resort to force *also* invokes IHL as the law governing the conduct of that resort to force».

⁴⁸ See above, note 43. For an overview of customary international law of armed conflict, see J.-M. HENCKAERTS and L. DOSWALD-BECK, *Customary International Humanitarian Law, Volume I: Rules*, ICRC, Cambridge University Press, 2005, available at <http://www.icrc.org/eng/assets/files/other/customary-international-humanitarian-law-i-icrc-eng.pdf>.

⁴⁹ See R. PROVOST, *International Human Rights and Humanitarian Law*, Cambridge, 2002, p. 266.

already prevalent conclusion in the general media that Pakistan and the TTP – and possibly the United States – are involved in an armed conflict»⁵⁰.

The question is not purely theoretical, but presents specific relevance when determining the permissibility of the use of drones for the purpose of targeted killings. Of course, if it is accepted the basic premise of the existence of a whole armed conflict between the United States and al-Qa'ida, in keeping with the view of the Israeli High Court cited above, there is no need to qualify the missions discussed here as individual acts of legitimate self-defence “in response to” or in the presence of an “imminent threat of” a terrorist attack⁵¹. The necessity and proportionality of acts committed within the framework of an armed conflict are evaluated in terms of overall military goals pursued by the State – neutralizing the enemy’s offensive capability, for example – regardless of the intensity of a given attack or of the response to it. By contrast, if the legal concept of an “overall armed conflict” against terrorists must be rejected in principle, there follows the need to ascertain the legal conditions for the application of IHL in every single Country where drone strikes have been launched⁵².

Ultimately, the way in which drone killings are considered, under a legal perspective, hinges upon whether the hypothesis of a “permanent” armed conflict between United States (and their allied) and the terrorist organization, sparked by the attacks of 9/11 and fought in the territory of any other State involved, is accepted or not⁵³.

In the former hypothesis, IHL requires the belligerent State to apply the well-known criteria of *necessity*, *proportionality*, *distinction* and *humanity*. Adherence to these principles ensures that the use of force in the framework of an armed conflict is commensurate with the military goals pursued and does not exceed predetermined limits, such as causing civilian deaths in an indiscriminate way. In this context, the use of drones for missions of targeted killings cannot be considered, in principle, a violation of the limits imposed by the respect of *ius in bello*. Actually, both the official position of the U.S. government and the majority of the commentators agree that the choice of targets (generally terrorists in positions of command within the organization and responsible for previous attacks) and the weaponry deployed in such strikes comply with the principles of necessity and proportionality.

With regard to the criterion of distinction, according to IHL standards the killing of civilians is tolerated – although always morally deplorable – if the military targets can be distinguished from civilian non-targets present in the area of conflict and if the weapons deployed allow such distinction. The drones used in targeted killings are supposed to comply with this criterion, although, in several occasions, people other than the military targets have been killed. It is also worth noting, in this context, that civilian victims may

⁵⁰ See L. R. BLANK and B. R. FARLEY, *Characterizing US Operations in Pakistan: Is the United States Engaged In An Armed Conflict?*, in *Fordh. Int. Law Jour.*, vol. 34, n. 2, 2011, pp. 151-189, at pp. 17-18.

⁵¹ *Infra*, par. 4.

⁵² N. LUBELL, *Extraterritorial Use of Force Against Non-State Actors*, Oxford, Oxford University Press, 2010, pp. 255-256, arguing over «the possibility of the Afghan conflict crossing borders» (that would legitimize U.S. drone strikes in Pakistan territory on the basis of an existing armed conflict), claims that «[...] this does not, however, lead to a *carte blanche* to strike at any individual in any country [...]. Individuals do not carry the battlefield away with them whenever they relocate to a different territory, otherwise there would be no possibility to disengage for an armed conflict. Rather, it is a question of whether the conflict activities themselves have also relocated». See also ID., *The War (?) Against Al-Qaeda*, in E. WILMHURST (ed.), *International Law and the Classification of Conflicts*, Oxford, Oxford University Press, 2012, pp. 421-454.

⁵³ *Infra*, par. 5.

present different levels of non-involvement in the military action: from those completely extraneous to the conflict who happened to be close to the target at the time of the mission, unacceptably killed by mistake, to those who implicitly accepted the risks entailed by remaining close to the terrorists, while being generally aware of the grave threat to their life.

Lastly, as for the principle of humanity, it may be agreed that «there is no evidence that drone strikes themselves cause any more injury or suffering than traditional forms of bombardment», although such a kind of technology appears inadequate to guarantee the enemy's right to surrender after being targeted, as well as to allow the shift of the goal of the mission (from killing to capture) at the latest stage⁵⁴.

It can thus be argued that the qualification of the “war on terror” as an armed conflict would, in principle, afford legitimacy to drone killings, provided that such operations comply with the aforementioned principles of IHL. However, this specific point appears to be still controversial. Actually, albeit the U.S. drone strikes programme seems to be conceived as a whole military strategy to fight international terrorism within the context of an ongoing armed conflict, its legal effects – and, ultimately, the admissibility of such practice under International Law – depend on various factors, namely the foreign State on whose territory the attacks are launched, their concrete modalities and targets. Hence, maintaining that, after the attacks of 9/11, the whole terrorist offensive failed to amount to an armed conflict consistent with IHL standards (except for isolated warfare situations, like that in Afghanistan from October to December 2001), the appropriate legal framework under which the legality of drone strikes should be assessed keeps on being that of IHRL. It remains to analyse, however, if the «disruption» of the legal category of self-defence by the 9/11 attacks allowed the injured State to target suspected terrorists, although the hostilities with the non-State entity involved does not rise to the level of an armed conflict. In this perspective, drone strikes have claimed to be an exceptional measure of use of force, tolerated for its legitimate purpose (the «inherent right» to self-defence, recognized by Article 51 of the U.N. Charter) even under the legal framework of IHRL⁵⁵. This questionable argument will be illustrated in the next paragraph.

5. Drone strikes as “pre-emptive” or “ongoing” self-defence measures against non-State actors.

As reminded above⁵⁶, the legal basis on which the «inherent right» of States to self-defence, recognized by Article 51 of the U.N. Charter could be exercised not only against another State and non-State entities acting on behalf of a foreign government⁵⁷, but also

⁵⁴ R. J. VOGEL, *Drone Warfare*, cit., p. 128.

⁵⁵ G. BLUM, P. HEYMANN, *Law and Policy of Targeted Killing*, in *Harv. Nat. Sec. Jour.*, Vol. 1, n. 145, 2010, pp. 145-170.

⁵⁶ *Supra*, par. 2.

⁵⁷ Such limitation directly from the “horizontal” structure of international relations, on whose basis every right that is recognized by virtue of membership in the international legal order (such as the right to self-defence) can only be legally exercised against opposite subjects that are formally members of the same legal order. The position of the International Court of Justice on this point – reflected in the well-known decisions in the *Military and Paramilitary Activities in and against Nicaragua* and *Oil Platforms* cases, as well as in the advisory opinion concerning the *Construction of a Wall in the Occupied Palestinian Territory* – has consistently been that the

against terrorist organizations has been found in the Security Council resolutions 1368 and 1373 of 2001, adopted in the aftermath of the 9/11 attacks⁵⁸.

While both of them expressly considered the attacks, «like any act of international terrorism [...], a threat to international peace and security», recognizing *inter alia* the legitimate resort to «individual or collective self-defence», in order to «combat by all means, in accordance with the Charter of the United Nations, threats to international peace and security caused by terrorist acts»⁵⁹, it has been noticed also that no limits on the right of self-defence can be inferred from the letter of the article 51 of the United Nations Charter⁶⁰. To this respect, there is no point recalling that the origin of the customary international rule on the right of self-defence is related to the *Caroline* incident, that involved British Forces and Canadian insurgents⁶¹. In this perspective, prominent scholars argued that International Law has evolved to recognize the admissibility of the right of self-defence against a non-State entity, regardless to the assessment of the State's "effective" or "overall" control, on the assumption that, since – under the classic "Nicaragua" legal paradigm – «[t]he use of force, by a state, against individuals or groups was *as such* not sufficient to violate the prohibition [of article 2, par. 4, of U.N. Charter]» which «only obliged states not to use force 'in their international relations'», even «anti-terrorist force» could be deemed lawful «as long as it did not concern the scope of states' international relations»⁶². This specific argument, however, seems to be strongly framed in a "Westphalian" perspective, in which international legality basically protects States' interests *uti singuli*, while does not takes into account those of the international community as a whole. In any event, it leads to another point at issue that will be further examined: the «legal geography» of self-defence⁶³.

Provided that the resort to self-defence against terrorist groups could be legally justified, some other questions remain unanswered. First, it should be considered whether

right of self-defence can rightly be invoked against a non-State group only when there is a link between the armed attack perpetrated by such a group and a State involved.

⁵⁸ For a comprehensive study on the Security Council role and activity pursuant to Chapter VII of the U.N. Charter and for a criticism of its self-attributed legislative powers, see R. CADIN, *I presupposti dell'azione del Consiglio di Sicurezza nell'articolo 39 della Carta delle Nazioni Unite*, Milano, 2009, notably at p. 278 ff.

⁵⁹ *Supra*, par. 2. In the advisory opinion concerning the *Legal Consequences of the Construction of the Wall in the Occupied Palestinian Territory*, the ICJ did not agree with the Israeli invocation of the right of self-defence essentially because the terrorist threat could not be considered *external* to the occupied territory controlled by Israel, regardless of the legal status of the parties involved: «[t]he Court also notes that Israel exercises control in the Occupied Palestinian Territory and that, as Israel itself states, the threat which it regards as justifying the construction of the wall originates within, and not outside, that territory. The situation is thus different from that contemplated by Security Council resolutions 1368 (2001) and 1373 (2001), and therefore Israel could not in any event invoke those resolutions in support of its claim to be exercising a right of self-defence» (ICJ, *Advisory Opinion* of 9 July 2004, par. 139).

⁶⁰ According to J. J. PAUST, *Self-Defense Targetings*, *cit.*, at p. 241, note 5, «[t]he word "state" does not appear as a limit in Article 51, although it appears elsewhere in the United Nations Charter, especially in Article 2(4) with respect to restrictions on the right of member states to use armed force against the territorial integrity or political independence of another state. U.N. Charter art. 2, para. 4. It is evident, therefore, that the drafters knew how to use the word "state" as a limitation and chose not to do so with respect to armed attacks and the "inherent right" of self-defence addressed in Article 51 of the Charter».

⁶¹ See M. A. ROGOFF, E. COLLINS, JR., *The Caroline Incident and the Development of International Law*, in *Brooklyn Jour. Int. Law*, vol. 16, 1990, pp. 493 *et seq.*; J. KITTRICH, *The Right of Individual Self-Defence in Public International Law*, Berlin (Logos), 2008, pp. 153 *et seq.*

⁶² C. J. TAMS, *The Use of Force*, *cit.*, p. 365.

⁶³ K. ANDERSON, *Targeted Killing and Drone Warfare*, *cit.* (*supra*, note 5).

the single terrorist attacks that would warrant the State resort to self-defence must reach a minimum threshold of intensity to amount to an “armed attack” pursuant to International Law standards. On this aspect too, the relevant State practice is not unequivocal. Although it is generally accepted that occasional and limited armed cross-border incursions do not satisfy the requirements of an armed attack⁶⁴, the sufficient threshold of intensity must be evaluated with regard to the concrete circumstances in which the armed action is perpetrated and to the goals it seeks to achieve. In its judgment in the *Oil Platforms* case, the International Court of Justice affirmed that it could not exclude, in principle, «the possibility that the mining of a single military vessel might be sufficient to bring into play the ‘inherent right of self-defence’»⁶⁵, indicating that the minimum threshold of intensity required to qualify the use of force as an armed attack is not rooted in abstract and predetermined parameters, but is of a variable nature⁶⁶. Nevertheless – even outside the legal context of an armed conflict – the State’s response in self-defence must be strictly related to the specific characteristics of the attack (or its imminent threat), regardless of the aggressor’s overall unlawful behaviour. It follows that, to be considered lawful as self-defence measures, drone strikes should respect – each and every time they are launched – the well-known principles of *necessity*, *immediacy* and *proportionality* and cannot be used to pursue a broader military goal (i.e. the repression of international or transnational terrorism).

To comply with the principle of necessity means to assess that there are no means other than the use of force to prevent an enemy attack. The inefficacy of diplomatic initiatives or other measures short of war renders the military option permissible as “last resort”. In the case of a terrorist attack, this parameter is expected to assume a marginal importance, as the possibility of resorting to peaceful means with the organization responsible for the attack, including diplomatic contacts, remains contingent upon the conditions posed by the organization, which are generally unacceptable in principle. It is worth noting also that, since drone strikes are always carried out on the territory on a foreign State, a relevant part of the whole “necessity” test could be covered by the “unwilling or unable” one⁶⁷. In other words, individual self-defence against terrorists could be properly considered *necessary* only when the territorial State has proven to be unwilling or unable to fight terrorists by itself. This does not mean, however, that such a test alone is sufficient to warrant a cross-border military operation of targeted killings.

⁶⁴ See M. E. O’ CONNELL, *Remarks, cit.*, p. 594: «[e]ven when militant groups remain active along a border, and are regularly carrying out small attacks, such incursions are not considered armed attacks that can give rise to the right of self-defense under Article 51, unless the state where the group is present is responsible for their actions».

⁶⁵ ICJ, *Case Concerning Oil Platforms (Islamic Republic of Iran v. United States of America)*, Judgment of 6 November 2003, par. 72.

⁶⁶ According to C. J. TAMS, *op. loc. cit.*, p. 369, the ICJ *Nicaragua* «clear message that it would ‘be necessary to distinguish the most grave forms of the use of force (those constituting an armed attack) from other less grave forms’ [...] came to shape the dominant understanding of self-defence as a defence against qualified uses of force. This narrow interpretation could draw on the differences in wording between Article 2(4) UNC on the one hand (‘any ... use of force’) and Article 51 UNC on the other (‘armed attack’). Such a distinction – and the very interpretation of the notion of «armed attack» as the unique form of the use of force which legitimizes a self-defence response – does not seem to lose importance after 11 September.

⁶⁷ *Supra*, par. 1, note 11.

The principle of immediacy, according to Webster's classic formulation⁶⁸, refers to the imminence both of the threat and of the response to it. In this sense, it is closely linked to the requirement of necessity, because it allows a response just intended to prevent an enemy attack in the brief span of time afforded to the State to evaluate the aggressor entity and prepare the appropriate means of defence. Hence, if it is reasonable to dismiss the possibility of any course of action other than the use of force against a terrorist attack, the planning of missions of targeted killings would not appear to be compatible, in principle, with a scenario that presumes a substantial simultaneity between the armed attack and the State's response to it. The anticipatory exercise of the right of self-defence is thus permitted only when it seeks to prevent an imminent attack, while it can be deemed lawful against future attacks that are only merely possible, although highly probable.

Furthermore, even though it can be supported the opinion of those who are rather sceptical about the efficacy of a strategy of mere "constant alert" before the possibility of further terrorist attacks, it must be admitted that invoking the right of self-defence in order to justify a drone strike would clearly not be permissible in the absence of a grave and imminent threat. Actually, such a pre-emptive self-defence⁶⁹ could not be considered relevant for the purposes of article 51 of the U.N. Charter, nor could it be accepted on the basis of customary law, since the (specific) need to prevent the perpetration of individual attacks must not be confused with the (general) need to prevent the terrorist offensive as a whole. The latter purpose can be legitimately pursued in peacetime, through law enforcement operations complying with IHRL standards and, only where it has been established that a situation of (non-international) armed conflict exists between the State and the terrorist group (regardless of the imminence of an attack), in accordance with the norms of IHL.

The principle of proportionality entails the need to ensure a clear symmetry between action and response. The use of means beyond those required to contend with the attack or its consequences is thus precluded. This does not mean, however, that the affected State must resort to the same type of armed force employed to launch the attack, nor that the damage it inflicts upon the aggressor entity must be equivalent to the damage it has sustained. In order to assess the proportionality of an act of self-defence, thus, it is not necessary to compare the harm threatened and the harm inflicted in response, but the defensive means at the affected State's disposition and the means effectively employed. It follows that, if the affected State has only one means to defend itself appropriately, it would be legitimate to use that means, albeit the damage it inflicts is much greater than that inflicted by the aggressor. Accordingly, the use of lethal force can be considered legitimate

⁶⁸ «Under these circumstances, and under those immediately connected with the transaction itself, it will be for Her Majesty's Government to show upon what state of facts, and what rule of national law, the destruction of the Caroline is to be defended. It will be for that Government to show a necessity of self-defence, instant, overwhelming, leaving no choice of means, and no moment for deliberation. It will be for it to show, also, that the local authorities of Canada, even supposing the necessity of the moment authorized them to enter the territories of the United States at all, did nothing unreasonable or excessive; since the act, justified by the necessity of self-defence, must be limited by that necessity, and kept clearly within it» (extract of the note of D. Webster, 24 April 1841, available at http://avalon.law.yale.edu/19th_century/br-1842d.asp).

⁶⁹ It obviously must not be confused with the concept of "anticipatory" self-defence, «a narrower doctrine that would authorize armed responses to attacks that are on the brink of launch, or where an enemy attack has *already* occurred and the victim learns more attacks are planned». See M. E. O' CONNELL, *The Myth of Preemptive Self-Defense*, ASIL Task Force Papers, 2002, pp. 1-21, at p. 2 (available at www.asil.org/taskforce/oconnell.pdf).

if it is supposed to be the only effective and definitive means of preventing a terrorist attack. It can be argued that drone strikes satisfy the requirement of proportionality where only the killing of a combatant-terrorist is deemed sufficient to fully remove the threat of an imminent attack⁷⁰.

Finally, it must also be considered the *place* in which the right of self-defence may be exercised according to International Law. This is a rather controversial issue, notably with regard to the use of drones for counter-terrorism missions.

As noticed above, according to the law enforcement model, the premeditated use of lethal force is unlawful because it violates the prohibition of arbitrary killing imposed by the IHRL standards. Therefore, targeted killing missions cannot be considered permissible, even when formally authorized by (or agreed upon with) the territorial State. The situation appears to be different if it is accepted the existence of an armed conflict between a State and a non-State terrorist actor. In such an eventuality, the territory in which the mission is carried out is unimportant, as long as it remains within a predefined battlefield⁷¹. Thus, the fact that a mission is conducted in the territory of a State other than the acting one does not pose any particular problem, on condition that the territorial State is involved in the armed conflict (so that it can be considered formally “at war” with a common enemy too)⁷².

In a scenario of drone strikes carried out in the territory of another State short of an armed conflict, however, the situation appears to be somewhat more complex. Such operations, albeit justified on the basis of the exercise of the right of self-defence, necessarily presuppose the consent of the territorial State, otherwise they would constitute a violation of its territorial integrity. Even the type of consent required is unclear: to exclude the acting State’s international responsibility, indeed, it must be assessed in advance whether it would be sufficient an implicit authorization inferred from the behaviour of the territorial State or whether this State should be informed prior to the mission. As it is widely known, consent given after the wrongful act has been committed is not considered valid for the purposes of excluding the acting State’s responsibility, although it could affect the extent of reparations. Practice, albeit limited, seems to confirm, however, that the territorial State’s consent can be inferred from behaviour indicating substantive non-opposition to such missions (*facta concludentia*)⁷³.

From a partially different perspective, it has to be considered that the consent of the territorial State could be appraised not as a free expression of its sovereignty, but as a legal

⁷⁰ It goes without saying that such an approach would make it possible to exclude, *a priori*, any need to first ascertain the feasibility of law enforcement operations for the apprehension of a terrorist, as the State might employ lethal force to protect itself (i.e. its institutions) and its citizens.

⁷¹ That is the case of the Afghan conflict, whose activities are supposed to have been partially relocated in Pakistan. *Supra*, note 44.

⁷² D. KRETZMER, *Targeted Killing of Suspected Terrorists: Extra-Judicial Executions or Legitimate Means of Defence?*, in *Eur. Jour. Int. Law*, vol. 16, 2005, pp. 171-212, at p. 188, distinguishes between two hypothesis, assessing the validity of both of them: as to the first, «[t]he original armed attack, or the armed response of the victim state, has created an international armed conflict between the victim state and the host state, and within the context of this conflict the terrorists are legitimate targets»; as to the second, «[w]hether or not an international armed conflict exists between the victim and host states, an armed conflict has been created between the victim state and the terrorist group, and within the context of this conflict the terrorists are legitimate targets».

⁷³ J. J. PAUST, *Self-Defense Targetings*, *cit.*, p. 249, infers directly from the letter of Article 51 (as well as from «customary international law reflected therein or in pre-Charter practice») that U.S. did not need any consent for drone strikes in Pakistan territory, as, «[...] with respect to permissible measures of self-defense under Article 51, a form of consent of each member of the United Nations already exists in advance by treaty».

obligation inferred from the «duty to refrain from organising, instigating, assisting or participating in terrorist acts in another State or acquiescing in organised activities within its territory directed towards the commission of such acts», imposed by resolution 1373 and deriving from the general prohibition to allow a State's territory to be used for acts contrary to the rights of other States, recognized for the first time by the International Court of Justice in its famous judgment in the *Corfu Channel* case. In this perspective, the problem of the consent of the territorial State seems to lose much of its importance, provided that the acting State's interest to fight international terrorism worldwide has been recognized as a general interest of the whole international community, prevailing, under certain conditions, even on the safeguard of the States' territorial integrity. Basically, the core question seems to be the same that has been posed in other different contexts (from the "humanitarian intervention" in Kosovo, to the recognition of a common "responsibility to protect" the local populations in Libya, to the current military intervention in Syria and Iraq against the IS group), namely the permissibility of the use of force as a lawful instrument of defence of the common values and interests of the international community. It can be argued, however, that such a fundamental question cannot be faced appropriately without establishing, on a customary basis, common principles regulating the resort to armed force on the behalf of the international community, for all the cases in which the Security Council does not manage to perform its institutional function pursuant to U. N. Charter⁷⁴.

In any event, it is on the basis of an extensive interpretation of the "Corfu channel" prohibition that it can be questioned if current International Law actually allows State to exercise the right of self-defence regardless to the principle of territorial sovereignty, *a fortiori* when the territorial State has demonstrated to be unable to deal with the terrorist threat autonomously and effectively. On the other hand, it cannot be ignored that its concrete implementation would encounter serious difficulties. Indeed, hardly can States be expected to consent to missions of targeted killings within their jurisdiction in the absence of a clear recognition of their legal qualification as acts of self-defence. This raises a further difficulty, regarding the admissibility, under International Law, of the concept of "ongoing" self-defence, as well as of that of "permanent" war.

6. Tertium (*non*) datur?: *legitimacy v. legality in the fight against terrorism*

In his speech at the annual meeting of the American Society of International Law in 2010, the Legal Adviser Harold Koh declared that the United States finds itself in an «armed conflict with al-Qaeda as well as the Taliban and associated forces, in response to the horrific 9/11 attacks, and may use force consistent with its inherent right to self-defense under international law»⁷⁵. Even U.S. President Obama, in his speech on counterterrorism of 23 May 2013, fully confirmed that view⁷⁶.

⁷⁴ This perspective is supported with highly strong arguments by P. PICONE in all his principal works, gathered in *Comunità internazionale e obblighi «erga omnes»*, 3° ed., Napoli, 2013.

⁷⁵ See H. H. KOH, *The Obama Administration and International Law*, Speech at the Annual Meeting of the American Society of International Law, Washington, DC, 25 March 2010, available at <http://www.state.gov/s/1/releases/remarks/139119.htm>. He continues stating: «[t]hus, in this ongoing armed conflict, the United States has the authority under international law, and the responsibility to its citizens, to use force, including lethal force, to defend itself, including by targeting persons such as high-level al-Qaeda leaders who are planning attacks [...]. Of course, whether a particular individual will be targeted in a

This position – which can be shared on a moral basis (as well as in a common, *pre-legal* sense) – while excluding the need of a *ius ad bellum* assessment respect to the single strikes on the assumption that the relevant threshold allowing the resort to armed force is automatically reached due to the existence of a permanent non-international armed conflict, reflects, however, a basic ambiguity that stems from a real difficulty in placing drone strikes within a predetermined legal framework.

Such is the *dilemma*, namely if there is the need to devise a new appropriate legal paradigm to regulate targeting missions, provided that the current ones does not work properly. However, this question hides another one – much more dangerous – namely if there is the need to create a special legal paradigm *only* to justify the use of drones.

Professor O' Connell clearly argues that «[...] drones have not created a revolution in legal affairs. The current law governing battlefield launch vehicles is adequate for regulating drones»⁷⁶. Nevertheless, it cannot be denied that, after 9/11 attacks, the international legal order itself has changed, at least as for the unprecedented relevance recognized to non-State terrorist actors and to their own actions. This has led to change the way States can *legitimately* respond to terrorist attacks, without clarifying, however (such is the very, uncertain nature of International Law), whether the traditional legal standards are currently applicable or have to be re-adapted.

To summarize, it has been examined three possible legal frameworks, in order to ascertain whether drone strikes would comply with their specific rules and could be thus deemed lawful. Targeted killings have proven to be inconsistent with the law enforcement model, applicable in peacetime and based on the respect of IHRL. Within this legal context, indeed, targeted killings are strictly forbidden, since the arbitrary deprivation of human life cannot be the final purpose of a law enforcement operation (nor can it be disposed without a due process), but only an unpredictable outcome.

As for both the “armed conflict” and “self-defence” models, instead, the resort to lethal force against enemies cannot be excluded in principle, although it must comply with the mentioned criteria established by IHL and by the *ius in bello* rules consistent with self-defence. Therefore, the use of drones for targeted killings can be considered permissible in the abstract, but, due to the own features of such a weapon system (remote control, extreme difficulty in aborting missions at the latest stage, risk of casualties), its compliance with IHL principle must be ascertained case-by-case.

This does not seem to be the real problem though, since it must assessed before whether the armed conflict and self-defence paradigms reflect the actual conditions in which drone strikes are carried out (in Afghanistan, Pakistan, Yemen or Somalia). Only if it is clearly admitted that U.S. is within an overall armed conflict «with al-Qaeda as well as the Taliban and associated forces», a regular use of drones (respectful of IHL) can be lawfully accepted.

However, such a conflict is fought in the air space and in the territory of one or more third States, so it cannot be avoided to appraise their position within. Even in the case in which the conflict is supposed to be downgraded to a series of individual armed attacks

particular location will depend upon considerations specific to each case, including those related to the imminence of the threat, the sovereignty of the other states involved, and the willingness and ability of those states to suppress the threat the target poses».

⁷⁶ The text of the speech is available at <https://www.whitehouse.gov/the-press-office/2013/05/23/remarks-president-national-defense-university>.

⁷⁷ M. E. O' CONNELL, *Remarks*, cit., p. 599.

(that warrant, anyway, the affected State's right to respond in self-defence), it must be taken into consideration the position of the territorial States involved, whose responsibility can be recognized at different levels, namely as the terrorist attacks are launched from their territory or because they are unwilling or unable to pursue them appropriately or, finally, for helping terrorists by harbouring their bases and camps⁷⁸.

According to an inherent interpretation of the U.N. Security Councils resolutions 1368 and 1373, only the last type of responsibility would fully justify an armed intervention in self-defence against the territorial State (*rectius*: against the terrorists fighting within its borders). In the other two scenarios, indeed, the relevant international practice fails to demonstrate that the will of the affected State to legitimate its military intervention in terms of self-defence must necessarily prevail on that of the territorial State, which could prefer, instead, to keep on pursuing the terrorists under the legal paradigm of law enforcement.

Ultimately, none of the legal bodies above examined (albeit cursorily) seems to ensure, in and of itself, a solid support for drone strikes. This mostly regards the recognition of a general framework under which the use of drones can be deemed consistent with the *ius ad bellum* international rules, although a new legal concept of "ongoing and self-defensive armed conflict" seems to develop from the interplay among the different paradigms at stake. The legitimate and understandable aspiration of the U.S. government to eradicate the terrorist threat posed by al-Qa'ida, however, does not make the need to establish appropriate legal categories (under whose conditions the struggle against terrorism may actually be carried out) less urgent⁷⁹.

⁷⁸ See A. S. DEEKS, "Unwilling or Unable", *cit.*, p. 489, note 16, who summarizes the alternative regimes of intervention against the territorial State. As for the first, the Author observes that: «[t]o defend this test, one would have to argue that nothing in Article 51 of the Charter requires a state that has suffered an armed attack to limit its actions in self-defense to particular geographic areas or that a use of force within a state against a nonstate actor, when the victim state evidences no intent to occupy or otherwise affect the territorial state's borders or political independence, should not be deemed to constitute a use of force against the territorial integrity of that state in violation of Article 2(4)».

⁷⁹ It can be firmly supported the opinion of J. BRUNNÉE and S. J. THOOPE, *Legitimacy and Legality in International Law. An Interactional Account*, Cambridge, 2010, who claim that «[t]he criteria of legality underscore that, to discharge their important justificatory function, legal categories must retain relative normative clarity and coherence. This point is especially important in case of exceptions to fundamental, and broadly stated, rules. Legal norms are typically applied by analogy to a broader framework of norms and to past practices that circumscribe plausible interpretation. Legal norms are not self-applying, but neither are they infinitely malleable. It is not enough that 'an argument' can be made; the argument must have the power to persuade and thereby to generate adherence. In other words, the criteria of legality not only determine the strength of legal norms, but also serve to discipline legal arguments. Relative clarity and coherence also help to avoid the problem of mixed motives on the part of international actors. If discipline is required in justifying resort to the use of force, it becomes harder for states simply to pick and choose amongst an available menu of justificatory options».



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

LUIGINO MANCA*

IL RELATORE SPECIALE DELLE NAZIONI UNITE SUL DIRITTO ALL'ALIMENTAZIONE

SOMMARIO: 1. Premessa e piano dell'indagine. – 2. Cenni sul diritto all'alimentazione nella normativa internazionale. – 3. Il Consiglio dei diritti umani e il diritto all'alimentazione. – 3.1. Considerazioni introduttive sui mandati tematici del Consiglio. – 3.2. Il mandato del Relatore speciale sul diritto all'alimentazione. – 3.3. I metodi di lavoro del Relatore. – 3.3.1. *Segue*: la pratica delle visite *in loco*. Le diverse tipologie di visite ed il rapporto finale – 4. Rilevi conclusivi. Punti di forza e criticità nell'azione del Relatore speciale.

1. Premessa e piano dell'indagine

Secondo recenti stime della FAO (Organizzazione delle Nazioni Unite per l'Alimentazione e l'Agricoltura), circa 795 milioni di persone, a livello mondiale, si trovano in una situazione di sottoalimentazione cronica; la maggior parte di esse è concentrata nei Paesi in via di sviluppo (circa 780 mila persone)¹.

I dati riportati evidenziano la grave situazione in cui versa ancora un numero piuttosto consistente della popolazione mondiale, nonostante i continui sforzi dei vari attori internazionali (in particolare degli enti intergovernativi specializzati nel settore dell'alimentazione, nonché delle varie organizzazioni non governative²) tesi a garantire il diritto fondamentale all'alimentazione. Diritto che, come si avrà modo di osservare, è solennemente sancito in plurimi strumenti internazionali, a vocazione universale e regionale, riguardanti la tutela dei diritti umani³.

* Ricercatore confermato di Diritto internazionale, Dipartimento di Scienze Politiche, Sapienza Università di Roma.

¹ Cfr. FAO, *The State of Food Insecurity in the World*, Rome, 2015, p. 9.

² In generale sul ruolo delle ONG, v., tra gli altri, M. WINDFUHR, *NGOs and the Right to Adequate Food*, in FAO, *The Right to Food in Theory and Practice*, Rome, 1998, pp. 6-14.

³ Sul diritto all'alimentazione, tra i numerosi contributi, cfr. C. CHRISTENSEN, *The Right to Food: How to Guarantee*, New York, 1978; P. ALSTON, K. TOMAŠEVSKI (eds.), *The Right to Food*, The Hague, 1984; BARD, *The Right to Food*, in *Iowa Law Rev.*, 1985, pp. 1279-1291; A. EIDE, *Le droit à une alimentation suffisante en tant que droit de l'homme*, New York, 1989; R. ROBERTSON, *The Right to Food in International Law*, in K. E. MAHONEY, P. MAHONEY (eds.), *Human Rights in the Twenty-first Century: A Global Challenge*, Dordrecht, 1993, p. 451-457; M. VIDAR, *The Interrelationships between the Right to Food and other Human Rights*, in W. B. EIDE, U. KRACHT (eds.),

A questo proposito, giova tuttavia ricordare che ancor prima che il diritto all'alimentazione si affermasse sul piano internazionale un suo importante, sia pure implicito, riconoscimento si è avuto a livello interno. Viene in rilievo al riguardo il celebre discorso del Presidente americano Roosevelt al Congresso degli Stati Uniti nel 1941. Come noto, la terza delle cd. Quattro libertà fondamentali richiamate dal Presidente (libertà di parola, libertà di culto, *libertà dal bisogno* e libertà dalla paura)⁴ era riferita alla libertà dalla fame.

Ciò premesso, nel presente scritto si intende soffermare l'attenzione sul ruolo del Consiglio dei diritti umani – organo sussidiario dell'Assemblea generale delle Nazioni Unite – nella protezione del diritto all'alimentazione⁵. In particolare, sarà oggetto di specifica disamina l'attività del *Relatore speciale sul diritto all'alimentazione*, che, come noto, opera in seno al predetto Consiglio nell'ambito delle cd. procedure speciali a tema⁶. Dopo avere delineato

Food and Human Rights in Development, I, Oxford, 2005, pp. 141-160.; W. B. EIDE, U. KRACHT, *The Right to adequate Food in Human Rights Instruments: Legal Norms and Interpretations*, in ID., *Food and Human Rights in Development*, cit., pp. 99-118; M. GESTRI, *Il diritto all'alimentazione*, in F. BESTAGNO (a cura di), *I diritti economici, sociali e culturali. Promozione e tutela della comunità internazionale*, Milano, 2009, pp. 25-60; HAUT COMMISSARIAT AUX DROITS DE L'HOMME, *Le droit à une alimentation suffisante*, Fiche d'information n. 34, Genève, 2010; L. NIADA, *Hunger and International Law: The Far-reaching Scope of the Human Right to Food*, in *Connecticut Jour. Int. Law*, 2006, 22, pp. 131-201; Y. CHEN, *The Right to Food*, in *Eur. Jour. Law Ref.*, 2010, pp. 158-208; D. P. PANDEY, *The Right to Food*, New Delhi, 2010; S. RANDOLPH, S. HERTEL, *The Right to Food: A Global Perspective*, in M. LANSE (ed.), *The State of Economic and Social Human Rights: A Global Overview*, New York, 2013, pp. 21-60; S. MOSCATELLI, *Il diritto all'alimentazione nel sistema dei diritti umani*, Roma, 2014.

⁴ Cfr. A. P. KEARNS, *The Right to Food Exists via Customary International Law*, in *Suffolk Transnat'L. Rev.*, 1998-1999, p. 227.

⁵ E' appena il caso di rammentare che il Consiglio è stato istituito dall'Assemblea generale con la Risoluzione A/RES/60/251 del 15 marzo 2006, in sostituzione della Commissione dei diritti umani – organo sussidiario del Consiglio economico e sociale – creata nel 1946. Sulla Commissione v. per tutti P. ALSTON, *The Human Rights Commission*, in P. ALSTON (ed.), *The United Nations and Human Rights. A Critical Appraisal*, Oxford, 1992, pp. 126-210. Per quanto attiene al Consiglio dei diritti umani, nell'ambito della vasta letteratura vedi, tra gli altri, C. ZANGHÌ, *El nuevo Consejo de Derechos Humanos*, in *Rev. esp. der. int.*, 2005, pp. 695-713; ID., *Il Consiglio per i Diritti dell'Uomo dell'ONU, una riforma realizzata*, in *Studi in onore di Umberto Leanza*, Napoli, 2008, pp. 785-817; ID., *La protezione internazionale dei diritti dell'uomo*, 3ª ed., Torino, 2013, 134-163; M. EUDES, *De la Commission au Conseil des droits de l'homme: vrai réforme ou faux-semblant?*, in *Ann. fr. droit int.*, 2006, 24, pp. 599-616; A. BULTRINI, *Il "nuovo" Consiglio dei diritti dell'uomo delle Nazioni Unite*, in *Dir. um., e dir. int.*, 2007, pp. 137-144; V. CHETAIL, *Le Conseil des droits de l'homme des Nations Unies: l'an I de la réforme*, in *Ref. Sur. Quart.*, 2007, pp. 104-130; C. CALLEJON, *La réforme de la Commission des droits de l'homme des Nations Unies. De la Commission au Conseil*, Paris, 2008; M. ZANI, *Le Conseil des droits de l'homme des Nations Unies: un mécanisme d'affaiblissement ou de renforcement des procédures de contrôle?*, in *Étud. Intern.*, 2008, pp. 551-566; M. BOVA, *Il Consiglio Diritti Umani nel sistema onusiano di promozione e protezione dei diritti umani: profili giuridici e istituzionali*, Torino, 2011; A. MARCHESI, *La protezione internazionale dei diritti umani. Nazioni Unite e organizzazioni regionali*, Milano, 2011, 84-91; B.G. RAMCHARAN, *The UN Human Rights Council*, London, 2011; ID., *The Law, Policy and Politics of the UN Human Rights Council*, Leiden, Boston, 2015; R. FREEDMAN, *The United Nations Human Rights Council: a Critique and Early Assessment*, London, 2013; M. KOTHARI, *From Commission to the Council: Evolution of UN Charter Bodies*, in D. SHELTON (ed.), *The Oxford Handbook of International Human Rights Law*, Oxford, 2013, pp. 587-620.

⁶ In generale, sulle procedure speciali, già previste nella prassi della Commissione dei diritti umani ed ora «ereditate» dal Consiglio, v. L. S. SUNGA, *The Special Procedures of the UN Commission on Human Rights: Should they Be Scrapped?*, in G. ALFREDSSON et al. (ed.), *International Human Rights Monitoring Mechanisms*, The Hague, 2001, pp. 233-277; I. NIFOSI, *The UN Special Procedures in the Field of Human Rights. Institutional History, Practice and Conceptual frame work*, in *YB Humanitarian Act., Hum. Rights*, 2005, pp. 131-178; ID., *The UN Special Procedures in the Field of Human Rights*, Oxford, 2005; J. GUTTER, *Special Procedures and the Human Rights Council: Achievements and Challenges Ahead*, in *Hum. Rights Law Rev.*, 2007, pp. 93-107; B. G. RAMCHARAN, *The Protection Role of UN Human Rights Special Procedures*, Leiden, 2009; N. RODLEY, *The United Nations Human Rights Council, its Special Procedures, and its Relationship with the Treaty Bodies: Complementarity or Competition?*, in K. BOYLE (ed.), *New*

l'estensione del mandato, l'analisi si concentrerà sull'approfondimento del *modus operandi* del Relatore, con una marcata attenzione alla prassi, in particolare con riferimento allo strumento di controllo basato sulle visite *in loco*. Infine, nell'ultima parte del lavoro, dedicata agli esiti dell'indagine, si tenterà di fornire una valutazione sul contributo del Relatore speciale alla promozione e tutela del diritto all'alimentazione, evidenziando gli aspetti positivi e le criticità che caratterizzano il suo mandato.

La trattazione della tematica specifica non potrà prescindere da un necessario e preliminare richiamo delle principali norme internazionali, adottate nel contesto delle Nazioni Unite, che regolano il diritto in parola e che all'evidenza costituiscono il quadro giuridico all'interno del quale si muove il Relatore.

2. Cenni sul diritto all'alimentazione nella normativa internazionale

Sul piano internazionale, il primo atto che viene in rilievo e che contempla una specifica disposizione riguardo al diritto all'alimentazione è la Dichiarazione universale dei diritti dell'uomo, approvata dall'Assemblea generale delle Nazioni Unite il 10 dicembre 1948⁷. Il par. 1 dell'art. 25 dispone, infatti, che «Ogni individuo ha diritto ad un tenore di vita adeguato a garantire la salute e il benessere per sé e per la propria famiglia, con particolare riguardo all'alimentazione, al vestiario, all'abitazione, alle cure mediche ed ai servizi sociali necessari ed ha diritto alla sicurezza in caso di disoccupazione, malattia, invalidità, vedovanza, vecchiaia o in ogni altro caso di perdita dei mezzi di sussistenza per circostanze indipendenti dalla sua volontà»⁸.

La predetta dichiarazione che, come risulta evidente, inserisce il diritto all'alimentazione nel più generale contesto del diritto ad un tenore di vita adeguato,

Institutions for Human Rights Protection, Oxford, 2009, pp. 49-73; H. CANTÙ RIVERA (ed.), *The Special Procedures of the Human Rights Council*, Cambridge, 2015; M. KIRBY, *UN Special Procedures for Defending Universal Human Rights*, in C. SAMPFORD, R. THAKUR (eds.), *Institutional Supports for the International Rule of Law*, London, 2015, pp. 11-29.

⁷ Nell'ambito dell'ampia letteratura sulla Dichiarazione universale si vedano, tra gli altri, G. SPERDUTI, *La Dichiarazione universale dei diritti dell'uomo*, in *Com. int.*, 1950, p. 216-235; R. CASSIN, *La Déclaration universelle et la mise en oeuvre des droits de l'homme*, in *Recueil des cours*, 1951, vol. 79, 237-367; J.P. HUMPHREY, *The Universal Declaration of Human Rights: Its History, Impact and Juridical Character*, in B. G. RAMCHARAN (ed.), *Human Rights: Thirty Years After the Universal Declaration*, L'Aja, 1979, p. 21-37; E. VITTA, *La Dichiarazione universale dei diritti dell'uomo*, in E. VITTA, V. GREMENTIERI (a cura di), *Codice degli atti internazionali sui diritti dell'uomo*, Milano, 1981, pp. 19-26; E. ASBJØRN, T. SWINEHART (eds.), *The Universal Declaration of Human Rights*, Oslo, 1992, M.R. SAULLE, *Lezioni di Organizzazione internazionale*. Vol. II, *Le organizzazioni internazionali e i diritti umani*, 2^a ed., Napoli, 2003, pp. 43-46; ID., *I sessant'anni della Dichiarazione universale dei diritti umani*, in G. TARANTINO (a cura di), *Vita, libertà e sicurezza della persona nella Costituzione italiana e nella Dichiarazione universale dei diritti dell'uomo*. Atti delle giornate di studio (Università del Salento, 23-25 ottobre 2008), Napoli, 2011, pp. 133-139; L. PINESCHI, *La Dichiarazione universale dei diritti umani*, in L. PINESCHI (a cura di), *La tutela internazionale dei diritti umani. Norme, garanzie, prassi*, Milano, 2006, pp. 67-77; C. ZANGHÌ, *Dichiarazione Universale dei diritti dell'uomo*, in *Il Diritto. Enciclopedia del Sole-24 Ore*, vol. V, Milano, 2007, p. 146 ss.; ID., *La tutela internazionale dei diritti umani*, cit., pp. 19-29; F. KLUG, *The Universal Declaration of Human Rights: 60 Years on*, in *Pub. Law*, 2009, pp. 205-217; M. R. ISHAY, *The Sixtieth Anniversary of the Universal Declaration of Human Rights: Exploring the Past, Anticipating the Future*, in *Trans. Law, Cont. Problems*, 2010, pp. 639-654; U. VILLANI, *Dalla Dichiarazione universale alla Convenzione europea dei diritti dell'uomo*, Bari, 2012.

⁸ Il corsivo è nostro.

all'epoca in cui è stata adottata era sprovvista di efficacia vincolante⁹. Occorrerà attendere il Patto sui diritti economici, sociali e culturali, adottato dall'Assemblea generale delle Nazioni Unite il 16 dicembre 1966 ed entrato in vigore sul piano internazionale nel 1976, affinché il predetto diritto sia contemplato in uno strumento giuridico obbligatorio¹⁰. L'art. 11 del Patto riprende soltanto in parte il contenuto della Dichiarazione del 1948 prevedendo, nello specifico, che il diritto all'alimentazione è un elemento essenziale del diritto di ciascun individuo ad un livello di vita adeguato (par. 1). A differenza della Dichiarazione, accanto al predetto diritto all'alimentazione, il Patto sancisce, al par. 2, anche «il diritto fondamentale [...] alla libertà dalla fame».

Come è stato opportunamente rilevato in dottrina, il diritto all'alimentazione si configura quindi come un «*multi-level concept*»¹¹: esso include sia il diritto ad una alimentazione adeguata sia il diritto alla libertà dalla fame.

Particolarmente interessante è poi la formulazione della disposizione che riguarda proprio il citato diritto alla libertà della fame, in quanto contiene un esplicito riferimento al carattere “fondamentale” del diritto in parola. Nel panorama degli atti internazionali onusiani a tutela dei diritti umani in cui è contemplato il diritto all'alimentazione, solo il citato par. 2 dell'art. 11 richiama il predetto carattere. Analoghe considerazioni emergono dalla lettura delle altre norme del Patto sui diritti economici, sociali e culturali. Il carattere “fondamentale”, infatti, è esplicitamente riconosciuto al diritto in esame e non anche agli altri diritti oggetto di tutela dal Patto.

Un importante contributo all'individuazione dell'esatta portata delle predette disposizioni convenzionali è stato dato dal Comitato delle Nazioni Unite per i diritti economici, sociali e culturali che, come noto, costituisce l'organo di controllo di natura extraconvenzionale, chiamato a monitorare il comportamento degli Stati in relazione all'attuazione degli obblighi previsti dal Patto¹². Il Comitato è intervenuto più volte nella materia considerata¹³, in particolare, con l'adozione, tra l'altro su impulso degli stessi Stati in

⁹ Come è stato opportunamente rilevato in dottrina, nel tempo la Dichiarazione ha acquistato un valore giuridico diverso, nel senso che le sue norme sono ascrivibili alla categoria delle norme internazionali inderogabili. Al riguardo v. per tutti M. R. SAULLE, *Jus cogens and Human Rights*, in M. R. SAULLE, *Saggi di Diritto e di Organizzazione internazionale*, 1986, pp. 394-407.

¹⁰ Sul Patto v. in dottrina, tra gli altri, U. VILLANI, *I Patti internazionali sui diritti dell'uomo a venticinque anni dalla loro adozione*, in *Com. int.*, 1992, pp. 139-161; M. C. R. CRAVEN, *The International Covenant on Economic, Social and Cultural Rights: A perspective on its Development*, Oxford, 1995; F. LATTANZI, *Obblighi di comportamento e obblighi di risultato nel Patto sui diritti economici, sociali e culturali*, in P. BENVENUTI, P. GARGIULO, F. LATTANZI (a cura di), *Nazioni Unite e diritti dell'uomo a trent'anni dall'adozione dei Patti*, Atti del Convegno di Teramo, 22-23 marzo 1996, Teramo, 1996, pp. 201-204; L. PINESCHI, *Il Patto delle Nazioni Unite sui diritti economici, sociali e culturali*, in L. PINESCHI (a cura di), *La tutela internazionale dei diritti umani. Norme, garanzie, prassi*, cit., pp. 129-150; C. ZANGHÌ, *La protezione internazionale dei diritti dell'uomo*, cit., pp. 97-99.

¹¹ Così Y. CHEN *The Right to Food*, cit., p. 166.

¹² Come noto, il Comitato è un organo formato da diciotto esperti indipendenti istituito dal Consiglio economico e sociale (ECOSOC) con la Risoluzione 1985/17 del 28 maggio 1985. In generale sul Comitato v. H. GHERARI, *Le Comité des droits économiques, sociaux et culturels*, in *Rev. gén. dr. int. pub.*, 1992, 96, pp. 75-102; R. SODINI, *Le Comité des droits économiques, sociaux et culturels*, Paris, 2000; M. LANGFORD, J. A. KING, *Committee on Economic, Social and Cultural Rights*, in M. LANGFORD (ed.), *Social Rights Jurisprudence: Emerging Trends in International and Comparative Law*, 2008, pp. 477-516; G. MALINVERNI, *Il Comitato per i diritti economici, sociali e culturali*, in BESTAGNO (a cura di), *I diritti economici, sociali e culturali. Promozione e tutela della comunità internazionale*, cit., pp. 181-192; nonché recentemente F. SEATZU, M. ODELLO, *The UN Committee on Economic, Social and Cultural Rights: The Law, Process and Practice*, London, Abingdon, 2012.

¹³ Cfr. in proposito F. SEATZU, *The UN Committee on Economic, Social and Cultural Rights and the Right to Adequate Food*, in *Ann. der. intern.*, 2011, pp. 573-590.

occasione del Vertice mondiale sull'alimentazione del 1996, del Commento generale n. 12 del 1999¹⁴. Il documento, in termini generali, contiene una definizione del diritto all'alimentazione¹⁵, precisa la natura degli obblighi in capo agli Stati in materia¹⁶, nonché individua gli strumenti che questi ultimi dovrebbero adottare a livello nazionale per garantire l'esercizio del suddetto diritto.

Vale la pena di precisare che l'atto in questione, rilevante sotto il profilo interpretativo, è sprovvisto di efficacia vincolante; esso, tuttavia, riveste un'importanza fondamentale data l'autorevolezza dell'organo che lo ha emanato. In generale, con questa tipologia di atti, comuni peraltro alla maggiore parte dei *treaty bodies* onusiani, si intende orientare il comportamento degli Stati nella fase di esecuzione degli obblighi pattizi¹⁷.

Uno dei problemi che è stato più volte prospettato in relazione al Patto sui diritti economici, sociali e culturali attiene alla cd. "giustiziabilità" a livello internazionale dei diritti oggetto di tutela, compreso il diritto all'alimentazione. Questo perché, a differenza di altri strumenti internazionali vincolanti adottati sempre nell'ambito delle Nazioni Unite, il Patto per lungo tempo ha previsto quale principale meccanismo di *compliance review* la presentazione di rapporti periodici da parte degli Stati¹⁸. Si tratta di una questione che può ritenersi superata alla luce del recente Protocollo opzionale, approvato dall'Assemblea generale delle Nazioni Unite il 10 dicembre 2008¹⁹. Il citato Protocollo, aperto alla firma il

¹⁴ Observation générale 12 «*Le droit à une nourriture suffisante*», doc. E/C/1999/5 del 12 maggio 1999. Sul Commento cfr., in dottrina, G. MOORE, *The Right to Food: General Comment no. 12 and the Code of Conduct*, in M. BORGHI, L. POSTIGLIONE BLOMMENSTEIN (eds.), *For an effective right to food: proceedings of the international seminar on the «Right to food: a challenge for peace and development in the 21st century, from 17 to 19 September 2001»*, Fribourg, 2002, pp. 195-206; S. SÖLLNER, *The "Breakthrough" of the Right to Food: The Meaning of General Comment 12 and the Voluntary Guidelines for the Interpretation of the Human Right to Food*, in Max P. YB. Un. Nat. Law, 2007, pp. 391-415.

¹⁵ Il Comitato lo definisce come il diritto di «*chaque homme, chaque femme et chaque enfant, seul ou en communauté avec d'autres, a physiquement et économiquement accès à tout moment à une nourriture suffisante ou aux moyens de se la procurer*» (par. 6).

¹⁶ Al riguardo il Comitato precisa che «*le droit à une nourriture suffisante impose aux États parties trois sortes ou niveaux d'obligation: les obligations de respecter et de protéger ce droit et de lui donner effet. Cette dernière obligation comprend en fait l'obligation de prêter assistance et celle de distribuer des vivres. L'obligation qu'ont les États parties de respecter le droit de toute personne d'avoir accès à une nourriture suffisante leur impose de s'abstenir de prendre des mesures qui aient pour effet de priver quiconque de cet accès. Leur obligation de protéger ce droit leur impose de veiller à ce que des entreprises ou des particuliers ne privent pas des individus de l'accès à une nourriture suffisante. L'obligation qu'a l'État de donner effet à ce droit (en faciliter l'exercice) signifie qu'il doit prendre les devants de manière à renforcer l'accès de la population aux ressources et aux moyens d'assurer sa subsistance, y compris la sécurité alimentaire, ainsi que l'utilisation desdits ressources et moyens. Enfin, chaque fois qu'un individu ou un groupe se trouve, pour des raisons indépendantes de sa volonté, dans l'impossibilité d'exercer son droit à une nourriture suffisante par les moyens dont il dispose, l'État a l'obligation de faire le nécessaire pour donner effet directement à ce droit (distribuer des vivres). Il a la même obligation envers les victimes de catastrophes, naturelles ou autres*» (par. 15).

¹⁷ Sull'evoluzione di questa prassi v., tra gli altri, G. ABLINE, *Les observations générales, une technique d'élargissement des droits de l'homme*, in Rev. trim. dr. Homme, 2008, pp. 359-479.

¹⁸ Sul sistema di garanzia del Patto v., in particolare, tra i vari contributi, D. TURP, *Le contrôle du respect du Pacte International relatif aux droits économiques, sociaux et culturels*, in *Le droit international au service de la paix de la justice et du développement. Mélanges Michel Virally*, Paris, 1991, pp. 465-481.

¹⁹ Sul Protocollo v. L. CHENWI, *Correcting the Historical Asymmetry between Rights: The Optional Protocol to the International Covenants on Economic, Social and Cultural Rights*, in Afr. Hum. Rights Law Journ., 2009, 9, pp. 23-51; P. GARGIULO, *Il Protocollo facoltativo al Patto sui diritti economici, sociali e culturali*, in G. VENTURINI, S. BARIATTI (a cura di), *Liber Fausto Pocar. Diritti individuali e giustizia internazionale*, Milano, 2009, pp. 339-352; B. WILSON, *Quelques réflexions sur l'adoption du Protocole facultatif se rapportant au Pacte international relatif aux droits économiques, sociaux et culturels des Nations Unies*, in Rev. trim. dr. homme, 2009, 295-317; B. C. NIRMAL, *Optional Protocol to the International Covenant on Economic, Social and Cultural Rights*, in Ind. Jour. Int. Law, 2010, pp. 380-401; E. RIEDEL, *New Bearings in Social Rights? The Communications Procedure under the ISESCR*, in U. FASTENRATH, R. GEIGER,

24 settembre 2009 ed in vigore sul piano internazionale dal 5 maggio 2013²⁰, è il risultato di un lungo periodo di discussioni²¹. Con esso si rafforza, infatti, il sistema di monitoraggio previsto dal Patto che, giova precisare, non riveste carattere giurisdizionale; nello specifico, sono state previste nuove procedure di controllo basate, in particolare, sull'esame, da parte del citato Comitato, delle comunicazioni individuali e di quelle interstatali, contribuendo così ad una maggiore protezione dei diritti contemplati²².

Proseguendo nel breve richiamo delle fonti internazionali che disciplinano il diritto all'alimentazione non si può non menzionare, sempre a livello universale, la Convenzione delle Nazioni Unite sull'eliminazione di ogni forma di discriminazione nei confronti delle donne, del 1979²³, la Convenzione di New York sui diritti del bambino, del 1989²⁴, nonché, più recentemente, la Convenzione delle Nazioni Unite sui diritti delle persone con disabilità, adottata nel 2006²⁵. In ciascuno dei predetti atti sono inserite disposizioni che riconoscono il diritto ad una alimentazione adeguata configurandolo nei contesti della tutela della salute, del diritto ad un livello di vita adeguato, nonché della protezione della maternità. Del pari, a livello regionale, il predetto diritto è sancito un plurimi strumenti internazionali a carattere vincolante. Vengono in rilievo, ad esempio, il Protocollo addizionale alla Convenzione americana sui diritti dell'uomo relativo ai diritti economici, sociali e culturali, conosciuto come Protocollo di San Salvador, del 1988²⁶, la Carta africana sui diritti ed il benessere del minore, adottata nel 1990²⁷, nonché il Protocollo addizionale alla Carta africana sui diritti dell'uomo e dei popoli riguardante i diritti delle donne del 2003²⁸.

Le considerazioni che precedono consentono di fare alcune valutazioni conclusive circa la natura giuridica del diritto all'alimentazione. Stante la molteplicità di atti a carattere

D.E. KHAN, A. PAULUS, S. VON SCHORLEMER, C. VEDDER (eds.), *From Bilateralism to Community Interest: Essays in Honour of Judge Bruno Simma*, Oxford, 2011, pp. 574-589; F. SEATZU, M. ODELLO, *The UN Committee on Economic, Social and Cultural Rights: The Law, Process and Practice*, cit.; T. ROEDER, *Individual Complaint Procedures in International Human Rights Law: The New Optional Protocol to the International Covenant on Economic, Social and Cultural Rights*, in V. DONIER, B. LAPÉROU-SCHENEIDER (eds.), *L'accès au juge: recherche sur l'effectivité d'un droit*, Bruxelles, 2013, pp. 123-135.

²⁰ Ad agosto 2015, il Protocollo è stato ratificato solo da 21 Stati. L'Italia ha ratificato e reso esecutivo il Protocollo con legge 3 ottobre 2014, n. 152 (G.U. n. 249 del 25 ottobre 2014).

²¹ Per una ricostruzione dei negoziati che hanno portato all'adozione del Protocollo cfr. C. DE ALBUQUERQUE, *Chronicle of an Announced Birth: The Coming into life of the Optional Protocol to the International Covenant on Economic, Social and Cultural Rights. The Missing Piece of the International Bill of Human Rights*, in *Hum. Rights Quart.*, 2010, 144-178.

²² Sulla falsariga di altri strumenti internazionali, adottati sempre nel contesto onusiano (Protocollo opzionale alla Convenzione sull'eliminazione di tutte le forme di discriminazione nei confronti delle donne e Protocollo opzionale alla Convenzione sui diritti delle persone con disabilità), non meno importante è il "nuovo" potere di inchiesta del Comitato, il cui esercizio è però subordinato ad una specifica accettazione dei singoli Stati. In termini generali, il Protocollo (art. 11) prevede che il Comitato, in caso di violazioni gravi o sistematiche di uno dei diritti riconosciuti dal Patto, possa effettuare inchieste, anche attraverso il meccanismo delle visite *in loco* (ovviamente previo assenso dello Stato interessato).

²³ Art. 12, par. 2.

²⁴ Art. 27, par. 3, nonché art. 24, par. 2, lett. c) ed e).

²⁵ Art. 28, par. 1.

²⁶ Cfr. Art. 12. In generale sul diritto all'alimentazione nel sistema interamericano di tutela dei diritti umani cfr. H. FAÚNDEZ LEDESMA, *The Right to food in the Inter-American System*, in M. BORGHI, L. POSTIGLIONE BLOMMENSTEIN (eds.), *The Right to Adequate Food and Access to Justice*, Bruxelles, 2006, pp. 91-113.

²⁷ Cfr. Art. 14, par. 2, lett. c), d) e b).

²⁸ Cfr. Art. 14, par. 2, lett. b) e art. 15.

vincolante e di atti sprovvisti di tale effetto²⁹, che espressamente fanno riferimento al diritto in questione, nonché considerata la stretta interconnessione tra il predetto diritto e l'esercizio di altri diritti umani fondamentali³⁰, come ad esempio il diritto alla vita³¹, è da ritenere che il diritto all'alimentazione, nella sua duplice dimensione, sia diritto ad una alimentazione adeguata sia diritto alla libertà dalla fame, sia ascrivibile nella categoria delle norme di *jus cogens*³².

3. Il Consiglio dei diritti umani e il diritto all'alimentazione

Richiamato il quadro normativo internazionale di riferimento, si può riprendere il discorso riguardante l'azione del Consiglio dei diritti umani sul tema del diritto all'alimentazione. Il predetto organo, formato da 47 membri, a partire dalla sua istituzione, avvenuta come si è detto nel 2006, è intervenuto più volte nella materia considerata.

Le linee di intervento del Consiglio hanno come finalità principali la promozione e la tutela del diritto all'alimentazione. L'attività di promozione si sviluppa, in particolare, attraverso l'adozione di atti a carattere generale e, segnatamente, Risoluzioni. Tra le varie, limitando l'attenzione a quelle più recenti, si ricorda la Risoluzione, adottata per *consensus* nel 2013³³ con la quale il Consiglio ha riaffermato, in modo perentorio, che la fame «*est un scandale et une atteinte à la dignité humaine*» ed ha pertanto sollecitato l'urgente adozione di misure a livello nazionale, regionale ed internazionale. Sotto il primo profilo, in particolare, il Consiglio ha invitato gli Stati a rivedere le loro strategie nazionali al fine di realizzare il diritto all'alimentazione per tutti. In questo ambito, l'organo di controllo ha inoltre incoraggiato gli Stati ad adottare le necessarie misure per contrastare le disuguaglianze tra i sessi e la discriminazione nei confronti delle donne, in particolare, quando la predetta discriminazione contribuisce alla loro malnutrizione. Ad avviso del Consiglio dovrebbero essere compiuti ulteriori sforzi per assicurare alle donne e agli uomini parità di accesso alle risorse, come ad esempio alla terra e all'acqua.

Gli orientamenti poc'anzi illustrati sono stati poi ribaditi anche nella più recente risoluzione del 2014³⁴. In particolare, con il predetto documento il Consiglio, oltre a riaffermare il diritto di ogni individuo all'accesso ad alimenti sani e nutritivi, ha insistito sull'importanza delle politiche e delle strategie pubbliche nazionali in materia di «*production*

²⁹ Si vedano, ad esempio, le numerose risoluzioni, adottate dall'Assemblea generale delle Nazioni Unite sul tema del diritto all'alimentazione. Tra le più recenti cfr. la Risoluzione 64/159 del 10 marzo 2010; 65/220 del 5 aprile 2011; 66/158 del 26 marzo 2012; 67/174 del 20 dicembre 2012; 68/177 del 18 dicembre 2013 e 69/177 del 18 dicembre 2014. Oltre agli atti dell'organo assembleare delle Nazioni Unite va altresì richiamata, sempre a titolo esemplificativo, la Dichiarazione adottata al termine del Vertice mondiale sull'alimentazione tenutosi a Roma nel 1996, nonché quella adottata a conclusione del successivo Vertice mondiale del 2002.

³⁰ In questi termini si è peraltro espresso lo stesso Comitato ONU sui diritti economici, sociali e culturali. Nel già citato Commento generale n. 12 si legge, infatti, che «[...] *le droit à une nourriture suffisante est indissociable de la dignité intrinsèque de la personne humaine et indispensable à la réalisation des autres droits fondamentaux consacrés dans la Charte internationale des droits de l'homme*» (par. 4).

³¹ In proposito cfr. E. DECAUX, *Le droit à la vie et le droit à une alimentation suffisante*, in C. TOMUSCHAT, E. LAGRANGE, S. OETER (eds.), *The Right to Life*, Leiden, 2010, 317-350.

³² Sul punto v., in particolare, A. P. KEARNS, *The Right to Food exists via Customary International Law*, cit., p. 255.

³³ Risoluzione 22/9 del 9 aprile 2013, doc. A/HRC/RES/22/9.

³⁴ Risoluzione 25/14 del 15 aprile 2014, doc. A/HRC/RES/25/14.

vivrière”, di lotta alla povertà e della protezione sociale. Più in generale, il Consiglio ha poi sollecitato gli Stati che hanno ratificato il Patto delle Nazioni Unite sui diritti economici, sociali e culturali a rispettare gli obblighi di cui all’art. 11, parr. 1 e 2, nonché invitato, ancora una volta, il Relatore speciale per il diritto all’alimentazione a continuare a seguire il problema della crisi alimentare mondiale e, specificamente, di tenere conto, nei rapporti indirizzati al Consiglio stesso, delle conseguenze della predetta crisi sul diritto all’alimentazione.

Si tratta all’evidenza di atti anch’essi ascrivibili alla categoria del cd. *soft law* e pertanto non idonei a porre obblighi in capo agli Stati³⁵. Nonostante il limite giuridico evidenziato, come noto, essi rivestono un’indubbia importanza sotto un profilo politico, nonché possono contribuire al processo di formazione delle norme internazionali.

Per quanto riguarda l’attività di protezione, in termini generali, vengono in rilievo le varie procedure di controllo, rigorosamente di natura politica, che possono essere attivate in seno al Consiglio. Si tratta, in particolare, delle cd. procedure speciali – basate su mandati “tematici” e “geografici”³⁶ – caratterizzate dalla creazione di organismi *ad hoc* e sulle quali, limitatamente ai mandati tematici, verrà soffermata l’attenzione nel prosieguo della nostra trattazione. Ad esse va poi aggiunto il recente meccanismo della Revisione periodica universale o UPR introdotto dalla risoluzione istitutiva del Consiglio ed oggetto di parziale revisione nel 2011³⁷. Come noto, il predetto meccanismo dà la possibilità al Consiglio di valutare periodicamente il rispetto dei diritti umani, quindi anche il diritto all’alimentazione, da parte di tutti i membri delle Nazioni Unite³⁸.

Nel 2011 si è concluso il primo ciclo di revisione periodica universale iniziato nel 2008³⁹. Raccomandazioni riguardanti, in generale, la necessità di promuovere il rispetto dei diritti economici, sociali e culturali, e specificamente, tra gli altri, il diritto all’alimentazione,

³⁵ In generale, sul *soft law* v., tra gli altri, M. R. SAULLE, *Lezioni di diritto internazionale*, Napoli, 1998, 82-83; T. TREVES, *Diritto Internazionale. Problemi fondamentali*, Milano, 2005, pp. 262-266; R. MONACO, C. CURTI GIALDINO, *Manuale di Diritto internazionale pubblico. Parte generale*, 3^a ed., Torino, 2009, pp. 280-284; S. MARCHISIO, *Corso di diritto internazionale*, Torino, 2014, pp. 159-160.

³⁶ In genere, i mandati cd. “geografici” o per Paese sono istituiti dal Consiglio per una durata annuale, rinnovabile. Nel momento in cui si scrive (agosto 2015) risultano in corso 14 mandati geografici. Tra quelli istituiti recentemente v., a titolo esemplificativo, il mandato relativo alla Repubblica centrafricana, al Mali ed alla Costa d’Avorio.

³⁷ Per approfondimenti sulle varie procedure vedi A. MARCHESI, *La protezione internazionale dei diritti umani. Nazioni Unite e organizzazioni regionali*, cit., p. 69 ss.; M. BOVA, *Il Consiglio Diritti Umani nel sistema onusiano di promozione e protezione dei diritti umani: profili giuridici e istituzionali*, cit., p. 140 ss; C. ZANGHÌ, *La protezione internazionale dei diritti dell’uomo*, cit., pp. 150 ss.

³⁸ Sulla revisione periodica universale, oltre gli Autori citati nella nota 36, cfr. F. D. GAER, *A Voice nota n Echo: Universal Periodic Review and the UN Treaty Body System*, in *Hum. Rights Law Rev.*, 2007, pp. 109-139; R. PISILLO MAZZESCHI, *L’Universal Periodic Review: controllo sull’adempimento di obblighi giuridici o meccanismo di cooperazione politica e diplomatica*, in *Dir. um., dir. int.*, 2008, pp. 107-117; N. BERNAZ, *Reforming the UN Human Rights Protection Procedures: a Legal Perspective on the Establishment of the Universal Periodic Review Mechanism*, in K. BOYLE (ed.), *New Institutions for Human Rights Protection*, cit., pp. 75-92; J. DUGGAN-LARKIN, *Can an Intergovernmental Mechanism increase the Protection of Human Rights?: The Potential of Universal Periodic Review in Relation to the Realisation of Economic, Social and Cultural Rights*, in *Neth. Quart. Hum. Rights*, 2010, pp. 548-581; A. M. THÉVENOT-WERNER, *L’examen périodique universel du Conseil des droits de l’homme des Nations Unies au regard du droit international*, in *Jour. dr. int.*, 2012, pp. 1243-1279; R. WEST, *Piercing the Veil of State Sovereignty. The Role of the Universal Periodic Review in the Enforcement of Human Rights*, in *Irish Law Times*, 2014, pp. 73-76.

³⁹ Per un approfondimento sugli esiti del primo ciclo di revisione v. R. CHAUVILLE, *The Universal Periodic Review’s First Cycle: Successes and Failures*, in H. CHARLESWORTH, E. LARKING (eds.), *Human Rights and Universal Periodic Review: Rituals and Ritualism*, Cambridge, 2014, pp. 87-108.

sono contenute nei rapporti finali del *Working Group* relativi alla situazione di taluni Stati. Ad esempio, lo Zimbabwe è stato invitato ad emanare misure volte a sostenere la produzione alimentare, nonché ad esaminare il problema della malnutrizione infantile⁴⁰. Analoghe raccomandazioni si rinvencono poi nel rapporto del *Working Group* relativo alla Bolivia⁴¹. In particolare, alcune di esse hanno riguardato il trattamento dei minori in stato di detenzione, ai quali dovrebbe essere riservata una protezione speciale che includa adeguati servizi di alimentazione, la necessità di fornire assistenza tecnica e finanziaria per lo sviluppo della produzione agricola nel quadro dell'esercizio del diritto all'alimentazione, nonché l'adozione di misure volte alla riduzione del tasso di malnutrizione infantile.

Nel momento in cui si scrive è in corso il secondo ciclo di revisione avviato nel 2012 e che dovrebbe concludersi nel 2016⁴². Anche in questa attuale fase di controllo non mancano nei vari rapporti finali del *Working Group* specifiche raccomandazioni sulla lotta alla fame ed il rispetto del diritto all'alimentazione⁴³.

3.1. Considerazioni introduttive sui mandati tematici del Consiglio

Nel contesto delle accennate “procedure speciali” di monitoraggio, il Consiglio, riprendendo un'iniziativa già intrapresa dall'allora Commissione dei diritti umani, ha confermato la figura del Relatore speciale sul diritto all'alimentazione⁴⁴.

Prima di procedere nell'esame della sua attività, conviene fare qualche considerazione preliminare, in generale, sulla figura degli “*special Rapporteurs*” nel quadro delle citate procedure speciali del Consiglio⁴⁵.

Il Relatore, come sottolineato, si inserisce nell'ambito delle “procedure speciali a tema”, introdotte per la prima volta dalla citata Commissione nel 1980⁴⁶. Si tratta di particolari forme di controllo del rispetto dei diritti umani, basate sull'analisi di specifiche

⁴⁰ Cfr. *Rapport du Group de travail sur l'examen périodique universel*, 19 dicembre 2011, A/HRC/19/14.

⁴¹ Cfr. *Rapport du Group de travail sur l'examen périodique universel*, 15 marzo 2010, A/HRC/14/7.

⁴² Cfr. al riguardo M. FUMAGALLI MERAVIGLIA, *La revisione periodica universale al suo secondo ciclo: conferme di un trend non sempre virtuoso*, in *Scritti in memoria di Maria Rita Saulle*, vol. I, Napoli, 2014, pp. 651-670.

⁴³ Cfr., a titolo esemplificativo, Rapporto sull'Angola, doc. A/HRC/28/11, p. 27; Rapporto sul Brasile, doc. A/HRC/21/11, p. 25; Rapporto sul Camerun, doc. A/HRC/24/15, p. 27; Rapporto sul Ghana, doc. A/HRC/22/6, p. 21.

⁴⁴ Sul Relatore cfr. A. AOUEDE, *The Right to Food: The Significance of the United Nations Special Rapporteur*, in L. WILLIAMS, *International Poverty Law: An Emerging Discourse*, London, 2006, pp. 87-106; C. CALLEJON, *Le mandat du Rapporteur spécial sur le droit à l'alimentation*, in E. DECAUX, A. YOTPOULOS-MARANGOPOULOS (sous la direction de), *La pauvreté, un défi pour les droits de l'homme*, Paris, 2009, pp. 171-179.

⁴⁵ In generale sulla figura dello *Special Rapporteur* cfr. S. P. SUBEDI, *Protection of Human Rights through the Mechanism of UN Special Rapporteurs*, in *Hum. Rights Quart.*, 32, 2011, pp. 201-228; nonché lo speciale fascicolo della *Int. Jour. Hum. Rights* dedicato al seguente tema: *The Role of the Special Rapporteurs of the United Nations Human Rights Council in the Development and Promotion of International Human Rights Norm*, 2011.

⁴⁶ Sulle procedure speciali cd. “tematiche”, tra i vari contributi, cfr. T. KAMMINGA, *The Thematic Procedures of the UN Commission on Human Rights*, in *Neth. Int. Law Rev.*, 34, 1987, pp. 299-323; O. FROUVILLE, *Les procédures thématiques: une contribution efficace des Nations Unies à la protection des droits de l'homme*, Paris, 1996; R. BEATE, *The Thematic Rapporteurs and Working Groups of the United Nations Commission on Human Rights*, in *Max P. YB. Un. Nat. Law*, 4, 2000, pp. 289-329; J. GUTTER, *Thematic Procedures of the United Nations Commission on Human Rights and International Law: In Search of a Sense of Community*, Antwerpen, Oxford, 2006; A. MARCHESI, *La protezione internazionale dei diritti umani. Nazioni Unite e organizzazioni regionali*, cit., p. 80 ss.; M. BOVA, *Il Consiglio Diritti Umani nel sistema onusiano di promozione e protezione dei diritti umani: profili giuridici e istituzionali*, cit., p. 140 ss.

questioni tematiche afferenti ai diritti umani, che sono state fatte proprie anche dall'attuale Consiglio. Come specificato nel *Manual of Operations of the Special Procedures* del 2008, i "mandati tematici" coprono «[...] *the full spectrum of civil, cultural, economic, political and social rights*»⁴⁷.

Sotto il profilo pratico, una volta individuato il tema che dovrà essere oggetto di mandato questo viene affidato ad un organo individuale, il Relatore speciale o un Esperto indipendente, ovvero collegiale, in quest'ultimo caso si procede alla creazione di un *Working Group*, generalmente composto da cinque membri⁴⁸.

Il Relatore, titolare del mandato, è nominato dal Consiglio dei diritti umani sulla base di specifici criteri⁴⁹ ed agisce, ai sensi dell'art. 4, par. 1, del Codice di condotta approvato dallo stesso Consiglio, a titolo individuale⁵⁰. Al Relatore è attribuito lo *status* di "esperto in missione" e, pertanto, ad esso si applicano le norme della Convenzione generale sui privilegi e le immunità delle Nazioni Unite approvata dall'Assemblea generale con la Risoluzione 22 A/1. Ai sensi dell'art. VI, sez. 22, della predetta Convenzione del 1946, esemplificativamente, al Relatore spetta l'immunità da arresto o detenzione e sequestro dei bagagli personali, l'immunità dalla giurisdizione per gli atti compiuti nell'esercizio delle sue funzioni, nonché l'inviolabilità delle carte o documenti.

Le funzioni attribuite a ciascun titolare del mandato sono contenute nelle stesse risoluzioni istitutive che non risultano pertanto uniformi ma variano l'una dall'altra.

Ad oggi, si contano 39 mandati tematici su diversi settori afferenti al tema dei diritti umani (a titolo esemplificativo si citano il diritto all'acqua, il divieto di tortura, la tratta degli esseri umani, la detenzione arbitraria, la tutela dei migranti, il diritto all'educazione, la protezione delle minoranze e i diritti culturali). La maggior parte dei mandati sono stati "ereditati" dalla Commissione dei diritti umani, altri sono invece di nuova istituzione ad opera del Consiglio (si pensi, ad esempio, al mandato tematico concernente le forme contemporanee di schiavitù o a quello riguardante il diritto di riunione o di associazione pacifica)⁵¹. Rientra nella prima categoria, come si è detto, anche il mandato tematico relativo al diritto all'alimentazione.

3.2. Il mandato del Relatore speciale sul diritto all'alimentazione

Dopo questa premessa di carattere generale, occorre esaminare più da vicino la figura del Relatore speciale sul diritto all'alimentazione. Come si è già evidenziato il primo

⁴⁷ Il Manuale è stato adottato nel giugno 2008 nel corso del 15° *meeting* annuale delle procedure speciali. Il nuovo testo modifica quello adottato nel 1999 sulla base anche dei suggerimenti degli Stati e delle Organizzazioni non governative. Il testo è disponibile sul sito del Consiglio dei diritti umani nella sezione relativa alle procedure speciali.

⁴⁸ Vedi il *Manual of Operations of the Special Procedures*, cit., p. 6.

⁴⁹ I criteri da prendere in considerazione all'atto della selezione sono stabiliti dall'Annesso alla Risoluzione 5/1 del Consiglio dei diritti umani adottata per *consensus* nel 2007. Il par. 39 così dispone: «*The following general criteria will be of paramount importance while nominating, selecting and appointing mandate-holders: (a) expertise; (b) experience in the field of the mandate; (c) independence; (d) impartiality; (e) personal integrity; and (f) objectivity*». Ovviamente specifica attenzione verrà altresì data all'equa distribuzione geografica, all'equilibrio di genere, nonché alla rappresentanza dei diversi sistemi giuridici (par. 40).

⁵⁰ Cfr. *Code de conduit pour les titulaires de mandat au titre des procédures speciale du Conseil de droit de l'homme*, adottato per *consensus* il 18 giugno 2007.

⁵¹ Nel 2014 il Consiglio ha istituito due nuovi mandati tematici: quello sui diritti delle persone con disabilità ed il mandato sugli effetti negativi delle misure coercitive unilaterali sull'esercizio dei diritti umani.

Relatore – Jean Ziegler di nazionalità svizzera – è stato istituito dalla Commissione con la Risoluzione 2000/10 del 17 aprile 2000 per un periodo di tre anni. Si tratta, dunque, di una figura istituzionale relativamente giovane. Il suo mandato era specificamente individuato nella medesima risoluzione istitutiva (par. 11). In particolare al Relatore erano state attribuite le seguenti funzioni:

- « a) To seek, receive and respond to information on all aspects of the realization of the right to food, including the urgent necessity of eradicating hunger;*
- b) To establish cooperation with Governments, intergovernmental organizations, in particular the Food and Agriculture Organization of the United Nations, and non-governmental organizations, on the promotion and effective implementation of the right to food, and to make appropriate recommendations on the realization thereof, taking into consideration the work already done in this field throughout the United Nations system;*
- c) To identify emerging issues related to the right to food worldwide».*

Quando il Consiglio ha sostituito la Commissione, oltre che a confermare la figura del Relatore per un ulteriore triennio, con la stessa Risoluzione «confermativa» 6/2 del 27 settembre 2007 ne ha modificato il mandato prevedendo, nello specifico, un ampliamento delle sue competenze.

Alla luce della Risoluzione da ultimo citata le nuove funzioni del Relatore sono dunque le seguenti:

- «(a) To promote the full realization of the right to food and the adoption of measures at the national, regional and international levels for the realization of the right of everyone to adequate food and the fundamental right of everyone to be free from hunger so as to be able fully to develop and maintain their physical and mental capacities;*
- (b) To examine ways and means of overcoming existing and emerging obstacles to the realization of the right to food;*
- (c) To continue mainstreaming a gender perspective and taking into account an age dimension in the fulfilment of the mandate, considering that women and children are disproportionately affected by hunger, food insecurity and poverty;*
- (d) To submit proposals that could help the realization of Millennium Development Goal No. 1 to halve by the year 2015 the proportion of people who suffer from hunger, as well as to realize the right to food, in particular, taking into account the role of international assistance and cooperation in reinforcing national actions to implement sustainable food security policies;*
- (e) To present recommendations on possible steps with a view to achieving progressively the full realization of the right to food, including steps to promote the conditions for everyone to be free from hunger and as soon as possible enjoy fully the right to food, taking into account lessons learnt in the implementation of national plans to combat hunger;*
- (f) To work in close cooperation with all States, intergovernmental and non-governmental organizations, the Committee on Economic, Social and Cultural Rights, as well as with other relevant actors representing the broadest possible range of interests and experiences, within their respective mandates, to take fully into account the need to promote the effective realization of the right to food for all, including in the ongoing negotiations in different fields;*
- (g) To continue participating in and contributing to relevant international conferences and events with the aim of promoting the realization of the right to food».*

Risulta evidente, anche ad una prima lettura, l'ampiezza del mandato attribuito al Relatore. In sintesi, ad esso spettano funzioni di studio, di promozione del diritto all'alimentazione, nonché di monitoraggio – ed è forse questa la funzione più delicata – della situazione relativa al suo esercizio all'interno degli Stati. Al Relatore sono altresì attribuite funzioni propositive in relazione alla realizzazione del primo degli otto obiettivi di

sviluppo del Millennio che gli Stati membri delle Nazioni Unite si sono impegnati di raggiungere entro il 2015, ossia lo sradicamento della povertà estrema e della fame⁵².

Non sono poi da trascurare i compiti di interazione e di dialogo che il Relatore è chiamato a svolgere con i vari attori, che a diverso titolo sono coinvolti nella protezione a livello nazionale e internazionale del diritto all'alimentazione. In questo contesto va valutato positivamente lo specifico richiamo, in particolare, al Comitato delle Nazioni Unite per i diritti economici, sociali e culturali. Siffatta competenza di promozione del "dialogo" si pone nell'apprezzata ottica di sviluppare e consolidare un'attività di coordinamento e di integrazione tra sistemi di tutela dei diritti umani per la protezione del diritto all'alimentazione, confermando così il carattere complementare della funzione di controllo esercitata dal Relatore.

E' auspicabile che questo rapporto di interazione con il Comitato ed esteso anche ad altri meccanismi di tutela dei diritti umani, possa essere ulteriormente rafforzato.

Con la già citata Risoluzione 22/9 del 9 aprile 2014, specificamente dedicata al diritto all'alimentazione, il Consiglio ha deciso di prorogare il mandato del Relatore – incarico che attualmente è ricoperto dal turco Ilal Helver – per un ulteriore triennio e ciò al fine, si legge al punto 36 della predetta Risoluzione, di consentirgli «*de poursuivre ses travaux conformément au mandat qui lui a été confié [...]*» dalla citata Risoluzione 6/2 del 2007.

Dunque, nel momento in cui si scrive, le funzioni del Relatore sono rimaste inalterate poiché la Risoluzione con cui si è stabilito di prorogarne il mandato non ha inciso sulle competenze.

3.3. I metodi di lavoro del Relatore

Per l'adempimento del suo mandato il Relatore si avvale di plurimi strumenti. Con riferimento alle accennate finalità di promozione e prevenzione della violazione del diritto all'alimentazione la sua attività è caratterizzata, in particolare, dalla redazione di documenti informativi, studi e rapporti che vengono presentati sia al Consiglio dei diritti umani sia all'Assemblea generale delle Nazioni Unite, nonché dalla partecipazione a seminari e conferenze.

Con specifico riferimento ai rapporti e agli studi tematici l'attività svolta in questo ambito può senz'altro definirsi intensa e costante. Tra quelli più recenti, si vedano, ad esempio, il rapporto su *Accesso alla terra e diritto all'alimentazione* dell'11 agosto 2010⁵³, il

⁵² Come è noto, i cd. obiettivi del Millennio costituiscono uno dei risultati del *Vertice del Millennio* che si è svolto a New York nel 2000 al quale hanno partecipato 147 Capi di Stato e di Governo e 191 Paesi. Gli altri sette obiettivi sono i seguenti: rendere universale l'educazione primaria, promuovere l'uguaglianza di genere e l'empowerment femminile, ridurre la mortalità infantile, migliorare la salute materna, combattere l'AIDS, la malaria e le altre malattie, garantire la sostenibilità ambientale e infine sviluppare una partnership globale per lo sviluppo. Per ulteriori approfondimenti al riguardo cfr., tra gli altri, S. FUKUDA-PARR, *Millennium Development Goal 8: Indicator for International Human Rights Obligations?*, in *Hum. Rights Quart.*, 28, 2006, pp. 966-997, nonché, più recentemente, C. CARLETTI, *Gli attori istituzionali e non: modalità operative tradizionali ed in progress nel quadro della cooperazione internazionale allo sviluppo* in E. SPATAFORA, R. CADIN, C. CARLETTI, *Sviluppo e diritti umani nella cooperazione internazionale*, 3ª ed., Torino, 2012, p. 161. È appena il caso di segnalare che a fine settembre 2015 si è svolto un Vertice delle Nazioni Unite per l'adozione dei nuovi obiettivi di sviluppo sostenibile, che andranno a sostituire i citati obiettivi di sviluppo del millennio adottati nel 2000.

⁵³ Rapporto presentato all'Assemblea generale delle Nazioni Unite, doc. A/65/281.

rapporto su *Agroecologia e diritto all'alimentazione* del 20 dicembre 2010⁵⁴, il rapporto contenente le *linee guida applicabili agli studi sull'impatto degli accordi sul commercio e sugli investimenti sui diritti umani* del 19 dicembre 2011⁵⁵, il rapporto su *Il diritto all'alimentazione adeguata: i legami tra agricoltura, alimentazione e salute* del 26 dicembre 2011⁵⁶, quello su *Pesca e diritto all'alimentazione* dell'8 agosto 2012 e presentato alla 67^a sessione dell'Assemblea generale delle Nazioni Unite, quello su *Diritti delle donne e diritto all'alimentazione* del 24 dicembre 2012⁵⁷ e infine il rapporto su *Accesso alla giustizia e diritto all'alimentazione* del 12 gennaio 2015⁵⁸.

Dal punto di vista redazionale i rapporti hanno una struttura consolidata: oltre ad una attenta disamina del tema considerato, generalmente contengono raccomandazioni che possono avere come destinatari sia gli Stati sia enti diversi da questi ultimi. Ad esempio, nel citato rapporto sul diritto ad una alimentazione adeguata del 26 dicembre 2011, il Relatore, al par. 52, ha rivolto specifiche raccomandazioni anche all'Organizzazione Mondiale della Sanità (OMS).

Questa sistematica attività di studio ha consentito al Relatore di individuare anche principi e criteri direttivi. Ne costituiscono un esempio le recenti *Guiding Principles on Human Rights Impact Assessments of Trade and Investment Agreements* del 2011⁵⁹, anch'esse ascrivibili alla categoria del cd. *soft law*.

Per quanto attiene alla funzione di controllo essa può essere esercitata attraverso l'esame delle informazioni acquisite e relative alla violazione del diritto all'alimentazione, in particolare a seguito di segnalazioni individuali.

Sinteticamente, da un punto di vista procedimentale, il Relatore può scrivere allo Stato interessato, generalmente tramite canali diplomatici⁶⁰, per domandare chiarimenti rispetto alle asserite violazioni, per "ricordare" gli obblighi internazionali esistenti nella materia considerata, ovvero per sollecitare l'invio di rapporti che contengano informazioni riguardo alle misure adottate a livello nazionale per porre rimedio a violazioni già riscontrate.

Di regola, nella "comunicazione" inviata allo Stato, il Relatore speciale indica un termine, generalmente di sessanta giorni, entro il quale lo Stato è chiamato a fornire adeguata risposta alle richieste formulate.

Vale la pena di segnalare, altresì, che l'intervento del Relatore può avvenire anche attraverso l'adozione di appelli urgenti (*Urgent appeals*). Ai sensi dell'art. 10 del Codice di condotta si può fare ricorso allo strumento da ultimo citato solo in determinate circostanze e segnatamente nel caso «*de violations [...] pour lesquelles le facteur temps est déterminant car elles ont causé des pertes humaines, mettent en danger des vies humaines, ou encore causent ou sont sur le point de causer aux victimes une préjudice très grave [...]*».

Volgendo uno sguardo alla prassi, essa consente di rilevare che dal 1° giugno 2006 al 28 febbraio 2015, il Relatore ha inviato oltre duecento "comunicazioni" agli Stati⁶¹. Una lettura più attenta della prassi, che va al di là del mero dato numerico poc'anzi riportato,

⁵⁴ Il rapporto è stato presentato al Consiglio dei diritti umani, doc. A/HRC/16/49.

⁵⁵ Rapporto presentato al Consiglio dei diritti umani, doc. A/HRC/19/59/Add.

⁵⁶ Rapporto presentato al Consiglio dei diritti umani, doc. A/HRC/19/59.

⁵⁷ Rapporto presentato al Consiglio dei diritti umani, doc. A/HRC/22/50.

⁵⁸ Rapporto presentato al Consiglio dei diritti umani, doc. A/HRC/28/65.

⁵⁹ Cfr. doc. A/HRC/19/59/Add.5.

⁶⁰ Cfr. *Manual of Operations of the Special Procedures*, cit., p. 13.

⁶¹ Cfr. *Communication Report of Special Procedures* del 2 giugno 2015, A/HRC/29/50.

indice senza dubbio di una certa frequenza dell'azione di controllo, porta poi ad evidenziare rimanendo in questo caso più vicini alle metodologie di lavoro, che talvolta le predette comunicazioni sono state redatte congiuntamente con altri Relatori speciali.

Proprio a quest'ultimo riguardo, solo per fare qualche esempio, nel marzo 2012, il Relatore speciale per il diritto all'alimentazione, insieme ai Relatori speciali sull'estrema povertà e diritti umani e a quello sull'alloggio adeguato, ha presentato, sulla base delle informazioni ricevute, una "comunicazione" al Bangladesh avente ad oggetto l'impatto delle attività di estrazione illegale della sabbia dal fiume Meghna sull'esercizio, dai parte dei residenti di Mayadip Island, del diritto all'alimentazione e del diritto ad un adeguato *standard* di vita⁶². Più recentemente, nel 2014, il Relatore speciale, ancora una volta insieme ad altri Relatori e segnatamente quelli sul diritto alla salute, sulla tutela delle minoranze e sull'acqua, ha inviato una comunicazione al Pakistan in merito alla presunta morte di circa 132 bambini nel deserto di Thar, distretto di Tarparkar, a seguito di malnutrizione. Nella predetta comunicazione, in particolare, si è osservato che, sulla base delle informazioni ricevute, le gravi carenze di cibo e di acqua, a causa della siccità e della povertà estrema, sarebbero state «[...] *the principal causes of death*» dei minori⁶³, la maggioranza dei quali, tra l'altro, appartenenti ad un gruppo minoritario.

In termini generali, la citata prassi dei richiami effettuati congiuntamente ad altri titolari di mandati tematici va salutata con soddisfazione. A fronte delle consuete critiche che potrebbero essere formulate, in particolare, sull'assenza di poteri coercitivi, rimane il fatto che questo meccanismo di pressione internazionale "rafforzata" può maggiormente indurre gli Stati al rispetto degli obblighi internazionali e, se necessario, all'introduzione delle riforme sollecitate.

Quanto alla segnalazione di eventuali violazioni, attraverso le cd. *lettres d'allegation*, ancorché non esista un modello predefinito, esse devono contenere determinate informazioni (in particolare i nomi delle vittime, nonché una descrizione dettagliata della violazione). Le segnalazioni possono essere fatte da singoli individui, da gruppi di persone, ovvero dalle organizzazioni non governative⁶⁴.

Infine, giova precisare che tutte le "comunicazioni" inviate dal Relatore allo Stato chiamato in causa hanno carattere confidenziale⁶⁵. E' tuttavia prevista la pubblicazione di una sintesi dello scambio delle lettere e delle risposte del predetto Stato nel rapporto annuale di attività che il Relatore presenta al Consiglio dei diritti umani.

3.3.1. *La pratica delle visite in loco. Le diverse tipologie di visite ed il rapporto finale*

Nel quadro della predetta funzione di monitoraggio una riflessione a parte merita, infine, la competenza del Relatore ad effettuare visite *in loco*; nonostante l'evidente "intrusività" di questa tipologia di intervento esso risulta fondamentale in quanto, come si

⁶² Cfr. *Communication Report of Special Procedures* del 7 settembre 2012, A/HRC/21/49.

⁶³ Cfr. *Communication Report of Special Procedures* del 20 agosto 2014, A/HRC/27/72.

⁶⁴ Le condizioni di ricevibilità delle predette comunicazioni sono specificamente individuate e disciplinate dall'art. 9 del citato Codice di condotta. In particolare, è previsto che le comunicazioni non devono essere manifestamente infondate o basate su motivazioni politiche; devono contenere un'esposizione delle circostanze fattuali delle violazioni, compresi i diritti violati; non devono essere redatte in termini oltraggiosi e non devono essere fondate esclusivamente su informazioni diffuse dai *media*.

⁶⁵ Cfr. *Manual of Operations of the Special Procedures*, cit., p. 12.

dirà, gli consente di acquisire informazioni di “prima mano” in merito alla reale situazione del diritto all'alimentazione nel Paese oggetto di visita, integrando così le informazioni già ricevute al riguardo da fonti governative.

In generale, la disciplina delle visite *in loco*, quale specifica prerogativa dei titolari di mandati, è contenuta nell'art. 11 del citato Codice di condotta. In particolare, è stabilita la consueta condizione secondo cui le visite si svolgono previo consenso dello Stato interessato. Inoltre, il titolare del mandato deve preparare la visita in stretta collaborazione con la missione permanente dello Stato interessato presso l'Ufficio delle Nazioni Unite a Ginevra, nonché cercare di stabilire un dialogo con le autorità governative competenti e con tutte le altre parti coinvolte, compresi membri della società civile.

Nella prassi, ritornando al Relatore speciale sul diritto all'alimentazione, la pratica delle visite *in loco* si è sviluppata sin dalla sua istituzione. Al riguardo, appare utile fornire il dato quantitativo del fenomeno. Il primo Paese oggetto di visita è stato il Niger nel settembre 2001 e in totale, ad oggi, si contano 26 visite.

La maggior parte delle missioni sono state svolte su richiesta esplicita degli Stati. Tra questi vi sono Paesi che, tra l'altro, hanno formulato una *standing invitation*, ossia un invito permanente a svolgere visite per tutte le procedure speciali tematiche dell'allora Commissione e oggi del Consiglio⁶⁶.

Non esiste una prassi precisa né rispetto alla durata delle missioni né ai luoghi soggetti a visita. A quest'ultimo riguardo, va segnalato che talvolta il Relatore ha visitato anche strutture carcerarie⁶⁷ e si è intrattenuto a colloquio con i detenuti⁶⁸. Ciò ha consentito all'organo di controllo di valutare le condizioni reali di trattamento di coloro che si trovano in una situazione di privazione di libertà, in particolare, sotto il profilo dell'accesso ad un cibo adeguato e di formulare specifiche raccomandazioni⁶⁹.

In genere, lo scopo delle visite, come si è detto, è quello di accertare lo stato di attuazione ed il rispetto del diritto all'alimentazione che, vale la pena di rammentare, deve essere garantito in qualsiasi circostanza (in tempo di pace e in tempo di guerra).

Non mancano, infatti, nella prassi del Relatore visite in Paesi in situazioni post-conflittuali, al fine di verificare se durante il conflitto fosse stato rispettato il diritto internazionale umanitario che, come noto, sancisce anche l'obbligazione specifica di

⁶⁶ In totale, nel momento in cui si scrive (agosto 2015), sono 110 i Paesi che hanno esteso un invito permanente a tutte le procedure tematiche speciali.

I dati sono disponibili su: <http://www.ohchr.org/EN/HRBodies/SP/Pages/Invitations.aspx>.

⁶⁷ Cfr. il Rapporto del 22 settembre 2009 sul Benin, doc. A/HRC/13/33/Add.3, nonché il Rapporto del 24 gennaio 2014 sul Malawi, doc. A/HRC/25/57/Add. 1.

⁶⁸ Cfr. Rapporto del 24 gennaio 2014 sul Malawi, cit.

⁶⁹ Particolarmente critica è stata la situazione riscontrata nella prigione di Maula, nel Malawi. Nel citato rapporto si legge, infatti, che «[...] the Prison Service was only able to provide prisoners one daily meal consisting of maize meal (*nsima*) and beans or peas, due to budget constraints. At times, when food stocks and the budget ran out, the prison had to rely on a private provider to sell the prison maize meal on credit. According to the prisoners, there were days when they received no food at all, for example when there was no firewood available or provisions of maize flour had run out. Moreover, they explained that prisoners with HIV/AIDS and other chronic diseases did not receive any special treatment to meet their special dietary needs» (enfasi aggiunta), *Ibid.* A fronte di tale situazione, il Relatore, oltre che a richiamare le norme delle Nazioni Unite sullo standard minimo per il trattamento dei detenuti, approvate come è noto dal Consiglio economico e sociale con le Risoluzioni 663 C (XXIV) del 31 luglio 1957 e 2076 (LXII) del 13 maggio 1977, ha sollecitato il Malawi ad adottare «[...] immediate measures to ensure access to adequate food in prisons», *Ibid.*

proteggere e garantire il diritto all'alimentazione⁷⁰ e ciò, si potrebbe aggiungere, ad ulteriore conferma del rapporto di interconnessione tra diritti umani e diritto internazionale umanitario⁷¹. Significativo esempio, al riguardo, è dato dalla visita in Libano, effettuata dall'11 al 16 settembre 2006, all'indomani della guerra, che ha avuto luogo dal 12 luglio al 14 agosto 2006, tra Israele e le forze armate del partito libanese Hezbollah⁷².

L'analisi della prassi consente poi di evidenziare che, in alcuni casi, le missioni sono organizzate anche al fine di verificare se lo Stato, già oggetto di visita in passato, abbia o meno compiuto dei progressi ovvero continuino a sussistere ostacoli nella realizzazione del predetto diritto. Si tratta delle cd. visite *de snivi* o di *follow-up*. In questo ambito va inquadrata, ad esempio, la missione organizzata dal Relatore De Shutter in Brasile dal 12 al 18 ottobre 2009. Lo scopo della missione, come si legge dal rapporto finale «[...] *was to assess the progress made since the 2002 mission of the former Special Rapporteur, Jean Ziegler* [...]»⁷³. Analogamente, la visita organizzata in Messico dal 14 al 15 novembre 2013 si proponeva di esaminare il seguito dato alle raccomandazioni formulate dal Relatore speciale al termine di una precedente missione effettuata nel 2011⁷⁴.

Tutte le visite, comprese quelle di *follow-up*, si concludono con la redazione di un rapporto finale, successivamente oggetto di pubblicazione. Sotto il profilo dei contenuti, il rapporto risulta essere piuttosto dettagliato. Il Relatore, oltre a riportare dati di carattere generale relativi allo svolgimento della visita e l'indicazione dei rappresentanti istituzionali e membri della società civile con i quali si è intrattenuto, illustra gli aspetti positivi, le criticità riscontrate e formula eventuali raccomandazioni. Atti che, giova ribadire, non sono produttivi di effetti vincolanti per lo Stato interessato. Dalla prassi emerge inoltre che, qualora le raccomandazioni siano multiple, talvolta, il Relatore specifica quelle che, a suo avviso, rivestono carattere prioritario e sulle quali pertanto lo Stato dovrebbe (l'uso del condizionale è d'obbligo) concentrare i propri sforzi.

Non mancano poi nel rapporto, generalmente nella parte introduttiva, riferimenti espliciti al grado di collaborazione ricevuta dalle autorità nel corso della visita. Appare evidente, infatti, che il pieno raggiungimento degli obiettivi della missione è strettamente interconnesso alla “buona volontà” dello Stato interessato che deve fornire il supporto necessario (pieno accesso ai documenti utili per lo svolgimento della sua attività, libertà di movimento su tutto il territorio dello Stato, etc) affinché il Relatore possa svolgere al meglio la propria funzione.

D'altro canto, la decisione di dedicare nel rapporto finale uno specifico spazio al comportamento dello Stato in occasione della missione, conferma la rilevanza che detto

⁷⁰ Sul diritto all'alimentazione in situazioni di conflitto v., tra gli altri, J. PEJIC, *The Right to Food in Situations of Armed Conflict: The Legal Framework*, in *Int. Rev. Red Cross*, 2001, pp. 1097-1109; U. KRACHT, *Human Rights and Humanitarian Action: The Right to Food in Armed Conflict*, in M. BERGSMO (ed.), *Human Rights and Criminal Justice for the Downtrodden: Essays in Honour of Asbjørn Eide*, Leiden, 2003, pp. 261-292; S. MOSCATELLI, *Il diritto all'alimentazione nel sistema dei diritti umani*, cit., p. 199 ss.

⁷¹ In generale sui rapporti tra diritti umani e diritto internazionale umanitario cfr. E. GREPPI, *Diritto internazionale umanitario dei conflitti armati e diritti umani: profili di una convergenza*, in *Com. int.*, 1996, pp. 473-498; ID., *I crimini dell'individuo nel diritto internazionale*, Torino, 2012, pp. 36-58; A. ORAKHELASHVILI, *The Interaction between Human Rights and Humanitarian Law: Fragmentation, Conflict, Parallelism, or Convergence?* in *Eur. Jour. Int. Law*, 2008, pp. 161-182; C. ZANGHÌ, *La protezione internazionale dei diritti dell'uomo*, cit., pp. 52-61.

⁷² Cfr. Rapporto del 29 settembre 2006, doc. A/HRC/2/8.

⁷³ Cfr. Rapporto del 19 febbraio 2009, doc. A/HRC/13/33/Add. 6.

⁷⁴ Cfr. la nota conclusiva della visita pubblicata sul sito del Relatore: <http://www.ohchr.org/EN/Issues/Food/Pages/Visits.aspx>.

comportamento riveste nell'intera procedura. Da una lettura complessiva dei vari rapporti, sotto questo specifico profilo, non sembrano emergere osservazioni critiche da parte del Relatore il quale, almeno fino ad oggi, ha sempre elogiato la cooperazione ricevuta dalle autorità statali.

Lo sviluppo di questo rapporto di collaborazione tra gli Stati interessati dalla visita ed il Relatore non può che trovare apprezzamento; senza dubbio può ritenersi espressione della legittimazione e del supporto politico di cui gode il predetto organo nell'esercizio della funzione ispettiva.

4. Rilevi conclusivi. Punti di forza e criticità nell'azione del Relatore speciale

L'indagine fin qui svolta consente di rilevare l'indubbia attività di promozione e di tutela del diritto all'alimentazione esercitata dal Consiglio dei diritti umani. In tale contesto va, in particolare, apprezzata la creazione della figura dello *Special Rapporteur*, organo monocratico, con le caratteristiche sopra evidenziate, in particolare, quelle dell'indipendenza e dell'imparzialità.

Come si è avuto modo di osservare, il metodo di lavoro del Relatore è fortemente improntato al dialogo, principalmente con gli Stati, e ciò nel tentativo di individuare le soluzioni migliori per la protezione del diritto all'alimentazione, in particolare, là dove esistono ostacoli al concreto esercizio del predetto diritto⁷⁵.

L'importanza del dialogo è d'altro canto confermata dallo stesso Codice di condotta in relazione alle attività svolte, in generale, dai titolari dei mandati sia tematici che geografici⁷⁶. L'art. 13 del predetto Codice statuisce, infatti, che questi ultimi devono vegliare affinché le dichiarazioni sulla situazione dei diritti umani all'interno di uno Stato siano «*de nature à instaurer un dialogue constructif entre les parties prenantes et à favoriser la coopération en vue de promouvoir et protéger les droits de l'homme*»⁷⁷.

Oltre alle funzioni di stimolo, di indirizzo della produzione normativa interna degli Stati, il Relatore esercita anche una funzione di controllo sul rispetto degli obblighi internazionali esistenti in materia. L'attività da ultimo richiamata, come si evince dall'indagine svolta, coincide però solo in parte con quella esercitata dai principali comitati o *treaty bodies* onusiani a tutela dei diritti umani, almeno per quanto attiene agli strumenti

⁷⁵ Vale la pena di precisare che sebbene gli Stati siano i principali destinatari degli obblighi internazionali in materia di diritto all'alimentazione, come opportunamente osservato dallo stesso Comitato delle Nazioni Unite per i diritti economici, sociali e culturali nel citato Commento generale n. 12 del 1999, «[...] *tous les membres de la société – individus, familles, collectivités locales, organisations non gouvernementales, organisation de la société civile et secteur privé – ont des responsabilités dans la réalisation du droit à une nourriture suffisante*» (par. 20). (enfasi aggiunta). In particolare il Comitato ha sottolineato che «*Les entreprises privées – nationales et transnationales – doivent mener leur activités dans le cadre d'un code de conduite qui favorise le respect du droit à une nourriture suffisante, arrêté d'un commun accord avec le gouvernement et la société civile*» (ibid.). Non a caso, nella prassi, il Relatore speciale ha inviato le cd. *allegation letters* anche ad imprese private. Cfr. il rapporto del Relatore dal titolo *Summary of communications sent and replies received from Governments and other actors*, doc. A/HRC/10/5/Add.1, del 17 febbraio 2009, p. 44 ss.

⁷⁶ A ciò si aggiunga che anche nella risoluzione 65/281 dell'Assemblea generale delle Nazioni Unite, relativa alla riforma del Consiglio dei diritti umani, adottata il 20 luglio 2011, riprendendo la precedente risoluzione 16/21 dello stesso Consiglio del 12 aprile 2011, è ribadito, a chiare lettere, che «*[l]es procédures speciale continueront de favoriser un dialogue constructif avec les États*» (par. 25). Enfasi aggiunta.

⁷⁷ Enfasi aggiunta.

attraverso i quali esercitare il controllo. Ancor più in generale, la predetta funzione di monitoraggio di cui è titolare il Relatore si inquadra, e fin qui nulla di nuovo, nel solco dei controlli di natura politica⁷⁸ che si concludono con l'adozione di atti privi di efficacia vincolante per i destinatari⁷⁹. Non si può fare a meno di ribadire che il buon esito dell'intervento del Relatore risulta, in definitiva, collegato alla volontà dello Stato di conformarsi alle sue raccomandazioni.

Rimanendo nel quadro della funzione di monitoraggio in parola, merita una specifica menzione ed apprezzamento lo strumento delle visite *in loco*. Ad esso, come emerge dalla prassi, il Relatore ha fatto ricorso non in maniera occasionale ma continuativa sin dall'inizio del suo mandato. Come si è sottolineato, tale pratica risulta fondamentale per l'esercizio delle sue funzioni in quanto gli consente di ricercare e raccogliere in prima persona le informazioni da qualsiasi fonte, nonché di fare un approfondito esame della reale situazione all'interno dello Stato. Inoltre, dato non meno significativo, la costante pubblicazione dei risultati dell'attività ispettiva contribuisce a rafforzarne gli effetti. Le osservazioni che precedono evidenziano la necessità di pervenire ad una definitiva stabilizzazione ed universale applicazione del predetto strumento di controllo. In questa prospettiva, occorre sensibilizzare ulteriormente gli Stati a formulare un invito permanente, che nel momento in cui si scrive, come si è osservato, ha trovato purtroppo un modesto riscontro: ancorché questa pratica della *standing invitation* fosse stata incoraggiata già dalla stessa Commissione dei diritti dell'uomo⁸⁰, e oggi dal Consiglio dei diritti umani, solo poco più della metà degli attuali membri delle Nazioni Unite ha effettuato la dichiarazione in parola.

Altro punto di forza del Relatore speciale è costituito dal rapporto di fattiva collaborazione instauratosi con la società civile⁸¹. Quest'ultima indubbiamente continua a rimanere protagonista principale della sua attività. Il coinvolgimento della società civile, come si è visto, avviene in diversi modi e, in particolare, attraverso l'invio di informazioni sullo stato di attuazione del diritto all'alimentazione. In questo ambito, uno dei principali momenti di confronto è certamente rappresentato dalle predette visite *in loco*: il Relatore ha infatti la possibilità di interagire con soggetti non istituzionali che operano all'interno dello Stato oggetto di indagine. E di siffatto dialogo, come si è detto, il Relatore dà conto nel rapporto finale redatto a conclusione della missione.

⁷⁸ Cfr. in proposito A. MARCHESI, *La protezione internazionale dei diritti umani*, cit, p. 83. Sulla differenza tra controlli "politici" e controlli "giuridici", espressione quest'ultima riferita ai sistemi di garanzia basati sull'attività dei *treaty bodies*, si rinvia, per tutti, al volume del medesimo Autore.

⁷⁹ Per un'attenta disamina delle varie procedure internazionali di controllo che non rivestono carattere giurisdizionale v., in particolare, l'interessante studio di A. WEBER, *Les mecanismes de controle non contentieux du respect des droits de l'homme*, Paris, 2008.

⁸⁰ Cfr. la Risoluzione 2002/84 «*Human Rights and thematic procedures*», adottata senza voto il 26 aprile 2002.

⁸¹ L'importanza del ruolo della società civile nella realizzazione dei programmi a tutela dei diritti umani è stato formalmente riconosciuto anche nel Documento finale del Summit Mondiale dei Capi di Stato e di governo tenutosi presso la sede dell'Organizzazione delle Nazioni Unite a New York nel 2005. Cfr. la Risoluzione 60/1 dell'Assemblea generale del 24 ottobre 2005 (parr. 172-173). In generale sulla società civile v. G. STABEROCK, *Civil Society*, in *Max P. Enc. Pub. Int. Law*, 2011. Più specificamente sulla società civile e diritti umani v., tra gli altri, M. BORGHI, P. MEYER-BISCH (édit.), *Société civile et indivisibilité des droits de l'homme*, Actes du XI^e colloque interdisciplinaire sur les droits de l'homme à l'Université de Fribourg, 12-14 novembre 1998, Fribourg, 2000; E. G. MARLIES, *Global Civil Society and Human Rights*, in M.E. GOODHART (ed.), *Human Rights: Politics and Practice*, Oxford, 2009, pp. 147-163; M. PALMA, *The Possible Contribution of International Civil Society in the Protection of Human Rights*, in A. CASSESE (ed.), *Realizing Utopia: The Future of International Law*, Oxford, 2012, pp. 76-88.

Se le considerazioni che precedono mettono in evidenza i principali aspetti positivi che caratterizzano il mandato del Relatore, nondimeno sussiste qualche criticità che non va trascurata in quanto incide negativamente sulla concreta efficacia della sua azione a tutela del diritto all'alimentazione.

In particolare, il principale problema che investe l'intera procedura di *compliance review* è senza dubbio l'assenza di un adeguato sistema di *follow-up* delle raccomandazioni del Relatore. Detto problema è strettamente interconnesso alla già rilevata natura "politica" delle procedure di controllo che possono essere attivate dall'organo in esame. Come si è evidenziato, al momento non esistono meccanismi sanzionatori applicabili nei confronti degli Stati che abbiano omesso di dare applicazione alle raccomandazioni del Relatore. L'unico strumento di "censura" è costituito dalla presentazione dei rapporti e dalla pubblicità che può esserne data agli stessi.

La debolezza dell'efficacia delle raccomandazioni del Relatore non è certamente sconosciuta al Consiglio dei diritti umani trattandosi di una questione che, di fatto, investe tutti i titolari dei vari mandati⁸². Il tema è costantemente oggetto di discussione, tanto è vero che specifica attenzione è stata ad esso riservata anche nei consueti *meetings* annuali dei titolari dei mandati nell'ambito delle procedure speciali, in particolare in quello tenutosi a Ginevra dall'11 al 14 giugno 2012. In quell'occasione il dibattito si è sviluppato intorno alle varie modalità di *follow-up* delle raccomandazioni e, al riguardo, è stata anche sottolineata la necessità di procedere alla creazione di un sistema di *follow-up* istituzionalizzato che preveda, ad esempio, «*the establishment of a dedicated unit in the Special Procedures Branch to document follow-up efforts in order to create an institutional memory of best practices*»⁸³. Nel documento finale, adottato al termine del predetto *meeting*, si è insistito inoltre sull'esigenza di rinforzare il dialogo con gli Stati anche in relazione al tema considerato, precisando che il cd. *follow-up* non dovrebbe essere di responsabilità esclusiva dei titolari dei mandati. Sotto quest'ultimo profilo è stata auspicata la creazione di meccanismi nazionali di *follow-up*, senza però individuarne le caratteristiche specifiche. Si tratta, in ogni caso, di un'ipotesi interessante e meritevole di ulteriore approfondimento che, tuttavia, non può essere svolto in questa sede. Certo, in una prospettiva di questo genere, appare evidente che un ruolo fondamentale potrà (*rectius*: dovrà) essere esercitato, in generale, dalla società civile⁸⁴ e, in particolare, dalle organizzazioni non-governative, nonché dalle istituzioni nazionali per promozione e la difesa dei diritti umani, create in conformità con i cd. Principi di Parigi⁸⁵; purtroppo, a

⁸² Sul punto v. anche S. P. SUBEDI, *Protection of Human Rights through the Mechanism of UN Special Rapporteurs*, cit., p. 216.

⁸³ Cfr. *Report of the nineteenth annual meeting of special rapporteurs/representatives, independent experts and chairpersons of working groups of the special procedures of the Human Rights Council* del 9 luglio 2012, doc. A/HRC/21/51.

⁸⁴ Società civile che, come sottolineato anche recentemente, già fornisce ampio supporto ai titolari dei mandati nella fase più complessa dei cd. seguiti. Cfr. *Report of the twenty-first annual meeting of special rapporteurs/representatives, independent experts and chairpersons of working groups of the special procedures of the Human Rights Council, including update information on the special procedures* del 29 gennaio 2015, doc. A/HRC/28/41.

⁸⁵ Come è noto, si tratta dei Principi relativi allo *status* ed al funzionamento delle istituzioni nazionali per la protezione e la promozione dei diritti umani, adottati dall'Assemblea generale delle Nazioni Unite con la risoluzione 48/134 del 20 dicembre 1993. Sulle predette istituzioni v. in dottrina E. DECAUX, *Evolution and Perspectives for National Institutions for the Promotion and Protection of Human Rights*, in L.A. SICILIANOS, C. BOURLOYANNIS-VRAILAS (eds.), *The Prevention of Human Rights Violations. Contributions on the Occasion of the Twentieth Anniversary of the Marangopoulos Foundation for Human Rights*, The Hague, 2001, pp. 233-243; ID., *Le dixième anniversaire des principes directeurs des institutions nationales des droits de l'homme, dit "Principes de Paris"*, in *Droits fondamentaux*, 2003, pp. 11-29; ID., *Les institutions nationales de protection des droits de l'homme, nouveaux acteurs des relations internationales*, Collection Les Conférences Publiques du Centre d'Excellence Jean Monnet, Grenoble,

quest'ultimo riguardo, va segnalato che non tutti i Paesi, tra i quali è compresa l'Italia, sono stati così solerti nel creare le predette istituzioni. E' pertanto auspicabile che i Paesi in questione adottino gli opportuni provvedimenti legislativi che prevedano la creazione degli enti in parola, così come richiesto anche da altri organismi internazionali che specificamente si occupano dei diritti umani⁸⁶, nonché, in più occasioni, dalla stessa Assemblea generale delle Nazioni Unite⁸⁷.

2012, pp. 1-12; J.B. MARIE, *De nouveaux acteurs sur la scène onusienne: les institutions nationales des droits de l'homme*, in *Libertés, justice, tolerance. Mélanges en hommage au Doyen Gérard Cohen-Jonathan*, vol. 2, Bruxelles, 2004, pp. 1189-1207; B.G. RAMCHARAN (ed.), *The Protection Role of National Human Rights Institutions*, Leiden, 2005; R. MURRAY, *The Role of National Human Rights Institutions*, in M.A Baderin, M. Ssenyonjo (eds.), *International Human Rights Law: Six Decades After the UDHR and Beyond*, Farnham, 2010, pp. 305-316; S. GUO, *Effectiveness of National Human Rights Institutions in International Human Rights Law: Problems and Prospects*, in *Asian YB Int. Law*, vol. 40, 2011, pp. 101-127; M. QAFISHEH, *The International Status of National Human Rights Institutions: A Comparison with NGOs*, in *Nord. Jour. Hum. Rights*, vol. 31, n. 1, 2013, pp. 55-83; G. DE BECO, R. MURRAY, *A Commentary on the Paris Principles on National Human Rights Institutions*, Cambridge, 2015.

⁸⁶ Con riferimento all'Italia va precisato che nel corso delle varie legislature sono stati presentati, finora senza successo, diversi disegni di legge in materia. La perdurante assenza di una istituzione nazionale per i diritti umani nel nostro ordinamento è stata evidenziata con condivisibile preoccupazione da alcuni organismi internazionali (V., il Comitato delle Nazioni Unite per l'eliminazione della discriminazione razziale, *Observations finales du Comité pour l'élimination de la discrimination raciale*, doc. CERD/C/ITA/CO/16-18 del 4 aprile 2012, par. 13), i quali, a più riprese, ne hanno opportunamente sollecitato la creazione (in questo senso vedi, tra gli altri, oltre al predetto Comitato per l'eliminazione della discriminazione razziale, anche il Comitato delle Nazioni Unite dei diritti umani, *Observations finales du Comité des droits de l'homme*, doc. CCPR/C/ITA/CO/5 del 24 aprile 2006, par. 7 e più recentemente, nell'ambito del secondo ciclo della procedura di revisione periodica universale, il Consiglio dei diritti umani. Cfr. a quest'ultimo riguardo il *Rapport du Groupe de travail sur l'examen périodique universel*, doc. A/HRC/28/4 del 10 dicembre 2014).

⁸⁷ In proposito, tra le varie risoluzioni, cfr. ris. 64/161 del 18 dicembre 2009, ris. 66/169 del 19 dicembre 2011 e ris. 68/171 del 18 dicembre 2013.



LOREDANA MURA*

IL RITARDO ITALIANO NELL'ADATTAMENTO ALLA SENTENZA DELLA CORTE EDU N. 77/07 SULLA TRASMISSIONE DEL COGNOME MATERNO

SOMMARIO: 1. L'annoso dibattito sulla trasmissione in Italia del cognome materno ai figli e la sentenza della Corte EDU n. 77/07 del 7 gennaio 2014. – 2. I ricorsi davanti alle autorità nazionali: dalle Corti territoriali alla Corte di Cassazione. – 3. *Segue*: Il ricorso davanti alla Corte Costituzionale e la problematica attuazione del principio generale di eguaglianza nell'ordinamento italiano. – 4. *Segue*: L'accoglimento della domanda al Ministro dell'Interno e la perdurante violazione dei diritti fondamentali da parte dello Stato italiano. – 5. Il ricorso alla Corte EDU e i motivi della sua ricevibilità: la rilevata incongruenza fra il *petitum* del ricorso e la risposta degli organi nazionali. – 6. *Segue*: La sentenza della Corte EDU n. 77/07 di condanna dello Stato italiano per violazione del principio CEDU di non discriminazione (anziché di quello di eguaglianza). – 7. Il principio di eguaglianza e i suoi rapporti con il principio di non discriminazione alla luce del caso in esame: la questione del carattere “inderogabile” dei principi fondamentali. – 8. *Segue*: La questione del carattere non “direttamente applicabile” dei principi generali del diritto. – 9. L'attuazione della sentenza della Corte EDU n. 77/07 nell'ordinamento italiano: l'effettiva opportunità di un intervento legislativo e la sua portata. – 10. *Segue*: Il grado di adattamento dell'ordinamento italiano alla sentenza della Corte EDU n. 77/07 nella proposta di legge n. C 360 del 20 marzo 2013 (c.d. Garavini) al vaglio del nostro Parlamento.

1. *L'annoso dibattito sulla trasmissione in Italia del cognome materno ai figli e la sentenza della Corte EDU n. 77/07 del 7 gennaio 2014*

Il tema della trasmissione del cognome materno ai figli è, da tempo, oggetto di dibattito nel nostro Paese: a più riprese nelle nostre aule parlamentari si è discusso di come regolare questo particolare settore di rapporti in modo consono ai principi che connotano la struttura e le finalità del nostro ordinamento senza, però, raggiungere un'effettiva soluzione¹. La regola del patronimico, che tuttora regola la materia, appare infatti in stridente contrasto con il principio di eguaglianza, come pure con altri principi di rango costituzionale – quali il principio dell'unità familiare e dell'autonomia privata dei coniugi – che risultano connotare il nostro diritto di famiglia e il nostro ordinamento nel suo

* Ricercatrice di Diritto internazionale, Dipartimento di Giurisprudenza, Università di Brescia.

¹Per uno sguardo ai diversi progetti di legge presentati nelle scorse legislature si rinvia al sito del Parlamento italiano: <http://www.parlamento.it/home>.

complesso. Talché allo stato attuale risulta impedita alla madre la possibilità di trasmettere ai figli esclusivamente il proprio cognome così come, invece, consentito al padre.

In questo contesto, di per sé già sintomatico si è inserita la sentenza della Corte europea dei diritti dell'uomo (d'ora in avanti Corte EDU) del 7 gennaio 2014 n. 77/07² che, ai problemi testé evidenziati, ha aggiunto quello riguardante l'incompatibilità della normativa attualmente applicata in Italia con i principi stabiliti dalla relativa Convenzione.

Detta pronuncia avrebbe dovuto indurre lo Stato italiano ad adottare le misure necessarie per riparare l'illecito Convenzione europea dei diritti dell'uomo (d'ora in avanti CEDU) ma, tuttavia, così non è stato perché il nostro Paese non si è ancora adeguato a tale sentenza e rischia, perciò, di incorrere in una sanzione internazionale.

Deve sicuramente osservarsi che, già all'epoca della sua pronuncia, la sentenza della Corte EDU n. 77/07 è stata oggetto di polemiche e divisioni, anche fra i giudici della stessa Corte³. In questo senso, ha colpito⁴ la scelta della Corte di Strasburgo da un lato, di fondare la condanna del nostro Stato sul principio europeo di non discriminazione, in una logica che non è apparsa direttamente rispettosa del principio di eguaglianza; e, dall'altro, di non aver dichiarato l'incompatibilità della norma sul patronimico con il diritto CEDU ma, viceversa, di averne chiesto semplicemente l'eliminazione dei suoi effetti discriminatori nei confronti della donna. Ciò, peraltro, in contrasto con la giurisprudenza italiana – in particolare, quella costituzionale – che aveva ripetutamente auspicato l'adozione di una misura d'impronta paritaria in sostituzione della norma sul patronimico. La pronuncia della Corte EDU è stata ulteriormente criticata⁵ per non avere adeguatamente motivato le censure mosse al comportamento illecito del nostro Stato e le modalità relative alla sua riparazione: a fronte di una condanna esplicita e inequivocabile nei confronti di quest'ultimo, la Corte infatti sarebbe stata parca di indicazioni sotto i profili indicati⁶.

Diventata esecutiva, ormai più di un anno fa, il 7 aprile 2014, la sentenza della Corte EDU n. 77/07 resta, a tutt'oggi, inattuata: anziché contribuire a sciogliere un difficile nodo giuridico del nostro ordinamento, essa sembra averlo ulteriormente aggrovigliato.

In questa sede, dunque, ci si propone di ripercorrere le tappe del lungo *iter* processuale seguito dalla coppia *Cusan-Faz  o* in modo tale da ricostruire i fatti di causa e, per altro verso, valutare (anche nell'ottica di un confronto) i singoli esiti processuali al fine di comprendere fino in fondo quali siano i valori violati dal nostro Stato e, quindi, gli orientamenti che esso dovrà adottare per rimediare a tali violazioni.

A tal fine, prima di prendere in esame il ricorso alla Corte EDU, si passeranno in rassegna le numerose istanze presentate dalla coppia *Cusan-Faz  o* alle autorità italiane. Basti

² Corte EDU, sentenza del 7 gennaio 2014 n. 77/07, *Cusan et Faz  o c. Italie*, divenuta esecutiva il 7 aprile 2014, in <http://www.echr.coe.int>

³ Si v. l'opinione dissidente del giudice Popovic allegata alla sentenza della Corte EDU di cui si tratta (sulla quale si v. ulteriormente, *infra*, par. 7).

⁴ Cfr. sul punto M. CALOGERO, L. PANELLA, *L'attribuzione del cognome ai figli in una recente sentenza della Corte europea dei diritti dell'uomo: l'Affaire Cusan e Faz  o c. Italia*, in *Ordine internazionale e diritti umani*, 2014, p. 222 ss. spec. pp. 244-245; C. PITEA, *Trasmissione del cognome e parità di genere: sulla sentenza Cusan e Faz  o c. Italia e sulle prospettive della sua esecuzione nell'ordinamento interno*, in *Dir. um. dir. int.*, 2014, p. 225 ss., spec. p. 229.

⁵ Per questa critica v. M. CALOGERO, L. PANELLA, *L'attribuzione del cognome* cit., spec. pp. 229-231, 240 ss.

⁶ Sul punto, invero, la dottrina qui richiamata (M. CALOGERO, L. PANELLA, *L'attribuzione del cognome ai figli*, cit., p. 229-231) ha osservato che la Corte avrebbe fatto meglio ad adottare una c.d. *arr  t pilot* ai sensi dell'art. 61 del suo Regolamento (anziché, come, poi è accaduto, una c.d. *faux* ou *quasi-arr  ts pilot* ex art. 46 del proprio Regolamento) che le avrebbe consentito da un lato, di determinare meglio le riforme necessarie al nostro Paese per colmare «la *d  faillance du syst  me juridique italien*» e rimuovere la causa dell'illecito CEDU e, dall'altro, di prevenire l'«*introduction d'autres requ  tes analogues*» e accelerare l'*iter* di quelle già presentate.

solo accennare al riguardo che, ai sensi dell'art. 35 della Convenzione, i privati sono legittimati ad agire davanti alla Corte EDU solo nel caso in cui abbiano preventivamente esperito tutti i *local remedies* idonei a dimostrare, in modo inequivocabile e definitivo⁷ il mancato adeguamento dello Stato interessato agli obblighi della Convenzione che si pretendono violati (c.d. principio del previo esaurimento dei rimedi interni). Nel caso di specie si avrà modo di accertare che si tratterà di rimedi tanto di carattere giurisdizionale quanto di natura non giurisdizionale.

2. I ricorsi davanti alle autorità nazionali: dalle Corti territoriali alla Corte di Cassazione

Posto che non sia necessario, in questa sede, rievocare dettagliatamente i diversi passaggi del lungo *iter* processuale seguito dai coniugi *Cusan-Fazzo* davanti alle nostre autorità nazionali, basti accennare al fatto che nei giudizi davanti alle Corti territoriali (Tribunale di primo grado e Corte d'Appello di Milano) la norma sul patronimico è stata classificata come una norma di natura consuetudinaria che il legislatore nazionale non aveva ritenuto di dover modificare neppure in sede di riforma dell'ordinamento dello Stato civile.

Solo successivamente – a partire dall'ordinanza della Corte di Cassazione del 17 luglio 2004, n. 13298 – si è affermato che la norma che nel nostro Paese consente la perpetuazione del cognome paterno non costituisca una «consuetudine». Secondo la Cassazione, precisamente, «la Corte d'Appello nel ritenere l'esistenza di una consuetudine [...] non ha esaminato la ricorrenza delle condizioni perché un uso siffatto possa assumere quel valore normativo, come fonte del diritto, che ne giustifichi l'applicazione con forza di legge». A parere della Consulta, infatti, la consuetudine «quale strumento di formazione spontanea del diritto, postula una reiterazione e continuità di comportamenti conformi ad una medesima regola da parte della *generalità dei consociati* nella convinzione della loro doverosità» (corsivo aggiunto). Elementi quelli ora indicati che, secondo la medesima Corte, «non sono certamente riscontrabili nella vicenda dell'attribuzione del cognome paterno, *segnata da un'attività vincolata dell'ufficiale dello stato civile*, a fronte della quale *la volontà ed il convincimento dei singoli dichiaranti non trovano alcuno spazio*». D'altro canto, nell'opinione della Corte «una consuetudine nel senso indicato, ove ravvisabile, dovrebbe considerarsi *contra legem* [...], per il suo evidente contrasto con le norme del 1975 [...] e sarebbe quindi suscettibile di *disapplicazione diretta da parte del giudice*» (corsivo aggiunto) e di qualunque altra «autorità giudiziaria che sia chiamata a farne applicazione, non rientrando dette norme tra le leggi o gli atti aventi forza di legge per i quali è devoluto il giudizio di legittimità alla Corte Costituzionale».

A parere della Consulta, pertanto, la *norma* che impone la trasmissione del cognome paterno nel nostro ordinamento non è una consuetudine bensì una «regola dello Stato». Questa è «chiaramente desumibile dal sistema, in quanto presupposta da una serie di

⁷ Secondo la dottrina, per *decisione interna definitiva* (come, ad esempio, una sentenza) deve intendersi non semplicemente una decisione passata in giudicato, bensì una decisione che non possa essere più soggetta a gravame e che, quindi, *esaurisca* le possibilità di ricorrere ulteriormente ai rimedi interni. Sul carattere «definitivo» del comportamento dello Stato ai fini del «previo esaurimento dei ricorsi interni» v. G. COHEN-JONATHAN, J.F. FLAUS e E. LAMBERT-ABDELGAWAD, *De l'effectivité de recours internes dans l'application de la Convention européenne des droits de l'homme*, Bruxelles 2006; S. BARTOLE, B. CONFORTI, G. RAIMONDI, *Commentario alla Convenzione europea per la tutela dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali*, Padova, 2001.

disposizioni regolatrici di fattispecie diverse [...] che non ha trovato corpo in una disposizione espressa, ma che è pur presente nel sistema e lo completa, *della cui vigenza e forza imperativa non vi è ragione di dubitare*» (corsivo aggiunto). In virtù di questa norma – che si configura come una «traduzione in regola dello Stato di un'usanza consolidata nel tempo» – «il cognome del figlio legittimo non si trasmette dal padre al figlio, ma si estende ipso iure da quello a questo» (corsivo aggiunto).

A ben guardare, più che il problema dell'inadeguato inquadramento della norma sul patronimico fra le consuetudini, la Corte di Cassazione sembra sollevare indirettamente, quello dell'inadeguatezza della definizione corrente di “consuetudine”⁸, posto che una norma che costituisce un “fatto” per l'ordinamento non può, solo per effetto della sua reiterata applicazione (ancorché ad opera di un pubblico ufficiale), considerarsi “espressione” del suo sistema giuridico delle fonti, perché ciò sarebbe in contrasto con i meccanismi che regolano la produzione giuridica di un ordinamento sovrano e, quindi, con il principio che considera il potere sovrano dello Stato come unica fonte della propria produzione normativa⁹.

In realtà, l'obiettivo di fondo del ragionamento della Corte è quello di «sollevare di ufficio la questione di legittimità costituzionale della norma così individuata [...]». Perciò, dopo avere riscontrato il carattere giuridico del patronimico e, nondimeno, la sua contrarietà ai principi fondamentali del nostro ordinamento, essa dichiara la necessità di devolvere ogni questione sulla sua legittimità alla Corte costituzionale. D'altro canto, la

⁸ La definizione di consuetudine costituzionale, riferita dalla nostra Corte di Cassazione, trova riscontro nella dottrina dominante: a titolo esemplificativo v. (anche con riferimento alla sua distinzione dalla convenzione costituzionale) Q. CAMERLENGO, *I fatti normativi e la certezza del diritto costituzionale*, Milano, Giuffrè, 2002; F. GALLO, *La consuetudine grande sconosciuta*, in <http://www.ledonline.it/rivistadirittoromano/allegati/dirittoromano13Gallo.pdf>; P. GIOCOLI NACCI (a cura di), *Il rapporto tra Parlamento e Governo nella consuetudine e nella prassi*, Padova, Cedam, 1995; G.U. RESCIGNO, *Le convenzioni costituzionali*, Padova, Cedam, 1972, p. 12 ss.; C. ROSSANO, *La consuetudine nel diritto costituzionale. I. Premesse generali*, Napoli, Jovene, 1992; G. ZAGREBELSKY, *Sulla consuetudine costituzionale nella teoria delle fonti del diritto*, Torino, 1970. In senso critico rispetto all'orientamento dominante G. RIVOSECCHI, *Ritorno al diritto non scritto? A proposito di un contributo allo studio della consuetudine*, in <http://amministrazioneincammino.luiss.it/wp-content/uploads/2010/04/Rivosecchi3.pdf>, spec. p. 9 nota 46. Secondo l'approccio prevalente, ora ricordato, la “consuetudine costituzionale”, pur rientrando a pieno titolo fra le “fonti del diritto”, trarrebbe fondamento da un'attività ascrivibile alla “generalità dei consociati”. A differenza, pertanto, delle altre fonti di diritto, la consuetudine costituzionale deriva la sua origine da un fatto, anziché da una situazione di diritto e, quindi, non costituisce l'esercizio di una funzione sovrana dello Stato-Istituzione – così come regolata dalle norme sulla produzione delle fonti dell'ordinamento e sui loro rapporti di antinomia – ma è espressione della volontà normativa dello Stato-Comunità. Sotto questo profilo, netta appare la differenza fra la consuetudine interna e la consuetudine internazionale: quest'ultima si qualifica come un'attività dei soggetti primari della comunità internazionale che agiscono sul piano internazionale in veste di enti di governo e, più propriamente, di organizzazioni che esercitano la loro sovranità, all'interno e all'esterno del proprio ordinamento. Sulla consuetudine internazionale v. recentemente E. CANNIZZARO, *Jurisdictional Immunities and Judicial Protection: the Decision of the Italian Constitutional Court No. 238 of 2014*, in *Riv. dir. int.*, 2015, p. 126 ss.; P. DE SENA, *Spunti di riflessione sulla sentenza 238/2014 della Corte costituzionale*, 30 ottobre 2014, <http://www.sidi-isil.org/sidiblog/?p=1108>; P. FOIS, *Le organizzazioni internazionali e la formazione del diritto internazionale contemporaneo. Il ruolo degli Stati membri*, in *Riv. dir. int.*, 2014, p. 241 ss.; Y. GOUET, M. CARDUCCI, *La consuetudine nel diritto costituzionale interno e internazionale*, Lecce, 2007; L. GRADONI, *La Commissione del diritto internazionale riflette sulla rilevanza della consuetudine*, in *Riv. dir. int.*, 2014, pp. 667 ss.

⁹ In generale, su tale principio e, quindi, sulla fondamentale relazione fra la norma giuridica e il potere normativo dello Stato v. H. Kelsen, *Teoria generale delle norme*, a cura di M. G. LOSANO, Traduzione di M. Torre, Torino, Einaudi, 1985 e, più recentemente, N. BOBBIO, *Kelsen e il problema del potere*, in *Riv. int. fil.*, 1981, p. 562 (secondo cui «il concetto di produzione giuridica non può fare a meno del concetto di potere. [...] Norma e potere sono due facce della stessa medaglia»).

Cassazione non può ignorare che sul tema della trasmissione del cognome materno esiste un consolidato indirizzo giurisprudenziale della Corte costituzionale che nega ai coniugi, categoricamente, di scegliere il cognome da attribuire ai figli e, quindi, impedisce la disapplicazione della norma sul patronimico. Solamente, «ritiene il Collegio che il lungo periodo trascorso dalle richiamate pronunce della Corte costituzionale [...]» e le altre ragioni indicate «richiedano una rinnovata valutazione della conformità della norma denunciata agli artt. 2, 3 e 29 comma 2 Cost.».

La Suprema Corte si concentra, quindi, sui motivi di incompatibilità costituzionale della norma impugnata con le norme di rango costituzionale. Con riferimento, innanzitutto, al contrasto con l'art. 2 Cost. la Corte afferma che il diritto all'identità personale, da esso regolato, rientra «tra i diritti che formano il *patrimonio irretrattabile* della persona riconducibili al catalogo cui l'art. 2 Cost. offre tutela costituzionale» che, in primo luogo, deve essere «*garantito*, nell'ambito di quella formazione sociale primaria che è la famiglia (così Corte Cost. 2002 n. 484; 1988 n. 183), *nella duplice direzione del diritto della madre di trasmettere il proprio cognome al figlio e di quello del figlio di acquisire segni di identificazione rispetto ad entrambi i genitori* e di testimoniare la continuità della sua storia familiare anche con riferimento alla linea materna» (corsivo aggiunto).

Per quanto concerne, poi, il contrasto con l'art. 3 Cost., la Cassazione mette in evidenza che «l'attribuzione automatica e indefettibile ai figli del cognome del marito si risolve in una *discriminazione* ed in una violazione del principio fondamentale di *eguaglianza e di pari dignità*, che nella legge di riforma del diritto di famiglia trova espressione e sostanza sia con riferimento ai rapporti tra i coniugi [...] sia con riguardo alla relazione con i figli [...]» (corsivo aggiunto).

Con riguardo, infine, all'incompatibilità con il principio di *unità della famiglia* enunciato all'art. 29, 2° co. Cost. it., la Corte osserva che «il necessario *bilanciamento* tra l'esigenza di tutela dell'unità familiare, cui è riconosciuta copertura costituzionale, e la piena realizzazione del principio di eguaglianza *non appare correttamente perseguibile attraverso una disposizione così marcatamente discriminatoria*» qual è quella sul cognome paterno, «tenuto anche conto che – come la Corte Costituzionale ha avuto occasione di affermare già nella remota sentenza n. 133 del 1970¹⁰ con riferimento ai rapporti patrimoniali tra i coniugi – *è proprio la diseguaglianza a mettere in pericolo l'unità familiare che al contrario si rafforza nella misura in cui i rapporti tra i coniugi siano governati dalla solidarietà e dalla parità*» (corsivo aggiunto). Con questo, la Corte non esclude affatto che il principio di eguaglianza fra i coniugi possa subire restrizioni per esigenze legate al rispetto dell'unità familiare. Piuttosto, sostiene che «il limite all'eguaglianza dei coniugi a tutela dell'unità della famiglia possa trovare giustificazione costituzionale *solo in presenza di particolari situazioni* che rendano indispensabile una *specifica previsione normativa*» e che, tuttavia, non potrà «essere mai ancorata al *criterio del sesso di appartenenza* del coniuge designato, non tollerando il principio di cui all'art. 3 Cost., né le varie convenzioni internazionali sui diritti umani cui l'Italia ha aderito, discriminazioni basate sul genere» (corsivo aggiunto).

La Corte aggiunge infine che «l'*esplicazione* del fondamentale principio costituzionale di eguaglianza non possa arrestarsi in presenza di inconvenienti pur seri, *peraltro suscettibili di essere agevolmente risolti in via legislativa*» (corsivo aggiunto) come quelli determinati dall'abbandono della regola di «immediata e automatica» applicazione del patronimico.

¹⁰ Il riferimento è, esattamente, alla sentenza del 24 giugno 1970, n. 133.

Un assunto, quello ora accennato (fatto proprio, come vedremo¹¹, anche dalla giurisprudenza della Corte EDU), denso di significati e implicazioni circa il fatto che la rimozione di alcuni parametri normativi (come, il patronimico) possa rivelarsi assai difficile al punto che questi vengano ad assumere una “resistenza” e un “valore” “di fatto” superiori a quelli dei principi fondamentali di cui costituiscono la violazione.

3. Segue: *Il ricorso davanti alla Corte Costituzionale e la problematica attuazione del principio generale di eguaglianza nell'ordinamento italiano*

Sulla scorta dell'ordinanza di rimessione della Cassazione, la Corte Costituzionale si è pronunciata sulla vicenda dei coniugi *Cusan-Fazzo* con sentenza 16 febbraio 2006, n. 61 con la quale ha dichiarato «inammissibile le questione di legittimità costituzionale» sollevata dalla Cassazione. Essa non ha negato affatto l'incompatibilità del patronimico con il diritto (interno e internazionale) vigente. Al contrario, ha rimarcato che «a distanza di diciotto anni» dalla sua precedente giurisprudenza «l'attuale sistema di attribuzione del cognome» basato sulla regola dell'automatica trasmissione del cognome paterno costituisce il «retaggio di una concezione patriarcale della famiglia, la quale affonda le proprie radici nel diritto di famiglia romanistico, e di una tramontata potestà maritale, non più coerente con i principi dell'ordinamento e con il valore costituzionale dell'eguaglianza tra uomo e donna» (corsivo aggiunto) e con «il vincolo – al quale i maggiori Stati europei si sono già adeguati – posto dalle fonti convenzionali e, in particolare, dall'art. 16, comma 1, lettera g) della Convenzione sulla eliminazione di ogni forma di discriminazione nei confronti della donna, adottata a New York il 18 dicembre 1979 [...] che impegna gli Stati ad assicurare “gli stessi diritti personali al marito e alla moglie, compresa la scelta del cognome ...”». Nemmeno, continua la Corte, può dimenticarsi che la norma impugnata contrasta «con una serie di pronunce della Corte europea dei diritti dell'uomo, che vanno nella direzione della eliminazione di ogni discriminazione basata sul sesso nella scelta del cognome [...]».

Tuttavia, secondo la Suprema Corte, l'intervento «che si invoca con la ordinanza di rimessione richiede una *operazione manipolativa* esorbitante dai poteri» che le sono propri. Nonostante, infatti, «l'attenzione prestata dal collegio rimettente a circoscrivere il *petitum*, limitato alla richiesta di esclusione dell'automatismo della attribuzione al figlio del cognome paterno *nelle sole ipotesi in cui i coniugi abbiano manifestato una concorde diversa volontà*, viene comunque lasciata aperta tutta una serie di opzioni [...]» (corsivi aggiunti) (punto 2.3) «la scelta tra le quali non può che essere rimessa al legislatore» (punto 2, 3° cpv.).

Per queste ragioni «e tenuto conto del *vuoto di regole* che determinerebbe una caducazione della disciplina denunciata, non è ipotizzabile, come adombrato nella ordinanza di rimessione, *nemmeno* una pronuncia che, accogliendo la questione di costituzionalità, demandi ad un futuro intervento del legislatore la successiva regolamentazione organica della materia» (corsivo nostro).

Dal ragionamento della Corte sembrerebbe discendere che il “vuoto” normativo derivante dalla censura della norma sul patronimico provocherebbe conseguenze che, nel pensiero della Corte, sono meno tollerabili delle *violazioni* stesse dei principi fondamentali (nella specie quello di eguaglianza e non discriminazione) che essa produce.

¹¹ *Infra*, par. 9.

In definitiva se la Cassazione considera il patronimico, non una consuetudine, ma una norma appartenente al nostro sistema giuridico e perciò ritiene di non poter procedere alla sua “disapplicazione”, la Corte costituzionale, invece, considera il patronimico una norma illegittima, contraria alla nostra Costituzione ma, tuttavia, “incensurabile” e “irremovibile”.

Alla luce di questa sentenza, dunque, la norma sul patronimico assume *di fatto* il valore e il rango di una norma “superiore” dell’ordinamento anche rispetto alle altre sue norme fondamentali; insuscettibile, in quanto tale, di essere disapplicata o rimossa, quantomeno al fine di ripristinare la legalità violata.

Si osservi che il limite ora evidenziato, risulta derivare nella concezione della Corte, più che dalle qualità intrinseche della norma sul patronimico, da quelle del principio di eguaglianza, tali da renderne problematica la sua applicazione pratica. In sostanza, il problema che si prospetta non è tanto l’esistenza della norma illegittima che, senza possibilità di scelta, prescrive la trasmissione del cognome paterno quanto, soprattutto, il carattere generale e indeterminato del principio di eguaglianza che, configurandosi come un ostacolo alla sua diretta e pratica applicazione, rende necessario e inevitabile l’intervento normativo dello Stato (ovvero del «*conditor iuris*»).

Quella ora delineata costituisce un’interpretazione invero assai rigida del principio di eguaglianza da parte della Corte costituzionale (giustificata, peraltro, dall’esigenza della stessa Corte di non invadere campi rientranti nell’altrui competenza istituzionale) ma che non manca, tuttavia, di fornire alcuni spunti – rinforzati anche da un richiamo ai precedenti giurisprudenziali nella materia – utili per orientare il nostro legislatore nella determinazione del regime applicabile alla trasmissione del cognome.

Il Giudice delle leggi nel richiamare, in particolare, l’ordinanza n. 176 del 1988 sostiene che 1) «oggetto del diritto dell’individuo alla identità personale, sotto il profilo del diritto al nome, *non è la scelta del nome*, ma il *nome per legge attribuito*, come si argomenta dall’art. 22 della Costituzione in relazione all’art. 6 cod. civ.» (Considerato in diritto, punto 2.1, 2° cpv.); inoltre, che 2) con riferimento «all’interesse alla conservazione dell’unità familiare tutelato dall’art. 29», «questo sarebbe *gravemente pregiudicato* se il cognome dei figli nati dal matrimonio *non fosse prestabilito fin dal momento dell’atto costitutivo della famiglia*» (*ibidem*) laddove 3) «sarebbe possibile, e probabilmente consentaneo all’evoluzione della coscienza sociale, *sostituire la regola vigente* in ordine alla determinazione del nome distintivo dei membri della famiglia costituita dal matrimonio *con un criterio diverso, più rispettoso dell’autonomia dei coniugi*, il quale concili i due principi sanciti dall’art. 29 della Costituzione» cioè quello dell’eguaglianza fra i coniugi e dell’unità della famiglia «*anziché* avvalersi dell’autorizzazione a limitare l’uno in funzione dell’altro» (*ibidem*).

Tali affermazioni, a ben guardare, sembrano avallare l’idea che il diritto al cognome rappresenti, nel nostro ordinamento, un eminente interesse pubblico che occorra garantire con la legge ma la cui tutela, tuttavia, non è incompatibile con il riconoscimento di uno spazio all’autonomia dei genitori in ordine alla scelta del cognome da trasmettere; per altro verso, che l’interesse statale all’unità familiare risulterebbe compromesso ove l’autonomia dei coniugi fosse illimitata e, pertanto, questa dovrebbe rendersi manifesta al momento della costituzione del vincolo familiare e riconnettersi ad esso; infine, che la predeterminazione del cognome «distintivo dei membri della famiglia» debba basarsi sul giusto temperamento dei principi di eguaglianza dei coniugi e di unità familiare (ex artt. 3 e 29 Cost.), evitando che uno prevalga a scapito dell’altro.

Di tutta evidenza, le parole della Corte gettano lumi sugli spazi di manovra a disposizione del nostro legislatore in vista di definire la disciplina della materia rendendola un sistema organico e integrato con il nostro diritto di famiglia. Su tali affermazioni si avrà modo di ritornare allorché passeremo ad analizzare le proposte di legge al vaglio del nostro Parlamento verificando se queste, fra l’altro, tengono conto delle indicazioni emerse dalla giurisprudenza costituzionale ora esaminata.

4. Segue: *L'accoglimento della domanda al Ministro dell'Interno e la perdurante violazione dei diritti fondamentali da parte dello Stato italiano*

La coppia *Cusan-Fazazzo* non si è limitata a percorrere le vie giurisdizionali per avanzare le proprie richieste ma, in piena sintonia con il principio del previo esaurimento dei ricorsi interni (come ricordato *supra*, par. 1 e 2), ha seguito anche quelle non giurisdizionali.

Successivamente alla sentenza del 16 luglio 2006 della Corte di Cassazione – che ha rigettato la domanda presentata dai coniugi *Cusan-Fazazzo* sulla base della decisione della Corte Costituzionale – il 31 maggio 2011 infatti, la coppia di coniugi avanzava richiesta presso il Ministero dell'Interno ai sensi dell'art. 84¹², D.P.R. 3 novembre 2000, n. 396 per ottenere l'autorizzazione a completare il cognome dei loro figli legittimi con l'aggiunta del cognome materno a quello paterno, già attribuito alla nascita. Nemmeno questo rimedio però ha soddisfatto l'esigenza della coppia di interrompere l'automatismo del cognome paterno per trasmettere ai figli il solo cognome materno.

Il Prefetto, infatti, con decreto 14 dicembre 2012 si è limitato ad autorizzare l'*aggiunta* del cognome materno a quello paterno in ossequio al citato art. 84, senza perciò eliminare gli effetti discriminatori della regola del patronimico che consentono l'automatica trasmissione del cognome paterno ma non permettono la trasmissione del *solo* cognome materno, nemmeno laddove questo corrisponda alla reale volontà dei coniugi richiedenti. In tal modo lo Stato italiano, non solo ha consentito in termini di "aggiunta" la trasmissione del cognome materno, ma ha limitato la realizzazione di questa possibilità *solo* in un'epoca successiva alla nascita del figlio, per di più subordinandola alla presentazione di un'apposita richiesta contenente l'esposizione di "validi motivi" indispensabili per accoglimento della stessa. *Ad abundantiam*, il nostro Stato ha negato valore ad uno strumento, l'accordo coniugale, che invece costituisce uno dei capisaldi del nostro diritto di famiglia.

In tal modo, l'attività prefettizia ha contribuito a rendere "definitiva"¹³ ai sensi dell'art. 35 CEDU 1° co. la condotta illecita dello Stato italiano, consentendo altresì di evidenziare il problema (cruciale nella causa in esame) relativo all'incongruenza delle risposte date dalle autorità italiane rispetto al quesito posto dai coniugi ricorrenti. Un problema questo che era già emerso in sede d'esame della sentenza n. 61 del 2006 della Corte costituzionale¹⁴ ma che, nel ragionamento della stessa Corte costituzionale, è apparso oscurato dal difetto di diretta (o immediata o automatica) applicazione del principio di eguaglianza che ha reso impossibile la soluzione del detto quesito per via giurisdizionale e imposto l'intervento normativo dello Stato.

In realtà, si avrà modo di accertare che il principio di eguaglianza, seppur costituisca una norma dai contorni sfumati e indefiniti, da un lato, introduce un *valore fondamentale* suscettibile di immediata applicazione nel nostro ordinamento che *trova un limite unicamente*

¹² Articolo successivamente abrogato dal D.P.R. 13 marzo 2012, n. 54 "Regolamento recante modifica delle disposizioni in materia di stato civile relativamente alla disciplina del nome e del cognome prevista dal titolo X del decreto del Presidente della Repubblica 3 novembre 2000, n. 396. (12G0076)" (G.U.R.I., n. 108 del 10 maggio 2012).

¹³ Al riguardo v. *supra*, nota 7.

¹⁴ V. *supra*, par. 3. Per ulteriori approfondimenti v. *infra*, par. 5.

nell'esistenza di interessi (altrettanto) meritevoli di tutela nel nostro ordinamento (e, quindi, nelle norme che li concretizzano); e, dall'altro, costituisce un parametro di legalità al quale sono tenute ad uniformarsi tutte le altre norme dell'ordinamento. E' peraltro in forza di questo principio che si è giunti alla dichiarazione di illegittimità costituzionale di varie norme del diritto statale, anche in materia di parità di genere¹⁵, senza, peraltro, che a ciò fosse d'ostacolo, il «vuoto di regole» (accusato nella sentenza costituzionale n. 61/2006) che, inevitabilmente, una siffatta decisione comporta, né la possibilità che questo fosse suscettibile di ledere la discrezionalità del legislatore nella materia.

Sarà pertanto necessario soffermarsi sui caratteri e il contenuto che questo principio assume, non solo nel nostro diritto interno ma anche in quello CEDU, nonché sui rapporti che esso stabilisce con gli altri principi giuridici che assumono rilevanza nel settore di cui si tratta.

Prima, tuttavia, di svolgere questo tipo di analisi, conviene completare il quadro dei ricorsi promossi dalla coppia *Cusan-Fazzo* con l'esame della sentenza della Corte EDU affinché se ne possano apprezzare i contenuti, anche nei termini di un confronto con quelli prodotti dai ricorsi davanti alle istituzioni italiane.

5. Il ricorso alla Corte EDU e i motivi della sua ricevibilità: la rilevata incongruenza fra il petitum dei ricorrenti e la risposta degli organi nazionali

È opportuno premettere che la Corte EDU è un giudice (e, precisamente, un arbitro¹⁶) investito dagli Stati contraenti della risoluzione delle controversie suscettibili di sorgere fra gli stessi in merito all'interpretazione e all'applicazione della relativa Convenzione (art. 32), anche in vista di sanzionarne le sue violazioni. Nella prima fase della procedura davanti a sé, tuttavia, la Corte EDU non è ancora chiamata ad esercitare questa sua competenza e, quindi, a procedere all'accertamento di un eventuale inadempimento della CEDU. Trattandosi, infatti, di un organo comune¹⁷, abilitato a ricevere ricorsi sia da soggetti internazionali (nella specie, gli Stati parti della CEDU), sia da privati (persone fisiche e giuridiche) la Corte EDU, in questa fase procedurale appare chiamata a verificare i *motivi di ricevibilità del ricorso* e, quindi, ad accertare la legittimazione ad agire davanti ad essa dei ricorrenti, nel caso concreto, soggetti privati.

Fra i requisiti del ricorso che, a questo scopo, la Corte procede ad accertare figurano, innanzitutto, quelli previsti all'art. 34 CEDU che subordina la presentazione del ricorso da

¹⁵ V. le sentenze del 9 aprile 1975, n. 87 e del 28 gennaio 1983, n. 30 sulla trasmissione della cittadinanza anche da parte della madre. La citata giurisprudenza costituzionale è stata recepita dalla normativa italiana in vigore nella materia (L. 91/92, recante "Nuove norme sulla cittadinanza") che attualmente consente l'acquisto della cittadinanza italiana anche da parte dei figli di madre italiana purché nati a partire dal 1° gennaio 1948, in ossequio al principio secondo cui le decisioni di accoglimento delle eccezioni di legittimità costituzionale hanno efficacia retroattiva a far data dalla entrata in vigore della Costituzione italiana.

¹⁶ Sull'arbitrato internazionale si v. U. VILLANI, *Arbitrato fra Stati*, in *Digesto disc. pubblicistiche*, I, 1987, p. 338 ss; J.-M. VULLIEMIN, *Jugement et sentence arbitrale*, Zurich, Polygraphischer Verlag, 1990; Société Française pour le Droit International, *La Juridictionnalisation du Droit International*, Colloque de Lille, Paris:Éditions Pedone, 2003.

¹⁷ Sul concetto di organo comune, qui preso a riferimento, v. R. QUADRI, *Diritto internazionale pubblico*, Napoli, 1968, pp. 421-422; G. CARELLA, *La responsabilità dello Stato per crimini internazionali*, Napoli, 1965, p. 165; M. CASTELLANETA, *La cooperazione tra Stati e i tribunali penali internazionali*, Bari, 2002, p. 358.

parte dei privati alla circostanza che essi agiscano in qualità di «vittima» in conseguenza di «una violazione da parte di una delle Parti contraenti dei diritti riconosciuti nella Convenzione o nei suoi protocolli». In altre parole, il privato deve essere direttamente leso («vittima», appunto) dall'inosservanza degli obblighi CEDU da parte del proprio Stato. L'art. 34 disciplina, dunque, il nesso causale fra la posizione «di fatto» del ricorrente e il comportamento illecito dello Stato dando ad esso «giuridica rilevanza»¹⁸ con la conseguenza di attribuire al privato uno *status* giuridico internazionale (nella specie una legittimazione ad agire) che, in linea di principio, non avrebbe. L'esercizio di un siffatto «diritto individuale» costituisce, quindi, l'oggetto di uno specifico obbligo pattizio, stabilito dal citato art. 34, che gli Stati contraenti si sono impegnati non solo a riconoscere ma, altresì, «a non ostacolare con alcuna misura» ai sensi del medesimo art. 34.

Sotto il profilo in esame viene altresì in rilievo l'art. 35 CEDU. Oltre a prevedere – come si è già avuto modo di chiarire¹⁹ – il principio del «previo esaurimento dei ricorsi interni» e la data di scadenza della presentazione del ricorso individuale, l'art. 35 CEDU al 2° co. lett. b) subordina l'ammissibilità di quest'ultimo ad ulteriori condizioni e requisiti fra le quali, innanzitutto, il necessario carattere di *novità* del ricorso: questo, in realtà, non deve avere precedenti nella giurisprudenza della Corte e, pertanto, non deve essere sostanzialmente identico ad un caso di violazione degli obblighi CEDU già sottoposto alla sua competenza («salvo che il rispetto dei diritti dell'uomo garantiti dalla Convenzione e dai suoi Protocolli esiga un esame del ricorso nel merito e a condizione di non rigettare per questo motivo alcun caso che non sia stato debitamente esaminato da un tribunale interno»).

L'art. 35, ulteriormente, al 3° co. lett. b) chiede che il ricorrente abbia subito «un pregiudizio importante». Ai sensi di questo articolo, quindi, non basta che le parti si siano rivolte a tutte le istituzioni nazionali competenti senza ottenere il soddisfacimento delle proprie richieste e che, quindi, possano considerarsi «vittime» del comportamento anti-giuridico dello Stato, ma occorre altresì che quest'ultimo abbia causato ad esse un «*pregiudizio importante*», eventualmente anche finanziario. Si tratta cioè della previsione del danno individuale e diretto derivante dall'inadempimento statale, cui la CEDU, all'art. 35, 3° co., lett. b), subordina la ricevibilità del ricorso individuale.

Nell'esaminare il ricorso *Cusan-Faz̧zo*, la Corte EDU ritiene che tutti i (tre) requisiti sopra indicati siano soddisfatti e, pertanto, ne dichiara la ricevibilità. Nella circostanza, essa respinge tre ordini di eccezione avanzati dal Governo italiano: ciò che le consente di inquadrare meglio il ricorso e, quindi, di mettere in evidenza l'accennata incongruenza fra il *petitum* proposto dai ricorrenti e i rimedi offerti dalle autorità italiane per soddisfarlo.

In quest'ottica, la Corte respinge la prima eccezione del Governo italiano secondo cui il ricorso non è ricevibile perché i ricorrenti hanno ottenuto soddisfazione delle loro richieste da parte dello Stato e, pertanto, non rivestono la qualità di «vittime» ai sensi dell'art. 34 CEDU: secondo il Governo, infatti, lo Stato italiano ha posto rimedio ad una situazione di potenziale inadempimento del proprio ordinamento rispetto alla Convenzione autorizzando i richiedenti «*par le préfet de Milan, à ajouter, pour tous leurs enfants mineurs, le nom de famille de la mère (Cusan) au nom de famille du père (Faz̧zo)*» (§ 29). La Corte obietta, al riguardo, che le parti non abbiano perso la qualità di «vittime», osservando che «*une décision ou une*

¹⁸ Sul concetto di «rilevanza giuridica» e sulla sua distinzione da quello di «efficacia giuridica» sia consentito rinviare al nostro *Il diritto internazionale privato italiano nei rapporti con il diritto internazionale, europeo e straniero*, Giappichelli, Torino, 2012, spec. pp. 32-38.

¹⁹ *Supra*, par. 1 e 2.

mesure favorable au requérant ne suffit en principe à lui retirer la qualité de "victime"» a meno che «des autorités nationales ont reconnu, explicitement ou en substance, puis réparé la violation de la Convention» (§ 31). Nel caso di specie, tuttavia, le autorità italiane «se sont bornées à autoriser, environ treize ans plus tard, un changement de nom en se fondant sur l'article 84 du décret présidentiel n. 396 de 2000» (§ 32) (enfasi aggiunta) il quale non ha, però, soddisfatto la richiesta dei ricorrenti poiché essa «n'a pas consisté en l'attribution du seul nom de famille de la mère, comme les requérants le souhaitaient [...], mais en un simple ajout du nom de la mère à celui du père» (§ 32) (enfasi aggiunta). La Corte, nel precisare con esattezza la varietà e la portata dell'attività illecita dello Stato italiano rispetto agli obblighi CEDU, riesce dunque a mettere bene in evidenza la mancata corrispondenza fra la richiesta dei ricorrenti con i rimedi offerti dalle autorità italiane per la sua soddisfazione.

In secondo luogo, la Corte respinge l'eccezione del Governo italiano secondo cui «les requérants n'ont subi aucun préjudice important au sens de l'article 35 § 3 b)» (§ 34) della Convenzione avvalorando, per contro, le ragioni sostenute sul punto dai ricorrenti. Questi ultimi, sebbene confermino di non avere «subi aucune préjudice important au sens de l'article 35 § 3 b)» della Convenzione, nondimeno affermano «avoir subi une atteinte à l'un de leurs droits fondamentaux, à savoir le droit au nom, qui relève de la notion de "vie privée" au sens de l'article 8 de la Convention, et une discrimination basée sur le sexe». La Corte accoglie, quindi, anche quest'ultima controdeduzione osservando al riguardo che, benché il ricorso «ne semble pas comporter d'enjeu financier», tuttavia «l'importance subjective de la question paraît évidente pour les requérants» (enfasi aggiunta) dato che essa appare diretta a contrastare la «décision» statale «refusant d'attribuer a Maddalena le nom de famille de sa mère» (§ 37) e che la medesima sia stata promossa senza successo «jusqu'au bout» con ogni mezzo difensivo, prima di approdare davanti alla Corte EDU (*ibidem*).

Infine, la Corte ritiene che il ricorso «soulève des questions de caractère générale non encore résolues par la Cour et susceptibles d'intéresser toute personne se trouvant dans une situation comparable à la leur» (par. 35, 2° co. lett. b) (enfasi aggiunta). In questo senso, la Corte osserva che il ricorso in oggetto costituisce «la première affaire de ce type que la Cour est appelée à examiner en ce qui concerne l'Italie et une décision de la Cour sur cette question de principe guiderait les juridictions nationales»²⁰ (§ 39) (enfasi aggiunta) conformemente a quanto richiesto dall'art. 35, 2° co. lett. b). Anche il requisito relativo alla "novità" della richiesta presentata, secondo la Corte, appare dunque soddisfatto. E' per altro verso in questo contesto, di riconoscimento del carattere di "novità" del ricorso, che la Corte EDU ha modo di ribadire l'incongruenza fra il *petitum* proposto dai ricorrenti e le risposte ad esso fornite dalle Istituzioni italiane, posto che le parti chiedono, non tanto il riconoscimento della trasmissione di entrambi i cognomi – così come riconosciuto dallo Stato italiano – bensì, *del solo cognome materno*.

La Corte, in definitiva, nella fase procedurale in esame non solo ha dichiarato ammissibile e istruito la causa, ma ha altresì introdotto qualche primo spunto indicativo delle violazioni della CEDU commesse dal nostro Stato e delle attività necessarie per eliminarle.

Queste prime indicazioni saranno successivamente completate dalla stessa Corte EDU con il dispositivo della sentenza che condanna l'Italia per inadempimento e che sarà oggetto di trattazione nelle pagine che seguono.

²⁰ Sul principio del *ne bis in idem* nella CEDU v. C. ZANGHÌ, *La protezione internazionale dei diritti dell'uomo*, Giappichelli, 2002, p. 157 ss.

6. Segue: *La sentenza n. 77/07 di condanna dello Stato italiano per accertata violazione del principio CEDU di non discriminazione (anziché di quello di eguaglianza)*

Una volta esaminate le ragioni che hanno indotto la Corte EDU a ritenere il ricorso *Fazžio-Cusan* ricevibile e ad ammettere che ricorressero i presupposti necessari per avviare una procedura di inadempimento internazionale a carico dello Stato italiano, occorre ora considerare le ragioni che hanno portato la Corte a pronunciarsi per una condanna del nostro Stato per violazione dei propri obblighi convenzionali CEDU e, specificamente, del principio di non discriminazione *ex art. 14 CEDU*²¹ da solo e in combinato con l'art. 8 CEDU²², ma non anche (come, invece, chiesto dai ricorrenti) del principio di eguaglianza fra i coniugi *ex art. 5 del Protocollo 7*²³ da solo o in combinato con l'art. 14 CEDU.

Ai fini sopra richiamati, la Corte prende in esame, innanzitutto, l'art. 14 CEDU sul "Divieto di discriminazione" che si pretende violato dall'Italia. Al riguardo, essa osserva che essendo l'art. 14 una norma che «*complète les autres clauses normatives de la Convention et des ses Protocoles*», essa «*n'a pas d'existence indépendante*»²⁴, bensì «*il vaut uniquement pour la "jouissance des droits et libertés" qu'elle garantissent*» (§ 54). La detta norma, pertanto, a parere della Corte, «*il ne saurait à s'appliquer si les faits du litige ne tombent pas sous l'empire de l'une au moins desdites clauses*» (*ibidem*) (enfasi aggiunta). Ad integrazione dell'art. 14 il giudice europeo, quindi, richiama l'art. 8 CEDU sul "Diritto al rispetto della vita privata e familiare". Seppure quest'ultima norma, «*ne contient pas de disposition explicite en matière de nom*», tuttavia, secondo la Corte può ritenersi che il precetto dell'art. 8 in esame sia esteso anche alla protezione del «*nom d'une personne*» nell'ambito della «*vie privée et familiale de celle-ci*» (§ 55). Secondo la Corte, dunque, «*l'objet de la requête entre donc dans le champ d'application de l'article 8 de la Convention*» e «*l'article 14 trouve dès lors à s'appliquer*» (§ 57).

In relazione, poi ai profili sostanziali dell'art. 14, la Corte osserva che con il concetto di «discrimination» in esso enunciato «*s'entend du fait de traiter de manière différente, sans*

²¹ Art. 14 CEDU «*Divieto di discriminazione*. Il godimento dei diritti e delle libertà riconosciuti nella presente Convenzione deve essere assicurato senza nessuna discriminazione, in particolare quelle fondate sul sesso, la razza, il colore, la lingua, la religione, le opinioni politiche o quelle di altro genere, l'origine nazionale o sociale, l'appartenenza a una minoranza nazionale, la ricchezza, la nascita od ogni altra condizione».

²² Art. 8 CEDU «*Diritto al rispetto della vita privata e familiare*. 1. Ogni persona ha diritto al rispetto della propria vita privata e familiare, del proprio domicilio e della propria corrispondenza. 2. Non può esservi ingerenza di una autorità pubblica nell'esercizio di tale diritto a meno che tale ingerenza sia prevista dalla legge e costituisca una misura che, in una società democratica, è necessaria alla sicurezza nazionale, alla pubblica sicurezza, al benessere economico del paese, alla difesa dell'ordine e alla prevenzione dei reati, alla protezione della salute o della morale, o alla protezione dei diritti e delle libertà altrui».

²³ Art. 5 Protocollo 7 CEDU «*Eguaglianza fra i coniugi*. I coniugi godranno dell'uguaglianza di diritti e di responsabilità di carattere civilistico tra loro, nelle loro relazioni con i loro figli, in caso di matrimonio, durante il matrimonio e dopo la fine del matrimonio stesso. Questo articolo non impedirà allo Stato di adottare le misure necessarie per la tutela degli interessi dei figli».

²⁴ Il passaggio riportato nel testo – che denota il carattere di "dipendenza" dell'art. 14 dalle altre norme CEDU – appare in contrasto con quello, immediatamente successivo, nel quale la Corte precisa che «*Certes, il peut entrer en jeu même sans un manquement à leurs exigences et, dans cette mesure, il possède une portée autonome, mais il ne saurait trouver à s'appliquer si les faits du litige ne tombent pas sous l'empire de l'une au moins desdites clauses (voir, parmi beaucoup d'autres, Van Raalte c. Pays-Bas, 21 février 1997, § 33, Recueil 1997-I; Petrovic c. Autriche, 27 mars 1998, § 22, Recueil 1998-II; et Zarb Adam c. Malte, no 17209/02, § 42, CEDH 2006-VIII)*» (§ 54). In realtà, tale contraddizione si spiega col fatto che l'art 14 – seppure dotato di un precetto obbligatorio, distinto e proprio – ha carattere strumentale e, in quanto tale, è destinato ad essere completato a mezzo di norme ulteriori (c.d. di attuazione) ai fini della sua piena efficacia (per questi aspetti v. ulteriormente *infra*, par. 8).

justification objective et raisonnable, *des personnes se trouvant en la matière dans des situations comparables*» (*Willis c. Royaume-Uni*, no 36042/97, § 48, CEDH 2002-IV) (§ 58) (enfasi aggiunta). Ciò non significa che «*toute différence de traitement*» costituisca «*automatiquement violation de cet article*» (*ibidem*) e sia, pertanto, illegittima; al contrario, la circostanza secondo cui «*des personnes placées dans des situations analogues ou comparables en la matière jouissent d'un traitement préférentiel, et que cette différence est discriminatoire*» (*Ünal Tekeli*, précité, § 49, et *Losonci Rose et Rose*, précité, § 71) (§ 58) deve essere accertata caso per caso. Precisamente, secondo la Corte «*une distinction est discriminatoire au sens de l'article 14 si elle manque de justification objective et raisonnable*»; tuttavia, non basta, continua la stessa Corte, che la differenza di trattamento persegua «*un but légitime*» posto che «*l'article 14 est également violé s'il n'y a pas de "rapport raisonnable de proportionnalité entre les moyens employés et le but visé" [...]*» (§ 59). In definitiva, secondo la Corte, «*l'article 14 n'empêche pas une différence de traitement si elle repose sur une appréciation objective de circonstances de fait essentiellement différentes et si, s'inspirant de l'intérêt public, elle ménage un juste équilibre entre la sauvegarde des intérêts de la communauté et le respect des droits et libertés garantis par la Convention (voir, parmi d'autres, G.M.B. et K.M. c. Suisse (déc.), no 36797/97, 27 septembre 2001, et Zarb Adami, précité, § 73)*» (§ 60).

La Corte, dunque, lascia intendere da un lato, che l'art. 14 non sia una norma né autonoma, né autosufficiente, bensì abbia un valore complementare rispetto ad altre norme CEDU e diventa pertanto applicabile, solo in combinazione con una di queste; dall'altro, che esso non abbia carattere assoluto, nel senso che *non vieta qualsiasi forma di discriminazione*, bensì solo quei trattamenti differenziali «*dans lesquels un individu ou un groupe se voit, sans justification adéquate, moins bien traité qu'un autre, même si la Convention ne requiert pas le traitement plus favorable*» (*Abdulaziz, Cabales et Balkandali c. Royaume-Uni*, 28 mai 1985, § 82, série A no 94) (§ 60) e, pertanto, non siano né oggettivi, né ragionevoli e proporzionati al fine da raggiungere.

Sul punto la stessa Corte riconosce che «*les Etats contractants jouissent d'une certaine marge d'appréciation pour déterminer si et dans quelle mesure des différences entre des situations à d'autres égards analogues justifient des différences de traitement juridique*» (*Gaygusuz c. Autriche*, 16 septembre 1996, § 42, Recueil 1996-IV) (§ 61) (enfasi aggiunta); tuttavia, essa afferma che «*la décision finale quant à l'observation des exigences posées par la Convention appartient à la Cour*» (§ 61). Essendo, infatti, la CEDU «*avant tout un mécanisme de protection des droits de l'homme*» è alla Corte che spetta il compito di «*tenir compte de l'évolution de la situation dans l'Etat défendeur et dans les Etats contractants en général et réagir, par exemple, au consensus susceptible d'apparaître quant aux normes à atteindre*» (*Ünal Tekeli*, précité, § 54; *Zarb Adami*, précité, § 74; et *Losonci Rose et Rose*, précité, § 74) (§ 61)²⁵. In altre parole, la libertà internazionale degli Stati non è

²⁵ Su questa linea, oltre alla giurisprudenza richiamata nella sentenza in esame, si v. altresì l'Arrêt *Stafford c. Royaume-Uni* [GC], n. 46295/99, § 68, CEDH 2002-IV secondo cui «68. Sans être formellement tenue de suivre l'un quelconque de ses arrêts antérieurs, il est dans l'intérêt de la sécurité juridique, de la prévisibilité et de l'égalité devant la loi que la Cour ne s'écarte pas sans motif valable des précédents. La Convention étant avant tout un mécanisme de protection des droits de l'homme, la Cour doit cependant tenir compte de l'évolution de la situation dans les Etats contractants et réagir, par exemple, au consensus susceptible de se faire jour quant aux normes à atteindre (voir, parmi d'autres, les arrêts *Cossey c. Royaume-Uni* du 27 septembre 1990, série A no 184, p. 14, § 35, et *Chapman c. Royaume-Uni* [GC], no 27238/95, § 70, CEDH 2001-I). Il est d'une importance cruciale que la Convention soit interprétée et appliquée d'une manière qui en rende les droits pratiques et effectifs, et non théoriques et illusoires. Si la Cour devait faillir à maintenir une approche dynamique et évolutive, pareille attitude risquerait de faire obstacle à toute réforme ou amélioration». 69. Des considérations similaires s'appliquent à l'évolution de la situation et au consensus qui se dégage dans l'ordre juridique interne de l'Etat contractant mis en cause. Si aucune distinction importante ne peut être établie au niveau des faits entre la présente espèce et l'affaire *Wynne*, la Cour, eu égard aux changements importants qui se dessinent dans l'ordre national, se propose de réévaluer, "à la lumière des conditions d'aujourd'hui", quelles sont l'interprétation et l'application de la Convention qui s'imposent à l'heure

illimitata”, al contrario trova un limite negli obblighi CEDU così come accertati e interpretati dalla Corte di cui si tratta nell'esercizio della sua competenza.

Quanto alle ragioni che attestano l'effettiva violazione dell'art. 14 in combinato all'art. 8 da parte dello Stato italiano, secondo la Corte la legislazione italiana, nell'ammettere la regola «*selon laquelle les “enfants légitimes” se voient attribuer à la naissance le nom du père*» (§ 62) viola il principio di non discriminazione stabilito nella CEDU, in quanto la medesima legislazione «*ne prévoit aucune exception à cette règle*» in favore della donna (enfasi aggiunta) (§ 62). È vero, aggiunge la Corte, che «*le préfet de Milan a autorisé les requérants à compléter le nom de Maddalena par l'ajout d'un autre nom (celui de sa mère – paragraphe 22 ci-dessus)*» tuttavia «*il faut distinguer la détermination du nom à la naissance de la possibilité de changer de nom au cours de la vie*» (enfasi aggiunta) (*ibidem*)²⁶.

A causa del descritto comportamento dello Stato italiano, secondo la Corte, «*des personnes se trouvant dans des situations similaires, à savoir l'un et l'autre des requérants, respectivement père et mère de l'enfant, ont été traitées de manière différente. En effet, à la différence du père, la mère n'a pas pu obtenir l'attribution de son nom de famille au nouveau-né, et ce en dépit de l'accord de son époux*» (enfasi aggiunta) (§ 63). «*Seules des considérations très fortes*» – che, tuttavia, non ricorrono nel caso di specie – «*peuvent amener la Cour à estimer compatible avec la Convention une différence de traitement exclusivement fondée sur le sexe*» (Willis, précité, § 39 ; Schuler-Zraggen c. Suisse, 24 juin 1993, § 67, série A n. 263; et Losonci Rose et Rose, précité, § 80)» (§ 64).

La Corte EDU conclude, pertanto, che lo Stato italiano, nell'imporre «*que le nom attribué soit, sans exception, celui du père, nonobstant toute volonté différente commune aux époux*» (§ 67), ha operato una discriminazione basata sul sesso, in quanto tale contrastante con gli obblighi CEDU (§ 68).

L'illegittimità riscontrata dalla Corte, tuttavia, non è riferita “alla regola sul patronimico nella sua interezza bensì limitatamente ai suoi effetti discriminatori. La Corte osserva, in tal senso, che «*la règle voulant que le nom du mari soit attribué aux “enfants légitimes” peut s'avérer nécessaire en pratique et n'est pas forcément en contradiction avec la Convention* (voir, mutatis mutandis, Losonci Rose et Rose, précité, § 49)», ma che è tuttavia «*l'impossibilité d'y déroger lors de l'inscription des nouveau-nés dans les registres d'état civil*» ad essere «*excessivement rigide et discriminatoire envers les femmes*» (§ 67) (enfasi aggiunta) e, dunque, a violare la CEDU. La norma sulla trasmissione del cognome paterno potrebbe, dunque, ritenersi legittima ove prevedesse un'eccezione tale da consentire anche alla madre la possibilità di trasmettere al figlio in esclusiva il proprio cognome.

E' a questo punto che la Corte dichiara che «*En égard à la conclusion à laquelle elle est parvenue sous l'angle de l'article 14 combiné avec l'article 8 de la Convention, la Cour ne juge pas nécessaire de rechercher s'il y a eu aussi violation de l'article 14 combiné avec l'article 5 du Protocole no 7, ou de cette dernière disposition prise isolément*» (enfasi aggiunta) (§ 73). Potrebbe sembrare, a prima vista, che la Corte, con questa dichiarazione, abbia voluto lasciar intendere che la causa in esame sia sottratta alla sfera di influenza del principio di eguaglianza. Ad un attento esame, però, ciò non è corretto e per ben due ordini di motivi: non solo la causa in oggetto rientra, astrattamente, a pieno titolo nel campo di disciplina di tale principio ma, inoltre, questo è quanto concretamente detto dalla stessa Corte EDU nelle sue argomentazioni.

actuelle (voir l'arrêt Tyrer c. Royaume-Uni du 25 avril 1978, série A no 26, pp. 15-16, § 31, et les arrêts ultérieurs)). Nella sentenza Tyrer c. Royaume-Uni, da ultimo richiamata, la Corte ha cura di ricordare che «*31. la Convention est un instrument vivant à interpréter – la Commission l'a relevé à juste titre – à la lumière des conditions de vie actuelles*».

²⁶ Sull'argomento v. *amplius* quanto detto *supra*, par. 5.

Quest'ultima, infatti, da un lato, ha ritenuto che la mancata osservanza dell'«égalité entre les époux», da parte della legislazione italiana, «en matière de détermination du nom des enfants légitimes» lamentata dai coniugi ricorrenti (in contrasto l'art. 5 del Protocollo n. 7 «seul ou lu en conjonction avec l'article 14 de la Convention»), «est lié a celui examiné ci-dessus et doit donc aussi être déclaré recevable» (§ 72) (enfasi aggiunta). Dall'altro, ha ritenuto di non dover procedere all'esame della causa al prisma dell'art. 5 sul principio di eguaglianza, non perché questo fosse “inconferente” o “non attinente”, bensì perché non «nécessaire» in virtù della «conclusion à laquelle elle est parvenue sous l'angle de l'article 14 combiné avec l'article 8 de la Convention» (§ 73). In altre parole, l'esame della causa alla luce di queste due ultime norme è apparso di per sé sufficiente ed esaustivo per dare fondamento alla pronuncia di condanna dell'Italia, rendendo superflua la ricerca di un ulteriore fondamento di questa in base al principio di eguaglianza.

Per altro verso, il ricorso al principio di non discriminazione anziché al principio di eguaglianza, si giustifica con l'obbligo a carico della Corte di non pronunciarsi su questioni che sono state già oggetto del suo giudizio e che, effettivamente, sono state affrontate – come si dirà fra poco – nell'ambito dei suoi precedenti giurisprudenziali, puntualmente richiamati nella causa in esame.

Quest'ultimo aspetto consente di passare al secondo ordine di motivi segnalato, dato dal fatto che nell'inquadrare il caso di specie alla luce dell'art. 14, la Corte lo ricollega espressamente alla sua precedente giurisprudenza sul principio di eguaglianza²⁷, chiarendone il significato e la ratio anche in relazione al caso di specie. In tal senso essa afferma che: «Dans toutes ces affaires, la Cour a conclu à la violation de l'article 14 de la Convention, combiné avec l'article 8. Elle a notamment rappelé l'importance d'une progression vers l'égalité des sexes et de l'élimination de toute discrimination fondée sur le sexe dans le choix du nom de famille» (enfasi aggiunta) (§ 66). E', quindi, sul presupposto della giurisprudenza così richiamata che la Corte conclude di non poter «que parvenir à des conclusions analogues dans la présente affaire, où la détermination du nom de famille des «enfants légitimes» s'est faite uniquement sur la base d'une discrimination fondée sur le sexe des parents» (§ 67).

Per tutte le ragioni fin qui evidenziate, la Corte EDU – a differenza delle Corti interne – pronuncia la sua condanna sul principio di non discriminazione anziché su quello di eguaglianza.

Si osservi, però, che nella visione della Corte di Strasburgo l'applicazione del principio di eguaglianza alla causa *de quo* non soltanto non è esclusa ma è collegata a filo doppio a quella del principio di non discriminazione, secondo quanto accade, generalmente, negli ordinamenti statali. E ciò indipendentemente dal fatto che la portata di questi due principi non coincida con quella dei loro omologhi vigenti negli Stati membri e che (come ricordato nel corso del presente paragrafo) il loro accertamento e interpretazione rientrino esclusivamente nella competenza della Corte EDU.

²⁷ In particolare, nella sentenza *Ünal Tekeli c. Turquie* del 16 novembre 2004, (Requête no 29865/96), la Corte «vers l'égalité des sexes est aujourd'hui un but important des Etats membres du Conseil de l'Europe. Deux rappels en premier lieu que la progression textes du Comité des Ministres, la Résolution (78) 37 du 27 septembre 1978 sur l'égalité des époux en droit civil, ainsi que la Recommandation R (85) 2 du 5 février 1985 relative à la protection juridique contre la discrimination fondée sur le sexe, en sont des principaux exemples. Ces textes appellent les Etats membres notamment à éliminer toute discrimination fondée sur le sexe dans le choix du nom de famille. Cet objectif a été également énoncé lors de travaux de l'Assemblée parlementaire (paragraphe 19-22 ci-dessus) et le Comité européen de la coopération juridique (paragraphe 23-27 ci-dessus)» (§ 59). Secondo la Corte, inoltre, «A l'échelle internationale, les développements au sein des Nations unies quant à l'égalité des sexes se dirigent dans ce domaine spécifique vers la reconnaissance du droit pour chaque conjoint de conserver l'usage de son nom de famille original ou de participer sur un pied d'égalité au choix d'un nouveau nom de famille (paragraphe 23-27 ci-dessus)»; «Par ailleurs» continua la Corte «la Cour constate qu'un consensus se dessine au sein des Etats contractants du Conseil de l'Europe quant au choix du nom de famille des époux sur un pied d'égalité» (§§ 60-61).

Le osservazioni fin qui svolte mettono ben in evidenza il complesso significato e le peculiarità del principio di eguaglianza anche in rapporto al principio di non discriminazione. Conviene pertanto soffermarsi su questi aspetti, posto che il loro approfondimento, come vedremo a breve, si rivelerà particolarmente utile in sede di valutazione delle prospettive di esecuzione della sentenza della Corte EDU nel nostro ordinamento e le modalità normative con cui ciò dovrà concretamente avvenire.

7. *Il principio di eguaglianza e i suoi rapporti con il principio di non discriminazione nel diritto vigente alla luce del caso in esame: la questione del carattere “inderogabile” dei principi fondamentali*

Come si è visto al paragrafo precedente, la Corte EDU nel condannare per inadempimento lo Stato italiano ha fatto leva sul principio di non discriminazione, anziché o non anche su quello di eguaglianza, dando adito all'idea che quest'ultimo non rientri fra le clausole convenzionali violate dall'Italia e, quindi, che la causa *de quo* prescinda del tutto dal suo campo di applicazione²⁸. Su questa scorta, essa ha altresì riconosciuto una certa legittimità alla norma italiana sul patronimico ventilando l'ipotesi che l'attuale formulazione del principio di non discriminazione renda ammissibile l'esistenza di misure discriminatorie del tipo di quella impugnata. E ciò a differenza delle Corti interne (*in primis*, della nostra Corte Costituzionale), le quali, viceversa, pur non arrivando a disapplicare o censurare la norma sul patronimico (e, quindi, ad accogliere il ricorso) ne hanno nondimeno dichiarato la contrarietà al nostro principio di eguaglianza laddove questo vieta di “discriminare la donna rispetto all'uomo” in termini generali e, quindi, anche in materia di trasmissione del cognome ai figli. Anche, il Prefetto di Milano, come si è detto (*supra*, par. 5), in sede di revisione degli atti anagrafici è sembrato porsi in un'ottica ricognitiva della parità fra i coniugi laddove ha riconosciuto alla madre il diritto di “aggiungere” il proprio cognome a quello paterno e non ha ritenuto, invece, di doverle attribuire un diritto, analogo a quello del padre, di trasmettere in via esclusiva il proprio cognome. In definitiva, se le autorità italiane si sono pronunciate seguendo una logica paritaria (che non ammette discriminazioni) e, su queste basi, hanno considerato illegittima la norma sul patronimico senza, tuttavia, arrivare a censurarla (e quindi ad accogliere il ricorso); viceversa la Corte EDU ha mostrato di orientarsi verso soluzioni non discriminatorie (e meno espressamente egualitarie) che, accogliendo il ricorso, hanno lasciato spazio e legittimità ad un diritto differenziato suscettibile di riconoscere un certo valore e una sua validità anche alla norma discriminatoria impugnata, che impone il patronimico.

Una situazione paradossale, quella ora descritta, che non ha mancato di manifestarsi come tale nemmeno in seno alla Corte EDU, portando uno dei suoi membri – il giudice Popovic – a dissentire dal resto del collegio giudicante osservando che la norma da esso raccomandata, che imporrebbe la trasmissione del cognome materno a scapito di quello paterno, verrebbe a configurarsi come non meno discriminatoria (e, dunque, illegittima) di quella impugnata. Secondo il giudice Popovic, precisamente: «*si le nom de famille du père avait été remplacé par celui de la mère [...] il y aurait eu entre les requérants une discrimination contraire à l'article 14 de la Convention*» (§§ 51-52). D'altro canto, conclude il giudice Popovic, se la logica discriminatoria che rende ammissibile la trasmissione esclusiva di un solo cognome

²⁸ Sotto gli aspetti in esame cfr. la critica alla Corte EDU svolta da M. CALOGERO, L. PANELLA, *L'attribuzione del cognome*, cit., p. 229.

(paterno o materno che sia) fosse corretta, e quindi compatibile col diritto vigente, allora l'ordinamento della Spagna dovrebbe considerarsi non conforme alla CEDU, posto che prevede la trasmissione dei cognomi di ambedue i genitori senza la possibilità che l'uno possa prevalere sull'altro, nemmeno in caso di accordo fra i diretti interessati. *Ergo*, la norma raccomandata dalla Corte EDU nella sentenza in esame sarebbe in contrasto con i principi CEDU.

In realtà, la posizione del giudice Popovic – che ricalca quella del nostro Governo, per la quale v. *supra*, par. 5 – non risulta trovare un fondamento alla luce né del caso in esame né, più in generale, della prassi applicativa del principio di eguaglianza e dei suoi rapporti con il principio di non discriminazione.

Innanzitutto, si è visto (*supra*, par. 6), che la stessa Corte di Strasburgo nella sentenza in esame attribuisce valore *fondamentale* al principio di eguaglianza ritenendo «non necessario» esaminare la causa sotto il profilo della sua compatibilità con tale principio (e, quindi, con l'art. 5 Protocollo 7) e ciò non tanto perché irrilevante e non inerente alla causa *de quo* quanto, invece, perché «*pas nécessaire*» ovvero superfluo poiché assorbito, nel suo ragionamento, dall'esame «*ci-dessus*» dell'art. 14 CEDU sul principio di non discriminazione. Quasi ad indicare che quest'ultimo, pur costituendo un principio avente «*portée autonome*» sia, tuttavia, strettamente collegato al principio di eguaglianza.

La Corte però dimostra di volere andare anche oltre questo assunto fondamentale, raccordandosi in tal senso al dibattito che ha caratterizzato sul piano nazionale il significato e il contenuto del principio di eguaglianza. In effetti, nel suo ragionamento il principio di non discriminazione, oltre che concorrere alla definizione del principio di eguaglianza, attribuisce ad esso dei limiti. Più esattamente, il principio di non discriminazione garantisce che il “trattamento eguale”, prescritto dal principio di eguaglianza, si attui specificamente in relazione alle situazioni ed alle categorie di soggetti in esso indicate (e che, sul piano statale, risultano essere più vulnerabili perché storicamente oggetto di trattamenti oppressivi, persecutori ovvero deteriori rispetto a quelli – privilegiati – attribuiti ad altri soggetti).

Si dice²⁹, in proposito, con riferimento al nostro ordinamento che il principio di eguaglianza risulti precisato dal principio di “non discriminazione”; anzi, che il principio di eguaglianza nasca, nel nostro ordinamento, in funzione “antidiscriminatoria”, nel senso che esso incorpora nel suo precetto il significato e le finalità del principio di “non discriminazione”. Si osservi, però che il divieto di discriminazione, tanto sul piano nazionale quanto sul piano CEDU, non è assoluto e illimitato ma si riferisce, unicamente, ai fattori ovvero alle categorie soggettive con esso tutelate dal legislatore, con la conseguenza che esso non preclude affatto una diversa disciplina per le situazioni che esulano dal suo ambito di applicazione. Nel precisare il significato e la portata del principio di eguaglianza in senso antidiscriminatorio, dunque, il principio di non discriminazione manifesta il suo stesso limite precettivo legittimando, al di là di questo, l'adozione di trattamenti discriminatori³⁰. Vale in proposito osservare che la particolarità di questo principio sul piano CEDU, dipende non solo dal fatto che la sua formulazione è accolta in una norma separata e autonoma da quella dell'eguaglianza ma, altresì, dalla circostanza che il ventaglio

²⁹ Così A. MOSCARINI, *Principio costituzionale di eguaglianza e diritti fondamentali*, in R. NANIA, P. RIDOLA (a cura di), *I diritti costituzionali*, Torino, 2001, pp. 162-164, 174-175.

³⁰ Per ulteriori approfondimenti sugli aspetti in argomento, ci permettiamo di rinviare al nostro *Il principio di eguaglianza nel diritto dell'Unione europea alla luce della più recente giurisprudenza della Corte di giustizia in materia di assicurazioni*, in *St. integr. eur.*, 2011, pp. 555 ss., spec. pp. 558-561.

di fattori cui è indirizzata la sua tutela diverge e, per certi versi, amplia quello stabilito sul piano nazionale, nei limiti evidentemente concordati dagli Stati contraenti.

Una siffatta ricostruzione del principio di eguaglianza in combinato col principio di non discriminazione, oltre che dall'analisi scientifica e dottrinale³¹, emerge anche dal dato giurisprudenziale. La nostra Corte costituzionale in particolare, fin dalle sue prime pronunce³², ha affermato che il principio di eguaglianza nel nostro ordinamento «comporta che, se situazioni uguali esigono uguale disciplina, situazioni diverse possono richiedere differenti discipline».

Il principio di eguaglianza vieta dunque le discriminazioni; ma un tale divieto, tuttavia, non è tassativo. Al contrario, nel prevedere che «situazioni diverse richiedono differenti discipline»³³ il principio di eguaglianza in funzione antidiscriminatoria ammette *eccezioni* e, più propriamente, *deroghe* al proprio precetto, mostrandosi, così, aperto ai valori della “differenza”, della “specialità” e, quindi, della “discriminazione”³⁴.

Nell'autorizzare *deroghe* al suo divieto, il principio di eguaglianza detta, al contempo, le modalità e le condizioni attraverso le quali esse possono essere validamente adottate. Occorre ricordare, al riguardo, che il principio di eguaglianza, oltre che una norma autonoma chiamata a disciplinare una categoria assai vasta di fattispecie è, altresì, un criterio ordinatore delle fonti dell'ordinamento e, in tal senso, un parametro di valutazione della legittimità delle leggi che opera secondo la nota teoria del *tertium comparationis*³⁵.

Secondo questa teoria, il principio di eguaglianza può essere derogato a mezzo di un trattamento differenziato o discriminatorio purché, tuttavia, questo non sia irragionevole e non proporzionato agli scopi da raggiungere. Più concretamente, il diritto *discriminatorio* non può introdurre trattamenti arbitrari (siano essi *preferenziali* o *pregiudizievole*) nei confronti di alcuni soggetti dell'ordinamento posto che questi costituirebbero vere e proprie violazioni del principio generale di eguaglianza. Ai fini della sua validità, pertanto, il trattamento discriminatorio e, quindi, il diritto di *deroga* (o diritto speciale) che lo introduce dovrà essere giustificato dall'esigenza di promuovere, proteggere o valorizzare situazioni – ovvero valori, interessi, obiettivi – che non possono ragionevolmente e adeguatamente essere protette a

³¹ Tali evidenze scientifiche e i necessari riferimenti dottrinali sono stati riportati nel nostro *Il principio di eguaglianza nel diritto dell'Unione europea* cit., p. 555 ss. al quale sia consentito ancora una volta rinviare.

³² V. innanzitutto nel senso indicato Corte costituzionale, la sentenza del 9 luglio 1958, n. 53 secondo cui non «si compiono valutazioni di natura politica, e nemmeno si controlla l'uso del potere discrezionale del legislatore, se si dichiara che il principio di eguaglianza è violato quando il legislatore assoggetta ad una indiscriminata disciplina situazioni che esso considera e dichiara diverse». Ancora più netta di quella ora accennata appare la successiva sentenza n. 15 del 1960 che recita «al fine di valutare se una legge sia o meno in contrasto con il principio di eguaglianza non basta accertare che la stessa non sia in contrasto con i precetti inderogabili posti nel comma 1 dell'art. 3 Cost., giacché detto principio è violato anche quando la legge, *senza un ragionevole motivo*, faccia un trattamento diverso ai cittadini che di trovino in eguali situazioni». Da ultimo v. inoltre Corte costituzionale, sentenza del 7 ottobre 2009, n. 262, punto 7.3.2.2. (anche in relazione alla derogabilità del principio di eguaglianza).

³³ Così Corte costituzionale, sentenza del 7 ottobre 2009, n. 262, punto 7.3.2.2. (cit. alla nota precedente).

³⁴ In questo senso si esprimeva, emblematicamente, la Corte costituzionale nella sentenza n. 3 del 1957 laddove affermava che il principio di eguaglianza «non va inteso nel senso che il legislatore non possa dettare norme diverse per regolare situazioni che esso ritiene diverse, adeguando così la disciplina giuridica agli svariati aspetti della vita sociale».

³⁵ Per la teoria del *tertium comparationis* si rinvia al suo Autore L. PALADIN, *Il principio costituzionale d'uguaglianza*, Milano, 1965). Sul principio di eguaglianza come strumento di controllo e razionalità dell'ordinamento e, in particolare, come limite, formale e sostanziale, al potere legislativo dello Stato v. altresì A. MOSCARINI, *Principio costituzionale*, in *I Diritti costituzionali*, Torino, 2001, 162; S. BARTOLE, *L'elaborazione del parametro* cit., 35 ss.; G. MOSCHELLA, *Principio di specialità* cit., 13-14.

mezzo del diritto generale (quello cioè che si prefigge di derogare). Ciò, del resto, è quanto affermato dalla nostra stessa Corte costituzionale allorché ha osservato che «un trattamento differenziato potrebbe ritenersi “ragionevole” in quanto diretto a realizzare *altri e prevalenti valori dell’ordinamento*» (corsivo aggiunto)³⁶.

Visto in quest’ottica, il principio di eguaglianza viene a coincidere con il più generale “principio di proporzionalità e ragionevolezza”³⁷, in virtù del quale l’attività normativa del legislatore non deve essere arbitraria, sproporzionata e ingiustificata. Non diversamente dalle altre, anche le leggi speciali – incluse quelle che derogano l’eguaglianza – non si sottraggono al giudizio di ragionevolezza e sono vietate nel caso in cui non abbiano in questo un valido fondamento³⁸.

Su questa linea sembra inequivocabilmente collocarsi anche la sentenza della Corte EDU. La Corte EDU considera, infatti, l’auspicata estensione alle donne della norma che consente agli uomini la trasmissione *esclusiva* del proprio cognome, come l’oggetto di una misura eccezionale, che deroga al diritto comune. Essa in tal senso rimprovera allo Stato italiano di non avere previsto nella sua legislazione – nei termini di un’«*impossibilité d’y déroger*» – «*aucune exception*» alla regola sul patronimico che, pertanto, costituisce una norma *irragionevole* e *arbitraria*, che viola il precetto di eguaglianza e il suo divieto di non discriminazione fra i coniugi. Secondo la Corte EDU, dunque, la norma sul patronimico non è una norma del tutto contraria all’ordinamento CEDU, bensì unicamente nella misura in cui non ammette le donne, *al pari degli uomini*, a trasmettere in via *esclusiva* il proprio cognome ai figli. La mancata previsione dell’“eccezione femminile” (con la sistematica attribuzione del patronimico) quindi, viene in rilievo nella materia, nei termini di violazione del principio di eguaglianza tanto come norma di diritto generale (che sancisce la parità coniugale e genitoriale), quanto come parametro di legittimità delle leggi (che, secondo lo schema del *tertium comparationis*, autorizza solo trattamenti derogatori dell’eguaglianza che siano obiettivi e proporzionati al fine da realizzare).

Una volta accertato il significato del principio di non discriminazione (e della sua incidenza sul principio di eguaglianza, anche in vista di determinarne la sua deroga) sul quale la Corte EDU ha fondato la sua pronuncia, resta ora da chiarire perché quest’ultima non abbia chiesto la (diretta) applicabilità delle norme (CEDU) violate dall’Italia e se un siffatto comportamento possa essere assimilato a quello tenuto dalle stesse giurisdizioni nazionali interpellate, in particolare, dalla Corte costituzionale. E’ vero, infatti, che la Corte

³⁶ Così Corte costituzionale, sentenza 14 aprile 2010, n. 138.

³⁷ Circa il fatto che oggi il principio di ragionevolezza costituisca un principio distinto e autonomo dell’ordinamento v. M. CARTABIA, *I principi di ragionevolezza e proporzionalità nella giurisprudenza costituzionale italiana*, Roma, Palazzo della Consulta 24-26 ottobre 2013 Conferenza trilaterale delle Corti costituzionali italiana, portoghese e spagnola, in http://www.cortecostituzionale.it/documenti/convegni_seminari/RI_Cartabia_Roma2013.pdf, secondo cui: «Nato nell’ambito dei giudizi sul principio di eguaglianza, oggi il principio di ragionevolezza - nessuno lo dubita - si è dal primo emancipato [...] si potrebbe dire che oggi il principio di ragionevolezza è utilizzato come complemento e in appoggio a qualunque altro principio costituzionale richiamato a parametro del giudizio della Corte». Sulla stessa linea M. G. MILITELLO, *Principio di uguaglianza e di non discriminazione tra Costituzione italiana e Carta dei diritti fondamentali dell’Unione Europea*, WP C.S.D.L.E. "Massimo D'Antona" .INT – 77/2010, p. 9, in http://aei.pitt.edu/13704/1/militello_n77-2010int.pdf.

³⁸ Sulla necessaria rispondenza della deroga ai requisiti di “proporzionalità” e “ragionevolezza” v. Corte Costituzionale (Servizio Studi), *I principi di proporzionalità e ragionevolezza nella giurisprudenza costituzionale, anche in rapporto alla giurisprudenza delle Corti europee, Quaderno predisposto in occasione dell’incontro trilaterale tra Corte costituzionale italiana, Tribunale costituzionale spagnolo e Corte costituzionale portoghese*. Roma, 25-26 ottobre 2013, http://www.cortecostituzionale.it/documenti/convegni_seminari/RI_QuadernoStudi_Roma2013.pdf.

EDU, nel pronunciare la condanna dell'Italia per «*violation de l'article 14 combiné avec l'article 8 de la Convention*», ha inteso subordinare l'applicazione di tali principi ad un apposito intervento del legislatore italiano allineandosi, in tal senso, alla Corte costituzionale italiana sia pure, come si è accennato, con motivazioni del tutto differenti. E' proprio su questi argomenti che ci si intende soffermare nelle pagine che seguono.

8. Segue: *La questione del carattere non "direttamente applicabile" dei principi generali del diritto*

Quanto finora detto sul principio di non discriminazione e sui suoi stretti rapporti con il principio di eguaglianza, non spiega (almeno non del tutto) l'altra delle questioni che qui rilevano e che riguarda l'applicabilità (e, più precisamente, la "diretta applicabilità") alla causa *de quo* dei principi di cui, la giurisprudenza fin qui esaminata, ha accertato la violazione: nella specie il principio di eguaglianza e quello di non discriminazione. Si tratta, in realtà, di un problema che trascende il caso concreto, venendo ad interessare tutte le fattispecie suscettibili di rientrare nella sfera di applicazione di un principio generale – come, appunto, quelli in esame – che per caratteristica propria mancano di chiarezza e precisione e, pertanto, necessitano di interventi volti a colmare tali lacune. Del resto, si è visto che, oltre e prima ancora della Corte di Strasburgo (che ha chiesto all'Italia l'adozione di un diritto discriminatorio che fosse anche rispettoso dell'eguaglianza dei coniugi), esso ha riguardato le Corti italiane che, pur inquadrando il ricorso nella sfera di influenza del principio di eguaglianza, ne hanno, nondimeno, dichiarato l'inapplicabilità o, meglio, la non "diretta applicabilità" al caso concreto a causa delle peculiarità (formali e materiali) riguardanti il suo precetto. In particolare, la Corte costituzionale italiana ha ritenuto che l'eguaglianza, benché principio fondamentale del nostro ordinamento anche in materia di cognome, renda necessaria l'adozione di una normativa *ad hoc* volta a consentirne l'effettiva applicazione.

Viene allora spontaneo domandarsi: se il principio di eguaglianza (e il suo corollario dato dal principio di non discriminazione) rappresenta un cardine del nostro, come anche del diritto CEDU – al punto da costituirne un elemento costitutivo e qualificante, talché la sua applicazione appare incontestabile e generalizzata – perché le istituzioni (nazionali e internazionali), anche nel caso *de quo*, non ne dispongono ma, al contrario, ne rinviando l'applicazione?

La risposta, a questa ulteriore domanda, va ricercata ancora una volta alla luce del significato e della portata che assume il principio di eguaglianza da solo e in combinato col divieto di discriminazione, negli ordinamenti vigenti e, fra questi, nel nostro e in quello CEDU.

Nel ricollegarci, in proposito, alle osservazioni svolte al paragrafo precedente, occorre qui ricordare che l'interpretazione e l'applicazione del principio di eguaglianza si sono rivelate uno dei più nodi giuridici più delicati e controversi degli ordinamenti giuridici e politici attuali, fra i quali quello del nostro Paese.

In tale contesto è emerso che il principio di eguaglianza pur essendo una norma di carattere fondamentale abbia, nondimeno, un contenuto generico e indeterminato che ne rende spesso problematica l'applicazione alla prassi. Nel linguaggio giuridico corrente, le tipologie di norme che rientrano in questa definizione sono varie, come varie pure sono le loro denominazioni: fra le più comuni, quella di norma *di principio o programmatica*, norma di

*base, norma-quadro, norma cornice, norma non self-executing, non direttamente applicabile, non automatica, formale, strumentale, di rinvio, a fattispecie aperta, interposta ecc.*³⁹. Secondo un'interpretazione diffusa⁴⁰, le norme così definite appaiono accomunate dal fatto di essere portatrici di una disciplina giuridica minima ed essenziale che, tuttavia, non consente loro di essere autonome e autosufficienti nella regolamentazione della prassi: a tal fine, pertanto, esse necessitano – sempre e comunque – di un intervento normativo volto a favorirne la concreta esecuzione. Proprio a causa del contenuto carente che le rende inapplicabili e, quindi, inidonee a svolgere i loro effetti in relazione al caso concreto, le norme in oggetto sono state considerate prive di portata *precettiva* ovvero norme di basso tenore normativo, di carattere obbligatorio incerto, della cui “efficacia giuridica” occorre quantomeno dubitare⁴¹. La mancanza di applicabilità e, meglio, di “diretta applicabilità” della norma del tipo in esame è stata, dunque, considerata un indice della sua mancanza di efficacia giuridica (o di obbligatorietà, precettività, giuridicità).

A questo tendenzioso orientamento interpretativo – piuttosto diffuso, anche sul piano internazionale, come quello CEDU – vale obiettare che lo scarso grado di definizione di una norma (tale da renderla, nel caso di specie, generale, programmatica, *non self-executing* ecc.) non è, di per sé, idoneo a determinarne l'efficacia e la forza giuridica; né costituisce, in quanto tale, un ostacolo alla sua concreta applicazione. In proposito, vale ricordare che la giuridicità di una norma non deriva necessariamente dal particolare atteggiarsi dei suoi elementi costitutivi (forma, contenuto, durata, ecc.) e, nel caso di specie, dal grado di precisazione del suo precetto. Il valore giuridico di una norma, viceversa, è una qualità di questa (e, quindi, di ogni suo elemento) che discende dal suo essere esercizio legittimo della funzione (normativa) di un ordinamento sovrano che, come tale, la riconosce come parte integrante del suo sistema delle fonti⁴². Per altro verso, *l'applicabilità* di

³⁹ Sull'inquadramento di queste categorie normative (e dei loro effetti): a) nel diritto internazionale v.: A. BLECK-MANN, *Self-executing treaty provisions*, in *Enc. Public int. Law*, Amsterdam, New York, Oxford, 2000, p. 374 ; L. CONDORELLI, *Il giudice italiano e i trattati internazionali. Gli accordi self-executing e non self-executing nell'ottica della giurisprudenza*, Padova, CEDAM, 1974; V. DI COMITE, *Le sovvenzioni e le misure compensative nell'organizzazione internazionale del commercio*, Cedam Padova, 2009, p. 89 note 56 e 57; IWASAWA, *The Doctrine of self-executing Treaties in the United States: a critical analysis*, in *Virg. Jour. Int. Law*, 1986, p. 627; P. PICONE, A. LIGUSTRO, *Diritto dell'Organizzazione Mondiale del Commercio*, CEDAM, 2002, p. 542; L. MURA, *I modelli e le tecniche di accordo utilizzati dalle Regioni alla luce delle indicazioni della prassi*, in *Diritto@Storia*, 2007/6; b) nel diritto UE v.: S. AMADEO, *Norme comunitarie, posizioni giuridiche soggettive e giudizi interni*, Milano, 2002 ; G. BRAGA, *Il principio di eguaglianza nell'ordinamento europeo*, in E. MANGIAMELI (a cura di), *L'ordinamento europeo*, Giuffrè Milano, 2006, p. 327; R. KOVAR, *L'immediateté du droit communautaire*, in *Juris Classeurs*, 1991, fasc. 432; R. MASTROIANNI, *Le norme comunitarie non direttamente efficaci costituiscono parametro di costituzionalità delle leggi interne?*, in *Giur. cost.*, 2006, p. 3503 e ss.; S. PRECHAL, *Directives in EC law*, Oxford, 2005, p. 226 e ss.; c) nel diritto italiano: v. A. ANZON, *L'“inefficacia giuridica” di norme “programmatiche”*, in <http://www.costituzionalismo.it/articoli/158>; V. BAZZOCCHI, *Il caso Pupino e il principio di interpretazione conforme delle decisioni-quadro*, in *Quad. cost.* 2005; R. BIN, *Atti normativi e norme programmatiche*, Milano 1988; A. CARDONE, *Diritti fondamentali (Tutela multilivello)*, in *Enc. del diritto*, 2011, p. 384; V. CRISAFULLI, *Le norme programmatiche della Costituzione in La Costituzione e le sue disposizioni di principio*, Milano 1952; A. D'ALOJA, *Le «quote» tra eguaglianza sostanziale ed “eguaglianza apparente”*. *Noterelle su uno spunto di Rosanna Tosi*, (25 gennaio 2003), in http://www.forumcostituzionale.it/wordpress/wp-content/uploads/pre_2006/685.pdf

⁴⁰ In proposito si rinvia *supra*, alla dottrina riportata alla nota 39, sub c).

⁴¹ A questa linea di pensiero va ricondotta la distinzione fra norme precettive e norme programmatiche elaborata dalla dottrina costituzionalista italiana (per un saggio della quale si rinvia, *supra*, alla nota 42)

⁴² Sulla relazione fra «potere» e «atto-fonte» e le anomalie (ovvero i vizi di legittimità) suscettibili di riguardare tale relazione v. A. ANZON, *L'“inefficacia giuridica” di norme “programmatiche”*, cit. *supra*, alla nota 39.

una norma dipende non dalla sua *efficacia* (con la quale, pertanto, non si identifica⁴³) quanto, invece, dalla sua idoneità a regolamentare effettivamente i casi della prassi.

Una volta entrata in vigore, quindi, la tipologia di norme in esame (*programmatica, formale, non self-executing*, ecc.) al pari delle altre fonti giuridiche dell'ordinamento, deve essere considerata efficace e, in linea di principio, applicabile alla prassi: in tal senso, conviene qui ricordare, al seguito di un'autorevole dottrina⁴⁴, che «non esista principio, anche generalissimo, dal quale l'interprete non possa comunque ricavare delle applicazioni concrete, magari dal solo punto di vista della forza abrogativa (*vis abrogans*) del medesimo principio».

La stessa Corte costituzionale italiana ha avuto occasione di pronunciarsi sul tipo di norme in oggetto nel nostro ordinamento per attestarne il valore giuridico, alla stregua delle altre fonti di legge, ai fini del sindacato di costituzionalità: più specificamente, essa ha osservato che «la nota distinzione fra norme precettive e norme programmatiche può essere bensì determinante per decidere della abrogazione o meno di una legge, ma non è decisiva nei giudizi di legittimità costituzionale, potendo la illegittimità costituzionale di una legge derivare, in determinati casi, anche dalla sua non conciliabilità con norme che si dicono programmatiche, tanto più che in questa categoria vogliono essere comprese norme costituzionali di contenuto diverso»⁴⁵.

Anche la Corte EDU ha avuto occasione di soffermarsi sul carattere e il valore della categoria di norme in esame nella CEDU: nella stessa sentenza qui presa in esame, essa ha

⁴³ La tendenza a far coincidere il concetto di applicabilità con quello di efficacia diretta si fa storicamente risalire alla giurisprudenza della Corte di Giustizia, con la sentenza *Van Gend & Loos*, C-26/62 del 5 febbraio 1963 in *Racc.*, p.1, cui ha fatto seguito (anche con riferimento al principio del primato comunitario che su questa equivalenza poggia le sue basi) la sentenza *Costa c. Enel*, C-6/64 del 15 luglio 1964. Sui tentativi di distinzione dei due concetti nello stesso ambito comunitario v. G. TESAURO, *Diritto Comunitario*, Cedam, Padova, 2012, 7 ed., p. 173 ss.

⁴⁴ Così B. CONFORTI, *Diritto internazionale* cit., p. 314.

⁴⁵ Così Corte Costituzionale, sentenza del 5 giugno 1956, n. 1 (G. U. 14/06/1956). Sulla tesi che contrappone le norme precettive alle norme programmatiche v. anche Corte cost. sentenza del 15 gennaio 1969, n. 1; sentenza del 23 maggio 2003, n. 196; in senso contrario, tuttavia, la sentenza del 29 novembre 2004, n. 379 secondo cui, a date norme dell'ordinamento, «per il loro *valore di principio*, sono stati generalmente riconosciuti non solo un valore *programmatico* nei confronti della futura disciplina legislativa, ma soprattutto una funzione di *integrazione* e di *interpretazione* delle norme vigenti».

Con particolare riguardo, poi, a quello specifico filone normativo c.d. delle «norme di conflitto, vale ricordare la sentenza del 26 febbraio 1987, n. 71; la sentenza 10 dicembre 1987, n. 477; nonché la sentenza 4 luglio 2006, n. 254. Sul merito, così recita la sentenza del 26 febbraio 1987 n. 71: «Non può, comunque, essere condivisa la tesi che, argomentando dalla supposta "neutralità" delle norme di diritto internazionale privato, perviene a negare la stessa configurabilità di un contrasto di esse con gli imperativi costituzionali in argomento (e, in definitiva, con qualsiasi altro). Nella formulazione dei criteri per l'individuazione della norma (interna o straniera) applicabile – formulazione che è l'oggetto suo proprio – la norma di collisione, anche se prescinde dal modo in cui gli interessi tipici coinvolti nel rapporto sono concretamente regolati dalla norma stessa, nondimeno può ispirarsi a principi (o valori) sottesi alla disciplina civilistica interna dell'istituto ovvero ad altri principi (o valori). Orbene, in entrambi tali casi, la norma di collisione adotta una scelta di ordine normativo, che non può non confrontarsi con le scelte di fondo a livello costituzionale rispetto alle quali assuma rilievo il principio (o valore) cui essa si ispira. Del resto nella giurisprudenza di questa Corte non si è mai dubitato della configurabilità di questioni di legittimità costituzionale anche in altri casi nei quali, al pari di quello delle norme di collisione, la norma denunciata non ha la funzione di regolare direttamente rapporti (ad esempio là dove sia impugnata una legge-delega nei principi o nei criteri direttivi con essa enunciati, cfr. sentenze n. 158/85 e n. 226/76): casi nei quali il sindacato si attua proprio verificando la compatibilità fra il principio (o valore) implicito, o addirittura espresso, nella norma impugnata e un principio (o valore) costituzionale».

in proposito osservato che l'art. 14 CEDU «complète les autres clauses normatives de la Convention et des ses Protocoles» e, in tal senso, «il vaut uniquement pour la “jouissance des droits et libertés” qu’elles garantissent» (par. 54). «Certes» aggiunge la Corte «il peut entrer en jeu même sans un manquement à leur exigences et, dans cette mesure, il possède une portée autonome, mais il ne saurait trouver à s'appliquer si les faits du litige ne tombent pas sous l'empire de l'une au moins desdites clauses» (enfasi aggiunta).

Quanto fin qui rilevato, dimostra per un verso, che le norme caratterizzate da un precetto vago, generico o indeterminato non sono dotate di minor forza giuridica rispetto alle altre e, per altro verso, che esse non sono necessariamente inapplicabili alla prassi, dato che i casi in cui questo si verifica sono decisamente più ridotti di quelli ipotizzati e, nella maggior parte dei casi, appaiono risolvibili in sede interpretativa, con un approccio ermeneutico di tipo evolutivo da parte dell'operatore giuridico⁴⁶.

Nei rari casi in cui questo non appaia sufficiente e la norma resti insuscettibile di pratica applicazione si renderà necessario il ricorso ad una norma supplementare cui talora la stessa norma *non self-executing* può fare esplicito rinvio⁴⁷. La norma supplementare o più propriamente “norma di esecuzione” (o di attuazione), nel fornire alla norma *non self-executing* quella componente materiale che ad essa faceva originariamente difetto, consente ad essa di ricevere concreta ed effettiva esecuzione. Questo procedimento normativo che prende avvio con la formulazione della norma di principio e si completa con l'adozione della norma di esecuzione, benché articolato in due fasi (una primaria e l'altra secondaria) presenta tuttavia carattere unitario, venendo a configurarsi come l'espressione della *medesima volontà normativa* dello Stato. Esso si rivela utile e vantaggioso per disciplinare situazioni che non potevano essere previste al momento della formulazione della norma di principio, consentendo di adattarne il contenuto alle peculiarità del caso concreto. Poiché la norma di esecuzione presuppone l'esistenza di un principio cui è preposta a dare attuazione, va da sé che è da questo che essa trarrà la sua fonte di legittimazione e che prevarrà in caso di antinomia fra le stesse. Questa circostanza, peraltro – come vedremo meglio in sede di analisi della normativa sul cognome attualmente soggetta all'esame del nostro Parlamento – favorisce l'utilizzo della delega nell'esercizio della funzione normativa, con il coinvolgimento di organi dello Stato che non ne sono titolari⁴⁸.

Coerentemente con quanto ora visto, anche il principio di eguaglianza può rendere necessaria l'adozione di una normativa di attuazione ai fini della propria effettività. In particolare, può accadere che la sua formale enunciazione, così come espressa sulla carta, possa non soddisfare le esigenze di regolamentazione della prassi e, di fatto, essere fonte di diseguaglianza anziché di eguaglianza. L'apporto materiale fornito dalla misura supplementare, in tal caso, avrebbe lo scopo di evitare che l'eguaglianza si limiti ad essere un principio *formale e astratto* dell'ordinamento anziché un valore *effettivo e reale*.

Quello fin qui visto, d'altro canto, risulta essere l'approccio seguito tanto dalla Corte EDU quanto dalla nostra Corte costituzionale allorché hanno richiesto alle istituzioni

⁴⁶ D'altro canto, la stessa Corte EDU afferma di avere adottato «une approche dynamique et évolutive» per interpretare le norme della CEDU – quest'ultima definita, non a caso, come un «instrument vivant à interpréter»: in proposito, v. *supra*, nota 25.

⁴⁷ Il CONFORTI (*Diritto internazionale*, cit., p. 312) restringe a tre, le ipotesi di norme internazionali *non direttamente applicabili*: 1) «al caso in cui una norma attribuisca semplici facoltà agli Stati»; «al caso in cui [...] non esistono gli organi o le procedure interne indispensabili» all'applicazione di una data norma; quando l'applicazione di una norma «comporti particolari adempimenti di carattere costituzionale».

⁴⁸ Per ulteriori approfondimenti sugli aspetti fin qui accennati sia consentito rinviare al nostro *Gli accordi delle Regioni con i soggetti esteri e il diritto internazionale*, cit., p. 29.

italiane di procedere all'attuazione delle rispettive pronunce giudiziali, adattando il nostro ordinamento al contenuto delle stesse e, soprattutto, dei principi su cui esse risultano fondate. Le motivazioni che sorreggono le richieste delle due Corti, tuttavia, appaiono estremamente diverse.

Se per la Corte costituzionale italiana, infatti, la necessità di ricorrere ad un'apposita normativa supplementare (con conseguente rinvio al legislatore per la sua adozione) è dipesa dalla asserita genericità e incompletezza del principio di eguaglianza che non consentirebbe all'operatore giuridico di individuare le modalità relative alla sua attuazione in materia di trasmissione del cognome, diversamente stanno le cose per quanto concerne la Corte EDU.

Con riguardo a quest'ultima, infatti, va detto che la mancanza di diretta applicabilità del principio di non discriminazione da essa richiamato – e, conseguentemente, la decisione di rinviare allo Stato italiano l'adozione di norme finalizzate a favorirne l'attuazione – non è venuta a dipendere *tanto* dalla presunta genericità e incompletezza del medesimo principio *quanto*, invece, dalla linea di netta *separazione* (e di non derivazione) esistente fra l'ordinamento CEDU, cui appartiene il detto principio, e l'ordinamento italiano nel quale il detto principio è chiamato ad essere attuato; e ciò, anche a prescindere dall'indicazione (più o meno dettagliata) data dalla Corte EDU al nostro Stato circa il contenuto materiale che la norma nazionale richiesta deve necessariamente assumere per rimediare all'illecito CEDU. Va precisato, in proposito, che non esiste una clausola (né nel sistema CEDU, né il quello degli Stati che ne fanno parte, incluso quello italiano) che preveda la *diretta applicabilità* delle norme e sentenze CEDU negli ordinamenti nazionali che ne fanno parte e, quindi, l'*automatico adattamento* di questi ultimi ad esse⁴⁹. Resta, pertanto, nella piena sovranità del legislatore nazionale (nel caso di specie quello italiano) disporre l'adozione e, quindi, l'applicazione nel proprio ordinamento di norme richieste dai propri obblighi internazionali, anche di fonte giurisprudenziale, come quelle previste dalla sentenza della Corte EDU n. 77/07. Piuttosto, la circostanza che quest'ultima – in adesione alle richieste dei ricorrenti – sia entrata nel merito della disciplina (nazionale) chiamata a regolare la materia, come vedremo fra poco (*infra*, par. 11), crea un vincolo nei confronti del legislatore italiano, spingendolo a non fermarsi agli aspetti generali nella sua definizione, ma a scendere negli aspetti specifici e di dettaglio della stessa.

9. Le prospettive di attuazione della sentenza della Corte EDU nell'ordinamento italiano: l'effettiva necessità e l'esatta portata di un intervento legislativo parlamentare

⁴⁹ Sul significato dell'art. 117 Cost. it. come attributivo alle norme CEDU del valore di “parametri interposti di costituzionalità delle leggi”, la dottrina (sulla scorta delle note sentenze della Corte costituzionale n. 347 e 348 del 2007) è infatti pressoché unanime: oltre alla dottrina qui già citata (M. CALOGERO, L. PANELLA, *L'attribuzione del cognome*, cit., p. 241-243; C. PITEA, *Trasmissione del cognome*, cit., p. 230) si v. anche: M.L. PADELLETTI, *L'esecuzione delle sentenze della Corte europea dei diritti umani tra obblighi internazionali e rispetto delle norme costituzionali*, in *Diritti umani e diritto internazionale*, 2008, p. 349 ss.; U. VILLANI, *Sul valore della Convenzione europea dei diritti dell'uomo nell'ordinamento italiano*, in *Studi sull'integrazione europea*, 2008, p. 7 ss. (nonché in *Studi in onore di Umberto Leanza*, Napoli, 2008, II, p. 1425 ss.); C. ZANGHÌ, *La Corte costituzionale risolve un primo contrasto con la Corte europea dei diritti dell'uomo ed interpreta l'art. 117 della Costituzione: le sentenze del 24 ottobre 2007*, in *I Diritti dell'uomo*, 2007, n. 3, p. 50 ss.

Una volta ricostruiti i caratteri e le finalità del principio di eguaglianza anche nei suoi rapporti con il principio di non discriminazione e il loro fondamento nel diritto interno e in quello CEDU, appare opportuno passare a verificare le modalità e i contenuti che dovranno necessariamente caratterizzare l'intervento del nostro legislatore soprattutto al fine di consentire al nostro ordinamento di adeguarsi alla sentenza della Corte EDU n. 77/07.

In proposito, sarà necessario stabilire: 1) innanzitutto, se la norma sul patronimico così come legittimata dalla sentenza n. 77/07 CEDU debba essere considerata, in continuità con il passato, la *norma generale* (ovvero la “base legale”⁵⁰) della materia, rispetto alla quale la norma sul matronimico verrebbe a rappresentare l’“eccezione” applicabile solo ai casi specifici sottratti al suo campo di applicazione. In questo contesto, si tratterà di stabilire quindi il giusto equilibrio fra la disciplina di ispirazione “paritaria” richiesta dalla nostra Corte costituzionale, e la disciplina di ispirazione “discriminatoria” richiesta dalla Corte EDU.

In subordine, sarà opportuno capire 2) se e in che misura il diritto applicabile (generale e speciale) così individuato, debba essere adottato a mezzo di un atto legislativo e, in questo caso, se esso rientri inderogabilmente nella competenza del Parlamento (come lascia intendere la nostra Corte costituzionale, ma non anche la Corte EDU) o, invece, potrebbe costituire oggetto di intervento da parte di un altro organo dello Stato.

Sarà infine interessante valutare 3) come, il regime applicabile così individuato, possa essere conciliato con gli altri principi vigenti nella materia, in particolare con il principio dell'identità personale (art. 22 Cost. in relazione all'art. 6 c.c.; art. 8 CEDU), il principio dell'unità familiare (art. 29 Cost.; art. 8 CEDU), il principio dell'autonomia privata (dei coniugi) (art. 144 c.c.; art. 8 CEDU) a cui ambedue le Corti menzionate hanno fatto riferimento. In particolare, si tratterà di capire se l'interesse pubblico che sottende inequivocabilmente la materia debba essere inteso in termini assoluti o, al contrario, lasci spazio al riconoscimento dell'interesse privato, con la conseguente libertà dei coniugi di concordare il cognome da trasmettere ai figli.

1) Sotto il primo profilo, conviene subito osservare che la Corte EDU, nel ritenere che la norma sul patronimico possa essere compatibile con il diritto vigente (nazionale ed europeo), subordina, tuttavia, questa possibilità ad una modifica integrativa della stessa da parte dello Stato italiano che riconosca anche alla moglie il diritto, uguale a quello del marito, di trasmettere in via esclusiva il proprio cognome ai figli. Una circostanza questa che, nell'attribuire alla norma sul patronimico gli opportuni requisiti di obiettività e ragionevolezza, ne eliminerebbe il carattere discriminatorio vietato dalla CEDU (*ex art. 14*) trasformandola in una vera e propria “norma di sistema”. In tal senso, nel consentire la trasmissione di uno soltanto, anziché di entrambi i cognomi parentali, la norma sul patronimico al pari di quella (omologa) sul matronimico viene a qualificarsi nei termini di un diritto *derogatorio* del divieto di discriminazione contenuto nell'art. 14 CEDU, e cioè di un diritto che esula dall'ambito applicativo di quest'ultimo.

Sotto quest'ultimo profilo, si è visto che la Corte EDU non ha affatto ritenuto che il principio di eguaglianza fra i coniugi (*ex art. 5 del Protocollo CEDU*) fosse estraneo alla causa *de quo*, ma lo ha considerato assorbito nei termini stabiliti dall'art. 14 CEDU. Quest'ultimo, in effetti, impone un'eguaglianza senza discriminazioni, salvo che queste non siano legittime e proporzionate al fine da raggiungere. Nell'accogliere dunque la novità

⁵⁰ Così Corte EDU, sentenza n. 77/07, par. 46.

dell'istanza promossa dai ricorrenti la Corte EDU ha inteso obbligare l'Italia, in sede di condanna, a rispettare il principio di non discriminazione (ovvero il principio di eguaglianza in funzione non discriminatoria) che consente di derogare il suo precetto allorché si tratti perseguire (ex art. 14 CEDU⁵¹) altri valori meritevoli di tutela, fra i quali sicuramente figura il diritto dei genitori di concordare la trasmissione in via esclusiva del proprio cognome ai figli⁵². Va da sé che se i presupposti per l'applicazione di una siffatta misura eccezionale vengono meno, sarà il principio generale di eguaglianza a riprendere vigore nella regolamentazione della materia.

2) Occorre ora passare ad accertare se la disciplina della trasmissione del cognome rientri nella riserva di legge attribuita al Parlamento italiano e se, dunque, essa richieda obbligatoriamente l'intervento di quest'ultimo. Vale la pena osservare, in proposito, che se la Corte EDU nella sentenza n.77/07 ha posto dei limiti allo Stato italiano indicando *specificamente* il contenuto della normativa che questi (ovvero i suoi organi *lato sensu*) è tenuto ad adottare per ottemperare agli obblighi CEDU⁵³, diversamente, invece, la nostra Corte costituzionale ha lasciato al legislatore (e a nessun altro organo statale) la massima *discrezionalità*⁵⁴ senza addentrarsi nei dettagli della disciplina che questi era tenuto ad adottare nel rispetto del dettato costituzionale: nelle argomentazioni della Corte nazionale, infatti, è prevalsa la circostanza che la regolamentazione organica della materia comporta una «pluralità delle opzioni prospettabili, la scelta tra le quali *non può che* essere rimessa al legislatore» (corsivo aggiunto)⁵⁵.

In realtà, se è vero che l'*iter* finora seguito nei tentativi di regolamentazione della materia è sempre stato quello parlamentare tuttavia, non è affatto azzardato ritenere che l'intervento normativo richiesto, tanto a livello nazionale quanto europeo, avrebbe potuto essere attuato anche da un organo diverso dal Parlamento e, quindi, con un atto equiparato alla legge o anche diverso da questa.

In particolare, l'Esecutivo avrebbe potuto disciplinare, almeno in parte la materia, anche con un atto di rango inferiore alla legge (es. un decreto o un regolamento amministrativo), in tempi molto più rapidi rispetto a quelli richiesti per l'adozione di una legge ordinaria⁵⁶.

⁵¹ Sul punto v. *supra*, par. 6 in commento ai §§ 66, 72-73 della sentenza della Corte EDU n. 77/07.

⁵² Così sentenza della Corte EDU 77/07, § 67.

⁵³ V. *supra*, par. 6. La Corte al riguardo ha riscontrato una «*défaillance du système juridique italien, selon lequel tout "enfant légitime" est inscrit dans les registres d'état civil avec comme nom de famille celui du père, sans possibilité de dérogation même en cas de consensus entre les époux en faveur du nom de la mère*»; talché la Cour estime que de des réformes dans la législation et/ou la pratique italiennes devraient être adoptées afin de rendre cette législation et cette pratique compatibles avec les conclusions auxquelles elle est parvenue dans le présent arrêt» (enfasi aggiunta).

⁵⁴ Salve le indicazioni, non vincolanti, riferite *supra*, par. 3.

⁵⁵ Va qui ricordato che il convincimento della Corte costituzionale italiana, nel senso testé indicato, è apparso netto e costante con la sua precedente giurisprudenza: prima del 2006, nell'ordinanza 176 del 1988 essa affermava che la disciplina della materia avrebbe richiesto «un'operazione manipolativa esorbitante dai poteri della Corte» e nell'ordinanza n. 586 del 1988 che la «regolamentazione organica della materia [...] è una questione di politica e di tecnica legislativa di competenza esclusiva del *conditor iuris*».

⁵⁶ E' lo stesso principio di eguaglianza, all'art. 3 Cost., a non ritenere indispensabile l'intervento parlamentare ai fini della sua materiale attuazione. Il 2° comma di questo articolo (c.d. eguaglianza sostanziale), a ben guardare, definisce genericamente come un «compito della Repubblica» l'attuazione del 1° comma (c.d. eguaglianza formale) del medesimo articolo. Più esattamente l'art. 3, 2° comma recita: «È compito della Repubblica rimuovere gli ostacoli di ordine economico e sociale, che, limitando di fatto la libertà e l'eguaglianza dei cittadini, impediscono il pieno sviluppo della persona umana e l'effettiva partecipazione di tutti i lavoratori all'organizzazione politica, economica e sociale del Paese».

La stessa Corte costituzionale avrebbe potuto *agevolare* un tale risultato: sia adottando una sentenza additiva diretta ad introdurre, anche solo in via provvisoria, i *criteri* cui gli Uffici di Stato civile avrebbero dovuto attenersi per attuare la parità fra i coniugi nella trasmissione del cognome in attesa di un più organico intervento normativo dello Stato; sia valorizzando l'autonomia di scelta genitoriale in assenza della quale si renderebbe nuovamente applicabile la regola del patronimico; sia, infine, anche solo dichiarando l'illegittimità costituzionale della norma del patronimico in modo da creare le condizioni di "necessità e di urgenza" volte ad assicurare che l'intervento normativo da essa richiesto potesse essere realizzato in tempi rapidi e certi.

Oltre dunque, a consentire il ripristino della legalità violata nel nostro ordinamento, anche in vista di conformare la materia ai principi del vigente diritto di famiglia, la scelta di una di queste soluzioni avrebbe sicuramente evitato l'illecito e la condanna internazionali⁵⁷.

Allo stato attuale, le condizioni di necessità e urgenza che legittimerebbero un intervento governativo risultano dettate dall'esigenza di aderire in tempi quanto mai stretti alla sentenza della Corte EDU n. 77/07⁵⁸.

Nel dettaglio, un tale intervento normativo potrebbe articolarsi su due livelli normativi: il primo volto ad attuare il principio generale di eguaglianza attraverso la "rimozione degli ostacoli" (ai sensi del 2° co. dell'art. 3 Cost.) esistenti alla sua concreta applicazione (nella specie, la rimozione del patronimico) e l'individuazione del *criterio* (ad esempio, quello alfabetico) che in modo neutrale renda effettiva la parità genitoriale nella trasmissione del cognome ai figli; il secondo diretto ad introdurre una disciplina speciale che, in deroga al principio di eguaglianza, possa consentire il perseguimento di altri *interessi* ritenuti meritevoli da parte dell'ordinamento.

3) Quest'ultimo aspetto ci consente di passare all'esame del terzo degli argomenti accennati in premessa al presente paragrafo, attinente al fatto che la definizione di una disciplina organica della materia in esame, non può prescindere da un corretto temperamento di tutti gli *interessi* in gioco. In particolare, il generale principio di eguaglianza deve essere necessariamente temperato con gli altri principi fondamentali dell'ordinamento.

Nel caso di specie si tratterebbe di conciliare gli interessi (pubblici e privati) che vengono in rilievo nella materia attraverso un temperamento del principio di eguaglianza (art. 3 Cost. it.; art. 14 CEDU)⁵⁹ con il principio dell'unità familiare (art. 29 Cost.)⁶⁰, dell'autonomia privata e familiare dei coniugi (art. 144 c.c.)⁶¹ e del diritto

⁵⁷ Come ha sostenuto la dottrina (v. per tutti M. TRIMARCHI, *Il cognome dei figli; un'occasione perduta della riforma*, in *Famiglia e diritto*, 2013, 3, p. 248) lo Stato fino ad oggi ha perso più di un'occasione per regolare adeguatamente la materia.

⁵⁸ La dottrina tuttavia, mette in luce l'utilità di «rimettere nuovamente la questione al vaglio della Corte costituzionale» (così C. PITEA, *Trasmissione del cognome*, cit., p. 229), affinché sia questa a far valere «il contrasto tra una determinata norma interna e le norme della CEDU, così come interpretate dalla Corte europea [...] alla luce dell'art. 117, co. 1, Cost.» (così M. CALOGERO, L. PANELLA, *L'attribuzione del cognome*, cit., p. 241).

⁵⁹ Per il testo dell'art. 3 Cost. v. *supra*, nota 57.

⁶⁰ Art. 29 Cost.: «La Repubblica riconosce i diritti della famiglia come società naturale fondata sul matrimonio. Il matrimonio è ordinato sull'uguaglianza morale e giuridica dei coniugi, con i limiti stabiliti dalla legge a garanzia dell'unità familiare».

⁶¹ Art. 144 c.c. (Indirizzo della vita familiare e residenza della famiglia): «I coniugi concordano tra loro l'indirizzo della vita familiare e fissano la residenza della famiglia secondo le esigenze di entrambi e quelle preminenti della famiglia stessa [29 Cost.]. A ciascuno dei coniugi spetta il potere di attuare l'indirizzo concordato». Per una interpretazione dell'art. 144 c.c. come fondante l'accordo fra i coniugi v. M. CALOGERO, L. PANELLA, *L'attribuzione del cognome*, cit., p. 237; A. GORGONI, *Accordi traslativi e crisi coniugale*,

all'identità personale dei singoli (art. 22 Cost.; art. 6 cc.)⁶².

Da un lato, infatti, è incontestabile che lo Stato, anche in virtù dei vincoli internazionali, debba garantire il diritto di entrambi i genitori a trasmettere il proprio cognome in condizioni di parità anche tramite il riconoscimento, in questo contesto, di un ruolo alla loro libertà di iniziativa (o autonomia privata); dall'altro, è parimenti indiscutibile che lo Stato sia tenuto a garantire il diritto di ciascun figlio alla propria identità personale anche *indipendentemente* dalla posizione dei propri genitori al riguardo. Trattandosi infatti di un diritto personalissimo e, quindi, irrinunciabile della persona umana, il diritto all'identità personale e, quindi, al cognome gode nel nostro Paese del più alto riconoscimento costituzionale ed è, pertanto, compito dello Stato dare ad esso la massima tutela.

Per altro verso, il diritto di ciascuno dei coniugi di trasmettere ai figli il proprio cognome anche in via esclusiva (e, per converso, il diritto dei figli all'identità personale) deve trovare un adeguato bilanciamento nella tutela del principio costituzionale dell'unità familiare previsto dall'art. 29 Cost.

In proposito va sommariamente ricordato che la tutela dell'unità familiare non potrebbe attuarsi in contrasto con i valori attuali del nostro ordinamento, ovvero secondo logiche e modelli familiari anacronistici e ormai superati, come quello patriarcale di cui il patronimico è una chiara espressione. L'unità familiare, in definitiva, non può costituire il pretesto per disconoscere i diritti (es. la parità) che ciascun membro della famiglia (nella specie la moglie, ma anche i figli) hanno conseguito in virtù del dettato costituzionale o per introdurre limiti ingiustificati alla loro libertà di scelta. Diversamente, il principio di unità della famiglia verrebbe ad assumere un rilievo preponderante e ingiustificato in contrasto con le linee del nostro ordinamento⁶³.

Un volta accertata l'opportunità e il contenuto dell'intervento normativo dello Stato per disciplinare la materia e adeguarsi al diritto CEDU, conviene ora passare ad esaminare la strada attualmente seguita dal nostro Stato per realizzare un siffatto obiettivo. In particolare, si tratterà di esaminare la proposta di legge al vaglio del nostro Parlamento, per stabilirne i tratti caratterizzanti e verificarne il grado di rispondenza agli *standard* normativi, nazionali e internazionali, fin qui analizzati: nella specie, si tratterà di esaminare la proposta di legge C. 360 c.d. "Garavini" del 20 marzo 2013 – che, mesi or sono, ha superato positivamente l'esame della Camera ma resta ancora in attesa di iniziare il suo *iter* in Senato.

10. Segue: *Il grado di adattamento dell'ordinamento italiano alla sentenza della Corte EDU n. 77/07 nella proposta di legge n. C 360 del 20 marzo 2013 (c.d. Garavini) al vaglio del nostro Parlamento*

Giuffré, Milano, 2009, p. 37, nota 57 secondo cui «Il passaggio dal modello di famiglia c.d. "monocratico", incentrato sull'attribuzione di poteri autoritativi al marito, a quello basato sulla posizione paritaria dei coniugi, ha determinato, quale logica conseguenza, l'introduzione della regola dell'accordo nel governo della famiglia. L'art. 144 c.c. contiene "un generale riconoscimento della volontà negoziale dei coniugi per tutto quanto attiene alle determinazioni rilevanti nel campo del diritto della famiglia».

⁶² Art. 22 Cost. «Nessuno può essere privato, per motivi politici, della capacità giuridica, della cittadinanza, del nome». Art. 6 c.c. (Diritto al nome) «Ogni persona ha diritto al nome che le è per legge attribuito. Nel nome si comprendono il prenome e il cognome. Non sono ammessi cambiamenti, aggiunte o rettifiche al nome, se non nei casi e con le formalità dalla legge indicati».

⁶³ Circa l'esigenza di interpretare il principio dell'unità familiare non in senso assoluto e autoreferenziale, bensì in sintonia con gli altri interessi e valori dell'ordinamento, si rinvia alla giurisprudenza della Corte Costituzionale citata *supra*, par. 2 (il riferimento in particolare è alla sentenza del 24 giugno 1970, n. 133).

Si è già avuta l'occasione di osservare⁶⁴ che la disciplina sull'attribuzione del cognome ai figli è stata ripetutamente sottoposta al dibattito del nostro Parlamento senza, tuttavia, che questo abbia mai sortito l'adozione di un testo normativo.

In questo lungo e tortuoso filone del dibattito parlamentare, che finora non ha mai superato il vaglio delle due Camere, s'inserisce la proposta di legge che qui ci si propone di esaminare. Si tratta del disegno di legge n. C 360 del 20 marzo 2013 (c.d. "Garavini" dal nome del suo primo firmatario) presentata in forma di Testo Unico⁶⁵ (d'ora in avanti DDL). Tale DDL reca il titolo "Disposizioni in materia di attribuzione del cognome ai figli" e ha ottenuto l'approvazione della Camera lo scorso 24 settembre per essere successivamente assegnato al Senato il 3 ottobre (A.S. n. 1628) dove, da allora, attende ancora di essere discusso.

Nel disciplinare la materia in modo organico e articolato, tale DDL utilizza tutte le tecniche normative (di tipo attuativo e derogatorio del principio di eguaglianza e non discriminazione) esaminate al paragrafo precedente⁶⁶. Per altro verso, esso costituisce un apprezzabile tentativo di temperamento armonico dei diversi interessi in gioco.

Il DDL Garavini, contenente "*Disposizioni in materia di attribuzione del cognome ai figli*", consta di 7 articoli modificativi del codice civile, il primo dei quali riguarda l'"Introduzione dell'articolo 143-quater del codice civile, in materia di cognome del figlio nato nel matrimonio" e reca il titolo di "Cognome del figlio nato dal matrimonio". Esso condensa in un unico precetto la parte sostanziale della disciplina della materia, nel proposito di conformarsi alla giurisprudenza nazionale ed europea sopra esaminata e di rispettarne, in tal senso, i principi fondamentali di cui si è accertata la violazione: quello dell'eguaglianza e

⁶⁴ *Supra*, par. 1.

⁶⁵ Il DDL in parola (per il testo del quale v. <http://www.senato.it/leg/17/BGT/Schede/Ddliter/44852.htm>), infatti, è stato approvato dalla Camera dei deputati lo scorso anno in un testo risultante dall'*unificazione dei disegni di legge d'iniziativa dei deputati* GARAVINI, ROBERTA AGOSTINI, FONTANELLI, CAPUA, DI LELLO, BLASINA, BOSSA, CARELLA, CAUSI, CENNI, CIMBRO, COCCIA, CRIVELLARI, D'INCECCO, FABBRI, GIANNI FARINA, FEDI, FLORIO, GASPARINI, GINOBLE, GIULIANI, GNECCHI, GOZI, IORI, LATTUCA, MAESTRI, MALISANI, MALPEZZI, MANZI, MARTELLA, MARTELLI, MARZANO, MATARRESE, MATTIELLO, MOGHERINI, MORETTI, OLIVERIO, PALMIZIO, PELUFFO, PIAZZONI, Salvatore PICCOLO, PORTA, QUARAPELLE PROCOPIO, RAMPI, Francesco SANNA, VALIANTE, VELO e VERINI (360); NICCHI, DI SALVO, DURANTI, PANNARALE, BOCCADUTRI, FAVA, KRONBICHLER, LACQUANTI, LAVAGNO, MARCON, MELILLA, QUARANTA, SCOTTO e ZAN (1943); CARFAGNA e BERGAMINI (2044) (V. Stampati Camera nn. 360, 1943 e 2044) *del disegno di legge presentato dal Presidente del Consiglio dei ministri (LETTA), dal Ministro della giustizia (CANCELLIERI), dal Ministro degli affari esteri (BONINO) e dal Ministro del lavoro e delle politiche sociali con delega alle pari opportunità (GIOVANNINI)* (V. Stampato Camera n. 2123) *e dei disegni di legge d'iniziativa dei deputati* GEBHARD, ALFREIDER, PLANGGER e SCHULLIAN (2407); FABBRI (2517) (V. Stampati Camera nn. 2407 e 2517) Trasmissione dal Presidente della Camera dei deputati alla Presidenza il 26 settembre 2014.

⁶⁶ Il DDL S. 1628, di cui si tratta, è reperibile sul sito del Parlamento italiano: www.senato.it/leg/17/BGT/Schede/Ddliter/44021.htm. Inizialmente l'11 gennaio 2014 il Consiglio dei Ministri, su proposta del suo Presidente Enrico Letta ha approvato un disegno di legge affinché l'ufficiale di stato civile potesse procedere con l'iscrizione del cognome materno all'atto di nascita solo in caso di accordo tra entrambi genitori. In caso contrario, ad avere l'ultima parola sarebbe stato il padre. Tale provvedimento non è mai entrato in vigore bensì è stato rinviato al Parlamento dove si è discusso, per la prima volta alla Camera, il 16 luglio 2014. L'approvazione unanime in Commissione Giustizia della Camera ha consentito, infatti, all'on. Michela MARZANO, in veste di prima firmataria, di essere la relatrice del correlativo disegno di legge in Parlamento. Dopo la discussione dei primi 3 emendamenti, che hanno raggiunto la maggioranza, però, il disegno di legge si è bloccato e per una volontà trasversale ai tutti i partiti che siedono in Parlamento ne è stata rinviata la votazione ad una data da determinarsi. L'iter è ripreso dopo l'estate, alla riapertura dei lavori parlamentari, ricevendo infine il parere favorevole della Camera verso la fine dello scorso settembre.

non discriminazione fra i coniugi; quello dell'autonomia di scelta del cognome dei figli da parte dei genitori; quello dell'unità familiare nella determinazione del cognome dei figli; quello relativo all'identità personale del figlio (come espressione dell'autonomia del figlio, anche dalle scelte genitoriali).

Il 1° comma dell'art. 1 del DDL in esame, testualmente recita: «I genitori *coniugati all'atto della dichiarazione di nascita* del figlio, possono attribuirgli, secondo la loro volontà, il cognome del padre o quello della madre ovvero quello di entrambi nell'ordine *concordato*» (corsivo aggiunto).

Si tratta di una norma – quella ora riferita – che, nella *ratio* della proposta di legge in esame, assume sicuramente un'importanza cruciale venendo, emblematicamente, a rappresentare il perno su cui ruota l'intera disciplina della materia. Essa introduce l'istituto dell'accordo fra i coniugi come strumento chiave per la determinazione del cognome parentale da trasmettere ai figli. Il comma in commento costituisce un'adeguata risposta alla sentenza della Corte EDU n. 77/07 che ha richiesto l'introduzione di una misura istitutiva di un diritto alla madre, analogo a quello già attribuito al padre, di trasmettere ai figli in esclusiva il proprio cognome sulla base di un accordo coniugale. Si tratta di una norma che nell'allontanarsi – in modo ragionevole e obiettivo – dalla regola dell'eguaglianza, valorizza sicuramente la volontà coniugale in perfetta linea con il vigente diritto di famiglia.

Nonostante, la priorità data dalla proposta di legge alla norma in questione, tuttavia, essa non costituisce l'unica e nemmeno la più importante norma chiamata a regolare la materia; così come, del resto, l'autonomia di scelta dei coniugi – posta a suo fondamento – non costituisce né l'unico, né il più importante principio preso a riferimento dal DDL di cui si tratta.

Il 2° comma dell'art. 1 di quest'ultimo infatti recita: «In caso di *mancato accordo* tra i genitori, al figlio sono attribuiti *i cognomi di entrambi i genitori in ordine alfabetico*». Nell'impianto e nella logica complessiva del DDL in oggetto, il 2° co. dell'art. 1 ora esaminato costituisce, invero, una norma di carattere generale che (ri)acquista efficacia, e quindi torna ad essere applicabile, in caso di mancato funzionamento della norma “eccezionale” sull'autonomia genitoriale prevista al comma precedente.

Per quanto, dunque, l'accordo fra i coniugi resti l'espressione più alta e significativa dell'uguaglianza morale e civile dei coniugi e della loro raggiunta unità familiare – in sintonia con tutto il nostro diritto di famiglia – tuttavia l'eventualità che questo di fatto possa mancare (o perché i coniugi non abbiano trovato un punto di convergenza o, più semplicemente, perché abbiano voluto rinunciare alla loro autonomia ed affidarsi alla legge) non può lasciare spazio ad un “vuoto normativo”. Basti qui ricordare, al riguardo, che l'attribuzione del cognome, oltre che l'oggetto di una scelta dei genitori, costituisce parte integrante del diritto di ogni individuo alla propria identità personale ed è, dunque, meritevole della più ampia protezione da parte dello Stato.

Fin qui, il corposo art. 1 del DDL in esame appare alquanto indicativo dello sforzo adoperato per il raggiungimento dell'auspicato equilibrio fra i diversi principi e valori in gioco e, quindi, per l'adattamento agli *standard* normativi garantiti dal nostro come anche dal diritto CEDU. Uno sforzo, quello ora menzionato, di cui è sicuramente espressione anche il successivo 3° co. dell'art. 1 in esame che recita: «I figli degli *stessi genitori coniugati*, nati successivamente, portano *lo stesso cognome attribuito al primo figlio*».

Al riguardo va detto che la norma in questione nel prescrivere, *ope legis*, l'unitarietà del cognome da trasmettere ai figli, si allinea alla disciplina di massima vigente in altri Paesi

europei⁶⁷. Essa pone, evidentemente, un limite alla libertà di scelta dei coniugi in ordine al cognome da dare ai figli che, pertanto, appare destinata ad esprimersi, una volta per tutte, alla nascita del primogenito. Può anche aggiungersi, in proposito, che il 3° co. dell'art. 1 DDL in esame, nel limitare la libertà dei coniugi introduce un modello di tutela dell'interesse familiare (che potrebbe, nei fatti, essere in contrasto con la volontà dei coniugi) incentrato sui figli anziché sull'intero nucleo familiare (e, tantomeno, sul rapporto matrimoniale). Un dato, quello ora rilevato, che risulta essere confermato dal DDL in esame nella parte⁶⁸ in cui estende ai figli nati fuori dal matrimonio il regime ora esaminato per i figli nati durante il matrimonio.

In questo senso, il contenuto del comma in esame mostra sicuramente di discostarsi dalle indicazioni date a riguardo dalla Corte Costituzionale nella sentenza n. 61 del 2006⁶⁹, secondo la quale «l'interesse alla conservazione dell'unità familiare, tutelato dall'art. 29, secondo comma, della Costituzione, [...] sarebbe gravemente pregiudicato se il cognome dei figli nati dal matrimonio non fosse prestabilito fin dal momento dell'atto costitutivo della famiglia» cioè con l'atto di matrimonio. Nel concentrare l'attenzione sulla prole (anziché sull'intero nucleo familiare o, esclusivamente, sui coniugi), il 3° co. dell'art. 1 in esame appare altresì discostarsi dal nostro diritto di famiglia che ancora prevede l'art. 143 bis c.c. sul «*Cognome della moglie*»⁷⁰ secondo cui «La moglie aggiunge al proprio cognome quello del marito e lo conserva durante lo stato vedovile, fino a che passi a nuove nozze». È vero che l'interpretazione corrente di questo chiaro residuo della famiglia patriarcale attribuisce alla moglie la facoltà, e non l'obbligo, di assumere il cognome del marito. È altrettanto vero, per contro, che la norma in esame sia pienamente in contrasto con gli

⁶⁷ Si tratta, invero, di una tendenza normativa diffusa che, tuttavia, non è esente da eccezioni. Cfr. sul punto la *Nota informativa sintetica numero 10*, prodotta il 27/05/2009 dal Servizio Biblioteca – Ufficio Legislazione straniera della Camera dei deputati (<http://documenti.camera.it/leg16/dossier/testi/NIS16010.htm>) che contiene i passaggi essenziali delle normative che regolano la trasmissione del cognome, attualmente vigenti in alcuni Paesi europei. Essa, tuttavia, con riguardo al Regno Unito, dopo aver riferito che «l'attribuzione del cognome ai figli non è regolata da specifiche disposizioni, ma è rimessa all'autonomia dei genitori investiti della *parental responsibility*», rileva che «al momento della registrazione della nascita, al figlio può essere attribuito il cognome del padre, della madre oppure di entrambi i genitori; è altresì possibile, benché non frequente nella prassi, l'assegnazione di un cognome diverso da quello dei genitori. In caso di adozione o di riconoscimento del figlio naturale, è consentita, con il consenso di entrambi i genitori o per effetto di un provvedimento giudiziale, la modifica del cognome al momento della formazione del nuovo atto di nascita». Per altro verso, con riguardo alla Spagna si osserva (*ibidem*) che in questo Paese «vige la regola del "doppio cognome", per cui ogni individuo porta il primo cognome di entrambi i genitori, nell'ordine deciso in accordo tra di essi. In caso di disaccordo, è attribuito al figlio il primo cognome del padre insieme al primo cognome della madre. Una volta maggiorenne, si può proporre istanza per invertire l'ordine dei cognomi».

⁶⁸ Nell'assimilare le famiglie di fatto, che non hanno contratto matrimonio, a quelle che invece lo hanno contratto, il DDL in esame al 1° comma dell'art. 2 (*Modifica dell'articolo 262 del codice civile, in materia di cognome del figlio nato fuori del matrimonio*) recita: «1. L'articolo 262 del codice civile è sostituito dal seguente: «Art. 262. – (*Cognome del figlio nato fuori del matrimonio*). 1. Al figlio nato fuori del matrimonio e riconosciuto contemporaneamente da entrambi i genitori si applicano le disposizioni dell'articolo 143-*quater*. 2. Se il riconoscimento è fatto da un solo genitore, il figlio ne assume il cognome. 3. Quando il riconoscimento del secondo genitore avviene successivamente, il cognome di questo *si aggiunge* al cognome del primo genitore. A tale fine sono necessari il consenso del genitore che ha effettuato per primo il riconoscimento e quello del minore che abbia compiuto i quattordici anni di età»; «6. In caso di più figli nati fuori del matrimonio *dai medesimi genitori*, si applica quanto previsto dall'articolo 143-*quater*, terzo comma» (corsivo aggiunto) che, come si è visto poc'anzi, prevede l'unicità del cognome per tutti i figli nati dalla stessa coppia di genitori.

⁶⁹ V. *supra*, par. 3.

⁷⁰ Art. 143-bis c.c. («*Cognome della moglie*»): «La moglie aggiunge al proprio cognome quello del marito e lo conserva durante lo stato vedovile, fino a che passi a nuove nozze».

obblighi CEDU così come chiaramente risulta, per analogia, nella stessa sentenza n. 77/07. Questa, infatti, nel richiamare i suoi precedenti giurisprudenziali in materia di cognome, cita la sentenza *Ünal Tekeli c. Turquie*, del 16 novembre 2004⁷¹ che aveva ad oggetto proprio una norma del diritto turco, analoga al nostro 143 bis c.c., che vieta alla donna sposata – ma non anche all'uomo sposato – di portare esclusivamente il cognome posseduto prima del matrimonio. Nel dichiarare la contrarietà della norma turca, testé ricordata, al diritto CEDU la Corte ha osservato che «*l'obligation faite à la femme mariée, au nom de l'unité de la famille, de porter le patronyme de son mari, même si elle peut le faire précéder par son nom de jeune fille, manque de justification objective et raisonnable*» (*ibidem*, §§65); e inoltre che «*si l'unité de la famille peut être manifestée par le choix du patronyme de l'époux comme nom de famille, elle peut aussi bien être manifestée par le choix de celui de l'épouse, ou par un nom commun choisi par le couple*» (*Burghartz précité*, § 28)» (*ibidem*, § 65) (enfasi aggiunta).

Per dare coerenza all'intero sistema – e rimuovere anche questo ulteriore punto di contrasto della nostra normativa con la CEDU – sarebbe pertanto opportuno che il DDL in esame integrasse, quantomeno una rettifica della norma in questione al fine di eliminarne gli effetti discriminatori e riconoscere sia al marito che alla moglie, su un piano di parità, la facoltà di aggiungere il cognome del coniuge al proprio in virtù di un accordo coniugale. Vale ripetere in proposito usando le parole della Corte EDU, così come espresse nella sentenza n. 77/07, che «*la tradition de manifester l'unité de la famille*» che come tale trae fondamento soltanto nell'accordo fra i coniugi «*à travers l'attribution à tous ses membres du nom de l'époux ne pouvait justifier une discrimination envers les femmes*» (voir, notamment, *Ünal Tekeli, précité*, §§ 64-65)» (*Ibidem*, § 66).

Tornando all'esame del 3° co. dell'art. 1 DDL Garavini, va qui citata la sua ulteriore disposizione che così recita: «Il figlio al quale è stato attribuito il cognome di entrambi i genitori può trasmetterlo al proprio figlio soltanto *uno, a sua scelta*» (corsivo aggiunto). Si è già avuto modo di osservare (*supra*, nel presente paragrafo) che il DDL in questione si mostra – come nel caso in esame – alquanto rispettoso del diritto al nome, non solo perché consente al figlio di acquisire segni di identificazione rispetto a ciascun ramo genitoriale, ma altresì in quanto riconosce allo stesso il diritto alla propria identità personale in quanto distinta dalla sua identità familiare. Potrebbe pertanto essere apprezzabile che la disposizione dell'art. 1, norma testé menzionata, tesa a riconoscere una certa autonomia al figlio maggiorenne ai fini della *trasmissione*, a sua volta, del cognome ai propri figli potesse essere ulteriormente e vantaggiosamente estesa ai casi di *modifica* da parte del figlio del cognome che gli è stato attribuito alla nascita senza la necessità, come invece disposto dalla legislazione vigente, di presentare all'autorità competente una richiesta motivata e subordinata a numerosi requisiti: ciò rappresenterebbe un significativo allontanamento da quella logica inutilmente restrittiva, collegata alla società patriarcale, nella quale il cognome era destinato a perpetuarsi nel tempo, trasmettendosi di generazione in generazione con margini di scelta del tutto residuali per il singolo.

Un commento merita, infine, in questa sede l'art. 7 del DDL di cui si tratta. Questo articolo, infatti, rappresenta una clausola finale volta a disciplinare la portata e i tempi di attuazione delle modifiche introdotte dal DDL in esame alla materia dello stato civile, a decorrere dall'adozione di un apposito regolamento. Questo articolo – dopo aver rimarcato al suo 1° co. che «1. Le disposizioni di cui agli articoli 1, 2 e 3 si applicano alle dichiarazioni di nascita rese *dopo l'entrata in vigore del regolamento* emanato ai sensi dell'articolo 5 e alle

⁷¹ *Affaire Ünal Tekeli c. Turquie*, 16.11.2004, §§

adozioni pronunciate con decreto emesso successivamente all'entrata in vigore del regolamento medesimo. 2. Le disposizioni dell'articolo 4 si applicano alle dichiarazioni rese all'ufficiale dello stato civile dopo l'entrata in vigore del regolamento emanato ai sensi dell'articolo 5» – al suo 3° co. stabilisce che «3. Il genitore del figlio minorenni nato o adottato *prima* dell'entrata in vigore del regolamento emanato ai sensi dell'articolo 5 può domandare all'ufficiale dello stato civile che al cognome del figlio *sia aggiunto il cognome materno*, secondo la procedura stabilita dal regolamento medesimo. Sono necessari il consenso di entrambi i genitori, salvo che uno di essi non sia più vivente, e del figlio minorenni qualora abbia compiuto il quattordicesimo anno di età». A ben guardare, l'articolo in questione stabilisce un regime differenziato fra i figli nati (o adottati) dopo e quelli prima della riforma in esame della cui legittimità – ovvero ragionevolezza e obiettività – è lecito dubitare. Esso in effetti appare immotivatamente discriminatorio nei confronti delle coppie che hanno registrato i figli prima dell'entrata in vigore della riforma veicolata dal DDL in esame, che non hanno la possibilità di concordare il cognome da trasmettere ai figli ma, unicamente, di aggiungere il cognome materno a quello paterno attribuito automaticamente alla nascita.

Vale la pena in proposito richiamare un passaggio della citata sentenza *Ünal Tekeli c. Turquie* del 16 novembre 2004 che significativamente recita «67. *La Cour ne sous-estime pas les importantes répercussions qu'un changement du système, à savoir le passage d'un système traditionnel de nom de famille basé sur le patronyme de l'époux à d'autres systèmes, permettant soit à chacun des époux de garder son nom patronymique, soit au couple de choisir librement un nom de famille commun, aura inévitablement dans la tenue des registres d'état civil. Cependant, elle considère qu'on peut raisonnablement exiger de la société qu'elle accepte certains inconvénients afin de permettre à des personnes de vivre dans la dignité et le respect, conformément au nom qu'elles ont choisi* (voir, mutatis mutandis, *Christine Goodwin c. Royaume-Uni* [GC], no 28957/95, § 91, CEDH 2002-VI)» (*ibidem*, § 67).

L'auspicio è, dunque, che il dibattito sul DDL in oggetto riprenda al più presto il suo corso e che, in tal senso, esso possa raccogliere e riflettere adeguatamente tutte le più alte e sentite istanze del nostro tempo.



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. 4/2015

1. CONSIDERAZIONI GENERALI: LA DERIVA *VINTAGE* DEL CONSIGLIO DI SICUREZZA TRA PROVOCAZIONI OCCIDENTALI E VETI RUSSI.

La prima notizia è che, in occasione dell'inaugurazione della settantesima sessione dell'Assemblea generale delle Nazioni Unite, il Segretario generale Ban Ki-moon ha pronunciato un discorso che merita di essere ricordato: *«In the 21st century, we should not be building fences or walls. But above all, we must look at root causes in countries of origin. Syrians are leaving their country and their homes because of oppression, extremism, destruction and fear. Four years of diplomatic paralysis by the Security Council and others have allowed the crisis to spin out of control. The responsibility for ending the conflict lies first and foremost with the Syrian warring parties. They are the ones turning their country to ruins. But it is not enough to look only within Syria for a solution. The battle is also being driven by regional powers and rivalries. Weapons and money flowing into the country are fuelling the fire. My Special Envoy is doing everything he can to forge the basis for a peaceful settlement. It is time now for others, primarily the Security Council and key regional actors, to step forward. Five countries in particular hold the key: the Russian Federation, the United States, Saudi Arabia, Iran and Turkey. But as long as one side will not compromise with the other, it is futile to expect change on the ground»* ([Indirizzo di saluto](#) del Segretario Generale all'Assemblea generale, 28 settembre 2015). La circostanza che il Segretario generale, di fronte alle catastrofi geopolitiche ed umanitarie del nostro tempo, richiami il Consiglio di sicurezza e le grandi Potenze alle rispettive responsabilità quando il suo secondo mandato volge ormai al termine è un sicuro indicatore della necessità di cambiare le modalità di selezione del successore di Ban Ki-moon e di limitare ad un solo mandato la permanenza in carica del futuro Segretario generale.

In effetti, l'attività consigliare nel periodo luglio/settembre 2015 non è stata particolarmente intensa o significativa: sono state adottate solo dieci risoluzioni, tutte all'unanimità, nella maggior parte dei casi finalizzate all'estensione dei mandati delle operazioni di pace nei contesti delle crisi africane. Tuttavia, questo non significa che nella prassi di riferimento manchino spunti giuridici di interesse che si cercherà di far emergere nella rassegna che segue. Inoltre, nel presente Osservatorio sono ospitati due approfondimenti dedicati alla crisi libica e alle sue conseguenze ampiamente giustificati dal fatto che diversi e concordanti segnali ci inducono a pensare che sia giunto al termine il lungo torpore del Consiglio di sicurezza seguito alla famigerata [risoluzione 1973 \(2011\)](#) che, autorizzando i bombardamenti "umanitari" della NATO (allora Ban Ki-moon plaudiva in quanto convinto assertore della "responsabilità di proteggere"), ha contribuito a determinare il vuoto politico che ha generato una situazione di caos peraltro non limitata al quadrante libico. Il primo di questi contributi ha come oggetto gli ultimi sviluppi sui

complessi negoziati per la formazione di un governo di unità nazionale in Libia (si veda l'interlocutoria [risoluzione 2238 \(2015\)](#) del 10 settembre 2015) che è considerata la precondizione per l'istituzione da parte del Consiglio di sicurezza di una operazione di stabilizzazione con riferimento alla quale il nostro Paese ambisce ad un ruolo guida. Il secondo approfondimento presenta un primo commento alla [risoluzione 2240 \(2015\)](#) del 9 ottobre 2015 sulla crisi dei migranti nel Mediterraneo che, pur essendo stata approvata dal Consiglio nelle more della pubblicazione del presente Osservatorio, merita una riflessione *ad hoc* per l'importanza e l'attualità della tematica trattata.

Una delle dinamiche emergenti dalla prassi consigliare nel periodo di riferimento è il ritorno ad un confronto distruttivo tra la Federazione Russa e i membri permanenti occidentali che non si limita alla vivace dialettica che da sempre contraddistingue i dibattiti in seno alle riunioni pubbliche del Consiglio di sicurezza o alla legittima contrapposizione tra differenti posizioni in merito all'azione consigliare da intraprendere per depotenziare una determinata crisi internazionale, ma che fa sempre più ricorso alla provocazione fine a se stessa. Si fa riferimento ad iniziative assunte in particolare dai Paesi occidentali e dai loro alleati (sotto la regia degli Stati Uniti e dal Regno Unito) che paiono del tutto strumentali, in quanto discutibili sia sotto il profilo politico del loro contributo al mantenimento della pace sia sotto il profilo giuridico della loro conformità al diritto internazionale ed onusiano, e che sono esclusivamente finalizzate a provocare una reazione intransigente da parte della Federazione Russa che inevitabilmente si traduce nell'utilizzo del potere di veto per bloccare l'adozione dei progetti di risoluzione che le incorporano.

Nel mese di luglio del 2015 in ben due occasioni si è palesata una dinamica del genere. Nella riunione consigliare dell'8 luglio 2015 la Federazione Russa ha bloccato l'adozione di un [progetto](#) di risoluzione (UN Doc. S/2015/508) che commemorava il genocidio perpetrato a Srebrenica venti anni prima. La reazione del Regno Unito in quanto principale sponsor del progetto è stata durissima: «*The United Kingdom is outraged that Russia has vetoed this draft resolution today. Russia's action tarnishes the memory of all those who died in the Srebrenica genocide. Russia will have to justify its decision to the families of the more than 8,000 people murdered in the worst atrocity in Europe since the Second World War*» (si veda il [verbale](#) della riunione del Consiglio di sicurezza dell'8 luglio 2015, UN Doc. S/PV. 7481, p. 20). Non meno deciso è stato l'intervento degli Stati Uniti e di altri Paesi occidentali. Apparentemente, dunque, la Russia ha abusato del proprio diritto di veto nella peggiore circostanza immaginabile con conseguente discredito a livello diplomatico e davanti all'opinione pubblica internazionale.

Se quest'ultimo era probabilmente l'intento neanche tanto nascosto dei Paesi occidentali, un esame più approfondito non consente di considerare pacifica la ricostruzione che lo sottende. La lettura dei punti salienti del progetto di risoluzione solleva, infatti, diverse perplessità. Nel secondo paragrafo del dispositivo il Consiglio «*condemns in the strongest terms the crime of genocide at Srebrenica as established by judgments of the ICTY and ICJ and all other proven war crimes and crimes against humanity committed in the course of the conflict in Bosnia and Herzegovina*». Il problema non consiste naturalmente nella condanna del genocidio di Srebrenica, ma nel fraintendimento intenzionale tra verità processuale e verità storico-giuridica sui crimini commessi in Bosnia Erzegovina determinato dall'utilizzo del concetto di «*proven crimes*», una nozione che peraltro è del tutto sconosciuta e non ha cittadinanza – né potrebbe mai averla in un ordinamento anorganico – nel diritto internazionale. Ben più discutibile è il paragrafo successivo in cui i redattori del progetto fanno derivare una serie di conseguenze pseudo-giuridiche dalla pretesa ed arbitraria sovrapposizione appena evidenziata. Infatti, il Consiglio «*agrees that acceptance of the tragic events at Srebrenica as genocide is a prerequisite for reconciliation, calls upon political leaders on all sides to*

acknowledge and accept the fact of proven crimes as established by the courts, and in this context, condemns denial of this genocide as hindering efforts towards reconciliation, and recognises also that continued denial is deeply distressing for the victims».

Un dispositivo del genere, in cui il Consiglio di sicurezza si erige a “tribunale della Storia” che giudica sulla base dei *«proven crimes»*, ha provocato non soltanto un prevedibile aumento della tensione tra le comunità della Bosnia Erzegovina, ma anche una divisione in seno al Consiglio non limitata all’inevitabile apposizione del veto da parte della Federazione Russa, dato che altri quattro Stati membri si sono astenuti (Angola, Cina, Nigeria, Venezuela). In particolare, il delegato cinese, in una dichiarazione pre-voto, ha lucidamente osservato: *«Currently, Security Council members still have grave concerns about the draft resolution to commemorate the Srebrenica event (S/2015/508). To force a vote on a draft resolution on which major differences still remain is not in conformity with national reconciliation within Bosnia and Herzegovina and in the region at large. It will also affect the unity of the members of the Council. China believes that the Council members can continue their exchange of views on the draft resolution, but should refrain from hasty actions»* (verbale della riunione del Consiglio di sicurezza dell’8 luglio 2015, cit., p. 7). In effetti, nel contesto appena tratteggiato il punto essenziale non è tanto chiedersi qual è la logica nel forzare una votazione su un contestato progetto di risoluzione che sarà sicuramente bloccato dal veto russo, ma che senso ha voler commemorare il genocidio di Srebrenica sulla base di un testo che divide anziché unire.

La logica anzidetta è appunto quella della propaganda che strumentalizza il fattore umanitario e si avvale della provocazione come modalità tipica di azione. Provocazione che naturalmente determina la dura reazione russa in una dinamica distruttiva di contrapposizione frontale che sa di ritorno al passato e che mette in discredito l’autorevolezza residua del Consiglio prima ancora di paralizzare il suo processo decisionale. Senza contare che le provocazioni sono per definizione un’arma a doppio taglio, come dimostra la cinica dichiarazione del delegato russo che ha concluso il dibattito con toni da guerra fredda: *«We recently marked the fortieth anniversary of the end of the war in Viet Nam. Why did we not hold a Security Council meeting to commemorate that? Why was no draft resolution presented to condemn the carpetbombing of Hanoi, the use of napalm, or the massacre in My Lai led by Lieutenant Calley, who was pardoned by the President of the United States? We also recently marked the tenth anniversary of the illegal invasion of Iraq by the United States and the United Kingdom, as a result of which over a million people may have perished and the entire region remains in crisis to this very day. Why have the United States and the United Kingdom not suggested that the Security Council adopt a resolution on that topic, in which events could be called by their rightful names?»* (verbale della riunione del Consiglio di sicurezza dell’8 luglio 2015, cit., p. 2).

Qualche settimana più tardi la deriva appena descritta si è ripetuta con riferimento al caso dell’aereo malese MH 17 distrutto il 17 luglio 2014 mentre sorvolava l’area della città di Donetsk nell’Ucraina orientale controllata dalle forze separatiste filorusse. Nella riunione consiliare del 29 luglio è stato, infatti, messo in votazione e bloccato dal veto russo un [progetto](#) di risoluzione (UN Doc. S/2015/562) sulla creazione di un tribunale penale internazionale *ad hoc* per la punizione dei responsabili di tale abbattimento. Il progetto è stato elaborato dai Paesi membri del *Joint Investigation Team* (JIT, Australia, Belgio, Malesia, Paesi Bassi ed Ucraina), l’entità di coordinamento delle indagini penali creata nel luglio 2014 nell’ambito di EuroJust al fine di portare i *«perpetrators of the attack on MH17 (Malaysian Airlines Flight 17) to justice»*, e presentato dalla Malesia dinnanzi al Consiglio il 10 luglio 2015. Mentre il JIT è competente a determinare le responsabilità in merito all’abbattimento dell’aereo malese, si è appena conclusa l’indagine tecnica internazionale condotta dal *Dutch Safety Board* (DSB) che doveva stabilire le circostanze dell’incidente: nel [rapporto](#) finale presentato il 13 ottobre 2015 si afferma che *«[t]he crash of flight MH17 on 17 July 2014 was*

caused by the detonation of a 9N314M-type warhead launched from the eastern part of Ukraine using a Buk missile system». Questa conclusione assai lapidaria, piuttosto attesa negli ambienti diplomatici internazionale e probabilmente già informalmente conosciuta dai membri del JIT al momento della presentazione del progetto di risoluzione, è naturalmente destinata ad orientare le indagini penali in corso verso l'accertamento della responsabilità per l'abbattimento del volo in capo ai separatisti filorussi, che del resto sono stati da sempre considerati i principali sospetti.

Si ricorda che il Consiglio di sicurezza aveva condannato all'unanimità la distruzione dell'aereo nella [risoluzione 2166 \(2014\)](#) nella quale aveva sostenuto la creazione di «*a full, thorough and independent international investigation into the incident in accordance with international civil aviation guidelines*» (terzo paragrafo del dispositivo). Nella stessa risoluzione, adottata ai sensi del cap. VI della Carta delle Nazioni Unite e dunque senza qualificare l'abbattimento dell'aereo malese quale “minaccia alla pace”, il Consiglio richiedeva al Segretario generale di «*identify possible options for UN support to the investigation and report to the Security Council on relevant developments*» (tredicesimo paragrafo del dispositivo).

Pur in assenza del Rapporto del Segretario generale espressamente richiesto dalla risoluzione 2166 (2014) e in presenza di una forte e dichiarata opposizione russa che si era spinta fino a proporre un testo alternativo (sulle dinamiche del processo decisionale, si veda [Council to vote on a Draft Resolution on MH17 Tribunal](#)), la Malesia con il sostegno degli altri Paesi membri del JIT ha deciso di sottoporre il progetto di risoluzione al vaglio del Consiglio di sicurezza che, come si è anticipato, non l'ha approvato a causa del veto russo (11 Paesi membri hanno votato a favore, mentre si sono astenuti Angola, Cina e Venezuela, si veda il [verbale](#) della riunione del Consiglio di sicurezza del 29 luglio 2015, UN Doc. S/PV. 7498, p. 3). Sarà un particolare insignificante, ma era dal 1997 che il processo decisionale del Consiglio non veniva paralizzato due volte nello stesso mese per l'opposizione di un membro permanente.

Nel progetto di risoluzione, inquadrato nel cap. VII della Carta, il Consiglio determinava che «*this violent act and its implications for the safety of civil aviation constitute a threat to international peace and security*» (settimo considerando del preambolo) e che «*the establishment of an international tribunal and the prosecution of persons responsible for this incident will contribute to the safety of civil aviation and to maintenance of international peace and security*» (ottavo considerando). Inoltre, si faceva riferimento all'impegno (*sic*) dei Paesi membri del JIT «*to ensuring the effective functioning of an international tribunal, which will build upon the work of the Joint Investigation Team*» (penultimo considerando). La disposizione chiave del progetto era, infatti, il paragrafo sesto del dispositivo in cui il Consiglio decideva «*to establish an international tribunal for the sole purpose of prosecuting persons responsible for crimes connected with the downing of Malaysia Airlines flight MH17 on 17 July 2014 in Donetsk Oblast, Ukraine, and to this end adopts the Statute of the International Criminal Tribunal for Malaysia Airlines Flight MH17 annexed hereto*».

Anche il progetto in esame non ha altro senso se non quello di costituire una provocazione nei confronti della Federazione Russa e, aspetto che qui più conta, dello stesso diritto internazionale. Il Consiglio di sicurezza non ha, infatti, il potere normativo di istituire un tribunale penale internazionale, nè tantomeno la Carta delle Nazioni Unite gli attribuisce funzioni a carattere giurisdizionale che possano essere delegate ad un organo sussidiario *sui generis*. Né costituisce un precedente invocabile l'istituzione nei primi anni novanta, tramite risoluzioni *ex cap. VII* della Carta, dei due tribunali penali internazionali *ad hoc* per i crimini commessi nell'ex Jugoslavia e in Ruanda. La migliore dottrina ha sempre sostenuto che la natura abusiva delle risoluzioni in esame è stata sì sanata dall'acquiescenza degli Stati membri, ma limitatamente ad esse, senza creare un precedente invocabile in futuro. Del resto, la successiva creazione della Corte penale internazionale

mediante accordo internazionale è interpretabile, nel suo significato generale, come una reazione della maggioranza degli Stati alla suddetta prassi ultronea del Consiglio.

Proprio la Corte penale internazionale potrebbe teoricamente occuparsi dell'abbattimento dell'aereo malese MH 17 dato che l'8 settembre 2015, e dunque poco più di un mese dopo la mancata adozione del progetto di risoluzione, l'Ucraina ha presentato una nuova dichiarazione di accettazione della giurisdizione della Corte (*ex art. 12, par. 3, dello Statuto di Roma*) per le condotte perpetrate sul territorio nazionale a partire dal 20 febbraio 2014 (una precedente ed analoga dichiarazione del 14 aprile 2014 faceva riferimento al periodo tra il 21 novembre 2013 e il 22 febbraio 2014; per approfondimenti, si veda L. PROSPERI, [L'Ucraina estende la competenza della Corte penale internazionale sui crimini commessi sul proprio territorio](#)). Ciononostante, appare probabile che l'abbattimento dell'aereo sia stato determinato da un tragico errore e non dall'intento di colpire civili con conseguente impossibilità di configurare tale situazione quale crimine di guerra o contro l'umanità. Tale elemento spiega perché nello Statuto del Tribunale penale internazionale per il volo MH 17 della *Malaysia Airlines*, allegato al progetto di risoluzione, si prevedeva che detto Tribunale sarebbe stato competente a giudicare non solo dei crimini di guerra (art. 2), ma anche dei crimini contro la sicurezza dell'aviazione civile (art. 3, che fa riferimento alla ... sezione 9 dell'*Aviation Offences Act* del 1984 della Malesia) e dei crimini secondo il codice penale ucraino (art. 4). Ed è facile prevedere che tale opzione sulla competenza *ratione materiae* verrà confermata se effettivamente i Paesi che fanno parte del JIT decideranno di creare, tramite un accordo internazionale, un tribunale speciale per giudicare i responsabili dell'abbattimento del volo MH 17, come lasciano intendere diverse dichiarazioni post-voto dei rappresentanti degli Stati in questione (ad esempio, il delegato del Paese Bassi ha dichiarato che «[t]he Netherlands, Malaysia, Australia, Belgium and Ukraine will continue to work together to find the best way of prosecuting those responsible. We will continue working together to ensure justice is served, and we will lose no time in pursuing this», verbale della riunione del Consiglio di sicurezza del 29 luglio 2015, cit., p. 15).

In conclusione, risulta evidente il carattere strumentale dell'iniziativa diplomatica in esame, non soltanto perché il Consiglio di sicurezza non ha il potere di istituire un tribunale penale internazionale, ma soprattutto perché il giudice internazionale potenzialmente competente già esiste (nel caso improbabile in cui si riesca a configurare l'abbattimento del volo MH 17 quale crimine di guerra rientrando nella competenza materiale della Corte penale internazionale) o potrà essere istituito in conformità al diritto internazionale dagli Stati che stanno conducendo le indagini penali in maniera coordinata tra di loro, ma in assenza di quel collegamento con il Consiglio per il tramite del Segretario generale richiesto dalla risoluzione 2166 (2014).

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. 4/2015

2. LA CRISI IN LIBIA: IL CONSIGLIO DI SICUREZZA «TEMPOREGGIA» NELLA CHIMERA DI UNA SOLUZIONE POLITICO-DIPLOMATICA

1. Note introduttive

Nel presente contributo ci proponiamo di ricostruire, senza pretese di completezza, gli eventi che nel periodo maggio – ottobre hanno interessato direttamente o indirettamente il territorio libico. L'attenzione sarà rivolta principalmente all'evoluzione del processo di pacificazione guidato dal Rappresentante Speciale del Segretario Generale Bernardino Leòn e al tortuoso cammino che il Paese sta percorrendo per raggiungere il tanto agognato obiettivo del governo di unità nazionale.

Nel tentativo di ricomporre in poche pagine la frammentata e caotica situazione della Libia, tenteremo, in via preliminare, di contestualizzare geograficamente e politicamente i conflitti che ormai da quattro anni dilanano il Paese e che ogni giorno affollano le pagine dei giornali. Si darà atto della drammatica situazione umanitaria e dei conseguenti massicci flussi migratori rivolgendo uno sguardo particolare al dibattito sorto rispetto al tema dell'immigrazione e all'avvio della missione navale EUNAVFOR Med (ora denominata "Operazione Sophia") nelle acque del Mediterraneo. In questa sede riserveremo un breve accenno alla recente adozione, da parte del Consiglio di sicurezza, della [risoluzione n. 2240 \(2015\)](#) che affronta specificamente il tema dell'immigrazione e del contrasto al traffico illecito di migranti provenienti dalle coste libiche. Non ci addentreremo in una disamina tecnico-giuridica del dispositivo della risoluzione in quanto a tale analisi è dedicato un approfondimento *ad hoc* in questo numero dell'Osservatorio.

Dopo aver definito il quadro politico, geografico e umanitario della Libia ci concentreremo sul complesso processo di dialogo politico condotto da Bernardino Leòn. Qui, oltre a ricordare i passaggi fondamentali delle trattative condotte dal Rappresentante speciale, cercheremo di far luce sull'atteggiamento prudente e attendista del Consiglio di Sicurezza.

2. Il contesto politico-militare e la crisi umanitaria in Libia alla vigilia dell'estate.

Il primo dato da prendere in esame nel periodo di riferimento è l'approvazione, nel luglio 2015, di un accordo politico tra le fazioni in lotta. A Skhirat, Marocco, l'11 del mese, gli

estenuanti sforzi di mediazione politico-diplomatica del Rappresentante speciale delle Nazioni Unite Bernardino Leòn sembravano approdare ad un risultato concreto. Il Governo di Tobruk ed altre importanti municipalità libiche, tra cui è utile ricordare per la valenza politica quelle di Tripoli, Misurata e Bengasi, giungevano ad un accordo politico che gettava le basi per avviare un governo di unità nazionale.

La sigla dell'accordo, salutata con freddo entusiasmo dalla Comunità internazionale, arrivava esattamente ad un mese dalla conquista di Sirte da parte dei miliziani dello Stato Islamico/Daesh. I combattimenti di Sirte tra le milizie dell'ISIL e la temuta brigata 166 di Misurata, legata alla coalizione Alba Libica che sostiene tutt'oggi il governo islamista di Tripoli, rappresentano solo un esempio della diffusa violenza che ha tormentato il Paese nel mese di giugno. Alla vigilia dell'estate, infatti, gli scontri hanno interessato non solo Sirte ma hanno riguardato indistintamente l'intero territorio libico e non sembravano certo di buon auspicio



- Area controllata dal governo di Tobruk riconosciuto dalla Comunità Internazionale dalle forze del Generale Kalia Haftar (Operation Dignity)
- Area controllata dal governo islamista del Congresso Nazionale Generale (Alba Libica)
- Area controllata dalle Milizie Tuareg vicine al governo
- Area controllata dalle milizie Tabu
- Area controllata dall'ISIS o con forte presenza dello Stato Islamico
- Aree con forte presenza del gruppo jihadista di Ansar al Sharia
- Aree controllate da altri gruppi jihadisti

Fonte: www.ilpost.it

per le iniziative di dialogo avviate a marzo da Bernardino Leòn. Nell'Est del Paese, infatti, le forze del Generale Khalifa Haftar (*Operation Dignity*), vicine al governo di Tobruk, lanciavano una violenta offensiva contro le milizie radicali Islamiche situate a Derna, inducendo l'ISIL ad una netta ritirata. Non meno rilevanti i combattimenti di Bengasi che hanno visto l'esercito nazionale libico, in un'operazione congiunta con il Generale Haftar, infliggere una pesante sconfitta ai miliziani di Ansar al Sharia e riconquistare il Nord-Est della città. Da ricordare poi per la rilevanza politica gli scontri nell'Ovest e nel Sud del Paese in cui si sono contrapposti, seppur indirettamente, il Governo di Tobruk e il Governo di Tripoli. Nella parte occidentale della Libia le milizie di Zintan affiliate al

Generale Haftar si confrontavano con le forze di Misurata (Alba Libica) per assicurarsi il controllo delle città costiere di Sabratha e Zuwara. Similmente, nella parte meridionale del Paese i due governi tentavano di influenzare i mai sopiti scontri tra la tribù Tuareg e la tribù Tabu.

In questo contesto di conflitto generalizzato la situazione umanitaria non accennava a migliorare. Quotidianamente i media davano notizia di rapimenti, torture, esecuzioni arbitrarie e distruzioni di strutture civili. Atti di violenza inaudita e atroci rappresaglie in palese violazione

del diritto umanitario, delle Convenzioni di Ginevra e dei diritti umani venivano commesse, senza distinzioni, da tutte le parti coinvolte negli scontri con particolare incidenza nelle città controllate dallo Stato islamico e da Ansar Al Sharia (si veda il [Rapporto](#) del Segretario generale sulla Missione delle Nazioni Unite in Libia del 13 agosto 2015 - S/2015/624).

Il persistere dei conflitti ha amplificato non poco le questioni umanitarie che storicamente affliggono il territorio libico e in particolare la situazione migratoria. Così, mentre in Europa i Membri dell'Eurozona discutevano sulla "questione quote" e sulla ripartizione di poche migliaia di migranti per ciascun Paese, il Segretario generale nel Rapporto del 13 agosto annunciava la presenza in Libia di 1 milione 200 mila migranti provenienti dagli Stati confinanti e di altri 435 mila sfollati (Rapporto del Segretario generale del 13 agosto, cit., p. 10, par. 60). Alla luce dei numeri appena riportati, se l'appello del Segretario Generale rivolto a *"all parties to the conflict to immediately end indiscriminate attacks or direct attacks on civilians . . . to ensure unimpeded access to humanitarian assistance to all affected communities, and undertake all necessary measures to ensure that humanitarian personnel are protected from attacks including arbitrary detention and intimidation"* (*ibidem*, p. 15, par. 85) poteva apparire quasi retorico, il dibattito sorto tra i Paesi dell'Eurozona sembrava quantomeno sofisticato.

Avendo accennato al confronto sorto nel consesso europeo non possiamo non ricordare le decisioni adottate dal Consiglio Europeo in tema di immigrazione e strettamente correlate alla crisi umanitaria in Libia.

A seguito dell'intervento dall'Alto Rappresentante per gli Affari Esteri dell'Unione Europea Federica Mogherini nella riunione del Consiglio di Sicurezza del 11 maggio 2015, in cui si annunciava la predisposizione dell'operazione navale europea EUNAVFOR Med ([verbale](#) della riunione del Consiglio di sicurezza del 11 maggio 2015, UN Doc. S/PV.7439), il Consiglio Europeo, nella decisione n. 2015/778 del 18 maggio, definiva i limiti e gli obiettivi della missione. In tale dispositivo si stabilisce che lo scopo dell'operazione è quello di *"contributing to the disruption of the business model of human smuggling and trafficking networks in the Southern Central Mediterranean"* (*ibidem*, art. 1, par. 1). Al fine di raggiungere tale obiettivo gli Stati partecipanti sono autorizzati non solo ad implementare azioni di *"detection and monitoring of migration networks through information gathering and patrolling on the high seas in accordance with international law"*, ma anche a predisporre *"all necessary measures against a vessel and related assets . . . which are suspected of being used for human smuggling or trafficking"* (*ibidem*, art. 2, par. 2). Si può osservare che nonostante l'operazione EUNAVFOR Med sia stata abilmente presentata in seno al Consiglio di Sicurezza come una missione umanitaria volta essenzialmente al salvataggio dei migranti, la decisione in oggetto non si discosta molto dalla posizione di riluttanza che ha spesso distinto l'Unione Europea verso i flussi migratori. Al di là della motivazione umanitaria fornita dalla Mogherini nella riunione consiliare dell'11 maggio, ci sembra di scorgere ancora, nella decisione 2015/778 del Consiglio Europeo, un certo atteggiamento di chiusura delle frontiere ora giustificato dal drammatico bilancio delle vittime nel Mediterraneo.

Il 22 giugno il Consiglio europeo, con decisione n. 2015/972, dava avvio alla prima fase della missione navale EUNAVFOR Med. In tale fase, la forza navale europea ha avuto essenzialmente il compito di monitorare e pattugliare le acque internazionali al largo della Libia e acquisire informazioni sulle imbarcazioni che trasportano migranti. Risultava peraltro palese

che l'implementazione delle successive fasi della missione, ossia la predisposizione di operazioni quali l'ispezione, la confisca e addirittura l'uso della forza contro imbarcazioni sospettate di trasportare illecitamente migranti, non potesse avvenire senza una previa risoluzione autorizzativa del Consiglio di Sicurezza. Così, il 9 ottobre 2015, in concomitanza con l'annuncio dell'avvenuto accordo sulla formazione di un governo nazionale tra Tobruk e Tripoli, l'organo responsabile della pace e della sicurezza internazionale ha adottato la [risoluzione n. 2240 \(2015\)](#). In questo delibera, il Consiglio di sicurezza, dopo aver deplorato *"the continuing maritime tragedies in the Mediterranean Sea"* (sesto considerando) e aver condannato *"all acts of migrant smuggling and human trafficking into, through and from the Libyan territory and off the coast of Libya"* (primo paragrafo del dispositivo), autorizza gli Stati Membri *"to inspect on the high seas off the coast of Libya vessels that they have reasonable grounds to suspect are being used for migrant smuggling or human trafficking from Libya"* (settimo paragrafo del dispositivo). Al fine di rendere efficaci tali ispezioni, agli Stati membri viene dato mandato *"to use all measures commensurate to the specific circumstances in confronting migrant smugglers or human traffickers"* (decimo paragrafo del dispositivo). Come anticipato, per l'analisi delle criticità presenti nella delibera si rimanda al contributo di approfondimento pubblicato in questo numero dell'Osservatorio.

Dopo questa breve ma necessaria digressione sul dibattito europeo, che ci dà misura di quanto la crisi libica, complice la drammaticità della situazione umanitaria, sia entrata di diritto nell'agenda dei ventotto, torniamo a descrivere la situazione libica alla vigilia dell'estate e il contesto politico nel quale è maturata l'approvazione dell'accordo preliminare di luglio. In tale periodo, il dilagare della violenza e delle atrocità, il protrarsi dei conflitti, il deterioramento delle condizioni umanitarie e il conseguente amplificarsi dei flussi migratori, rendevano poco realistica la possibilità di giungere ad un accordo politico tra le fazioni. Alle consolidate divergenze ideologiche e politiche tra i due governi che non perdevano occasione per fronteggiarsi nell'Est e nel Sud del Paese, si affiancava una preoccupante avanzata dello Stato Islamico nella città di Sirte e nel centro della Libia che allontanava di fatto la tanto agognata unificazione del popolo libico.

L'11 luglio, dunque, l'approvazione della proposta politica da parte del Governo di Tobruk e di altre importanti municipalità appariva come un significativo ma ancora troppo debole segnale di pacificazione. In aggiunta, la scelta dei delegati del Congresso Nazionale Generale di Tripoli di non partecipare alla cerimonia di firma dell'accordo minava alla base la credibilità del dialogo avviato a Skhirat e alimentava gli scetticismi di coloro che non credevano in una soluzione pacifica del conflitto.

3. L'evoluzione del dialogo sulla base dell'accordo politico dell'11 luglio e i suoi riflessi sul dibattito in seno al Consiglio di Sicurezza

Il documento firmato nella città marocchina, se si tengono presenti tutti i limiti dettati dalla congiuntura storico-politica della Libia, si presenta per certi versi ambizioso. Nel testo si definisce dettagliatamente il funzionamento futuro delle istituzioni libiche e nello specifico del Governo, detentore del potere esecutivo, della Camera dei Rappresentanti a cui è affidato il potere legislativo e dell'Alto Consiglio di Stato, organo giurisdizionale con ampi poteri consultivi. Il funzionamento di tali istituzioni dovrebbe ispirarsi, secondo quanto previsto nella

sezione “*governing principles*”, a principi democratici quali la separazione dei poteri, eguaglianza e giustizia. Nel documento si prefigura uno Stato di diritto orientato al rispetto dei diritti umani, all’inclusione delle minoranze, al rifiuto della tirannia e alla lotta al terrorismo.

La sigla dell’accordo veniva annunciata da Bernardino Leòn nell’incontro consiliare del 15 luglio. In quell’occasione, il Rappresentante del Segretario generale non frenava l’entusiasmo e affermava che l’adozione dell’atto “*has brought the country one step closer to ending the conflict and fulfilling the goals of the 2011 revolution . . . and will allow Libya to complete the transition that started in 2011*” ([verbale](#) della riunione del Consiglio di sicurezza del 15 luglio 2015, UN Doc. S/PV.7485, p. 2). Più prudenti i Membri del Consiglio di Sicurezza che nel comunicato stampa del 16 luglio se da un lato asserivano che “*this agreement . . . will move the political transition process forward, through the formation of a Government of National Accord*” ([Comunicato stampa](#) dei Membri del Consiglio di Sicurezza del 16 luglio 2015 - UN Doc. SC/11973), dall’altro, considerato il “consenso parziale” ottenuto dalla proposta, non dimenticavano di richiamare “*all parties to engage with the Libyan Political Dialogue*”.

La fiducia di Leòn sembrava stridere con le affermazioni del rappresentante libico in seno al Consiglio, Mr Dabbashi, che nella medesima riunione non mancava di accusare il governo di Tripoli di finanziare e supportare Al-Qaida attraverso la fornitura di armi. Secondo Dabbashi “*Al-Qaida-associated militias. . . have strong support in terms of money and weapons from illegitimate authorities in the capital, Tripoli . . . and they obtain funds from the Libyan central bank*” ([verbale](#) della riunione del Consiglio di sicurezza del 15 luglio 2015, cit., p. 7). Contestualmente alle accuse rivolte al Congresso Nazionale Generale tripolitano, Dabbashi si rivolgeva ai Membri del Consiglio per sollecitare il Comitato delle Sanzioni al fine di rimuovere o quanto meno allentare, nei confronti delle autorità di Tobruk, le maglie del rigido embargo militare. Altisonanti le parole pronunciate dal rappresentante libico nella riunione del Consiglio. Secondo Dabbashi “*the Committee has indirectly contributed to continuing instability and further entrenched terrorism in Libya by insisting on an undeclared veto on providing weapons to the Libyan army*” (*ibidem*, p. 6).

All’indomani della firma dell’accordo, dunque, le posizioni dei due governi non sembravano meno distanti. Se da un lato l’approvazione del documento poteva presentarsi come una base solida su cui fondare il governo di unità nazionale o quantomeno come un approdo sicuro del processo di dialogo condotto da Bernardino Leòn, di fatto tale sviluppo ha rappresentato soltanto il primo passo per avviare nuove e più intense trattative con le parti non firmatarie e in particolare con i rappresentanti del Congresso Nazionale Generale di Tripoli.

L’11 luglio prende avvio una nuova e più serrata fase di negoziati finalizzati ad includere nell’accordo politico il governo tripolitano. La *deadline* imposta al Congresso Nazionale Generale viene fissata dal Rappresentante speciale al 20 settembre 2015, ultimo giorno utile per siglare l’accordo e partecipare al governo di unità nazionale.

Gli incontri preliminari che danno avvio al nuovo processo di dialogo non si svolgono certo in un clima di serenità: l’11 agosto le milizie dell’ISIL reprimono nel sangue una rivolta civile volta a riconquistare la città di Sirte. Le atrocità e le brutalità perpetrate contro la popolazione libica fanno il giro del mondo suscitando lo sdegno della Comunità internazionale. In quell’occasione, il Consiglio di Sicurezza con un comunicato stampa del 27 agosto si dichiarava profondamente preoccupato per l’avanzata dello Stato Islamico in Libia e dopo aver

condannato “*the terrorist attacks in Sirte*”, sottolineava “*the need to bring perpetrators of these reprehensible acts of terrorism to justice. . . and urged all States, in accordance with their obligations under international law and relevant Security Council resolutions to cooperate actively with the Government of Libya*” ([Comunicato stampa](#) dei Membri del Consiglio di sicurezza del 27 agosto - SC/12027).

Nonostante il dilagare della violenza il Rappresentante speciale delle Nazioni Unite in Libia sembrava conservare l’ottimismo e nell’incontro consiliare del 26 agosto dichiarava: “*unlike other dialogue participants, did not initial the main text of the Libyan Political Agreement on 11 July, I am confident that their concerns can be addressed in the ongoing discussions on the annexes to the Agreement, including those pertaining to the formation of a Government of national accord . . . I am increasingly confident that the process is finally reaching its final stages*” ([verbale](#) della riunione del Consiglio di sicurezza del 26 agosto 2015, UN Doc. S/PV.7512, p. 3). In tale occasione anche il rappresentante libico si dimostrava più fiducioso e affermava che “*The Libyan people have recently begun to feel that the country’s crisis can be settled . . . such optimism is linked to the formation of a Government of national accord and reconciliation*” (*ibidem*, p 4).

Se da un lato gli scontri nel Paese non accennavano ad arrestarsi, dall’altro, la tela diplomatica intrecciata da Bernardino Leòn sembrava produrre dei risultati. Il Rappresentante speciale del Segretario Generale, il 1° settembre incontrava ad Istanbul i rappresentanti del Congresso Generale Nazionale e apriva una nuova porta di dialogo con il Governo di Tripoli.

In tale contesto di efferata violenza ma anche di intensa attività diplomatica, il Consiglio di Sicurezza, al fine di non alterare l’equilibrio instabile del Paese e di non interferire con il lavoro di mediazione di Bernardino Leòn, il 10 settembre approvava la [risoluzione n. 2238 \(2015\)](#). Nel dispositivo, l’organo responsabile della pace e della sicurezza internazionale, dopo aver ribadito l’impegno delle Nazioni Unite per l’integrità, l’indipendenza e l’unità della Libia e aver profuso un appello “*for the immediate formation of a Government of National Accord*” (secondo paragrafo del dispositivo), si limitava a prorogare la Missione UNSMIL fino al 15 marzo 2016 “*and further mandates UNSMIL as an integrated special political mission, in full accordance with the principles of national ownership, shall focus, as an immediate priority, through mediation and good offices, on support to the Libyan political process*” (paragrafo 12 del dispositivo).

Una risoluzione, dunque, poco “invasiva” che si propone essenzialmente l’obiettivo di conservare lo *status quo* in Libia e di non alterare gli equilibri tra le parti.

Nella delibera, infatti, non trovano spazio neanche i reiterati appelli del rappresentante libico che chiedevano un alleggerimento dell’embargo militare nei confronti delle autorità di Tobruk ([S/2015/630](#), [S/PV.7485](#)). A ben vedere, una decisione simile avrebbe potuto mettere in discussione l’imparzialità del Consiglio di Sicurezza e minare la credibilità di Bernardino Leòn nel guidare il processo di dialogo.

La [risoluzione n. 2238 \(2015\)](#) sembra anche ignorare la richiesta di autorizzazione all’uso della forza contro il traffico di migranti nel Mediterraneo predisposta dal Consiglio Europeo. Con tutta probabilità, si è trattato di un mero rinvio tattico ispirato alla prudenza dato che, al momento dell’approvazione della delibera, un’eventuale autorizzazione ad usare la forza contro imbarcazioni private straniere per contrastare il traffico di migranti avrebbe potuto compromettere lo sviluppo delle trattative. Inoltre, tale autorizzazione sollevava diverse questioni giuridiche che non rendevano certo scontato il consenso all’interno dell’organo consiliare.

Il “basso profilo” mantenuto dal Consiglio e soprattutto gli sforzi diplomatici di Bernardino Leòn, il 18 settembre, a due giorni dalla *deadline* imposta dal rappresentante speciale per la ratifica dell’accordo, portavano ad un nuovo risultato di rilevanza non trascurabile. Nella [conferenza stampa del 18 settembre](#) Leòn annunciava l’accordo tra la camera dei rappresentanti di Tobruk e i cosiddetti “boicottatori”, ossia circa 80 parlamentari che non riconoscendo la legittimità del parlamento di Tobruk (in linea peraltro con la decisione della Corte Suprema libica del novembre 2014) ne hanno sempre boicottato le assemblee. Al di là della rilevanza politica dell’accordo raggiunto con i “boicottatori”, lo scoglio più grande, costituito dalla posizione refrattaria del Congresso Generale Nazionale di Tripoli, doveva essere ancora affrontato.

Il 19 e il 20 settembre, gli incontri di Bernardino Leòn con le autorità della Capitale non producevano gli effetti auspicati e il termine del 20 settembre scadeva senza giungere alla tanto attesa firma dell’accordo.

Il 21 settembre, in [conferenza stampa](#), il Rappresentante Speciale delle Nazioni Unite anziché annunciare la sigla del documento da parte del Governo di Tripoli si limitava ad affermare: “*We have now a text that is the final text. So, our part of the process is now finished. . . . They can refuse, they can reject this proposal*”. Nonostante Leòn ponesse l’accento sull’importanza di aver stilato un documento finale, non più soggetto a modifiche e soprattutto condiviso dalle parti, un osservatore attento non poteva non notare che, in concreto, nessun accordo era stato siglato. Così, al giornalista che gli domandava: “*What about the deadline for the vote?*” il Rappresentante speciale era costretto a rispondere: “*The only real deadline we have is the 20th of October*”, ammettendo di fatto lo slittamento dell’accordo al mese successivo.

A seguito del fallimento dell’accordo veniva annunciata in via ufficiosa, nei primi giorni di ottobre, la sostituzione di Bernardino Leòn con il diplomatico tedesco Martin Kobler, già rappresentante speciale in Congo e in Iraq. Nonostante l’annunciata rimozione dall’incarico di rappresentante speciale ONU in Libia, il diplomatico spagnolo continuava a condurre con dedizione le trattative e il 9 ottobre 2015 giungeva ad un nuovo e importante risultato: le delegazioni di Tobruk e Tripoli trovavano un accordo sui sei membri del Consiglio di Presidenza. Il Primo Ministro designato è Fayyez Serraj, membro del Parlamento di Tobruk. I tre vice-Primi Ministri sono Ahmed Maetiq (Parlamento di Tripoli), Moussa Kony (rappresentante del Sud del Paese – Fezzan) e Fathi Majbari (esponente dell’Est della Libia e sostenuto dall’esercito libico). I due ministri proposti sono invece Mohamed Ammari (Tripoli) e Omar Al Assuad (Zintan).

In concomitanza con il raggiungimento dell’accordo tra i due governi, il Consiglio di sicurezza ha adottato la [risoluzione n. 2240 \(2015\)](#), di cui già si è accennato in precedenza. L’adozione del dispositivo, giustificata ora da una minima solidità dei risultati diplomatici, sembra configurarsi come un primo step per un nuovo e più incisivo intervento del Consiglio di sicurezza nella crisi libica.

L’accordo raggiunto a Skhirat il 9 di ottobre deve ora passare al vaglio dei due governi e solo dopo il via libera da parte di entrambe le autorità potrà essere esecutivo. Nulla sembra scontato e le manifestazioni contro l’accordo che si sono tenute a Bengasi, Tobruk e altre città della Libia non sono certo un segnale di incoraggiamento per il processo di unificazione del popolo libico.

4. Riflessioni conclusive

Ad oggi, pur ammettendo che i due esecutivi ratifichino quanto stabilito dalle rispettive delegazioni e si possa dare avvio al governo di concordia nazionale, nascono spontanee una serie di considerazioni. Tali perplessità attengono essenzialmente alla reale capacità delle due parti di convivere in un unico esecutivo e di dialogare autonomamente per assumere decisioni sul futuro della Libia. Oltre alle divergenze politiche, ideologiche e religiose che dividono Tripoli da Tobruk è necessario considerare anche vecchi e non sopiti rancori.

Anche se può apparire scontato, non possiamo esimerci dall'interrogarci sulla reale disponibilità/capacità del governo riconosciuto dalla Comunità internazionale di collaborare con chi, nell'estate del 2014, ha preso con le armi la Capitale determinando la fuga dell'attuale Camera dei Rappresentanti a Tobruk. Tale dubbio sembra ancora più fondato se si considera il bombardamento effettuato il 19 settembre da parte delle autorità libiche sulla città di Bengasi. L'azione militare intrapresa dal governo di Tobruk e dalle forze del Generale Haftar è stata interpretata, non a torto, come un tentativo riuscito di sabotaggio dell'imminente accordo con il Governo antagonista di Tripoli.

D'altro lato le forze più radicali che sostengono oggi l'autorità della Capitale non sembrano entusiaste di partecipare ad un esecutivo con chi li ha sempre accusati di essere un governo illegittimo e di sostenere Al-Qaida e il terrorismo internazionale in Libia. Il malcontento nel governo della Capitale è peraltro evidente e si manifestano già forti fratture nella coalizione che sostiene oggi l'esecutivo di Tripoli. Non si può neanche escludere che un eventuale consolidamento dell'accordo politico tra i due governi possa determinare delle defezioni all'interno della coalizione di Alba Libica avvicinando le ali più radicali del governo di Tripoli allo Stato islamico.

Pur accogliendo con favore i risultati finora ottenuti dall'attività di mediazione svolta dalle Nazioni Unite e pur auspicando la tanto attesa nascita di un governo di concordia nazionale, si resta convinti che il ruolo di mediazione svolto finora dall'Organizzazione non sia destinato ad esaurirsi con la nascita di un esecutivo di unità nazionale, pena il fallimento dell'azione diplomatica messa in campo finora. Il timore più reale è che dopo mesi di estenuanti sforzi diplomatici e di incessanti tentativi di dialogo, l'accordo politico raggiunto tra le parti possa risolversi in un fragile compromesso diplomatico. A Martin Kobler spetterà il difficile compito di riprendere le fila del dialogo e non rendere evanescenti i risultati finora raggiunti.

LUIGI ZUCCARI



OSSERVATORIO SUL CONSIGLIO DI SICUREZZA E I DIRITTI UMANI N. 4/2015

3. LA RISOLUZIONE 2240 (2015) SUL TRAFFICO DEI MIGRANTI NEL MEDITERRANEO: IL CONSIGLIO DI SICUREZZA AUTORIZZA L'USO ... MISURATO DELLA FORZA.

Il 9 ottobre 2015, al termine di un lungo e tormentato processo negoziale, il Consiglio di sicurezza ha adottato la [risoluzione 2240 \(2015\)](#) sulla crisi dei migranti nel Mediterraneo. La risoluzione in esame, approvata a stragrande maggioranza dal Consiglio con l'unica astensione del Venezuela ([verbale](#) della riunione del 9 ottobre 2015, UN Doc. S/PV./7351, p. 2), è stata adottata ai sensi del cap. VII della Carta delle Nazioni e contiene la tanto agognata autorizzazione all'uso della forza nella lotta al traffico di migranti e alla tratta di esseri umani nel Mediterraneo. L'obiettivo perseguito dall'Unione europea di dare copertura giuridica all'*Operazione EU NAVFOR MED* (rinominata "Operazione Sophia" il 28 settembre 2015) è stato infine raggiunto, ma è stato circondato da tali e tante limitazioni e cautele giuridiche da dare alla risoluzione un significato complesso ed articolato.

In primo luogo, va sottolineata la narrativa "buonista" che caratterizza il preambolo della risoluzione. I considerando iniziali sono, infatti, dedicati ad illustrare il quadro giuridico di riferimento (relativamente, in particolare, alla Convenzione delle Nazioni Unite sul diritto del mare del 1982 e alla Convenzione delle Nazioni Unite sul crimine transnazionale organizzato e ai suoi due Protocolli sul traffico dei migranti e sulla prevenzione, soppressione e punizione della tratta di persone) e non manca un passaggio dall'intento quasi pedagogico in cui il Consiglio sottolinea che *«although the crime of smuggling of migrants may share, in some cases, some common features with the crime of trafficking in persons, Member States need to recognise that they are distinct crimes, as defined by the UNTOC Convention and its Protocols, requiring differing legal, operational, and policy responses»* (quinto considerando).

Dopo aver espresso la propria preoccupazione per la proliferazione delle tragedie nel Mediterraneo determinate dal traffico di migranti gestito da organizzazioni criminali transnazionali, il Consiglio riafferma la necessità *«to promote and protect effectively the human rights and fundamental freedoms of all migrants, regardless of their migration status, especially those of women and children, and to address international migration through international, regional or bilateral cooperation and dialogue»* (decimo considerando). Del resto, la stessa esigenza anima in diversi punti il dispositivo, ad esempio nel paragrafo 13 il Consiglio afferma con convinzione che *«all migrants, including asylum-seekers, should be treated with humanity and dignity and that their rights should be fully respected»*. In apparenza si tratta di un punto pacifico che riflette l'ideologia normativa che, tra l'altro, pervade la Convenzione delle Nazioni Unite sui diritti dei lavoratori migranti e delle loro famiglie del 1990. Peccato, è il caso di osservare, che nessun Paese occidentale abbia mai ratificato, o perfino firmato, la Convenzione in questione, un

caso più unico che raro nella storia delle convenzioni sui diritti umani adottate in ambito onusiano!

Il secondo punto da evidenziare è il (... mancato) collegamento emergente nel preambolo tra la crisi dei migranti nel Mediterraneo e l'esistenza di una minaccia alla pace quale presupposto per l'azione del Consiglio di sicurezza ai sensi del cap. VII della Carta. Infatti, da una parte il Consiglio afferma *«the necessity to put an end to the recent proliferation of, and endangerment of lives by, the smuggling of migrants and trafficking of persons in the Mediterranean Sea off the coast of Libya, and, for these specific purposes, acting under Chapter VII of the Charter of the United Nations»* (ultimo considerando), ma dall'altra omette di accertare che tale situazione costituisce una minaccia alla pace, limitandosi ad esprimere *«its concern for the repercussions of this phenomenon on the stability of Libya and of the Mediterranean region»* (quattordicesimo considerando). Lo stesso concetto è espresso dal primo paragrafo del dispositivo in cui il Consiglio *«[c]ondemns all acts of migrant smuggling and human trafficking into, through and from the Libyan territory and off the coast of Libya, which undermine further the process of stabilisation of Libya and endanger the lives of thousands of people»*.

Il Consiglio, dunque, riconosce che il fenomeno in esame ha ripercussioni negative sulla stabilità della regione, ma non lo qualifica espressamente come minaccia alla pace, né lo inquadra formalmente nell'ambito della situazione libica pur evidenziandone gli indiscutibili legami. Sotto questo secondo aspetto, non è di conseguenza possibile considerare la risoluzione 2240 (2015) come la risoluzione “figlia” delle precedenti delibere adottate dal Consiglio sulla situazione libica che contenevano l'accertamento dell'esistenza di una minaccia alla pace (da ultimo la [risoluzione 2238 \(2015\)](#) che rinvia in materia alla [risoluzione 2213 \(2015\)](#)).

A quanto pare, la riscontrata omissione, assai discutibile sotto il profilo della legittimità dell'azione del Consiglio di sicurezza, è stata dovuta ad una precisa richiesta del governo libico internazionalmente riconosciuto di Tobruk: *«In a 22 September letter, Ambassador Ibrahim Dabbashi (Libya) raised some issues Libya had with the draft, including concerns regarding the reference to Chapter VII and other issues related to linking the situation of Libya with migrant smuggling and human trafficking. As a result of bilateral negotiations with the UK, a reference to the situation in Libya being a threat to international peace and security was deleted from the draft and the agenda item for the adoption of the draft resolution will be 'maintenance of international peace and security' instead of 'the situation in Libya'»* (per questo ed altri risvolti della fase negoziale, si veda [Vote on a Resolution on Human Trafficking and Migrant Smuggling in the Mediterranean](#)). In effetti, nella dichiarazione seguita all'approvazione della risoluzione lo stesso rappresentante libico ha riconosciuto non solo che la delibera *«meets the wishes of the European Union (EU) and takes into account the concerns of Libya and the African continent»*, ma anche *«the grave threat to international peace and security posed by the smuggling and trafficking of migrants»* (verbale della riunione del 9 ottobre 2015, cit., pp. 9-10). Ciò conferma che il governo libico di Tobruk non era contrario a tale qualificazione in linea di principio, ma alla sua derivazione formale dall'inquadramento del fenomeno della crisi dei migranti nell'ambito della situazione libica. Risulta evidente il fine di evitare qualsiasi tentativo di strumentalizzare l'autorizzazione all'uso della forza contenuta nella risoluzione 2240 (2015) per attentare alla (restante) sovranità della Libia, anche se il contenuto normativo della delibera già non poteva lasciare dubbi in proposito dato che, come si rileverà più avanti, tale autorizzazione era già di per sé limitata alle acque internazionali al di là dal mare territoriale libico.

Il preambolo della risoluzione 2240 (2015) si caratterizza, infine, per la consapevolezza raggiunta dai membri del Consiglio circa l'insufficienza di una risposta limitata alla dimensione militare e a quella della repressione delle attività criminali. Infatti, il Consiglio enfatizza *«the need to step up coordination of efforts in order to strengthen an effective*

multidimensional response to these common challenges in the spirit of international solidarity and shared responsibility, to tackle their root causes and to prevent people from being exploited by migrant smugglers and human traffickers» (diciannovesimo considerando, ma si vedano anche i due considerando successivi). Ciononostante, il rappresentante del Venezuela, nella dichiarazione esplicativa della propria astensione, ha osservato che *«this serious problem is being addressed in a completely wrongheaded way and that, far from resolving the tragedy that is being experienced by these human beings, it will instead deepen the problem by addressing it from a military perspective and not from a preventive and multidimensional perspective. Creating the possibility of applying Chapter VII of the Charter from which today's resolution is derived — that is, the use of military force to deal with the humanitarian situation of migrants — is a serious mistake; in so doing, the Security Council sets a dangerous precedent by turning its back on the General Assembly, usurping the Assembly's authority and addressing issues that fall within its competence»* (verbale della riunione del 9 ottobre 2015, cit., p. 5).

L'autorizzazione all'uso della forza costituisce, infatti, il cuore giuridico del dispositivo della risoluzione 2240 (2015) che merita un'analisi attenta perché la delibera in esame istituisce un complesso ed atipico regime giuridico frutto di un inedito connubio tra diritto internazionale del mare, diritto internazionale dei diritti umani e diritto della sicurezza collettiva. Di seguito esamineremo gli aspetti principali di questo regime, ovvero chi è autorizzato a fare che cosa, dove, per quanto tempo, con quali strumenti e quali limiti.

Quanto ai soggetti autorizzati, la risoluzione 2240 (2015) utilizza la consueta formula *«Member States acting nationally or through regional organisations»* (parr. 7-10 del dispositivo) con la specificazione, peraltro piuttosto ovvia, che deve trattarsi delle entità *«engaged in the fight against migrant smuggling and human trafficking»* (par. 7). L'unico riferimento espresso all'Unione Europea (la destinataria materiale dell'autorizzazione) presente nel dispositivo della risoluzione è rinvenibile nel secondo paragrafo in cui il Consiglio di sicurezza si limita a richiedere agli Stati membri di assistere la Libia, su richiesta di quest'ultima, nella prevenzione e repressione del fenomeno nel territorio e nel mare territoriale libico.

Con riferimento alla dimensione spaziale del regime in esame, è necessario premettere che tutte le disposizioni rilevanti non sono applicabili genericamente all'"alto mare" o al "Mediterraneo", ma all'*«high seas off the coast of Lybia»* (parr. 5-10), determinando così un nesso sostanziale tra l'autorizzazione contenuta nella risoluzione 2240 (2015) e la situazione in Libia che, come si è già osservato, non ha peraltro trovato corrispondenza nell'accertamento di una minaccia alla pace e nel suo puntuale inquadramento a causa dell'opposizione del governo libico di Tobruk.

Nel caso di imbarcazioni senza bandiera localizzate nel mare internazionale fuori dalle coste libiche e sospettate sulla base di motivi ragionevoli di essere implicate nel traffico di migranti o nella tratta di esseri umani, il Consiglio di sicurezza si limita a ricordare che il diritto internazionale consente la loro ispezione da parte di qualsiasi Stato (quinto paragrafo del dispositivo). Nell'ipotesi di imbarcazioni che si trovino nella stessa situazione, ma che battono la bandiera di uno Stato, il Consiglio, *«in these exceptional and specific circumstances»*, autorizza gli Stati membri (agenti individualmente o nell'ambito di organizzazioni internazionali), in deroga al diritto internazionale, ad ispezionare, e se i sospetti sono confermati, a confiscare tali natanti (parr. 7-8). L'esercizio dei poteri indicati è peraltro espressamente limitato sotto diversi profili:

- a) l'autorizzazione ha la durata di un anno;
- b) la finalità è quella umanitaria di salvare le vite umane dei migranti o delle vittime di tratta;
- c) l'ispezione deve essere preceduta da un tentativo in buona fede di ottenere il consenso dello Stato di bandiera (tale clausola di compromesso è stata inserita per superare

le riserve di alcuni membri del Consiglio all'introduzione di qualsiasi ulteriore eccezione al principio della giurisdizione esclusiva dello Stato di bandiera sulle proprie imbarcazioni che navigano in acque internazionali);

d) l'adozione di ulteriori misure nei confronti del natante sequestrato, ad esempio la sua distruzione, deve avvenire in conformità al diritto internazionale e tenendo conto degli interessi dei terzi in buona fede (parr. 7-8 dispositivo);

e) in ogni caso, le autorizzazioni *ex parr. 7-8* non si applicano alle imbarcazioni che godono di immunità sovrana secondo il diritto internazionale (limite introdotto in maniera asistemica nel par. 10);

f) infine, a scanso di ogni equivoco, si ribadisce che tali autorizzazioni non hanno alcun effetto giuridico sui diritti, gli obblighi e le responsabilità degli Stati membri derivanti dal diritto internazionale, in particolare dalla Convenzione delle Nazioni Unite sul diritto del mare del 1982, al di fuori del loro ambito di applicazione strettamente circoscritto alle imbarcazioni che si trovano in alto mare al largo delle coste libiche (par. 11).

Con riferimento alle modalità di esercizio dei suddetti poteri, il par. 10 prevede l'autorizzazione all'uso della forza che peraltro viene espressa in maniera atipica non utilizzando la consueta formula "to use all necessary measures", alla quale faceva riferimento il progetto iniziale diffuso dal Regno Unito. Infatti, il Consiglio «*authorise Member States acting nationally or through regional organisations to use all measures commensurate to the specific circumstances in confronting migrant smugglers or human traffickers*» (tondo aggiunto). Inoltre, nello stesso paragrafo il Consiglio richiede che tali misure siano adottate «*in full compliance with international human rights law*» e invita i soggetti autorizzati «*to provide for the safety of persons on board as an utmost priority and to avoid causing harm to the marine environment or to the safety of navigation*». Anche con riferimento all'autorizzazione prevista dal par. 10 il Consiglio ribadisce che essa «*s'applique uniquement à la lutte contre les trafiquants de migrants et d'êtres humains en haute mer au large des côtes libyennes*» (par. 11, *in fine*).

Alla luce di quanto precede, è possibile proporre alcune osservazioni sul regime autorizzatorio disegnato dalla risoluzione 2240 (2015). Innanzitutto, è pacifico che siamo agli antipodi rispetto alla (discutibile) prassi iniziale in materia del Consiglio di sicurezza contrassegnata da autorizzazioni all'uso della forza "in bianco", "implicite", "fantasma" e quant'altro. La delibera in esame tratteggia, infatti, un quadro assai dettagliato che regola tutti gli aspetti giuridicamente rilevanti delle attività coercitive consentite in deroga al diritto internazionale, incluso l'obbligo per gli Stati che si avvarranno di questo regime di informare il Consiglio, con cadenza trimestrale, dello stato di avanzamento delle misure intraprese (par. 17).

In secondo luogo, il regime in esame deve essere letto in continuità con la prassi ultima in materia caratterizzata dall'introduzione nelle risoluzioni che autorizzano l'uso della forza del limite espresso del rispetto del diritto internazionale umanitario e dei diritti umani. A tal riguardo, si ricorda che in alcuni casi detto limite era stato inserito direttamente nella formula autorizzatoria al pari di quanto avvenuto nella risoluzione 2240 (2015) (ad esempio, nell'autorizzazione all'AFISMA - *African-led International Support Mission in Mali* - contenuta nel par. 9 del dispositivo della [risoluzione 2085 \(2012\)](#)).

Quanto alla formula atipica «*to use all measures commensurate to the specific circumstances*», è utile evidenziare che non si tratta di una novità assoluta dato che nella [risoluzione 2146 \(2014\)](#), sulle misure finalizzate a contrastare il traffico illecito di greggio proprio dalla Libia, il Consiglio «*[a]uthorizes Member States to inspect on the high seas vessels [...] and authorizes Member States to use all measures commensurate to the specific circumstances, in full compliance with international humanitarian law and international human rights law, as may be applicable, to carry out such inspections and direct the vessel to take appropriate actions to return the crude oil, with the consent of*

and in coordination with the Government of Libya, to Libya» (par. 5 del dispositivo, tondo aggiunto). Nella formula in esame viene, in sostanza, introdotto il requisito della proporzionalità quale limite espresso al ricorso autorizzato all'uso della forza. Infatti, si prevede che le misure consentite debbano essere «*commensurate to the specific circumstances*», concetto che sembra inglobare sia il limite della necessità presente nella consueta espressione «*all necessary measures*», sia appunto quello innovativo della proporzionalità. Ciò detto, sarebbe stato preferibile l'utilizzo di una terminologia consolidata nel diritto internazionale, e quindi il riferimento ai requisiti della necessità e della proporzionalità, che non presenta le difficoltà interpretative insite nell'introduzione di nuovi concetti nella prassi consigliare, per lo più in assenza di necessità normative che lo possano giustificare e di un'adeguata riflessione al riguardo.

In conclusione, il regime disegnato dalla risoluzione 2240 (2015) appare caratterizzato da un'autorizzazione all'uso "misurato" della forza nel contrasto al traffico dei migranti e alla tratta di esseri umani nel Mediterraneo. In linea prospettica, tenendo conto anche del precedente rappresentato dalla risoluzione 2146 (2014), si può ipotizzare l'emergere di una tendenza verso l'affermazione di un modello autorizzatorio debole che ha come parametro di riferimento non tanto il ricorso all'uso della forza bellica, quanto l'adozione di misure coercitive di diversa intensità a seconda delle circostanze (in questo senso, va anche il fatto che nel par. 10 della risoluzione 2240 (2015) si richiede che le misure adottate siano conformi al diritto internazionale dei diritti umani e non anche al diritto internazionale umanitario). Tale modello sembra idoneo ad essere utilizzato in situazioni che non sono contrassegnate dall'esistenza di un conflitto armato, ma da attività illecite poste in essere da organizzazioni criminali transnazionali che per la loro gravità e rilevanza hanno un effetto destabilizzante sulle relazioni internazionali.

RAFFAELE CADIN



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

Ordine internazionale e diritti umani

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

OSSERVATORIO SUL CONSIGLIO DEI DIRITTI UMANI N. 4/2015

1. PER UN APPROFONDIMENTO SUL DIBATTITO TEMATICO E GEOGRAFICO DEL CONSIGLIO DEI DIRITTI UMANI TRA 29^a E 30^a SESSIONE

1. Elementi materiali di rilievo nell'ambito dei lavori della 30^a Sessione del Consiglio dei Diritti Umani (Ginevra, 14 settembre – 2 ottobre 2015)

La definizione dei temi (*items*) da introdurre nell'agenda dei lavori delle Sessioni ordinarie del Consiglio dei Diritti Umani poggia sulla necessità di predisporre un calendario tematico e geografico sufficientemente bilanciato e strutturato a partire dalla Sessione annuale iniziale, convocata in via generale nel mese di marzo.

D'altra parte tale approccio non esclude che, in considerazione dell'opportunità di affrontare argomenti di evidente attualità nei quali la violazione grave e reiterata dei diritti umani implica un approfondimento *ad hoc*, possano prevedersi due soluzioni procedurali alternative: una opzione geografica che si traduce nella convocazione di Sessioni di carattere straordinario, solitamente anticipate da un'attività di inchiesta condotta *in situ* da un organismo collegiale composto da esperti in un determinato Paese; una opzione tematica che si sostanzia nell'inserimento di riunioni (*panels*) tecniche di alto livello nell'ambito della Sessione ordinaria, le quali si correlano sovente a processi di produzione normativa da parte dello stesso Consiglio, finalizzati all'adozione di ulteriori e più articolati strumenti di carattere vincolante o meno volti a completare sul tema in esame l'apparato costitutivo del diritto internazionale dei diritti umani di matrice onusiana.

Diverso impatto, ancorché da considerarsi del tutto complementari alle opzioni sopra richiamate, hanno le formule di dibattito che vengono configurate dal Consiglio in quanto vertenti su un argomento specifico, in riferimento ad esempio alla celebrazione di un evento (l'adozione di un importante accordo multilaterale o di una risoluzione epocale, il lancio di un Decennio, la conclusione di un Programma) e che portano alla convocazione di una Discussione annuale, o altrimenti la prosecuzione di un dibattito interattivo avviato in una fase precedente per fornire aggiornamenti sulla situazione dei diritti umani in un contesto-paese particolarmente complesso e difficile.

Tutte le modalità sinora richiamate sono state inserite nell'agenda dei lavori della 30^a Sessione del Consiglio dei Diritti Umani, che ha avuto luogo a Ginevra, dal 14 settembre al 2 ottobre 2015.

Due importanti *panels* si sono riuniti in questa sede il 17 e il 24 settembre dedicati, rispettivamente, al ricorso alle misure coercitive unilaterali ex [Risoluzione del Consiglio 27/21](#), e alla c.d. *good governance* nella fornitura di servizi pubblici, in ossequio alla [Risoluzione del Consiglio 25/8](#) [Risoluzione del Consiglio 6/30](#).

Per quanto concerne il primo, gli Stati che siedono nel Consiglio sono partiti dall'assunto che poggia sulla contrarietà di tali misure al diritto internazionale, al diritto internazionale umanitario, alla Carta delle Nazioni Unite ed ai principi ed alle norme che regolano i rapporti di natura pacifica tra i soggetti internazionali. Nella Risoluzione si fa espresso rinvio peraltro a numerosi strumenti normativi adottati dall'Assemblea generale, dalla Commissione per i Diritti Umani e poi dal Consiglio, o al termine di importanti conferenze convocate sotto l'egida delle Nazioni Unite, il cui dispositivo presenta caratteri di non conformità *de iure* e *de facto*, nella fase attuativa, da parte degli Stati membri del sistema i quali, talvolta, hanno contribuito per l'ulteriore compressione dei diritti umani nei Paesi in via di sviluppo destinatari di dette misure.

In tali circostanze, il Consiglio ha promosso un dibattito incentrato sull'argomento con lo scopo ultimo di rilevarne l'impatto negativo sul godimento dei diritti umani e sull'incentivazione dei processi di sviluppo, nella dimensione commerciale nonché cooperativa. Invero se, da un lato, l'impedimento riscontrato soprattutto per le fasce più deboli di una popolazione è dipeso dall'adozione di misure coercitive unilaterali quali sanzioni economiche, d'altra parte il ricorso di lungo periodo ad esse ha prodotto conseguenze complesse di carattere sociale configurabili quale reale impossibilità di accedere ai servizi essenziali di base, come quelli sanitari.

Per questo motivo, nei lavori del *panel* è stato ribadito con forza l'impegno a non adottare, ad interrompere e a non porre in essere le misure in parola nei confronti degli Stati membri che ne sono stati a suo tempo destinatari a livello territoriale ed extra-territoriale, giacché la componente unilaterale si traduce in pratica in uno strumento di forte pressione politica ed economica impedendo l'esercizio della sovranità da parte delle autorità di governo in modo indipendente ed autonomo nei riguardi della propria popolazione e delle categorie c.d. vulnerabili, *in primis* donne e minori, e le opportunità di promuovere un apprezzabile processo di sviluppo endogeno.

Per parte sua, il sistema onusiano ha riservato particolare attenzione all'argomento deliberando circa l'organizzazione di un *panel* di dibattito con cadenza biennale, l'avvio di un processo di ricerca mirato alla elaborazione di un rapporto contenente apposite raccomandazioni sul tema, la nomina nel settembre 2014 di una Procedura Speciale sul punto, competente per la raccolta di informazioni da fonte di diversa natura, per lo studio del tema nella sua dimensione evolutiva, per la elaborazione di documenti-guida e di raccomandazioni indirizzate all'attenzione degli Stati che in passato hanno adottato misure coercitive unilaterali, in coordinamento con i molteplici Uffici ed organi del sistema che potrebbero coadiuvarlo per il pieno espletamento del suo mandato. I risultati del primo anno di lavoro del Relatore Speciale e le sfide che il tema ha sollecitato sono stati affrontati in occasione dei lavori del *panel*: muovendo dalla considerazione preliminare circa l'efficacia di tali misure e le conseguenti azioni riparatorie in favore delle vittime è stato sollevato, come già si ricordava, il punto inerente la legittimità internazionale delle stesse al di fuori del sistema onusiano e, qualora indispensabili, l'opportunità che esse non assumano una portata generale bensì si configurino quali *targeted* ancorché di carattere eccezionale e temporaneo. In numerosi interventi è stata sollecitata la creazione di un meccanismo di

raccolta e registrazione della casistica produttiva di effetti negativi derivanti dall'adozione delle misure in parola.

L'argomento della c.d. *good governance* nella fornitura di servizi pubblici in funzione della promozione e della protezione dei diritti umani è stato trattato in un secondo *panel* nel quale, a seguito della presentazione di un Rapporto da parte dell'Alto Commissario per i Diritti Umani, gli Stati partecipanti hanno offerto un contributo ricognitivo dei rispettivi assetti nazionali nella prospettiva del rafforzamento degli apparati di governo che presentino caratteri strutturali ed operativi aperti e trasparenti, responsabili e partecipativi, in ossequio al principio della democrazia, che non può non essere declinato in stretta correlazione con il rispetto dei diritti umani per garantire al sistema-paese un processo di crescita economica e di sviluppo sociale ed ambientale realmente sostenibile nel lungo periodo. Qualora non sia possibile riscontrare la compresenza di tali caratteri fondanti, è evidente che il buon governo risulti debole e non susciti alcuna fiducia nell'opinione pubblica, facilitando in tal modo la diffusione di pratiche di corruzione a tutti i livelli, con evidente impatto negativo nel godimento dei diritti umani.

Per far fronte a tali criticità nel *panel* sono stati richiamati gli elementi giuridici di base sui quali la c.d. *good governance* viene costruita e promossa, l'art. 21 della Dichiarazione universale dei diritti dell'uomo e l'art. 25 c) del Patto internazionale sui diritti civili e politici, nei quali si afferma il diritto di ogni cittadino di avere accesso, in condizioni di parità, ai servizi di natura pubblica forniti dal sistema di governo, da cui discende la responsabilità degli organi costitutivi dell'apparato statale di legiferare in tal senso assicurando un alto standard di efficienza, di competenza e di integrità e il contrasto a fenomeni diffusi di corruzione – per il quale si richiede agli Stati di procedere rapidamente per la ratifica della Convenzione delle Nazioni Unite adottata in materia.

Ai sensi della [Risoluzione del Consiglio 6/30](#) si è tenuta, poi, il 15 settembre la Discussione annuale sul tema dell'integrazione della prospettiva di genere nelle politiche nazionali degli Stati membri e delle azioni programmatiche e progettuali delle Nazioni Unite. In linea con i contenuti di molteplici strumenti declaratori e programmatici adottati negli anni pregressi dalla Commissione per i Diritti Umani prima e dal Consiglio poi, che peraltro rinviano al dispositivo di alcuni dei trattati costitutivi del diritto internazionale dei diritti umani con riferimento alla materia di genere, l'obiettivo della Discussione è consistito in via principale nel riprendere l'argomento in continuità con gli aspetti sollevati nel corso della precedente Discussione plenaria, tenutasi a Ginevra nel settembre 2007, seguita da un *panel* organizzato nel settembre 2008 sulle opportunità di integrazione della prospettiva di genere nel quadro delle Procedure Speciali del Consiglio dei Diritti Umani, e da un ulteriore *panel* tenutosi nel settembre 2009 per discutere sulla trattazione di detta prospettiva nell'ambito del meccanismo della Revisione Periodica Universale.

Invero, la Discussione generale 2015 ha tenuto in considerazione tutti gli aspetti ora menzionati, al fine di permettere agli Stati partecipanti di valutare i risultati sinora conseguiti e le azioni da intraprendere nel prossimo futuro per sostenere la prospettiva di genere nel contesto delle attività del sistema onusiano a Ginevra. Dunque, sono stati portati in discussione sub-temi quali:

- la metodologia, ovvero l'approccio d'indagine che porta ad esaminare la componente di genere non soltanto in relazione alla mancata o parziale applicazione del principio di non discriminazione, ma anche alle forme di discriminazione multipla che impediscono alle donne di esercitare appieno i propri diritti e di contribuire fattivamente per la definizione delle strategie, delle politiche e dei programmi di sviluppo nella dimensione femminile,

ricoprendo importanti ruoli decisionali ed operativi in tal senso – anche nelle stesse Nazioni Unite;

- il linguaggio, strumentale nella elaborazione, interpretazione ed attuazione del diritto internazionale dei diritti umani in una prospettiva di genere;
- la raccolta di dati, informazioni, esperienze e buone pratiche, da sistematizzare sul piano internazionale, regionale e nazionale;
- l'attribuzione di una rilevanza specifica alla dimensione di genere in riferimento alle posizioni apicali e non, di programmazione, monitoraggio ed azione delle donne facenti parte di contingenti militari che intervengono per la prevenzione e la risoluzione dei conflitti sotto l'egida delle Nazioni Unite;
- l'intervento, in forma di dibattito, di produzione normativa e programmatica, di cooperazione inter-organica, posto in essere dalle Agenzie, dai Programmi, dai Fondi e dagli Uffici delle Nazioni Unite in qualche modo competenti sul tema dei diritti di genere, con particolare rilevanza per il sistema onusiano di Ginevra (Consiglio dei Diritti Umani, Procedure Speciali, *Treaty Bodies* e *Advisory Committee*).

In ultimo, molteplici dibattiti interattivi hanno avuto ad oggetto le situazioni-paese ritenute particolarmente critiche per la situazione dei diritti umani in esse registrata e per il mancato o debole intervento del sistema onusiano: i casi siriano, ucraino e libico. In riferimento a quest'ultimo, peraltro, va segnalata la fase conclusiva della Revisione Periodica Universale – II ciclo, rispetto alla quale il Paese ha ricevuto in totale 202 raccomandazioni, le quali sono state formalmente accettate (161) o 'noted' (31) ovvero poste in valutazione per comprendere l'opportunità di recepirle e dunque di impegnarsi a garantirne la piena esecuzione sul piano interno ([Outcome UPR Libia](#)).

Le informazioni ora riportate permettono di avere un quadro aggiornato dell'attività del Consiglio dei Diritti Umani e tuttavia sollecitano una riflessione più ampia, proposta in questo numero dell'Osservatorio, per quanto attiene due *items* affrontati in modo limitato nei lavori della 30^a Sessione giacché dibattuti in dettaglio in quella precedente e affatto esauriti per le ulteriori novità emerse anche dopo la conclusione della 29^a Sessione nel quadro delle relazioni internazionali, con particolare rilievo per le aree mediterranea e mediorientale: il contrasto al traffico di esseri umani, componente drammaticamente attiva nel contesto più ampio del fenomeno migratorio illegale, gli effetti derivanti dal ricorso a misure coercitive unilaterali di portata sanzionatoria nei confronti della Repubblica islamica dell'Iran ed il nuovo corso delineato dall'accordo siglato con gli Stati Uniti sulla situazione complessiva dei diritti umani (anche in considerazione del recente secondo esercizio della Revisione Periodica Universale, concluso nel marzo 2015).

2. La componente tematica. Il contrasto al traffico di esseri umani: priorità operative del nuovo Relatore Speciale enunciate in occasione dei lavori della 29^a Sessione del Consiglio dei Diritti Umani

Ritornando ai lavori della 29^a Sessione del Consiglio dei Diritti Umani, un primo argomento di rilievo tematico che ha assunto una notevole importanza, sia per l'attualità dei contenuti che saranno affrontati a breve sia per la nazionalità della Procedura Speciale competente, è il contrasto al traffico di esseri umani.

Nel 2014 è stato celebrato il decennale della creazione del mandato in parola, creato con [Risoluzione dell'allora Commissione per i Diritti Umani 2004/110](#) con lo specifico incarico di occuparsi del traffico di donne e minori in quanto vittime potenziali o reali delle

attività criminose condotte dai trafficanti. In questa occasione, il mandato è stato rinnovato dal Consiglio dei Diritti Umani per un ulteriore triennio con [Risoluzione 26/8](#), preservandosi le sue funzioni procedurali quali la ricezione di comunicazioni individuali e la procedura d'indagine che ne segue, la conduzione di visite in loco nei Paesi interessati dal fenomeno ai quali indirizzare apposite raccomandazioni per porre fine alle attività criminose, la presentazione di un Rapporto annuale al Consiglio dei Diritti Umani.

Nel corso del precedente decennio sono emersi alcuni aspetti che hanno consentito alla Procedura di integrare ed adattare il mandato alle circostanze ed alle peculiarità che il fenomeno ha assunto progressivamente al livello globale.

Innanzitutto, la Procedura ha categorizzato i fattori più rilevanti del traffico di esseri umani per sollecitare gli Stati ad adottare adeguate misure ad impatto preventivo e repressivo:

- il diritto delle vittime a ricevere assistenza, protezione e sostegno: la condizione specifica delle vittime è stata esaminata dalla Procedura in una dimensione prettamente giuridica, ovvero nell'azione complessa che si sostanzia nella identificazione della vittima e della sua salvaguardia in relazione al suo *status*, aspetto spesso trascurato o sovrapposto alla condizione di irregolarità in cui la vittima si trova, venendo sottoposta a misure limitative della libertà e della sicurezza personale se non anche a misure repressive; simili preoccupazioni sono state espresse dalla Procedura allorché il fenomeno ha assunto una connotazione dimensionale marcata per quanto concerne gli uomini vittime di traffico e, ancora una volta, la lacuna giuridica inerente lo *status* delle vittime non donne;

- il diritto delle vittime ad una adeguata compensazione: se non adeguatamente garantito, tale diritto implica facilmente, come rilevato dalla Procedura, una reiterazione dell'atto criminoso; simili preoccupazioni sono state formulate quanto alla frammentazione delle misure compensative, portando la Procedura ad elaborare una serie di principi di base muovendo dal *gap* esistente tra disciplina normativa internazionale e legislazioni nazionali, e declinando il diritto in modo omnicomprensivo (la riparazione consta della restituzione, della compensazione, della soddisfazione e delle garanzie di non ripetizione) nel contesto civile, penale nonché amministrativo, assicurando alla vittima accesso alle informazioni, assistenza legale e facilitazioni per la regolarizzazione dello *status* allorché essa sia straniera;

- la protezione dei diritti umani delle vittime nel sistema di giustizia penale: sotto questo profilo la Procedura ha notato che alcuni Stati non hanno assunto un atteggiamento costruttivo, ritenendo le raccomandazioni non pertinenti rispetto al tema della protezione dei diritti delle vittime; eppure, soltanto attraverso il rafforzamento di un apparato preesistente o la creazione di un assetto organico che intenda contrastare il fenomeno a tutela delle vittime ampliando la sfera d'azione – dunque il sistema della giustizia penale – è plausibile che gli Stati riescano a prevenire e a fronteggiare il traffico di esseri umani;

- la prevenzione del fenomeno e la definizione di appropriate strategie di contrasto: si tratta, ad avviso della Procedura, di due azioni fortemente intercorrelate che possono tradursi nel concetto di *due diligence* a carico dello Stato nel creare opportunità atte, per esempio, a facilitare percorsi di migrazione legale nei Paesi d'origine e di destinazione dei flussi, a emendare in funzione rafforzativa la legislazione nazionale in materia di lavoro per combattere il ciclo di sfruttamento, a coordinare gli interventi pubblico-privato giacché non si può affatto escludere a priori che il traffico di esseri umani sia gestito da attori privati, a promuovere adeguate attività di informazione e di sensibilizzazione dell'opinione pubblica sul fenomeno;

- il fenomeno del traffico di organi di esseri umani: si tratta di una recente caratterizzazione del fenomeno in parola che esulava originariamente dal mandato della Procedura e che tuttavia, in conseguenza della pericolosa dimensione assunta, è stata oggetto di attenzione nelle consultazioni condotte dalla Procedura con esperti del settore.

Nella fase temporale più recente, come già ricordato *supra*, il mandato della Procedura Speciale è stato rinnovato ed assunto a partire dal giugno 2014 da Maria Grazia Giammarinaro, figura di rilievo nel panorama nazionale ed internazionale e già sia Rappresentante Speciale e Coordinatore per la materia nel sistema OSCE sia Direttore Generale nella Direzione Giustizia, Libertà e Sicurezza della Commissione europea per il contrasto al traffico di esseri umani ed allo sfruttamento sessuale minorile.

Il Relatore Speciale è intervenuta in due differenti occasioni in sede di Consiglio dei Diritti Umani.

Nella prima, il 19 giugno 2015, ha presentato il suo Rapporto annuale ([Doc. A/HRC/29/38](#)), sollecitando gli Stati ad assicurare l'adozione di adeguate misure politiche e programmatiche nel contrasto al fenomeno del traffico legato ai flussi migratori e al potenziale duplice *status* delle vittime in quanto migranti e rifugiati in un Paese di transito o di destinazione. In simili circostanze, come osservato dal Relatore Speciale, il traffico è causa di conseguente sfruttamento lavorativo - quale nuova forma contemporanea di schiavitù - che facilita il trafficante e lo sfruttatore, incentivandone la correlazione criminosa che poggia sulla debolezza intrinseca della vittima.

In occasione della Giornata Mondiale contro il Traffico di esseri umani, il 30 luglio 2015, il Relatore Speciale ha poi sottolineato che il contrasto al fenomeno non richiede soltanto misure di carattere legislativo bensì una strategia preventiva che ne valuti l'impatto negativo e, *a contrario*, positivo - sia economico che sociale - derivante dal coinvolgimento delle vittime migrate e giunte in un Paese altro da quello d'origine. In questa prospettiva, gli attori pubblici e privati sono chiamati a definire nuove politiche, contraddistinte da coerenza e da volontà cooperativa che assicurino alla vittima, ancorché migrante, immediato accesso all'assistenza legale, ai servizi sanitari basilari e a tutte le altre misure di sostegno per il pieno esercizio dei diritti di cui sono titolari.

3. La componente geografica. La situazione dei diritti umani nella Repubblica islamica dell'Iran: l'attenzione riservata al tema dalle Procedure Speciali e il meccanismo della Revisione Periodica Universale sul sistema-paese

Diversamente dall'approccio utilizzato dal Relatore Speciale sul traffico di esseri umani, nel sistema onusiano di Ginevra il monitoraggio circa la situazione dei diritti umani in un determinato Paese consta di un complesso insieme di azioni rimesse in capo al Consiglio dei Diritti Umani e alle Procedure Speciali dotate di mandato sia geografico sia, talora, tematico.

E' il caso della Repubblica islamica dell'Iran, sottoposta tra il 2014 ed il 2015 alla verifica inerente il rispetto dei diritti umani rappresentata dal meccanismo della Revisione Periodica Universale e chiamata in causa di recente in due interventi dei Relatori Speciali competenti, rispettivamente, in materia di impatto negativo delle misure coercitive unilaterali sul godimento dei diritti umani e in riferimento alla condizione del sistema-paese nell'ambito dei lavori della 29^a Sessione del Consiglio dei Diritti Umani.

In sede di Revisione Periodica Universale - II ciclo, l'Iran è stato esaminato nella 27^a Sessione del competente Gruppo di Lavoro, il 31 ottobre 2014 alla presenza dei tre co-

facilitatori: Argentina, Romania e Filippine. Al termine della Sessione, il 4 novembre, il Gruppo ha adottato il relativo rapporto di analisi, sulla scorta dei tre documenti-base: il Rapporto nazionale ([Doc. A/HRC/WG.6/20/IRN/1](#)), il documento predisposto dall'Ufficio dell'Alto Commissario sulla scorta dei documenti adottati dagli organismi del sistema Nazioni Unite ([Doc. A/HRC/WG.6/20/IRN/2](#)), il documento predisposto dal medesimo Ufficio che include i materiali pervenuti dalla società civile ([Doc. A/HRC/WG.6/20/IRN/3](#)).

Nel corso della discussione la delegazione iraniana, in linea con la natura del meccanismo ovvero la effettiva condizione di eguaglianza di tutti gli Stati membri delle Nazioni Unite sottoposti ad esame, ha affermato la rilevanza del principio del rispetto dei valori, delle tradizioni e delle culture anche e soprattutto in riferimento al diritto internazionale dei diritti umani. Tale principio ha ispirato il Paese per l'attuazione dei seguiti del I ciclo e continua ad essere fondamentale nella definizione ed esecuzione delle politiche nazionali attinenti i diritti umani, con particolare attenzione per i diritti economici, sociali e culturali, i diritti di cui sono titolari donne e minori, i diritti della difesa.

A conclusione del II ciclo, l'Iran ha ricevuto 291 raccomandazioni e, nella fase di adozione del rapporto nella Sessione plenaria del Consiglio, il 19 marzo scorso, ne ha accettate 130 e ne ha 'noted' 161.

La posizione critica *vs.* il sistema onusiano è stata manifestata in questa sede con particolare riguardo alla 'inutilità' del mandato del Relatore Speciale geografico, a partire dalla data di esercizio del mandato nel giugno 2012 mediante risoluzione definita una "political, selective and unjust decision" e, al contempo, anche la Procedura Speciale competente per le misure coercitive unilaterali è stata considerata non particolarmente efficace in relazione alla situazione dei diritti umani in Iran.

La risposta del sistema di Ginevra non è mancata ed è rintracciabile in tre passaggi significativi i cui seguiti dovranno essere monitorati con grande attenzione:

- l'adozione della Risoluzione 28/21 del 27 marzo 2015 da parte del Consiglio dei Diritti Umani ([Doc. A/HRC/RES/28/21](#)), mediante la quale il mandato della Procedura Speciale geografica viene prolungato per un anno e alla stessa si richiede di produrre il rapporto che verrà presentato e discusso nella 31^a Sessione del Consiglio;
- la nomina di Idriss Jazairy quale nuovo Relatore Speciale, dal 1° maggio 2015, in materia di impatto negativo delle misure coercitive unilaterali sul godimento dei diritti umani, seguita da una sua recente dichiarazione del 14 luglio avente ad oggetto le conseguenze derivanti dalla firma dell'accordo tra la Repubblica islamica dell'Iran ed il c.d. Gruppo dei P5+1 (Cina, Francia, Federazione russa, Regno Unito, Stati Uniti e Germania), funzionale alla sospensione delle misure sanzionatorie nei confronti del Paese, e particolarmente significative per la situazione dei diritti umani (richiamando esplicitamente il diritto al cibo, il diritto alla salute e il diritto allo sviluppo);
- l'intervento, il 15 luglio 2015, del Relatore Speciale geografico, Ahmed Shaheed, circa le opportunità derivanti dal predetto accordo in favore del Paese, soprattutto per il godimento dei diritti economici, sociali e culturali nel prossimo futuro.

CRISTIANA CARLETTI



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 L'UNION AFRICAINE N. 4/2015

1. INTRODUCTION

L'Afrique a connu lors des derniers mois un certain nombre de faits tragiques qui ont suscité l'indignation dans tous les pays du monde. Des événements qui marquent une escalade de la violence et de la contre-violence, une spirale à laquelle s'ajoute l'ascension du fait terroriste, un phénomène qui prend de plus en plus d'ampleur, dans les pays de l'Afrique, spécialement en Tunisie, en Libye et au Kenya où il a frappé fort, faisant des morts au sein de civils innocents.

A cela s'ajoute les problèmes de violence et d'instabilité qui frappent le continent et qui rendent la situation encore plus chaotique, surtout dans les pays déchirés par la guerre civile comme le Burkina-Faso et le Burundi. La situation humanitaire y est plus qu'alarmante. A la lumière du droit international, ces trois événements sont des violations criantes du droit des droits de l'homme et du droit international humanitaire, puisqu'ils constituent des crimes contre l'humanité.

Par ailleurs, le Protocole de Malabo, s'il entrera en vigueur, viendra apporter de nouveaux amendements au Protocole sur le Statut de la Cour africaine des droits de l'Homme et des peuples, notamment pour devenir la Cour africaine de justice, des droits de l'Homme et des peuples.

HAJER GUELDICH



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 L'UNION AFRICAINE N. 4/2015

2. LES RÉCENTES ATTAQUES TERRORISTES EN TUNISIE, EN LIBYE ET AU KENYA: DES CRIMES CONTRE L'HUMANITE AU REGARD DU DROIT INTERNATIONAL

Un certain nombre de faits tragiques a eu lieu en Afrique au cours des mois de mars, d'avril 2015 et de juin.

En Tunisie, l'attaque terroriste du Musée national de Bardo survenu le 18 mars 2015, revendiqué par ce qu'on appelle «l'Etat islamique», a coûté la vie à 23 personnes dont 20 touristes étrangers et trois Tunisiens. En outre, 44 personnes ont été blessées, dont six grièvement. Les autorités tunisiennes ont arrêté neuf suspects suite à cette attaque. Les deux terroristes qui ont commis le crime ont été liquidés.

Cette attaque terroriste vient, pour la première fois, semer la vie de personnes civiles innocentes, la plupart des touristes venus découvrir la Tunisie et le Musée du Bardo. Un élan de solidarité au niveau national et international, de plusieurs pays a témoigné de l'indignation et de la colère exprimées à l'égard de ce fléau qu'est le terrorisme.

Quelques jours après, précisément le 2 avril 2015, le terrorisme frappe un autre pays africain, le Kenya. Après les attaques revendiquées par le groupe terroriste «Al-shabab» et commis contre l'Université de Garissa au nord du Kenya, le groupe armé «Al-shabab» a émis un communiqué où il explique que l'attaque du 2 avril 2015 contre l'Université de Garissa ayant fait 148 victimes a été exécutée en représailles à des meurtres commis par les troupes kenyanes qui combattent les rebelles en Somalie. Le groupe terroriste «Al-shabab» menace le Kenya d'autres attentats semblables à celui de Garissa tant qu'il n'aura pas retiré ses troupes de Somalie.

En outre, le peuple kenyan, à la suite de la malheureuse attaque de l'Université de Garissa perpétrée le 2 avril 2015, a exprimé son soutien à tous les efforts en cours visant à combattre le fléau du terrorisme et l'extrémisme violent.

Le 19 avril 2015, des chrétiens d'Éthiopie, au nombre de 28, ont été exécutés par ce qu'on dénomme «L'État islamique». La scène s'est déroulée en Libye, deux mois après l'assassinat de 21 chrétiens coptes, qui avait provoqué [une réaction armée du Caire](#). Cette nouvelle vidéo dure 29 minutes et les images montrent deux groupes de «fidèles de l'Église éthiopienne ennemie». Au moins 12 hommes d'un premier groupe sont égorgés sur une plage tandis qu'au moins 16 d'un second groupe sont tués par balles à bout portant dans une zone désertique indéterminée.

L'enregistrement porte le logo de l'État islamique. La mise en scène présente des similarités avec la précédente vidéo de la décapitation des 21 coptes. Les 12 hommes, vêtus de combinaisons orange, sont amenés sur une plage avant d'être couchés au sol et décapités au couteau. Un homme habillé en noir s'exprime en anglais alors que les autres bourreaux, un derrière chaque prisonnier, sont intégralement vêtus de treillis militaires et silencieux. Tous sont masqués. L'orateur menace les chrétiens s'ils ne convertissent pas à l'islam.

Par ailleurs, en Afrique du sud, les attaques xénophobes contre les étrangers, pour la plupart d'autres Africains, fin avril 2015, ont été menées par une petite partie de la société sud-africaine. Mais les sud-africains, pour la grande majorité, sont des gens pacifiques, respectueux de la loi, qui sont conscients de leurs obligations envers les autres et envers toutes les personnes qui se trouvent sur leur territoire, que ce soit par choix ou par circonstance, pour une durée courte ou longue.

Pendant ces événements, des ressortissants étrangers installés dans la ville de Durban, en majorité des Africains, sont la cible d'attaques répétées. Plusieurs dizaines de commerces tenus par des Somaliens ont été pillés lundi 13 avril. Le bilan de la police fait état de 4 morts. Des événements survenus quelques jours après que le roi des Zoulous, Goodwill Zwelithini, la plus haute autorité traditionnelle du KwaZulu-Natal - la province où est située Durban -, eut appelé les étrangers à "faire leurs bagages et quitter" l'Afrique du Sud.

De leur côté, les djihadistes d'Al-Shabbaab, liés à al-Qaïda, prennent d'assaut un camp de la mission de l'Union africaine en Somalie, en juin 2015, tuant des dizaines de soldats burundais.

Le terrorisme a frappé encore une fois en Tunisie, lorsque le 26 juin 2015 dans la station balnéaire de Port El-Kantaoui près de Sousse, en Tunisie, une attaque terroriste revendiquée par l'«État islamique» a fait 39 morts et 39 blessés, la plus part des touristes. Un coup dur frappe l'économie tunisienne, une économie déjà fragilisée par quatre années de transition, et un tourisme complètement paralysée après les deux attaques du Bardo et de Sousse.

Voici des événements qui mettent au cœur des débats la question de lutte contre le terrorisme, la question des combattants étrangers et la question de cybercriminalité.

Le terrorisme est un crime mondial qui exige une forte coopération internationale. Mais pas seulement, elle se fera tant aux niveaux international, régional, sous-régional et bilatéral afin d'identifier les combattants terroristes étrangers, les empêcher de quitter ou de traverser le territoire d'un État Membre ou d'y pénétrer, prévenir le financement, la mobilisation, le recrutement et l'organisation des combattants terroristes étrangers. Les États sont aussi invités à redoubler d'efforts dans la mise en œuvre de programmes de déradicalisation et à veiller à ce que quiconque participe au financement, à la planification, à la préparation ou à la perpétration d'actes terroristes ou à l'appui à de tels actes soit traduit en justice.

Les combattants étrangers étant dans la plupart des cas recrutés par Internet, la question de la cybercriminalité est aujourd'hui à l'ordre du jour. Tous les pays font face à des défis complexes pour enquêter et collecter les preuves dans un environnement numérique où les méthodes traditionnelles de la coopération internationale sont assez souvent inefficaces. D'où la nécessité de développer un cadre juridique véritablement mondial, ou même régional, au niveau du continent africain. Il est primordial de prévenir et combattre les actes criminels commis sur Internet et s'attacher à fournir une assistance technique afin que les autorités nationales soient mieux à même de faire face à la

cybercriminalité, notamment de prévenir cette criminalité sous toutes ses formes, la détecter, enquêter à son sujet et en poursuivre les auteurs.

Parallèlement à la lutte contre le terrorisme et la lutte contre la cybercriminalité, il y a aussi la lutte contre la corruption et la criminalité organisée. Cette dernière menace la sécurité nationale, d'autant plus qu'elle évolue constamment. En effet, les nouvelles technologies, l'ouverture des frontières et la facilité avec laquelle on voyage et on communique ont conduit à des formes plus souples de criminalité organisée. C'est la raison pour laquelle une coopération internationale respectueuse de la souveraineté des États, la création d'un mécanisme rapide d'entraide, le partage d'informations et la facilitation des extraditions sont des solutions urgentes pour combattre ce phénomène.

En dépit de l'existence des déclarations, des conventions internationales et autres documents, le déni et l'impunité pour les crimes les plus graves dont le crime de génocide et les crimes contre l'humanité ne sont toujours pas examinés. Les efforts des terroristes, y compris les combattants étrangers, pour dépouiller les groupes ethniques ou religieux de leur vie, de leurs biens, de leur religion, de leur culture et de leur mémoire peuvent en effet être qualifiés de crimes contre l'humanité et contre la civilisation.

Devant ces défis, les États africains doivent déployer des efforts considérables pour améliorer leurs cadres institutionnel et judiciaire de la prévention du crime et de la justice pénale.

En conclusion, il faut souligner le manque de capacités pour la mise en œuvre des instruments internationaux et régionaux sur la prévention du crime et la justice pénale.

Il faut aussi insister sur la responsabilité partagée de combattre le terrorisme, un phénomène qui a pris une tournure dangereuse, ces derniers temps, un phénomène multidimensionnel qui doit être traité sur une base globale, dans le cadre d'une conférence des Nations Unies qui élaborerait un accord global international et qui s'accorderait sur une définition commune du terrorisme.

HAJER GUELDICH



OBSERVATOIRE SUR L'UNION AFRICAINE N. 4/2015

3. PROTOCOLE PORTANT AMENDEMENTS AU PROTOCOLE SUR LE STATUT DE LA COUR AFRICAINE DE JUSTICE ET DES DROITS DE L'HOMME (PROTOCOLE DE MALABO)

Au cours du Sommet de janvier 2015, les ministres des pays membres de l'Union Africaine (UA) manifestaient solennellement leur désir de créer une Cour africaine de justice et des droits de l'homme (Cour africaine de justice). Cette annonce intervient suite à plusieurs contestations à l'égard du rôle biaisé joué par la Cour pénale internationale (CPI), particulièrement lors des jugements des dirigeants africains.

La création de cette Cour suscite plusieurs préoccupations. Maintenant que l'Afrique est composée de plusieurs États avec différentes pratiques judiciaires, pour quel système juridique optera la Cour africaine afin de rendre ses jugements? Comment seront sélectionnés les juges, et ces derniers seront-ils indépendants et impartiaux, à l'abri des caprices particuliers des chefs d'États d'Afrique? Tous les États membres vont-ils soutenir financièrement le fonctionnement de ce tribunal ou ce dernier doit-il dépendre de l'aide étrangère, à l'image de plusieurs organismes régionaux sur le continent?

A l'origine, en 2004, l'Assemblée des Chefs d'État et de Gouvernement de l'UA (Sommet de l'UA) a pris la décision de fusionner l'actuelle cour (Cour africaine des droits de l'Homme et des peuples) et une autre cour en projet (la Cour de justice de l'UA), qui devrait être mise en place au titre de l'Acte constitutif de l'UA de 2002, et un Protocole relatif à la Cour de justice de l'UA de 2003. Ces deux cours seraient fusionnées en une nouvelle Cour africaine de justice et des droits de l'homme qui hériterait notamment des compétences de l'actuelle Cour en matière des droits de l'homme.

À cet effet, les États membres de l'UA ont adopté un nouveau protocole en 2008 qui est le Protocole relatif au Statut de la Cour africaine de justice et des droits de l'homme (Protocole de 2008 ou «Protocole relatif à la fusion»). Ce dernier n'est pas encore entré en vigueur car il n'a pas bénéficié du nombre minimum de ratification par les États membres, puisqu'il faut 15 ratifications, or sur 30 signatures, seuls 5 États ont ratifié ce protocole (Bénin, Burkina-Faso, Congo, Kenya, Mali).

Lors du Sommet de Malabo, au regard des tensions existantes entre l'UA et la Cour pénale internationale (CPI), le protocole sur le statut de la Cour africaine de justice et des droits de l'homme a été modifié. La Cour africaine de justice et des droits de l'homme est

prévue par le protocole portant statut de la Cour africaine de justice et des droits de l'homme, adopté le 1er juillet 2008 par la 11e Session ordinaire de la Conférence de l'UA.

Entre temps, au travers d'une série de décisions prises à partir de janvier 2009, le Sommet de l'UA a instruit la CUA d'étudier, de concert avec la CAfDHP et la CADHP, la possibilité d'élargir les compétences de la Cour africaine pour intégrer les crimes internationaux graves dans son système pénal.

Le protocole prévoit la mise en place d'une nouvelle cour à trois compétences: une compétence dans le domaine des droits de l'homme et des peuples (transférée de l'actuelle cour), une compétence en matière d'«affaires générales» (transférée du «Protocole de fusion»), et une nouvelle compétence en matière pénale internationale.

La compétence additionnelle concerne quatorze crimes qui constituent une préoccupation majeure pour les États africains et l'UA. Il s'agit de génocide, crimes contre l'humanité, crimes de guerre, crime de changement anticonstitutionnel de gouvernement, piraterie, terrorisme, mercenariat, corruption, blanchiment d'argent, traite d'êtres humains, trafic de stupéfiants, trafic de déchets dangereux, exploitation illégale des ressources naturelles et crime d'agression.

La compétence pénale compléterait les compétences nationales et ne serait utilisée que si les États membres qui ont ratifié l'instrument juridique établissant la compétence pénale n'ont vraiment pas la capacité ou la volonté d'exercer leur compétence à l'égard d'individus coupables de tout crime relevant de la Cour.

Ors des sessions ordinaires de juillet 2012 et de janvier 2013, les organes directeurs de l'UA ont demandé l'organisation de davantage de consultations sur le crime de changement anticonstitutionnel de gouvernement en projet (ou, plus précisément, une proposition visant à élaborer une clause qui prévoirait que les soulèvements populaires ne soient pas érigés en infraction) et sur les éventuelles incidences structurelles et financières de l'élargissement des compétences de la cour.

A ce jour, onze États africains ont déjà signé le protocole relatif à la création de la Cour africaine de justice pour se pencher sur les affaires pénales reprochées à la CPI. En fait, quatorze États sont censés signer le protocole mentionné ci-dessus pour que la Cour africaine de justice devienne opérationnelle.

Il est indéniable que la Cour africaine de justice aura comme principal défi le traitement des demandes de justice émanant de plusieurs systèmes différents, notamment de droit civil et en particulier de droit commun ou de Common Law. L'Afrique est composée d'États avec des systèmes juridiques divergents surtout quand il s'agit de rendre justice dans les affaires portant sur les crimes contre l'humanité.

L'expérience a montré que le pouvoir judiciaire en Afrique demeure toujours insuffisamment indépendant. Les juges sont encore nommés par les Chefs d'État. Même au niveau régional, les juges, en particulier ceux officiant à la Cour africaine des droits de l'homme et des peuples, doivent au préalable avoir l'approbation de leurs chefs d'États. En réalité, ce fait reste une aberration au regard de l'impératif d'indépendance et d'impartialité des décisions judiciaires sur le continent et, évidemment, à l'égard de la réussite de la Cour africaine de justice envisagée.

Certains analystes soutiennent que la Cour africaine de justice peut être un paravent pour servir l'impunité des chefs et des hommes d'État africains, soucieux de leur pouvoir et déterminés à rester le plus longtemps possible à la tête du pouvoir, dans leurs pays respectifs.

De manière générale, la cour est conçue pour travailler en complémentarité avec d'autres cours et tribunaux internationaux avec lesquels elle partagerait ses compétences. Il s'agit notamment, de la Cour internationale de justice (CIJ), de la Cour pénale internationale (CPI) et des cours des différentes communautés économiques régionales (CER). Néanmoins, à voir de plus près le Protocole de Malabo, on peut constater que les amendements du Sommet de Malabo portent sur le protocole de 2008 qui n'est toujours pas en vigueur. L'article 46 bis- a confère «une immunité aux chefs d'État durant la totalité de leur mandat, y compris pour des chefs d'inculpations de génocide, de crimes de guerre et de crimes contre l'humanité». Ainsi qu'à «tout autre haut représentant de l'État». Cette disposition a retenu l'attention des médias et des ONG qui l'ont critiqué non pas d'un point de vue juridique, mais d'un point de vue moral en spécifiant que c'est un «immense pas en arrière».

C'est donc cet article 46a bis du Protocole portant statut de la Cour africaine de justice et des droits de l'homme qui a été modifié, afin de permettre non seulement aux chefs d'État ou de gouvernement en exercice, mais également à tout autre haut responsable, sur la base de leurs fonctions et pendant la durée de leur mandat, qu'aucune charge ne puisse être retenue ou maintenue contre eux devant cette Cour.

Cette décision, adoptée par les chefs d'État et de gouvernement de l'Union africaine, est en totale contradiction avec le principe de complémentarité de la Cour pénale internationale. Cette dernière, en vertu de l'article 17 du Statut de Rome, a été créée pour poursuivre les auteurs de crimes internationaux lorsque les États n'ont pas la volonté ou la capacité de le faire eux-mêmes. Pourtant, en décidant d'accorder l'immunité aux dirigeants et hauts responsables en exercice pour toute implication dans des crimes internationaux, les chefs d'État et de gouvernement de l'Union africaine ont pris une décision incompatible avec l'article 27 du Statut de Rome, qui prévoit le défaut de pertinence de la qualité officielle devant la CPI.

De cette manière, la CPI ne saurait considérer que les critères du principe de complémentarité sont remplis par ces États. L'exercice de la compétence de la Cour africaine de justice et des droits de l'homme ne pourrait donc empêcher la CPI de poursuivre et de juger les hauts dirigeants africains en exercice soupçonnés d'être impliqués dans des crimes internationaux, puisqu'elle ne devrait se fier qu'aux seules conditions fixées par le Statut de Rome. C'est d'ailleurs la seule solution qu'il restera aux victimes de ces crimes, ce qui est un véritable paradoxe au vu de l'objectif souhaité par l'Union africaine lorsqu'elle a élaboré le projet d'une Cour africaine de justice et des droits de l'homme : faire en sorte que la CPI n'ait plus à s'intéresser aux situations africaines.

Outre le Statut de Rome, cette décision va également à l'encontre de l'Acte constitutif de l'Union africaine. En effet, selon son article 4 (o), parmi les principes mêmes de fonctionnement de l'Union africaine se trouve le «*[r]espect du caractère sacro-saint de la vie humaine et [la] condamnation et [le] rejet de l'impunité [...]*». Décider que les dirigeants et hauts responsables en exercice ne pourront être poursuivis pour leur implication dans des crimes internationaux revient pourtant à consacrer une impunité de facto pour ces crimes, du moins au niveau continental.

Il y a également la tendance du continent à être isolé dans une époque où domine la mondialisation. La création de la Cour africaine de justice ne devrait pas être détournée en une manœuvre pour que le continent soit marginalisé, en particulier quand il s'agit de faire des affaires avec l'Occident.

L'Union africaine se plaint du fait que seules des affaires africaines fassent l'objet de situations devant la CPI. L'Afrique aurait pu, grâce à l'extension de la compétence de la Cour africaine de justice et des droits de l'homme, s'approprier la poursuite et le jugement de telles affaires. On voit mal cependant comment la décision qui a été prise pendant le 23^e Sommet de l'Union africaine pourra permettre à cette Cour de poursuivre un tel objectif. Les tribunaux pénaux internationaux ont, en effet, pour objet de s'intéresser aux principaux responsables des crimes internationaux, parmi lesquels figurent les hauts dirigeants. Mais si cette Cour africaine n'a pas la compétence de poursuivre les plus hauts responsables en exercice, comment peut-on alors la qualifier de Cour de justice?

Par conséquent, il est fondamental que les États membres de l'Union africaine, qui n'ont pas su s'opposer à l'adoption d'une telle mesure, appellent à un nouvel amendement du Protocole portant statut de la Cour africaine de justice et des droits de l'homme. Seule la multiplication de ce genre d'initiatives étatiques serait susceptible de faire changer de position l'Union africaine à ce sujet. Une position très mitigée et encore discutée et contestée, même au sein de l'Union africaine.

Ceci dit, les chefs d'État et de gouvernement de l'Union africaine devraient refuser l'application de cette mesure, notamment en prévoyant, dans leur droit interne, le défaut de pertinence de la qualité officielle. Ils devraient montrer à leurs populations qu'ils refusent d'être considérés comme intouchables et de pouvoir commettre des crimes internationaux en toute impunité, plutôt que de freiner toute avancée dans la lutte contre l'impunité en Afrique.

L'investissement de l'Union africaine dans un système régional de justice pénale n'est, par ailleurs, pas une avancée si l'impunité est garantie aux dirigeants en exercice en Afrique et si les chefs des États d'Afrique veulent juste une Cour de justice qui fait écho aux dysfonctionnements des tribunaux nationaux actuellement entachés avec des juges insuffisamment indépendants et impartiaux, cette nouvelle institution judiciaire ne serait alors qu'un moyen d'échapper à la justice internationale. La Cour africaine de justice doit être suffisamment indépendante et impartiale, mais aussi financièrement indépendante. C'est ce qui revient à dire que cette institution judiciaire doit également être en mesure de juger les chefs des États d'Afrique, sans crainte ni favoritisme, ce qui est loin d'être acquis.

HAJER GUELDICH



OBSERVATOIRE SUR LE CONTENTIEUX EUROPEEN DES DROITS DE L'HOMME N. 4/2015

1. ARRÊT DU 27 JANVIER 2015, *ROHLENA C. RÉPUBLIQUE TCHÈQUE*

Faits

1. L'affaire concerne la condamnation du requérant pour cause d'infraction pénale continuée de maltraitance sur personne vivant sous le même toit, dans le cas d'espèce son épouse. Le requérant a soutenu, en particulier, que sa condamnation englobait ses agissements antérieurs à l'introduction de cette infraction dans la loi, le 1er juin 2004.

La Cour suprême confirma la qualification juridique, retenue par les juridictions inférieures, de maltraitance sur personne vivant sous le même toit, au sens de l'article 215a du code pénal, tel qu'en vigueur à compter du 1er juin 2004, et elle appliqua cette disposition également aux sévices infligés par le requérant à son épouse avant cette date. Elle estima donc que l'article 215a s'appliquait aussi aux faits d'agression antérieurs, pourvu que ceux-ci fussent pénalement réprimés par la précédente loi et conclut également, au vu du dossier, que les agissements de l'accusé réunissaient tous les éléments légaux de l'infraction de maltraitance sur personne vivant sous un même toit au sens de l'article 215a §§ 1 et 2 b) du code pénal.

Alléguant la violation de l'article 7 de la Convention, le requérant soutient premièrement, que ses agissements antérieurs au 1er juin 2004 n'étaient pas punissables en vertu de la loi pénale applicable à la date de leur commission puisque, d'après lui, ils ne réunissaient pas les éléments constitutifs des infractions évoquées par les autorités et ne pouvaient s'analyser qu'en des contraventions, et, deuxièmement, que les différents faits d'agression commis par lui ne pouvaient être qualifiés d'infraction continuée.

Droit

2. Quant au principe de légalité de l'infraction pénale (*Nullum crimen, nulla poena sine lege*) la Cour rappelle, en particulier, ce qui suit (par. 50):

- l'article 7 de la Convention ne se borne pas à prohiber l'application rétroactive du droit pénal au désavantage de l'accusé, il consacre aussi, de manière plus générale, le principe de la légalité des délits et des peines «*nullum crimen, nulla poena sine lege*»;
- s'il interdit en particulier d'étendre le champ d'application des infractions existantes à des

faits qui, antérieurement, ne constituaient pas des infractions, la disposition précitée commande en outre de ne pas appliquer la loi pénale de manière extensive au détriment de l'accusé, par exemple par analogie.

Il s'ensuit donc que la loi doit définir clairement les infractions et les peines qui les répriment. Cette condition se trouve remplie lorsque le justiciable peut savoir, à partir du libellé de la disposition pertinente, au besoin à l'aide de l'interprétation qui en est donnée par les tribunaux et le cas échéant après avoir recouru à des conseils éclairés, quels actes et omissions engagent sa responsabilité pénale et quelle peine il encourt de ce chef (par. 79).

Quant à la notion de « peine » et de « prévisibilité de la loi pénale », la Cour a rappelé que « dans quelque système juridique que ce soit, aussi clair que le libellé d'une disposition légale puisse être, y compris une disposition de droit pénal, il existe inévitablement un élément d'interprétation judiciaire. Il faudra toujours élucider les points douteux et s'adapter aux changements de situation. En outre, la certitude, bien que hautement souhaitable, s'accompagne parfois d'une rigidité excessive ; or, le droit doit savoir s'adapter aux changements de situation » (Ibid.).

De plus « on ne saurait interpréter l'article 7 de la Convention comme proscrivant la clarification graduelle des règles de la responsabilité pénale par l'interprétation judiciaire d'une affaire à l'autre, à condition que le résultat soit cohérent avec la substance de l'infraction et raisonnablement prévisible » (Ibid.).

3. La Cour tient à rappeler, ensuite, les limites de sa compétence contentieuse en matière de condamnation pénale d'un individu par un tribunal interne.

D'abord, elle « n'a pas à se prononcer sur la responsabilité pénale individuelle du requérant, question qui relevait au premier chef des juridictions internes. C'est en effet à ces dernières qu'il revenait de se livrer à des constats de fait et d'apprécier l'intention du requérant sur la base des pièces du dossier avant de décider, en vertu du droit interne tel qu'interprété par la pratique judiciaire, s'il y avait lieu de qualifier les agissements de l'intéressé d'infraction continuée, d'infraction continue, ou de concours ou de répétition d'infractions. La Cour n'a donc pas à dire si les faits commis par le requérant avant le 1er juin 2004 réunissaient les éléments constitutifs des infractions pénales définies par les dispositions susmentionnées » (par. 55).

4. Ensuite, la Cour affirme qu'au regard de l'article 7, par. 1 de la Convention, elle a une double fonction en l'espèce. Ainsi, « Premièrement, elle doit rechercher si, à la date où ils ont été commis, les agissements du requérant, y compris ceux antérieurs à l'entrée en vigueur de l'article 215a du code pénal le 1er juin 2004, étaient constitutifs d'une infraction définie de manière suffisamment prévisible par le droit interne, la question de l'accessibilité ne se posant pas ici. Deuxièmement, elle doit dire si l'application faite de cette disposition par les juridictions nationales, qui a eu pour effet d'englober les agissements auxquels le requérant s'était livré avant le 1er juin 2004, emportait pour ce dernier une possibilité réelle de se voir infliger, en violation de l'article 7 de la Convention, une peine plus forte » (par. 56).

5. Quant aux circonstances particulières de l'affaire, le raisonnement de la Cour, qui conclut à la non violation de l'article 7 de la Convention, s'appuie pour l'essentiel sur les considérations suivantes:

- « la peine infligée au requérant, reconnu coupable de l'infraction pénale continuée de maltraitance sur personne vivant sous le même toit, était applicable à la date où cette infraction était réputée avoir cessé, conformément à un « droit » qui était prévisible quant à ses effets. La loi pénale n'a pas été appliquée de manière rétroactive et le requérant n'a pas

été soumis à des règles de fixation des peines plus sévères que celles qui auraient été applicables s'il avait été jugé pour plusieurs infractions distinctes» par. 70);

- «le raisonnement suivi par les juridictions tchèques en l'espèce est conforme à l'objet et au but de l'article 7 de la Convention, qui est de veiller à ce que nul ne fasse l'objet de poursuites, de condamnations ou de peines arbitraires. De plus, en renforçant le dispositif juridique national de protection contre les violences domestiques – celles commises contre les femmes demeurant particulièrement préoccupantes dans les sociétés européennes d'aujourd'hui, ce raisonnement est aussi conforme aux objectifs fondamentaux de la Convention, dont l'essence même est le respect de la dignité et de la liberté humaines» (par. 71);

- «pour parvenir aux conclusions ci-dessus, la Cour a examiné sous l'angle de l'article 7 de la Convention l'application, dans le cas du requérant, de la notion, telle que consacrée par le droit tchèque, de continuation de l'infraction pénale de maltraitance sur personne vivant sous le même toit. À titre de comparaison, il y a lieu de noter dans ce contexte que la notion d'infraction pénale continuée telle que définie par le droit tchèque cadre avec la tradition européenne qui se reflète dans les législations nationales de la vaste majorité des États membres du Conseil de l'Europe et que, dès lors, la situation concernant la question de la prévisibilité soulevée en l'espèce n'apparaît pas notablement différente de celle concernant les infractions du même type prévues dans les systèmes juridiques nationaux des autres États parties à la Convention. Ainsi qu'il ressort de la description des agissements du requérant donnée par les autorités internes, ceux-ci étaient dirigés contre une victime précise, à savoir son épouse, et en particulier contre les biens juridiques que constituaient pour elle son intégrité physique et mentale ainsi que son honneur. Il est clair également que le mode opératoire était le même : les agressions étaient commises sous le même toit, il existait un lien de proximité temporelle entre les différents faits, qui se sont étendus sur une période de plusieurs années, chacun des faits commis pendant cette période procédait de la même intention délictueuse et chacun d'eux était contraire au droit pénal. Autrement dit, l'infraction dont le requérant a été reconnu coupable partage certaines caractéristiques avec d'autres infractions de ce type existant au sein du cercle des États contractants, tout comme la solution du système de justice pénale tchèque consistant, dans des cas tels celui de l'espèce, à infliger une peine pour une seule et même infraction a également été adoptée dans d'autres États contractants» (par. 72).

Bref commentaire

L'arrêt Rohlena souligne l'importance des garanties prévues par l'article 7 de la Convention en confirmant, d'une part la jurisprudence de la Cour au regard des notions de «prévisibilité de la loi pénale» et de «rétroactivité de la peine» et en y apportant des précisions quant à l'interprétation de la notion d'«infraction pénale continue».

D'autre part, se rattachant à certaines valeurs sous-jacentes à la Convention, elle a essayé de dépasser une vision trop formaliste de ces notions par la prise en compte du concept de la dignité de la personne humaine.

Comme l'indique l'arrêt, la Cour s'était déjà penchée sur la question de la conformité avec l'article 7 d'une condamnation pour une «infraction pénale continue».

Dans deux de ses arrêts elle a observé que, «par définition, pareilles infractions visent des faits qui s'étendent sur une certaine durée» (arrêt du 21 janvier 2003, *Veeber n. 2 c. Estonie*, par. 35) en ajoutant que, «lorsqu'une personne est accusée d'une infraction 'continue', le

principe de la sécurité juridique commande que les faits constitutifs de l'infraction, qui mettent en jeu la responsabilité pénale de l'intéressé, soient clairement énoncés dans l'acte d'accusation» (arrêt *Ecer et Zeyrek c. Turquie* du 27 février 2001, par. 33). En outre, «la décision rendue par la juridiction interne doit elle aussi bien préciser que le verdict de culpabilité et la peine reposent sur le constat que l'accusation a établi l'existence des éléments constitutifs d'une infraction continue» (*Ibid.*).

Afin de circonscrire la nature du contrôle qu'elle assure au niveau national et pour bien montrer qu'elle respecte certains choix opérés par les juridictions nationales, la Cour a rappelé dans l'arrêt *Rohlena* que «dans tout système juridique, c'est aux tribunaux internes qu'il appartient d'interpréter les règles de droit pénal matériel de manière à déterminer, par rapport au régime de chaque infraction, la date où, à supposer que les éléments constitutifs de celle-ci soient réunis, il y a perpétration d'un fait punissable» et qu'il «s'agit là d'un élément d'interprétation judiciaire auquel la Convention ne saurait faire obstacle, pourvu que les résultats auxquels les juridictions internes parviennent soient raisonnablement prévisibles au sens de la jurisprudence de la Cour» (par. 58).

A la lumière de ces considérations, il est plus qu'évident que, par le jeu du principe de «subsidiarité» qui est devenu en quelque sorte la ligne de clivage entre compétence interne et compétence supranationale (voir le protocole n. 15), la Cour fait preuve en l'occurrence d'une prudence particulière et d'une retenue appréciable et bienvenue.

A cet égard, et pour bien saisir la portée de l'arrêt *Rohlena*, un aspect mérite d'être souligné, car il semble avoir eu un poids déterminant dans la recherche d'une solution conforme à l'évolution des conceptions en matière de respect de la dignité de la personne humaine.

Ainsi, la solution retenue par la Cour en l'espèce est destinée, également et on pourrait même affirmer surtout, à renforcer «le dispositif juridique national de protection contre les violences domestiques – celles commises contre les femmes demeurant particulièrement préoccupantes dans les sociétés européennes d'aujourd'hui» (par. 71). D'ailleurs, ce raisonnement est aussi «conforme aux objectifs fondamentaux de la Convention, dont l'essence même est le respect de la dignité et de la liberté humaines» (*Ibid.*).

Cela n'est pas nouveau. Cette motivation se retrouve également dans deux arrêts rendus par la Cour au milieu des années '90, en matière de rétroactivité de la loi pénale (arrêt *C.R. et S.W. c. Royaume-Uni* du 22 novembre 1995, par. 42: «[L]'abandon de l'idée inacceptable qu'un mari ne pourrait être poursuivi pour le viol de sa femme [est] conforme non seulement à une notion civilisée du mariage mais encore et surtout aux objectifs fondamentaux de la Convention dont l'essence même est le respect de la dignité et de la liberté humaine»).

MICHELE DE SALVIA



OBSERVATOIRE SUR LE CONTENTIEUX EUROPEEN DES DROITS DE L'HOMME N. 4/2015

2. *A.S. v. SWITZERLAND*: THE STRASBOURG COURT'S MISSED OPPORTUNITY TO EXPLAIN DIFFERENT DEGREES OF VULNERABILITY IN ASYLUM CASES

In the judgment of last 30 June 2015 in *A.S. v. Switzerland*, the European Court of Human Rights, deliberating in private on 2 June 2015, offers an occasion to reflect on the issue of vulnerability in asylum cases.

The ruling under discussion represents another episode of the ongoing saga concerning the Dublin System to determine the State responsible for asylum applications and builds upon the previous case law relating to Article 3 considerations when expelling seriously ill persons, on the one hand, and when deporting asylum seekers to another country, pursuant to [Dublin II Regulation 343/2003](#) (now replaced by [Dublin III Regulation 604/2013](#)), on the other hand.

Both lines of reasoning will be taken into account in the following analysis.

1. *The factual background of the case*

The case of *A.S. v. Switzerland* concerned the impending removal from Switzerland to Italy of a Syrian asylum seeker of Kurdish origin, born in 1988 and currently residing in Switzerland, where he lodged an asylum application in 2013.

Based on the fact that his fingerprints had previously been registered in Greece and Italy through the [EURODAC database](#), his request was rejected. Although Greece would have been the first competent State to receive the applicant, the Italian authorities accepted the Swiss authorities' request to transfer the applicant to Italy, pursuant to the Dublin Regulation, as 'it could not be excluded that on leaving Greece the applicant had left the "Dublin area" before entering Italy.' Furthermore, a removal to Greece would have been unlikely owing to the 'systemic failures' in the Greek asylum system, as formerly described in [M.S.S. v. Belgium and Greece](#).

Nonetheless, the applicant appealed against the decision of the Swiss authorities, arguing that he had been diagnosed with severe post-traumatic stress disorder due to the persecution and torture suffered in Syria, and that he was being treated for this disorder in Switzerland, where he was also being treated for back problems. Additionally, the applicant argued that his two older sisters lived in Switzerland and their presence could be supportive and provide "emotional stability in his life", as evidenced by a medical report produced by

the applicant before the Court. By and large, in 2013 the appeal was dismissed on the basis of the Dublin Regulation.

Having the Federal Administrative Court dismissed his appeal, in June 2013 the applicant filed a complaint before the European Court of Human Rights, arguing that he would be subjected to treatment in violation of Article 3 ECHR due to the systemic deficiencies in the Italian reception system, as he would not be provided with treatment for his post-traumatic stress disorder. Furthermore, he argued that a transfer to Italy would be in violation of Article 8 ECHR, having found emotional stability in Switzerland, spending the whole time with his two sisters' families.

2. *The Court's reasoning*

In addressing the Applicant's complaints, the Court's Second Section referred to previous key pronouncements, namely [*D v. United Kingdom*](#) and [*N v. United Kingdom*](#), as to Article 3 considerations when expelling seriously ill persons, and [*Tarakbel v. Switzerland*](#), as to the reception conditions of asylum seekers, specifically in Italy.

After considering the applicant's circumstances, the Court decided, unanimously, that the applicant's removal to Italy would not be in violation of Article 3 and Article 8 ECHR, respectively, since his condition was not critical and he could receive psychological and medical treatment in Italy, on the one hand, and Switzerland could retain its margin of appreciation in immigration matters, on the other hand.

a) *The issues under Article 3 ECHR*

With reference to Article 3 ECHR, the Court firstly made reference to its well-established case law, stating that the expulsion of an asylum seeker may engage the responsibility of a State, where substantial grounds have been shown for believing that the person concerned faces a real risk of being subjected to torture or degrading treatment in the receiving country.

In particular, the Court echoed its ruling in *M.S.S. v. Belgium and Greece*, confirming the special vulnerability of asylum seekers as a 'group in need of special protection', and recalled *Tarakbel v. Switzerland*, as regards the minimum level of severity for the alleged ill-treatment to fall within the scope of Article 3 ECHR. On that occasion, the Court had indeed raised serious doubts about the Italian reception system for asylum seekers with possible lack of adequate facilities or accommodation whatsoever, but the Court had also found that this *per se* could not justify rejecting all transfers of asylum seekers to Italy.

In the case under discussion, the Court went on to focus on the applicant's illness to develop its reasoning on vulnerability under Article 3 ECHR. From this point of view, the Court thus relying on the previous case law, and especially in *N v. United Kingdom*, found that the fact that the applicant's circumstances, including life expectancy, would be reduced, once removed, is not sufficient to give rise to a breach of Article 3 ECHR. As emphasised in *D v. United Kingdom*, only in 'very exceptional circumstances', stemming from three standard cumulative criteria, including an advanced stage of terminal disease, no adequate medical treatment and no certainty by any relative, the applicant should not be removed. Based on the circumstances, the Court concluded that the case at issue did not disclose exceptional circumstances comparable to those in another case in which the Court had found that the deportation of the applicant, who was in the final stages of AIDS and had no prospect of medical care or family support in his country of origin, would violate

the Convention. Therefore, the Court concluded that the removal to Italy would not give rise to a breach of Article 3 ECHR.

b) Concerns under Article 8 ECHR

As to the relevance of Article 8 ECHR on the right to private and family life, in an attempt to balance between respecting the applicant's rights and State interest in controlling immigration, the Court found that applicant's short presence in Switzerland, before lodging his submission, had only been accepted by the Swiss authorities for the purpose of examining his status as an asylum seeker. Therefore, it could not be argued that the tolerance of his presence by the Swiss authorities had enabled him to establish and develop strong family ties there. In a consistent case law, the Court had, moreover, already established that, unless the applicants could demonstrate additional elements of dependence, the relations between adult siblings do not constitute family life under Article 8 (*F.N. v. the United Kingdom*). This was not considered to be the case in this particular instance, which, according to the Court, should be kept distinct from cases concerning 'settled migrants,' a notion that the Court has used to indicate persons who have already been enjoying a right of residence in the host country and not aliens seeking admission, whether or not as asylum seekers.

Additionally, the Court submitted the case to the test of fair balance between the applicant's rights, on the one hand, and the State public order interests, on the other hand. From this point of view, the Court reiterated that States have margin of appreciation, stemming from the well acknowledged assumption that 'as a matter of well-established international law..., a State has the right to control the entry of non-nationals into its territory...' (*Thym, 2008*).

Accordingly, the Court concluded, that the family life enjoyed by the applicant while his asylum claim was being processed was precarious and thus there would be no violation of Article 8 to remove the applicant to Italy.

3. Considerations on a Court's controversial approach to asylum seekers' vulnerability

The judgment under discussion seems to raise a few concerns on the approach followed by the Court to address a case that, at least at first instance, could appear a classical episode of the ongoing saga concerning the Dublin System to determine the State responsible for asylum applications.

It comes just as natural, in fact, to read the instant case in conjunction with the recent judgment in *Tarakbel v. Switzerland* and the Court's findings in *M.S.S. v. Belgium and Greece*. Nonetheless, the Court's reasoning seems to depart from the wake of its asylum case law, especially as regards the unsolved notion of vulnerability (*Peroni/Timmer, 2013*).

In contrast to *Tarakbel v. Switzerland*, which perfectly matched the definition of asylum seekers as a "particularly underprivileged and vulnerable population group in need of special protection" provided in *M.S.S. v. Belgium and Greece*, in the case under discussion it seems that the Court decided to consider the vulnerability of the applicant only on the ground of his health status.

Although reiterating the serious doubts about the Italian reception system for asylum seekers, the Court shifted its attention on the availability of medical treatment in order to answer the question whether the applicant could have been removed from Switzerland.

Admittedly, as formerly emphasised in [A.M.E. v. The Netherlands](#), the Court stressed that as ‘an able young man with no dependents,’ the applicant’s situation ‘cannot compare to the special vulnerability as a family with children’, which in *Tarakbel v. Switzerland* led the Court to conclude that a removal without prior assurances of adequate treatment to the children’s age would violate Article 3.

Nonetheless, it seems that some other elements might have been better considered by the Court to corroborate its reasoning. First, by putting the case at issue in relation with *Tarakbel v. Switzerland*, to which the Court expressly referred as regards the description of the legal framework and organization of the reception system for asylum seekers in Italy, the level of vulnerability in order to engage State responsibility for a breach of Article 3 ECHR could have better been considered not only on the basis of the applicant’s health status. From this perspective, the Court relied on the established case law which considers a removal as contrary to the ECHR only in very strict exceptional circumstances. Instead, the fact that the applicant was an asylum seeker, belonging to a ‘particularly underprivileged and vulnerable population group in need of special protection’ could be taken into better account by the Court in light of those doubts on the documented miserable reception conditions of asylum seekers and refugees in Italy ([Bethke/Bender, 2011](#)). Even though a medical treatment for the applicant’s disease is available in the latter State, the Court could have shown greater care to make sure that such a condition would not expose the applicant to the risk of an ill-treatment that could worsen his health status. In *Tarakbel v. Switzerland*, reference was made, in fact, to the 2013 UNHCR Recommendations on important aspects of refugee protection in Italy ([UNHCR, 2013](#)). In such document, it was expressly recommended that ‘measures are also needed to ensure services provided to asylum-seekers and refugees are tailored to their distinct needs, offering the former the assistance they need pending a decision on their status, whilst providing refugees with the support they require to facilitate their integration in Italian society.’ Based on these recommendations one may reasonably doubt whether the applicant can receive timely medical assistance during the usual lengthy procedure to determine the refugee status in Italy.

Second, it is worth reflecting on the fact that the applicant’s personal situation is likely to be worsened upon removal to Italy by the lack of the ‘emotional stability’ provided in Switzerland by his two sisters’ families, which could help overcome the multiple traumas he suffered. To this end, it must be stressed, that the medical report produced before the Court by the applicant considered the involvement of the sisters in the applicant’s treatment is ‘an absolute necessity.’

From this perspective, concerns can be even raised also as to the strict interpretation provided by the Court on the notion of family members, further explained in the appended Concurring Opinion of three judges. In their view, there was family life between the applicant and his sisters, but as the siblings had had to live in different countries for a number of years, these ties could not be considered so strong that the applicant’s separation from his sisters would cause a suffering.

In this regard, the recent judgment of 29 January 2013 in [S.H.H. v. United Kingdom](#), can be recalled, as one of the reasons, why the Court found the applicant could be returned to Afghanistan, was that he had two sisters there who could take care of him, without any submitted evidence of their willingness to do so.

From a different perspective, the Court could have paid greater sensitiveness in addressing the issue of family ties in the case under discussion. Admittedly, it appears that most of the time, when a violation of Article 8 is found, there was also a close relationship

with the parents, which is not the case in *A.S. v. Switzerland*. Nonetheless, the Strasbourg judges could have relied, for instance, on the *Scozzari and Giunta v. Italy* case law or more recently in *Maslov v. Austria*, in which the Court confirmed that ‘in a number of cases concerning young adults who had not yet founded a family of their own that their relationship with their parents and other close family members also constituted “family life.”’ Indeed, the relationship between the applicant and his two sisters can be regarded as ‘family life’, provided that there was a special relationship and an emotional stability proved by the fact that the applicant ‘was virtually spending the whole time’ with his sisters’ families, as ‘he was in great emotional need’, and ‘could not be left alone.’ The fact that for many years the applicant and his sisters had lived separated in different countries cannot exclude that, once reunited, and due the fragile health status of the applicant, the latter could develop an emotional dependence on his sisters.

As a result of the highlighted criticism, far from considering wrong the reasoning of the Court, one may conclude that the further elements could have been better assessed by the Court in an attempt to establish the balance between the competing interests at stake, namely the personal interest of the applicant and the public order interests of the Swiss government. The Court has, in fact, missed a precious opportunity to settle the issue of vulnerability in asylum cases. Considering the request for protection at the core of the judgment, the Court could have shown more sensitiveness about the applicant’s reasons not to be removed to Italy. This could have been an important authoritative sign in a context such as the actual one in Europe in which various proposals to amend the Dublin rules are put forward to face the increasing migratory crisis.

SALVO NICOLOSI



OSSERVATORIO L'ITALIA E LA CEDU N. 4/2015

1. LA TEORIA DEL MARGINE DI APPREZZAMENTO NELLA GIURISPRUDENZA DELLA CORTE EUROPEA DEI DIRITTI DELL'UOMO IN TEMA DI RICONOSCIMENTO DELLE COPPIE OMOSESSUALI.

1. La sentenza della Corte europea nel caso *Oliari e al. c. Italia*.

La teoria del margine di apprezzamento, ampiamente commentata in dottrina (Per tutti R. SAPIENZA, *Sul margine d'apprezzamento statale nel sistema della Convenzione europea dei diritti dell'uomo*, in *Riv. dir. int.*, 1991, pp. 571 ss e bibliografia ivi citata.), è una teoria complessa e multiforme (così M. C. VITUCCI, *Orientamento sessuale e adozione nella giurisprudenza delle Corti europea dei diritti umani*, in *Dir. um. dir. int.*, 2013, n. 2, p. 495.), che non sarà possibile in questa sede analizzare nel suo complesso; ci si limiterà dunque ad un breve cenno alla sua genesi ed al suo sviluppo, al fine di analizzarne e valutarne il suo utilizzo in materia di riconoscimento e tutela delle coppie omosessuali, con particolare riferimento alla recente sentenza, che ha avuto grande eco nell'opinione pubblica italiana, con cui la Corte europea ha condannato il nostro Paese per il mancato riconoscimento di tali unioni.

Con [sentenza del 21 luglio 2015](#), la Corte europea dei diritti dell'uomo ha infatti condannato l'Italia per violazione dell'art. 8 della Convenzione, sul rispetto della vita privata e familiare, in quanto, non avendo adottato una legislazione diretta al riconoscimento e tutela delle unioni omosessuali, è di fatto venuta meno ad un obbligo positivo imposto dalla Convenzione, eccedendo il suo margine di apprezzamento.

Il caso, *Oliari e al. c. Italia*, prende le mosse da due ricorsi riuniti (n. 18766/11 e 36030/11) di tre coppie di persone dello stesso sesso, alle quali l'ufficiale dello stato civile aveva negato le pubblicazioni matrimoniali. Una di queste coppie peraltro aveva impugnato, senza successo, la decisione presso il Tribunale di Trento, e, nell'ambito del giudizio di appello successivamente instaurato, era stato sollevato il rinvio alla Corte Costituzionale che ha portato alla nota sentenza n. [138/2010](#), nella quale, il giudice delle leggi riconosceva la competenza esclusiva del Parlamento, nell'esercizio della sua piena discrezionalità, ad individuare forme di garanzia e di riconoscimento di tali unioni, dichiarando in parte inammissibili ed in parte infondate le questioni sollevate.

Le tre coppie si erano dunque rivolte alla Corte europea lamentando la violazione dell'art. 8, nonché dell'art. 12 sul diritto al matrimonio, e dell'art. 14 sul divieto di discriminazione.

Dichiarati i ricorsi ricevibili, ritenendo i ricorsi interni disponibili non effettivi, la Corte dunque si concentra sull'analisi dell'art. 8 della Convenzione che, come già più volte affermato, oltre a proteggere gli individui da interferenze arbitrarie delle autorità pubbliche, può imporre allo Stato anche obblighi positivi, al fine di assicurare un effettivo rispetto dei diritti tutelati dal medesimo articolo, come l'adozione di misure finalizzate a tutelare il rispetto della vita privata e familiare anche nella sfera delle relazioni interindividuali.

La Corte riconosce che gli Stati godono di un certo margine di apprezzamento nell'adempiere a tali obblighi positivi, che diventa più ristretto, ad opinione dei giudici di Strasburgo, laddove, nell'ambito della vita privata, sia in gioco un aspetto particolarmente importante per l'esistenza e/o l'identità di un individuo; di contro, il margine di apprezzamento è destinato ad essere più ampio in assenza di un *consensus* europeo, ovvero quando il caso suscita questioni moralmente e politicamente sensibili, ovvero se si richiede allo Stato di trovare un punto di equilibrio tra interessi, pubblici e privati, in conflitto, o tra diritti sanciti dalla Convenzione.

In particolare, in materia di unioni omosessuali la Corte era già intervenuta, nel caso [*Schalk e Kopf c. Austria*](#), constatando, in tale settore, la mancanza di un *consensus* fra gli Stati del Consiglio d'Europa, riconoscendo dunque un ampio margine di apprezzamento statale con riferimento al riconoscimento giuridico di tali unioni.

Tuttavia è bene sottolineare in questa sede come nel caso *Schalk e Kopf* la Corte avrebbe dovuto censurare il legislatore austriaco per avere approvato una legge sulla partnership solo nel 2010, quando il ricorso era già giunto alla Corte, e dunque concluse, come si vedrà meglio più avanti, per la non violazione dell'art. 8 della Convenzione.

Diverso è invece il caso in commento, poiché, nonostante esista un disegno di legge sulle unioni civili, la cui discussione presso la Commissione giustizia del Senato è stata di recente riavviata, al momento della sentenza, il nostro Paese non si è ancora dotato di una legge in materia; in altre parole, la Corte ha dovuto valutare se l'Italia abbia omesso di adempiere l'obbligo positivo di assicurare il rispetto della vita familiare e privata dei ricorrenti, non avendo previsto un quadro giuridico che consentisse loro di avere riconosciuta e tutelata la loro relazione ai sensi della legge nazionale.

Pertanto la Corte ha già avuto modo, in altre occasioni, come si vedrà, di riconoscere che le coppie omosessuali necessitano di un riconoscimento giuridico e della protezione della loro relazione; dunque la Corte si sofferma a valutare il margine di apprezzamento da riconoscere allo Stato italiano.

2. La teoria del margine di apprezzamento nel caso *Oliari e al. c. Italia*.

Il ragionamento della Corte si concentra sulla situazione dei ricorrenti all'interno dell'ordinamento nazionale italiano. Per quanto riguarda la registrazione delle unioni omosessuali dei ricorrenti nei registri locali per le unioni civili, la Corte nota che dove ciò è possibile (in meno del 2% dei Comuni esistenti) questa misura ha un valore meramente simbolico ed è rilevante solo a fini statistici; non conferisce ai ricorrenti nessuno stato civile ufficiale e in nessun modo accorda diritti di qualsiasi genere alle coppie omosessuali, oltre ad essere anche priva di qualunque valore probatorio (di una unione stabile) di fronte alle Corti nazionali. La Corte sottolinea dunque che i ricorrenti nel presente caso, non avendo

la possibilità di sposarsi, non hanno avuto la possibilità di accedere ad un quadro giuridico specifico come quello delle unioni civili o delle partnership registrate, in grado di munirli del riconoscimento del loro stato e di garantire loro determinati diritti rilevanti per una coppia che si trovi in una relazione stabile e duratura.

L'attuale status dei ricorrenti nel contesto giuridico interno, osserva la Corte, può essere considerato soltanto una unione *de facto*, che può essere regolata da accordi contrattuali privati, dallo scopo limitato, che mancano di provvedere ad alcuni bisogni essenziali fondamentali per il regime di una relazione tra una coppia di persone in una unione stabile ed esclusiva, come per esempio, i diritti e gli obblighi reciproci che essi hanno l'uno nei confronti dell'altro inclusi l'assistenza morale e materiale, le obbligazioni alimentari ed i diritti ereditari. Il fatto che lo scopo di tali contratti non sia quello del riconoscimento e della tutela della coppia, continua la Corte, è evidente, in quanto essi sono aperti a chiunque coabiti indipendentemente che si tratti di una coppia in una relazione stabile ed esclusiva. Inoltre, tali contratti esigono che le persone coabitino; tuttavia, la Corte ha già rilevato che l'esistenza di un'unione stabile è indipendente dalla coabitazione; ne consegue che, pur prescindendo dal fatto che gli accordi di coabitazione non erano nemmeno disponibili prima del dicembre 2013, tali accordi non prevedono né il riconoscimento né tantomeno la tutela indispensabile per l'unione dei ricorrenti.

D'altro canto, la Corte ritiene che prevedere il riconoscimento e la protezione delle unioni omosessuali non comporterebbe alcun particolare onere per lo Stato italiano, sia esso legislativo, amministrativo o di altro genere; anzi, secondo la Corte, tale legislazione darebbe risposta ad un importante bisogno sociale, considerato che stando alle statistiche nazionali ufficiali presentate dalla Associazione Radicale Certi Diritti, terzo interveniente nel caso in esame, ci sono circa un milione di omosessuali (o bisessuali) nella sola Italia centrale.

La Corte dunque ribadisce che, nel valutare gli obblighi positivi di uno Stato, si deve avere riguardo all'equo contemperamento tra gli interessi in conflitto dell'individuo e della comunità nel suo complesso. Avendo identificato in precedenza gli interessi degli individui in gioco, la Corte procede dunque a valutarli nei confronti degli interessi della comunità. A tal riguardo, la Corte nota che il Governo italiano ha omesso di evidenziare in modo esplicito ciò che a sua opinione corrisponderebbe agli interessi della comunità nel suo complesso, ritenendo tuttavia che era necessario tempo per raggiungere una graduale maturazione di una comune visione della comunità nazionale sul riconoscimento di questa nuova forma di famiglia. Allo stesso tempo il Governo ha categoricamente negato che l'assenza di un quadro giuridico specifico che preveda il riconoscimento delle unioni omosessuali tenterebbe di proteggere il concetto tradizionale della famiglia o la morale sociale; si è invece affidato al proprio margine di apprezzamento nella scelta dei tempi e dei modi di uno specifico quadro giuridico, ritenendo di essere il soggetto più in grado di valutare il modo di sentire della propria comunità.

La Corte evidenzia come la tendenza al riconoscimento giuridico delle coppie omosessuali continua a svilupparsi rapidamente in Europa, e attualmente una seppur ristretta maggioranza degli Stati del Consiglio d'Europa (24 su 47) ha legiferato in favore di tale riconoscimento e della relativa tutela. Lo stesso rapido sviluppo può essere notato su scala globale in Asia, Africa e America, a dimostrazione di una tendenza continuativa verso il riconoscimento giuridico su scala internazionale, al quale la Corte non può che attribuire importanza.

In Italia, la Corte osserva come il legislatore non sembra avere dato particolare importanza non solo alle indicazioni poste dalla comunità internazionale, ma neanche a quelle della comunità nazionale comprese la popolazione in generale e le più alte autorità giudiziarie italiane. La Corte fa riferimento alla sentenza della Corte costituzionale n. 138/2010, le conclusioni della quale furono ribadite in una serie di decisioni successive, nella quale veniva invocato il riconoscimento giuridico dei diritti e dei doveri delle coppie omosessuali, nonché a statistiche ufficiali – prodotte ancora dalla interveniente Associazione Radicale Certi Diritti - dalle quali emerge che c'è nella popolazione italiana un'accettazione da parte della gente comune delle coppie omosessuali come anche un appoggio popolare per il riconoscimento della loro tutela.

In conclusione, nell'assenza di un interesse prevalente della comunità sostenuto dal Governo italiano contro il quale equilibrare i fondamentali interessi dei ricorrenti sopra identificati, e alla luce delle conclusioni delle Corti nazionali in materia, che sono rimaste inascoltate, la Corte europea ha ritenuto che il Governo italiano ha ecceduto il suo margine di apprezzamento ed ha mancato di adempiere il suo obbligo positivo di assicurare che ai ricorrenti fosse disponibile uno specifico quadro legale che prevedesse il riconoscimento per la tutela delle loro unioni.

In altre parole, la Corte ha ristretto quasi del tutto il margine di apprezzamento del governo italiano, in virtù di due elementi che ha ritenuto di importanza decisiva, vale a dire il grado di accettazione espresso dalla società nazionale rispetto alle coppie omosessuali, testimoniato da indagini statistiche ufficiali, ed i richiami inascoltati della giurisprudenza interna, ripetuti e provenienti da corti superiori (M. WINKLER, *Lo statuto giuridico delle coppie omosessuali (di nuovo) dinanzi la Corte di Strasburgo: il caso Oliari e altri c. Italia*, in <http://www.sidi-isil.org/sidiblog/?author=27>).

Dunque la Corte nel valutare il ricorso contro il nostro paese, ha riscontrato per la prima volta un *consensus* europeo circa il riconoscimento giuridico delle coppie omosessuali, perché la maggioranza degli Stati europei ha nel frattempo legiferato in favore di tale riconoscimento e della relativa tutela; si tratta però di una maggioranza ristretta, ciò probabilmente ha spinto la Corte a dare un peso maggiore alla “sensibilità della popolazione italiana”, giudicata in base a statistiche del 2012 prodotte da un terzo interveniente (I. ANRÒ, *La Corte di Strasburgo condanna l'Italia per il mancato riconoscimento delle unioni civili*, in <http://www.eurojus.it/la-corte-di-strasburgo-condanna-litalia-per-il-mancato-riconoscimento-delle-unioni-civili/>), nonché alla posizione delle più alte autorità giudiziarie italiane, di fatto allontanandosi dall'atteggiamento assunto come si vedrà in precedenti occasioni.

Avendo accertato la violazione dell'art. 8, la Corte ha ritenuto non necessario esaminare la violazione dell'art. 14 sul divieto di discriminazione.

Con riferimento all'art. 12 della Convenzione, anche in combinato disposto con l'art. 14, il giudizio della Corte è, invece, maggiormente rispettoso del margine di apprezzamento dello Stato; a questo proposito, la Corte ha ricordato che l'art. 12 della Convenzione non deve più essere interpretato come limitato al matrimonio uomo/donna, tuttavia, non essendoci un consenso sul punto - solo undici Stati su quarantasette riconoscono il matrimonio tra persone dello stesso sesso - la questione è rimessa alla valutazione degli Stati che godono in materia di un ampio margine di apprezzamento.

In altre parole la Corte non ravvisa nell'art. 12 un obbligo per gli Stati di riconoscere alle coppie omosessuali il diritto al matrimonio, non esistendo una prassi comune fra gli

Stati europei in tal senso, ed ha quindi, dichiarato irricevibile il ricorso con riferimento alla violazione dell'art. 12, da solo o in combinato disposto con l'art. 14.

3. *Genesi ed evoluzione della teoria del margine di apprezzamento*

Come è noto, la teoria del margine di apprezzamento, richiamata più volte nella sentenza in commento, non era prevista nel testo della Convenzione fino all'adozione, come si vedrà, del Protocollo 15 – peraltro non ancora entrato in vigore – ma fu presto elaborata dalla Corte, al fine di riservare agli Stati una certa discrezionalità nell'applicazione di talune norme convenzionali, in ottemperanza al principio di sussidiarietà che caratterizza il sistema di controllo della CEDU.

La prima sentenza in cui la Corte fa riferimento al margine di apprezzamento risale infatti al 1960, caso [Lawless c. Irlanda](#), in relazione all'art. 15 della Convenzione, che, come è noto, prevede che gli Stati possano sospendere l'applicazione di taluni diritti garantiti dalla Convenzione, quando ciò è necessario a far fronte a situazioni di guerra o altro pericolo pubblico che minacci la vita della Nazione. In quell'occasione infatti la Corte ritenne che gli Stati fossero gli unici soggetti in grado di valutare la sussistenza e la portata di tali situazioni; così anche in successive decisioni, la Corte ebbe modo di specificare tale teoria, che, con riferimento all'art. 15, si traduce sinteticamente nella possibilità per lo Stato sia di valutare la sussistenza degli estremi della pubblica emergenza, sia di scegliere i mezzi per affrontarla, mentre alla Corte spetta il compito di accertare che le decisioni statali siano conformi al dettato convenzionale (R. SAPIENZA, *Sul margine di apprezzamento statale*, cit., p. 571 ss.). Negli anni successivi, la teoria del margine di apprezzamento è stata diffusamente impiegata dalla Corte anche in relazione ad altri diritti garantiti dalla Convenzione, in particolare ai diritti sanciti all'art. 8, nonché agli articoli 9, 10 e 11, sulla libertà di pensiero, la libertà di espressione e la libertà di riunione e di associazione; tali disposizioni sono infatti accomunate dalla previsione della possibilità per lo Stato di limitare, su base legale, i diritti protetti nella misura in cui ciò sia «necessario in una società democratica».

È dunque nel 1976, con la sentenza [Handyside c. Regno Unito](#) che la teoria del margine di apprezzamento trova la sua affermazione (v. E. CHIEREGATO, *I Rapporti tra la Corte europea dei diritti dell'uomo e le corti nazionali: l'applicazione della dottrina del margine di apprezzamento come occasione mancata di dialogo nel caso Lautsi c. Italia*, in *Riv. it. dir. pub. com.*, 2013/2, pp. 401 ss.).

Il caso prende le mosse dal ricorso del sig. Handyside, proprietario di una casa editrice londinese che aveva acquisito i diritti di pubblicazione e diffusione nel Regno Unito di un libro di educazione sessuale destinato agli alunni e, più in generale, ai minori. Il libro, scritto da due autori danesi, era già stato tradotto e diffuso in molti altri Stati europei. Tuttavia, a seguito di numerosi ricorsi, nel Regno Unito venne disposto il sequestro dei libri stampati, quando però la maggior parte delle copie del libro erano già state inviate alle scuole che ne avevano fatto richiesta. Nel luglio 1971 il ricorrente venne dunque condannato dal tribunale inglese di Clerkenwell per il possesso, allo scopo della distribuzione per fini lucrativi, di pubblicazioni oscene e venne ordinata la confisca, per la successiva distruzione, delle copie dei libri. In appello venne confermato il giudizio dato in prima istanza.

Il ricorrente dunque si rivolgeva alla Corte europea contro il Regno Unito per violazione dell'art. 10 della Convenzione e dell'art. 1 del Protocollo I sul rispetto della proprietà dei beni.

La Corte doveva stabilire se la limitazione della libertà di espressione che aveva avuto luogo nel caso di specie trovasse giustificazione nella deroga prevista dal comma 2 dell'articolo 10, se cioè il sequestro e la confisca del materiale in questione potevano essere considerati come necessari, in una società democratica, per la tutela della morale.

Ribadendo che il sistema di tutela dei diritti umani previsto dalla Convenzione ha natura esclusivamente sussidiaria rispetto ai sistemi di protezione nazionali, la Corte riconosceva la competenza dello Stato ad individuare, nel diritto interno, le situazioni di contrarietà alla morale, non esistendo peraltro una concordanza negli ordinamenti nazionali - un *consensus* europeo - su una nozione uniforme di morale.

In altre parole, la Corte riconosceva allo Stato un margine di apprezzamento, in virtù dell'assenza di una definizione europea comune di morale e della posizione privilegiata dello Stato.

Riconosciuta tale discrezionalità allo Stato, la Corte, nel caso di specie, concludeva ritenendo che non vi fosse stata violazione né dell'art. 10 della Convenzione né dell'art. 1 Prot. I, in quanto le misure statali rispondevano all'interesse generale di protezione della morale; tuttavia la Corte in quell'occasione sottolineò come il margine di apprezzamento di cui gode lo Stato non deve ritenersi comunque illimitato, riservandosi dunque il compito di sorvegliare sulle misure statali. A tal proposito, qualche anno più tardi - nel caso [*Sunday Times c. Regno Unito*](#) - la Corte precisava ulteriormente i termini di tale controllo, in occasione del ricorso di alcuni giornalisti e della direzione del noto periodico inglese Sunday Times contro un provvedimento giurisdizionale che proibiva loro di diffondere notizie sulla vicenda della presunta pericolosità e tossicità di un medicinale, che era oggetto di alcuni procedimenti giurisdizionali; secondo il giudice inglese, infatti, gli articoli in materia avrebbero potuto incidere sull'autorevolezza e sulla libertà di giudizio dei giudici cui il caso era affidato.

Nel caso di specie però la Corte europea ritenne che lo Stato godesse di un margine di apprezzamento più ristretto rispetto a quello riconosciuto nel caso *Handyside*, poiché il concetto di «imparzialità del potere giudiziario», a differenza di quello della «tutela della morale», trovava una definizione che raccoglieva un ampio consenso europeo, trattandosi di una nozione molto più oggettiva e determinabile, contenuta nel testo stesso della Convenzione, all'art. 6.

Il margine di apprezzamento dello Stato, quindi, si restringe laddove aumenta la capacità della Corte di farsi interprete del *consensus* intorno al criterio utilizzato dallo Stato per giustificare l'interferenza. In altre parole, secondo la Corte, la maggiore o minore ampiezza del margine di apprezzamento statale dipende dalla minore o maggiore consonanza di vedute negli ordinamenti interni (R. SAPIENZA, *Sul margine di apprezzamento statale*, cit., p. 571); si tratta di un criterio la cui applicazione può dar luogo a non pochi problemi.

Come è stato osservato (E. CHIEREGATO, *I Rapporti tra la Corte europea dei diritti dell'uomo e le corti nazionali*, cit.), infatti, le maggiori criticità riguardano proprio l'ampiezza del ricorso al margine di apprezzamento, poiché non essendo fondata su criteri precisi e coerenti, la sua applicazione diffusa potrebbe minare alle fondamenta la tutela sovranazionale dei diritti umani. In particolare le maggiori critiche alla teoria riguardano l'individuazione e l'applicazione del cd. *consensus* europeo, considerate le incertezze

metodologiche che accompagnano tale concetto; anzitutto viene in rilievo la necessità di definire i criteri per la selezione degli Stati ai fini della quantificazione del consenso, vale a dire se sono da considerarsi tutti gli Stati contraenti ovvero solo quelli che hanno legiferato sulla materia oggetto del ricorso alla Corte; ancora, è stata sottolineata la necessità che la Corte decida a prescindere da valutazioni maggioritarie, al fine di assicurare una tutela concreta ed effettiva dei diritti umani (E. CHIEREGATO, *I Rapporti tra la Corte europea dei diritti dell'uomo e le corti nazionali*, cit., e bibliografia ivi citata).

D'altronde la stessa Corte è rimasta sempre prudente in questo campo; così in un caso nel quale veniva in rilievo il regime danese delle azioni di disconoscimento di paternità – caso *Rasmussen c. Danimarca* – essa ha osservato: «L'étendue de la marge d'appréciation varie selon les circonstances, les domaines et le contexte; la présence ou absence d'un dénominateur commun aux systèmes juridiques des États contractants peut constituer un facteur pertinent à cet égard»; dunque l'esistenza di *consensus* può ridurre il margine di apprezzamento statale, ma ciò non è automatico, come dimostra una sentenza del 2010 – caso *A.B.C. c. Irlanda* –, in cui la Corte non ha ritenuto che il margine di discrezionalità di cui gode il governo irlandese in tema di aborto debba essere limitato sulla base della mera esistenza in Europa di legislazioni nazionali molto più permissive.

D'altro canto, se è vero che la teoria del margine di apprezzamento è stata elaborata come detto per via interpretativa, è anche vero che è possibile individuarne una base giuridica; essa infatti risulta essere il corollario del principio di sussidiarietà, ma la sua base giuridica può essere reperita anche nelle regole di interpretazione dei trattati, codificate nella Convenzione di Vienna (M. LUGATO, *Riflessioni sulla base giuridica del margine di apprezzamento statale nella Convenzione europea dei diritti dell'uomo*, in *St. integr. eur.*, 2012, pp. 359 ss.); in particolare proprio il *consensus* europeo si sostanzierebbe nella pratica comune delle parti che ai sensi dell'art. 31 par. 3 lett. b) della Convenzione di Vienna risulta essere uno degli elementi dei quali l'interprete deve avvalersi per determinare il significato ordinario dei termini usati nel trattato.

La piena conformità della tecnica del *consensus* alle regole sull'interpretazione dei trattati, codificate dalla Convenzione di Vienna, conferirebbe dunque una particolare legittimità alle sentenze della Corte europea.

Da ultimo, la teoria del margine di apprezzamento è stato al centro del dibattito della Conferenza di Brighton, in seguito alla quale, come è noto, sono stati adottati 2 Protocolli alla CEDU, uno dei quali, il Protocollo n. 15, ha previsto l'inserimento nel Preambolo della Convenzione della teoria in oggetto (C. ZANGHÌ, *I progetti di protocolli 15 e 16 alla Convenzione europea dei diritti dell'uomo*, in *Scritti in memoria di Maria Rita Saulle*, Napoli, 2014, pp. 1677 ss.).

In occasione della Conferenza, organizzata durante il periodo di presidenza britannica, il Regno Unito ha manifestato sin da subito la volontà di riconoscere agli Stati una certa discrezionalità, rafforzando dunque il ruolo sussidiario della Corte.

Il testo della Dichiarazione finale è una sorta di compromesso fra le richieste britanniche e le resistenze opposte da numerose ONG e dalla stessa Corte (E. NALIN, *I Protocolli n. 15 e 16 alla Convenzione europea dei diritti dell'uomo*, in *St. integr. eur.*, 2014, pp. 117 ss.), riconoscendo agli Stati «un margine di apprezzamento sul modo in cui applicare e attuare la Convenzione, a seconda delle circostanze del caso e dei diritti e delle libertà in causa (...). Il margine di apprezzamento va di pari passo con la supervisione ai sensi del sistema della Convenzione. A questo proposito, il ruolo della Corte è quello di verificare se le decisioni adottate dalle autorità nazionali siano compatibili con la Convenzione, tenuto conto del margine di apprezzamento dello Stato»; la Dichiarazione inoltre incoraggia la

Corte a dare grande rilievo e applicare coerentemente sia il principio di sussidiarietà che la teoria del margine di apprezzamento nelle sue sentenze e conclude che «per ragioni di trasparenza e accessibilità, un riferimento al principio di sussidiarietà e alla dottrina del margine di apprezzamento, come elaborato dalla giurisprudenza della Corte, dovrebbe essere incluso nel preambolo della Convenzione»; ciò come detto avverrà con l'adozione del Protocollo 15, l'anno successivo.

4. La tutela delle coppie omosessuali nella giurisprudenza della Corte europea e la teoria del margine di apprezzamento

La prima sentenza della Corte europea relativa alla tutela delle minoranze sessuali risale al 1981 – caso [*Dudgeon c. Regno Unito*](#) – e ha preso le mosse dal ricorso di un attivista omosessuale, residente a Belfast, il Sig. Dudgeon, che, dopo aver subito una perquisizione domiciliare, era stato interrogato dalla polizia in merito alle sue attività sessuali, poiché allora in Irlanda del Nord vigeva una legislazione che criminalizzava determinati atti sessuali tra maschi adulti e consenzienti. Il ricorrente dunque lamentava dinanzi la Commissione europea la violazione dell'art. 14 in combinato disposto con l'art. 8 della Convenzione, in quanto il rischio di subire un processo penale, che gli aveva fatto patire paure, sofferenze e problemi psicologici, aveva costituito una illegittima e discriminatoria interferenza nella propria vita privata.

La Corte ha ritenuto che il mantenimento in vigore della legislazione impugnata costituiva un'interferenza continuativa nel diritto del ricorrente al rispetto della sua vita privata, così come definito dall'art. 8 comma 1; infatti la mera esistenza di tale legislazione condizionava direttamente la vita privata del ricorrente sia che egli avesse deciso di rispettare la legge, astenendosi da attività sessuali illegali, sia che avesse deciso di compiere tali atti, esponendosi al rischio di un procedimento penale. La Corte, accertata dunque la sussistenza di un'interferenza con il godimento del diritto al rispetto della vita privata e familiare, ha proseguito l'esame del ricorso, valutando se tale interferenza fosse giustificata alla luce delle condizioni previste dall'art. 8. Rilevato come fosse senza dubbio un'interferenza prevista dalla legge, la Corte ha voluto verificare se tale interferenza fosse effettivamente finalizzata agli obiettivi di “protezione della moralità” e “protezione dei diritti e libertà degli altri” identificati dal Governo come obiettivi legittimi di quelle norme.

La Corte anzitutto ribadiva come l'ampiezza del margine di apprezzamento riconosciuto agli Stati dipendesse non solo dagli obiettivi perseguiti, «mais aussi de la nature des activités en jeu»; nel caso di specie veniva in rilievo, secondo la Corte, uno degli aspetti più intimi della vita privata: se la condotta statale interferisce nella sfera della vita sessuale dell'individuo, devono esistere ragioni particolarmente gravi per rendere legittimi, ai fini del par. 2 dell'art. 8, ingerenze dei poteri pubblici.

Quindi la Corte, sottolineava come rispetto al momento in cui la legislazione era stata emanata, nel tempo si erano meglio comprese le ragioni alla base dei comportamenti omosessuali, tanto che la maggior parte degli Stati membri del Consiglio d'Europa non considerava già più appropriato far rientrare le condotte di cui qui si tratta nell'ambito del diritto penale. Anche in Irlanda del Nord, osservava la Corte, le autorità si sono astenute negli ultimi anni precedenti l'introduzione del ricorso dall'applicazione della normativa con riguardo ai rapporti sessuali tra maschi consenzienti di più di 21 anni, e nessuna prova è stata fornita nel corso del procedimento per dimostrare che ciò avesse in qualche misura

danneggiato la moralità del paese o che vi fossero state richieste pubbliche di una maggiore o più severa applicazione di tali norme.

Non esistendo più dunque una “esigenza sociale pressante” di criminalizzazione di tali atti, la Corte concludeva ritenendo le restrizioni imposte al sig. Dudgeon dal diritto dell'Irlanda del Nord, per la loro ampiezza e carattere assoluto, sproporzionate rispetto agli obiettivi che si prefissavano di raggiungere.

Le sentenza diventa pietra miliare nella storia del riconoscimento dei diritti degli omosessuali (L. SCAFFIDI RUNCHELLA, *Il riconoscimento delle unioni same-sex nel diritto internazionale privato italiano*, Napoli, 2012, p.118), ad essa seguiranno diverse sentenze che hanno punito legislazioni statali discriminatorie nei confronti degli omosessuali, proprio in virtù del principio riconosciuto dalla Corte secondo cui dinanzi ad interferenze nella vita sessuale dell'individuo, aspetto estremamente importante della vita privata, il margine di apprezzamento statale si riduce notevolmente.

Occorrerà invece attendere ancora molti anni per un ulteriore passo in avanti della Corte verso il riconoscimento delle coppie omosessuali come espressione della “vita familiare”.

Nel 2001, nel caso [*Mata Estevez c. Spagna*](#), la Corte ha dichiarato irricevibile il ricorso contro la legislazione spagnola che non ammetteva per il partner dello stesso sesso di un individuo defunto il diritto alla pensione di reversibilità, riconoscendo ancora in tale ambito, in assenza di un *consensus* europeo, un ampio margine di apprezzamento allo Stato; il caso tuttavia ha permesso alla Corte europea di compiere un altro importante passo in avanti, riconoscendo comunque un'evoluzione «dans plusieurs Etats européens tendant à la reconnaissance légale et juridique des unions de fait stables».

Quasi dieci anni dopo, la Corte, nel caso [*Kozak c. Polonia*](#), specificava che «given that the Convention is a living instrument, to be interpreted in the light of present-day conditions, the State, in its choice of means designed to protect the family and secure, as required by Article 8, respect for family life must necessarily take into account developments in society and changes in the perception of social, civil-status and relational issues, including the fact that there is not just one way or one choice in the sphere of leading and living one's family or private life». Tale affermazione ha aperto la strada alla successiva presa di posizione della Corte, nel caso *Schalk e Kopf c. Austria* (C. RAGNI, *La tutela delle coppie omosessuali nella recente giurisprudenza della Corte europea dei diritti umani: il caso Schalk e Kopf*, in *Dir. um. dir. int.*, 2010, n. 3, pp. 643 ss.), in cui i ricorrenti lamentavano la violazione dell'art. 12 della Convenzione, sul diritto al matrimonio, in quanto si erano visti rifiutare l'accesso da parte delle autorità competenti alle pratiche per procedere alla costituzione di una unione coniugale, proponendo dunque una interpretazione evolutiva del medesimo articolo, che come è noto riconosce il diritto al matrimonio a uomini e donne. La Corte, non ravvisando in merito un orientamento condiviso fra gli Stati parte, respingeva la posizione dei ricorrenti, ma con riferimento alla violazione dell'art. 14 in combinato disposto con l'art. 8 lamentata dai ricorrenti – i quali sostenevano che il mancato riconoscimento della loro unione costituisse una discriminazione nel godimento del loro diritto alla vita familiare, motivata dal loro orientamento sessuale – prendeva atto che, dalla sentenza resa nel caso *Mata Estevez*, l'atteggiamento della società verso le coppie omosessuali aveva conosciuto una rapida evoluzione in numerosi Stati parte, molti dei quali avevano accordato loro un riconoscimento giuridico. Tenuto conto di tale evoluzione, la Corte riconosceva che la relazione fra i ricorrenti, due conviventi omosessuali uniti stabilmente, rientrasse nella sfera di “vita familiare”, al pari di una relazione eterosessuale.

Nel caso di specie, la Corte sottolineava come al momento in cui i ricorrenti hanno depositato il ricorso, in base alla legislazione austriaca, essi non avevano alcuna possibilità di far riconoscere la loro relazione, ma tale situazione è durata fino al 1° gennaio 2010, quando è entrata in vigore la Legge sulle Unioni Registrare; dunque, considerato che al momento in cui la Corte ha emesso la sentenza i ricorrenti potevano costituire un'unione registrata, essa respingeva il ricorso anche per la pretesa violazione degli artt. 8 e 14.

Secondo la Corte infatti, considerato che gli Stati del Consiglio d'Europa che riconoscono giuridicamente le coppie omosessuali non costituivano ancora la maggioranza, rientrava nel margine di apprezzamento statale la scelta in questo settore dei tempi in cui adottare delle riforme legislative.

In altre parole, come è stato osservato (L. MAGI, *La Corte dei diritti dell'uomo e il diritto alla vita familiare e al matrimonio fra individui dello stesso sesso*, in *Riv. dir. int.*, 2011, pp. 396 ss.), la Corte si è riferita a due livelli di consenso, assumendo di fatto una posizione contraddittoria; da un lato il fatto che un numero considerevole di Stati parte prevedeva un riconoscimento giuridico delle coppie omosessuali le ha permesso di estendere loro la nozione di "vita familiare"; dall'altro, poiché tali Stati non costituivano la maggioranza, la Corte non si è spinta sino a riconoscere un obbligo statale di riconoscere legalmente tali unioni. Inoltre anche laddove lo Stato decidesse un riconoscimento giuridico di tali unioni, beneficerebbe comunque di un certo margine di apprezzamento per decidere la natura esatta dello status da conferire loro; la Corte ha lasciato dunque liberi gli Stati di decidere quali diritti, riconosciuti alle coppie eterosessuali, vadano estesi alle coppie composte da individui dello stesso sesso. Ciò, è stato osservato (L. MAGI, *La Corte dei diritti dell'uomo e il diritto alla vita familiare e al matrimonio fra individui dello stesso sesso*, cit.; C. RAGNI, *La tutela delle coppie omosessuali nella recente giurisprudenza della Corte europea dei diritti umani*, cit.), pone dei dubbi sull'effettiva incidenza che il riconoscimento del diritto al rispetto della vita familiare di queste coppie potrà avere a favore dell'accoglimento di pretese fatte valere davanti ai giudici nazionali dai membri di tali famiglie, come quella di succedere in un contratto di locazione ovvero di beneficiare della pensione di reversibilità.

Ci sembra inoltre che tale atteggiamento della Corte confermi i dubbi circa l'attendibilità del criterio del *consensus* europeo, ed in generale dell'utilizzo della teoria del margine di apprezzamento in una materia così delicata.

La teoria del margine di apprezzamento, in particolare il criterio del *consensus*, è alla base anche di un'altra recente sentenza della Corte europea in materia di riconoscimento giuridico delle coppie omosessuali, il caso [*Vallianatos e altri c. Grecia*](#) (D. RUDAN, *Unioni civili registrate e discriminazione fondata sull'orientamento sessuale: il caso Vallianatos*, in *Dir. um. dir. int.*, 2014, n. 1, pp. 232 ss.) che prende le mosse dal ricorso di alcune coppie omosessuali che lamentavano come la legge greca del 2008 rubricata, «Riforme concernenti famiglia, figli e società», che riserva la registrazione delle unioni civili solo alle coppie eterosessuali, violasse il loro diritto al rispetto della vita privata e familiare oltre a costituire una discriminazione ingiustificata fra coppie omosessuali ed eterosessuali.

Nel caso di specie, il criterio del *consensus* non è stato utilizzato né per imporre agli Stati l'obbligo di riconoscere legalmente le coppie omosessuali, né per imporre loro quello riconoscere a tali coppie determinati diritti. La Corte infatti ha sottolineato come fosse rilevabile una tendenza degli Stati parte a introdurre forme di riconoscimento giuridico delle relazioni omosessuali; nove Stati membri prevedevano il matrimonio tra persone dello stesso sesso, diciassette Stati membri autorizzavano una qualche forma di unione civile per le coppie dello stesso sesso; per quanto riguarda la questione specifica sollevata dal caso di

specie, la Corte ha ritenuto che la tendenza emergente negli ordinamenti giuridici degli Stati membri fosse chiara: dei diciannove che autorizzavano una qualche forma di unione registrata, Lituania e Grecia erano gli unici a riservarla esclusivamente alle coppie di sesso diverso. In altre parole, con due eccezioni, gli Stati membri del Consiglio d'Europa, decidendo di adottare una legislazione che ha introdotto un nuovo sistema di unione registrata come alternativa al matrimonio per le coppie non sposate, vi hanno incluso le coppie dello stesso sesso nel suo campo di applicazione.

Pur ribadendo che il fatto che uno Stato che si trovi in una posizione isolata per quanto riguarda un aspetto della sua legislazione non implica necessariamente una violazione della Convenzione, ma considerato che il Governo ellenico non ha offerto ragioni convincenti e tali da giustificare l'esclusione delle coppie dello stesso sesso dal campo di applicazione della legge 2008, la Corte ha concluso, nel caso di specie, accertando la violazione dell'articolo 14, in combinato disposto con l'articolo 8 della Convenzione.

5. Conclusioni.

La sentenza resa nel caso *Vallianatos* è stata considerata un significativo passo in avanti nella tutela delle coppie omosessuali nella misura in cui, pur riconoscendo ancora ampia discrezionalità agli Stati sia per quanto riguarda la scelta di riconoscere o meno giuridicamente le coppie omosessuali, sia nella scelta dei diritti da garantire loro, tale discrezionalità, secondo la Corte, viene meno qualora essi scelgano di introdurre nel proprio ordinamento l'unione civile registrata in alternativa al matrimonio per le coppie di sesso diverso, non potendo escluderne l'applicazione per le coppie omosessuali.

A meno di due anni di distanza, nel caso *Oliari e al. c. Italia*, come visto, la Corte è tornata sul tema del riconoscimento delle coppie omosessuali, potendo contare questa volta su una maggioranza di Stati membri che ha legiferato in tal senso. Infatti, se nel 2013 erano solo 17 gli Stati che avevano introdotto una qualche forma di riconoscimento giuridico delle relazioni omosessuali, nel 2015 il numero degli Stati è salito a 24, su un totale di 47 Stati membri.

Come osservato, probabilmente la Corte ha preferito affiancare a tale ristretta maggioranza altri fattori, quali la sensibilità della popolazione, nonché la posizione delle autorità giudiziarie interne, al fine di riconoscere un obbligo positivo in capo allo Stato, che si traduce nel riconoscimento giuridico delle coppie omosessuali e nella loro tutela.

Al di là delle possibili perplessità che tale scelta può sollevare (I. ANRÒ, *La Corte di Strasburgo condanna l'Italia per il mancato riconoscimento delle unioni civili*, cit.), è bene sottolineare che la sentenza in oggetto non è definitiva, potendo il nostro governo, entro il 21 ottobre, chiedere il rinvio alla Grande Camera, ma l'accelerazione della discussione presso la Commissione giustizia del Senato del ddl Cirinnà sulle unioni civili induce a pensare che l'obiettivo è quello di portare a termine l'iter legislativo già avviato, dando così piena attuazione alla sentenza della Corte europea. Tuttavia proprio tale accelerazione potrebbe sollevare perplessità su più fronti; se da un lato, infatti, i critici della sentenza, temono che l'impatto mediatico del caso e l'intervento della Corte possa condizionare l'imparzialità del Parlamento, dall'altro è possibile temere che la necessità di approvare una legge in tempi stretti possa indurre le parti politiche a cedere a compromessi al ribasso, a scapito dei diritti delle coppie omosessuali.

ANNA PITRONE



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 L'ITALIA E LA CEDU N. 4/2015

2. LA DECISIONE SUL CASO *OLIARI*: L'ITALIA VIOLA L'ARTICOLO 8 DELLA CEDU PER LA MANCATA PREDISPOSIZIONE DI UNA DISCIPLINA GENERALE SULLE UNIONI OMOSESSUALI.

Con [sentenza del 21 luglio scorso](#), la Corte di Strasburgo ha accertato all'unanimità la violazione da parte dello Stato italiano dell'obbligo positivo di garantire il rispetto della vita privata e familiare di cui all'art. 8 della Convenzione europea dei diritti dell'uomo, per via dell'assenza di una disciplina di legge che regoli le unioni tra persone dello stesso sesso. Il caso portato all'esame della Corte era stato sollevato da tre coppie omosessuali che lamentavano di essere discriminate in ragione del loro orientamento sessuale dalla legislazione nazionale, la quale non prevede, né tutela in alcun modo le unioni civili.

La Corte EDU ha riunito due ricorsi proposti da sei cittadini italiani (E. Oliari, A. che nel 2013 ha ottenuto dal giudice di poter mantenere l'anonimato a norma dell'art. 47, par. 3 del Regolamento della Corte, G. M. Felicetti, R. Perelli Cippo, R. Zaccheo, R. Zappa) accomunati dal fatto di aver presentato richiesta delle pubblicazioni di matrimonio presso gli Uffici dello stato civile dei rispettivi Comuni di residenza, vedendosi tutti rigettare tale richiesta.

Nella specie, Oliari e A., a seguito del diniego ricevuto, impugnavano il provvedimento dinanzi al Tribunale di Trento in base all'art. 98 c.c. sostenendo che la legislazione italiana non vietava esplicitamente il matrimonio tra persone dello stesso sesso e che, qualora tale divieto fosse esistito, sarebbe stato incostituzionale. Il Tribunale respingeva il ricorso in quanto il matrimonio tra persone dello stesso sesso difettava di uno dei requisiti essenziali per la validità dell'atto, ossia il diverso sesso dei nubendi. L'adito Tribunale, inoltre, statuiva che non poteva configurarsi un diritto fondamentale al matrimonio e che le limitate disposizioni giuridiche in materia non «potevano integrare una discriminazione in quanto le restrizioni subite dai ricorrenti erano uguali a quelle applicate a qualsiasi altra persona» (par. 13). I due ricorrenti impugnavano la decisione dinanzi alla Corte d'Appello di Trento la quale, pur conformandosi al costante orientamento della giurisprudenza interna sul tema, rimetteva alla Consulta il sindacato di legittimità costituzionale degli artt. 93-96-98-107-108-143-143 *bis*-231 c.c. La Corte Costituzionale, con la sentenza [138 del 15 aprile 2010](#), dichiarava inammissibile la questione di costituzionalità sollevata in quanto diretta ad ottenere una pronuncia additiva non

costituzionalmente obbligata. E, tuttavia, la stessa Corte affermava che le unioni omosessuali, che rientrano nella nozione di formazione sociale, atteggiandosi a modello di comunità idonea a favorire il libero sviluppo della persona nella vita di relazione, godono della copertura fornita dall'art. 2 della Costituzione. La Consulta ribadiva che alle unioni omosessuali, da intendersi come convivenze stabili tra persone dello stesso sesso, va riconosciuto il diritto fondamentale di vivere liberamente una condizione di coppia con i vincoli giuridici che ne derivano, secondo i tempi, i modi e nei limiti stabiliti dalla legge. È pertanto compito del legislatore predisporre una disciplina di carattere generale a tutela delle unioni omosessuali, pur non essendo obbligato né ad equipararle al matrimonio tradizionale, né ad introdurre l'istituto del matrimonio omosessuale. A giudizio della Corte, inoltre, il diverso trattamento delle unioni omosessuali rispetto al matrimonio, non configurandosi quale irragionevole discriminazione (come confermato dall'art. 12 CEDU e dall'art. 9 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione Europea), non violerebbe il principio di uguaglianza *ex* art. 3 Cost. Sulla scorta di queste argomentazioni, la Corte d'appello di Trento rigettava interamente le richieste dei ricorrenti.

Anche Perelli Cippo e Zaccheo ricorrevano avverso il rifiuto di pubblicazioni di matrimonio dinanzi al Tribunale di Milano. L'adito giudice, nella sua pronuncia del 1 luglio 2010, si allineava all'indirizzo espresso dalla Corte costituzionale con la sent. 138 dell'aprile 2010, rigettando per l'effetto il ricorso. I ricorrenti non proponevano appello *ex* art. 739 c.p.c. in quanto tale mezzo di gravame non risultava più effettivo a seguito della pronuncia della Consulta.

Felicetti e Zappa, dopo il rifiuto di pubblicazioni di matrimonio nell'aprile 2011, risolvevano di non esperire il ricorso previsto dall'art. 98 c.c. perché anch'esso era da ritenersi mezzo di impugnazione non effettivo dopo la summenzionata sent. 138/2010.

Prima di esaminare il merito della decisione, appare opportuno soffermarsi sulle eccezioni preliminari proposte dal Governo convenuto, le quali sono state tutte respinte dalla Corte.

Con la prima si contestava la qualità di vittima dei ricorrenti data la mera potenzialità del pregiudizio lamentato. La Corte EDU ritiene che i ricorrenti – tutti impegnati in una relazione affettiva stabile – non siano vittime meramente potenziali poiché risultano concretamente attinte dal vuoto normativo in tema di unioni civili (par. 71). Il giudice di Strasburgo rileva infatti che, nell'interpretazione dei giudici nazionali, alle coppie omosessuali è inapplicabile la disciplina sul matrimonio e, nella misura in cui l'ordinamento statale non disponga di un regime giuridico alternativo, esse risultano sprovviste di qualsiasi forma di tutela idonea al riconoscimento del loro status.

Con la seconda eccezione si contestava il mancato esaurimento delle vie di ricorso interno. A questo riguardo il Governo italiano si era limitato a formulare l'eccezione di rito senza peraltro offrire esempi concreti del modo in cui i ricorrenti avrebbero potuto ottenere soddisfazione in ambito nazionale. La Corte EDU infatti rileva che, come già affermato dalla Corte Costituzionale nella pronuncia sull'inammissibilità della questione sollevata dal giudice di Trento, il vizio concerneva la mancanza di una disciplina generale sul tema de quo, superabile unicamente da apposito intervento legislativo e non per il tramite di puntuali pronunce creative. Inoltre, ad avviso della Corte di Strasburgo l'obbligo del previo esaurimento dei ricorsi interni presuppone l'esistenza di mezzi di tutela effettivi e accessibili (art. 13 CEDU). L'effettività, in particolare, va intesa come l'idoneità del ricorso a prevenire la violazione o la sua continuazione (par. 78) oppure, nel caso in cui la violazione si sia già prodotta, a garantire un'adeguata riparazione (così già [Kudla c. Polonia](#),

1996). All'epoca in cui i ricorrenti hanno presentato ricorso (tra marzo e giugno 2011) esisteva una giurisprudenza consolidata della Corte Costituzionale che lasciava ragionevolmente presagire l'assenza di prospettive di successo rispetto alle istanze dei ricorrenti. Il Governo non ha provato, né è logico supporlo, che le giurisdizioni ordinarie nazionali avrebbero ignorato le conclusioni della Consulta per pervenire ad altri esiti. Per queste ragioni la Corte di Strasburgo, unico giudice competente a valutare i caratteri dell'accessibilità e dell'effettività dei mezzi di ricorso interno, ha ravvisato la sussistenza di quelle circostanze particolari in presenza delle quali i ricorrenti sono esenti dall'obbligo in parola.

Con la terza eccezione, infine, il Governo italiano contestava l'inosservanza da parte dei ricorrenti del termine semestrale ai fini della proposizione del ricorso. La decisione di rigettare anche quest'ultima eccezione si fonda sulla considerazione che la doglianza rappresentata assume la forma di una violazione continuata che cristallizza la situazione contestata dai ricorrenti. In passato la Corte EDU si è già occupata delle cd. situazioni permanenti, cioè a dire di violazioni protratte nel tempo che possono estrinsecarsi nella prolungata limitazione di un diritto individuale (*Paksas c. Lituania*, 2011; *Anchugov e Gladkov c. Russia*, 2013) oppure nella continuativa interferenza normativa del diritto al rispetto della vita privata (*Dudgeon c. Regno Unito*, 1981; *Daroczy c. Ungheria*, 2008).

Quanto al merito del ricorso, i ricorrenti lamentavano la violazione dell'art. 8 (rispetto della vita privata e familiare), dell'art. 12 (diritto al matrimonio) e dell'art. 14 della CEDU (divieto di discriminazione).

È indiscusso che la relazione che coinvolge coppie dello stesso sesso rientri nell'ambito della nozione di "vita privata" di cui all'art. 8 CEDU. La Corte infatti ha già riconosciuto alle coppie omosessuali la stessa capacità delle coppie eterosessuali di instaurare relazioni stabili e, di conseguenza, le coppie omosessuali si trovano in una situazione simile a quella di una coppia eterosessuale per quanto riguarda l'esigenza di riconoscimento giuridico e di tutela della loro relazione (così *Schalk e Kopf c. Austria*, par. 99; *Vallianatos e altri c. Grecia*, par. 78 e 81).

La Corte in effetti rileva che le doglianze formulate dinanzi ai giudici nazionali sono state incentrate sulla sola contestazione dell'impossibilità dei ricorrenti di contrarre matrimonio, risultando negletta, invece, la mancanza di forme alternative di riconoscimento e tutela. Al riguardo, la Corte conferma la sua precedente interpretazione in base alla quale, nonostante la graduale introduzione dell'istituto del matrimonio tra persone dello stesso sesso negli ordinamenti dei Paesi membri del Consiglio d'Europa (11 Stati hanno attualmente riconosciuto il matrimonio omosessuale), l'art. 12 CEDU non è fonte di un apposito obbligo per gli Stati che porti a "concedere l'accesso al matrimonio alle coppie omosessuali" (*Schalk e Kopf c. Austria*, cit.; *Hämäläinen c. Finlandia*, 2014, par. 96).

Per tali motivi sono state ammesse, e comunicate al Governo italiano, solo le doglianze relative all'art. 8, considerato singolarmente e in combinato disposto con l'art. 14 CEDU.

Nel caso di specie, la violazione dell'art. 8 CEDU deve imputarsi al mancato rispetto dell'obbligo positivo dello Stato di garantire idonea tutela alla vita privata e familiare. Per valutare gli effetti (o i mancati effetti) dell'azione positiva dello Stato con riferimento al rispetto del diritto alla vita privata e familiare, il giudice di Strasburgo si è soffermato, in particolare, sulla verifica della coerenza sistemica delle prassi giuridiche ed amministrative dell'ordinamento nazionale e sulla misurazione dell'incidenza che tali prassi producono nella vita privata dei singoli. Accertata l'impossibilità di contrarre matrimonio, la Corte

EDU ha passato in rassegna gli eventuali strumenti alternativi a disposizione delle coppie omosessuali in Italia, pervenendo alle seguenti conclusioni.

La trascrizione delle unioni omosessuali nei registri comunali delle unioni civili – dove possibile, e cioè solo in 155 Comuni su 8.047 – ha valore meramente simbolico o, all’occorrenza, finalità statistiche: a tali trascrizioni, infatti, non è attribuito neppure valore probatorio della stabilità del rapporto in ambito giudiziario.

Con riferimento ai contratti di convivenza, in vigore dal 2 dicembre 2013, si constata che essi non possono considerarsi strumenti di riconoscimento e tutela delle unioni omosessuali in quanto mere “scritture private sottoscrivibili, senza particolari formalità, da chiunque abbia rapporti di convivenza” ed a prescindere dal titolo della stessa convivenza. Considerato che la Corte già in passato (*Vallianatos c. Grecia*, cit.) aveva chiarito che la mera convivenza non è sintomatica di una relazione affettiva o familiare stabile, se ne inferisce che anche quando l’istituto del contratto di convivenza fosse stato vigente al momento della proposizione dei ricorsi, non avrebbe comunque potuto fornire la specifica tutela invocata dai ricorrenti.

Di più. Benché le supreme magistrature abbiano riconosciuto l’esistenza di alcuni diritti fondamentali a beneficio delle coppie omosessuali, molte questioni afferenti alla regolamentazione del rapporto in quanto tale rimangono incerte e sono rimesse alle valutazioni dei giudici aditi volta per volta. Il fatto di dover «determinare per via giudiziaria ogni esigenza di vita che si presenti nel ménage di una coppia omosessuale, nelle incerte circostanze descritte ed in un sistema giudiziario oberato come quello italiano, costituisce di per sé un ostacolo non irrilevante» (par. 171).

Alla luce di queste considerazioni, la Corte ha rilevato che la tutela assicurata dall’ordinamento italiano alle coppie omosessuali non solo è carente nel contenuto, ma è piuttosto incerta anche rispetto agli esiti giudizialmente conseguibili e, pertanto, emerge una patente incoerenza delle prassi interne.

Nel valutare gli interventi realizzati da uno Stato nell’adempimento di eventuali obblighi positivi, la Corte attribuisce rilevanza anche al perseguimento del bilanciamento degli interessi individuali perorati dai ricorrenti con quelli collettivi tutelati dal Governo. A questo riguardo, lo Stato convenuto si è limitato a spiegare le ragioni del ritardo legislativo sul tema delle unioni omosessuali, negando di aver voluto proteggere in questo modo il concetto tradizionale di famiglia. Tale ritardo sarebbe dovuto solamente alla necessità di registrare ed interpretare gli umori della società italiana: «i tempi di maturazione di una visione comune sul riconoscimento di questa nuova forma di famiglia» sono necessariamente lunghi, trattandosi di una questione sociale molto delicata che richiede una sintesi tra le “diverse sensibilità” coinvolte (par. 176).

Un ulteriore profilo esaminato dalla Corte è quello dell’ampiezza del margine di discrezionalità statale nell’attuazione degli obblighi positivi di cui all’art. 8 CEDU. Il giudice di Strasburgo conclude che il margine di discrezionalità statale è inversamente proporzionale alla rilevanza del diritto da tutelare: in presenza di questioni particolarmente significative per l’esistenza o per l’identità di una persona, la discrezionalità statale subisce un’importante compressione; invece, in presenza di questioni meno significative o di questioni su cui non esista un consenso generalizzato, il margine di discrezionalità statale si riepande. Se è vero che il tema delle unioni omosessuali presenta delicati aspetti morali e/o etici, secondo la Corte di Strasburgo è altrettanto vero che il caso di specie non involge «diritti supplementari, che possono o meno sorgere da una unione omosessuale e che possono essere oggetto della loro ampiezza», ma diritti fondamentali dell’individuo (par.

177). Già nel caso *Schalk e Kopf c. Austria*, la Corte EDU aveva riconosciuto il fatto che lo Stato conserva un margine di discrezionalità nella scelta della forma da utilizzare per apprestare una tutela giuridica appropriata alle coppie omosessuali e non ha ritenuto l'Austria responsabile per non aver introdotto una legge sulle unioni registrate prima del 2010, trattandosi di una disciplina che riflette la tendenza emergente nei Paesi membri (all'epoca solo 19 Stati del Consiglio d'Europa prevedevano una qualche forma di riconoscimento delle unioni omosessuali). Ad altre conclusioni perviene nei confronti del Governo italiano, colpevole di non aver intercettato i mutati orientamenti della popolazione italiana (par. 179), di non aver tenuto conto del più diffuso riconoscimento conseguito dalle unioni omosessuali nell'ambito del Consiglio d'Europa (ormai sono 24 gli Stati che dispongono di una legislazione ad hoc), ma soprattutto colpevole di non aver dato seguito agli inviti provenienti dalle magistrature superiori (sent. 138/2010 della Corte Cost., ma anche sent. 4184/2012 della Corte di Cassazione, che in un *obiter dictum* affermava che la «differenza di sesso dei nubendi ... non si dimostra più adeguata alla attuale realtà giuridica, essendo stata radicalmente superata» e che la mancata trascrizione in Italia di un matrimonio omosessuale celebrato in Spagna «non scaturisce dalla sua inesistenza o invalidità, ma solo dalla inidoneità (dell'atto) a produrre ... qualsiasi effetto giuridico nell'ordinamento»).

In conclusione, sembra doveroso dare conto, sia pur succintamente, del diverso percorso logico-argomentativo seguito dai giudici Mahoney, Tsotsoria e Vehabovic, che viene riferito in una comune opinione concorrente. L'accertamento della violazione da parte dell'Italia, a loro avviso, si fonda non già sulla mancata attuazione degli obblighi positivi ex art. 8 CEDU, ma sulla mancata tutela a beneficio delle coppie omosessuali ai sensi dell'art. 2 Cost., come interpretato dalla Corte costituzionale nella sent. 138/2010 e, soprattutto, ai sensi dell'art. 8, par. 2 CEDU, che ammette ipotesi di «ingerenza statale» in circostanze particolari («Non può esservi ingerenza di una autorità pubblica nell'esercizio di tale diritto a meno che tale ingerenza sia prevista dalla legge e costituisca una misura che, in una società democratica, è necessaria ... o per la protezione dei diritti e delle libertà altrui»).

MARIADOMENICA ALAGNA



OSSERVATORIO L'ITALIA E LA CEDU N. 4/2015

3. GRAVI VIOLAZIONI DEI DIRITTI FONDAMENTALI DEI MIGRANTI NEL CASO *KHLAIFIA E A. C. ITALIA*

Nella sentenza relativa al [*Khlaifia ed altri. c. Italia*](#) del 1° settembre 2015 la Corte europea dei diritti dell'uomo condanna l'Italia per la violazione di importanti norme della Convenzione europea dei diritti dell'uomo nei confronti di tre cittadini tunisini entrati irregolarmente nel territorio italiano.

I fatti all'origine della causa in oggetto risalgono al settembre 2011 e si inseriscono, quindi, nel contesto della ingente ondata migratoria che il nostro Paese ha dovuto affrontare a seguito delle rivoluzioni e proteste avvenute nei Paesi della riva sud del Mediterraneo, comunemente note come "Primavera araba".

I tre ricorrenti lasciano il loro Paese di origine su imbarcazioni di fortuna nel tentativo di raggiungere le coste italiane. Intercettati dalla guardia costiera italiana, vengono scortati fino al porto dell'isola di Lampedusa e trasferiti al Centro di Soccorso e Prima Accoglienza (CSPA). Qui, dopo avere ricevuto i primi soccorsi, vengono identificati dalle autorità locali. I ricorrenti segnalano le pessime condizioni del centro, eccessivamente popolato e, quindi, carente dei più elementari servizi: spazi estremamente ridotti, mancanza di letti, assenza di luoghi adeguati per consumare i pasti, impossibilità di avere contatti con l'esterno, continua sorveglianza delle forze di polizia, ecc.

Condizioni queste che determinano lo scoppio di una violenta rivolta, a seguito della quale i migranti vengono trasportati nel campo sportivo dell'isola per trascorrere la notte, ma da qui fuggono e raggiungono il centro di Lampedusa, dove danno vita a delle manifestazioni di protesta. In tale contesto i ricorrenti vengono intercettati dalle forze di polizia, ascoltati e ricondotti al centro di accoglienza per poi essere trasferiti a Palermo insieme ad altri migranti e qui imbarcati su navi dove vengono ammassati nel salone ristorante e posti nell'impossibilità di utilizzare i servizi igienici, avere accesso alle cabine e uscire sui ponti. Dopo cinque giorni i ricorrenti vengono trasportati all'aeroporto di Palermo per essere rimpatriati in Tunisia.

Nell'esaminare il caso, la Corte europea dei diritti dell'uomo, preliminarmente, ricorda la particolare situazione dell'isola di Lampedusa all'epoca dei fatti oggetto della causa, dettagliatamente descritta nel rapporto della Sotto-commissione *ad hoc* dell'Assemblea parlamentare del Consiglio d'Europa, incaricata di indagare sugli arrivi massicci di migranti irregolari nelle rive sud dell'Europa. Il rapporto in questione,

pubblicato il 30 settembre 2011, sottolinea le carenze delle strutture di accoglienza di Lampedusa, al punto da richiedere il trasferimento dei migranti verso altre strutture dislocate sul territorio italiano in tempi quanto più possibile rapidi *«car les capacités d'accueil dont dispose l'île de Lampedusa sont à la fois insuffisantes pour accueillir le nombre d'arrivants et inadaptées à des séjours de plusieurs jours»*. D'altra parte, la sotto-commissione sottolinea anche che l'isola di Lampedusa è chiamata a far fronte ad una situazione molto difficile con una presenza di migranti che è sproporzionata rispetto alle capacità di accoglienza, pertanto i disagi per la popolazione e per le attività (prevalentemente turistiche) sono considerevoli.

Ciò nonostante, la sotto-commissione conclude chiedendo alle autorità italiane, tra le altre cose, di chiarire il profilo giuridico del trattenimento nei centri di accoglienza di Lampedusa; non mantenere i migranti tunisini irregolari in detenzione amministrativa se non secondo una procedura stabilita dalla legge, autorizzata da un'istanza giudiziaria e contro la quale può essere avanzato ricorso; continuare a garantire il trasferimento rapido dei nuovi arrivati verso altri centri di accoglienza.

Alla luce di tali osservazioni, la sentenza in oggetto risulta particolarmente interessante, in quanto il sistema italiano di accoglienza dei migranti viene esaminato dalla Corte (e condannato) sotto diversi profili: l'arbitraria privazione di libertà, le condizioni di accoglienza, la questione delle espulsioni collettive.

In merito alla presunta violazione dell'art. 5 della CEDU (Diritto alla libertà ed alla sicurezza), la Corte ricorda che l'art. 5 tutela un diritto fondamentale, vale a dire il diritto alla libertà personale, da garantire contro ogni possibile ingerenza arbitraria dello Stato. Per questo, la norma contiene (al par. 1, lett. a-f) una lista esaustiva delle uniche ipotesi in cui è possibile che l'individuo sia oggetto di misure restrittive della propria libertà, con il chiaro obiettivo di evitare che qualcuno possa esserne arbitrariamente privato. Tra tali ipotesi rientra, alla lett. f, il caso dello straniero al quale si vuole impedire di entrare clandestinamente nel territorio, o contro il quale è in corso un provvedimento di espulsione o di estradizione. Nel caso di specie la Corte ritiene che i ricorrenti rientrino in tale ultima ipotesi, in quanto il loro ingresso nel territorio italiano è avvenuto in modo irregolare determinando nei loro confronti l'avvio di una procedura di identificazione e rimpatrio. Tuttavia, la Corte sottolinea come nell'ordinamento italiano sia previsto per casi di questo genere l'alloggio presso i Centri di identificazione e di espulsione (CIE) disposto con provvedimento amministrativo, mentre i ricorrenti sono stati trasferiti in un CSPA, senza che nei loro confronti venisse adottato alcun provvedimento formale. Pertanto, la Corte conclude che vi è stata violazione dell'art. 5, par. 1, trattandosi di una misura totalmente priva di una base giuridica, e, quindi, contraria al principio di legalità.

La Corte constata, inoltre, la violazione del par. 2 dello stesso articolo, che prevede il diritto della persona sottoposta a privazione di libertà di conoscere, nel più breve tempo possibile, i motivi della detenzione. I giudici riconoscono che, nel caso di specie, gli unici atti notificati dall'amministrazione italiana ai ricorrenti sono stati i decreti di espulsione che non possono certo considerarsi alla stregua di atti contenenti le dovute spiegazioni dei motivi della detenzione, anche in considerazione del fatto che la loro notifica è intervenuta molto oltre il termine ragionevole prescritto dal par. 2 dell'art. 5. Nella misura in cui i ricorrenti non hanno ricevuto adeguate informazioni circa i motivi della loro detenzione, essi non hanno neanche potuto proporre ricorso contro il provvedimento di natura restrittiva. I citati decreti di espulsione, ad avviso della Corte, non fanno menzione del riferimento normativo che giustifica la detenzione e, tra l'altro, al momento della loro notifica (poco prima del rimpatrio) stava per concludersi la detenzione stessa.

La Corte, inoltre, si sofferma sulle condizioni di accoglienza del CSPA, rilevando gravi problemi di sovraffollamento, di igiene, di mancanza di contatti con l'esterno. Pertanto, sebbene il soggiorno dei ricorrenti all'interno della struttura sia stato di breve durata, secondo i giudici si è verificato un trattamento degradante contrario all'art. 3 della CEDU.

L'Italia viene, altresì, condannata per avere violato l'art. 4 del Protocollo n. 4 che vieta le espulsioni collettive, in quanto i singoli decreti di espulsione erano di identico contenuto con le sole differenze riguardanti i dati identificativi dei destinatari. Ad avviso della Corte non vi sono elementi che dimostrano che le autorità italiane nel disporre il rimpatrio abbiano tenuto in considerazione la singola posizione degli individui interessati dal provvedimento, né il Governo ha prodotto alcun documento contenente le dichiarazioni dei ricorrenti sulla loro specifica situazione. A ciò si aggiunga che, all'epoca dei fatti, un numero rilevante di tunisini è stata oggetto di espulsione e che mai la situazione individuale viene in alcun modo presa in esame, in quanto, stando a quanto si legge in un comunicato stampa del ministero dell'Interno italiano del 6 aprile 2011, gli accordi bilaterali con la Tunisia prevedono il rimpatrio dei cittadini tunisini con mere procedure semplificate a seguito della sola identificazione da parte dell'autorità consolare tunisina.

Particolarmente pesante, dunque, appare la condanna di cui alla sentenza in oggetto, considerando che le violazioni di cui l'Italia si è resa responsabile dimostrano serie lacune del nostro sistema di accoglienza. Ed inoltre, è da valutare positivamente il dato che tutto l'impianto della pronuncia sia fortemente ispirato al rispetto della dignità umana, sulla base del principio secondo il quale mai i diritti fondamentali dei migranti possono essere sacrificati, neanche per fare fronte a situazioni di grave emergenza.

FRANCESCA PERRINI



Ordine internazionale e diritti umani

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

OSSERVATORIO SULLA CORTE DI GIUSTIZIA DELL'UNIONE EUROPEA N. 4/2015

1. LA CORTE DI GIUSTIZIA SI PRONUNCIA SULLA REVOCA DEL PERMESSO DI SOGGIORNO NEI CONFRONTI DI UN RIFUGIATO A CAUSA DELLA SUA PARTECIPAZIONE ALLE ATTIVITÀ DI UN'ORGANIZZAZIONE TERRORISTICA FIGURANTE NELL'ELENCO PREDISPOSTO DALL'UE.

[H.T. \(Causa C-373/13\) sentenza della Corte di giustizia \(Prima Sezione\) del 24 giugno 2015 \(ECLI:EU:C:2015:413\)](#)

Rinvio pregiudiziale – Spazio di libertà, sicurezza e giustizia – Frontiere, asilo e immigrazione – Direttiva 2004/83/CE – Articolo 24, paragrafo 1 – Norme minime sulle condizioni per il riconoscimento dello status di rifugiato o di beneficiario della protezione sussidiaria – Revoca del permesso di soggiorno – Presupposti – Nozione di “imperiosi motivi di sicurezza nazionale o di ordine pubblico” – Partecipazione di una persona avente lo status di rifugiato alle attività di un'organizzazione figurante nell'elenco delle organizzazioni terroristiche predisposto dall'Unione europea.

La 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, dev'essere interpretata nel senso che un permesso di soggiorno, una volta rilasciato a un rifugiato, può essere revocato o in forza dell'articolo 24, paragrafo 1, di tale direttiva, quando sussistono imperiosi motivi di sicurezza nazionale o di ordine pubblico ai sensi di tale disposizione, oppure in applicazione dell'articolo 21, paragrafo 3, della richiamata direttiva, quando sussistono motivi per applicare la deroga al principio di non respingimento previsto dall'articolo 21, paragrafo 2, di questa stessa direttiva.

Il sostegno a un'associazione terroristica iscritta nell'elenco allegato alla posizione comune 2001/931/PESC del Consiglio, del 27 dicembre 2001, relativa all'applicazione di misure specifiche per la lotta al terrorismo, nella versione in vigore alla data dei fatti della controversia principale, può costituire uno degli «imperiosi motivi di sicurezza nazionale o di ordine pubblico», ai sensi dell'articolo 24, paragrafo 1, della direttiva 2004/83, anche se le condizioni previste dall'articolo

21, paragrafo 2, della stessa non sono riunite. Affinché un permesso di soggiorno rilasciato a un rifugiato possa essere revocato sul fondamento dell'articolo 24, paragrafo 1, di tale direttiva, per il motivo che tale rifugiato sostiene siffatta associazione terroristica, le autorità competenti sono tuttavia tenute a procedere, sotto il controllo dei giudici nazionali, a una valutazione individuale degli elementi di fatto specifici relativi alle azioni sia dell'associazione sia del rifugiato di cui trattasi. Quando uno Stato membro decide di allontanare un rifugiato il cui permesso di soggiorno è stato revocato, ma sospende l'esecuzione di tale decisione, è incompatibile con la richiamata direttiva privarlo dell'accesso alle prestazioni garantite dal capo VII della medesima, salvo che trovi applicazione un'eccezione espressamente prevista da questa stessa direttiva.

La sentenza in oggetto origina da una domanda di pronuncia pregiudiziale proposta alla Corte, ai sensi dell'articolo 267 TFUE, dal *Verwaltungsgerichtshof* (tribunale amministrativo superiore) *Baden-Württemberg*, e concernente l'interpretazione dell'articolo 21, paragrafi 2 e 3, e dell'articolo 24, paragrafi 1 e 2, 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. La controversia nella causa principale concerne il signor T e il Land Baden-Württemberg in merito ad una decisione del marzo 2012 che ha pronunciato l'espulsione del signor T in questione dal territorio della Repubblica federale di Germania, revocandogli anche il permesso di soggiorno. Occorre premettere, a questo riguardo, che al signor T, in data 24 giugno 1993, gli era stato riconosciuto lo *status* di rifugiato ai sensi della Convenzione di Ginevra, relativa allo status dei rifugiati, firmata nel 1951 ed entrata in vigore il 22 aprile 1954. Lo stesso signor T, inoltre, era anche in possesso di un permesso di soggiorno a tempo indeterminato in Germania dal 7 ottobre 1993. L'espulsione del signor T dalla Repubblica federale di Germania era stata motivata dal fatto che egli aveva compiuto atti di sostegno a favore del partito dei lavoratori del Kurdistan (PKK) – le cui attività in Germania erano state vietate dal Ministero federale dell'Interno nel novembre 1993 – fino ad una data piuttosto recente, rappresentando così una pericolosità attuale. La decisione di espulsione del 2012 ha anche comportato la decadenza di pieno diritto del permesso di soggiorno precedentemente rilasciato al signor T. Il ricorso avverso la decisione di espulsione adottata dal consiglio regionale di Karlsruhe è stata respinta dal tribunale amministrativo della stessa città, la cui sentenza è stata appellata dal signor T. dinanzi al giudice del rinvio, il tribunale amministrativo superiore del *Baden-Württemberg*. Quest'ultimo, esprimendo particolari dubbi sull'annullamento del permesso di soggiorno nei confronti del signor T., si è chiesto se la decisione di espulsione potesse giustificarsi alla luce degli articoli 21, paragrafi 2 e 3, e 24 della direttiva 2004/83.

In particolare, il giudice del rinvio, in primo luogo, ha chiesto alla Corte di giustizia se, e a quali condizioni, l'articolo 24, paragrafo 1, della direttiva 2004/83 autorizzi uno Stato membro a revocare o a cessare il permesso di soggiorno di un rifugiato sebbene tale disposizione, a differenza dell'articolo 21, paragrafo 3, della stessa direttiva, non preveda espressamente tale possibilità. Infatti, la prima disposizione disciplina esclusivamente il rilascio, quasi automatico, del permesso di soggiorno ai beneficiari dello status di rifugiato e le eventuali cause ostative a tale rilascio, quali gli imperiosi motivi di sicurezza nazionale o di ordine pubblico e i motivi per i quali uno Stato membro può respingere un rifugiato, ai

sensi dell'articolo 21, paragrafo 2. La seconda disposizione, invece, fa espresso riferimento alla facoltà degli Stati membri di revocare, di cessare o di rifiutare il rinnovo o il rilascio di un permesso di soggiorno a un rifugiato nei confronti del quale si applichino le condizioni di respingimento previste dall'articolo 21, paragrafo 2, della direttiva 2004/83. Lo stesso giudice del rinvio ha chiesto, inoltre, nel caso di risposta affermativa della Corte di giustizia sull'applicazione dell'articolo 24, paragrafo 1, ai fini della revoca del permesso di soggiorno di un rifugiato, se la revoca in questione sia autorizzata unicamente in applicazione dell'articolo 21, paragrafi 2 e 3, nei casi in cui, quindi, il rifugiato non sia più protetto contro il respingimento, o anche in forza dell'articolo 24, paragrafo 1, della stessa direttiva.

La Corte di giustizia, per rispondere alle richieste del giudice del rinvio, ha ritenuto di dover esaminare la portata rispettivamente dell'articolo 21, paragrafi 2 e 3, della direttiva 2004/83 e dell'articolo 24, paragrafo 1, della stessa. Per quanto concerne l'articolo 21, paragrafo 2, il giudice UE ha affermato che quando il respingimento di un rifugiato sia possibile in virtù di tale disposizione – ossia quando ciò non sia vietato agli Stati membri da obblighi internazionali e vi siano ragionevoli motivi per considerare che tale rifugiato rappresenti un pericolo per la sicurezza dello Stato membro in cui si trova o che detto rifugiato costituisca un pericolo per la comunità dello stesso Paese in questione – gli Stati membri hanno anche la facoltà, ai sensi dell'articolo 21, paragrafo 3, di revocare, di cessare o di rifiutare il rinnovo di un permesso di soggiorno. Infatti, secondo la Corte, una volta che il rifugiato è soggetto al respingimento, non è più necessario che gli venga rilasciato un permesso di soggiorno, che egli continui ad esserne in possesso o che ne ottenga il rinnovo (punto 44, della sentenza in commento). In base a quanto precede, e coerentemente con quanto rilevato dall'Avvocato generale Sharpston nelle sue [conclusioni](#) presentate l'11 settembre del 2014, in particolare al punto 62, la Corte di giustizia ha sostenuto che se un rifugiato non rientra all'interno delle deroghe al divieto di respingimento, di cui all'articolo 21, paragrafo 2, della direttiva 2004/83, allo stesso tempo, non può trovare applicazione la facoltà degli Stati membri di revocare, di cessare o di rifiutare il rinnovo o il rilascio di un permesso di soggiorno al rifugiato in questione, prevista dall'articolo 21, paragrafo 3, della medesima direttiva. Di conseguenza, quando uno Stato membro avvia un procedimento nei confronti di un rifugiato ma non può respingerlo in quanto le condizioni di cui all'articolo 21, paragrafo 2, non sono soddisfatte, il permesso di soggiorno di tale rifugiato non può essere revocato, ai sensi del paragrafo 3 dello stesso articolo.

Dopo aver analizzato la portata dell'articolo 21, della direttiva 2004/83, la Corte di giustizia ha valutato se uno Stato membro possa comunque revocare il permesso di soggiorno di un rifugiato, ai sensi dell'articolo 24, paragrafo 1, della stessa direttiva, rispondendo così al quesito posto dal giudice del rinvio. A questo riguardo, la Corte di giustizia ha affermato che, sebbene la disposizione in questione non autorizzi espressamente uno Stato membro a revocare un permesso di soggiorno precedentemente rilasciato ad un rifugiato, vi sarebbero comunque degli argomenti che favorirebbero un'interpretazione dell'articolo 24, paragrafo 1, che consenta agli Stati membri di ricorrere a tale misura. Secondo il giudice UE, bisogna constatare, preliminarmente, che la disposizione in questione non esclude espressamente la possibilità di revocare un permesso di soggiorno, anzi questa risulterebbe conforme alla finalità della disposizione in questione. Infatti, se gli Stati membri sono autorizzati a rifiutare il rilascio o il rinnovo di un permesso di soggiorno laddove imperiosi motivi di sicurezza nazionale o di ordine pubblico lo giustificano, a maggior ragione dovrebbero essere autorizzati a revocare tale permesso o a cessarlo qualora tali motivi sopraggiungano dopo il rilascio. Una tale interpretazione

dell'articolo 24, paragrafo 1, sarebbe coerente con lo spirito della direttiva 2004/83, in quanto la disposizione in questione completerebbe l'articolo 21, paragrafo 3, della stessa, nella misura in cui autorizza uno Stato membro a revocare o a cessare un permesso di soggiorno anche nei casi in cui non siano soddisfatte le condizioni di cui all'articolo 21, paragrafo 2, purché imperiosi motivi di sicurezza nazionale o di ordine pubblico lo giustificino (punto 50 della sentenza). Sarebbe pertanto incompatibile con l'obiettivo perseguito dalla direttiva 2004/83 il fatto che non esista nessuna possibilità di revocare un permesso di soggiorno già rilasciato ai sensi dell'articolo 24, paragrafo 1.

La Corte di giustizia così risponde al giudice del rinvio affermando che gli Stati membri possono revocare, o cessare, un permesso di soggiorno rilasciato a un rifugiato, sulla base dell'articolo 21, paragrafo 3, della direttiva 2004/83, a condizione che il rifugiato in questione rientri nell'ambito di applicazione dell'articolo 21, paragrafo 2, oppure, se tale ipotesi non si verifica, sulla base dell'articolo 24, paragrafo 1, della medesima direttiva, a condizione che imperiosi motivi di sicurezza nazionale o di ordine pubblico giustificino tale misura.

Avendo risposto affermativamente sull'applicabilità dell'articolo 24, paragrafo 1, ai fini della revoca del permesso di soggiorno precedentemente rilasciato a rifugiati, la Corte di giustizia si è occupata, a questo punto, della seconda questione rivolta dal giudice del rinvio, concernente, in sostanza, se il sostegno fornito da un rifugiato ad un'associazione terroristica possa costituire uno degli «imperiosi motivi di sicurezza nazionale o di ordine pubblico» ai sensi dell'articolo 24, paragrafo 1, della direttiva 2004/83, e ciò indipendentemente dall'applicazione delle condizioni di cui all'articolo 21, paragrafo 2, della stessa direttiva. Preliminarmente, la Corte di giustizia ha tenuto a sottolineare che le disposizioni in questione, sebbene in qualche modo sovrapponibili e complementari tra loro, hanno ambiti di applicazione distinti e rientranti in regimi giuridici diversi (punto 69 della sentenza). Infatti, come si è già in parte accennato, l'articolo 21, paragrafo 2, costituisce una deroga al principio del non respingimento dei rifugiati, consentendo il *refoulement* solo quando vi siano ragionevoli motivi per considerare che il rifugiato in questione rappresenti un pericolo per la sicurezza dello Stato membro nel quale si trova, o, quando, essendo stato condannato con una sentenza passata in giudicato per un reato di particolare gravità, costituisca un pericolo per la comunità di tale Stato membro. Il respingimento di un rifugiato, quindi, sebbene autorizzato in talune circostanze, costituirebbe soltanto l'estrema ratio alla quale uno Stato membro può ricorrere quando nessun'altra misura sia possibile o sufficiente. Inoltre, come sottolineato dalla Corte, le conseguenze dell'applicazione di tale deroga per il rifugiato possono essere estremamente drastiche, in quanto lo stesso può essere respinto verso un paese in cui potrebbe correre il rischio di persecuzioni. Per tale ragione, la pratica del respingimento è assoggettata a condizioni molto rigorose. L'articolo 24, paragrafo 1, al contrario, riguarda solo il rifiuto di rilasciare un permesso di soggiorno a un rifugiato e la revoca di tale permesso, ma non il respingimento del rifugiato in questione. Secondo la Corte, infatti, tale disposizione concerne unicamente quei casi in cui il pericolo che detto rifugiato rappresenta per la sicurezza nazionale, l'ordine pubblico o la comunità dello Stato membro di cui trattasi non possa giustificare né la perdita dello *status* di rifugiato né *a fortiori* il suo respingimento. Da ciò ne deriva che, per un rifugiato, le conseguenze della revoca del suo permesso di soggiorno siano meno gravose rispetto alle misure che possono essere adottate nei suoi confronti *ex* articolo 21, paragrafo 2, della direttiva 2004/83. Conseguentemente, come sottolineato dalla Corte, al punto 75 della sentenza in commento, nel caso in cui ricorrano

circostanze che non presentano il grado di gravità che autorizzi uno Stato membro a ricorrere alla deroga prevista dall'articolo 21, paragrafo 2, e quindi a prendere una decisione di respingimento, sarà comunque consentito allo Stato membro di privare il rifugiato in questione del suo permesso di soggiorno, ai sensi dell'articolo 24, paragrafo 1, della direttiva 2004/83.

Dopo aver chiarito i rispettivi ambiti di applicazione delle disposizioni in oggetto, la Corte di giustizia ha affrontato la questione specifica sottoposta dal giudice del rinvio, in particolare se il sostegno fornito a un'associazione terroristica costituisca uno degli «imperiosi motivi di sicurezza nazionale o di ordine pubblico» ai sensi dell'articolo 24, paragrafo 1, della direttiva 2004/83. A tal riguardo, però, il giudice UE ha rammentato che le nozioni di «sicurezza nazionale» e di «ordine pubblico» non sono definite nella disposizione in questione, dovendo quindi ispirarsi, per la loro interpretazione nella causa di specie, alle nozioni di «pubblica sicurezza» e di «ordine pubblico» di cui agli articoli 27 e 28, della [direttiva 2004/38](#), sui quali la Corte aveva già avuto modo di esprimersi ([sentenza del 23 novembre 2010, C-145/09, Tsakouridis, ECLI:EU:C:2010:708](#); e la [sentenza del 4 ottobre 2012, C-249/11, Byankov, ECLI:EU:C:2012:608](#)), sottolineando, inoltre, che la portata della protezione che una comunità intende accordare ai suoi interessi fondamentali non possa variare a seconda dello *status* giuridico della persona che lede tali interessi, cittadini di Stati terzi o apolidi per la direttiva 2004/83 e cittadini dell'Unione per la direttiva 2004/38. Da ciò, la Corte di giustizia ha ritenuto di poter interpretare la nozione di «imperiosi motivi di sicurezza nazionale» di cui all'articolo 24, paragrafo 1, della direttiva 2004/83, alla luce della nozione di «motivi imperativi di pubblica sicurezza» di cui all'articolo 28, paragrafo 3, della direttiva 2004/38, che comprenderebbe tanto la sicurezza interna di uno Stato membro quanto la sua sicurezza esterna; inoltre, il riferimento ai motivi imperativi presupporrebbe non soltanto l'esistenza di un pregiudizio ma anche che quest'ultimo presenti un livello di gravità particolarmente elevato.

A questo punto, e soprattutto dopo aver riconosciuto il carattere terroristico dell'organizzazione sostenuta dal signor T, vista l'inclusione del PKK nell'elenco allegato alla [posizione comune 2001/931/PESC](#) del Consiglio del 27 dicembre 2001 relativa all'applicazione di misure specifiche per la lotta al terrorismo, e aver verificato che gli atti di tale organizzazione potessero minacciare la sicurezza nazionale o l'ordine pubblico, la Corte di giustizia ha invitato le autorità nazionali competenti a valutare i fatti specifici oggetto della causa principale e stabilire se il sostegno all'organizzazione in questione fornito dal signor T, nella forma di un'assistenza alla raccolta di fondi e una regolare partecipazione agli eventi organizzati dalla stessa, rientrassero nell'ambito di applicazione dell'articolo 24, paragrafo 1, della direttiva 2004/83. Infatti, a questo riguardo, la Corte ha tenuto a precisare che, sebbene gli atti commessi da un'organizzazione terroristica iscritta nell'elenco di cui all'allegato della posizione comune 2001/931/PESC possano collegarsi alla causa di deroga di cui all'articolo 24, paragrafo 1, il mero sostegno che la persona interessata possa aver dato a tale organizzazione non può avere quale conseguenza automatica la revoca del suo permesso di soggiorno, ai sensi della stessa disposizione (punto 87). Conseguentemente, la Corte di giustizia, nel rispondere alla seconda questione, ha invitato il giudice del rinvio ad esaminare il ruolo effettivamente svolto dal signor T nel contesto del suo sostegno all'organizzazione in questione, ricercando in particolare se abbia commesso egli stesso degli atti terroristici, se e in quale misura sia stato coinvolto nella pianificazione e nella direzione di altre persone al fine della commissione di atti di questo tipo, e se e in quale misura abbia finanziato tali atti. Inoltre, sempre secondo la Corte, il

giudice del rinvio sarebbe anche tenuto a valutare il grado di gravità del pericolo per la sicurezza nazionale o l'ordine pubblico derivante dagli atti commessi dal signor T, e, sulla base di tale gravità, giustificare o meno la revoca del permesso di soggiorno, ai sensi dell'articolo 24, paragrafo 1, della direttiva 2004/83.

In conclusione, la Corte di giustizia ha affermato che il rifugiato, il cui permesso di soggiorno sia stato revocato in applicazione della disposizione in oggetto, conserverebbe comunque lo *status* di rifugiato; infatti, anche se privo del permesso di soggiorno, il soggetto in questione resterebbe un rifugiato e conserverebbe a tale titolo il diritto alle prestazioni che il capo VII della direttiva 2004/83 garantisce a qualsiasi rifugiato – il diritto alla protezione contro il respingimento, al mantenimento dell'unità familiare, al rilascio di documenti di viaggio, all'accesso all'occupazione e all'istruzione, all'assistenza sociale, all'assistenza sanitaria e all'alloggio, alla libertà di circolazione all'interno dello Stato membro e all'accesso agli strumenti di integrazione. Il riconoscimento di tali prestazioni, secondo la Corte, sarebbe la conseguenza del riconoscimento dello *status* di rifugiato e non del rilascio del permesso di soggiorno, per cui i rifugiati dovranno beneficiare di tali diritti per tutto il tempo in cui possiederanno tale status, potendo essere limitati solo alle condizioni fissate da tale direttiva, precludendo così agli Stati membri il diritto di aggiungere restrizioni che non siano in essa previste.

La Corte di giustizia, applicando quanto precede alle circostanze della controversia principale, ha rilevato un'incompatibilità tra l'ordinamento giuridico tedesco e la direttiva 2004/83, in quanto la revoca del permesso di soggiorno del signor T, intervenuta automaticamente in seguito alla decisione di espulsione, ha avuto ripercussioni sul godimento da parte di quest'ultimo del diritto ad alcune delle prestazioni di cui al capo VII della direttiva 2004/83, visto che nel diritto tedesco il godimento di tali diritti è connesso al regolare possesso di un permesso di soggiorno.

Il giudice UE, quindi, ha risposto alla seconda questione postale dal giudice del rinvio dichiarando che il sostegno a un'associazione terroristica possa costituire uno degli «imperiosi motivi di sicurezza nazionale o di ordine pubblico», ai sensi dell'articolo 24, paragrafo 1, della direttiva 2004/83. Tuttavia, affinché un permesso di soggiorno rilasciato a un rifugiato possa essere revocato sul fondamento della disposizione in oggetto per il motivo che tale rifugiato sostenga siffatta associazione terroristica, le autorità competenti sarebbero tenute, sotto il controllo dei giudici nazionali, a una valutazione individuale degli elementi di fatto specifici delle azioni sia dell'associazione sia del rifugiato in questione. In ogni caso, sempre secondo la Corte, quando uno Stato membro decide di allontanare un rifugiato il cui permesso di soggiorno è stato revocato, sarebbe incompatibile con la direttiva in oggetto privarlo dell'accesso alle prestazioni garantite dal capo VII della direttiva stessa, a meno che non trovasse applicazione un'eccezione ivi prevista espressamente.

La sentenza in oggetto è di particolare interesse in quanto ha chiarito come le vicende riguardanti il permesso di soggiorno di un rifugiato, e principalmente la revoca dello stesso, siano in parte indipendenti dal riconoscimento dello *status* di rifugiato. In particolare, sebbene ai beneficiari di tale *status* venga riconosciuto automaticamente un permesso di soggiorno rinnovabile, la revoca di quest'ultimo non implica necessariamente la perdita dello *status* di rifugiato, e quindi del godimento delle prestazioni di cui al capo VII della direttiva 2004/83, le quali, allo stesso tempo, come si è visto, non sembrano in alcun modo escludere comunque la permanenza del rifugiato nel territorio dello Stato membro in questione.

MICHELE MESSINA