

SIDIBlog^{quaderni di}

il blog della Società italiana di Diritto internazionale
e di Diritto dell'Unione europea

Volume 2 • 2015

ISSN 2465-0927

La revisione del regolamento sulle procedure di insolvenza •
Lotta al terrorismo e tutela dei diritti • L'Unione europea e la crisi •
Diritti dei detenuti • Diritti delle coppie omosessuali •
Immigrazione e tratta • Internet, sorveglianza e privacy •
Il caso dei marò • Disastri naturali e gestione
delle emergenze • Il caso Battisti • Accordi commerciali
e diritto internazionale degli investimenti

editoriale scientifica

Direttore

Pasquale De Sena

Comitato scientifico ed editoriale

Giacomo Biagioni

Giuseppe Bianco

Giorgio Buono

Federico Casolari

Francesco Costamagna

Pasquale De Sena

Ester di Napoli

Daniele Gallo

Lorenzo Gradoni

Olivia Lopes Pegna

Alice Ollino

Irini Papanicolopulu

Luca Pasquet

Cesare Pitea

Andrea Spagnolo

SOMMARIO

Dibattiti

1. La revisione del Regolamento sulle procedure di insolvenza

- 3 I CURATORI | La revisione del Regolamento sulle procedure di insolvenza / *The EU Regulation on Insolvency Proceedings (Recast)*
- 6 STEFANIA BARIATTI | La riforma del regolamento europeo sulle procedure di insolvenza. Considerazioni introduttive generali
- 12 NICOLÒ NISI E GIULIA VALLAR | La disciplina dei gruppi di società nel nuovo regolamento sulle procedure di insolvenza
- 22 FABRIZIO MARONGIU BONAIUTI | Il coordinamento tra procedure d'insolvenza basato sulla prevalenza della procedura principale nel regolamento (UE) n. 2015/848 di rifusione

2. Lotta al terrorismo e tutela dei diritti

- 39 LUCA PASQUET | Alcuni pensieri su “Charlie Hebdo”, la libertà d'espressione e le leggi liberticide
- 49 ANTONINO ALÌ | L'attivazione della clausola UE di mutua assistenza a seguito degli attacchi terroristici del 13 novembre 2015 in Francia
- 64 EMANUELE SOMMARIO | Attentati di Parigi: la Francia deroga alla Convenzione europea dei diritti dell'uomo
- 72 ENRICO MILANO | Oltre l'esegesi della Risoluzione 2249

3. *L'Unione Europea e la crisi*

- 80 SUSANNA CAFARO | Della legittimità del Programma OMT della BCE, per ora ... ovvero: le Conclusioni dell'Avvocato Generale Cruz Villalón nel caso *Gauweiler et alii c. Deutscher Bundestag*
- 88 SALVATORE D'ACUNTO | Vorrei ma è vietato. Note sul “*quantitative easing*”
- 93 GIUSEPPE BIANCO | L'Accordo di Londra del 1953 e la ristrutturazione del debito estero tedesco: alcune considerazioni (in)attuali
- 99 MICHAEL IOANNIDIS | How strict is “strict conditionality”? The New Eurozone Agreement on Greece
- 108 SUSANNA CAFARO | Caso *OMT*: la Corte giudica legittimo l'operato della BCE
- 113 FRANCESCO MARTUCCI | De l'arrêt *OMT* à la crise de la dette grecque: la BCE au secours de la zone EURO
- 119 PASQUALE DE SENA E MASSIMO STARITA | Fra stato di necessità ed (illecito) intervento economico: il terzo “*Bail Out*” della Grecia
- 134 MARCO INGLESE | Handle with care: the citizens' initiative on the Greek debt

4. *Diritti dei detenuti*

- 143 MARCO BORRACCETTI | La limitazione del diritto di voto per condanne penali: alcune osservazioni sulla sentenza *Delvigne*
- 150 PIETRO PUSTORINO | Detainees' right to vote between CJEU and ECtHR case-law

5. Diritti delle coppie omosessuali

- 157 ANGELO SCHILLACI | La prudenza non è mai troppa? La Corte di giustizia e il divieto di donazione di sangue per gli omosessuali
- 168 CHIARA VITUCCI | La sentenza della Corte Suprema degli Stati Uniti sul matrimonio omosessuale e il diritto internazionale
- 174 GRAZIELLA ROMEO | *For better, for worse*: il diritto al matrimonio tra persone dello stesso sesso nel difficile equilibrio tra spinte *countermajoritan* e radicamento nella tradizione
- 180 MATTEO WINKLER | Lo statuto giuridico delle coppie omosessuali (di nuovo) dinanzi la Corte di Strasburgo: il caso *Oliari e altri c. Italia*

6. Immigrazione e tratta

- 190 FRANCESCA DE VITTOR | I risultati del Consiglio europeo straordinario sull'emergenza umanitaria nel Mediterraneo: repressione del traffico dei migranti o contrasto all'immigrazione irregolare?
- 197 CHIARA FAVILLI | La responsabilità dei Governi degli Stati membri nella difficile costruzione di un'autentica politica dell'Unione Europea di immigrazione e di asilo
- 207 GABRIELLA CARELLA | Tratta degli esseri umani, uso della forza internazionale e prevenzione dei naufragi (... dello stato di diritto)
- 215 ALESSANDRA ANNONI | L'esercizio dell'azione penale nei confronti dei trafficanti di migranti: le responsabilità dell'Italia... e quelle degli altri
- 223 FRANCESCO CHERUBINI | L'Agenda europea sull'immigrazione:

la macchina ora (forse?) funziona, ma ne occorre comunque un'altra

- 233 GIUSEPPE MORGESE | I migranti, la solidarietà e l'Europa senza qualità
- 242 STEFANO MONTALDO | Le dichiarazioni (ritrattate) del governo ungherese sulla sospensione unilaterale dell'applicazione del regolamento Dublino III e la nuova querelle franco-italiana: il problema delle frontiere europee
- 252 LUCA D'AMBROSIO | Le «système Lampedusa» incriminé par la Court Européenne des Droits de l'Homme
- 261 DANIELA VITIELLO | La sentenza Celaj della Corte di Lussemburgo e la detenzione degli stranieri irregolari: un passo indietro?

7. Internet, sorveglianza e privacy

- 273 TOMMASO NATOLI | La 'Dichiarazione dei diritti in Internet' italiana: una prospettiva internazionalista
- 279 ALBERTO ODDENINO | *Code is still law*: la codificazione dei diritti in Internet, la tutela dei dati personali e l'arduo contrappunto del diritto alla tecnocrazia
- 286 MICHELE NINO | La Corte di giustizia UE dichiara l'invalidità del sistema di *Safe Harbour*: la sentenza *Schrems*

8. Il caso dei marò

- 295 IRINI PAPANICOLOPULU | Caso Marò: l'Italia chiede misure provvisorie ai giudici internazionali (per quel che se ne sa)
- 302 MASSIMO LANDO | Un sostanziale pareggio: le misure cautelari nel caso *Enrica Lexie*

- 310 ROBERTO VIRZO | Ancora sull'ordinanza del Tribunale internazionale del diritto del mare nel caso dell'incidente dell'*Enrica Lexie*
- 316 MARINA CASTELLANETA | I Marò e l'Italia: così i ritardi hanno portato a un *flop* nella fase cautelare

9. Disastri naturali e gestione delle emergenze

- 322 LIVIA COSENZA | Nepal: un “disastro” evitabile? Sull'importanza della riduzione del rischio di disastri alla luce di strumenti internazionalistici
- 328 EMANUELE SOMMARIO | Il terremoto in Nepal e la risposta (del diritto internazionale)
- 334 FLAVIA ZORZI GIUSTINIANI | Quale protezione per le persone sfollate a seguito di un disastro?
- 339 EUGENIO ZANIBONI | Ancora in tema di protezione per le persone sfollate a seguito di disastro

10. Il caso Battisti

- 346 LUCAS CARLOS LIMA | *Adeus* Cesare Battisti?
- 350 LORIS MAROTTI | Sui recenti sviluppi del caso Battisti: la dimensione interna e le (sue) ripercussioni sulla controversia fra Italia e Brasile

11. Accordi commerciali e diritto internazionale degli investimenti

- 356 FERNANDA NICOLA | The Paradox of Transparency: The Poli-

tics of Regulatory Cooperation in the TTIP Negotiation

- 363 ALBERTO ALEMANNI | International Regulatory Cooperation and its discontents: What is really at stake in TTIP?
- 368 LUCA PANTALEO | Il TTIP e la risoluzione delle controversie tra investitore e Stato: ipocrisia, schizofrenia o preoccupazioni giustificate?
- 377 FILIPPO FONTANELLI | Does Investor-State Dispute Settlement (ISDS) threaten States' regulatory autonomy? Fact-checking a commonplace of the TTIP debate

Interventi

12. Diritto Internazionale Pubblico

- 393 LUIGI DANIELE | La Palestina aderisce alla Corte Penale Internazionale: e ora?
- 402 FEDERICA MUSSO | La violenza di Boko Haram in Nigeria e la credibilità del sistema di sicurezza collettiva
- 408 ALESSANDRA VIVIANI | Il caso Paradiso e Campanelli ovvero la Corte europea contro i “pregiudizi” nazionali
- 415 EMANUELE CIMIOTTA | L'azione di contrasto agli atti di terrorismo perpetrati a Boko Haram nei rapporti tra Nazioni Unite, organizzazioni regionali e subgionali
- 428 GIANCARLO ANELLO | La legge cd. “Anti-Moschee” della Regione Lombardia: moniti mnesici a tutela della libertà religiosa, fra costituzione e Convenzione europea
- 435 BEATRICE BONAFÈ | Responsabilità dello Stato e dell'individuo per il crimine di genocidio: persistenti incertezze della Corte Internazionale di Giustizia

- 444 FRANCOIS XAVIER MILLET | Full-fledged citizens v. citizens on probation. On the *Conseil Constitutionnel* judgment relating to deprivation of nationality
- 452 MASSIMO STARITA | Gli accordi di Minsk tra politica e diritto: prime considerazioni
- 463 GIULIA BORGNA | L'instostenibile leggerezza del non essere: la perdurante assenza del reato di tortura e i fatti del G8 sotto la (prevedibile) scure del giudice di Strasburgo. Prime riflessioni a margine del caso Cestaro c. Italia
- 472 PAOLA MORI | Il "predominio assilologico della Costituzione sulla CEDU: Corte Costituzionale 49/2015 ovvero della "normalizzazione" dei rapporti tra diritto interno e la CEDU
- 480 GIULIA LANDI | *Mens rea* e responsabilità dello Stato per illecito di genocidio (ancora sulla sentenza della Corte Internazionale di Giustizia)
- 489 DUNCAN HOLLIS | The fog of technology and international law
- 496 EMANUELE NICOSIA | Il caso Contrada e il concorso esterno in associazione mafiosa davanti alla Corte europea dei diritti dell'uomo
- 505 MIRKO SOSSAI | Il Consiglio di Sicurezza approva l'Accordo sul nucleare iraniano
- 511 LUDOVICA POLI | La sentenza Parrillo c. Italia e quello che la Corte (non) dice sullo status dell'embrione
- 517 SERENA QUATTROCOLO | Verso una maggiore effettività del *legal aid* in Europa

13. Diritto Internazionale Privato

- 525 ELENA D'ALESSANDRO | La Corte di Giustizia e la *Anti-Suits*

Injunction a protezione dell'arbitrato (osservazioni sul caso Gazprom)

14. Diritto dell'Unione Europea

- 533 GIUSEPPE MELIS | Luxleaks: fine del “coordinamento fiscale” o (ri)avvio dell’armonizzazione?
- 540 CHIARA SISLER | The Court of Justice rules on the power of the European Commission to withdraw legislative proposals
- 546 LUCIA SERENA ROSSI | Un nuovo *soft instrument* per garantire il rispetto della *Rule of Law* nell’Unione europea
- 555 DAVIDE DIVERIO | Armonizzare stanca? Forse, ma conviene
- 561 CHIARA AMALFITANO | Da un’impunità di fatto ad un’imprescrittibilità di fatto della frode in materia di imposta sul valore aggiunto?

DIBATTITI

1

La revisione del Regolamento sulle procedure di insolvenza

- I CURATORI La revisione del Regolamento sulle procedure di insolvenza / *The EU Regulation on Insolvency Proceedings (Recast)*
- STEFANIA BARIATTI La riforma del regolamento europeo sulle procedure di insolvenza. Considerazioni introduttive generali
- NICOLÒ NISI E GIULIA VALLAR La disciplina dei gruppi di società nel nuovo regolamento sulle procedure di insolvenza
- FABRIZIO MARONGIU BONAIUTI Il coordinamento tra procedure d'insolvenza basato sulla prevalenza della procedura principale nel regolamento (UE) n. 2015/848 di rifusione

EU Regulation on Insolvency Proceedings (Recast)

I CURATORI

Con il regolamento (UE) 2015/848 del Parlamento europeo e del Consiglio del 20 maggio 2015, l'Unione europea ha proceduto alla revisione del regolamento (CE) n. 1346/2000 in materia di procedure di insolvenza: pur mantenendo fermo l'impianto del regolamento previgente, il nuovo strumento mira a migliorare l'applicazione delle norme uniformi sotto molteplici profili (v. sul punto anche il [progetto](#) *The Implementation of the New Insolvency Regulation – Improving Cooperation and Mutual Trust* e il relativo [questionario](#)). Con il post della Prof.ssa Stefania Bariatti che segue, e altri contributi che saranno pubblicati nelle settimane a venire, il SIDIBlog intende avviare un dibattito sulle novità introdotte dal regolamento (UE) 2015/848, confidando di poter ospitare ulteriori interventi di studiosi e pratici italiani e stranieri interessati a discutere i vari profili di questo tema. Gli interessati potranno inviare il loro contributo all'indirizzo sidiblog2013@gmail.com.

*The EU Regulation 2015/848 of the European Parliament and of the Council of 20 May 2015 brings about the revision of the EC Regulation No 1346/2000 in matters of insolvency proceedings: while not departing from the structure of the pre-existing Regulation, the new instrument aims at improving the application of uniform rules under several aspects (see also the [research project](#) *The Implementation of the New Insolvency Regulation – Improving Cooperation and Mutual Trust and the questionnaire open to the public*). With the following post of Professor Stefania Bariatti, and other ones that will be published in the coming weeks, the SIDIBlog intends to start a debate on the novelties contained in the new Insolvency Regulation, trusting to host further contributions of Italian and foreign scholars and practitioners, willing to discuss the issues raised by the new*

La revisione del Regolamento sulle procedure di insolvenza 5

instrument. Prospective contributors can submit their posts at sidiblog2013@gmail.com.

16 novembre 2015

La riforma del regolamento europeo sulle procedure di insolvenza. Considerazioni introduttive generali

STEFANIA BARIATTI (*)

1. Il [Regolamento \(CE\) n. 1346/2000](#) sulle procedure di insolvenza è il quarto regolamento fondato sull'art. 81 TFUE ad essere sottoposto a revisione, dopo i Regolamenti (CE) n. 1347/2000 (Bruxelles II), n. 1348/2000 (notifiche) e n. 44/2001 (Bruxelles I). Si tratta dei primi quattro regolamenti adottati immediatamente dopo l'entrata in vigore del Trattato di Amsterdam, che erano basati su precedenti convenzioni tra gli Stati membri. Solo la Convenzione di Bruxelles del 1968 era in vigore e, come è noto, aveva già subito varie modifiche nel corso degli anni per risolvere alcuni problemi di applicazione o per venire incontro alle esigenze dei nuovi Stati membri, o ancora per allinearne il testo alla convenzione conclusa con Stati terzi a Lugano nel 1988.

Sebbene il funzionamento e l'applicazione del Regolamento sull'insolvenza siano stati oggetto di valutazioni positive da parte degli operatori, alcune modifiche erano state suggerite per migliorare le sue disposizioni o risolvere alcune difficoltà di applicazione. L'aggiornamento della sua struttura era ritenuto necessario anche per contribuire ad aiutare le imprese e gli individui a superare la crisi economica e sociale recente. Invero, il Regolamento sull'insolvenza era già obsoleto per alcuni aspetti al mo-

(*) Università di Milano.

mento dell'adozione poiché era basato su una convenzione firmata nel 1995 e rifletteva così un approccio all'insolvenza in parte sorpassato, secondo il quale un debitore non poteva mai superare le proprie difficoltà e la soluzione della crisi poteva essere solo il fallimento e la liquidazione dei beni.

La Commissione aveva inizialmente identificato alcuni problemi nell'applicazione del Regolamento (CE) n. 1346/2000 e aveva costituito un gruppo di esperti, aveva commissionato la preparazione di un rapporto relativo all'applicazione negli Stati membri ed aveva lanciato una consultazione pubblica. I problemi individuati riguardavano (a) l'ambito di applicazione del Regolamento, in particolare se dovesse applicarsi anche alle procedure di pre-insolvenza e alle ristrutturazioni che non prevedono lo spossessamento del debitore; (b) il *forum shopping* e l'interpretazione della nozione di "centro degli interessi principali" ("COMI") del debitore; (c) il coordinamento delle procedure principale e secondaria/e; (d) l'applicazione del Regolamento ai gruppi di società; (e) l'applicazione delle disposizioni sulla legge applicabile; (f) la cooperazione tra giudici, tra liquidatori e tra giudici e liquidatori; (g) la circolazione delle informazioni sulle procedure in corso.

Questa lista di argomenti venne poi ridotta poiché i rapporti nazionali e i contatti tra gli Stati membri e la Commissione avevano mostrato che la soluzione di alcuni problemi non era urgente e quella di altri richiedeva l'armonizzazione delle norme nazionali. Di conseguenza, la Commissione si concentrò su cinque aree di intervento, cioè l'ambito del Regolamento, l'interpretazione del COMI e il suo spostamento, il coordinamento delle procedure, la circolazione delle informazioni e l'insinuazione dei crediti, e infine le procedure relative a gruppi di imprese. La proposta includeva anche alcune disposizioni di natura sostanziale volte ad armonizzare le legislazioni nazionali per quanto necessario.

L'intento della Commissione era di offrire una risposta alla crisi e indicare nuove soluzioni attraverso un nuovo approccio europeo, volto a modernizzare le norme europee sull'insolvenza al fine di agevolare la sopravvivenza delle imprese e offrire una seconda opportunità agli imprenditori, come esplicitato nella [Comunicazione](#) della Commissione "Un nuovo approccio europeo al fallimento delle imprese e all'insolvenza". In questa prospettiva, vari Stati membri avevano già proceduto negli ultimi anni a modificare le norme nazionali sull'insolvenza introducen-

8 Dibattiti

do nuove procedure per la riorganizzazione e la ristrutturazione delle imprese. In questo processo la Commissione, sostenuta dal Parlamento europeo e dal Consiglio, ha inteso sostenere questo sforzo degli Stati membri anche attraverso l'armonizzazione o il ravvicinamento delle legislazioni nazionali, così da agevolare il ricorso al credito nell'Unione.

Sulla base della [proposta](#) della Commissione, presentata alla fine del 2012 (v. anche la [Raccomandazione](#) del 2014), il Consiglio e il Parlamento europeo hanno adottato il nuovo [Regolamento \(UE\) 2015/848](#). Rispetto al testo iniziale sono state introdotte alcune modifiche significative, soprattutto per quanto riguarda le procedure relative a gruppi di imprese. Alcuni aspetti problematici, tuttavia, sono rimasti senza risposta e potranno essere affrontati in un momento successivo, eventualmente nel corso del processo avviato per l'armonizzazione delle norme nazionali in materia.

2.1. In primo luogo il nuovo Regolamento si inserisce pienamente nel nuovo approccio europeo all'insolvenza, che vede con favore il salvataggio delle imprese, includendo nello scopo delle regole uniformi anche le procedure di pre-insolvenza e quelle che non prevedono lo spossessamento del debitore. È evidente che il successo di questa impostazione dipende dal momento nel quale si prende coscienza della necessità di un intervento, che avrà maggiori probabilità di successo se avviato per tempo.

2.2. In secondo luogo, è stata precisata la nozione di COMI per gli individui e i professionisti, mentre per le imprese sono state codificate alcune definizioni e precisazioni contenute in varie sentenze interpretative della Corte di giustizia, in particolare nei casi [Eurofood](#), [Interedil](#) e [Burgo](#). Inoltre, sono state inserite alcune disposizioni che, imponendo al giudice di valutare con attenzione la propria giurisdizione attraverso l'esame delle circostanze che provano la localizzazione del COMI, mirano a ridurre o quanto meno scoraggiare il forum shopping e il trasferimento fraudolento o abusivo del COMI. In proposito, il Parlamento ha sostenuto con molto vigore ed è riuscito a imporre un termine minimo, diverso per le imprese e gli individui, che deve trascorrere prima che il giudice del paese nel quale il COMI è stato trasferito possa affermare la propria giurisdizione. Si tratta di una scelta che non pare pienamente conforme al principio di libera circolazione espresso nelle note sentenze [Centros](#) e [Inspire Art](#) e che può rivelarsi pregiudizievole quando sia necessario agire con

tempestività e urgenza per il salvataggio di imprese in difficoltà, che dovranno invece attendere che tale periodo sia trascorso. D'altra parte, non si può ignorare che la concorrenza tra ordinamenti avviata dalla sentenza *Centros* e l'attuale spinta alla modernizzazione del diritto dell'insolvenza, anche attraverso l'adeguamento alla Raccomandazione della Commissione del 2014, hanno portato all'introduzione negli Stati membri di procedure molto simili, che potrebbero ridurre gli incentivi al trasferimento del COMI, anche quando non sia abusivo ma sia realizzato con il consenso dei creditori alla ricerca di un ambiente giuridico favorevole al salvataggio.

Sempre in materia di giurisdizione – e in via di eccezione rispetto al favore manifestato dalla Corte di giustizia per la centralizzazione delle controversie presso il giudice dell'apertura della procedura principale, che pur trova posto nel nuovo testo – il Regolamento (UE) 2015/848 dispone che possano essere portate davanti al giudice del domicilio del convenuto sia le domande proposte ai sensi del [Regolamento \(UE\) n. 1215/2012](#) (Bruxelles I-bis), sia quelle fondate sullo stesso Regolamento (UE) 2015/848. Sebbene l'intento della disposizione sia condivisibile, non è chiaro se essa si applicherà anche nel caso di domande rivolte contro una pluralità di convenuti, fondate sull'art. 8 n. 1 del Regolamento Bruxelles I-bis.

2.3. In terzo luogo, il Regolamento (UE) 2015/848 introduce nuove disposizioni sul coordinamento tra procedure principali e procedure secondarie, che accolgono le critiche manifestate contro queste ultime, alle quali si rimprovera di impedire o rendere comunque più complessa la gestione delle attività del debitore e di conseguenza il miglior soddisfacimento dei creditori. La soluzione adottata consiste nel garantire la precedenza della procedura principale e la soddisfazione delle pretese dei creditori localizzati in altri Stati membri, che avrebbero potuto essere soddisfatte in procedure secondarie, sulla base delle leggi di questi Stati, come se le procedure secondarie fossero state aperte. Si parla in proposito di procedure secondarie “sintetiche” o “virtuali”.

Alcuni aspetti di queste nuove disposizioni saranno chiariti dalla prassi, soprattutto per quanto riguarda la natura degli impegni che l'amministratore della procedura principale potrà assumere nei confronti dei creditori localizzati in altri Stati membri e la legge a essi applicabile.

2.4. Per quanto riguarda la cooperazione tra procedure, meri-

ta segnalare le nuove disposizioni sulla cooperazione tra giudici e il ruolo riconosciuto ai protocolli tra amministratori delle procedure, che possono seguire modelli e *best practices* adottati da organizzazioni o associazioni europee e internazionali. Vengono in considerazione, in particolare, i principi promossi dall'American Law Institute e dall'International Insolvency Institute: [Global Principles for Cooperation in International Insolvency Cases](#) e le [European Communication and Cooperation Guidelines for Cross-border Insolvency](#), sviluppate nell'ambito di Insol Europe.

Per quanto riguarda, invece, la pubblicità delle procedure, il Regolamento (UE) 2015/848 dispone che in tutti gli Stati membri siano istituiti registri pubblici, disponibili su internet e interconnessi attraverso il portale e-Justice, nei quali sia iscritta l'apertura delle procedure di insolvenza e siano riportate le principali informazioni che permettano ai creditori di venirne a conoscenza e di esercitare i propri diritti, incluso quello di impugnare la decisione di apertura. Il costo dei registri sarà sostenuto in parte dall'Unione europea e in parte dagli Stati.

2.5. Infine, un'ampia parte del Regolamento è dedicata alle procedure di insolvenza di società facenti parte di un gruppo. Si tratta di un importante passo avanti che mira a colmare una lacuna del Regolamento (CE) n. 1346/2000, che i giudici nazionali hanno cercato di risolvere attraverso un'interpretazione estensiva della nozione di COMI volta a concentrare la gestione della crisi del gruppo in un solo Stato. Il Regolamento (UE) 2015/848 non solo introduce un obbligo di coordinamento e di cooperazione tra i giudici, tra gli amministratori delle procedure e tra i giudici e gli amministratori delle procedure, che già era contenuto nella proposta della Commissione, ma soprattutto, su iniziativa del Parlamento europeo, istituisce una procedura di coordinamento di gruppo nella quale, sotto la guida di un unico coordinatore, verrà gestita in modo efficiente la procedura di insolvenza delle varie società del gruppo.

3. Da quanto sopra sommariamente esposto risulta con evidenza che il Regolamento (CE) n. 1346/2000 ha subito una revisione sostanziale, che permetterà alle nuove regole di contribuire al soddisfacimento delle esigenze degli operatori coinvolti nella gestione delle crisi di impresa in un quadro europeo e internazionale che ancora stenta a migliorare dal punto di vista economico e finanziario. Il passo successivo, già avviato, porterà al ravvicinamento delle norme nazionali in materia di insolvenza,

La revisione del Regolamento sulle procedure di insolvenza 11
così diminuendo le distorsioni e le divergenze di trattamento per
i debitori.

16 novembre 2015

La disciplina dei gruppi di società nel nuovo regolamento sulle procedure di insolvenza

NICOLÒ NISI (*) E GIULIA VALLAR (φ)

I gruppi di società e la revisione del regolamento sulle procedure di insolvenza

La disciplina delle procedure di insolvenza che coinvolgono gruppi di società costituite in Stati diversi, pur essendo uno degli aspetti più importanti nella materia dell'insolvenza transfrontaliera, non era – fino a tempi recenti – affrontato in modo efficiente dalla normativa rilevante. Come noto, infatti, limitandoci al contesto europeo, il [regolamento \(CE\) n. 1346/2000](#) relativo alle procedure di insolvenza non prevede disposizioni specifiche sul punto ([Virgós-Schmit Report](#), par. 76).

Nel silenzio del regolamento, si era affermata nella giurisprudenza di diversi Paesi dell'Unione europea la prassi della c.d. *procedural consolidation*, secondo la quale il centro degli interessi principali (*centre of main interests*: COMI) delle società controllate veniva localizzato nello Stato membro dove si svolgono le *head office functions*, ovvero dove si trova la società capogruppo (c.d. *mind-of-management approach*), consentendo in questo modo di aprire dinanzi ad un unico giudice tutte le procedure relative alle diverse società di un medesimo gruppo (tra i casi più rilevanti, v. [ISA Daisytek SAS](#), [Cirio Del Monte](#), [MG Rover](#), [Collins & Aikman](#), [Hettlage](#), [Parmalat](#), [Aim Underwriting Agencies](#), [EMTEC](#)).

La Corte di giustizia dell'Unione europea (CGUE), con la

(*) Università L. Bocconi, Milano.

(φ) Università di Milano.

nota sentenza [Eurofood](#), aveva tentato di arginare tale prassi seguendo il c.d. *single-entity approach*, affermando che «quando una società svolge la propria attività sul territorio dello Stato membro in cui ha sede, il fatto che le sue scelte gestionali siano o possano essere controllate da una società madre stabilita in un altro Stato membro non è sufficiente per superare la presunzione stabilita [all'art. 3.1 del regolamento, a favore della localizzazione del COMI presso la sede statutaria]» (punto 37).

Tuttavia, le corti nazionali hanno di fatto continuato ad interpretare il concetto di COMI in maniera sostanzialistica, al fine di concentrare le procedure relative alle diverse società del gruppo nello stesso Stato membro (a titolo esemplificativo, v. i casi [Lennox](#), [Eurotunnel](#), [IT Holding Finance SA](#), [Illochroma](#), [Hygiene Production SA](#)).

Nel dicembre 2012, la Commissione europea ha presentato una [proposta](#) di modifica del regolamento (CE) n. 1346/2000, prevedendo l'inserimento, *inter alia*, di due nuovi considerando e di un nuovo capitolo espressamente dedicati ai gruppi di imprese. Nonostante le diverse soluzioni suggerite dalla dottrina, la proposta della Commissione era nel senso di mantenere l'approccio atomistico attualmente applicabile alle procedure di insolvenza e di prevedere regole sulla cooperazione e sulla comunicazione tra i tribunali e gli amministratori in relazione ai diversi membri dello stesso gruppo in modo parallelo a ciò che era proposto anche per le procedure principali e secondarie (cfr. cons. n. 52). Veniva dunque presentato un modello di coordinamento e cooperazione orizzontale tra le procedure aperte in Stati membri diversi, similmente a quanto già proponeva la [Guida Legislativa](#) dell'UNCITRAL dedicata ai gruppi di società.

Il testo finale del [nuovo regolamento \(UE\) 2015/848](#) fa un passo ulteriore e, accogliendo le [modifiche proposte](#) dal Parlamento europeo (PE), prevede una soluzione più ambiziosa. Tra le altre novità segnalate nel [post](#) di Stefania Bariatti, il regolamento, infatti, introduce una procedura (non vincolante) di coordinamento di gruppo (per alcune similarità, cfr. lo *European Rescue Plan* presentato da [Insol Europe](#)), considerata lo strumento più efficace (cons. n. 60) per consentire la ristrutturazione coordinata dello stesso, migliorando ulteriormente il coordinamento delle procedure di insolvenza aperte nei confronti delle società facenti parte di esso (cons. n. 54) presenti in Stati membri diversi (cons. n. 62).

Ad ogni modo, nonostante il nuovo regolamento conservi

l'approccio classico dell'autonomia di ciascuna persona giuridica componente il gruppo, già indicato dalla CGUE nella sentenza *Eurofood*, il considerando n. 53, presente anche nella proposta della Commissione (cons. n. 20-ter), chiarisce che la nuova disciplina «non dovrebbe limitare la possibilità del giudice di avviare, in un'unica giurisdizione, la procedura d'insolvenza per varie società appartenenti allo stesso gruppo, qualora ritenga che il centro degli interessi principali di tali società si trovi in un solo e medesimo Stato membro» (cfr. [Risoluzione](#) del PE del 15 novembre 2011, 2011/2006 (INI)). In simili casi, il giudice dovrebbe inoltre avere la facoltà di nominare, ove opportuno, lo stesso amministratore per tutte le procedure in questione, purché ciò non sia incompatibile con le norme ad esse applicabili. Viene pertanto in qualche misura legittimata *ex post* la giurisprudenza nazionale sopra menzionata, riconoscendo così la necessità, quanto meno per i gruppi fortemente integrati, di un approccio globale che consenta di facilitarne la riorganizzazione.

La definizione di “gruppo di società”

La definizione di “gruppo di società” contenuta nel testo definitivo del regolamento è diversa da quella più restrittiva contenuta nella proposta della Commissione, la quale, fondandosi principalmente sul rapporto azionario, pareva restringere le nuove regole ai soli gruppi costituiti secondo una struttura gerarchica da una società madre e una o più società figlie (c.d. gruppi verticali).

L'art. 2 n. 14 del regolamento 2015/848, invece, prevede che l'impresa madre è quell'impresa che controlla, direttamente o indirettamente, una o più imprese figlie, oltre a quella che redige un bilancio consolidato conformemente alla direttiva 2013/34/UE del 26 giugno 2013.

Tale definizione prescinde dalla forma giuridica delle società coinvolte e, in linea con quanto previsto dalla *Guida Legislativa* dell'UNCITRAL, introduce una nozione che si fonda sul controllo e che dunque è più ampia di quella presentata dalla Commissione. Questa modifica è certamente benvenuta, in quanto consente di far rientrare un numero maggiore di casi nell'ambito di applicazione delle nuove disposizioni, in considerazione delle diverse forme oggi assunte dai gruppi di società e dei diversi modelli di affiliazione che appaiono rilevanti nella prassi attuale del commercio internazionale.

I doveri di cooperazione e comunicazione tra le procedure

Gli articoli 56 – 58 del regolamento 2015/848 prevedono doveri di cooperazione e comunicazione tra amministratori delle procedure di insolvenza, tra giudici e tra amministratori e giudici. Al riguardo, il nuovo regolamento consacra l'approccio contrattualistico che si è sviluppato in alcuni Paesi, specialmente di *common law*, promuovendo anche nell'ambito dell'insolvenza il ruolo dell'autonomia delle parti. È infatti espressamente previsto che la cooperazione transfrontaliera tra gli attori coinvolti possa avvenire anche attraverso la conclusione di accordi e protocolli (per una breve descrizione dei quali, v. cons. n. 49; v. [qui](#) per alcuni esempi). A questo proposito, merita un cenno il rinvio compiuto dal considerando n. 48, nella parte generale relativa al coordinamento delle procedure, alle buone prassi in materia di cooperazione nei casi di insolvenza transfrontaliera, contenute nei principi e orientamenti redatti dalle organizzazioni internazionali operanti nel settore del diritto fallimentare (sul punto, *ex multis*, v. le [Guidelines for Coordination of Multinational Enterprise Group Insolvencies](#) dell'*International Insolvency Institute*, gli [EU Cross-Border Insolvency Court-to-Court Cooperation Principles and Communication Guidelines](#) redatti dalle Università di Leida e Nottingham, i [Principles for Effective Creditor/Debtor Regimes della Banca Mondiale](#)), ed in particolare negli orientamenti preparati dall'UNCITRAL (v. soprattutto la Guida Legislativa sopra menzionata).

Tale dovere di cooperazione, oltre ad avere un fondamento tipicamente consensuale e non coercitivo, è soggetto ad alcune limitazioni significative che, seppure da interpretarsi restrittivamente, in determinate circostanze potrebbero subordinarne l'effettivo adempimento alle valutazioni discrezionali degli operatori coinvolti nelle diverse procedure. Al riguardo, infatti, gli articoli 56 – 58 si applicano solo nella misura in cui tale cooperazione serva a facilitare la gestione efficace della procedura, non sia incompatibile con le norme ad essa applicabili e non comporti conflitto di interessi (a proposito di quest'ultimo punto, si ritiene che possa avere un certo rilievo anche la previsione delle spese che le diverse procedure dovranno sostenere per la comunicazione e la cooperazione: cfr. art. 59). Inoltre, lo scambio di informazioni deve avvenire con modalità che consentano di proteggerne la riservatezza.

Per quanto riguarda gli amministratori, oltre allo scambio di

informazioni e al coordinamento della gestione e della sorveglianza degli affari delle società del gruppo, il regolamento suggerisce anche la valutazione da parte loro della possibilità di proporre e negoziare un piano di ristrutturazione coordinato, indipendentemente dall'apertura della nuova procedura prevista alla sezione 2 del capo V (cfr. *infra* par. 4). Anche i giudici possono comunicare direttamente tra loro, con qualsiasi mezzo opportuno, in particolare con riguardo a (i) nomina degli amministratori; (ii) scambio di informazioni; (iii) gestione e sorveglianza degli affari delle società del gruppo; (iv) coordinamento delle udienze; e, (v) se necessario, approvazione dei protocolli.

In aggiunta al dovere generale di cooperazione e comunicazione, l'art. 60 del nuovo regolamento attribuisce a qualunque amministratore nominato in una procedura aperta nei confronti di una società del gruppo alcuni importanti poteri che servono a facilitare la gestione efficace della procedura. In particolare, oltre alla possibilità di essere sentito nelle procedure aperte nei confronti delle altre società del gruppo e di chiedere l'apertura di una procedura di coordinamento di gruppo, egli può domandare la sospensione, per un periodo non superiore a tre mesi (poi prorogabile dal giudice fino ad un massimo di sei), di qualsiasi provvedimento relativo al realizzo dell'attivo in una delle procedure aperte nei confronti di una società del gruppo. Tale possibilità è però subordinata ad alcune condizioni piuttosto stringenti che il giudice che ha aperto la procedura è tenuto a verificare: (i) deve essere stato presentato un piano di ristrutturazione avente ragionevoli possibilità di successo; (ii) la sospensione deve essere necessaria al fine di garantire l'adeguata attuazione del piano di ristrutturazione; (iii) il piano deve essere a vantaggio dei creditori nell'ambito della procedura per la quale è stata chiesta la sospensione; e (iv) le procedure interessate non devono essere soggette al coordinamento previsto dalla sezione 2.

La nuova procedura di coordinamento di gruppo

Come anticipato, la sezione 2 del capitolo V del nuovo regolamento introduce una disciplina per il coordinamento delle procedure di insolvenza aperte nei confronti di società appartenenti ad un medesimo gruppo, al fine di realizzarne, sotto la guida di un "coordinatore", una ristrutturazione, appunto, coordinata o integrata. L'impianto della procedura di coordinamento, come si evince dal considerando n. 54, è ispirato al principio della "territorialità modificata", tale da «assicurare l'efficienza del coordi-

namento, rispettando nel contempo la distinta personalità giuridica di ciascuna società del gruppo».

a) L'apertura della procedura di coordinamento

La richiesta di apertura di una procedura di coordinamento può provenire da uno qualsiasi degli amministratori nominati in una delle procedure di insolvenza iniziate nei confronti di una società del gruppo. La domanda deve essere proposta davanti a uno dei giudici che ha aperto una di tali procedure (e non invece, come era stato originariamente proposto dal PE, davanti al giudice che ha aperto la procedura nei confronti della società che svolga funzioni essenziali all'interno del gruppo) (art. 61, par. 1). Qualora siano presentate più domande davanti a più giudici, il regolamento prevede un criterio di prevenzione, per cui sarà competente quello anteriormente adito (art. 62). In ogni caso, al fine di evitare possibili abusi della norma, è fatta salva la possibilità che la scelta del giudice avvenga in un momento successivo da parte di almeno due terzi di tutti gli amministratori nominati in relazione alle società del gruppo (e non invece, ad esempio, dagli amministratori rappresentanti i due terzi degli attivi), nel caso in cui essi ritengano che un altro giudice sia più appropriato per l'apertura della procedura di coordinamento. Questa scelta implica, peraltro, l'attribuzione di una competenza esclusiva a tale giudice (art. 66).

Il giudice competente a cui è stata presentata la domanda, – qualora ritenga (i) che il coordinamento possa favorire una gestione efficace delle procedure di insolvenza; (ii) che nessun creditore di una delle società insolventi possa essere svantaggiato finanziariamente dall'inclusione di una specifica società nella procedura (si noti la particolare complessità di una siffatta valutazione); e (iii) che la persona proposta come coordinatore soddisfi determinati requisiti previsti dall'art. 71 del regolamento (sui quali si veda *infra*) – notifica «quanto prima» (in considerazione dei tempi della giustizia in alcuni Stati membri, appare peraltro rischiosa la mancata previsione di un termine definito) agli amministratori indicati nella domanda la ricezione della stessa ed il suo contenuto e li informa della possibilità di essere sentiti.

Ciascun amministratore, nei trenta giorni successivi alla ricezione della notifica, può sollevare due tipi di contestazioni. In primo luogo, può opporsi all'inclusione nel coordinamento delle procedure in relazione alle quali è stato nominato, nel qual caso nessun effetto si produrrà per tali procedure (si veda anche il

cons. n. 56, che sottolinea il «carattere facoltativo» delle procedure di coordinamento di gruppo, e l'art. 72, par. 4, del regolamento). L'esclusione segue pertanto automaticamente la contestazione, senza che le parti coinvolte possano essere sentite su tale punto e, in particolare, sulle possibilità di successo che il coordinamento potrebbe avere nonostante detta esclusione. In secondo luogo, l'opposizione può riguardare la persona che è stata proposta come coordinatore. In tal caso, in base a considerazioni che il regolamento non specifica, il giudice può astenersi dal nominare tale persona ed invitare l'amministratore in questione a presentare una nuova richiesta di apertura della procedura di coordinamento, completa di tutte le informazioni di cui si è detto.

In assenza di contestazioni, il giudice adito può deliberare l'apertura della procedura di coordinamento – qualora naturalmente continuino a persistere le condizioni di ammissibilità – decidendone le linee generali, statuendo in merito ai costi e nominando il coordinatore.

L'art. 70, in via di principio, afferma che gli amministratori coinvolti devono tenere conto delle raccomandazioni del coordinatore e del piano di coordinamento. Tuttavia, la medesima norma sottolinea anche in questo ambito la non vincolatività della procedura in esame, consentendo agli amministratori di discostarsi in tutto o in parte dalle raccomandazioni e dal piano, con il solo onere di comunicarne i motivi al coordinatore e alle persone o agli organismi cui sono tenuti a riferire in base alla propria legislazione nazionale.

Anche procedure di insolvenza inizialmente non incluse nella procedura di coordinamento (perché ne era stata contestata l'inclusione o perché aperte successivamente all'inizio della procedura di coordinamento stessa) possono divenirne parte in un secondo momento. Competente a ricevere la richiesta di inclusione è il coordinatore, il quale si pronuncerà sulla stessa, dopo avere consultato gli amministratori coinvolti, con decisione motivata, impugnabile tanto dagli amministratori già partecipanti che dall'amministratore la cui richiesta sia stata respinta. La possibilità per il coordinatore di accettare la richiesta di inclusione è subordinata alla valutazione che essa serva a facilitare una gestione efficace delle diverse procedure di insolvenza e che nessun creditore interessato possa esserne finanziariamente svantaggiato oppure all'assenso di tutti gli amministratori.

b) La nomina e i compiti del coordinatore

La scelta del coordinatore deve ricadere su una persona abilitata in un qualsiasi Stato membro a svolgere le funzioni di amministratore delle procedure di insolvenza, che però non sia uno degli amministratori nominati in relazione ad una delle società del gruppo, né si trovi in conflitto di interessi rispetto alle società stesse, ai loro creditori o agli amministratori. Tale figura è tenuta ad agire con imparzialità e diligenza e, qualora operi a detrimento dei creditori o non rispetti gli obblighi su di lui incombenti in base al regolamento, potrà vedersi revocare l'incarico (resta poi da chiarire se e come possa essere fatta valere una sua eventuale responsabilità).

Al coordinatore è richiesto di formulare raccomandazioni per la conduzione coordinata della procedura di insolvenza e proporre un piano di coordinamento di gruppo, il quale tuttavia non potrà contenere raccomandazioni riguardo all'eventuale consolidamento della procedura o della massa fallimentare. L'art. 72 del regolamento prevede inoltre che il coordinatore possa (i) essere sentito e partecipare alle procedure di insolvenza aperte nei confronti delle società del gruppo, (ii) chiedere agli amministratori (sui quali incombe un dovere di cooperazione) informazioni su qualsiasi società del gruppo, (iii) domandare la sospensione, fino a sei mesi, di una procedura aperta o la revoca di eventuali sospensioni esistenti, qualora ciò sia necessario per una corretta applicazione del piano di coordinamento e sia a vantaggio dei creditori (il coordinatore ha pertanto un effettivo potere di azione e di influenza sullo svolgimento dei procedimenti nazionali).

c) I costi del coordinamento

Notevole attenzione è posta dal regolamento sui costi derivanti dal coordinamento, i quali, come giustamente precisa il considerando n. 58, non dovrebbero essere superiori ai vantaggi derivanti dallo stesso. La domanda di apertura della procedura di coordinamento deve infatti contenere una stima di tali costi (art. 61, par. 3, lett. *d*), sulla quale decide il giudice adito (art. 68, par. 1, lett. *c*). L'art. 72, par. 6, prevede poi che il coordinatore, qualora ritenga che i costi effettivi saranno significativamente superiori rispetto a quelli inizialmente stimati dall'amministratore e, in ogni caso, qualora tali costi superino del 10 % le stime iniziali, informi gli amministratori e chieda al

giudice che ha aperto la procedura di coordinamento un'approvazione preventiva di tali nuovi costi. Infine, ai sensi dell'art. 77, il coordinatore, ultimate le sue funzioni, stabilisce il resoconto finale delle spese, con l'indicazione delle quote spettanti a ciascuna società partecipante. In caso di contestazioni da parte degli amministratori, sarà il giudice che ha aperto la procedura di coordinamento a dover decidere sul resoconto, con provvedimento impugnabile.

Conclusioni

La volontà del legislatore europeo di inserire nel nuovo regolamento sull'insolvenza transfrontaliera una disciplina dedicata specificamente ai gruppi di società è certamente apprezzabile. L'attenzione loro accordata in materia fallimentare, inoltre, invita ad interrogarsi sull'opportunità che anche i legislatori nazionali prevedano norme specifiche al riguardo, che possano trovare applicazione per i gruppi interni o per i gruppi parzialmente localizzati in Stati terzi (sul piano interno, v. la recente [Cass. 20559/2013](#) che ha ritenuto non ammissibile il concordato preventivo di gruppo a causa dell'assenza di una disciplina nel nostro ordinamento).

Le norme introdotte si prestano tuttavia a qualche osservazione critica sia da un punto di vista formale, per la tecnica redazionale talvolta impiegata, sia da un punto di vista contenutistico, per l'approccio eccessivamente timido.

Da un lato, l'estensione delle norme sul coordinamento e la comunicazione tra le procedure deve essere accolta con favore, anche se in realtà l'effettiva portata e l'efficacia di tale estensione sono subordinate alla volontà degli operatori coinvolti e ai criteri, talora stringenti, previsti dal regolamento stesso (quale, ad esempio, il rinvio alle norme nazionali).

Dall'altro lato, per quanto riguarda il nuovo procedimento di coordinamento, è opportuno ribadire il carattere non obbligatorio, non soltanto dal punto di vista dell'inclusione delle procedure relative alle singole società del gruppo, ma anche per quanto riguarda il rispetto delle raccomandazioni e del piano di coordinamento da parte delle società partecipanti. Inoltre, deve essere prestata particolare attenzione a limitare i costi e la durata di tale procedura, al fine di preservarne l'efficienza e garantirne il successo.

Sarà in ogni caso il tempo a rivelare se gli operatori utilizzeranno gli strumenti offerti dal nuovo regolamento e, in caso af-

La revisione del Regolamento sulle procedure di insolvenza 21

fermativo, quali benefici tali strumenti effettivamente comporteranno, oppure se continuerà ad essere adottata la *procedural consolidation* affermatasi nella giurisprudenza degli Stati membri nel vigore del regolamento n. 1346/2000, ora peraltro avallata, come detto, dal considerando n. 53 del nuovo regolamento.

9 dicembre 2015

Il coordinamento tra procedure d'insolvenza basato sulla prevalenza della procedura principale nel regolamento (UE) n. 2015/848 di rifusione

FABRIZIO MARONGIU BONAIUTI (*)

1. Il coordinamento tra procedure d'insolvenza nel regolamento preesistente: tratti generali.

Come è noto, una caratteristica saliente del [regolamento n. 1346/2000](#) sulle procedure d'insolvenza è data dall'accoglimento del principio dell'universalità limitata, basato sull'apertura di una procedura d'insolvenza principale da parte dei giudici dello Stato membro nel quale è situato il centro degli interessi principali del debitore. Tale procedura avrà ad oggetto l'intero patrimonio del debitore stesso, con la possibilità, nondimeno, di aprire procedure di insolvenza territoriali da parte di giudici di altri Stati membri nei quali il debitore posseda una propria dipendenza, con effetti limitati ai beni del debitore presenti nello Stato membro nel quale tali procedure vengono aperte. Il meccanismo di coordinamento tra la procedura d'insolvenza principale e le procedure territoriali previsto dal regolamento n. 1346/2000 presenta un carattere rigido, chiaramente ispirato ad un principio di certezza del diritto e in particolare di prevedibilità della competenza giurisdizionale, in quanto l'art. 3, par. 3, del regolamento prevede che, qualora sia aperta una procedura d'insolvenza principale dinanzi ai giudici dello Stato membro nel quale è situato il centro degli interessi principali del debitore, le eventuali

(*) Università di Macerata.

procedure territoriali che siano state aperte successivamente divengono procedure secondarie, e devono per di più presentare obbligatoriamente il carattere di procedure di liquidazione.

Il meccanismo di coordinamento appena accennato si basa, nella sua applicazione pratica, su un altro principio generale che presiede alla cooperazione giudiziaria in materia civile tra i giudici di diversi paesi membri: il principio della reciproca fiducia. Infatti, come chiarito anche dalla Corte di giustizia nella ben nota sentenza del 2 maggio 2006 relativa al caso [Eurofood](#) (punti 41-44) la valutazione compiuta dal giudice che ha aperto la procedura d'insolvenza principale relativamente alla localizzazione nel proprio Stato membro del centro degli interessi principali (*COMI* nell'acronimo inglese per *Centre of Main Interests*) del debitore si impone ai giudici degli altri paesi membri ai sensi dell'art. 16 del regolamento, con la conseguenza che, come ribadito dal par. 2 della norma, essi non potranno che aprire, ricorrendone i presupposti, una procedura avente effetti limitati ai beni del debitore presenti nello Stato membro in cui questa sia aperta, procedura la quale presenterà carattere secondario.

2. Le difficoltà emerse dalla prassi applicativa e le indicazioni provenienti dalla giurisprudenza della Corte di giustizia.

Il meccanismo di coordinamento tra procedure d'insolvenza contemplato dal regolamento n. 1346/2000 non è esente, nella sua rigidità, da difficoltà applicative, soprattutto in quei casi, divenuti sempre più frequenti nella prassi, in cui le procedure in questione perseguono maggiormente un fine di riorganizzazione dell'attività del debitore, piuttosto che di sua liquidazione. Particolarmente sintomatico in questo senso è il caso [Bank Handlowy](#), oggetto della sentenza della Corte di giustizia del 22 novembre 2012, nel quale la procedura di insolvenza principale, aperta dai giudici dello Stato membro di localizzazione del centro degli interessi principali del debitore, nella specie la Francia, consisteva in una *procédure de sauvegarde* contemplata dal diritto francese (art. L-620-1 del *Code de commerce*, nella versione modificata dalla legge 26 luglio 2005, n. 2005-845), la quale, esperibile su istanza del debitore il quale non si trovi in situazione di cessazione dei pagamenti ma che abbia a fronteggiare delle difficoltà economiche che non è in grado di superare autonomamente, è volta per l'appunto alla riorganizzazione dell'attività dell'impresa, allo scopo di consentire la prosecuzione

dell'attività economica, con il connesso mantenimento dei posti di lavoro, e la riduzione del debito accumulato (v. punto 16 della motivazione). A fronte dell'apertura di una procedura principale avente tali caratteristiche, sorgeva la questione della ammissibilità dell'apertura, su istanza di un creditore, di una procedura secondaria in un altro Stato membro, nella specie la Polonia, dove l'impresa, ritenuta possedere il proprio centro di interessi principali in Francia, aveva la propria sede legale. Ciò considerato che, in base all'art. 3, par. 3, del regolamento n. 1346/2000, la procedura secondaria d'insolvenza deve presentare obbligatoriamente il carattere di procedura di liquidazione, come tale potenzialmente incompatibile con la finalità di riorganizzazione propria della procedura principale. La Corte di giustizia, nel confermare che la *procédure de sauvegarde* contemplata dal diritto francese, pur non presupponendo uno stato di effettiva insolvenza del debitore, deve essere considerata, in quanto rientrante tra le procedure indicate nell'allegato A del regolamento, alla stregua di una procedura di insolvenza per i fini del regolamento, ha affermato che tale carattere proprio della procedura principale non osta in linea di principio all'apertura di una procedura secondaria in un altro Stato membro, benché quest'ultima presenti il carattere di una procedura di liquidazione (v. punti 53-58). Al tempo stesso, la Corte ha affermato che i caratteri propri della procedura principale che era stata aperta nel caso di specie, e in particolare il fatto che essa non presupponesse l'accertamento di un definitivo stato di insolvenza del debitore, non comportavano alcuna eccezione alla regola per la quale il giudice che apra una procedura secondaria non può pronunciarsi sull'insolvenza del debitore nei confronti del quale sia stata aperta una procedura d'insolvenza principale in un altro Stato membro (v. punti 68-72).

La Corte ha ritenuto che i potenziali problemi di compatibilità dell'apertura di una procedura secondaria di liquidazione con il perseguimento degli obiettivi di riorganizzazione dell'impresa propri di una procedura principale che presenti i caratteri della *procédure de sauvegarde* del diritto francese debbano essere affrontati a livello di coordinamento tra le diverse procedure, richiamando in proposito il ruolo d'impulso precipuo conferito all'amministratore della procedura d'insolvenza principale dalle norme degli articoli 33 e 34 del regolamento n. 1346/2000. Tali norme prevedono che, su istanza di quest'ultimo, il giudice che ha aperto la procedura secondaria debba sospendere in tutto o in parte le operazioni di liquidazione, salva la prestazione di idonee

garanzie per i creditori della procedura secondaria, e possa anche, sempre su istanza del curatore della procedura principale, chiudere la procedura secondaria ove la legge applicabile a quest'ultima procedura ne preveda la chiusura senza fare luogo a liquidazione, in presenza di un piano di risanamento, quale nel caso di specie era stato adottato nell'ambito della procedura principale, ovvero di un concordato od altra misura analoga. La Corte ha affermato che, nel dare applicazione a tali disposizioni, il giudice che ha aperto la procedura d'insolvenza secondaria debba, in base al principio di leale cooperazione (art. 4, par. 3, Trattato UE), tenere conto degli obiettivi perseguiti dalla procedura d'insolvenza principale e, in un'ottica di salvaguardia dell'effetto utile del regolamento, avere riguardo alle finalità perseguite da quest'ultimo, che la Corte identifica con la promozione di un funzionamento efficiente delle procedure d'insolvenza transfrontaliere, che presuppone un efficace coordinamento tra le procedure d'insolvenza principale e secondaria, basato sulla prevalenza della procedura principale (v. punto 62 della motivazione).

3. La prevalenza della procedura principale d'insolvenza anche ai fini del coordinamento con le azioni che derivano direttamente da una procedura d'insolvenza e che si inseriscono nell'ambito della stessa.

Le indicazioni fornite dalla Corte di giustizia nella sentenza da ultimo citata in ordine alla necessità di un coordinamento efficace tra le procedure d'insolvenza basato sulla prevalenza della procedura principale sono state recepite in una sentenza di poco successiva della Cour de cassation francese (Ch. Com., 22 gennaio 2013, [*X c. Procureur de la République de Chalon-sur-Saône*](#)), la quale ha affermato che un'azione volta all'emanazione di una misura atta a vietare all'amministratore di una società soggetta a procedura d'insolvenza di proseguire nella gestione deve essere considerata alla stregua di un'azione che deriva direttamente dalla procedura di insolvenza e che si inserisce strettamente nell'ambito di tale procedura, secondo la formula coniata dalla Corte di giustizia nella sentenza del 22 febbraio 1979 relativa al caso [*Gourdain*](#) (punto 4) a proposito della portata dell'esclusione dei fallimenti, concordati ed altre procedure affini dall'ambito di applicazione della Convenzione di Bruxelles del 1968 e ripresa con riferimento all'art. 3, par. 1, del regolamento n. 1346/2000 nella più recente sentenza del 12 febbraio

2009 relativa al caso [Seagon c. Deko Marty](#) (punto 21). Secondo quanto rilevato dalla Cour de cassation nella sentenza citata, nel caso in cui parallelamente alla procedura d'insolvenza principale sia stata aperta anche una procedura secondaria, la competenza in ordine ad un'azione come quella oggetto del caso di specie spetta unicamente al giudice che ha aperto la procedura principale di insolvenza, e non anche al giudice che ha aperto la procedura secondaria, posto che la misura oggetto dell'azione in questione per sua natura colpisce la sfera giuridica dell'impresa insolvente nel suo insieme e non può considerarsi limitata nei suoi effetti ai soli beni dell'impresa localizzati nello Stato membro di apertura della procedura secondaria.

Da notare, incidentalmente, che la Corte di giustizia è intervenuta nuovamente in alcune pronunce più recenti sull'individuazione delle azioni che devono considerarsi derivare direttamente dalla procedura d'insolvenza ed inserirsi strettamente nell'ambito di tale procedura, ai fini della loro attrazione alla competenza giurisdizionale del giudice che ha aperto la procedura d'insolvenza stessa, con particolare riferimento, in tutti i casi in cui l'azione si riferisca alla sfera giuridica del debitore nel suo insieme, alla procedura d'insolvenza principale ai sensi dell'art. 3, par. 1, del regolamento n. 1346/2000. Dapprima, nella sentenza del 4 settembre 2014 relativa alla causa [Nickel & Goeldner Spedition c. Kintra](#), la Corte ha ritenuto che non potesse considerarsi rientrare nella nozione di "azione derivante da una procedura d'insolvenza e ad essa strettamente connessa", come elaborata dalla propria precedente giurisprudenza, un'azione mediante la quale il curatore della procedura d'insolvenza mirava a ottenere il pagamento di un credito dell'impresa nel frattempo dichiarata insolvente basato su di un contratto di trasporto internazionale di merci, dal momento che tale azione trovava il suo fondamento non già nell'insolvenza dell'impresa, bensì nel contratto concluso precedentemente dall'impresa stessa con la controparte inadempiente (v. punti 27-31). Successivamente, nella sentenza del 4 dicembre 2014 relativa al caso [H c. H. K.](#), la Corte, facendo applicazione del medesimo criterio, ha ritenuto invece rientrare nella nozione in questione un'azione diretta contro l'amministratore di una società dichiarata insolvente allo scopo di ottenere la ripetizione di pagamenti effettuati successivamente all'insorgere dell'insolvenza della società stessa, in quanto tale azione, diversamente da quella oggetto della precedente sentenza, presuppone lo stato di insol-

venza del debitore, e ciò anche se l'azione in questione avrebbe potuto essere esperita, in linea di principio, anche indipendentemente dall'apertura di una procedura d'insolvenza (v. punti 21-24).

4. Il recepimento delle indicazioni della Corte di giustizia nelle innovazioni introdotte nel regolamento n. 2015/848 di rifusione in merito al coordinamento tra procedure d'insolvenza.

Il [regolamento n. 2015/848](#) di rifusione recepisce molte delle indicazioni fornite dalla Corte di giustizia nella sentenza *Bank Handlowy* sopra richiamata – la quale, tra l'altro, è di poche settimane anteriore alla presentazione della [proposta](#) della Commissione volta alla modifica del regolamento n. 1346/2000 – nel senso di un opportuno rafforzamento del coordinamento tra procedure di insolvenza. Il nuovo regolamento, infatti, per un verso mantiene innegabilmente fermo lo schema di base del regolamento preesistente, nel senso di prevedere all'art. 3, par. 1, l'apertura della procedura principale di insolvenza da parte dei giudici dello Stato membro in cui è localizzato il centro degli interessi principali del debitore, e, all'art. 3, par. 2, l'apertura di una procedura territoriale da parte dei giudici degli altri Stati membri in cui il debitore abbia una propria dipendenza, con effetti limitati ai beni del debitore presenti nel territorio di tale Stato membro, procedura la quale, in base al par. 3, se aperta successivamente alla procedura d'insolvenza principale di cui al par. 1, presenterà il carattere di procedura secondaria d'insolvenza. Ciò ugualmente avverrà nelle limitate ipotesi in cui, in base al par. 4, la procedura territoriale sia aperta anteriormente alla procedura d'insolvenza principale, a partire dal momento in cui quest'ultima verrà aperta. Ugualmente ferma, in quanto discendente, come già osservato, dal principio generale della reciproca fiducia tra i sistemi giurisdizionali degli Stati membri, rimane la regola del riconoscimento della decisione di apertura della procedura d'insolvenza, ora contenuta nell'art. 19 del regolamento n. 2015/848, in base alla quale, in particolare, una volta che un giudice di uno Stato membro abbia aperto la procedura d'insolvenza principale ritenendo localizzato nel proprio Stato membro il centro degli interessi principali del debitore, i giudici di tutti gli altri Stati membri sono tenuti a riconoscere tale decisione e possono soltanto aprire, ricorrendone i presupposti, una procedura secondaria d'insolvenza.

Si deve nondimeno osservare, a quest'ultimo riguardo, come il regolamento di rifusione restringa in una certa misura il margine di discrezionalità del giudice che intenda aprire una procedura d'insolvenza principale, introducendo nell'art. 3, par. 1, una definizione di centro degli interessi principali del debitore, identificato con il luogo in cui il debitore esercita la gestione dei suoi interessi in modo abituale e riconoscibile dai terzi, integrata da una serie di presunzioni volte alla sua localizzazione con riferimento alle diverse ipotesi in cui il debitore sia una società o persona giuridica, ovvero una persona fisica che esercita un'attività imprenditoriale o professionale indipendente, o una persona fisica che non svolga una tale attività. Allo scopo, chiaramente indicato anche nel preambolo del regolamento (considerando nn. 29-31), di evitare manovre abusive di *forum shopping*, le presunzioni in questione non si applicano nei casi in cui il dato a cui si riferisce il criterio di localizzazione di volta in volta adottato – rispettivamente, la sede legale della società o persona giuridica, la sede principale di attività, ovvero la residenza abituale del debitore – abbia subito uno spostamento da un paese membro a un altro nei tre mesi precedenti la domanda di apertura della procedura d'insolvenza (sei mesi relativamente alla residenza abituale del debitore persona fisica che non eserciti un'attività imprenditoriale o professionale indipendente).

Per altro verso, il regolamento di rifusione contiene alcune sensibili innovazioni nel senso di favorire un maggiore coordinamento tra la procedura principale di insolvenza e le procedure secondarie che siano eventualmente aperte in altri Stati membri. Innanzitutto, proprio recependo l'indicazione fornita dalla Corte di giustizia nella sentenza *Bank Handlowy* nel senso di favorire il coordinamento tra procedure anche quanto queste non sono volte al fine classico della liquidazione del patrimonio del debitore bensì alla sua riorganizzazione, l'art. 3, par. 3, del regolamento di rifusione ha eliminato la previsione, presente nella corrispondente disposizione del regolamento n. 1346/2000, nel senso che le procedure secondarie di insolvenza debbano presentare necessariamente il carattere di procedure di liquidazione. L'eliminazione di tale previsione renderà chiaramente ben più flessibile la disciplina recata dal regolamento, consentendo di evitare i problemi di coordinamento derivanti dal dover necessariamente ricorrere al modello della procedura di liquidazione per poter aprire una procedura secondaria di insolvenza anche in presenza di una procedura principale volta invece alla riorganiz-

zazione dell'impresa.

Il regolamento di rifusione recepisce quanto affermato dalla Corte di giustizia nella sentenza appena richiamata anche nella più precisa formulazione della norma dell'art. 34, relativo all'apertura delle procedure secondarie d'insolvenza. Infatti, il corrispondente art. 27 del regolamento n. 1346/2000 disponeva, in modo relativamente ambiguo, che l'apertura di una procedura principale d'insolvenza ai sensi dell'art. 3, par. 1, del regolamento consentiva l'apertura di una procedura secondaria in un altro Stato membro in base all'art. 3, par. 2, "senza che in questo altro Stato sia esaminata l'insolvenza del debitore". L'art. 34 del regolamento n. 2015/848, rispecchiando l'interpretazione più rigorosa di tale inciso adottata dalla Corte nella sentenza da ultimo richiamata (sent. *Bank Handlowy*, punti 68-72), e in linea con il principio della reciproca fiducia, dispone più nettamente che, se la procedura d'insolvenza presupponeva lo stato di insolvenza del debitore, questo non può essere riesaminato dal giudice della procedura secondaria, il quale deve pertanto ritenersi vincolato dall'accertamento effettuato in proposito dal giudice della procedura principale.

Un'innovazione di più sensibile portata sul piano del coordinamento tra procedure d'insolvenza, volta, secondo l'indicazione data dalla Corte (*ibidem*, punto 73), a riaffermare la prevalenza della procedura principale d'insolvenza, è contenuta nell'art. 36 del regolamento n. 2015/848. Tale innovazione, che in sostanza comporta il venir meno *ex ante* di un vero e proprio problema di coordinamento tra procedure d'insolvenza, posto che persegue, come chiaramente indicato dalla stessa rubrica recata dalla norma, l'obiettivo di evitare senz'altro l'apertura della procedura secondaria, consiste nella previsione del diritto dell'amministratore della procedura d'insolvenza principale di contrarre un impegno unilaterale con riferimento ai beni del debitore ubicati nello Stato membro nel quale avrebbe potuto aprirsi una procedura secondaria d'insolvenza. Per effetto di tale impegno l'amministratore della procedura principale d'insolvenza si impegna a rispettare i diritti di cui avrebbero goduto i creditori nell'ambito di un'eventuale procedura secondaria aperta in quello Stato membro quanto alla ripartizione dei beni in questione o del ricavato del loro realizzo, come pure quanto ai diritti di prelazione, previsti dalla legge dello Stato membro nel quale i beni in questione sono situati. La norma è volta a consentire il raggiungimento all'interno della stessa procedura principale

d'insolvenza della finalità materiale che avrebbe potuto altrimenti conseguirsi mediante l'apertura di una procedura secondaria d'insolvenza in uno Stato membro diverso da quello in cui è stata aperta la procedura principale. La finalità in questione consiste essenzialmente nel consentire l'applicazione al riparto dei beni del debitore, situati nello Stato membro in cui avrebbe potuto aprirsi la procedura secondaria, della legge di tale ultimo Stato membro, che avrebbe trovato applicazione ove tale procedura fosse stata ivi aperta, secondo la regola di cui all'art. 35 dello stesso regolamento (come già della regola corrispondente contenuta nell'art. 28 del regolamento n. 1346/2000). Il meccanismo introdotto dall'art. 36 del regolamento di rifusione consente quindi il raggiungimento di tale risultato di carattere sostanziale permettendo al tempo stesso di evitare, come si è notato, gli inconvenienti suscettibili di derivare dall'apertura di una procedura secondaria parallelamente alla procedura principale di insolvenza. Come osservato nel *post* introduttivo di questo dibattito, viene icasticamente utilizzata in proposito l'espressione di procedure secondarie "sintetiche" o "virtuali".

La centralità della procedura principale d'insolvenza è salvaguardata ulteriormente dalla previsione, contenuta nell'art. 38 del regolamento di rifusione, del diritto dell'amministratore della procedura principale d'insolvenza di essere informato della presentazione di una domanda di apertura di una procedura secondaria e di avere l'opportunità di essere sentito in merito alla domanda stessa dal giudice che ne è stato investito. La regola deve essere letta in stretto coordinamento con la previsione, contenuta nell'art. 39, del diritto dell'amministratore della procedura principale di impugnare la decisione di apertura di una procedura secondaria dinanzi ai giudici dello Stato membro nel quale è stata aperta, qualora egli ravvisi che nel decidere di aprire tale procedura il giudice che la ha aperta non abbia rispettato i requisiti posti in proposito dall'art. 38. Al riguardo, nell'ipotesi in cui l'amministratore della procedura principale abbia assunto un impegno ai sensi dell'art. 36 del regolamento n. 2015/848, l'art. 38, al par. 2, prevede, allo scopo di non vanificare l'impegno in questione, che, su istanza dello stesso amministratore della procedura principale, il giudice che sia investito di una domanda di apertura di una procedura secondaria di insolvenza debba astenersi dall'aprire tale procedura se ritiene che l'impegno in questione sia atto a tutelare adeguatamente gli interessi generali dei creditori locali. Nella stessa ottica, l'art. 46 del regolamento di rifu-

sione, similmente a quanto già avviene in base all'art. 33 del regolamento n. 1346/2000, riconosce all'amministratore della procedura principale d'insolvenza il diritto di richiedere la sospensione delle operazioni di realizzo dell'attivo da parte del giudice che ha aperto la procedura secondaria, a fronte, se del caso, della prestazione da parte dell'amministratore della procedura principale di idonee garanzie degli interessi dei creditori della procedura secondaria d'insolvenza.

Il regolamento n. 2015/848 persegue inoltre la finalità di assicurare un efficace coordinamento tra procedure d'insolvenza mediante la previsione di più generali obblighi di cooperazione e comunicazione, che il regolamento contempla a tre distinti livelli. Dapprima, nell'art. 41, codificando, sostanzialmente, la prassi della cooperazione tra gli amministratori delle procedure principale e secondarie d'insolvenza, con particolare riferimento al potere degli amministratori stessi di concludere in proposito accordi o protocolli (si può vedere, in proposito, a livello internazionale, la [*Practice Guide on Cross-Border Insolvency Cooperation*](#) adottata dall'UNCITRAL nel 2009; nonché i [*Global Principles for Cooperation in International Insolvency Cases*](#) adottati dall'American Law Institute congiuntamente con l'International Insolvency Institute, e le [*European Communication and Cooperation Guidelines for Cross-Border Insolvency*](#), elaborate sotto l'egida dell'International Association of Restructuring, Insolvency and Bankruptcy Professionals (INSOL Europe), sulle quali, oltre al citato *post* di S. Bariatti, si veda, con specifico riferimento alla cooperazione tra procedure d'insolvenza nel contesto specifico dei gruppi di società, il *post* di N. Nisi e G. Vallar. Nella norma successiva, l'art. 42, il regolamento di rifusione estende innovativamente tale dovere di cooperazione anche ai giudici innanzi ai quali sia pendente una domanda di apertura di una procedura d'insolvenza, o che la abbiano aperta, nella misura in cui tale cooperazione non sia incompatibile con le norme applicabili a ciascuna delle procedure in questione. Infine, l'art. 43 prevede altresì l'obbligo degli amministratori delle diverse procedure d'insolvenza riguardanti un medesimo debitore di cooperare anche con i giudici delle altre procedure, nella misura in cui ciò non sia incompatibile con le norme che regolano ciascuna procedura e non comporti un conflitto d'interessi. In particolare, si deve osservare che il dovere di cooperazione tra giudici di diversi paesi membri, benché non fosse previsto nel regolamento n. 1346/2000, è sovente presente all'interno di altri atti

adottati nell'ambito della cooperazione giudiziaria in materia civile, e può considerarsi attuazione del più generale dovere di leale cooperazione tra gli Stati membri e i rispettivi organi nel perseguimento degli obiettivi propri dell'Unione. Come si è osservato, a quest'ultimo dovere ha fatto riferimento anche la Corte di giustizia nella sentenza *Bank Handlowy* prima citata (v. punto 62) affermando il dovere per il giudice della procedura secondaria d'insolvenza di tenere conto degli obiettivi della procedura principale e dell'economia complessiva del regolamento. Da notare, tra l'altro, che un analogo dovere di cooperazione tra giudici di diversi paesi che siano coinvolti nella gestione di un'insolvenza di carattere transfrontaliero è contemplato nell'art. 25 della [Model Law on Cross-Border Insolvency](#) adottata nel 1997 dall'UNCITRAL (su cui F. Jault-Seseke, D. Robine, in [Rev. crit. dr. int. priv.](#), 2014, p. 425 s.).

5. Le disposizioni contenute nel regolamento di rifusione con riferimento al coordinamento tra le procedure d'insolvenza e le azioni che derivano da tali procedure e ai rapporti con altri procedimenti giudiziari o arbitrali.

Parallelamente alla disciplina del coordinamento tra procedure di insolvenza in quanto tali, il regolamento di rifusione disciplina espressamente nell'art. 6, recependo la giurisprudenza della Corte di giustizia alla quale si è fatto riferimento in precedenza (supra, par. 3), il coordinamento tra le procedure d'insolvenza e le altre azioni che derivano direttamente da tali procedure e che vi inseriscono strettamente. Il par. 1 della norma è meramente ricognitivo dei risultati ai quali è pervenuta la Corte di giustizia nella giurisprudenza appena richiamata, nel prevedere che la competenza dei giudici dello Stato membro nei cui territorio è stata aperta una procedura di insolvenza ai sensi dell'articolo 3 del regolamento – come tale dovendo quindi intendersi la procedura d'insolvenza principale ovvero anche una procedura secondaria, a seconda dell'oggetto dell'azione in questione – si estenda anche alle azioni che derivano direttamente dalla procedura d'insolvenza e che vi si inseriscono direttamente, con particolare riferimento alle azioni revocatorie. L'elemento innovativo è invece dato dal par. 2 della norma, il quale si riferisce all'ipotesi in cui una tale azione sia connessa ad un'azione in materia civile e commerciale, come tale non suscettibile di essere attratta a propria volta alla competenza del giudice della procedura d'insolvenza in base al regolamento e ricadente, invece,

tendenzialmente, nell'ambito di applicazione del [regolamento n. 1215/2012](#) o "Bruxelles I-bis". In tale caso, il regolamento di rifusione prevede che, se le due azioni sono rivolte contro il medesimo convenuto, esse possano essere riunite, su istanza dell'amministratore della procedura d'insolvenza o del debitore non spossessato, nella misura in cui il diritto nazionale consenta a quest'ultimo di promuovere azioni per la massa fallimentare, innanzi ai giudici dello Stato membro in cui il convenuto ha il proprio domicilio, secondo la soluzione che deriverebbe dall'applicazione del foro generale di cui all'art. 4 del regolamento n. 1215/2012. La norma prevede inoltre, riprendendo la soluzione contemplata nell'art. 8, par. 1, di quest'ultimo regolamento, che, nel caso in cui l'azione è promossa contro più convenuti, la riunione dei procedimenti possa avere luogo dinanzi ai giudici dello Stato membro nel cui territorio uno dei convenuti è domiciliato. La riunione può avvenire, purché tali giudici siano competenti in base al regolamento n. 1215/2012 (naturalmente con riferimento all'azione connessa ricadente in materia civile e commerciale, posto che, per quanto riguarda l'azione derivante direttamente dalla procedura d'insolvenza, essa per definizione esorbita dall'ambito di applicazione del regolamento in questione (secondo quanto affermato dalla Corte di giustizia sin dalla sentenza *Gourdain* richiamata *supra*, par. 3). La stretta ispirazione della regola al modello offerto dal regolamento Bruxelles I-bis è evidenziata anche dalla riproduzione, nel par. 3 della norma in esame, della definizione di cause connesse che figura nell'art. 8, n. 1, così come nell'art. 30 in tema di connessione privativa, di quest'ultimo regolamento. Sostanzialmente, la regola introdotta nel regolamento n. 2015/848, se da una parte persegue il fine apprezzabile della concentrazione dell'azione derivante direttamente dalla procedura d'insolvenza e dell'azione ad essa connessa davanti ad un unico giudice, dall'altra presenta la criticità di attrarre la prima delle due azioni anziché alla competenza del giudice della procedura d'insolvenza, come avverrebbe in applicazione della regola di cui al par. 1 e già secondo la giurisprudenza della Corte di giustizia interpretativa dell'art. 3 del regolamento n. 1346/2000, alla competenza del giudice individuato secondo regole corrispondenti a quelle del regolamento n. 1215/2012, che troverebbe applicazione in relazione alla domanda connessa. Ma tale giudice tendenzialmente non coinciderà e potrà anzi, a seconda delle circostanze del caso di specie, anche appartenere ad uno Stato membro diverso da quello cui appartiene il giudice che

ha aperto la procedura d'insolvenza. Appare in questo senso ragionevole, come sottolineato anche dal preambolo del regolamento al considerando n. 36, che l'applicazione della norma sia rimessa all'istanza dell'amministratore della procedura d'insolvenza o del debitore non spossessato, ai quali è lasciato di valutare l'opportunità di tale soluzione alla luce delle circostanze del caso.

Il regolamento di rifusione, come espressamente indicato nell'art. 18, ha scelto invece di non disciplinare autonomamente i rapporti tra la procedura d'insolvenza e i procedimenti giudiziari o arbitrali pendenti relativamente ai beni o ai diritti facenti parte della massa fallimentare del debitore. La norma, che nella sua formulazione prende in considerazione solamente gli effetti della procedura d'insolvenza su tali procedimenti e non già gli effetti reciproci, rinvia in proposito alla legge dello Stato membro in cui il procedimento è pendente o ha sede il collegio arbitrale. In proposito, se tale soluzione può apparire giustificata alla luce della considerazione che tanto i procedimenti in materia civile e commerciale quanto i procedimenti arbitrali esorbitano dall'ambito di applicazione del regolamento, dall'altra essa appare sicuramente foriera di criticità, posto che, per un verso, per quanto attiene ai procedimenti in materia civile e commerciale, le regole contenute nel regolamento "Bruxelles I-bis" in materia di litispendenza e connessione, così come quelle in materia di riconoscimento ed esecuzione delle decisioni, si applicano a propria volta unicamente tra procedimenti e a decisioni che rientrino nell'ambito di applicazione *ratione materiae* di tale strumento, e che, per altro verso, la diversità delle regole nazionali in proposito rischia di incidere sull'uniformità di applicazione del regolamento nei diversi Stati membri.

6. Brevi considerazioni conclusive.

La disciplina del coordinamento tra procedure d'insolvenza introdotta dal regolamento n. 2015/848 della quale si è cercato di tracciare un breve quadro riassuntivo si presenta alquanto articolata e rappresenta un significativo avanzamento, nel senso auspicato anche dalla Corte di giustizia nella propria giurisprudenza, rispetto alla disciplina alquanto embrionale contenuta in proposito nel regolamento n. 1346/2000. Al tempo stesso, da un quadro d'insieme delle nuove disposizioni inserite in proposito nel regolamento di rifusione si desume l'impressione, confermata dalla lettura dei corrispondenti considerando del preambolo (v. in par-

ticolare i considerando nn. 40-41) che la previsione, desunta dalla schema del precedente regolamento, della coesistenza della procedura principale d'insolvenza con una o più procedure secondarie, se da una parte è vista come un mezzo per realizzare una più efficace protezione degli interessi dei creditori localizzati in Stati membri diversi da quello nel quale è situato il centro degli interessi principali del debitore, nonché come uno strumento per gestire più efficacemente una massa fallimentare complessa che comporti beni situati in Stati membri diversi, dall'altra parte è vista come fonte di un potenziale ostacolo ad una gestione unitaria e coerente dell'insolvenza del debitore. Particolarmente, dall'introduzione dell'istituto dell'impegno di cui all'art. 36 del regolamento di rifusione, così come del diritto di impugnare la decisione di apertura di una procedura secondaria ove essa non rispetti i criteri di cui all'art. 38 del regolamento, si desume l'impressione che l'apertura di una o più procedure secondarie d'insolvenza sia vista, nell'economia del regolamento di rifusione, quasi alla stregua di un'*extrema ratio*, alla quale ricorrere a titolo residuale nei casi in cui non sia possibile soddisfare le medesime esigenze che ne giustificherebbero l'apertura all'interno della stessa procedura principale. In questo senso, l'obiettivo del coordinamento tra procedure d'insolvenza, propriamente inteso, appare in qualche modo residuale rispetto a un obiettivo primario, che nell'ottica delle nuove disposizioni alle quali si è fatto riferimento appare costituito dalla concentrazione delle diverse operazioni nell'ambito della stessa procedura principale di insolvenza.

La prevalenza della procedura principale d'insolvenza appare assicurata anche dalla regola sul coordinamento con le azioni derivanti direttamente dalla procedura d'insolvenza e che in essa si inseriscono strettamente, di cui all'art. 6, posto che, per quanto si è osservato, ove tali azioni riguardino la sfera giuridica e patrimoniale del debitore nel suo insieme esse saranno necessariamente attratte alla competenza giurisdizionale del giudice della procedura principale.

La disciplina del coordinamento tra procedimenti introdotta dal regolamento di rifusione incontra pur sempre, oltre al limite, al quale si è appena accennato, di non disciplinare – se non nella limitata ipotesi di cui all'art. 6, par. 2, relativa alle azioni in materia civile e commerciale connesse a quelle derivanti direttamente dalla procedura d'insolvenza – i rapporti tra la procedura d'insolvenza e altri procedimenti giudiziari o arbitrali pendenti

innanzi ai giudici dei paesi membri, l'ulteriore limite di non disciplinare affatto i rapporti con procedimenti, d'insolvenza o di altra natura, pendenti innanzi a giudici di paesi terzi.

Deve infatti essere notato, innanzitutto, che, laddove il regolamento "Bruxelles I-bis" relativamente alla materia civile e commerciale contiene – benché in misura senz'altro meno significativa rispetto a quanto era stato prospettato nella relativa proposta della Commissione e a quanto avviene in altri strumenti come il regolamento n. 4/2009 in materia di obbligazioni alimentari e il regolamento n. 650/2012 in materia di successioni – alcuni criteri di giurisdizione applicabili potenzialmente *erga omnes*, e cioè anche nei confronti di convenuti non domiciliati in uno Stato membro, i criteri di competenza giurisdizionale recati dal regolamento n. 2015/848 – non diversamente dal precedente regolamento n. 1346/2000 – si applicano unicamente quando il centro degli interessi principali del debitore è situato in uno Stato membro (si deve intendere, ad esclusione della Danimarca, la quale, in virtù del regime di *opting out* del quale beneficia relativamente all'adozione di atti nell'ambito dello spazio di libertà, sicurezza e giustizia, non è vincolata dal regolamento). Per di più, per quanto più specificamente attiene al piano del coordinamento tra procedimenti paralleli, a differenza del regolamento n. 1215/2012, il quale contiene un'espressa disciplina in punto di litispendenza e connessione rispetto a procedimenti pendenti innanzi a giudici di paesi terzi, il regolamento n. 2015/848 appare anche sotto questo profilo ancora interamente confinato in una prospettiva *inter partes*. Ciò costituisce un'inevitabile criticità del regolamento, posto che nella realtà economica attuale può essere ben frequente l'ipotesi di un debitore il cui centro degli interessi principali sia bensì situato in uno Stato membro, ma che possieda dipendenze o beni in uno o più paesi terzi. L'assenza di ogni disposizione atta a promuovere, sul modello di quanto opportunamente avviene nel regolamento "Bruxelles I-bis", un coordinamento con eventuali procedimenti pendenti innanzi a giudici di paesi terzi costituisce una lacuna del nuovo regolamento ed un limite dell'opera di modernizzazione della disciplina contenuta nel regolamento precedente che esso ha teso a realizzare.

Summary:

This post discusses the amendments introduced by Regulation (EU) No. 2015/848 on insolvency proceedings (recast) as con-

cerns the coordination among insolvency proceedings. The recast Regulation on the one hand maintains the general framework of the pre-existing Regulation (EC) No. 1346/2000, based on the co-existence of the main insolvency proceedings and secondary insolvency proceedings. On the other hand, the recast Regulation introduces a series of amendments, inspired to the objective of securing the prevalence of the main insolvency proceedings. These amendments tend to favour the concentration within the main insolvency proceedings of the whole of the operations inherent in the disposal of the insolvency of the debtor, so as to reduce as far as possible the need for secondary insolvency proceedings to be opened in another Member State. This aim is concretely pursued by granting extensive powers to the administrator of the main insolvency proceedings, among which the power of undertaking to apply, as concerns the protection of creditors' rights in respect of assets located in a Member State where secondary insolvency proceedings could have been opened, the same law as would have applied in case such proceedings were opened (s.c. "synthetic" or "virtual" secondary insolvency proceedings). The recast Regulation contains also express provisions dealing with jurisdiction on actions directly deriving from insolvency proceedings and closely linked with them, favouring their joinder, either before the courts of the Member State competent for the insolvency proceedings as such, or before the courts competent for other actions in civil and commercial matters to which they may be related. The new Regulation refrains instead from regulating the relationships between the insolvency proceedings and pending lawsuits or arbitral proceedings concerning assets of the debtor, which are left for domestic law to regulate, thereby exposing the uniformity in the application of the Regulation to the risk inherent in the differences among Member States' laws on the subject. Furthermore, reflecting a traditional, strictly inter partes approach, the new Regulation, unlike the Brussels I recast Regulation, falls short of addressing the problems of coordination which might arise with proceedings pending before third country courts.

18 gennaio 2016

2

Lotta al terrorismo e tutela dei diritti

- | | |
|-------------------|---|
| LUCA PASQUET | Alcuni pensieri su “Charlie Hebdo”, la libertà d’espressione e le leggi liberticide |
| ANTONINO ALÌ | L’attivazione della clausola UE di mutua assistenza a seguito degli attacchi terroristici del 13 novembre 2015 in Francia |
| EMANUELE SOMMARIO | Attentati di Parigi: la Francia deroga alla Convenzione europea dei diritti dell’uomo |
| ENRICO MILANO | Oltre l’esegesi della Risoluzione 2249 |

Alcuni pensieri su “Charlie Hebdo”, la libertà d’espressione e le leggi liberticide

LUCA PASQUET (*)

Come cambia il vento. Qualche mese fa, paesi come il Regno Unito e l’Italia discutevano se criminalizzare l’istigazione all’omofobia e alla transfobia. Oggi, dopo l’attentato al settimanale umoristico *Charlie Hebdo*, la parola d’ordine, nei media e nel discorso politico, sembra essere: la libertà d’espressione è assoluta; bisogna tollerare di tutto nel nome della democrazia e della libertà. Infine, pochi giorni dopo il bagno collettivo di retorica sulla libertà d’espressione, il discusso comico francese Dieudonné è stato arrestato per aver postato su twitter la frase: “je suis Charlie [Coulibaly](#)”. Se è innegabile che nessuna espressione d’opinione, in nessuna forma, può giustificare un plurimo omicidio (ma non dovrebbe giustificarlo neanche il crimine più efferato) è al tempo stesso legittimo porsi alcune domande sui limiti della libertà d’espressione, anche con riguardo alla forma della caricatura umoristica: questa libertà è davvero assoluta, è bene che lo sia, e, infine, l’applicazione degli eventuali limiti è selettiva o uguale per tutti? I due livelli (la condanna di un omicidio arbitrario e i limiti della libertà d’espressione) sono distinti, e confonderli non aiuta a comprendere.

In primo luogo bisogna sfatare un mito, rinforzato dalla retorica post-attentato degli ultimi giorni: la parola, e persino l’immagine in forma di caricatura, non sono sempre innocenti ed innocue. La comunicazione può umiliare ed uccidere. Un giuri-

(*) Graduate Institute of International and Development Studies di Ginevra.

sta e sociologo dello spessore di Gunther Teubner ci ricorda che, per quanto il diritto possa solo attribuire ad una “persona” l’attentato al corpo e alla mente di un individuo, ciò che davvero tortura, umilia ed offende l’essere umano è l’*anonymous matrix* della comunicazione. Afferma Teubner: “communication becomes autonomous from people, creating its own world of meaning separate from the individual mind. This communication can be used by people productively for their survival, but it can also (...) turn against them and threaten their integrity, or even terminate their existence. Extreme examples are: killing through a chain of command, sweatshops as a consequence of anonymous market forces, martyrs as a result of religious communication, political or military torture as destruction of identity” (G. Teubner, “The Anonymous Matrix: Human Rights Violations by ‘Private’ Transnational Actors”, *Modern Law Review*, 2006, p. 335).

La comunicazione crea la realtà in cui viviamo. Per parafrasare Niklas Luhmann il ruolo della società, ridotta a comunicazione, è di attribuire un senso al mondo. Sono gli slogan, le idee, le convinzioni che circolano nella nostra società a fare di un omosessuale un lussurioso ammalato, di una donna una creatura debole e stupida, di una persona di colore un selvaggio ed uno schiavo, di un ebreo un venale senza cuore, di un musulmano un terrorista. Inoltre la comunicazione verbale o scritta dà spesso vita ad altre forme di comunicazione, aventi una ricaduta fisica diretta sull’essere umano. Il fatto di presentare l’elettroshock o la lobotomia come cure mediche ha portato milioni di esseri umani ed essere torturati. Il fatto di considerare l’omosessualità un crimine ha portato ad imprigionare o castrare chimicamente degli esseri umani.

Presentando il suo libro *Les âmes blessées*, nel corso di una [trasmissione televisiva francese](#), il neuropsichiatra Cyrulnik ha commentato gli attentati di Parigi sottolineando come ogni tipo di integrismo, dal nazismo all’islamismo radicale, si diffonda grazie alla comunicazione di slogan semplici che il ricevente ripete meccanicamente, illudendosi di aver compreso un concetto, in uno splendido esempio di “pensiero pigro”. Si tratta di un meccanismo che conosciamo bene nell’era della politica populista: gli immigrati portano malattie, i gay contagiano i giovani, e gli zingari rubano. E, a meno che non vengano istituzionalizzati dei meccanismi sociali capaci di limitare questa diffusione, gli slogan continueranno ad essere riprodotti, perché non costano né

denaro né sforzo intellettuale, e permettono di conquistare consenso e potere.

Ora, seguendo un approccio luhmanniano per cui ogni interazione sociale può essere collocata in un processo comunicativo, autori come Verschraegen e Teubner configurano i diritti umani come uno dei possibili meccanismi sociali volti a limitare le esternalità negative della comunicazione. Essi funzionano come filtri, e rendono possibile una “contro-comunicazione” espressa in termini di divieto giuridico. Non tutto può essere trasmesso: la tortura, la discriminazione, la presunzione di colpevolezza e altri tipi di comunicazione vanno bloccati e sanzionati.

Un paradosso su cui ragionare è che la libertà d’espressione dell’individuo è essa stessa un filtro diretto a bloccare le comunicazioni aventi come scopo la censura. L’idea è che il potere politico non può privare un individuo della possibilità di comunicare. Il problema posto dagli avvenimenti di questi giorni è quindi se ed in quale misura si possa limitare la comunicazione nociva trasmessa in virtù della libertà d’espressione (che è un divieto di censurare).

In molti casi, la risposta è stata formulata in termini di criminalizzazione di alcune condotte, dall’*hate speech*, all’istigazione all’odio razziale, o fondato sull’orientamento di genere, o sulla preferenza sessuale, o sulla religione, fino al crimine di negazionismo (si veda a tal riguardo il [dibattito](#) ospitato dal SIDIBlog sul tema). Tali limiti alla libertà d’espressione sono giustificati in base all’argomento, esposto in precedenza, per cui anche la comunicazione verbale, scritta, o per immagini, può essere violenta e portare a ferire, uccidere, umiliare.

Tale approccio sembra in linea di massima aver superato con successo il vaglio della Corte europea dei diritti dell’uomo. Certo, la libertà d’espressione implica il diritto di esprimere opinioni che turbano una parte della popolazione ([Handyside c. Regno Unito](#), par. 49), ma non può arrivare fino a giustificare la diffusione del razzismo o dell’odio per una certa categoria d’individui ([Soulas et al. c. Francia](#), par. 42; [Jersild c. Danimarca](#), par. 30). Una maggiore tolleranza sembra valere nei confronti di chi intenda informare o sollevare un dibattito su una questione di pubblica rilevanza: in tal caso, l’uso di una forma provocatoria sembra essere accettabile ([Prager e Obershlick c. Austria](#), par. 38; [Brunet-Lecomte e Lyon Mag’ c. Francia](#), par. 41). Qualora l’intenzione sia invece prevalentemente quella di rappresentare una categoria d’individui in modo chiaramente offensivo, la li-

bertà d'espressione incontra un limite (si veda *a contrario* Jersild, cit., par. 36).

È quindi legittimo sanzionare un «comportamento (...) intollerabile che costituisca una negazione dei principi fondamentali della democrazia pluralista», afferma la Corte nel caso di un articolo che afferma la necessità di una guerra di riconquista etnica in Europa (Soulas, cit., paragrafi 42-44). Al contempo, una caricatura può portare a condanna del suo autore quando «eccede ciò che è tollerabile in un dibattito politico» ([Lindon et. al. c. Francia](#), par. 57), per esempio perché “giudica positivamente la violenza perpetrata su migliaia di vittime e un attentato alla loro dignità” ([Leroy c. Francia](#), par. 43). Quanto al negazionismo, la Corte ritiene che la libertà d'espressione non possa essere invocata per negare l'esistenza della Shoah. Tale condotta è infatti analizzata come un abuso di diritto, *ex art.* 17 CEDU ([Garaudy c. Francia](#)).

Tutto bene in teoria, ma in pratica i problemi sono molteplici, soprattutto per quanto attiene alla satira. Una cosa è infatti un commento in cui un'opinione viene sviluppata per una o più pagine, con argomenti ed espressioni valutabili da parte del giudice. Ma vogliamo davvero una società in cui il potere legislativo (a monte) e quello giudiziario (a valle) determinino che cos'è satira e cosa non lo è, su cosa si può scherzare e su cosa no, su cosa si può provocare e su cosa no, sulla base di un disegno, una battuta, o un tweet? E poi, non c'è il rischio di tacciare ogni opinione non politicamente corretta come “razzista”, “terrorista”, “antisemita”? In fondo, in una società plurale, esistono diverse sensibilità e quindi svariate possibilità di offendere qualcuno. Anzi, in molti casi, ciò che non offende il gruppo *x*, offenderà il gruppo *y*. La problematica è vastissima e non posso addentrarmi, ma sicuramente può apparire ragionevole il punto di vista di chi, nel dubbio, preferisce un eccesso di libertà ad un eccesso di censura.

In fondo, i limiti istituzionalizzati cui accenna Teubner non devono essere necessariamente giuridici. Un onesto dibattito culturale può essere un antidoto ancora migliore di una sanzione penale, perché obbliga l'autore di un articolo, un libro o un disegno a prendere in considerazione le critiche e le sensibilità altrui, e a difendere le proprie posizioni. Dove i limiti non sono imposti dalla legge, essi possono essere fissati da una regola sociale, la cui violazione sarebbe sanzionata dallo sdegno generalizzato (come suggerisce [David Brooks](#) sul *New York Times*). Persino

nel caso del negazionismo, il dibattito delle idee sembra un rimedio ragionevole. In fondo la Shoah va presa seriamente perché è uno degli avvenimenti più documentati della storia umana, e non perché una legge la dichiara innegabile. Trasformarla in dogma di Stato vorrebbe dire sminuirla ed alimentare le tesi complottistiche. Quanto ai negazionisti, meglio sbugiardarli in pubblico, evidenziando la povertà delle loro tesi, che farne dei martiri della libertà d'espressione (si veda a tal riguardo la posizione espressa da [Gabriele Della Morte](#) su questo blog).

Certo, in questo caso, il problema è la capacità di condurre un dibattito culturale alto, serio, non viziato da interessi politici o economici di varia natura, nonché l'esistenza di una popolazione educata al rispetto delle sensibilità minoritarie, all'idea di una responsabilità civica anche nell'assenza di regole giuridiche, e capace di indignarsi se un altro è umiliato. Si può quindi seriamente dubitare della maturità della società italiana in questo senso, soprattutto dopo aver letto i commenti faziosi, per non dire irresponsabili, di certi "opinionisti" sui drammi di Parigi.

A questo punto, devo ammettere di non avere una ricetta. Entrambi i modelli (vale a dire, la criminalizzazione di certe condotte da un lato ed il dibattito aperto dall'altro) appaiono difendibili e supportati da argomenti convincenti. Va poi riconosciuto che in nessuna democrazia liberale la libertà d'espressione è assoluta ed illimitata. Viviamo in una società in cui esistono diversi ibridi, miscele più o meno libertarie dei due modelli.

È tuttavia importante che, qualsiasi compromesso si trovi tra le due esigenze, gli stessi limiti, e le stesse libertà tutelino ognuno allo stesso modo. L'impressione è infatti che spesso i tabù di una cultura, una tradizione, una società, vengano trasformati in limiti impliciti alla libertà d'espressione, viziando il giudizio di cosa è considerato accettabile e cosa inaccettabile. Ciò è particolarmente grave in una "società democratica" che, come spesso sottolineato dagli organi di Strasburgo, si vuole "plurale". Se le sensibilità sono molteplici, non è pensabile difendere soltanto quella maggioritaria e prevalente. In queste ore, molti, in Francia e altrove, si chiedono per esempio se antisemitismo e islamofobia abbiano lo stesso peso quando operano da limiti alla libertà d'espressione.

In un [articolo](#) del 13 gennaio, l'autore israeliano Shlomo Sand scrive per esempio che, mentre l'immagine di Maometto con una bomba sul turbante (facilmente interpretabile come "islam = terrorismo") viene innalzata a simbolo della democrazia

e della libertà d'espressione, nessuno, «né il giornale danese, né Charlie si sarebbe permesso di pubblicare una caricatura raffigurante il profeta Mosè, con una kippah e delle frange rituali, rappresentato come un usuraio dall'aria furbastra, all'angolo di una strada». L'impressione è rafforzata da un [articolo](#) comparso su *Le Monde* nel 2010 (in queste ore riproposto all'attenzione dell'opinione pubblica francese), in cui si ricorda la condanna di *Charlie Hebdo* per il licenziamento illegittimo del disegnatore Siné, colpevole di aver ironizzato sulla conversione di Jean Sarkozy all'ebraismo.

Dal punto di vista europeo, una particolare sensibilità verso i problemi legati all'antisemitismo è comprensibile su un piano storico e culturale. L'ebreo ha infatti rappresentato per secoli il "diverso" all'interno della società cristiana. La discriminazione antiebraica ha segnato la cultura europea nel modo più ignominioso. Shakespeare rappresenta Shylock in termini altamente caricaturali ed offensivi, e Lutero non ha parole gentili per l'ebreo falso e menzognero (si ne veda [Degli ebrei e le loro menzogne](#)). Per non parlare dell'orrore di ghetti sovraffollati, della secolare inferiorità giuridica in termini di diritti civili e politici, dell'*affaire* Dreyfus, e dell'incommensurabile dramma della Shoah. Senza dubbio, uno degli aspetti più vergognosi della storia europea: come guardarsi allo specchio e vedere il lato oscuro della propria cultura.

Come scrive Shlomo Sand, è quindi giusto che la società europea rifiuti, sia attraverso l'autolimitazione culturale responsabile, sia attraverso il divieto giuridico, la rappresentazione offensiva della religione ebraica. Quello che lui ed altri si chiedono è perché gli stessi limiti e la stessa attenzione non valgano per i discorsi chiaramente discriminatori rivolti ad altre minoranze religiose. Negli ultimi giorni, molti quotidiani ed esponenti politici europei (anche [italiani](#)) hanno gareggiato nel diffondere l'idea che equiparare l'Islam al terrorismo e all'assassinio, e descriverlo come l'espressione di una "civiltà inferiore", fosse segno di libertà, civiltà e coraggio civico, contro uno «stupido buonismo», [scrivono alcuni](#).

Mentre costoro pontificavano, in Francia, nelle ore immediatamente successive all'attentato a *Charlie Hebdo*, qualcuno appiccava il fuoco a due moschee e un chiosco-kebab. Seguendo il processo descritto da Teubner e Cyrulnik, gli slogan prendevano vita, bruciando, umiliando e ferendo. Non si può pensare che, in una "società democratica", a fronte di tali avvenimenti, regni la

più totale assenza di responsabilità, tanto a livello culturale, quanto politico e giuridico. In un sistema giuridico che ha scelto il modello della criminalizzazione, il reato di istigazione all'odio razziale e religioso deve valere anche quando l'offesa è diretta verso l'Islam, anche e soprattutto a fronte di una potente e diffusa retorica anti-islamica. E se si preferisce il modello dell'autolimitazione responsabile, un giornale che (legittimamente) non vuole ironizzare sulla conversione di qualcuno all'ebraismo dovrebbe capire che far passare tutti gli islamici per potenziali terroristi è altrettanto grave. Del resto, ricorda la Corte di Strasburgo, in caso di «tensione e di conflitto» bisogna evitare che i media diventino «un supporto alla diffusione di discorsi d'odio» ([Sürek e Özdemir c. Turchia](#), par. 63).

È appena il caso di ricordare l'importanza della presunzione di innocenza, che è un diritto fondamentale. Certo, nel meccanismo di personalizzazione tipica del fenomeno giuridico, tale diritto è tradizionalmente interpretato come ingerenza di un organo dello Stato (anche del governo, secondo la giurisprudenza di Strasburgo) nei diritti di uno o più individui determinati. Se però osserviamo il problema dalla prospettiva teubneriana per cui l'offesa può derivare da una «comunicazione» indistinta, per colpire vaste categorie d'individui, si può almeno dubitare della compatibilità con la «società democratica» di un dibattito pubblico in cui ogni musulmano è presentato come un potenziale criminale in ragione della sua fede, in una macabra riedizione di tristi principi lombrosiani sepolti da tempo (è [Ostellino, sulle colonne del Corriere della Sera](#), a evocare l'immagine di «lombrosiani criminali»).

Inoltre, il senso profondo della libertà d'espressione risiede nella tutela del debole che critica il potere. Tale visione è supportata dalla giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo ([Stoll c. Svizzera](#), par. 110; [Lingens c. Austria](#), par. 42). La libertà d'espressione deve essere rispettata a maggior ragione quando l'opinione comunicata riguarda un uomo politico (Ibid.) o un personaggio pubblico come il proprietario di una grande impresa ([Verlagsgruppe News GmbH c. Austria \(No. 2\)](#), par. 36). Inoltre, la Corte evidenzia come sia fondamentale che in una società democratica tale libertà possa essere esercitata nei confronti del governo ([Castells c. Spagna](#), par. 46; Sürek e Özdemir, cit. par. 60).

Per questo, se la stessa libertà è invocata dal giornalista influente o dal personaggio politico per mettere alla gogna una mi-

noranza religiosa, o, in generale, la categoria degli immigrati (cioè degli ultimi arrivati, dei più deboli), non solo tale comportamento non ha nulla di civico, ma bisogna allarmarsi, essere sospettosi. Nella maggior parte dei casi, si tratta infatti di una mera scusa per aggirare i limiti imposti dalla legge e le regole sociali della convivenza civile. Riempirsi la bocca di libertà politica per diffondere una visione razzista e discriminatoria del “prossimo” (per usare una terminologia biblica probabilmente ignorata da chi sventola la cristianità come bandiera identitaria) significa abusare di un diritto.

Allo stesso modo, bisogna sospettare di quei governi che, approfittando dell'onda emotiva prodotta dagli attentati, cercano di far passare riforme che riducono la libertà dell'individuo ed aumentano l'invasività dello Stato (seguendo un modo di procedere molto simile a quello descritto da Naomi Klein nel libro *Shock Doctrine*). In queste ore si parla per esempio di sospensione o modifica del trattato di Schengen, di vietare l'uso di applicazioni per *smartphone* come la celebre *WhatsApp* (perché non permette ai servizi di sicurezza di [leggere i messaggi privati dei cittadini](#)), e del potere delle autorità di polizia postale di [censurare un sito internet](#) senza dover chiedere l'autorizzazione del giudice. Inoltre, se fino a ieri si invocava con fierezza il baluardo del diritto all'oblio nei confronti di Google, anni di tensioni tra UE e USA in merito alla comunicazione di dati sensibili riguardanti i passeggeri di voli aerei [sembrano essere scomparsi nel nulla](#).

Che tutto ciò sia oggi giustificato in nome della tutela della libertà individuale e dei diritti umani deve far riflettere. In gioco c'è infatti la tutela di quella sfera privata dell'individuo che dovrebbe distinguere una democrazia dai regimi che democratici non sono. Sono i regimi liberticidi quelli in cui ogni aspetto della vita di un individuo ha rilevanza pubblica: in un regime totalitario, tutto è politica; in una teocrazia, tutto è religione. In una democrazia, invece, non siamo tenuti a diventare completamente trasparenti di fronte alla società e all'autorità pubblica. Non è un caso che l'idea di autonomia dell'individuo sottenda larga parte del sistema europeo di protezione dei diritti umani, e forse anche l'idea stessa di diritti fondamentali. Tali diritti hanno infatti lo scopo di permettere all'individuo sia di partecipare liberamente alla vita sociale, sia di isolarsi da essa quando lo ritenga opportuno (il diritto alla vita personale presuppone per esempio il diritto di stringere dei rapporti, ma anche il diritto alla privacy).

Eppure, oggi, nel nome della lotta al terrorismo, qualcuno vorrebbe fare di noi delle case di vetro che rimandano come un'eco gli slogan razzisti della maggioranza, spacciati per una coraggiosa manifestazione di libertà d'espressione. Riflettiamoci.

18 gennaio 2015

L'attivazione della clausola UE di mutua assistenza a seguito degli attacchi terroristici del 13 novembre 2015 in Francia

ANTONINO ALÌ (*)

L'invocazione della clausola contenuta nell'art. 42, par. 7, TUE.

Nel [discorso](#) del 16 novembre 2015 al Parlamento riunito in seduta comune il Presidente francese Hollande esordiva:

«La France est en guerre. Les actes commis vendredi soir à Paris et près du Stade de France, sont des actes de guerre. Ils ont fait au moins 129 morts et de nombreux blessés. Ils constituent une agression contre notre pays, contre ses valeurs, contre sa jeunesse, contre son mode de vie».

Nel considerare gli attentati terroristici avvenuti a Parigi il 13 novembre “atti di guerra” e una “aggressione”, il Presidente francese comunicava di aver chiesto al Ministro della Difesa di attivare i suoi colleghi europei a norma dell'articolo 42., par. 7, del Trattato sull'Unione europea («J'ai demandé au ministre de la Défense de saisir dès demain ses homologues européens au titre de l'article 42-7 du traité de l'Union qui prévoit que lorsqu'un Etat est agressé, tous les Etats membres doivent lui apporter solidarité face à cette agression car l'ennemi n'est pas un ennemi de la France, c'est un ennemi de l'Europe») (v. il commento di [Dickinson](#) e di [Anthony Dworkin](#)).

Secondo l'articolo in esame, «Qualora uno Stato membro subisca un'aggressione armata nel suo territorio, gli altri Stati

(*) Università di Trento.

membri sono tenuti a prestargli aiuto e assistenza con tutti i mezzi in loro possesso, in conformità dell'[articolo 51](#) della Carta delle Nazioni Unite. Ciò non pregiudica il carattere specifico della politica di sicurezza e di difesa di taluni Stati membri.

Gli impegni e la cooperazione in questo settore rimangono conformi agli impegni assunti nell'ambito dell'Organizzazione del Trattato del Nord-Atlantico (NATO) che resta, per gli Stati che ne sono membri, il fondamento della loro difesa collettiva e l'istanza di attuazione della stessa».

La richiesta di solidarietà formulata dal Presidente francese veniva così sollecitata il [17 novembre](#) dal Ministro della Difesa Le Drian in occasione della riunione del "Consiglio difesa". Il Consiglio affari esteri nella composizione dei Ministri della Difesa degli Stati membri UE esprimeva all'unanimità «forte sostegno e piena disponibilità a fornire tutto l'[aiuto e assistenza](#) richiesto e necessario».

In maniera simile a quanto avvenuto all'indomani degli attacchi dell'11 settembre 2001, quando, a seguito di colloqui tra gli USA e gli Stati membri NATO, il [2 ottobre 2001](#), fu attivata per la prima volta la [clausola di difesa collettiva](#) contenuta nell'[art. 5 del Trattato di Washington](#), viene oggi richiesta l'applicazione della clausola di mutua assistenza contenuta nell'art. 42, par. 7, TUE, che rappresenta una delle novità introdotte dal Trattato di Lisbona nel campo della Politica estera di sicurezza e difesa comune dell'Unione europea (PESDC).

Nella [conferenza stampa](#) successiva alla [riunione del "Consiglio difesa"](#) l'Alto rappresentante Mogherini precisava alcuni punti in relazione alla novità determinata dall'attivazione della clausola e, in particolare, che: l'art. 42, par. 7, non avrebbe richiesto alcuna decisione formale da parte degli Stati membri o del Consiglio; l'azione non avrebbe implicato la creazione di una missione dell'Unione europea; non vi sarebbe stato bisogno di ulteriori formalità; e, infine, l'attivazione dell'art. 42, par. 7, non avrebbe implicato missioni o operazioni dell'Unione europea nel campo della politica di sicurezza e di difesa comune PSDC. Veniva, infine, precisato che l'aiuto e l'assistenza richiesti dalla Francia sarebbero stati prestati a seguito di accordi bilaterali e che l'UE, eventualmente, avrebbe potuto facilitare e coordinare l'azione se ciò fosse stato considerato utile e necessario (sull'eventuale coinvolgimento dell'Unione europea, esclusa dalla lettera dell'art. 42, par. 7, e su un eventuale ricorso alla clausola di flessibilità dell'art. 352 TFUE, v. [Tosato](#)).

A conferma di quanto affermato dall'Alto rappresentante, il Ministro della Difesa francese sottolineava che l'invocazione della clausola dell'art. 42, par. 7, costituiva «un atto politico di grande portata», che avrebbe consentito di dare luogo a discussioni bilaterali e al coordinamento necessario per tradurre questo impegno in azioni degli Stati membri UE.

L'attivazione dell'articolo in esame può consentire alcune brevi osservazioni.

L'art. 42, par. 7: una “novità” del Trattato di Lisbona.

La clausola è stata attivata nel corso di una riunione degli Stati membri tenutasi in occasione di una sessione del Consiglio. Come è stato segnalato, tanto nella conferenza stampa quanto nei primi commenti (v. [Parlamento europeo](#) e [Hillion-Blockmans](#)) emerge che la discussione tra gli Stati membri UE riguardo all'attivazione della clausola è avvenuta casualmente in occasione del “Consiglio difesa”. L'art. 42, par. 7, non richiede, infatti, particolari formalità poiché nessun atto formale è richiesto dal Consiglio. Essendo già programmata una riunione del Consiglio affari esteri nella formazione dei Ministri della Difesa, si è ritenuto che i suoi componenti potessero discutere dell'attivazione della clausola in quella sede. L'attivazione della clausola, peraltro, non presuppone necessariamente una richiesta dello Stato attaccato (anche se può presumersi che l'iniziativa dello Stato aggredito avvierà la discussione tra gli Stati membri).

La natura e il contenuto della disposizione sono comprensibili in considerazione delle ragioni che hanno portato alla sua inclusione nel Trattato di Lisbona. È noto che, nonostante alcune obiezioni sollevate nell'ambito dei lavori della Convenzione europea che aveva preparato la bozza di “trattato costituzionale” (v. i par. 61-63 della [Relazione finale](#) del Gruppo VIII “Difesa” del 16 dicembre 2002), la disposizione era già presente nell'art. I-41 del Trattato che adotta una Costituzione per l'Europa.

In questo senso, come viene da più parti [osservato](#), la formulazione del par. 7 tiene conto di un compromesso tra le posizioni di tre gruppi di Stati: quelli che miravano a un impegno di mutua assistenza sul piano militare; quelli “non allineati”; e, infine, quelli che ritenevano non accettabile la clausola in virtù dell'esistenza della difesa collettiva NATO e della necessità di non sminuirne la centralità del ruolo.

La considerazione di tali esigenze e la flessibilità propria della politica di difesa dell'UE emergono dalla formulazione

dell'art. 42, par. 7, TUE, che presenta una struttura singolare tale da distinguerlo sia dall'analoga disposizione del Trattato NATO (art. 5), sia da quella del Trattato UEO (v. *infra*).

Infatti, il Trattato di Lisbona, introducendo la clausola di mutua assistenza con il par. 7 dell'art. 42, tiene conto tanto del «carattere specifico della politica di sicurezza e difesa di taluni Stati membri», quanto della necessità che «gli impegni e la cooperazione in questo settore rimangono conformi agli impegni assunti nell'ambito dell'Organizzazione del trattato del Nord-Atlantico che resta, per gli Stati che ne sono membri, il fondamento della loro difesa collettiva e l'istanza di attuazione della stessa».

Benché, in prima battuta, l'invocazione della suddetta clausola richiami quella più nota contenente il principio fondante della NATO, la struttura del par. 7 dell'art. 42 riprende, quanto meno in parte, quella dell'art. V del Trattato di Bruxelles su cui si basava l'[Unione europea occidentale \(UEO\)](#) (Trattato di Bruxelles del 17 marzo 1948 modificato con l'Accordo di Parigi del 23 ottobre 1954). Secondo tale disposizione:

«If any of the High Contracting Parties should be the object of an armed attack in Europe, the other High Contracting Parties will, in accordance with the provisions of Article 51 of the Charter of the United Nations, afford the Party so attacked all the military and other aid and assistance in their power».

L'entrata in vigore del Trattato di Lisbona ha, di fatto, segnato la fine della UEO e comportato il “trasferimento” e l’“adattamento” della clausola nel Trattato UE.

Nel testo del par. 7 viene utilizzata l'espressione «aggressione armata» rispetto a quella di «attacco armato» del Trattato UEO (o dell'art. 5 NATO) e scompare l'aggettivo «militare», al fine di sottolineare che le misure di aiuto e di assistenza messe a disposizione da alcuni Stati membri neutrali potrebbero essere di carattere civile. È evidente che l'esplicito riferimento all'art. 51 della Carta delle Nazioni Unite tanto nell'art. 42, par. 7, TUE quanto nella parallela disposizione dell'art. V del Trattato di Bruxelles del 1948 non mancherà di riaprire il dibattito sulla configurabilità della legittima difesa in relazione ad attori non statali, questione ancora controversa in dottrina e in parte in giurisprudenza (tuttavia, quasi esclusivamente nelle opinioni dissenzienti; si pensi a quelle in relazione al parere della Corte internazionale di giustizia del 2004 sulle “[Conséquences juridiques de l'édification d'un mur dans le territoire palestinien occupé](#)” dei giudici [Higgins](#), [Kooijmans](#), [Buergenthal](#) e nel caso del

2005 “[Activités armées sur le territoire du Congo \(République démocratique du Congo c. Ouganda\)](#)” dei giudici [Kooijmans](#) e [Simma](#)), nonostante la dottrina e la giurisprudenza prevalente ritengano che l’art. 51 si applichi solo in relazione ad attacchi da parte di enti statali.

A tale proposito è interessante osservare che nel discorso del Presidente francese l’espressione “legittima difesa” non compare mai nell’intervento alle Camere riunite. L’invocazione dell’art. 51 è invece esplicita nelle lettere inviate l’[8 settembre 2015](#) al Segretario generale delle Nazioni unite e al Presidente del Consiglio di sicurezza, in cui la Francia comunica che: «In accordance with Article 51 of the Charter of the United Nations France has taken actions involving the participation of military aircraft in response to attacks carried out by ISIL from the territory of the Syrian Arab Republic» (v. in relazione agli interventi militari francesi in Siria questo [commento](#)).

Appare evidente, tuttavia, come sia l’Alto rappresentante UE sia il Ministro della Difesa francese abbiano precisato l’effettiva portata (c’è [chi](#) ha parlato di ridimensionamento) della clausola segnalandone gli effetti politici e solidaristici e allontanando dall’immaginario collettivo l’idea di un’Unione europea e dei suoi Stati membri “in guerra” con i mandanti degli attacchi di Parigi in forza di un automatismo giuridico.

La disposizione è, infatti, espressione di un principio fondamentale della politica estera e di sicurezza dell’Unione esplicitato nell’art. 24, par. 3, TUE, laddove si afferma che «gli Stati membri sostengono attivamente e senza riserve la politica estera e di sicurezza dell’Unione in uno spirito di lealtà e di solidarietà reciproca e rispettano l’azione dell’Unione in questo settore». Come è stato efficacemente notato ([Koutrakos](#), p. 70), in un campo come quello della politica estera dell’Unione «the obvious often needs to be stated» e, pertanto, è in questo contesto che va compresa la clausola di mutua assistenza. Non a caso si sottolinea che la clausola riveste un «forte significato politico, come espressione dell’esistenza di un principio di solidarietà tra gli Stati membri», ma «meno rilevante sul piano operativo» ([Adam – Tizzano](#), p. 838).

La competenza della Corte di giustizia è esclusa.

Sono in ogni caso gli Stati membri ad agire, non l’UE (e, quindi, le sue istituzioni). Quest’ultima – se richiesto – può semmai svolgere un ruolo di coordinamento o di facilitazione dei

contatti tra lo Stato attaccato e gli altri Stati membri dell'UE. La competenza della Corte di giustizia è esclusa in termini generali «per quanto riguarda le disposizioni relative alla politica estera e di sicurezza comune» e per «gli atti adottati in base a dette disposizioni» (v. art. 275 TFUE e art. 24, par. 1, TUE).

Le uniche deroghe in materia, infatti, sono quelle previste per l'impugnazione delle misure restrittive nei confronti di persone fisiche o giuridiche (nel campo della lotta al terrorismo e più in generale della PESC) e quelle previste dall'art. 40 TUE, in relazione ai poteri delle istituzioni. L'attuazione della politica estera e di sicurezza comune non può, infatti, incidere su «l'applicazione delle procedure e la rispettiva portata delle attribuzioni delle istituzioni» previste dai trattati per l'esercizio delle competenze dell'Unione di cui agli articoli da 3 a 6 del trattato sul funzionamento dell'Unione europea» e su quelle «previste dai trattati per l'esercizio delle competenze dell'Unione nel campo della PESC. Nel caso dell'art. 42, par. 7, in assenza di un coinvolgimento delle istituzioni dell'Unione, è difficile ipotizzare un intervento della Corte di giustizia in relazione all'attivazione della clausola, così come in riferimento alla concreta attuazione degli obblighi di solidarietà da parte degli Stati membri.

Dovrebbe pertanto escludersi anche la competenza della Corte in caso di una procedura di infrazione, sia in quella ad iniziativa della Commissione (art. 258 TFUE), che in quella ad iniziativa di uno Stato membro (art. 259 TFUE).

In particolare, in relazione a quest'ultima ipotesi, nonostante possa apparire alquanto improbabile, ci si può domandare se, a seguito del mancato rispetto degli impegni previsti di aiuto e assistenza da parte di uno Stato membro e in assenza della competenza della Corte a verificare dell'infrazione, potrebbe essere utilizzato un altro meccanismo di soluzione delle controversie a livello internazionale.

L'art. 344 TFUE (*ex* art. 292 TCE), in base al quale «gli Stati membri si impegnano a non sottoporre una controversia relativa all'interpretazione o all'applicazione dei trattati a un modo di composizione diverso da quelli previsti dal trattato stesso», sembrerebbe escluderlo. La Corte, in questo senso, nel [caso Mox](#), ha affermato che: «l'obbligo degli Stati membri, previsto dall'art. 292 CE, di ricorrere al sistema giurisdizionale comunitario e di rispettare la competenza esclusiva della Corte che ne costituisce un tratto fondamentale dev'essere inteso come manifestazione

specifica del loro più generale dovere di lealtà risultante dall'art. 10 CE» (par. 169).

Tuttavia, in questa ipotesi, come sopra evidenziato, una competenza della Corte è esclusa espressamente dai Trattati, mentre la *ratio* dell'art. 344 TFUE è assicurare la competenza esclusiva della Corte.

Sembrerebbe, pertanto, che gli Stati debbano egualmente impegnarsi a risolvere un'eventuale controversia per le vie diplomatiche evitando di utilizzare vie giurisdizionali esterne. Qualcuno potrebbe, invece, obiettare che potrebbe trattarsi di uno di quei (rari) casi in cui l'utilizzo di un meccanismo esterno all'ordinamento UE non genererebbe una violazione del diritto dell'Unione.

“Un'aggressione armata all'unanimità ...”

Gli Stati hanno ritenuto all'unanimità che i fatti di Parigi costituissero un'aggressione armata ai sensi dell'art. 42, par. 7, e che pertanto l'attivazione della clausola fosse possibile in considerazione della particolare gravità degli attacchi terroristici (v. [Tosato](#), Gestri e Dickinson).

L'aggressione è avvenuta in Francia da parte di individui che, in base alle prime ricostruzioni, risulterebbero in prevalenza di nazionalità francese e belga e alcuni dei quali avevano partecipato come *foreign fighters* al conflitto in Siria nelle file dello Stato islamico. In molti casi si trattava di quelli che, con un'espressione riassuntiva, vengono definiti nella risoluzione del Consiglio di sicurezza delle Nazioni unite n. [2178/2014](#) “*foreign terrorist fighters*” («individuals who travel to a State other than their States of residence or nationality for the purpose of the perpetration, planning, or preparation of, or participation in, terrorist acts or the providing or receiving of terrorist training, including in connection with armed conflict, and resolving to address this threat») o più correttamente degli *ex foreign terrorist fighters* (per un'analisi dei numerosi problemi giuridici in relazione al fenomeno dei *foreign fighters*, v. questo [Rapporto](#); sia, inoltre, consentito rinviare anche al [nostro](#) e, per quanto riguarda la definizione di FTF, a [Sossai](#)).

Gli attacchi terroristici di Parigi sono stati la prima manifestazione di rilievo del rientro in Europa di *foreign fighters* e cioè del fenomeno del c.d. *blowback*. La possibilità che determinati combattenti stranieri, dopo aver partecipato agli scontri in Siria ed aver partecipato alle ostilità con modalità terroristiche (*rec-*

tius violando il principio di distinzione tra civili e militari e commettendo altre violazioni del diritto internazionale umanitario che in tempo di pace verrebbero qualificati come atti di terrorismo), possano partecipare ad azioni terroristiche anche negli Stati di provenienza o impegnarsi in azioni di proselitismo, ha destato forte preoccupazione (per un'analisi del fenomeno del *blowback* nel contesto di altri conflitti, v. [De Roy Van Zuijdewijn, Bakker](#)).

Occorre, inoltre, tenere presente che una settimana dopo i fatti di Parigi del 13 novembre, il Consiglio di sicurezza con la risoluzione n. [2249\(2015\)](#) del 20 novembre 2015, condannando tanto gli attentati di Parigi quanto quelli avvenuti il 26 giugno 2015 a Sousse, ad Ankara il 10 ottobre 2015, il 31 ottobre 2015 nel Sinai, il 12 novembre a Beirut e le altre azioni terroristiche, affermava che erano stati commessi dallo Stato islamico («attacks perpetrated by ISIL also known as Da'esh»). Per tutti questi motivi e per i «continued gross, systematic and widespread abuses of human rights and violations of humanitarian law» il Consiglio di sicurezza, rafforzando ulteriormente quanto già affermato nelle risoluzioni [2170 \(2014\)](#), [2178 \(2014\)](#) and [2199 \(2015\)](#), definiva lo «Stato islamico» «a global and unprecedented threat to international peace and security».

Le risposte degli Stati membri dell'Unione europea a «una aggressione armata».

Le scelte degli Stati sono apparse fin dall'inizio diverse. Pur in presenza di un obbligo di «aiuto e di assistenza» per gli Stati membri rispetto allo Stato attaccato, le modalità e le forme dell'esercizio di questa attività ricadono nelle scelte discrezionali degli Stati membri in considerazione dello *status* di Paese neutrale, ma anche di scelte politiche squisitamente interne. La scelta dei mezzi è stata (e sarà) il frutto degli accordi bilaterali tra la Francia e i singoli Stati membri. Si è sottolineato a tale proposito che, da un lato, lo Stato richiedente non può decidere in via unilaterale le misure e, dall'altro, gli altri Stati non possono sollevare «[irragionevoli dinieghi](#)» e pertanto le modalità e le forme vanno negoziate in buona fede (v. [Tosato](#) e [Gestri](#)).

Per quanto è possibile conoscere, il Ministro della Difesa francese ha finora richiesto un'effettiva solidarietà da realizzare sotto forma o di cooperazione alle operazioni militari in Siria e Iraq o di supplenza rispetto all'attuale coinvolgimento della Francia in altri contesti (v., ad esempio, quello nel Mali o nel Li-

bano).

In questo senso si può ben ritenere che la posizione italiana, contraria a un intervento diretto nel conflitto siriano, non sia incompatibile con gli obblighi previsti dal 42, par. 7. L'adempimento dell'obbligo di assistenza potrebbe, ad esempio, manifestarsi nelle forme di un supporto/sostituzione delle truppe francesi impegnate in altri contesti. Si può forse obiettare che possono esserci forme di aiuto e di assistenza di diversa intensità, ma è l'art. 42, par. 7, a lasciare volutamente aperte le modalità di attuazione senza che sia pregiudicato lo spirito di solidarietà europeo. Semmai, la prudenza italiana rispetto ad un intervento in Siria è giustificata dai discutibili risultati dell'"intervento umanitario" in Libia.

Peraltro, anche in considerazione del fatto che nell'art. 42, par. 7, viene sottolineato che, in caso di aggressione armata ad uno Stato membri, gli altri «sono tenuti a prestargli aiuto e assistenza con tutti i mezzi in loro possesso, in conformità dell'articolo 51 della Carta delle Nazioni Unite», lo spettro dei mezzi utilizzabili nel quadro della solidarietà europea è limitato a quegli strumenti che sono compatibili con il principio della legittima difesa incorporato nell'art. 51 della Carta delle Nazioni Unite (CNU). L'aiuto e l'assistenza da parte degli Stati membri dovrebbe pertanto necessariamente rispettare i limiti e le condizioni proprie per l'esercizio della legittima difesa. Colla conseguenza che uno Stato membro dell'Unione potrebbe legittimamente rigettare una richiesta di supporto che in qualche modo violi l'art. 51 della CNU.

Certo è che, al di là dei parallelismi testuali e delle vicende che hanno condotto all'adozione dell'art. 42, par. 7 TUE, l'invocazione della clausola da parte della Francia riecheggia l'attivazione della clausola di assistenza *ex art.* 5 del Trattato NATO a seguito degli attacchi terroristici subiti dagli USA l'11 settembre 2001.

Perché non l'art. V del Trattato NATO?

Le ragioni del mancato utilizzo dell'art. V NATO sono probabilmente diverse. Esse hanno spinto la Francia a non invocare la clausola "più pesante" e di carattere squisitamente militare rispetto a quella più aperta dell'art. 42, par. 7.

In base all'art. 5 NATO:

«The Parties agree that an armed attack against one or more of them in Europe or North America shall be considered an at-

tack against them all and consequently they agree that, if such an armed attack occurs, each of them, in exercise of the right of individual or collective self-defence recognised by Article 51 of the Charter of the United Nations, will assist the Party or Parties so attacked by taking forthwith, individually and in concert with the other Parties, such action as it deems necessary, including the use of armed force, to restore and maintain the security of the North Atlantic area.

Any such armed attack and all measures taken as a result thereof shall immediately be reported to the Security Council. Such measures shall be terminated when the Security Council has taken the measures necessary to restore and maintain international peace and security».

Un primo apprezzamento riguarda l'intensità degli attacchi in Francia rispetto al precedente caso dell'11/9. I fatti francesi, pur nella loro drammaticità, non hanno assunto forse un livello tale da poter essere configurati come attacco armato ai sensi del Trattato NATO (non è mancata ovviamente la condanna nelle parole del Segretario generale della NATO, v. [qui](#) e [qui](#)). Ci si può chiedere in questo senso se la soglia di innesco da un punto di vista politico dell'art. V NATO e del 42, par. 7 TUE sia diverso.

Per le ragioni sopra espresse (coinvolgimento di "*ex foreign fighters*"), si può ritenere che non abbia pesato negativamente che gli attacchi siano stati compiuti da cittadini in prevalenza francesi su territorio francese. Potrebbe aggiungersi anche che un mese prima ad Ankara in Turchia (altro Stato membro della NATO) si era verificato un attacco terroristico di proporzioni analoghe a quello francese (v. a tale riguardo la [condanna](#) del Segretario generale della NATO) e anche in quella occasione le manifestazioni di solidarietà degli Stati NATO non avevano "superato l'asticella" dell'attivazione della clausola di mutua assistenza.

Tra le varie opzioni sul tavolo, la Francia ha così scelto di richiedere l'attivazione della clausola contenuta nell'art. 42, par. 7, fermo restando che, come è sottolineato nel par. 7, comma 2, gli impegni e la cooperazione non solo non pregiudicano il Trattato NATO (l'espressione «rimangono conformi» può intendersi nel senso che vadano attuati conformemente a quelli NATO), ma che quest'ultimo accordo continua a rivestire per i suoi membri «il fondamento della loro difesa collettiva e l'istanza di attuazione della stessa».

Per inciso, giova segnalare che quando nei giorni successivi ai fatti di Parigi la Francia ha bombardato delle postazioni dell'esercito islamico a Raqqa, la selezione dei *targets*, secondo quanto ricavabile dalle fonti giornalistiche, è avvenuta sulla base delle indicazioni offerte dagli Stati Uniti d'America, dotati sul campo di una maggiore capacità di *intelligence*. Si tratta di un segnale abbastanza evidente di quanto la politica di difesa dei Paesi UE non possa prescindere da una qualche forma di [raccordo o coordinamento](#) con gli alleati "pesanti" della Nato, *in primis* gli Stati Uniti, e non ultimi il Regno Unito e la Germania. Sotto alcuni aspetti, pertanto, il ruolo della NATO, o quanto meno di alcuni dei suoi membri, non potrà non avere un impatto sulle modalità delle risposte operative. Non a caso è stato evidenziato correttamente che alla riunione del "Consiglio di difesa" era presente il segretario dell'Alleanza Stoltenberg (v. [Gestri](#)).

In linea teorica, poi, non si può escludere l'attivazione contemporanea tanto della clausola NATO che di quella UE (v. [1](#)). Sul piano operativo, nonostante che in questo caso la clausola di mutua assistenza NATO non sia stata attivata, la reazione degli Stati sembra sempre più delinearsi nelle forme di un intervento di tipo ibrido con il coinvolgimento di Stati membri UE/Stati membri Nato (*extra UE*).

Perché non l'art. 222 TFUE?

Accanto alla clausola di difesa reciproca dell'art. 42, par. 7, TUE, l'art. 222 TFUE contiene una "clausola di solidarietà" inserita nel Titolo sull'Azione esterna UE.

Si tratta di un articolo che prevede espressamente un intervento solidale dell'Unione e dei suoi Stati membri in caso di attacco terroristico. L'introduzione di tale clausola, a poco più di un anno dagli attacchi dell'11 settembre, era stata raccomandata nel gruppo VIII «Difesa» della Convenzione europea ([CONV 461/02](#)), per far fronte alle nuove minacce del terrorismo internazionale e al possibile utilizzo di armi di distruzione di massa da parte di gruppi terroristici. Successivamente all'abbandono del processo di ratifica del "Trattato sulla Costituzione in Europa", l'art. I-43 contenente la clausola di solidarietà e l'art. III-329 sull'attuazione della stessa sono stati accorpati senza modifiche nell'attuale testo dell'art. 222 TFUE.

Già dalla rubrica dell'art. 222 emerge la finalità solidaristica della disposizione. In particolare il par. 1 dell'articolo dispone

che:

«L'Unione e gli Stati membri agiscono congiuntamente in uno spirito di solidarietà qualora uno Stato membro sia oggetto di un attacco terroristico o sia vittima di una calamità naturale o provocata dall'uomo. L'Unione mobilita tutti gli strumenti di cui dispone, inclusi i mezzi militari messi a sua disposizione dagli Stati membri, per:

- a) - prevenire la minaccia terroristica sul territorio degli Stati membri;
- proteggere le istituzioni democratiche e la popolazione civile da un eventuale attacco terroristico;
- prestare assistenza a uno Stato membro sul suo territorio, su richiesta delle sue autorità politiche, in caso di attacco terroristico»

Il par. 2 prosegue:

«Se uno Stato membro subisce un attacco terroristico o è vittima di una calamità naturale o provocata dall'uomo, gli altri Stati membri, *su richiesta* delle sue autorità politiche, gli prestano assistenza. A tal fine gli Stati membri si coordinano in sede di Consiglio».

Il contesto normativo non era particolarmente favorevole ad un utilizzo della clausola di cui all'art. 222 TFUE per una serie di ragioni, *in primis* per il fatto che in base all'art. 4, par. 2, TUE, l'Unione «[...] rispetta le funzioni essenziali dello Stato, in particolare le funzioni di salvaguardia dell'integrità territoriale, di mantenimento dell'ordine pubblico e di tutela della sicurezza nazionale. In particolare, la sicurezza nazionale resta di esclusiva competenza di ciascuno Stato membro». L'azione dell'UE in questo campo è sempre sussidiaria, a seguito di una richiesta esplicita dello Stato attaccato.

Le opzioni delineate dall'art. 222 sono due. La prima (par. 1) prevede un intervento congiunto dell'Unione e degli Stati membri e la mobilitazione degli strumenti di cui dispone l'Unione e di eventuali mezzi militari messi a disposizione dagli Stati. Nella seconda (par. 2) è prevista un'azione degli Stati membri innescata dalla necessaria richiesta dello Stato membro e un coordinamento di carattere procedurale all'interno del Consiglio.

Si tratta, già a prima vista, di un'ipotesi diversa da quella riscontrabile nella clausola dell'art. 42, par. 7, TUE che non prevede una forma di coordinamento in seno al Consiglio. Come è già stato ricordato, quest'ultima è stata casualmente attivata in occasione del "Consiglio difesa", ma le modalità di coordina-

mento tra gli Stati stanno avvenendo su base bilaterale all'esterno del contesto istituzionale UE.

Nonostante non venga esplicitato nel par. 1, anche in questa ipotesi è necessaria per l'attivazione della clausola una richiesta di assistenza da parte dello Stato membro interessato. Può forse ipotizzarsi l'ipotesi limite che, in caso di manifesto impedimento delle autorità politiche di uno Stato membro attaccato, l'Unione e gli Stati membri intervengano in via autonoma in soccorso dello Stato.

Ai sensi, infatti, dell'art. 4 della decisione del Consiglio ([2014/415/UE](#)), del 24 giugno 2014, relativa all'attuazione della clausola di solidarietà di cui all'art. 222 TFUE da parte dell'Unione (v. art. 222, par. 3, TFUE), in caso di attacco terroristico lo Stato membro interessato può invocare la clausola di solidarietà se, dopo essersi avvalso delle possibilità offerte dai mezzi e dagli strumenti esistenti a livello nazionale e dell'Unione, ritiene che la crisi oltrepassi chiaramente le capacità di risposta di cui dispone».

Si tratta, evidentemente, di situazioni eccezionali in cui, a motivo della portata e degli effetti dell'azione, lo Stato non riesce a fronteggiare un attacco terroristico (nei casi peggiori un attacco nucleare, batteriologico o chimico) e la risposta può essere conseguita meglio a livello di Unione. In questo quadro va dunque letta la clausola dell'art. 222 TFUE, che può essere attivata in casi eccezionali quando lo Stato in difficoltà ritenga «che la crisi oltrepassi chiaramente le capacità di risposta di cui dispone» (art. 4 della decisione).

Non si può escludere in questa prospettiva l'utilizzo simultaneo delle due clausole di cui all'art. 42, par. 7, TUE e all'art. 222 TFUE, soprattutto in relazione ad episodi estremi di terrorismo. È evidente ormai da tempo che un attacco terroristico possa coinvolgere tanto aspetti concernenti la difesa quanto la sicurezza interna ed esterna.

Non si dimentichi, tuttavia, che anche l'art. 222 TFUE, così come il 42, par. 7, tengono conto delle differenti sensibilità degli Stati membri rispetto alle questioni relative alle questioni di PESDC. Non a caso la dichiarazione n. 37 relativa all'articolo 222 del trattato sul funzionamento dell'Unione europea afferma che «Fatte salve le misure adottate dall'Unione per assolvere agli obblighi di solidarietà nei confronti di uno Stato membro che sia oggetto di un attacco terroristico o sia vittima di una calamità naturale o provocata dall'uomo, si intende che nessuna delle dispo-

sizioni dell'articolo 222 pregiudica il diritto di un altro Stato membro di scegliere i mezzi più appropriati per assolvere ai suoi obblighi di solidarietà nei confronti dello Stato membro in questione».

È di fondamentale importanza ricordare che all'art. 2, par. 2, della decisione si sottolinea che la decisione «non comporta implicazioni nel settore della difesa». Questo principio è ribadito anche nel considerando 13, ove si afferma che «se una crisi richiede un intervento di pertinenza della PESC o della PSDC, la relativa decisione dovrebbe essere presa dal Consiglio in conformità delle pertinenti disposizioni dei trattati». Più correttamente si sarebbe dovuto aggiungere «dal Consiglio o dagli Stati membri», per ribadire la possibilità prevista dall'art. 42, par. 7. Tuttavia, è vero che il successivo considerando 14 sottolinea che «la presente decisione lascia impregiudicato l'articolo 42, paragrafo 7, del trattato sull'Unione europea».

In ultima analisi, può ritenersi che l'utilizzo dell'art. 222 TFUE avrebbe rimarcato ulteriormente una situazione emergenziale e quindi le difficoltà dello Stato francese a far fronte alle minacce terroristiche sul piano interno. Non si dimentichi, a tale riguardo, che a seguito degli attacchi, la Francia ha decretato lo stato d'emergenza e ha [comunicato](#) una serie di misure in deroga agli obblighi CEDU (*ex art. 15 della Convenzione*).

In ogni caso, l'aiuto richiesto dalla Francia è apparso fin dagli inizi di tipo prevalentemente esterno. Non convince perciò la tesi che la scelta della Francia sia stata conseguenza della natura intergovernativa dell'art. 42, par. 7, e dell'esclusione della competenza della Corte di giustizia, quasi come se le due clausole fossero alternative (una più internazionale e una più comunitaria). La Francia ha chiesto principalmente aiuto in relazione alla lotta ai mandanti degli attacchi di Parigi e, quindi, come già sottolineato, un aiuto diretto nel contesto siriano/iracheno o in via indiretta in altri contesti. In questo senso la scelta dell'art. 42, par. 7, è parsa la più opportuna. Ci si può semmai domandare se l'utilizzo combinato delle due clausole avrebbe potuto fornire maggior aiuto e supporto, ma la Francia ha ritenuto non sussistessero gli estremi per una richiesta di aiuto sul piano interno.

I riflessi dell'invocazione della clausola di mutua assistenza nell'ordinamento giuridico dell'UE.

Potrebbe infine prospettarsi un possibile utilizzo indiretto dell'attivazione della clausola di mutua assistenza nel campo

dell'Unione economica e monetaria (UEM).

È apparso subito abbastanza evidente che gli attacchi in Francia avrebbero potuto avere un impatto significativo di medio periodo sull'economia e quindi sul prodotto interno lordo della Francia e di altri Stati membri (v. il Belgio), ad esempio, per la diminuzione del turismo o per un aumento delle spese pubbliche nel campo della sicurezza.

Ci si può domandare, ad esempio, se, nel corso di un'eventuale procedura per lo sfioramento dei conti pubblici (procedura per disavanzi eccessivi *ex art.* 126 TFUE e regolamento del [1467/97](#) (parte del Patto di stabilità e crescita), emendato dal regolamento [1177/2011](#)), la Commissione e il Consiglio in sede di verifica del rispetto dei parametri potrebbero valutare «eccezionale e temporaneo il superamento degli Stati che siano in grado di provare che le difficoltà economiche hanno un legame diretto con l'aggressione» (v. art. 126, par. 2, lett. a)).

Ai sensi dell'art. 2 del regolamento 1467/97, «il superamento del valore di riferimento per il disavanzo pubblico è considerato eccezionale e temporaneo [...] qualora sia determinato da un evento inconsueto non soggetto al controllo dello Stato membro interessato ed abbia rilevanti ripercussioni sulla situazione finanziaria della pubblica amministrazione [...]». La Commissione e il Consiglio, pertanto, nel valutare e decidere sull'esistenza di un disavanzo eccessivo, potrebbero mostrare una maggiore prudenza in relazione alla situazione di particolare emergenza sul piano della sicurezza interna in alcuni Stati.

A tale riguardo, la Commissione nelle [parole](#) del suo Presidente ha affermato che le spese antiterrorismo “sono straordinarie” e in quanto tali devono trovare un trattamento “straordinario” da parte dell'UE nell'ambito del “patto di Stabilità”. Nella [riunione](#) dell'Eurogruppo del 23 novembre, inoltre, la Francia (così come il Belgio) ha [affermato](#) di volere aumentare le spese per la sicurezza interna, i controlli delle frontiere e la giustizia e che l'Unione avrebbe dovuto prendere in considerazione questi sforzi considerate le circostanze, pur assicurando il rispetto degli impegni relativi al bilancio per il 2016-2017.

21 dicembre 2015

Attentati di Parigi: la Francia deroga alla Convenzione europea dei diritti dell'uomo

EMANUELE SOMMARIO (*)

L'invocazione della clausola di mutua assistenza contenuta nei Trattati UE (commentata su questo blog da [Antonino Ali](#)) non è stata l'unica reazione giuridica sul piano internazionale posta in essere dallo Stato francese in risposta agli attentati di Parigi. Lo scorso 24 novembre, infatti, il governo francese ha [notificato](#) al Segretario generale del Consiglio d'Europa l'intenzione di derogare alla [Convenzione Europea dei Diritti dell'Uomo](#) (CEDU). Nel documento si sostiene che il paese si trovi ad affrontare una «minaccia terrorista durevole», tale da giustificare l'applicazione della [legge n° 55-385](#) del 3 aprile 1955, che disciplina l'istituto dello «stato d'urgenza». La legge conferisce considerevoli poteri all'esecutivo e alle autorità amministrative, considerati necessari per far fronte all'emergenza. Tuttavia, molte delle misure invocate potrebbero dar luogo a limitazioni nel godimento dei diritti individuali incompatibili con gli standard fissati dalla CEDU. Consapevole del rischio, il governo francese ha deciso di derogare al trattato.

La possibilità di derogare alla Convenzione è prevista dal suo art. 15 (si vedano, per tutti, i lavori di [Svensson-McCarthy](#) e [Ergec](#)). Questo permette agli Stati parte che debbano far fronte a una guerra o a un «altro pericolo pubblico che minacci la vita della nazione» di introdurre misure straordinarie per farvi fronte, a patto che esse siano necessarie e proporzionate al pericolo che si intende combattere. Non si potranno, tuttavia, adottare prov-

(*) Scuola Superiore Sant'Anna di Pisa.

vedimenti che contrastino con gli altri obblighi internazionali che vincolano lo Stato derogante, o che incidano sul godimento di alcuni diritti fondamentali, indicati come non derogabili al paragrafo 2 della disposizione (novero poi ampliato dai Protocolli 6, 7 e 13 alla CEDU). Inoltre, lo Stato che voglia avvalersi della clausola derogatoria deve informarne il Segretario generale del Consiglio d'Europa, attraverso una notifica che illustri «le misure prese e [i] motivi che le hanno determinate». Disposizioni simili sono rinvenibili in alcuni dei principali trattati internazionali che tutelano i diritti umani, quali il [Patto internazionale sui diritti civili e politici](#) (articolo 4, anch'esso [fatto valere dalla Francia](#)) o la [Convenzione americana sui diritti umani](#) (articolo 27).

Il presente post intende offrire una rapida disamina della deroga francese, valutandone (per quanto possibile) la conformità con gli obblighi sostanziali e procedurali che la CEDU impone agli Stati che ricorrano a tale istituto, alla luce della prassi degli organi di monitoraggio del trattato.

L'articolo 15 della CEDU e la nozione di “pericolo pubblico”

«Allorché lo Stato sia impegnato in una lotta per la vita o la morte, nessuno può esigere che esso rinunci a prendere delle misure d'emergenza straordinarie: *salus rei publicae suprema lex est*». Così si esprimeva il giudice Maridakis nel caso [Lawless c. Irlanda](#), in cui la Corte europea forniva la prima interpretazione della clausola derogatoria. Le circostanze attualmente prevalenti in Francia giustificano, dunque, il ricorso all'istituto?

Nella sentenza *Lawless*, la Corte stabilì che la nozione di *pericolo pubblico* dovesse riferirsi a una «situazione di crisi o emergenza eccezionale, che coinvolga l'intera popolazione e costituisca una minaccia alla vita organizzata della comunità che compone lo Stato» (par. 28). Qualche anno dopo, analizzando il ricorso portato da Danimarca, Norvegia, Svezia e Paesi Bassi contro la Grecia, dove una giunta militare aveva rovesciato il governo e dichiarato uno stato d'emergenza, fu la Commissione Europea per i diritti umani a tornare sulla definizione. Elaborando ulteriormente la descrizione della Corte, la Commissione stabilì che il pericolo pubblico dovesse 1) essere attuale o imminente; 2) avere ripercussioni sull'intera nazione; 3) minacciare il proseguimento della vita organizzata della comunità; e 4) essere eccezionale, nel senso che le misure e le restrizioni che la Convenzione permette di adottare per il mantenimento della sicurez-

za, della salute e dell'ordine pubblici, sarebbero chiaramente insufficienti a farvi fronte ([Rapporto della Commissione](#), par. 113). Parrebbe, dunque, che le condizioni necessarie per poter far ricorso alla deroga siano abbastanza stringenti, dovendo il pericolo pubblico avere natura eccezionale e coinvolgere la comunità statale nella sua totalità, minacciandone il regolare funzionamento.

Eppure, Commissione e Corte quasi mai hanno eccepito la decisione di uno Stato derogante di qualificare una data situazione come *pericolo pubblico eccezionale* (unica eccezione, il parere della Commissione nel succitato caso greco, par. 124-125). Anche situazioni di disordini generalizzati ma geograficamente localizzati (quali ad esempio le [manifestazioni violente](#) che hanno infiammato la capitale armena Yerevan dopo le elezioni presidenziali del 2008) hanno dato origine a deroghe la cui legittimità non è stata contestata dagli organi di Strasburgo. L'atteggiamento indulgente della Corte è in gran parte dovuto alla deferenza dell'organismo dinnanzi a decisioni gravi, prese sulla base di informazioni limitate e in gran parte non pubblicamente accessibili. Non a caso, agli Stati è sempre stato concesso un *ampio margine d'apprezzamento*, sia rispetto alla decisione di imporre uno stato d'emergenza, sia riguardo alla scelta delle misure eccezionali necessarie a farvi fronte ([Irlanda c. Regno Unito](#), par. 207. In dottrina v. [Sapienza](#), in particolare le pp. 575-586. Per una critica all'adozione della teoria del margine d'apprezzamento, si rimanda a [Gross e Aolain](#)).

Anche nella propria sentenza più recente in merito ([A et al. c. Regno Unito](#)), vertente sulle misure restrittive della libertà personale introdotte dal Regno Unito all'indomani degli attacchi dell'11 settembre 2001, la Corte ha decretato la liceità del ricorso alla deroga da parte dello Stato convenuto (v. Cataldi, "Art. 15" in [Bartole et al.](#), pp. 562-564). Si noti che, nel caso di specie, al momento della notifica della decisione di derogare (intervenuta il [18 dicembre 2001](#)) lo Stato convenuto non era ancora stato oggetto di alcun attacco diretto, circostanza che purtroppo si verificò nel luglio del 2005. Ciò nonostante, la Corte sostenne che le autorità britanniche non potessero essere criticate per aver stabilito, sulla base delle informazioni disponibili, che sussistesse la reale possibilità di un imminente attacco terroristico contro il Regno Unito. Con particolare riferimento al requisito dell'imminenza del pericolo, la sentenza stabilisce chiaramente che le autorità non possono essere tenute ad attendere che il disa-

stro si manifesti prima di poter prendere provvedimenti adeguati, sottolineando altresì che lo scopo principale della clausola derogatoria è di consentire l'adozione di misure atte a proteggere la popolazione da rischi futuri (par. 177). Commentando una precedente sentenza della Camera dei Lords vertente sugli stessi fatti (*A and others v Secretary of State for the Home Department*, par. 97), la Corte sottolinea come nella propria prassi abbia adottato una lettura estensiva della disposizione, qualificando come pericolo pubblico anche situazioni in cui il funzionamento delle istituzioni non era messo gravemente a repentaglio (*A et al. c Regno Unito*, par. 179). Alla luce di questi precedenti, è facile immaginare che la situazione attualmente presente in Francia verrebbe considerata come ricadente nell'orbita applicativa dell'articolo 15 CEDU.

Preoccupazioni sono anche state espresse circa [l'estensione temporale](#) che lo stato d'emergenza – e, con esso, i poteri eccezionali dell'esecutivo – potrebbero avere. La temporaneità pare in effetti essere caratteristica implicita di ogni fenomeno emergenziale. Lo stesso Comitato per i diritti umani ha ribadito che «[m]easures derogating from the provisions of the Covenant must be of an exceptional and temporary nature» ([General Comment N. 29](#), par 2). Quando, tuttavia, la situazione di pericolo è legata al fenomeno terroristico, risulta pressoché impossibile prevedere quale possa essere la durata delle misure emergenziali necessarie a farvi fronte. Di nuovo, la prassi CEDU propone esempi di deroghe rimaste in vigore quasi ininterrottamente per periodi assai lunghi. Il Regno Unito, ad esempio, ha presentato notifiche di deroga che coprivano i periodi dal 1957 al 1984 e dal 1988 al 2001, giustificandole alla luce delle attività terroristiche dell'IRA in Irlanda del Nord. Dal canto suo, la Turchia ha derogato alla Convenzione per arginare l'attività degli indipendentisti curdi dal 1990 al 2002 (dati estrapolati dal [sito dell'ufficio trattati](#) del Consiglio d'Europa). In nessuno dei due casi la durata dello stato d'emergenza è stata censurata dalla corte di Strasburgo, che ha però sottolineato la propria volontà di tenere conto del fattore tempo nel valutare la necessità e la proporzionalità delle misure adottate in deroga (*Brannigan e McBride c. Regno Unito*, par. 43). In Francia, lo stato d'urgenza è stato dichiarato il 14 novembre 2015, e [prolungato di tre mesi](#) il 20 novembre, attraverso un voto a larghissima maggioranza del parlamento. Allo stato attuale, il provvedimento dovrebbe esaurire i propri effetti il 26 febbraio 2016 (salve [ulteriori proroghe](#)).

La liceità delle misure eccezionali adottate

È opportuno domandarsi se i provvedimenti emergenziali adottati dal governo francese siano quelli strettamente richiesti dalla situazione. La valutazione non è semplice, da un lato perché l'applicazione delle misure è lasciata al ministro degli interni e ai prefetti, che possono scegliere se avvalersene o meno, dall'altro perché – in linea teorica – l'utilizzo di alcune misure può essere calibrato in modo tale da non risultare incompatibile con il dettato convenzionale. Non risulta in effetti nemmeno chiaro quali dei diritti sanciti dalla Convenzione la Francia intenda sospendere. Qualche indicazione può trarsi dalla notifica inoltrata per derogare al Patto per i diritti civili e politici, atto in cui in cui le autorità francesi hanno specificato che le misure adottabili potrebbero comportare delle deroghe agli articoli 9 (diritto alla libertà personale), 12 (diritto alla libertà movimento) e 17 (diritto al rispetto della privacy, della vita familiare, della corrispondenza e del domicilio) del Patto.

Senza dubbio, fra le [prerogative potenzialmente azionabili](#) ve ne sono diverse capaci di incidere in maniera profonda sul godimento di alcune libertà fondamentali: gli arresti domiciliari, il soggiorno obbligato, il divieto di riunioni pubbliche e la possibilità di ordinare la chiusura di locali pubblici, l'imposizione del coprifuoco, la chiusura di siti internet, il sequestro di armi (anche quando detenute legalmente), per citarne alcune. A rendere ancor più penetranti questi poteri è la circostanza che molti di essi possono esercitarsi [senza previa autorizzazione dell'autorità giudiziaria](#), con ovvio pregiudizio al pieno rispetto dello stato di diritto.

Fra le misure introdotte figura, ad esempio, la possibilità di imporre l'obbligo di dimora presso un'abitazione individuata dalle autorità, corredato da un divieto di allontanarsi dall'abitazione per un periodo fino a 12 ore. Tale provvedimento può essere preso nei confronti di qualsiasi individuo per il quale vi siano ragioni serie di ritenere che il suo comportamento costituisca una minaccia alla sicurezza e all'ordine pubblico (Legge n° 55-385, art. 6). Non è previsto l'intervento di un giudice per adottare la misura, non si richiede di individuare una fattispecie criminosa ascrivibile al sospettato, né si definisce cosa debba intendersi per "comportamento". Difficilmente un provvedimento del genere potrebbe trovare giustificazione ai sensi dell'art. 2, IV Protocollo della CEDU (diritto alla libertà di movimento), specie

alla luce del requisito che impone che una norma che limita i diritti sanciti dalla Convenzione sia formulata con sufficiente precisione da permettere al cittadino di regolare la propria condotta, permettendogli di prevedere le conseguenze che possono derivare da una determinata azione ([Sunday Times c. Regno Unito](#), par 49).

Parte del giudizio sulla proporzionalità delle misure adottate verte inoltre sulle modalità che ne definiscono l'esercizio. Rispetto alla situazione francese, dubbi derivano dal fatto che le misure emergenziali sono state [impiegate contro soggetti](#) che non appartengono ai gruppi terroristici la cui attività ha reso necessaria la deroga. Pare dunque lecito chiedersi se un utilizzo indiscriminato di tali prerogative sia compatibile con i dettami dell'art. 15, non essendo esse dirette a eradicare la minaccia terrorista che ha dato adito all'invocazione dello stato d'emergenza.

Lo scrutinio della Corte Europea e la riserva francese all'articolo 15

Non è ancora dato sapere se e quando la Corte di Strasburgo sarà chiamata a pronunciarsi circa la compatibilità della condotta francese rispetto agli obblighi imposti dalla CEDU. Ciò potrebbe avvenire attraverso un ricorso interstatale (art. 33 della Convenzione, che tuttavia viene azionato assai di rado) o tramite un ricorso individuale (art. 34). Nella seconda ipotesi, le condizioni di ricevibilità prevedono il previo esaurimento dei ricorsi interni. In Francia, sia il [Consiglio di Stato](#) (supremo organo amministrativo) sia il [Consiglio costituzionale](#) si sono già espressi a favore della legalità di alcuni dei provvedimenti eccezionali introdotti dal governo. Pertanto, l'eventualità che i giudici di Strasburgo vengano investiti della questione non appare del tutto remota.

Qualora ciò dovesse verificarsi, sarà interessante osservare quale peso la Corte conferirà alla [riserva](#) che la Francia ha apposto all'art. 15 al momento della ratifica della CEDU (v. [Pellet](#), pp. 1358-1365). La riserva ha un duplice proposito. Il primo è di ricondurre l'ambito d'applicazione della clausola derogatoria a quello della legislazione emergenziale francese (sia di rango costituzionale che ordinario). In altri termini, le condizioni fattuali necessarie affinché le autorità francesi possano introdurre misure emergenziali sarebbero *ipso facto* da intendersi come rientranti fra quelle che giustificano il ricorso alla deroga. Se chiamata a pronunciarsi sulla legittimità della deroga francese, la Corte dovrebbe dunque assumere come valide le considerazioni del go-

verno convenuto. Come evidenziato in precedenza, i giudici di Strasburgo attribuiscono agli Stati ampia discrezionalità nello stabilire quali situazioni possano essere qualificate come «pericolo pubblico eccezionale». Inoltre, i testi legislativi francesi dovrebbero trovare applicazione unicamente in situazioni di estrema gravità, che con ogni probabilità sarebbero considerate dalla Corte europea compatibili con quelle contemplate dall'art. 15. Resta il fatto che la riserva non si riferisce a uno degli articoli sostanziali della Convenzione, ma va invece ad intaccare l'efficacia dell'opera di monitoraggio della Corte. Secondo autorevoli studiosi, una riserva che pregiudicasse il funzionamento del meccanismo di garanzia collettiva della Convenzione risulterebbe quasi certamente contraria all'oggetto e allo scopo della stessa, e sarebbe pertanto inammissibile (v. [van Dijk e van Hoof](#), pp. 780-782).

La seconda parte della riserva verte sul principio di proporzionalità nell'adozione delle misure derogatorie sancito dall'art. 15, sostenendo che esso «*shall not restrict the power of the President of the Republic to take the measures required by the circumstances*». Trattasi di un tentativo di subordinare in maniera generica gli obblighi imposti dalla CEDU alle decisioni del Presidente francese, e pertanto difficilmente compatibile con l'oggetto e lo scopo del trattato (e, con ogni probabilità, con lo stesso articolo 57 della CEDU, che vieta riserve di carattere generale). La Corte, che in sede di contenzioso ha competenza a valutare l'effetto giuridico delle riserve apposte dagli Stati, potrebbe dunque decretarne l'invalidità e, in linea con la propria giurisprudenza pregressa (v. per tutti, [Belilos c. Svizzera](#)), considerarla come non apposta (v. [Conforti e Svensson-McCarthy](#), pp. 231-4 e 322).

Sempre rispetto al tema della riserva, suscitano perplessità le modifiche apportate (e quelle che [saranno apportate](#)) ai testi legislativi nazionali che regolano i poteri emergenziali. Tali leggi vengono espressamente richiamate nel testo della riserva francese e dovrebbero fungere da parametri di valutazione del contegno dello Stato. Come noto, l'art. 57 della CEDU prevede la possibilità di «formulare una riserva riguardo a una determinata disposizione della Convenzione, nella misura in cui una legge *in quel momento in vigore* sul suo territorio non sia conforme a tale disposizione» (enfasi nostra). Se – come pare – l'effetto delle modifiche di legge francesi fosse di ampliare i poteri emergenziali dell'esecutivo, appare difficile sostenere che tali poteri pos-

sano sfuggire al controllo della Corte perché assorbiti dalla riserva, atteso che non erano ancora in vigore al momento in cui essa fu formulata (v. [Harris et al](#), p. 25 e le conclusioni della Corte in [Fischer c. Austria](#), par. 41)

Conclusioni

La possibilità di sospendere alcuni diritti attraverso il ricorso alla deroga costituisce disposizione centrale nell'architettura della Convenzione. Parrebbe irragionevole privare uno Stato alle prese con una situazione di crisi eccezionale della possibilità di sottrarsi temporaneamente ad alcuni dei propri obblighi per debellare il pericolo che lo minaccia. Non va, tuttavia, mai dimenticato che la ragione ultima alla base della possibilità di deroga è la tutela della democrazia e, con essa, dello stato di diritto. In altri termini, la deroga è lecita solo nella misura in cui risulti funzionale ad assicurare un ritorno alla normalità e il pieno godimento dei diritti umani. In quest'ottica, il controllo di legalità effettuato dagli organi internazionali di monitoraggio appare decisivo. Sono infatti le situazioni di crisi quelle in cui i diritti individuali sono a maggior rischio di essere violati, e che richiedono dunque uno scrutinio più attento da parte degli organi giurisdizionali. Da questa prospettiva, la decisione della Corte europea di lasciare agli Stati un ampio margine d'apprezzamento nello stabilire quali siano le misure necessarie a superare la crisi appare difficilmente giustificabile, configurandosi quasi come una rinuncia al proprio compito di controllo (Harris et al, p. 842). Tanto più che, in una situazione come quella in esame, in cui la minaccia alla sicurezza pubblica sembra provenire da fuori dai confini nazionali, il conferimento di una discrezionalità ampia alle autorità di un singolo Stato non ha forse più ragion d'essere (v. [De Sena](#), p. 237). C'è dunque da augurarsi che, nei prossimi mesi, i giudici francesi svolgano in maniera attenta il proprio ruolo di scrutinio, evitando che possano verificarsi abusi nell'utilizzo dei poteri emergenziali, e scongiurando nel contempo la possibilità di ricorsi a giurisdizioni sovranazionali.

11 gennaio 2016

Oltre l'esegesi della Risoluzione 2249

ENRICO MILANO (*)

L'efferatezza degli attacchi terroristici di Parigi, lo sdegno provocato nell'opinione pubblica, l'immediata e ferma reazione da parte dello Stato colpito e l'unanime solidarietà espressa dalla comunità internazionale hanno riportato alla mente di tutti, perlomeno nel mondo occidentale, gli eventi del 11 settembre 2001 (si vedano i commenti già apparsi su questo blog di [Alì](#) e [Sommario](#)). Come allora, anche oggi, il Consiglio di sicurezza delle Nazioni Unite ha presto veicolato la forte riprovazione della comunità internazionale, adottando all'unanimità la [risoluzione](#) 2249, in cui ha condannato gli attacchi terroristici compiuti dall'ISIS e ha invitato gli Stati ad adottare tutte le misure necessarie per coordinarsi, contrastare e sradicare il Califfato islamico. Nel giro di poche settimane, la risoluzione è stata diffusamente commentata nella blogosfera specialistica (si vedano in particolare [Akande e Milanović](#) e [Weller](#)) e in riviste in formato elettronico ([Hilpold](#) e [Martin](#)), lasciando ben pochi spazi per ulteriori sforzi esegetici del testo. Pertanto il presente contributo non va letto come ulteriore (tardivo) commento alla risoluzione in esame, ma solamente da quest'ultima prende spunto, per interrogarsi brevemente su alcune questioni giuridiche che emergono dalla risoluzione stessa e dalle prassi precedenti e successive alla sua adozione e che investono in particolare l'evoluzione della nozione di legittima difesa nel diritto internazionale, in particolare il suo incardinamento nel sistema di sicurezza collettiva delle Nazioni Unite.

Partiamo dunque dalla risoluzione 2249. Due paiono essere i punti fermi cui è giunto il dibattito tra i commentatori. Il primo è che la risoluzione, ancorché caratterizzata da notevole "ambigui-

* Università di Verona

tà costruttiva”, non autorizza il ricorso all’uso della forza armata ai sensi del Cap. VII della Carta, fornendo una base giuridica per l’intervento militare contro l’ISIS. Ciò nonostante l’“esortazione” rivolta agli Stati ad adottare tutte le misure necessarie per “sradicare” il porto franco stabilito dall’ISIS sui territori di Iraq e Siria e nonostante la determinazione *ex art. 39* della Carta dell’esistenza di una «global and unprecedented threat to international peace and security» rappresentata dallo Stato dell’Iraq e del Levante. L’“autorizzazione” ai sensi dell’art. 42 è semplicemente assente e, sotto questo profilo, il dato testuale è incontrovertibile, nonostante il chiaro e convinto appoggio politico che il Consiglio esprime nei confronti di tutte le azioni, militari e non militari, intraprese nei confronti del Califfato. Il secondo punto è che la risoluzione non pregiudica le diverse posizioni giuridiche assunte dagli Stati intervenuti militarmente in Siria e in Iraq, semplicemente richiedendo che tali azioni avvengano «in compliance with international law, in particular the United Nations Charter» (in questo senso si veda anche Picone, “L’insostenibile leggerezza dell’art. 51 della Carta ONU”, in *Rivista di diritto internazionale*, 2016, p. 1 ss., a pp. 27-28, in corso di pubblicazione). Ricordiamo che gli interventi militari di contrasto all’ISIS sui territori iracheno e siriano si sono fino ad oggi asseritamente fondati sull’invito del Governo iracheno (intervento in Iraq di una Coalizione multinazionale coordinata dagli Stati Uniti), sull’esercizio della legittima difesa collettiva *ex art. 51* (intervento in Siria da parte della medesima Coalizione su richiesta del Governo iracheno, a fronte dell’incapacità del governo siriano di neutralizzare gli attacchi originanti dal suo territorio), sull’invito da parte del Governo siriano (intervento russo in Siria) e sulla legittima difesa individuale (azioni aeree intraprese dalla Francia successivamente agli attacchi di Parigi). Con la risoluzione adottata, il Consiglio di sicurezza non muta il quadro giuridico di riferimento in cui operano le diverse operazioni militari appena menzionate, né, tanto meno, le limita o condiziona; anzi, “esorta” gli Stati a raddoppiare i propri sforzi per contrastare l’ISIS.

A modo di vedere di chi scrive, la prassi legata all’intervento anti-ISIS e la risoluzione 2249 si inseriscono in un solco già ben delineatosi negli ultimi dieci anni, in particolare nel contesto dell’azione internazionale di contrasto al fenomeno terroristico di matrice fondamentalista islamica. Da una parte, pur mancando un espresso riferimento all’art. 51 della Carta delle Nazioni Uni-

te (riferimento invece presente nel preambolo della [risoluzione](#) 1368 adottata il giorno dopo gli attacchi del 11 settembre 2001), la risoluzione consolida la tendenza in atto dal 2001 a riconoscere l'estensione del diritto di legittima difesa, previsto all'art. 51 della Carta, agli attacchi armati portati dai c.d. attori non-statali (tendenza che chi scrive ha avuto modo di ricostruire in altra [sede](#)). L'art. 51 è stato espressamente richiamato dalla Francia, dalla Gran Bretagna e dagli Stati Uniti durante la [riunione](#) del Consiglio di sicurezza del 20 novembre 2015 e nei giorni immediatamente successivi agli attacchi di Parigi; ed era stato invocato dallo stesso Governo iracheno nel suo invito rivolto alla Coalizione per fermare l'avanzata dell'ISIS sul suo territorio e per colpire le basi situate in territorio siriano, ben prima degli attacchi di Parigi. Rimangono sullo sfondo alcuni elementi contrastanti: in particolare, il [parere](#) della Corte internazionale di giustizia sulla *Liceità del muro in Palestina* in cui la Corte ha limitato l'applicabilità del diritto di legittima difesa ai rapporti interstatali (si vedano sul punto Alì e [Gradoni](#), questo blog) – interpretazione invero contestata da autorevoli giudici e comunque resa in un momento in cui la prassi era ancora ad uno stadio embrionale –; e la tendenza di alcuni Stati a non qualificare chiaramente le proprie azioni di risposta militare come azioni in legittima difesa, in particolare quando tali risposte paiono assumere i connotati di vere e proprie rappresaglie armate (si veda, per ultima, l'[azione](#) militare turca contro il Califfato in risposta agli attacchi terroristici di Istanbul del 12 gennaio 2016). Tuttavia, la prassi interpretativa dell'art. 51, come noto agevolata dal dato testuale, ma anche dalla collocazione dell'articolo all'interno del Cap. VII, è oggi ormai consolidata, diffusa a vari settori della comunità internazionale e, soprattutto, non osteggiata. E la dottrina maggioritaria, perlomeno fuori dall'Italia, pur correttamente individuando diversi aspetti critici legati *all'esercizio* della legittima difesa sul territorio di Stati sovrani e al rischio di abusi insito in una *war on terror* giustificata sulla base della legittima difesa, sembra anch'essa oggi orientata in questo senso (sulla ricostruzione della dottrina in materia si rinvia a [Milano](#) e [Hilpold](#)). La stessa dottrina italiana, con poche eccezioni ancora piuttosto "prudente" sull'estensione della legittima difesa agli attacchi armati portati da attori non statali, pare accettare che questa possa trovare applicazione quando l'attacco sia portato da un'organizzazione territoriale organizzata ([Cannizzaro](#), in particolare pp. 345-348) ovvero quando proven-

ga da un territorio su cui il governo dello Stato non è in grado di esercitare la propria autorità di governo ([Tanzi](#), pp. 441-442), circostanze entrambe realizzate nel caso dell'ISIS. Anche chi avversa il ricorso alla legittima difesa come modello ricostruttivo dell'azione militare internazionale contro l'ISIS, ritenendo che questa debba essere inquadrata piuttosto nelle reazioni collettive alle violazioni gravi di obblighi *erga omnes*, conferma l'evoluzione dell'istituto della legittima difesa nel senso sopra delineato (Picone, cit., p. 18).

Un aspetto meno dibattuto nei commenti apparsi fino ad oggi è quello della condizione sospensiva all'esercizio del diritto alla legittima difesa prevista dall'art. 51 della Carta, che riconosce il diritto degli Stati a difendersi fintantoché il Consiglio di sicurezza non abbia adottato le misure necessarie al fine di mantenere o ristabilire la pace e la sicurezza internazionale. Diventa logico chiedersi se, con l'approvazione della risoluzione 2249, il Consiglio non abbia effettivamente adottato tutte le misure necessarie per ristabilire la pace e la sicurezza internazionale e se, pertanto, gli Stati non siano tenuti a sospendere le proprie azioni armate contro l'ISIS. La risposta è senz'altro negativa. Di fatto, con la risoluzione 2249 il Consiglio *non ha adottato alcuna misura ai sensi del Cap. VII*, se non un mero invito rivolto agli Stati che non pare rientrare né nelle raccomandazioni previste dall'art. 39 (sulla cui natura si rimanda a [Conforti, Focarelli](#), p. 255), né in generale nelle misure *ex Cap. VII* a cui fa riferimento l'art. 51. La risposta è confortata dal dato sostanziale: come abbiamo già avuto modo di osservare, il Consiglio non interviene per stabilire e definire strumenti di contrasto all'ISIS, ma implicitamente riconosce la diversità di interventi militari e di posizioni giuridiche assunte e concede un avallo politico. Analogamente a quanto avvenuto con la reazione agli attacchi del 11 settembre 2001 e con le sanzioni nei confronti di Al-Qaeda, il Consiglio di sicurezza ha invece adottato, sia prima, sia dopo gli attacchi di Parigi, delle misure restrittive e sanzionatorie nei confronti dei leader e degli afferenti al Califfato, chiaramente riconducibili ai poteri previsti dall'art. 41 della Carta (si veda per esempio la [ris. 2253](#) del 17 dicembre 2015). Sul piano teorico, dunque, si porrebbe il problema di capire se la legittima difesa debba essere terminata in conseguenza di tali misure. Se ci si limitasse a una lettura formalistica e testuale della Carta, la risposta dovrebbe essere positiva. In realtà, lo si vuole ripetere, l'art. 51 si colloca all'interno del Cap. VII e il suo concreto operare norma-

tivo va valutato all'interno delle dinamiche di funzionamento del sistema di sicurezza collettiva incardinato sulla competenza e sui poteri del Consiglio di sicurezza. Maggiore sarà l'assunzione della "responsabilità principale" in materia di mantenimento della pace e della sicurezza internazionale da parte del Consiglio, ivi inclusa la direzione e il coordinamento da parte del Consiglio delle misure implicanti l'uso della forza armata, minore lo spazio per interventi unilaterali o collettivi in legittima difesa. Nessuno Stato, durante i tanti dibattiti tenutisi in seno al Consiglio sulla risposta all'ISIS, ha invocato la condizione prevista all'art. 51 per chiedere l'interruzione delle operazioni militari contro l'ISIS. Più in generale, in tutta la vicenda relativa alla gestione della crisi siriana, è noto come gli interessi geopolitici individuali, in particolare dei membri permanenti, abbiano ancora una volta prevalso sull'esigenza di adottare delle misure efficaci di mantenimento della pace e come il Consiglio di sicurezza si sia ridotto a mero foro multilaterale in cui sono state concordate misure, peraltro minimali rispetto alla tragedia in corso, di assistenza umanitaria alla popolazione e di contrasto al Califfato. Con la [risoluzione](#) 2249, non solo il Consiglio di sicurezza non ha limitato l'esercizio alla legittima difesa, addirittura ha invitato tutti gli Stati a continuare e raddoppiare i propri sforzi, anche ai fini di un coordinamento collettivo (ad essi "delegato"). Parrà una tautologia, ma il sistema normativo della sicurezza collettiva prevista dalla Carta opera...quando funziona! Non può darsi illiceità di un intervento in legittima difesa condizionato dalla competenza e dai poteri in capo al Consiglio di sicurezza, quando questi poteri non vengano esercitati; in altre parole, una limitazione in capo agli Stati alla possibilità di esercitare la legittima difesa, ulteriore rispetto a quella prevista dal diritto internazionale generale, non può essere presunta, ma deve essere resa operativa in maniera esplicita dal Consiglio di sicurezza stesso.

Come il Consiglio di sicurezza non è intervenuto per limitare gli interventi militari esterni giustificati sulla base della legittima difesa, così non è intervenuto per condannare o limitare gli interventi su invito del governo legittimo. Non sfuggirà al lettore che sia l'intervento russo in Siria, sia l'intervento della Coalizione in Iraq, sono diretti e coordinati da due membri permanenti del Consiglio di sicurezza e che, quindi, sarebbe utopistico attendersi una condanna da parte dello stesso organo in cui questi due Stati, come noto, detengono un potere di veto. Ma non si vuole in questa sede ribadire l'ovvietà della *Realpolitik*; piuttosto si

vuole far notare come, ancora una volta, l'intervento su invito del governo legittimo di uno Stato non abbia trovato opposizione di carattere giuridico, nemmeno quando il governo non era in grado di controllare importanti fette di territorio e aveva perso legittimità agli occhi di ampi settori della comunità internazionale. Viene dunque confermata la tendenza, emersa anch'essa negli ultimi quindici anni (si veda, con specifico riferimento al conflitto in Mali, [Tancredi](#)) a non considerare illecito l'intervento esterno su invito a sostegno del governo dello Stato che si trovi coinvolto in un conflitto civile con forze ribelli organizzate. Ciò nonostante il divieto di assistenza militare contenuto nella nota [risoluzione](#) di Wiesbaden, adottata dall'*Institut de droit international* nel 1975, sul principio di non-intervento nei conflitti civili, che non pare più corrispondere alla realtà del diritto internazionale odierno.

In conclusione, ci pare di poter affermare che la risoluzione 2249, così come la prassi di intervento in Siria e in Iraq dell'ultimo anno e mezzo, rafforza la tendenza ad ampliare i margini interpretativi delle giustificazioni giuridiche a sostegno di interventi militari unilaterali, o multilateralmente coordinati, al di fuori del sistema di sicurezza collettivo delle Nazioni Unite; per contro il sistema designato dalla Carta delle Nazioni Unite diventa sempre meno efficace per quanto concerne l'impiego della forza armata, con un Consiglio di sicurezza spettatore non disinteressato delle politiche di potenza dei propri membri permanenti. Al fine di comprendere le ragioni e le dinamiche profonde dell'operare del diritto internazionale in una crisi complessa come quella siriana, diventa quindi utile richiamare il contributo di Picone (in particolare gli scritti dedicati al contrasto all'ISIS, tra i quali [quello](#) apparso sul presente blog e quelli [pubblicati](#), o in corso di pubblicazione, nella *Rivista di diritto internazionale*). L'autore, come noto agli addetti ai lavori, ha da tempo individuato e articolato un doppio circuito di funzionamento delle dinamiche normative internazionali sull'uso della forza, uno "onusiano" e uno, sostitutivo e sussidiario, fondato sul diritto internazionale generale, in particolare sulle reazioni alle violazioni di obblighi *erga omnes*. Basti notare in questa sede che la dimensione militare del conflitto siriano e del contrasto a Daesh è oggi totalmente assorbita dal diritto internazionale generale e che la ricostruzione fondata sulle reazioni collettive alla violazione di obblighi *erga omnes* trova significativi riscontri, anche e precipuamente nella risoluzione 2249 che, come già

menzionato, parla nel preambolo di «global and unprecedented threat» e richiede un “raddoppio” degli sforzi degli Stati a coordinarsi nelle politiche di reazione. A modo di vedere di chi scrive, soprattutto se si qualificano l’esercizio del diritto alla legittima difesa individuale (Francia) e il diritto a richiedere l’assistenza militare esterna (Iraq e Siria) come le prerogative specifiche degli Stati “individualmente lesi” e «specially affected» dalle condotte in grave violazione di valori indivisibili della comunità internazionale; qualifica che non pare invisa allo stesso Picone (“L’insostenibile leggerezza dell’art. 51 della Carta ONU”, cit., spec. p. 30 e nota 64), nonostante la netta critica che l’autore avanza nei confronti del ricorso alle categorie della legittima difesa e dell’intervento su richiesta come fondamenti autonomi e “parcellizzati” agli interventi anti-ISIS.

2 marzo 2016

3

L'Unione europea e la crisi

- SUSANNA CAFARO Della legittimità del Programma OMT della BCE, per ora ... ovvero: le Conclusioni dell'Avvocato Generale Cruz Villalón nel caso *Gauweiler et alii c. Deutscher Bundestag*
- SALVATORE D'ACUNTO Vorrei ma è vietato. Note sul “*quantitative easing*”
- GIUSEPPE BIANCO L'Accordo di Londra del 1953 e la ristrutturazione del debito estero tedesco: alcune considerazioni (in)attuali
- MICHAEL IOANNIDIS How strict is “strict conditionality”? The New Eurozone Agreement on Greece
- SUSANNA CAFARO Caso *OMT*: la Corte giudica legittimo l'operato della BCE
- FRANCESCO MARTUCCI De l'arrêt *OMT* à la crise de la dette grecque: la BCE au secours de la zone EURO
- PASQUALE DE SENA E MASSIMO STARITA Fra stato di necessità ed (illecito) intervento economico: il terzo “*Bail Out*” della Grecia
- MARCO INGLESE Handle with care: the citizens' initiative on the Greek debt

Della legittimità del Programma
OMT della BCE, per ora ...
ovvero: le Conclusioni
dell'Avvocato Generale Cruz
Villalón nel caso *Gauweiler et alii*
c. Deutscher Bundestag

SUSANNA CAFARO (*)

Il caso *Gauweiler* è il primo rinvio pregiudiziale inoltrato dalla Corte costituzionale tedesca alla Corte di Giustizia dell'Unione europea ed è – anche solo per questo – destinato a fare storia.

È anche l'ultimo atto di un conflitto ideologico tra l'approccio più flessibile della BCE alla stabilità monetaria e una visione più rigida, dominante in Germania, che dalla dottrina economica tracima nelle politica e ha determinato in passato ripetuti avvertimenti della Corte costituzionale tedesca, dimissioni eccellenti e difficili equilibrismi della Corte di Giustizia (v. [caso Pringle](#)).

Secondo l'interpretazione pubblicamente promossa dal Presidente Draghi, la BCE ha ampia discrezionalità nell'interpretare il *mandato* affidatole dal Trattato a garantire la stabilità dei prezzi e nel fare “*whatever it takes*” per garantirla. In gravi momenti di crisi, la sopravvivenza della moneta e la stabilità finanziaria dell'area monetaria vanno perseguite anche mediante ricorso a

(*) Università del Salento.

misure straordinarie e non convenzionali di politica monetaria, in quanto precondizioni alla stabilità dei prezzi.

Diversa la posizione promossa dai ricorrenti nel caso *Gauweiler*, per la quale l'acquisto di titoli di debito pubblico di Paesi in crisi tende a configurarsi come un tentativo surrettizio di comunitarizzazione del debito pubblico, un'acquisizione da parte dell'istituto di emissione del ruolo di prestatore di ultima istanza – non previsto dai Trattati – ed un rischio di contagio delle crisi attraverso la politica monetaria europea. Tali paure, comprensibili ma solo in parte realistiche, portano la Corte costituzionale tedesca ad interrogarsi di nuovo sulla costituzionalità della partecipazione della Germania al processo di integrazione europea: una nuova puntata nella lunga saga che di pronuncia in pronuncia tiene con il fiato sospeso gli europei per questo diritto della Corte costituzionale tedesca di dire "l'ultima parola", favorita dalla possibilità di ricorso individuale alla Suprema Corte e dall'uso politico che se ne fa.

La legittimità del programma OMT proposto dalla BCE e la competenza di quest'ultima ad adottarlo non è solo contestata dai ricorrenti davanti alla Corte costituzionale tedesca, ma sembra affiorare anche come posizione della Corte stessa, nell'[ordinanza di rimessione](#).

Secondo la visione dominante in Germania, infatti, la stabilità dei prezzi vive nei rigidi confini della politica monetaria e ciò implica che si guardi con sospetto a misure – sia pure straordinarie – che ampliano il raggio d'azione dell'istituto di emissione alla finanza e all'intervento nella crisi dei debiti sovrani. Il Trattato, fortemente condizionato da tale approccio, fissava nel 1992 paletti rigorosi oggi giustamente in discussione. Era infatti ben lontano dallo spirito dell'intervento emergenziale e da una visione prospettica su possibili crisi future.

Rimettendo gli atti alla Corte di Giustizia, la Suprema Corte tedesca rinuncia ad esasperare il conflitto, pur sottolineandolo, ed affida alla Corte l'onere di trovare una composizione. Se è vero infatti che mettere in questione la validità di un atto dell'Unione e la competenza dell'istituzione che lo ha adottato impone la rimessione alla Corte di Giustizia come unico tribunale competente a pronunciarsi, la Corte costituzionale tedesca lascia intendere che rimane aperta un'altra strada – su cui si tornerà in seguito – cioè esprimersi sulla compatibilità della Legge fondamentale tedesca con la partecipazione all'Unione. Quest'ultima possibilità – definita come «difficoltà funzionale»

(punti 30 ss.) – preoccupa non poco l'avvocato generale, che sollecita una presa di posizione della Corte.

Le conclusioni dell'avvocato generale Cruz Villalón sono un esercizio di composizione del conflitto impegnativo e piuttosto riuscito ed un'utile traccia che la Corte di Giustizia potrebbe seguire. Il condizionale merita di essere sottolineato, visto che vi è stato un fraintendimento diffuso sulla portata dell'atto, che non condiziona in alcun modo l'esito finale del procedimento che porterà ad una sentenza della Corte.

Ma perché il programma OMT della Banca centrale europea solleva tanti problemi? Procediamo con ordine.

Il 6 settembre 2012 – in piena crisi dei debiti sovrani, con lo *spread* alle stelle e il timore di una frantumazione dell'unione monetaria – il Consiglio direttivo della BCE deliberava il varo del programma noto come OMT (*Outright Monetary Transactions*), ovvero operazioni definitive monetarie, di fatto operazioni di acquisto, potenzialmente illimitato, di titoli di debito pubblico di Paesi dell'area euro in difficoltà, pronte a scattare in caso di richiesta da parte degli Stati.

Così spiegava l'operazione la stessa BCE nel [bollettino mensile del settembre 2012](#): «Le O[MT] consentiranno all'Eurosistema di far fronte alle gravi distorsioni nei mercati dei titoli di Stato, originate in particolare dai timori infondati degli investitori sulla reversibilità dell'euro che si riflettono, fra l'altro, nei crescenti differenziali di prezzo dei titoli di Stato a breve termine fino a luglio 2012 [...]. In tale contesto, le O[MT] forniranno un meccanismo di sostegno del tutto efficace per scongiurare scenari nefasti, suscettibili di porre sfide potenzialmente impegnative per la stabilità dei prezzi nell'area dell'euro». L'accento posto sul carattere monetario della misura era d'altronde evidente nella denominazione.

Nel bollettino del mese successivo, in risposta ad una polemica già in atto, l'istituto di emissione si preoccupava poi di spiegare la legittimità del proprio intervento e specificamente la sua compatibilità con l'art. 123 del Trattato, che vieta il ricorso al finanziamento monetario del debito pubblico. Certo, l'acquisto dei titoli sul mercato secondario può sembrare un modo fin troppo semplice per aggirare tale divieto, tuttavia l'argomento sostanziale impiegato dalla Banca è la non contraddizione con lo spirito della norma stessa, finalizzata a evitare deviazioni “politiche” dall'obiettivo, come eventuali compromessi sull'indipendenza della BCE stessa o l'allentamento della disci-

plina di bilancio da parte degli Stati (ovvero il facile ricorso all'emissione di titoli di debito).

Precisava la BCE che tale non sarebbe stato il caso, sia garantendo la sterilizzazione dell'intervento dalle possibili conseguenze sull'inflazione sia promettendo che non avrebbe fatto sconti agli Stati sulla disciplina di bilancio, garantita da una stretta condizionalità, non gestita direttamente dalla BCE, ma piuttosto dai governi stessi associando strettamente il Meccanismo europeo di stabilità ad ogni intervento.

Tuttavia, la natura della misura, la sua atipicità, la sua dubbia compatibilità con la lettera del trattato e la natura potenzialmente illimitata dell'intervento, aggiunte all'effetto-sorpresa, erano tali da rinfocolare le peggiori paure tedesche, e poco importa che la funzione del programma OMT si esaurisse all'epoca nell'effetto-annuncio – già di per sé sufficiente a ridurre lo *spread* – e la BCE non ne adottasse nemmeno la normativa di attuazione. Men che meno vi ricorreva.

Per questo motivo l'avvocato generale, dando seguito ad una serie di osservazioni presentate da Stati e istituzioni, si pone in prima battuta il problema dell'ammissibilità del rinvio: è possibile pronunciarsi sulla validità di un atto solo annunciato e non in grado dunque – perché inesistente – di produrre effetti giuridici vincolanti? All'esito di una serie di riflessioni concernenti il grado di determinazione delle caratteristiche del futuro programma, la pubblicazione in bollettino e la comunicazione in conferenza stampa nonché l'impatto sui mercati, tutti atti a vincolare l'istituzione a tenere fede agli impegni presi, la risposta è positiva, tanto più alla luce del fatto che «the ECB now includes communication among its key monetary policy tools» (punto 88).

Venendo al merito, alcuni passaggi logici delle conclusioni meritano di essere evidenziati perché tracciano il filo rosso della soluzione che l'avvocato generale ha suggerito alla Corte.

1) La BCE gode di ampia discrezionalità tecnica. Alla BCE è attribuita dal TFUE una chiara responsabilità ed una competenza esclusiva nella gestione della politica monetaria dell'Unione. Indubbiamente questa trova un limite nella specificazione dell'obiettivo da perseguire – la stabilità dei prezzi – ma, in ultima analisi, è alla BCE stessa che compete l'interpretazione e la definizione di questo obiettivo. Questa è operata dalla BCE adottando le decisioni relative agli «obiettivi monetari intermedi» (art.12 dello Statuto). Nello specifico tali atti sono la “strategia

di politica monetaria” del 13 ottobre 1998 ed il suo successivo emendamento (reperibili sul [sito della BCE](#)). I poteri conferiti alla BCE dunque, per quanto di natura tecnocratica e non politica sono di considerevole ampiezza quanto a discrezionalità tecnica. È vero che l'argomento sostenuto dai ricorrenti dinanzi alla Corte costituzionale tedesca mira ad iscrivere il programma OMT tra gli strumenti di politica economica anziché monetaria, e quindi al di fuori di tali poteri, ma misure di politica monetaria possano avere un impatto sulla politica economica e viceversa. In breve, il confine tra le due categorie è estremamente confuso e l'impiego di strumenti non convenzionali di politica monetaria, che sfuggono a precise classificazioni, contribuisce a renderlo tale. Né si può sottostimare la circostanza che la politica monetaria è in ultima analisi un pezzo della politica economica, tenuto distinto, anche un po' artificiosamente, per ragioni di competenza orizzontale (tra istituzioni dell'Unione) e verticale (tra Stati e Unione). I confini della politica monetaria sono quindi interpretati, anche alla luce di circostanze eccezionali, dalla BCE stessa. Nello specifico, le motivazioni addotte dalla BCE per l'adozione del programma OMT possono essere ritenute legittime e le sue valutazioni rispettate.

2) L'avvocato generale sceglie quindi di non avventurarsi sul terreno tecnico e consiglia ai giudici di non farlo: «The Courts, when reviewing the ECB's activity, must therefore avoid the risk of supplanting the Bank, by venturing into a highly technical terrain». E più oltre: «The intensity of judicial review [...] must be characterised by a considerable degree of caution» (punto 111). Tuttavia, non si esime dal rispondere ad alcuni argomenti offerti dai ricorrenti a sostegno della classificazione degli OMT come misure di politica economica, concernenti il ruolo che la BCE svolgerebbe nella gestione della condizionalità economica cui si lega il programma di risanamento, la sua capacità di scegliere quali Stati “aiutare”, e l'aggiramento di requisiti all'assistenza finanziaria posti da altri soggetti come il meccanismo europeo di stabilità.

3) Tra questi, ritiene solo il primo meritevole di una risposta approfondita, che si traduce nel suggerire un nuovo requisito tecnico per gli OMT, relativo alla gestione della condizionalità. Se è vero che la BCE si impegna ad acquistare titoli di debito di Stati in crisi solo se questi ultimi si sottopongono alla condizionalità imposta da un programma di assistenza finanziaria, per evitare fenomeni di *moral hazard* è opportuno che non sia la

BCE stessa a negoziare e gestire tale condizionalità. In altre parole, qualora fosse in corso il programma OMT nei confronti di uno Stato, la BCE dovrebbe fare un considerevole passo indietro rispetto al ruolo che normalmente svolge nell'ambito del MES (e come membro della Troika) per quanto attiene alla definizione e al monitoraggio dei programmi di risanamento economico.

4) Due ulteriori condizioni si impongono per la legittimità dell'intervento, per questa come per qualsiasi altra misura di politica monetaria non convenzionale: il rispetto del diritto primario dell'Unione (e dunque dei divieti posti dal Trattato) e il rispetto del principio di proporzionalità. Del primo abbiamo già scritto ([qui](#)) e non ci sembra che l'avvocato generale sollevi argomenti nuovi, indubbiamente tale rispetto si gioca sul filo dell'interpretazione e di una certa eccezionalità delle circostanze che la rende anche più flessibile di quanto sarebbe altrimenti. Particolarmente interessante è invece il suo argomentare sul principio di proporzionalità, che porta l'avvocato generale dritto ad un punto focale nella valutazione della legittimità dell'intervento della BCE: la sua *accountability*. Ad essa si impone infatti, come ad ogni istituzione dell'Unione, un obbligo di motivazione degli atti ed è in tale motivazione che essa dovrà dare conto, caso per caso, della necessità dell'intervento con riguardo alle specifiche circostanze, alla sua opportunità rispetto alle condizioni dei mercati e alla sua proporzionalità rispetto agli obiettivi attesi. Se il programma nel suo insieme appare già, sia pure sommariamente, motivato, è nella sua gestione concreta che tale requisito di legittimità troverà il suo banco di prova. Particolarmente importante, per rispondere ai pericoli paventati dai ricorrenti, sarà la proporzionalità e l'opportunità nell'assunzione del rischio.

5) Nell'ultima parte del documento, l'avvocato generale interviene ancora sulla compatibilità dell'intervento della BCE con il divieto di finanziamento monetario del debito posto dall'art. 123, che vieta l'acquisto diretto di titoli di debito pubblico e sul sostanziale aggiramento del divieto stesso attraverso l'acquisto sul mercato secondario. Indubbiamente tale intervento non è neutrale rispetto al mercato, atteso che ha l'obiettivo specifico di ridurre lo spread, ma deve esserlo nelle sue modalità di attuazione, consentendo comunque la formazione di un prezzo di mercato e rispettando lo spirito della norma, che consiste nel non incoraggiare gli stati ad indebitarsi maggiormente.

Quale pronostico è possibile formulare sui contenuti della fu-

tura sentenza della Corte?

È probabile che la Corte segua l'indirizzo dell'avvocato generale che, d'altronde, si muove sul filo dell'interpretazione dei Trattati, seguendo cautamente l'interpretazione datane dalla stessa BCE. È una scelta prudente che mira a dare copertura all'operato della BCE rafforzando al tempo stesso le garanzie di legittimità del suo operato. Laddove la Corte intervenisse su qualche sfumatura, accentuando con qualche pennellata i toni dell'*accountability* o acquerellando quelli della legittimità non ne cambierebbe la sostanza.

È anche possibile, sebbene meno probabile, che la Corte segua una via più facile: quella di ritenere il rinvio inammissibile per inesistenza dell'atto che si assume essere *ultra vires*. In questo caso la questione potrebbe sgonfiarsi rapidamente salvo riaffiorare, acuita, nel momento in cui la BCE decidesse veramente di ricorrere allo strumento adottando la normativa di attuazione. Una scelta che ci pare rischiosa (a meno che non si ritenga che la BCE non andrà mai fino in fondo con il programma OMT).

Ma la sentenza della Corte non concluderà la vicenda, poiché la palla passa a questo punto al Bundesverfassungsgericht, chiamato a rispondere nel merito ai ricorsi individuali applicando la sentenza della Corte. Tali ricorsi, come già detto, non si esauriscono nella contestazione di validità del programma OMT ma arrivano – come sempre – a toccare la legittimità costituzionale della partecipazione all'Unione.

Al di là delle argomentazioni sollevate dalle parti è poi quanto meno singolare che la Suprema Corte abbia scelto di riportare nel corpo dell'ordinanza – come diritto rilevante – la propria giurisprudenza, ricordando, in testa al paragrafo relativo, che «[t]he Federal Constitutional Court's powers of review cover the examination of whether acts of European institutions and agencies are based on manifest transgressions of powers [...] or affect the area of constitutional identity, which cannot be transferred» (par. 22). Proprio nel caso in cui la Corte di Giustizia facesse salvo il programma OMT, essa dunque manterrebbe un potere di valutare altrimenti, ritenendo violato il principio di attribuzione e minacciata l'identità costituzionale della Germania o anche semplicemente violata la competenza di bilancio del Parlamento tedesco. Ancora una volta, ci si ricorda che «[i]t is inevitable and due to the fact that in the European Union, Member States are invariably the masters of the Treaties, that constitutional and Union law perspectives do not completely match in the marginal cases

of possible transgressions of powers by institutions and other agencies of the European Union» (par. 26).

Si accontenterà la Corte costituzionale tedesca di aver fatto scattare un campanello di allarme sull'esuberanza della BCE? È del tutto improbabile che arrivi a mettere in discussione la partecipazione della Germania al processo di integrazione europea. È invece più che possibile che la sentenza *Gauweiler* si aggiunga alla già troppo lunga lista di sentenze in cui la Corte costituzionale tedesca ribadisce come l'intero processo di integrazione europea rimane appeso al filo del proprio *placet*.

18 gennaio 2015

Vorrei ma è vietato. Note sul “*quantitative easing*”

SALVATORE D'ACUNTO (*)

1. «Quantitative easing» è un'espressione pomposa sotto la quale si nasconde una tecnica di gestione della congiuntura vecchia e dai ben noti limiti. Una volta, prima che si affermasse l'imperante costume comunicativo secondo cui qualunque concetto diventa più «cool» se espresso in inglese o se racchiuso in un acronimo sconosciuto ai più, si chiamavano «operazioni di mercato aperto»: acquisti di titoli da parte dell'autorità monetaria finalizzati ad iniettare liquidità nel sistema economico. L'unica vera novità è che, stavolta, l'oggetto delle operazioni di acquisto da parte dell'autorità monetaria non è generico, bensì definito in dettaglio: obbligazioni del debito sovrano degli Stati membri dell'Unione economica e monetaria (UEM). L'obiettivo dell'intervento, come chiarito nel [Comunicato stampa della Banca centrale europea \(BCE\) del 22 gennaio 2015](#), consiste nell'abbassare i tassi di interesse, così da rendere meno costoso l'accesso al credito da parte di imprese e famiglie e sostenere in tal modo la domanda aggregata.

2. La domanda che in questi giorni tutti gli osservatori si pongono concerne gli effetti che tali operazioni potranno esercitare sulle principali variabili macroeconomiche, e più in particolare su reddito nazionale e tasso di disoccupazione. Qui il discorso sarebbe lungo, e quando i discorsi sugli effetti delle politiche economiche sono lunghi, diventano anche inevitabilmente infarciti di «se». Keynes ha chiarito ormai quasi un secolo fa che la politica monetaria è una tecnica di intervento sulle variabili macroeconomiche ad elevato grado di aleatorietà, perché il nesso che lega la variabile strumentale adoperata dall'autorità (la quan-

(*) Seconda Università degli Studi di Napoli.

tività di moneta in circolazione) e le variabili «obiettivo» (reddito, occupazione) è assai indiretto, e quindi incerto (Cfr. [Keynes](#), pp. 396-97 e 508-509). Perché funzioni, è necessario:

(a) che l'iniezione di liquidità produca effettivamente una caduta dei tassi di interesse sulle attività finanziarie oggetto dell'intervento (nel caso di specie i titoli del debito pubblico), e questo può non accadere se gli operatori hanno aspettative orientate al ribasso dei prezzi dei titoli e quindi hanno tutto l'interesse a trattenere la liquidità immessa nel sistema, piuttosto che usarla per acquistare titoli;

(b) che la (eventuale) caduta del tasso di interesse sulle attività finanziarie specificamente oggetto dell'intervento si trasmetta agli altri tassi di interesse (nel caso di specie, dai tassi sul debito pubblico ai tassi sul debito privato). Anche questa trasmissione può essere evidentemente ostacolata da aspettative negative circa l'andamento futuro del corso dei titoli in questione;

(c) che le (eventuali) cadute dei tassi sul debito pubblico e privato spingano settore pubblico, imprese e famiglie ad espandere la domanda di beni. Ovviamente la catena causativa può spezzarsi anche a questo stadio del meccanismo, se vincoli istituzionali o aspettative negative sull'andamento degli affari consigliano questi soggetti di soprassedere agli acquisti.

3. Come si vede, i «se» sono già molti, e ognuno dei lettori potrebbe provare a valutare quanto ritiene realistico il verificarsi delle condizioni da cui dipende l'efficacia dell'intervento. Io propongo, qui di seguito, solo qualche elemento conoscitivo che può essere di ausilio per orientarsi in tale valutazione.

Circa il punto (a), le aspettative prevalenti tra gli operatori finanziari (decisamente orientate al ribasso) rendono la situazione attuale molto simile a quella che Keynes avrebbe definito «trappola della liquidità» (Cfr. [D'Acunto](#), pp. 144-46): i detentori di titoli (in particolare le banche) si aspettano cadute dei relativi prezzi e quindi cercano di disfarsene. Se arriva sul mercato una banca centrale che se li vuole comprare, le banche sono evidentemente contente di venderli, ma non certo per comprarne altri e rimettere in circolo la liquidità acquisita. Quindi, se la BCE e le banche centrali nazionali scegliessero di compiere i loro acquisti sul mercato secondario, ci sono seri motivi per temere che la liquidità immessa nel circuito possa restare «intrappolata» nelle casse delle banche e degli altri gestori istituzionali di portafogli titoli.

Ovviamente l'autorità monetaria potrebbe aggirare il pro-

blema decidendo di acquistare titoli del debito pubblico di nuova emissione, piuttosto che operando sul mercato secondario. In tal modo essa potrebbe by-passare le banche e gli altri gestori di portafogli titoli e far pervenire direttamente la liquidità creata al settore pubblico. Purtroppo, questa strada sembra allo stato attuale preclusa alla BCE, stante l'esplicito divieto previsto dall'art. 123, par. 1, TFUE (sull'argomento, cfr. D'Acunto, Commento all'art. 123 TFUE, in [Tizzano](#), pp. 1317-22). Pertanto, in assenza di ulteriori «strappi» istituzionali che permettano alla BCE di aggirare tale divieto, appare chiaro che l'efficacia della trasmissione degli impulsi monetari ai soggetti di spesa appare legata in maniera cruciale alla fiducia (difficile dire quanto ben riposta) in un atteggiamento “sinergico” da parte delle banche e degli altri gestori di portafogli titoli.

Ma proviamo ad immaginare che il meccanismo di trasmissione degli impulsi monetari funzioni nel modo immaginato dalla BCE e che, a dispetto dello scetticismo diffuso, la liquidità iniettata nel sistema effettivamente determini una caduta dei tassi d'interesse. E' realistico ritenere che settore pubblico, famiglie e imprese approfittino dell'occasione per ampliare i propri programmi di spesa?

Per quanto riguarda il settore pubblico, la speranza in una ripresa di programmi espansivi è resa assai labile dal *framework* normativo che regola le politiche fiscali, ossia dai vincoli derivanti dall'art. 126 TFUE e dal *Fiscal compact* (sull'argomento, cfr. D'Acunto, Commento all'art. 126 TFUE, in [Tizzano](#), pp. 1331-40). In assenza di un cambiamento di indirizzo da parte della Commissione circa le modalità di applicazione di tali norme, i risparmi che gli Stati membri realizzeranno grazie all'alleggerimento dei tassi di interesse sui propri debiti dovranno infatti essere usati non per realizzare politiche fiscali espansive, bensì per ridurre la propria esposizione debitoria al fine di realizzare la convergenza verso la soglia del 60% del valore del PIL prevista dal Trattato.

Per quanto riguarda imprese e famiglie, motivi diversi inducono a nutrire analogo scetticismo. Le aspettative sul futuro sono poco incoraggianti, ed i bilanci di entrambe le categorie di operatori appaiono allo stato attuale appesantiti da significative esposizioni debitorie: proprio la caratteristica situazione in cui tendono naturalmente a prevalere atteggiamenti ispirati ad estrema prudenza.

4. Non c'è quindi molto da aspettarsi dal *Quantitative ea-*

sing sul piano della ripresa economica, a meno di non confidare sull'attivazione di un diverso canale di stimolo all'attività legato ai potenziali effetti inflazionistici della manovra monetaria. Infatti, se l'iniezione di liquidità generasse un po' di inflazione e spostasse in tal modo ricchezza dai soggetti creditori (che tipicamente sono quelli che hanno la possibilità di fare acquisti, ma non ne hanno il bisogno) ai soggetti debitori (che, al contrario, in genere hanno grande bisogno di fare acquisti, ma non ne hanno la possibilità), essa potrebbe dare senz'altro un impulso rilevante alla domanda aggregata. In effetti, molti studiosi attribuiscono la recessione in corso in Europa alla sperequazione distributiva e al conseguente «strangolamento» (causa indebitamento) delle categorie di operatori (privati e pubblici) tradizionalmente più inclini alla spesa, e auspicano, con modalità diverse, interventi volti ad invertire l'ormai trentennale *trend* di redistribuzione regressiva (cfr. [Fitoussi](#); [Brancaccio e Passarella](#); [Cesaratto](#)). Ci sarebbe poi da aggiungere che le aspettative di inflazione suscitate dall'annuncio del ricorso al *Quantitative easing* dovrebbero spingere gli operatori finanziari lontano dall'euro, favorendo una caduta del valore della valuta europea verso quotazioni compatibili con una ripresa delle esportazioni verso i Paesi non-euro.

È evidente, tuttavia, che tali effetti potrebbero risultare di dimensioni significative solo se l'impatto redistributivo e/o l'impatto sulla quotazione dell'euro fossero a loro volta di dimensioni significative, il che richiederebbe tassi d'inflazione consistenti. È realistico attendersi una cosa del genere? È realistico ritenere che, di fronte all'accendersi di focolai inflazionistici, la BCE possa lasciare i prezzi aumentare senza opporre resistenza? Confesso il mio scetticismo. È noto che il *framework* istituzionale definito dall'art. 127 TFUE assegna alla BCE il ruolo di custode della stabilità dei prezzi e che, per prassi ormai consolidata, per stabilità dei prezzi si intende un tasso d'inflazione intorno al 2% annuo (cfr. D'Acunto, Commento all'art. 127 TFUE, in [Tizzano](#), pp. 1340-46). Del resto, lo stesso Draghi ha precisato (Comunicato stampa BCE del 22 gennaio 2015, cit.) che il *Quantitative easing* si iscrive pienamente nell'esplicazione delle funzioni istituzionali della BCE ed è volto semplicemente a riallineare il tasso d'inflazione al livello del 2% che la BCE considera il proprio *target*. Il che fa giustamente dire a qualche commentatore che chiedersi se il *Quantitative easing* «funzionerà» è la domanda sbagliata (cfr. [Brancaccio e Fontana](#)).

5. Insomma, temo che il pieno dispiegamento delle potenzialità del *Quantitative easing* necessiti di altri «strappi» istituzionali (sull'art. 123, sull'art. 126, sul *Fiscal Compact* e sull'art. 127) e di importanza sostanziale ben maggiore di quelli (abbastanza modesti) che Draghi è riuscito a realizzare in questi due anni. E temo che sarà impossibile realizzare strappi di questa importanza senza un'alterazione sostanziale dei rapporti di forza tra i Paesi membri. Il *Quantitative easing* sarà pure un «bazooka», come qualche commentatore lo ha pittorescamente definito. Il problema è che (almeno per il momento) ha la sicura chiusa in maniera ermetica.

29 gennaio 2015

L'Accordo di Londra del 1953 e la ristrutturazione del debito estero tedesco: alcune considerazioni (in)attuali

GIUSEPPE BIANCO (*)

Nel dibattito pubblico europeo ci si interroga sulle questioni relative al trattamento del debito pubblico (specialmente quello greco) e spesso si menziona il precedente che riguardò la Germania alla fine della Seconda Guerra Mondiale. L'[Accordo](#) di Londra sul debito estero tedesco del 27 febbraio 1953 tra la Repubblica federale di Germania e venti Paesi creditori prebellici, entrato in vigore il 16 settembre dello stesso anno, rappresenta in effetti un modello unico di ristrutturazione del debito sovrano di uno Stato, inquadrato dal diritto internazionale pubblico. È fuor di dubbio che il contesto relativo a questo episodio possa considerarsi eccezionale, in ragione della Guerra Mondiale da cui la maggior parte dei Paesi partecipanti all'Accordo usciva, della divisione della Germania in due repubbliche e soprattutto dell'inizio della Guerra fredda, con tutte le sue implicazioni geopolitiche e finanziarie. Tuttavia, questo Accordo può essere analizzato come esempio di ricorso a tecniche di diritto internazionale che costituiscono una «riserva» a disposizione degli Stati e che, in funzione delle loro virtù, potrebbero essere impiegate nuovamente – beninteso, se si raggiunge un consenso politico.

La consapevolezza dell'importanza della questione debitoria era ben chiara alle autorità tedesche, le quali già nel 1948 crea-

(*) Università di Oslo e Université Paris 1 Panthéon-Sorbonne.

rono un Comitato tedesco per le relazioni finanziarie internazionali (*Deutscher Ausschuss für internationale finanzielle Beziehungen*). Nel 1950, gli Alleati formarono un Gruppo di studio intergovernativo sulla Germania (*Intergovernmental Study Group on Germany*) per esaminare le questioni relative allo statuto giuridico e politico della Repubblica federale. Esso doveva occuparsi delle rivendicazioni contro la Germania derivanti dal debito tedesco precedente alla guerra ([Buxbaum](#)). In una lettera all'Alta Commissione Alleata del 6 marzo 1951, il cancelliere Konrad Adenauer da un lato riconobbe a nome della Repubblica federale tedesca i debiti prebellici del *Reich* e quelli derivanti dall'assistenza economica ricevuta dagli Alleati a partire dall'8 maggio 1945. Allo stesso tempo, tuttavia, segnalò la necessità di un accordo il cui obiettivo fosse «normalizing the economic and financial relations of the Federal Republic with other countries» e di tenere in considerazione «the general economic position of the Federal Republic, notably the increase of its burdens and the reduction in its economic wealth» (v. la lettera [riportata nel Department of State Bulletin](#)).

Il Regno Unito, la Francia e gli Stati Uniti accettarono queste premesse e istituirono una Commissione tripartita nel 1951 per rappresentarli durante i negoziati e le riunioni che avrebbero condotto alla ristrutturazione.

Un problema rilevante riguardava l'inclusione dei creditori privati nelle discussioni: ci si accordò per una prima fase con riunioni intergovernative e una seconda con dibattiti tra rappresentanti degli Alleati e rappresentanti dei creditori ([Buxbaum](#)).

Una volta che gli Alleati ebbero determinato la porzione di debito a cui avrebbero rinunciato, si aprì una conferenza a Londra, il 28 febbraio 1952, in cui le delegazioni nazionali comprendevano dei rappresentanti dei creditori privati, tra cui il *Council of Foreign Bondholders*, l'*American Committee for Standstill Creditors of Germany*, il *British Banking Committee for German Affairs* e lo *Swiss Banking Committee for the German Credit Agreement* ([Waibel](#)). I tipi di debito presi in considerazione erano assai vari: vi erano dei detentori di «standstill claims» (crediti a breve termine posticipati dal 1931) – soprattutto istituzioni finanziarie europee – e dei detentori di obbligazioni, in gran parte statunitensi.

Un Comitato direttivo (*Steering Committee*) redigeva delle raccomandazioni per raggiungere «an equitable overall settlement and equal treatment for all creditors within each category».

Quattro comitati di negoziati specifici furono poi stabiliti per: A. debiti del *Reich* e di altre autorità pubbliche; B. altri debiti a medio e lungo termine; C. debiti «standstill»; D. debiti commerciali e diversi. Il negoziatore tedesco Hermann Josef Abs si fece notare per le sue abili doti nel favorire la posizione della Repubblica federale ([Hulmann](#)).

L'inclusione di tutti i creditori ha permesso di rendere la negoziazione dell'Accordo di Londra «the only occasion in history when the whole external debt, sovereign and private, of a major industrial state has been reorganised in one unified operation» ([Waibel](#)). Altri tipi di debito furono invece esclusi dai negoziati dell'Accordo di Londra: le reclamazioni degli Stati in guerra od occupati dal *Reich* e i loro cittadini, nonché quelle degli Stati neutri e dei Paesi alleati o incorporati dal *Reich* e i loro cittadini ([Simpson](#); tali debiti sono ancora oggetto di controversia: [Maisano](#) e [Da Rold](#)).

Il preambolo dell'Accordo riflette la volontà di tutti i Paesi partecipanti di ristabilire relazioni economiche normali tra la Repubblica federale di Germania e gli altri Stati. Il principio era che i pagamenti non avrebbero dovuto mettere in pericolo il benessere della popolazione nel breve termine e la possibilità di ricostruire l'economia e la società nel lungo periodo ([Guinnane](#)). Si mise in pratica la lezione di Keynes: bisognava preservare la capacità del Paese di generare un avanzo commerciale sufficiente a coprire il pagamento del debito.

I risultati della conferenza di Londra furono all'altezza di tali aspettative. Innanzitutto, per il periodo 1953-1958 fu deciso di pagare gli interessi e non il capitale, per dare maggior respiro al Paese, che doveva nel frattempo farsi carico delle riparazioni allo Stato di Israele. Quanto alle obbligazioni derivanti dal Piano Dawes del 1924 e dal Piano Young del 1930, il valore nominale rimase uguale, ma il tasso d'interesse fu ridotto; gli arretrati furono calcolati all'interesse semplice e non composto. Inoltre, il pagamento degli arretrati degli interessi sulle obbligazioni dei Piani Dawes e Young fu posticipato rispettivamente al 1969 e al 1980.

Risulta difficile calcolare l'ammontare della riduzione del debito. Alcune stime ([Guinnane](#)) valutano i debiti prebellici a 13,5 miliardi di marchi, con 2,6 miliardi di interessi; i debiti postbellici sarebbero stati di 16,2 miliardi di marchi. L'Accordo li ridusse rispettivamente a 7,5 e 7 miliardi di marchi, di cui il governo tedesco pagò 11 miliardi e i debitori privati tedeschi 3,5

miliardi. In totale, la riduzione del debito pubblico e privato della Repubblica federale tedesca fu, dunque, di almeno la metà.

Inoltre, i negoziatori tedeschi avevano proposto che, qualora la Repubblica federale fosse incorsa in seri disavanzi commerciali, una clausola prevedesse la riduzione o l'interruzione del pagamento del debito. L'Accordo prevede, in termini più vaghi, che la Germania poteva richiedere consultazioni nel caso di difficoltà e che si sarebbe tenuto conto di tutte le considerazioni economiche, finanziarie e monetarie relative alla capacità di trasferimento, così come influenzata da fattori interni ed esterni (art. 34).

Un altro problema che emerse durante i negoziati concerneva la clausola oro, contenuta in larga parte delle obbligazioni, che eliminava per i creditori le conseguenze della svalutazione della valuta – fenomeno allora considerevole. Ci si accordò per sostituire la clausola oro con la clausola dollaro: le somme erano calcolate come se la valuta indicata nei titoli fosse il dollaro, invece di quella d'emissione (salvo per il franco svizzero). In tal modo, i negoziatori fecero ricadere gli effetti della svalutazione essenzialmente sulle spalle dei creditori (Guinnane).

Infine, una parte dei pagamenti (ritenuta rappresentare i debiti relativi al territorio della Repubblica democratica) era sottoposta alla condizione della riunificazione. Nel 1953 i creditori riceverono dei «rights certificates» non delle obbligazioni, ma certificati rappresentativi di questa parte del loro credito a esigibilità futura. Questi certificati furono regolarmente pagati in seguito alla riunificazione, con l'ultimo pagamento effettuato nel 2010 ([Crossland](#)).

Quanto allo scambio, secondo l'art. 15 dell'Accordo, il debitore proponeva lo scambio ai creditori (o, nel caso delle obbligazioni, ai rappresentanti dei creditori), che potevano accettare l'offerta presentando le obbligazioni o, per gli altri tipi di debito, manifestando il proprio consenso in maniera chiara con qualsiasi mezzo. L'esecuzione degli obblighi del nuovo contratto o della nuova obbligazione comportava l'estinzione degli obblighi derivanti dal vecchio debito (art. 16).

Un tratto che ha caratterizzato i negoziati e l'Accordo di Londra sin dall'inizio è stato considerare la capacità del debitore di far fronte ai pagamenti, specialmente alla luce dell'impossibilità di farsi carico delle riparazioni dopo il primo conflitto mondiale ([Morales](#)). Salvo una controversia arbitrale relativa alla svalutazione ([Young Loan Arbitration](#)), non si svi-

luppò un contenzioso dall'Accordo di Londra. Se si pensa al livello di complessità della ristrutturazione, a causa della natura eterogenea dei tipi di crediti e creditori inclusi, il risultato dell'Accordo acquista una valenza particolare: mostra l'alto tasso di stabilità cui può condurre una soluzione condivisa, globale e retta dal diritto internazionale pubblico.

La Germania era stata il motore dell'economia europea sin dalla fine dell'Ottocento, e il periodo interbellico aveva ampiamente dimostrato che l'Europa non poteva prosperare con una Germania malata. Questa poteva pertanto porre le proprie condizioni e pretendere una generosa ristrutturazione del proprio debito. Inoltre, gli Alleati occidentali avevano tutto l'interesse a sostenere una Germania federale forte anche come contrafforte all'Unione sovietica.

Il confronto con l'attuale situazione greca è istruttivo. La Grecia non può rivendicare un ruolo centrale come quello della Germania all'interno dell'economia europea. Tuttavia, oggi giorno l'*appeal* della Russia di Putin (malgrado la crisi del rublo), della Cina o di altri attori stranieri potrebbe giocare un ruolo non così dissimile da quello dell'Unione sovietica.

Tenere in considerazione la capacità di pagare fu la scelta vincente dell'Accordo di Londra, che non soffocò l'economia della neonata Repubblica federale, la quale poté giovare della ripresa legata alla ricostruzione postbellica. Nel contesto odierno, questo criterio pare ancora più significativo, alla luce della recessione che ha fatto seguito alla crisi finanziaria globale.

Inoltre, laddove nel 1953 gli Stati partecipanti potevano essere animati dallo spirito di riconciliazione tra ex nemici, il cammino compiuto dall'Unione europea, che si impegna a promuovere "la coesione economica, sociale e territoriale, e la solidarietà tra gli Stati membri" (art. 3.2 TUE), dovrebbe costituire uno stimolo ulteriore alla cooperazione.

Infine, la negoziazione del debito tedesco era complicata dall'eterogeneità dei creditori (pubblici e privati) e delle tipologie di debito. I maggiori creditori della Grecia sono attualmente i Paesi euro, la BCE, il FMI e lo *European Financial Stability Facility*: un accordo per allungare i termini del rimborso sarebbe più semplice da mettere in pratica.

In conclusione, non pare peregrino ipotizzare che, di fronte a un irrigidimento del dialogo con i partner europei, il governo greco prenda in considerazione l'opzione di rivolgersi altrove per reperire i fondi di cui ha bisogno, con scenari foschi per

l'avvenire dell'Unione "sempre più stretta e sempre più perfetta". L'esempio della riduzione del debito tedesco nel 1953 potrebbe, forse, spingere i leader europei a qualche ripensamento.

7 febbraio 2015

How strict is “strict conditionality”? The New Eurozone Agreement on Greece

MICHAEL IOANNIDIS (*)

Few elections have as their core issue an international arrangement. The Greek election of 25 January 2015 was one of these exceptions. In 2010 and 2012, Greece agreed with its Eurozone partners and the IMF to accept two large [bailout packages](#) conditioned on the fulfilment of far-reaching, austerity-oriented reforms. It also agreed to submit to a monitoring mechanism comprised by officials from the European Commission, the IMF, and the ECB that would supervise its compliance with the conditions and regularly revise them. This monitoring and rule-making structure became known as the Troika.

The second of the bailout agreements, concluded in 2012, was due to expire on 28 February 2015. Unlike Portugal or Ireland, Greece had not established access to the bond market by the end of its Adjustment Programme. Ending international financing support at the end of February would have thus possibly prompted a Greek default.

What the next step should be was put to a national vote on 25 January. Two proposals were presented to the Greek voters. The ruling coalition offered to implement the outstanding part of the 2012 Adjustment Programme and then move on to a successor agreement that would offer Greece further international assistance under softer but still austerity-oriented conditions and Troika-type monitoring. The major opposition party, Syriza, promised

(*) Max Planck Institute for Comparative Public Law and International Law, Heidelberg.

a radical break from both austerity and international monitoring and an economic agenda aiming at state-directed and state-supported growth.

The Greek electorate sided with the second alternative and brought to power a coalition of Syriza, as the senior and absolutely dominant partner, and the right-wing ANEL party. As the 28 February deadline approached quickly, the first priority of the new government was to strike an agreement with its Eurozone partners. The new Greek government entered into negotiations with four strategic goals: First, to end austerity policies; second, to end the close supervision of the Troika; third, to replace the current EFSF arrangement with a “bridging arrangement” that would ultimately lead to some form of debt relief; and fourth, to do all of the above *and* remain a member of the Eurozone. Undoubtedly, this was a herculean task. It became even more difficult at the moment where many of the actors involved in the negotiations seemed more prepared than ever to accept Greece’s exit from the monetary union (or “Grexit”) as an option. Considering that [Ireland](#) and [Portugal](#) had also been subjected to an Adjustment Programme, but successfully concluded the task, it was now much easier for the proponents of [“the infected leg theory”](#) to portray Greece as the singular case of a country beyond repair that had defied the rules, and to make the argument that, unlike 2010 and 2012, the Eurozone was now prepared to absorb the costs of losing a Member.

1. Between strictness and flexibility

Indeed, a lot has changed since 2010. The crisis produced a fully-fledged legal framework that governs financial assistance to Eurozone members. The [European Stability Mechanism](#) (ESM), the European financial organization that replaced the [European Financial Stability Facility](#) (EFSF) and the [European Financial Stabilisation Mechanism](#) (EFSM), has a variety of assistance instruments at its disposal to assist countries in distress, and the ECB seems ready to do «whatever it takes» to save the euro. [EU Regulation 472/2013](#) sets out in detail the EU rules that govern the procedures for awarding financial assistance, and the Court of Justice has offered a set of milestone pronouncements on the constitutional questions of financial assistance. A lot can be said about the functionality of this framework and its compatibility with [basic principles](#) of the EU constitutional order. Certainly, the current regime is problematic in many respects, including with regard to parliamentary con-

trol, the protection of fundamental rights, and the division of competences between the EU and the Member States – issues that cannot be further discussed here. In any case, a framework now exists setting the substantive and procedural rules on which financial assistance is granted.

At the centre of this new framework lies the concept of strict conditionality. [As explained elsewhere](#), conditionality is the basic concept of financial-assistance governance. [Article 136 TFEU](#), after its amendment in 2011, requires that «the granting of any required financial assistance under the [European Stability] mechanism will be made subject to strict conditionality» (para. 3). In [Pringle](#), the ECJ found that strict conditionality was a necessary condition for any assistance under EU law and Article 125 TFEU, in particular (paras. 72, 111). And the ECB announced that it will require the implementation of «strict and effective conditionality» in order to activate both its [Outright Monetary Transactions \(OMT\) Programme](#) and its [Quantitative Easing \(QE\) policy](#) (Article 2 (3) (d) Decision 2015/10 of the ECB) (on these issues see the posts by [D'Acunto](#) and [Cafaro](#) in this Blog).

So far, all Member States that have received financial support have subscribed to an Economic Adjustment Programme (EAP) that prescribes, sometimes in minute detail, the conditions under which assistance is provided. While these Programmes' intrusiveness and the number of their conditions vary, they generally do not only require fiscal consolidation, but also structural reforms of public administration, pension, education, and tax systems. The EAP conditions involve a strange breed of consensus and coercion. They are supposed to reflect the agreement between the Troika and the recipient country, but often the dire need of recipient countries for financial support tilts the balance decisively in favour of the Troika.

Legally, the relevant conditionality takes three forms. First, it is detailed in a Memorandum of Understanding (MoU), which is annexed to the Financial Assistance Facility Agreement concluded between the Member State and the EFSF (or ESM, EFSM, depending on the case). Second, the most important of the conditions are included in Decisions of the Council addressed to the recipient Member State and adopted on the basis of Articles 126 (6), 126 (9), and 136 TFEU, [EU Regulation 407/2010](#) (depending on the mechanism activated) and, after the adoption of the Two Pack, [EU Regulation 472/2013](#). Third, conditions (again in the form of a MoU) are attached to a Letter of

Intent directed to the IMF Managing Director. According to Article 7 (4) and (5) EU Regulation 472/2013, the Troika is responsible for supervising the implementation of the conditions and for revising them. Final decisions on compliance with conditionality and changes to its content are taken by the Council (Article 7 (5) and (7) EU Regulation 472/2013). Apart from its economic “strictness”, financial assistance conditionality has, thus, gradually become “stricter” also in legal and institutional terms. For countries in a financial assistance programme, arguments on economic and social issues need to take a particular form and to be channelled through particular procedures in order to be relevant.

In the latest stage of the Greek drama, the crux of the matter was how much flexibility could fit into this “strict conditionality”. Flexibility has, indeed, become a critical point for EU economic governance. In January, the Commission presented its [Communication Making the Best Use of the Flexibility within the Existing Rules of the Stability and Growth Pact](#), which deals with discretion, within the agreed rules, «for the Commission and the Council to assess the soundness of public finances in the light of country-specific circumstances». Flexibility was also one of the words most often used during the latest negotiations. Greece, like all other countries accepting assistance, was bound to an Economic Adjustment Programme that required austerity and supply-side reforms, while the new government was elected based on the promise that it would repeal austerity-driven measures and focus on demand-side policies. The negotiations that followed would test flexibility on three fronts: first, how much a newly elected domestic government can deviate from the promises to which a country has already subscribed; second, what leeway is left from the central EU economic priorities as specified by the Eurogroup and the Troika; third, how much the legal and institutional framework described above can be softened and replaced by some form of “political negotiation”.

2. The agreement

Negotiations between Greece and its Eurozone partners reached dramatic heights more than once. Uncertainty during this stage drove Greek depositors to make massive withdrawals from their bank savings, bringing Greek banks to the brink of collapse and reportedly causing the [ECB to consider the imposition of capital controls](#). The spectre of a “Grexit” once more loomed large over Europe.

Ultimately, at the eleventh hour, an agreement was reached to extend the Greek bailout Programme for an additional four-month period, until 30 June 2015. The agreement has two parts. The first was set out in the [Eurogroup statement of 20 February 2015](#) and the second took the form of a [complementary list of planned reforms](#), which was sent by the Greek government to its Eurozone partners on 23 February 2015.

The [final decision](#) on the extension was taken by the Eurogroup on 24 February 2015. [Formal approval](#) was given by the Board of Directors of the EFSF on 27 February 2014. In some instances, the agreement was ratified by national parliaments – but not in Greece.

Technically, the agreement is the [third amendment of the Master Financial Assistance Facility Agreement \(MFFA\)](#), initially concluded between Greece and the EFSF on 15 March 2012. The amendment is clear on two things. It changes the expiry date and also requires that the €10.9 billion held by the Hellenic Financial Stability Fund (HFSF) to cover potential bank recapitalisation and resolution costs be returned to the EFSF. This sum can now be released to Greece only on request by the ECB (in its capacity as bank supervisor). This means that the first declared goal of the Greek government, i.e. to enter a totally new arrangement and replace the financial-assistance procedures by a “non-technocratic”, political negotiation at high level, was not achieved. The new agreement is an extension of the old one and it is governed by the same basic rules and principles. The same happened in the case of the second goal, i.e. to activate a procedure that would lead to some form of debt relief. According to the Eurogroup statement, the Greek authorities reiterated «their unequivocal commitment to honour their financial obligations to all their creditors fully and timely». At least in the short term, Greek plans for some form of debt redemption, thus, had to be shelved.

The most important point, however, in the struggle between “strictness” and “flexibility” concerns the changes the Greek government achieved (or did not achieve) regarding conditionality. There, the picture is more blurred. The Eurogroup statement and the subsequent list of reforms leave many things open. This vagueness, that meant to allow parties to communicate the agreement easier to their constituencies, may eventually strengthen the position of the Troika, which will be called on to monitor its implementation.

2.1 Ownership of conditionality

It is unclear how much the February agreement changed the ownership of conditionality. According to the Eurogroup statement, conditions will be «based on» the old conditions and, as previously stated, Greece had to offer its own list of priorities on 23 February 2015. How much of the old Adjustment Programme will survive remains to be seen. In their announcements, the [ECB](#), the [IMF](#), and the [EFSF](#) were adamant that they will continue operating on the basis of the old, pre-election understanding of conditionality.

Greece, however, won flexibility regarding the 2015 primary surplus target. This will be modified downwards from its previously agreed level to «take the economic circumstances in 2015 into account». Regarding old measures, the Greek Government had to revise its promise to cancel many of the austerity measures it heavily criticized since 2010 as an opposition party, agreeing to «refrain from any rollback of measures and unilateral changes to the policies and structural reforms that would negatively impact fiscal targets, economic recovery or financial stability, as assessed by the institutions». In this context, “economic recovery” is broad enough to cover any type of measure agreed upon since 2010. Finally, the agreement endorses the intention of the Greek government to give priority to rule-of-law and State-building reforms by «implementing long overdue reforms to tackle corruption and tax evasion, and improving the efficiency of the public sector». This is an important advance. As [some of us](#) have argued, rule-of-law deficiencies have contributed significantly to the crisis and deserve a much greater focus in the Adjustment Programmes.

2.2 Troika

Although it is now commonly called “Institutions” or “Brussels Group”, the Troika will remain in charge. In its previous function, the Troika has been quite intrusive and its frequent visits to Athens, Lisbon, or Nicosia sparked heated reactions. It appears that the future meetings of the Troika bureaucrats with Greek officials will be less frequent and more discrete (maybe in Brussels). The degree of the “Institutions”’ actual involvement in Greek policies is yet to be seen. In any case, the essence of the Troika as an atypical structure through which representatives of the IMF, the ECB, and the Commission supervise the implementation of the conditions of the bailout Programme, remains the same. There is, however, a real danger that the new arrangement

will make the workings of the Troika even more obscure. One can assume that the Troika will continue to exert pressure and affect policies, but this influence will not be disclosed by fear of bringing the “T-word” back to the public discourse. Instead of “hiding” Troika, however, the best solution would be to publicly expose it as one of the actors that shape Greek economic and social policies, and, to legally institutionalize its procedures. For good or for bad, the Troika has an important say in many important policy fields in Greece and elsewhere. It should have to publicly expose its arguments and proposals to critical contestation.

In the long term, the Greek opposition to the Troika might trigger a greater reform of the mechanism supervising financial assistance conditionality. In the last years, many actors, including the European Parliament and the Commission, shared the view that the Troika is in need of radical reform. In his recent [Opinion on the OMT case](#), AG Cruz Villalón criticized the potential conflict of interest arising by the participation of the ECB in the Troika, when ESM/EFSF runs parallel to OMT (para. 150). AG Cruz Villalón was very careful to restrict his objections to the current scheme of the Troika only in case the OMT mechanism is activated. Although he was adamant that the Troika may still include the ECB when it supervises “simple” EFSF/ESM assistance, such as the case in Greece, there are serious arguments questioning the compatibility of the participation of the ECB in the making of economic policy with its mandate.

2.3 The Eurogroup and the ECB

A note on the most recent stage of the Greek drama would not be complete without a reference to its protagonists. The Eurogroup was the formal forum of the negotiations, but decisions have been largely crafted by bilateral Greek-German negotiations. Before the Eurogroup on 20 February took place, in separate rooms the Greek and the German finance minister exchanged drafts for several hours with the participation of the Eurogroup president, Jeroen Dijsselbloem and the IMF Managing Director, Christine Lagarde. Direct communications between Prime Minister Tsipras and Chancellor Merkel were also instrumental in reaching an agreement.

Leading was also the role of the ECB, which had some very strong cards to play. On 4 February 2015, the ECB [lifted the waiver](#) affecting marketable debt instruments issued or fully guaranteed by Greece that until then allowed Greek banks to benefit

from cheap liquidity. As a result of this decision, Greek banks, already strained by the run on deposits, became dependent on Emergency Liquidity Assistance (ELA), which is, however, significantly more expensive than regular ECB financing. When the [ECB](#) raised the provision of ELA very modestly by 3.3 billion euro on 18 February 2015 (when outflows of deposits from Greek banks were reaching record heights), everybody knew that this was an ultimatum: either Greece should strike an agreement within days or it would have to face very serious bank problems. As in the cases of Ireland and Cyprus crises, the ELA was again used as pressure to bring about a quick agreement.

After the announcement of the [Public Sector Asset Purchase Programme](#) (PSPP), through which it implements its QE policy, the ECB has now another strong card to play against recalcitrant governments. According to Article 3 (2) d of Decision ECB/2015/10, for Member States under an ongoing financial assistance programme, such as Greece, eligibility for public sector asset purchases «shall be suspended and shall resume only in the event of a positive outcome of the review». In effect, a review without a positive outcome means exclusion from the largest monetary mechanism ever designed in Europe.

3. Outlook

On 20 February a major act was played, but the Greek drama is far from over. Opponents of austerity should wait to celebrate a victory. “Strict conditionality” seems to be stricter than many actors thought, especially in Greece. It seems that the Greek negotiation did not change the core of the Adjustment Programme and stayed within the basic economic and institutional contours of financial-assistance conditionality. The future concretization of the agreement will show how much domestic determination is compatible with financial assistance within the Eurozone and whether the Greek government can fulfil its promises to the other Eurozone members and at the same time retain the necessary parliamentary and social support at home. This will definitively keep open the fundamental question of democratic legitimacy of the new EU economic governance. During the negotiations, the Greek government strongly played the card of its fresh electoral mandate. But when the other eighteen Eurozone governments became Greece’s creditors they also assumed a significant stake in the financial affairs of Greece. How to consolidate these two often competing interests and through which procedures will remain one of the difficult tasks during the months to

come.

13 marzo 2015

Caso *OMT*: la Corte giudica legittimo l'operato della BCE

SUSANNA CAFARO (†)

È giunto a [sentenza](#) il caso *Gauweiler* (C-62/14), il primo rinvio pregiudiziale inoltrato dalla Corte costituzionale federale tedesca alla Corte di Giustizia dell'Unione europea.

Per quanto la decisione della Corte confermi le aspettative di molti osservatori (noi inclusi), è sempre molto interessante seguire il filo del ragionamento seguito dalla Corte così come lo è cogliere nella motivazione della sentenza tutti gli interessi e le argomentazioni in gioco. Il procedimento infatti ha visto molti importanti protagonisti oltre ai numerosi attori del giudizio principale: tre istituzioni europee (Parlamento, Commissione e – naturalmente – BCE) e ben undici Stati membri.

Il [rinvio](#) operato dalla Corte costituzionale federale tedesca verteva, com'è noto, tanto sulla competenza della Banca centrale europea ad adottare il programma noto come OMT (*Outright Monetary Transactions*), ovvero operazioni definitive monetarie, di fatto operazioni di acquisto, potenzialmente illimitato, di titoli di debito pubblico di Paesi dell'area euro in difficoltà, pronte a scattare in caso di richiesta da parte degli Stati, quanto sulla sua legittimità a fronte dell'art. 123 TFUE che vieta all'istituto di emissione europeo l'acquisto diretto di titoli di debito pubblico.

La deliberazione con cui la BCE varava il programma OMT veniva adottata dal Consiglio direttivo della BCE il 6 settembre 2012 – dettata dalla profonda crisi dei debiti sovrani, quando il differenziale tra i titoli di debito pubblico (*spread*) aveva raggiunto valori tali da far temere una frantumazione dell'unione monetaria e che di fatto già era un grave sintomo di frammentazione dei mercati finanziari atto a rendere più difficile la trasmis-

(†) Università del Salento.

sione delle misure di politica monetaria.

Nel [comunicato stampa](#), pubblicato lo stesso giorno, l'istituto di emissione europeo spiegava le caratteristiche del nuovo strumento, ne garantiva la sterilizzazione in termini di inflazione e prometteva che non avrebbe fatto sconti agli Stati beneficiari quanto alla disciplina di bilancio, garantita da una stretta condizionalità, non gestita direttamente dalla BCE, ma piuttosto dai governi stessi associando strettamente il Meccanismo europeo di stabilità ad ogni intervento.

Tuttavia, tale strumento non è stato di fatto mai tradotto in realtà e ne manca perfino la normativa di attuazione: l'effetto annuncio è stato di per sé sufficiente a generare le conseguenze attese sui mercati finanziari, dimostrando ancora una volta la capacità della BCE e del suo Presidente di maneggiare la comunicazione come strumento non convenzionale di politica monetaria.

Le *Outright Monetary Transactions* erano in ogni caso atte a suscitare accese reazioni – soprattutto in Germania – di cui l'ordinanza di rimessione della Corte costituzionale federale tedesca è un significativo esempio: la BCE si muoveva, infatti, sul limitare delle proprie competenze. In primo luogo in quanto titolare di competenze di politica monetaria ma non di politica economica giacché l'art. 127 TFUE prevede che il suo obiettivo sia “il mantenimento della stabilità dei prezzi” e, solo “fatto salvo l'obiettivo della stabilità dei prezzi, il SEBC sostiene le politiche economiche generali nell'Unione”. In secondo luogo perché l'art. 123 TFUE le vieta categoricamente di concedere “scoperti di conto o qualsiasi altra forma di facilitazione creditizia a istituzioni, organi od organismi dell'Unione, alle amministrazioni statali, agli enti regionali, locali o altri enti pubblici, ad altri organismi di diritto pubblico o a imprese pubbliche degli Stati membri, così come l'acquisto diretto presso di essi di titoli di debito”.

Che la BCE fosse consapevole delle possibili reazioni – soprattutto in Germania – dell'adozione del programma OMT è noto, sia alla luce dei precedenti (v. [Pringle](#)) che delle difficoltà incontrate in Consiglio direttivo ogni volta che si è trattato di adottare strumenti d'intervento per la crisi dell'eurozona, si veda da ultimo il caso del [quantitative easing](#). Proprio per questo, tanto nel comunicato stampa citato dalla sentenza che nel bollettino del mese successivo, essa spiegava come quello che poteva sembrare un aggiramento della lettera dei trattati (l'acquisto di titoli del debito pubblico non dallo Stato in crisi ma sul mercato se-

condario) ne rispettava invece pienamente lo spirito.

La Corte di giustizia avrebbe potuto facilmente sottrarsi alla responsabilità di una pronuncia, accogliendo le corpose eccezioni di ricevibilità da parte di Italia, Irlanda, Olanda, Spagna, Francia, Grecia, Portogallo e Finlandia nonché del Parlamento, della BCE e della Commissione. In assenza di atti di attuazione, il programma OMT sarebbe così stato sottratto ad un sindacato scomodo in quanto mero strumento di comunicazione e non atto dell'Unione impugnabile.

La Corte sceglie invece di andare fino in fondo e fornire alla BCE il supporto di una interpretazione ad essa favorevole. Ribatte dunque a tali eccezioni che (i) l'eventuale natura ipotetica delle argomentazioni sollevate dai ricorrenti non rileva poiché spetta al giudice a quo "assumersi la responsabilità dell'emananda decisione giurisdizionale, valutare, alla luce delle particolarità del caso di specie, tanto la necessità di una pronuncia pregiudiziale per essere in grado di emettere la propria sentenza, quanto la rilevanza delle questioni" (punto 24); (ii) l'assenza di atti attuativi "non priva del loro oggetto i ricorsi nei procedimenti principali, in quanto il diritto tedesco consente, a certe condizioni, la concessione di una tutela giurisdizionale preventiva in una situazione siffatta" (punto 27).

La Corte coglie anche l'occasione per ricordare alla Corte costituzionale federale tedesca che "secondo una costante giurisprudenza della Corte, una sentenza emessa da quest'ultima a titolo pregiudiziale vincola il giudice nazionale, quanto all'interpretazione o alla validità degli atti delle istituzioni dell'Unione di cui trattasi, ai fini della soluzione della lite nel procedimento principale" (punto 16), sollecitata in questo da una opportuna osservazione preliminare dell'Italia quanto al fatto che apparentemente "il giudice del rinvio non riconosce un valore interpretativo definitivo e vincolante alla risposta che la Corte fornirà a tale domanda", una perplessità che nasce spontanea alla lettura dell'[ordinanza di rimessione](#) e che sembra rafforzata dalla posizione sostenuta dal Governo tedesco.

Nel merito, la Corte si sofferma sulle attribuzioni di competenza del Sistema europeo di banche centrali – e dunque anche sulla delimitazione della politica monetaria – sul rispetto del principio di proporzionalità e sul rispetto dell'art. 123 TFUE.

Quanto al primo punto, la Corte evidenzia il margine di discrezionalità lasciato alla BCE nel definire e attuare la politica monetaria, laddove il Trattato si limita a precisarne l'obiettivo: la

stabilità dei prezzi. Nel far ciò evidenzia come la frammentazione dei mercati finanziari a cui la misura era intesa a porre rimedio fosse di per sé un ostacolo all'unicità della politica monetaria della zona euro, cui veniva a mancare un'importante cinghia di trasmissione.

Quanto alla modalità di intervento prospettata, la Corte fa notare come le operazioni di mercato aperto –comprare e vendere titoli negoziabili – siano effettivamente previste dal diritto primario dell'Unione all'articolo 18.1 dello Statuto del Sistema europeo di banche centrali.

Nell'affrontare il tema della proporzionalità, la Corte si addentra sempre più nelle argomentazioni addotte dalla BCE a sostegno del proprio operato (o forse dovremmo dire del “prospettato operato”) e – pur riconoscendo alla Banca una discrezionalità tecnica sulla cui soglia il giudice deve arrestarsi (punto 68) e che non necessariamente deve essere precisata passo passo nelle motivazioni dell'atto (punto 70) che qui neanche c'è (!) – finisce con il riconoscere che sì, la misura era sicuramente utile allo scopo e adeguatamente ponderata dall'istituzione (punti 72-80), come anche proporzionale. Infatti il programma di acquisto di titoli di debito, pur essendo nelle intenzioni illimitato, si limita di fatto: (i) ai titoli a breve (scadenza inferiore ai tre anni); (ii) di Stati soggetti a programmi di aggiustamento macroeconomico e (iii) la cui situazione non sia tuttavia così deteriorata da non avere accesso al mercato.

Nell'ultimo punto – il rispetto dell'art. 123 – la Corte segue dichiaratamente il solco delle già osservate [conclusioni dell'avvocato generale Cruz Villalón](#) che è d'altronde il solco delle argomentazioni della BCE stessa: l'articolo vieta il finanziamento monetario del debito al fine di prevenire un potenziale rilassamento delle finanze pubbliche, ovvero l'emissione eccessiva da parte degli Stati di titoli di debito garantita da un piano di acquisto dell'istituto di emissione.

Tale divieto appare sì aggirato da un acquisto sul mercato secondario, ma così non è, perché la BCE non annuncerebbe in anticipo tale acquisto, che avverrebbe a prezzi di mercato e solo nei confronti di Stati la cui disciplina di bilancio è comunque garantita da stretta condizionalità nell'ambito di un programma di aggiustamento del Meccanismo europeo di stabilità. Un secondo rischio, quello inflattivo, verrebbe altresì sterilizzato dalla BCE stessa attraverso un ritiro di liquidità di entità corrispondente. L'insieme delle garanzie di cui la BCE circonderebbe tali opera-

zioni, insomma, sarebbe sufficiente a garantire lo spirito del Trattato e a rispettare la ratio dell'art. 123.

Per quanto tali garanzie valgono a ridurre il rischio di perdite, tale rischio tuttavia esiste, dice la Corte, in ciò rispondendo ai timori sollevati dai ricorrenti nel giudizio a quo come anche in quello in esame. I rischi fanno parte della gestione della politica monetaria e questo appare fin troppo evidente dando una scorsa allo statuto, che prevede il ricorso a strumenti di mercato aperto, operazioni sui cambi, o ancora uno schema di ripartizione delle perdite (all'art. 33).

Ma qualche volta i rischi bisogna correrli.

La Corte dunque ritiene che la BCE, varando il mai attuato programma OMT, sia rimasta nell'alveo delle proprie competenze, abbia annunciato il ricorso a strumenti di cui disponeva, utili e proporzionati rispetto agli obiettivi, assumendosi un rischio che rientra comunque nelle sue funzioni di banca centrale. È una sentenza da cui la BCE esce senz'altro rafforzata.

Ora siamo curiosi di vedere cosa dirà la Corte costituzionale federale tedesca.

17 giugno 2015

De l'arrêt *OMT* à la crise de la dette grecque: la BCE au secours de la zone EURO

FRANCESCO MARTUCCI (*)

Le 16 juin 2015, la Cour de justice a rendu l'arrêt dit OMT dans lequel elle considère compatibles avec le traité es achats par la Banque centrale européenne (BCE) de titres de dette souveraine sur le marché secondaire (voir [Susanna Cafaro](#)). L'arrêt s'avère fondamental puisque ces achats constituent un des instruments de la BCE pour gérer la crise des dettes souveraines. Il est rendu quinze jours avant que la Grèce fasse défaut à l'égard du défaut, ce qui a provoqué la plus grave crise qu'a connu la zone euro depuis ses origines. Cette crise a finalement été surmontée grâce à un accord conclu au terme d'âpres négociations le 13 juillet 2015. Tout au long de cette crise, le rôle de la BCE dans la zone euro s'avère déterminant.

« Whatever it takes »

Au cours de l'été 2012, la crise des dettes souveraines frappe l'Espagne et l'Italie. Le *spread* s'envole et ces deux États membres empruntent sur les marchés financiers à des taux de plus en plus prohibitifs. Le 6 août 2012, M. Draghi déclare : « Within our mandate, the ECB is ready to do whatever it takes to preserve the euro. And believe me, it will be enough ». Le 6 septembre 2012, le conseil des gouverneurs de la BCE présente le programme OMT dont les modalités sont explicitées par un communiqué de presse. Il s'agit d'acheter sur le marché secondaire des titres de dette souveraine émis par les États de la zone euro en proie à des difficultés. Contesté au sein même de

(*) Université Panthéon-Assas (Centre de droit européen).

l'Eurosystème par la *Bundesbank*, ce programme suscite l'émoi en Allemagne. Des recours sont engagés devant le *Bundesverfassungsgericht* par des citoyens estimant que le programme OMT méconnaît le droit de vote, garanti par la Loi fondamentale, puisqu'il engagerait les finances publiques allemandes. Si le juge constitutionnel allemand s'estime compétent, il considère que la constitutionnalité du programme OMT est en partie tributaire du respect par la BCE du traité FUE. C'est pourquoi une question préjudicielle en appréciation de validité est posée par le *Bundesverfassungsgericht* à la Cour de justice qui a statué le 16 juin 2015 ([Gauweiler](#)).

L'arrêt *Gauweiler* est paradoxal : la Cour de justice s'est prononcée sur la validité du programme OMT (*Outright Monetary Transactions*) alors que celui-ci n'a jamais été et ne sera jamais mis en œuvre. Ainsi que Susanna Cafaro l'a souligné, cela n'était pas sans poser la question de la recevabilité du renvoi préjudiciel opéré par le *Bundesverfassungsgericht*. Il était difficilement envisageable que la Cour de justice ne réponde pas à la première question posée dans son histoire par le Tribunal constitutionnel allemand. Au-delà des considérations en opportunité, le *Bundesverfassungsgericht* a déployé dans l'arrêt de renvoi préjudiciel une argumentation juridique particulièrement étoffée. Il a allégué que le programme OMT ne respecte pas le droit primaire de l'Union. Cependant, conformément à la jurisprudence [Fotofrost](#), seule la Cour de justice peut déclarer un acte de l'Union européenne invalide.

Que le programme OMT ait été abandonné ne signifie pas que l'arrêt du 16 juin 2015 soit une solution d'espèce dont l'intérêt pratique se serait évanoui. Le raisonnement de la Cour de justice peut au contraire être repris *mutatis mutandis* pour le *quantitative easing* qui comporte également des achats de titres de dette souveraine sur le marché secondaire. En substance, le juge allemand demandait si l'achat de titres de dette souveraine par la BCE ne constitue pas, d'une part, un acte *ultra vires* et, d'autre part, un financement monétaire. La Cour de justice considère que le programme OMT est compatible avec le droit de l'Union européenne. En premier lieu, l'achat de titres de dette souveraine constitue une mesure de politique monétaire : la BCE est donc compétente en vertu du traité FUE, dès lors qu'elle poursuit l'objectif principal de stabilité des prix, sans qu'un empiètement sur le domaine de compétence étatique en matière de politique économique ne soit à regretter. L'arrêt s'inscrit dans la

continuité de la jurisprudence [Pringle](#). Encore faut-il que le principe de proportionnalité soit respecté, ce qui est le cas en l'espèce, estime la Cour au terme d'un contrôle limité à la motivation de l'acte et à l'erreur manifeste d'appréciation ; il est en effet logique que, dans un domaine aussi technique, la BCE dispose d'un large pouvoir d'appréciation. En second lieu, le rachat de titres de dette souveraine ne constitue pas un financement monétaire prohibé par l'article 123 TFUE. Celui-ci interdit à la BCE et aux banques centrales des États membres d'accorder des découverts ou tout autre type de crédit aux autorités et aux organismes publics de l'Union et des États membres ainsi que d'acquies directement, auprès d'eux, des instruments de leur dette. Afin de respecter cette interdiction dont l'objet est de contribuer à la discipline budgétaire des États membres, des conditions doivent être respectées. La Cour de justice, et c'est là un intérêt essentiel de l'arrêt, est de préciser ces conditions: 1) les titres de dette souveraine doivent être achetés sur le marché secondaire; 2) un délai minimal entre l'émission d'un titre sur le marché primaire et son rachat sur les marchés secondaires doit être respecté; 3) est proscrite toute annonce par avance de la décision de procéder à des rachats ou du volume des rachats envisagés. Pour la Cour, le programme OMT remplit ces conditions. Eu égard à ses caractéristiques, le [quantitative easing](#) nous semble compatible avec le droit de l'Union.

Toutefois, l'arrêt de la Cour de justice ne permet cependant pas de lever tous les doutes quant à la légalité des achats de titre de dette souveraine. Le *Bundesverfassungsgericht* fait peser une double menace. En premier lieu, dans l'arrêt ayant posé la question préjudicielle à la Cour dans l'affaire *Gauweiler*, il a soulevé une réserve de constitutionnalité : l'arrêt de la Cour de justice ne préjuge pas de la faculté du juge allemand de constater la violation par le programme OMT de l'identité constitutionnelle de la *Bundesrepublik*. Pour les uns, ce serait là une violation manifeste du principe de primauté tel que façonné par la jurisprudence [Simmmenthal](#) ; pour les autres, ce serait l'expression du respect de l'identité nationale tel que consacré par l'article 4, paragraphe 2, TUE. En second lieu, un [recours](#) aurait été engagé devant le *Bundesverfassungsgericht* à l'encontre du [quantitative easing](#). Les moyens avancés seraient analogues à ceux de l'affaire *Gauweiler*: acte *ultra vires* et violation du financement monétaire.

À peine l'arrêt *Gauweiler* rendu, la BCE a cependant été

confrontée à un nouveau défi : le défaut de la Grèce.

« Bin doch nicht blöd »

La [presse](#) rapporte que c'est en ces termes que Wolfgang Schäuble s'est adressé à Mario Draghi, lorsque ce dernier, au cours de l'Eurogroupe du 12 juillet 2015, a expliqué les raisons de la crise. Ce serait d'ailleurs la raison pour laquelle l'Eurogroupe aurait prématurément pris fin. Nous ne reviendrons pas ici sur la [crise grecque](#) de l'été 2015. On rappelle uniquement que, le 1^{er} juillet 2015, la Grèce a fait défaut à l'égard du FMI, ce qui a provoqué une nouvelle crise existentielle de la zone euro. À la suite de la victoire du non au référendum organisé par le gouvernement grec, se sont engagées des négociations particulièrement serrées et rudes au terme desquelles le sommet de la zone euro est parvenu à un accord le 13 juillet 2015. Quel rôle joue la BCE dans cette crise ?

La BCE fait partie de la *troïka* qui a été rebaptisée, depuis l'arrivée au pouvoir de M. Tsipras en Grèce, les « institutions ». Celles-ci désignent le FMI, la BCE et la Commission européenne qui sont considérés, par un abus de langage juridiquement incorrect, comme les créanciers de la Grèce. Lorsque la crise des dettes souveraines a éclaté en 2010, la Grèce a bénéficié d'une assistance financière accordée par le FMI et la zone euro. Dans la zone euro, il convient de distinguer les prêts bilatéraux des États membres et les prêts accordés par le [FESF](#) (fonds européen de stabilité financière) auquel a succédé, le 1^{er} juillet 2013, le [MES](#) (mécanisme européen de stabilité). Institution financière internationale établie par un traité conclu entre les États de la zone euro, le MES accorde une assistance financière avec la garantie de ses actionnaires qui ne sont autres que... les États de la zone euro. Conformément à l'article 136, paragraphe 3, TFUE, cette assistance financière requiert une stricte conditionnalité politique. Le conseil des gouverneurs du MES donne ainsi mandat à la Commission, en liaison étroite avec la BCE, pour négocier cette conditionnalité et en examiner la mise en œuvre. La conditionnalité est matérialisée par un protocole d'accord contenant les mesures de politique économique que la Grèce doit mettre en œuvre pour bénéficier de l'assistance financière. C'est donc là que l'on trouve les mesures dites d' « austérité » que les uns fustigent, que les autres encensent ; il ne faut pas oublier que, dans la zone euro, l'austérité est, selon les États, une valeur à défendre ou une erreur à combattre.

En tant qu' « institution » au sens de *troïka*, la BCE est de-

meurée en retrait, du moins est-ce publiquement la posture retenue. Elle s'est cantonnée à un rôle technique puisqu'elle assume la responsabilité de la gestion des opérations d'emprunt et de prêt au titre notamment du MES. Officiellement, on ne trouve guère de traces de l'implication de la BCE dans l'application mise en œuvre de la conditionnalité politique. M. Draghi a davantage laissé au FMI et à la Commission européenne cette tâche technique tout en jouant un rôle aussi actif que discret dans la gestion de la crise. En tout état de cause, les décisions relatives à l'octroi, la suspension ou la suppression de l'assistance financière du MES sont prises, juridiquement, par le conseil des gouverneurs du MES et, politiquement, par les États de la zone euro. C'est la raison pour laquelle l'Eurogroupe a joué un rôle déterminant tout au long de la crise grecque. Cela explique également qu'au moment le plus critique de la crise, le sommet de la zone euro a été réuni. Alors que l'Eurogroupe est composé des ministres des finances de la zone euro, le sommet de la zone euro regroupe les chefs d'État ou de gouvernement ; dans les deux formations, la BCE est invitée à participer aux débats. En tout état de cause, l'Eurogroupe et le sommet de la zone euro sont des enceintes informelles qui n'adoptent pas des actes juridiques.

La BCE est également créancière de la Grèce. En application du programme SMP lancé en 2010 (qui a été remplacé par le programme OMT), la BCE a acheté sur le marché secondaire des titres de dette émis par la Grèce. Des titres sont arrivés justement à maturité le 22 juillet 2015. Toutefois, la BCE ne dispose d'aucune prérogative particulière ; elle est au contraire un créancier comme les autres ; elle doit même l'être puisque, dans le cas contraire, un financement monétaire pourrait être caractérisé.

C'est finalement par un autre moyen que la BCE a joué un rôle décisif tout au long de la crise grecque. On peut même affirmer qu'elle a évité à la Grèce une crise de liquidité telle que, *de facto*, un Grexit serait devenu inéluctable, alors que, *de jure*, rien n'est prévu. En effet, la BCE a maintenu l'*Emergency Liquidity Assistance* (ELA) qui consiste à accorder aux établissements de crédit de la zone euro de la monnaie de banque centrale, non seulement au moyen des opérations de politique monétaire, mais aussi de manière exceptionnelle. L'ELA permet donc à la Banque de Grèce d'octroyer de monnaie de banque centrale aux établissements bancaires solvables qui sont confrontés à des difficultés temporaires de liquidité. Aussi longtemps que l'ELA a été maintenue, la Grèce a pu faire face à l'urgence ;

lorsque le 3^e plan d'aide a été accepté par le Parlement grec, [la BCE a décidé de relever le niveau des liquidités](#). Alors qu'elle est fondée sur un cadre juridique quelque peu évanescent, l'ELA se révèle un instrument déterminant dans la gestion de la crise des dettes souveraines par la BCE. Avec la menace d'un arrêt de l'ELA en cas de défaut de la Grèce à l'égard de la BCE, celle-ci peut exercer une pression sur l'État ; quant à la fixation du niveau de la fourniture de liquidités, il est tout aussi déterminant. Les Grecs ont pu comprendre ce que signifierait concrètement un Grexit lié à un défaut de paiement. Il pèse sur la BCE une responsabilité de taille puisque, une fois que l'ELA aura pris fin, nul ne sait ce qui pourrait se passer si la Grèce venait à faire de nouveau défaut. Au-delà de la question politique et économique, des problèmes juridiques se posent puisque, déjà, des [recours](#) ont été introduits à l'encontre de décisions de la BCE relatives à l'ELA. *A priori* irrecevables à défaut de requérants individuellement et directement concernés au sens de l'article 263, alinéa 4, TFUE, ces recours ont peu de chances du fait d'un contrôle nécessairement restreint du juge.

21 luglio 2015

Fra stato di necessità ed (illecito) intervento economico: il terzo “*Bail Out*” della Grecia

PASQUALE DE SENA (*) e MASSIMO STARITA (φ)

1. Le [conclusioni](#) del vertice dei capi di governo dell'area euro del 12 luglio scorso sulla [richiesta greca](#) di sostegno finanziario europeo, a seguito del [referendum](#) di domenica 5 luglio, sono note a tutti. Forse meno note, ma facilmente [accessibili](#), sono le informazioni relative ai due seguiti principali di tale vertice: a) la [decisione del Consiglio dell'Unione europea](#), del 17 luglio, con cui si è disposta la concessione di un prestito “ponte” di [7 miliardi di euro](#) (dando mandato alla Commissione, di concordarne con la Grecia “the specific economic policy conditions”: art. 2), sulla base del programma predisposto dalle Autorità greche (art. 3 della decisione), ed al fine di consentire di onorare gli impegni di queste ultime con [il Fondo monetario internazionale e la Banca centrale europea](#) b) la [decisione del Consiglio dei governatori del MES](#), del medesimo giorno, con la quale si stabilisce di sostenere, in principio, la stabilità finanziaria greca, nella forma di un programma di prestito e sul presupposto di un *Memorandum of Understanding (MoU)*, destinato ad essere negoziato dalla Grecia con le tre istituzioni a ciò preposte [la “troika”, formata dalla Banca centrale europea (BCE), dalla Commissione europea (CE) e dal Fondo monetario internazionale].

Le vicende cui si è appena fatto riferimento non potevano non riaccendere il dibattito sulla crisi greca, nel quadro più am-

(*) Università Cattolica di Milano.

(φ) Università di Palermo.

pio delle prospettive di sviluppo dell'Unione monetaria nella sua attuale configurazione; prospettive, queste ultime, drammaticamente messe in discussione dall'eventualità – mai così concreta prima d'ora – di una fuoruscita della Grecia dall'area euro. Su tale dibattito, che ha occupato le prime pagine dei principali quotidiani del mondo per tutto il mese di luglio (per una rassegna, v. [questo link](#)), non è possibile, né opportuno, soffermarsi in una sede come questa. Due aspetti, da esso posti in luce, meritano tuttavia di essere richiamati. Ci riferiamo, da una parte, alla questione della *insostenibilità* del debito greco, alla luce delle condizioni generali del Paese; e, d'altra parte, alla *intrusività*, nella sovranità della Grecia, delle misure richieste – nelle concitate fasi di svolgimento del vertice del 12 luglio – in cambio della corresponsione dei finanziamenti necessari. Sull' *insostenibilità* del debito greco nel corso dei prossimi anni e sull'inadeguatezza delle proposte europee, si è pronunciato, com'è noto, il Fondo monetario, sia tramite un *Country Report* (distribuito, con uno specifico [allegato](#) del 26 giugno, all'*Executive Board* del Fondo stesso il 10 luglio, e ai Ministri delle finanze dell'area euro, il giorno successivo: per le reazioni in ambito europeo, v. [anche qui](#)), sia tramite un' [intervista](#) rilasciata dalla sua “managing director”, Christine Lagarde, il 17 luglio, sia nel contesto dei [negoziati attualmente in corso ad Atene](#) (v. anche [qui](#)); è poi appena il caso di aggiungere che l'[opinione](#) espressa, l'8 luglio scorso, dal Segretario statunitense al Tesoro è, anch'essa, perfettamente in linea con queste prese di posizione. Quanto all'*intrusività* delle misure richieste al Governo greco – anzitutto sotto il profilo della “sovranità fiscale” – è sufficiente qui riferirsi ad una [intervista recentemente rilasciata](#) dallo stesso Presidente della CE (in cui l'*intrusività* di tali misure è indirettamente – ma assai chiaramente – riconosciuta: v. *infra*, par. 4), nonché all'orientamento generale della discussione, svoltasi, ancora una volta, su alcune delle principali testate giornalistiche internazionali; discussione, quest'ultima, nell'ambito della quale si è più volte adombrata l'ipotesi (v., ad es., [qui](#), [qui](#), [qui](#) e [qui](#)) che il terzo “bail out” si sia tradotto, in realtà, nell'istituzione di una sorta di “protettorato” economico europeo sulla Grecia.

Ci sembra che entrambi i profili in questione – al di là delle loro complessità tecniche, e delle semplificazioni cui, proprio perciò, possono dar luogo – si prestino a qualche breve considerazione di carattere giuridico-internazionalistico. In altre parole, la questione della *insostenibilità* del debito estero greco spinge a

svolgere qualche riflessione sulla prospettiva che la figura dello stato di necessità si trovi ad essere invocata, alla luce delle condizioni generali del Paese, in relazione ad un possibile (se non probabile), ulteriore inadempimento degli obblighi di restituzione del suddetto debito, specificamente derivanti dagli ultimi finanziamenti deliberati in sede europea (paragrafi 2 e 3). Inoltre, l'*intrusività* delle condizioni poste alla Grecia, e le stesse *modalità* del relativo processo di determinazione, richiedono, anch'esse, qualche riflessione sulla loro idoneità ad essere qualificate come un'interferenza internazionalmente illecita negli affari interni della Grecia (par. 4).

2. Una prima questione che si pone, nel considerare la prospettiva del ricorso alla figura dello stato di necessità, al fine di giustificare l'eventuale, ulteriore inadempimento di obblighi internazionali derivanti dall'enorme debito greco, concerne il foro in cui una simile causa di giustificazione potrebbe esser fatta valere. Al riguardo è facile rispondere che tale foro non potrebbe che essere la Corte di giustizia dell'Unione europea, sia con riferimento al prestito "ponte", disposto dalla decisione del Consiglio dell'Unione del 17 luglio scorso, sia con riferimento alla decisione adottata, in pari data, dal Consiglio dei Governatori del MES (v. *supra* per entrambe). Nel caso del prestito "ponte", venendo in rilievo una decisione del Consiglio dell'Unione europea, presa ai sensi dell'art. 122, c. 2, TFUE, l'eventuale inosservanza greca delle condizioni ivi fissate (e destinate a ricevere specificazione in un successivo *MoU*, nonché in un *Loan Facility agreement*) potrebbe dar luogo a una procedura d'infrazione, su iniziativa della Commissione o degli Stati membri (art. 258 TFUE). Pur non rientrando, invece, la decisione del Consiglio dei Governatori del MES nel diritto dell'Unione, la controversia nascente dalla eventuale, mancata restituzione dei finanziamenti erogati su questa base, ricadrebbe ugualmente nella competenza della Corte di giustizia, che deve pronunciarsi, in ultima istanza, ai sensi dell'articolo 37, c. 3 del Trattato istitutivo del MES – sull'applicazione e sull'interpretazione di quest'ultimo – nel caso in cui una decisione resa dal Consiglio dei governatori del MES sia oggetto di contestazione (art. 37, c. 2).

In modo ugualmente positivo può anche risponderci alla questione se i principi di diritto internazionale in tema di stato di necessità siano destinati a trovare applicazione, da parte della Corte di giustizia, in entrambi i casi tracciati. A parte l'ovvia constatazione per cui il diritto internazionale, ivi compreso il diritto in-

ternazionale generale, vincola l'Unione (art. 5 TUE e, nella giurisprudenza della Corte di giustizia, ad es.: [Air Transport Association](#), punto 101; [Racke](#), punti 45 e 46; [Poulsen e Diva Navigation](#), punti 9 e 10), non ci pare – per quanto attiene al primo dei due casi in esame – che vi siano motivi per ritenere che l'applicazione dei principi in oggetto possa rivelarsi incompatibile con i meccanismi (di fondo) di funzionamento dell'Unione europea [la necessità era stata ricostruita come “principio generale del diritto pubblico”, da P. Lagrange, nelle conclusioni relative alla causa [7/61, Commissione c. Italia](#), nel cui ambito la stessa Commissione riconobbe, *in principio*, l'operatività dello stato di necessità nel diritto comunitario (ivi, p. 636), peraltro – giustamente – ritenuto inapplicabile nel caso concreto: sul punto, v. anche [Gradoni](#), p. 227 s., cui si deve questa segnalazione]. Nessun ostacolo si frappone, poi, ad una simile prospettiva, neppure nel secondo caso, tanto più se si considera che il Trattato istitutivo del MES è un trattato internazionale, seppure concluso fra gli Stati membri dell'Unione dell'area euro, sulla base dell'articolo 136 TFUE (secondo considerando del preambolo di detto Trattato; in generale, v. anche la decisione [Pringle](#)).

3. Ciò premesso, su quali presupposti, ed entro quali limiti, potrebbe farsi valere lo stato di necessità, da parte greca, richiamandosi – alla luce delle condizioni generali del Paese – all'insostenibilità del debito, ora riconosciuta dallo stesso Fondo monetario internazionale? A questo proposito viene in rilievo la disciplina internazionalistica, ricavabile, non solo dall'articolo 25 del [Progetto di articoli sulla responsabilità degli Stati del 2001](#), ma anche da qualche sviluppo successivo. Secondo il suddetto articolo, fermo restando che lo stato di necessità non può essere invocato nell'ipotesi in cui esso implichi la violazione di norme di *jus cogens*, tre sono le condizioni necessarie per farlo valere: 1) che non vi sia altro mezzo per proteggere un interesse essenziale da un pericolo grave ed imminente; 2) che non si pregiudichi così un interesse essenziale dello Stato o degli Stati nei confronti dei quali l'obbligo esista, ovvero della comunità internazionale nel suo complesso; 3) che lo Stato che lo invochi non abbia contribuito a creare la situazione di necessità.

Quanto alla prima delle condizioni qui sopra indicate, è sufficiente ricordare quel che si è verificato con riferimento alla rata di pagamento del debito greco nei confronti del FMI, in scadenza nel giugno scorso; rata che il governo greco aveva dichiarato, già in maggio, di non poter pagare, a fronte dell'esigenza primaria di

corrispondere stipendi e pensioni (per bocca del suo [Ministro degli interni](#); v. anche [qui](#)), ed in mancanza di sostegno esterno. Sarebbe insomma piuttosto difficile che una simile situazione, chiaramente configurabile come stato di necessità, ... cambi di natura, ove essa dovesse riproporsi, nel prossimo futuro, relativamente agli obblighi di restituzione, appena assunti nei confronti dell'Unione e in corso di assunzione nei confronti del MES; e questo, tanto più alla luce delle chiare previsioni operate dal Fondo, in assenza di prospettive di riduzione (o, perlomeno, di allungamento) del debito complessivo della Grecia.

Altrettanto difficile ci pare poi affermare che, invocando lo stato di necessità, la Grecia sia in grado di pregiudicare *tout court* gli interessi essenziali dei soggetti nei confronti dei quali gli obblighi di restituzione sono diretti; soggetti, questi ultimi, che, in entrambi i casi qui considerati, perlomeno *direttamente e formalmente*, neppure sarebbero Stati, ma, piuttosto, l'Unione e il MES (sul configurarsi di quest'ultimo come organizzazione internazionale, v. Cafaro in [Vellano e Adinolfi](#)). Fermo restando che la valutazione in questione dipende dall'entità effettiva dell'eventuale inadempimento, oltre che da una serie di circostanze non pre-determinabili in astratto (ad es.: situazione economica internazionale, situazione economica degli Stati della zona euro, in rapporto alla loro esposizione con il MES, ecc.), non riteniamo che tale valutazione sia destinata a risolversi, in ipotesi, in un esito necessariamente negativo per la Grecia, ove il suddetto inadempimento riguardasse i 7 miliardi del "prestito ponte" a carico dell'Unione, e/o i 50 (previsti) a carico del MES (v. [qui](#)). Basti solo richiamare, a tacer d'altro (ci riferiamo all'ampio dibattito sulla reale destinazione dei [237](#) miliardi di euro sinora concessi alla Grecia, per il quale si vedano, ad es.: [Blanchard](#), [Mouzakis](#), [Zingales](#), [Zezza](#)), la ridotta entità del prestito ponte, vista in rapporto al bilancio complessivo dell'Unione (su cui esso grava: v. [qui](#) per il 2015), nonché in rapporto agli obblighi di rimborso a carico degli Stati dell'area euro nei confronti degli Stati "non-euro" (punto 9 del preambolo della decisione 2015/1181, cit. *supra*); ed ancora, la (s)proporzione fra il finanziamento MES e la [capacità complessiva di prestito](#) di quest'ultimo (455 miliardi di euro), ovvero il suo complessivo [stock di capitale](#) (709 miliardi di euro).

Problemi più delicati sono viceversa destinati a porsi con riferimento alla terza condizione enunciata nell'articolo 25, in base alla quale la Grecia, al fine di invocare lo stato di necessità,

dovrebbe dimostrare di *non* aver contribuito a provocarlo. E' facile osservare, infatti, che lo stesso Fondo monetario, nei due documenti citati poco sopra, tende ad imputare la prospettiva dell'insostenibilità del debito greco, per gli anni a venire, proprio all'azione complessiva del Governo Tsipras; ed è altrettanto facile rilevare che il medesimo orientamento traspare chiaramente dagli esiti del vertice del 12 luglio scorso (*supra*), se si considera il rigore delle condizioni poste alla Grecia per la concessione dei finanziamenti da questa richiesti.

Malgrado quanto precede, non ci sembra che la possibilità d'invocare lo stato di necessità, per giustificare l'eventuale inadempimento degli obblighi di restituzione recentemente assunti dalla Grecia, sia da ritenersi completamente preclusa; al contrario, in favore di questa possibilità possono citarsi (perlomeno) tre circostanze. In *primo* luogo, va qui ricordato che, da più parti, si tende oramai a ritenere che la condizione in esame andrebbe superata con riferimento a crisi di carattere economico, giacché, altrimenti, essa finirebbe per rendere del tutto inoperante il principio dello stato di necessità in tali situazioni. E' pressoché impossibile, infatti, che simili crisi non siano imputabili *anche* all'azione dello Stato che invochi, per l'appunto, uno stato di necessità ([Tomuschat](#), [Waibel](#), [Pustorino](#)).

Siffatto orientamento – e veniamo così alla *seconda* circostanza – oltre a ricollegarsi a una pronuncia resa nel 2006 da un Tribunale arbitrale ICSID, nel caso [LG&E Energy Corp., LG&E Capital Corp., and LG&E International, Inc. v. Argentine Republic](#), in cui si riconobbe – con una certa larghezza – il ricorrere dello stato di necessità relativamente al “default” argentino del 2001 (par. 245 ss., spec., paragrafi 256 e 257), sembra poi trovare ulteriore conferma, perlomeno in una delle due decisioni, con le quali due Comitati *ad-hoc*, ugualmente costituiti in sede ICSID, hanno annullato, nel 2010, le sentenze [Enron](#) e [Sempra](#) (per le sentenze annullate, v. [qui](#) e [qui](#)). Nella decisione sul caso *Sempra* l'annullamento è avvenuto infatti sul presupposto che la disciplina consuetudinaria in tema di stato di necessità *non* fosse sovrapponibile a quella relativa allo stato d'emergenza, dettata dall'art. XI del [BIT rilevante](#); e ciò, in ragione della (evidente) *maggiore ampiezza* della seconda rispetto alla prima – *erroneamente ritenuta prevalente nella sentenza originaria* – e per l'esigenza di applicare proprio la seconda alla controversia oggetto del giudizio (paragrafi 208-219; v. anche [Savarese](#)).

Last, but not least, la plausibilità dell'eventuale ricorso allo stato di necessità deriva dalle caratteristiche della situazione complessiva in cui potrebbe ritrovarsi la Grecia, malgrado il terzo "bail out" (o, forse, proprio in ragione delle condizioni cui esso è subordinato!). E' piuttosto chiaro che l'insostenibilità del debito – preconizzata dal Fondo monetario ed imputata al Governo Tsipras – non potrebbe che inquadrarsi in una continuazione della gravissima recessione, in atto fin dal 2010, i cui drammatici risvolti sociali sono stati certificati, nel 2014, anche in uno [specifico rapporto](#) dell'esperto indipendente del Consiglio dei diritti umani sugli effetti del debito esterno. Ci pare allora assai difficile ipotizzare che l'azione condotta negli ultimi mesi dal Governo greco – indipendentemente dai suoi effetti sul piano specifico della futura sostenibilità del debito (a proposito dei quali, si v., peraltro, l'opinione fortemente critica di [Krugman](#) rispetto alla posizione del Fondo monetario) – costituisca un contributo determinante ad un probabile peggioramento della suddetta recessione; tale, cioè, da causare essa stessa un inadempimento degli obblighi di restituzione incombenti sulla Grecia. Riguardo a una simile prospettiva, ci sembra piuttosto che il contributo recente, da parte greca, alla terribile crisi del Paese – *if any* – sarebbe semmai qualificabile, secondo le parole usate dalla stessa Commissione del diritto internazionale nel commento all'articolo 25 del Progetto 2001, come "incidental or peripheral" (par. 20); dunque, come *inidonea* precludere il ricorso allo stato di necessità, anche ai sensi di questa disposizione. Ferme restando le pesanti responsabilità dei governi greci del primo decennio degli anni 2000 in ordine alle violazioni del Patto di stabilità e crescita verificatesi in quel periodo (responsabilità apertamente riconosciute dal Primo ministro [Papandreou](#) nell'ottobre 2009, e condivise con alcune [banche internazionali](#)), è fin troppo agevole sottolineare, infatti, che la crisi recessiva, e i suoi drammatici effetti sociali, sono riconducibili in larghissima misura alle politiche di austerità, praticate nel corso degli ultimi anni, in omaggio alle condizioni poste per i primi due "bail out". Tale circostanza emerge, in termini inequivoci, dal rapporto di Cephias Lumina poc'anzi citato, ed è stata riconosciuta dallo stesso Fondo monetario, in un noto [rapporto](#) del giugno 2013 (*adde*, ancora, [Krugman](#)). Né alcun elemento di continuità rispetto alle persistenti violazioni di norme europee poco sopra accennate potrebbe ravvisarsi nelle politiche recenti del governo greco; basti solo pensare che le mi-

sure di austerità adottate a fronte dei due “bail out” precedenti sono state concretamente messe in opera dai governi succedutisi fra il 2011 e il 2014, i quali hanno uniformato i loro comportamenti alle condizioni poste dai creditori (v. ancora la circostanziata ricostruzione operata da Cephias Lumina – paragrafi 17-39 – nonché [qui](#)); e basti infine aggiungere che il governo Tsipras era stato eletto col mandato di superare tali politiche, proprio attraverso il tentativo di ottenere una [rinegoziazione del debito esterno](#) greco, ritenuto in grado di pregiudicare qualsiasi prospettiva di sviluppo del Paese, in un’ottica simile a quella adottata poi dallo stesso Fondo monetario (!), come si è più volte fatto rilevare.

Nell’ipotesi in cui un ricorso allo stato di necessità dovesse effettivamente verificarsi, ci sembra allora che il contributo dato dal Governo greco nel corso del 2015 all’aggravamento della situazione recessiva – ripetiamo, *if any* – potrebbe semmai rilevare “al fine di accrescere in misura corrispondente [...] l’indennizzo previsto dall’articolo 26 del progetto della Commissione del diritto internazionale” (Pustorino, cit., *supra*, p. 423); indennizzo, quest’ultimo, stabilito con generale riferimento alle cause di esclusione dell’illecito. Ove una scelta del genere dovesse esser fatta dalla Grecia, ci pare poi che, proprio alla luce dei profili di coincidenza della posizione greca con quella del Fondo monetario, essa (scelta) potrebbe essere concordata, *perlomeno sul piano quantitativo*, col Fondo stesso e/o con gli altri soggetti creditori. In questo modo, tale scelta, non solo si porrebbe in linea con l’esigenza di attenuare l’inevitabile unilateralismo insito nel modo di operare dello stato di necessità (sulla quale, v. par. 15 del commento all’art. 25 del Progetto sulla responsabilità degli Stati), ma consentirebbe, a ben vedere, anche di *aggirare* gli [ostacoli](#) di carattere formale, fatti valere nel corso del negoziato, dal punto di vista del diritto dell’Unione europea, rispetto alla prospettiva di un’eventuale ristrutturazione del debito. Indipendentemente dalla questione se l’articolo 125 del TFUE consenta una ristrutturazione del debito di un Paese membro (su cui, v. ad es., [Gerner-Beuerle](#) e McDonnell, in [Rossi e Casolari](#); relativamente alla prassi del “bail out”, v., invece, già [Tosato](#)), la scelta di ricorrere allo stato di necessità potrebbe, insomma, condurre *de facto* a tale risultato, ove essa fosse, per l’appunto, previamente concertata, *perlomeno sul piano quantitativo*, “with other states or through international organizations” (par. 15, cit. *supra*).

4. Passiamo ora a considerare se il comportamento tenuto dagli Stati della zona euro nel corso della crisi del debito greco e, in particolare, nel corso della sua fase più recente, costituisca una forma d'intervento economico vietata dall'ordinamento internazionale. Più esattamente: si può pensare che, dal punto di vista dell'ordinamento internazionale, le condizioni poste alla Grecia da questi Stati nell'ambito di riunioni del cd. vertice dell'area euro (o, in certi casi, dalla Commissione per conto degli Stati stessi) siano idonee a violarne la sovranità economica ovvero, se si preferisce, a violare il diritto all'autodeterminazione del popolo greco (purché si intenda quest'ultima, come si suol dire, in senso negativo o "enfatico")?

Al riguardo desta un certo interesse il fatto che in un'intervista rilasciata lo scorso 22 luglio ad alcuni giornali, il Presidente della CE, Juncker, abbia affermato che le proposte ultimative di accordo fatte alla Grecia tenevano conto della necessità di "lasciare a questa grande nazione uno spazio di autodeterminazione" (rif. *supra*, par. 1).

Il brano appena riportato solleva una serie di interrogativi. In primo luogo ci si può chiedere se la scelta di "lasciare" lo spazio di cui parla il Juncker sia stata dettata da ragioni di natura meramente politica o, invece, dall'esigenza di rispettare una norma giuridica. Se, poi, si dovesse accedere alla seconda ipotesi, se cioè si dovesse intendere quel riferimento di Juncker ad uno spazio di autodeterminazione del popolo greco come un limite giuridico che andrebbe rispettato pure nel caso di prestiti sottoposti a clausole di condizionalità, si aprirebbe il problema di capire meglio in cosa consista quello "spazio", e di verificare, poi, se il potere di libera scelta politica ed economica, ancora considerato dall'ordinamento, come immune dalla coercizione economica altrui, sia stato poi davvero rispettato nel caso concreto.

Per impostare l'analisi, cominciamo col sottolineare che, se è unanimemente riconosciuta la liceità delle "semplici" misure di pressione economica, la questione se almeno certe ipotesi più gravi d'ingerenza siano idonee a fuoriuscire dalla categoria delle semplici "influenze", e a costituire un intervento illecito, è stata oggetto di un lungo dibattito. Com'è noto, soprattutto *negli anni '60 e '70*, essa rivestì un rilievo centrale, in corrispondenza con la penetrazione nell'ordinamento internazionale di valori di giustizia economica di cui si erano fatti portatori i Paesi in via di sviluppo. Questa fase storica è infatti caratterizzata sia

dall'emersione di nuove norme giuridiche che effettivamente riflettevano l'emergenza di tali valori – ad es., il principio della sovranità permanente sulle risorse naturali – sia dall'adozione, da parte dell'Assemblea generale dell'ONU, di risoluzioni e dichiarazioni di principi contenenti ambiziosi programmi di ristrutturazione delle relazioni economiche internazionali (in particolare il cd. Nuovo Ordine Economico Internazionale, NOEI).

Era peraltro difficile ricostruire le situazioni in cui la mera influenza economica si trasformasse in intervento illecito. Non mancavano, tuttavia, sforzi in tal senso. Secondo un'opinione, in particolare, non era da escludere la possibilità che il diritto internazionale si proponesse “di rendere immediatamente illecito il comportamento di “intervento” di uno Stato, circoscrivendo in modo “dettagliato” la fattispecie rilevante, in ragione del grado elevato di coercizione e di pressione sulla libertà di un altro Stato che tale comportamento pone o è idoneo oggettivamente a porre in essere”. (Picone, RDI, 1980)

Nella *nuova* fase storica, iniziata con la presidenza Reagan e proseguita con il crollo del blocco sovietico, i mezzi di pressione economica sugli Stati a disposizione tanto degli operatori economici privati, come degli altri Stati, crescono, per effetto della diffusione globale di idee neo-liberiste. Le pretese legate al cd. diritto allo sviluppo sono progressivamente abbandonate e gli Stati in via di sviluppo ricorrono direttamente al mercato, al Fondo monetario, o ad accordi bilaterali per finanziarsi. La concessione dei prestiti a questi Paesi, così come del resto, in un secondo momento, le risposte alla cd. crisi del debito sovrano, sono inserite, com'è noto, in politiche di condizionalità economica di stampo, per l'appunto, neo-liberista.

In questo mutato contesto, le difficoltà legate alla individuazione di forme di intervento illecito, già presenti, come notato, nel corso dei decenni precedenti, aumentano inevitabilmente. Le pressioni economiche che si realizzano nelle politiche di condizionalità sembrano espressione di un nuovo, più vasto spazio di libertà economica degli Stati, delle Organizzazioni internazionali e dei privati a scapito della “sovranità economica” degli Stati che le subiscono.

La questione, tuttavia, resta ed assume, anzi, proprio in ragione degli accennati sviluppi, un valore drammatico. Si tratta, infatti, di capire se i concetti di “sovranità economica” e di “autodeterminazione economica”, o alcuni aspetti ad essi riconducibili, siano sopravvissuti ai cambiamenti dei valori di riferimen-

to ed al connesso fallimento del NOEI, o se, invece, tale fallimento li abbia completamente travolti (sulla parabola discendente del NOEI v. [Sacerdoti](#)). Si capisce bene che la seconda prospettiva ci restituirebbe l'immagine di un ordinamento – per così dire – “appiattito” su un modello di relazioni economiche internazionali interamente governate dalla logica del “mercato” e dei rapporti di forza sul piano finanziario. In una simile prospettiva, della sovranità o dell'autodeterminazione economica ben poco resterebbe, se non l'aspetto formale, consistente nella “libertà” di accettare o meno le misure economiche proposte dai creditori.

La sentenza [Nicaragua](#), che, letta a distanza di trent'anni, sembra fare da cerniera alle due fasi storiche cui prima si accennava – sentenza nella quale la CIG ha affermato che semplici misure di pressione economica non sono vietate dal principio di non-intervento (par. 245) – lascia intatta la questione di sapere se altri, più gravi, comportamenti possano dar vita ad un'illecita coercizione economica. Il carattere ancora aperto della problematica è testimoniato, del resto dalle parole usate nella decima edizione del manuale di [Conforti](#), nel quale si afferma che “qualora queste misure siano contemporaneamente e sistematicamente prese, ed inoltre abbiano come unico scopo quello di influire sulle scelte dello Stato straniero (non siano anche dirette cioè a reagire a comportamenti illeciti dello Stato straniero medesimo), esse devono considerarsi come vietate” (ivi, p. 268). Non mancano, inoltre, autori che, già riguardo alle rigide politiche di condizionalità del Fondo monetario degli anni '90, hanno immaginato la possibilità di considerarle in violazione del principio di non intervento nelle scelte politiche degli Stati che ne chiedevano il sostegno finanziario (v. ad es., nel 1998, [Meng](#)).

Le brevi riflessioni che precedono ci permettono di affrontare la questione che ci siamo posti all'inizio, se cioè sia possibile ravvisare nella politica assunta dagli Stati della zona euro nei riguardi della crisi del debito greco una violazione del principio di non intervento. È bene tenere presente che le misure di cui si discute consistono nella deliberazione delle condizioni per l'accesso al credito. Tali misure ci sembrano presentare le seguenti caratteristiche fondamentali: a) *Unilateralità*. Anche se formalizzate dopo negoziati con la Grecia, le misure in esame sono state sostanzialmente già decise dal Consiglio dei governatori del MES (e, sulla base del mandato da quest'ultimo conferitole, dalla Commissione europea), ovvero dai vertici degli Stati dell'area euro. I margini di negoziazione con lo Stato mem-

bro che fa richiesta di assistenza sono evidentemente contenuti in una cornice già definita, in parte dai principi su cui si fonda il MES (oltre che il mandato conferito alla Commissione europea dal Consiglio dei governatori, ai sensi dell'art. 5, par. 6, lett. g) del Trattato istitutivo), in parte dalle conferenti disposizioni del TFUE (art. 122 ss.); b) *Idoneità a produrre effetti giuridici*. Anche prima della formale accettazione da parte del destinatario, le proposte ultimative, e cioè gli atti contenenti le condizioni finali per l'erogazione dei prestiti (e le massime concessioni possibili a quello Stato) producono effetti nella sfera giuridica dello Stato che ne fa richiesta. Nel procedimento che conduce alla concessione del prestito, la decisione circa le condizioni ha la funzione specifica di indicare quali comportamenti deve tenere lo Stato che ha richiesto il prestito per potervi accedere, con la conseguenza che tali comportamenti sembrano rientrare – già prima della conclusione di un formale accordo – nella figura dell'*onere* (v. *infra*, con particolare riferimento all'evoluzione recente della crisi greca); c) *Carattere pervasivo*. Le misure indicate nei vertici degli Stati della zona euro, destinate poi ad essere cristallizzate nei *MoU*, sono capillari e spaziano in ambiti molto diversi tra loro; lette nel loro insieme, esse comportano, insomma, l'adozione di un vero e proprio programma politico di governo del Paese.

Una *prima possibilità*, in linea con la prospettiva indicata in astratto da Conforti, ci sembra allora quella di considerare la gestione della crisi del debito greco nel suo insieme, a partire dai due primi accordi di salvataggio del 2010 e sino all'ultima fase, (culminata nelle conclusioni del vertice del 12 luglio scorso: *supra*), come contrastante con il principio di non intervento. Entrambi i presupposti indicati dalla suddetta opinione sembrerebbero rinvenibili nell'azione condotta dagli Stati della zona euro: tanto il carattere sistematico delle pressioni economiche, quanto lo scopo d'influire sulle scelte di politica economica del Paese destinatario. Da tale punto di vista, in particolare, si potrebbe notare che, se è vero che lo scopo del prestito è quello di salvaguardare la stabilità della zona euro, le modalità secondo le quali l'obiettivo in questione è realizzato potrebbero nondimeno configurare una sorta di "protettorato" economico sullo Stato che ne è beneficiario (ancora *supra*, par. 1).

Un ostacolo rispetto ad una conclusione di questo genere è costituito peraltro dalla circostanza che nel quadro dei diversi "bail out", le pressioni economiche, per quanto profonde e co-

stanti, sono state sempre *accettate* dal governo greco. Quest'ultima circostanza spinge, in particolare, a ridimensionare il carattere "unilaterale" delle proposte, prima sottolineato, potendosi (forse) sostenere che anche tali proposte risultino in qualche modo accettate, già con la ratifica del MES (v. artt. 12 ss. del Trattato istitutivo,); e ciò, a meno di non voler ritenere che il consenso greco sia, sin dall'inizio della crisi, inidoneo a legittimare l'ingerenza, in ragione della gravità della situazione economica in cui fu prestato. Ma chiunque vede le difficoltà che solleva la dimostrazione di una simile tesi.

Esiste peraltro una *seconda, possibile ricostruzione*, la quale, a nostro avviso, supera, perlomeno in parte, le difficoltà che incontra la precedente in relazione al caso in esame. Essa consiste nel ritenere che soltanto *l'ultimo segmento* di questa politica - concretatosi nella dichiarazione del vertice degli Stati dell'area euro, più volte ricordata - costituisca una violazione del principio di non intervento. Ciò, in ragione di due elementi: a) il *primo* è costituito dall'*accentuato "unilateralismo"* di tale dichiarazione, dal momento che le condizioni per l'accesso al prestito, in essa formalizzate, devono essere adempiute *prima* della concessione del prestito e della firma di nuovi *MoU*; b) il *secondo* è costituito dall'aggravarsi dell'emergenza economica in Grecia; emergenza definita - già prima delle vicende di luglio - dal [Primo ministro greco](#) e dallo stesso [Presidente della Commissione](#) come situazione di "emergenza umanitaria", nella quale, dunque, l'accesso al finanziamento esterno si configura come una *necessità*.

Queste due circostanze, unitamente alle altre circostanze prima ricordate, comuni a tutte le clausole di condizionalità, renderebbero possibile riportare al concetto di *coercion (contrainte)* quanto meno quest'ultima fase dell'intervento economico. A tal riguardo si può del resto sottolineare che la Commissione del diritto internazionale, pur pronunciandosi *ad un diverso fine* - e cioè, allo scopo di delineare figura della *coercion(contrainte)*, prevista dall'articolo 18 del Progetto sulla responsabilità degli Stati (cit. *supra*) - ha definito il comportamento coercitivo come quel comportamento che si riveli in grado di condizionare la volontà dello Stato che lo subisca fino al punto di " [...] giving it no effective choice but to comply with the wishes of the coercing State" (par. 2; per un'impostazione analoga, relativa al caso della *coercion* esercitata proprio tramite la concessione di un "es-

sential loan”, da parte di un’organizzazione finanziaria internazionale, v. anche il par. 28 del [Terzo rapporto sulla Responsabilità delle organizzazioni internazionali](#)).

Ci pare interessante sottolineare, infine, che l’ipotesi per ultima abbozzata permetterebbe di risolvere, più agevolmente della *prima ipotesi*, il problema dell’imputazione della violazione del principio di non intervento nel senso dell’attribuzione agli Stati della zona euro. Nella *prima ipotesi*, infatti, gli Stati membri agiscono, almeno in parte, all’interno del MES e dell’Unione europea, con la conseguenza che la loro responsabilità potrebbe scattare solo se si dimostrasse, in linea con quanto stabilito dall’art. 60 del [Progetto di articoli sulla responsabilità delle organizzazioni internazionali](#), che essi abbiano inteso aggirare gli obblighi internazionali a loro carico, avvalendosi delle competenze attribuite alle suddette organizzazioni (per una discussione di questa ipotesi in relazione ai prestiti del Fondo e della Banca mondiale, v. [De Sena](#)). Nella *seconda proposta* ricostruttiva, invece, la responsabilità degli Stati in questione deriverebbe dal comportamento tenuto *già al di fuori* degli organi del MES e dell’Unione, poiché, come si è visto, le richieste ultimative risultano definite in una dichiarazione resa in un vertice degli Stati dell’area euro. E’ appena il caso di aggiungere che quest’ultima circostanza è in linea con la più generale tendenza degli Stati membri dell’Unione ad avvalersi del meccanismo dei vertici e delle dichiarazioni nel quadro della politica economica (a proposito dell’azione del Consiglio europeo, v. [Starita](#)).

5. Dunque, a stare a quanto precede, vi è qualche motivo per ritenere che la posizione di Stati fortemente indebitati verso l’esterno – fra i quali la Grecia – *potrebbe* esser fatta valere, sul piano giuridico, anche al di là del ricorso allo stato di necessità (paragrafi 2 e 3) per giustificare un eventuale inadempimento di obblighi di restituzione; e cioè, anche in virtù dell’operare del principio del non intervento, con riferimento alle modalità di determinazione delle condizioni di concessione dei finanziamenti volta a volta rilevanti. Diciamo *potrebbe*, perché, pur sembrandoci ciò vero *in astratto*, resta piuttosto difficile, nelle presenti condizioni storiche, che le garanzie offerte dall’ordinamento internazionale a questo scopo (si pensi, per esempio, a un eventuale ricorso, da parte greca, alla Corte internazionale di giustizia o a un arbitrato internazionale) finiscano per essere azionate *in concreto*. Se è vero, insomma, che tale ordinamento non si mostra ancora del tutto “appiattito” su un mo-

dello di relazioni economiche internazionali governate dalla logica del “mercato” e dei rapporti di forza sul piano finanziario, è altresì chiaro che il contesto complessivo in cui il suddetto principio è destinato ad operare è ben diverso da quello in cui esso è maturato (*supra*, in questo paragrafo); e non vi è chi non veda che in un simile contesto i margini effettivi – di carattere politico ed economico – per farlo valere sono, a dir poco, assai ristretti. Ritornando in chiusura sul caso della Grecia, un maggiore ottimismo si può ... mestamente esprimere riguardo alle prospettive di operatività della figura dello stato di necessità, per le considerazioni che abbiamo cercato di sviluppare poco sopra (paragrafi 2 e 3). Ben altro oggetto ha il ... pessimismo che da siffatte considerazioni potrebbe, a ben vedere, sprigionarsi, investendo niente di meno che ... le future prospettive dell'integrazione europea nell'area euro. Ma di queste ultime, non tema il lettore, non abbiamo alcuna intenzione di occuparci.

4 agosto 2015

Handle with care: the citizens' initiative on the Greek debt

MARCO INGLESE (*)

1. The Greek debt crisis has attracted so many comments that it would be practically impossible to provide a full account of the current debate. It suffices to consider the complex overlapping of several actors – such as the European Commission, the so-called Eurogroup, the International Monetary Fund, the European Central Bank, Greek banks, Greece itself- with their different roles to admit that the final say is yet to come. Moreover, it is also well known that, especially after the referendum held in July, the Greek financial and economic framework is still a jigsaw made of patches, loans and bailouts.

Far from newspapers' headlines and Commission press releases, people were also engaged in this heated battle seeking to exploit a new instrument introduced by the Treaty of Lisbon: the citizens' initiative (hereinafter CI). Pursuant to Article 11 TEU (see [Mendes](#) and [Cuesta Lopes](#)), one million of citizens, from a significant number of member States, can invite the Commission -within the scope of its powers- to propose a legal act which they deem to be necessary to implement the Treaty. Article 24 TFEU is the legal basis of [regulation 2011/211](#) which sets out the procedures on registration and follow-up of a CI (see [Dougan](#)).

The case [Anagnostakis v. Commission](#), decided on the 30th September by the General Court, was introduced to challenge the European Commission [decision](#) that denied the registration of the CI "[One million signatures for Europe](#)". The initiative was aimed at introducing -within Title VIII of the Treaty (eco-

(*) University of Sarajevo.

conomic and monetary policy)- the principle of the state of necessity, thereby enabling a State not to pay its own debts to the extent that the payment would jeopardize the very existence of the State itself. The General Court dismissed Mr. Anagnostakis claim and soon thereafter the applicant issued a [press release](#) contesting the formalistic approach taken by the European Union in respect of such an important democratic means.

The case has already been commented in [Daniel Sarmiento's](#) blog. However, the author mainly focused, on the one hand, on the powers attributed to the Commission; on the other, whether this kind of litigation might influence the distribution of competences among EU institutions. We will instead seek to follow a different path.

This contribution will, firstly, analyze the General Court judgment and, secondly, provide a general overview of the state of necessity doctrine in light of the solution adopted in the Anagnostakis case. We will finally offer some remarks on the use of the CI and the role that it might play in order to enhance the democratic participation to the political life of the European Union.

2. The legal reasoning of the General Court's judgment can be split in two parts: whereas the first assesses whether the denial of registration satisfied the duty to give reasons, the second seeks to ascertain whether the introduction of the state of necessity doctrine would fall within the framework of the Commission's powers concerning the economic and monetary policy.

First and foremost the General Court recalls that the EU is based on the principle of conferral and that it applies to the European Union as a whole, thus including its institutions. Against this framework, the Commission has to decide whether the citizens' initiative falls within its attributed powers. Indeed, as provided for by Article 4, para 2, letter b, of regulation 2011/211 the Commission shall register the CI whereas it «does not manifestly fall outside the framework of the Commission's powers to submit a proposal for a legal act of the Union for the purpose of implementing the Treaties». Hence, this apparently formal requirement becomes a substantial assessment of the Commission's competences.

The General Court holds that the Commission complied with the duty to give reasons in respect of the registration refusal. Not only this obligation stems from Article 296 TFEU and Article 41 of the Charter of Fundamental Rights of the European Union but is also specified in Article 4, para 3, of regulation 2011/211. In

particular, the Commission argued that the state of necessity principle is not linked to any of its powers within the framework of Title VIII of the Treaty, more specifically, that neither Article 122 TFEU nor Article 136 TFEU would constitute the proper legal basis for its introduction. Moreover, those two provisions have been identified only during the hearing and not in the previous stage, thereby enhancing the legitimacy of the Commission's refusal.

The General Court turns now the attention to articles 122 and 136 TFEU.

3. Mr. Anagnostakis claims that the introduction of the state of necessity doctrine would be consistent with the reading of article 122 TFEU. Indeed, this provision allows some extraordinary interventions to be carried out in a spirit of solidarity, whereas difficulties may arise either in the supply of certain products – notably energy, but this seems to be a mere exemplification- or in case of natural disasters and other exceptional occurrences. Thus, according to the applicant's submission, this “spirit of solidarity” should be applicable also nowadays that the economic crisis is so severe to affect the very existence of Greece. The Commission, in light of the [Pringle](#) case, puts forward that the European Court of Justice already held that Article 122 TFEU cannot be considered as the proper legal basis to aid member States in financial difficulties.

The General Court endorses the Commission's argument and develops it to the extent that the state of necessity doctrine, should it be construed according to the CI, would have an impact also on non-EU subjects. In sum, should a member State be allowed not to repay its debts, this non fulfillment would not involve solely Member States or EU institutions but also other economic actors. Consequently, the state of necessity doctrine cannot be introduced within Article 122 TFEU. Hence, the General Court dismisses the first plea.

The applicant argued also that the state of necessity could be included within Article 136 TFEU as long as the Council sets out the economic policy guidelines for the so-called Eurozone member. The General Court recalls again the Pringle case and holds, in a very straightforward way, that the EU is a mere coordinator for those countries whose currency is the euro. Should the state of necessity doctrine be included within Article 136, the consequence would be that a legislative act will allow a member State not to pay its own debts. In other words, this legislative act

would substitute the free will of the parties who entered into a financial agreement. This plea is also dismissed.

Mr. Anagnostakis moreover claims that the state of necessity doctrine could be linked to Article 222 TFEU which embodies a solidarity clause whereas a State is under a terroristic attack or other unforeseeable events. The General Court rejects this argumentation simply stating that Article 222 TFEU has nothing to do with the economic and monetary policy.

Finally, the applicant claims that the state of necessity doctrine is already recognized as a rule of customary international law and that it was also endorsed by the General Court itself in the case [Greece v. Commission](#). The General Court acknowledges that this principle may very well exist in international law but this is not sufficient to infer that the Commission enjoys the competence to propose a legal act based upon it.

In conclusion, the General Court dismisses all the applicant's pleas, thus confirming the validity of the Commission's decision that denied the registration of the citizens' initiative.

As Sarmiento noted, the reasoning behind the judgment is quite straightforward for the very reason that the General Court analyzed the state of necessity solely in the light of the Commission's powers. In other words, a simple reading of the Treaty and some references to the Pringle case were sufficient to dismiss Mr Anagnostakis action. However, it should be acknowledged that this case arose in a context whereas there were neither intervening States nor institutions; hence other actors potentially interested showed little or no interest in the litigation. Moreover, the General Court was substantially bound by the pleas put forward by the applicant.

Nonetheless, a thorough analysis of the principles of the state of necessity and solidarity would have enabled the General Court to deliver a more accurate judgment. This is why we now focus on their interplays, without engaging in a full examination though; rather, we are going to explore how they could have been exploited.

4. The principle of solidarity and the state of necessity doctrine represent perhaps the best argument for those who do not see any positive outcome over the Greek crisis. Whereas the former, generally speaking, underpins the entire soul of the European experience, the latter is widely accepted as a rule of customary international law. Yet, their interplay could have been used either by the General Courts or by Mr. Anagnostakis to put

flesh on the bones of their argumentations.

First of all, it is noteworthy to mention that debt crisis has always been existing in the history of States. If the Wall Street Crash is the most famous one, [Stiglitz](#) and [Walter](#) thoroughly described the most recent, eg. in Argentina, South Korea and Russia. Thus, it is safe to affirm that debt crisis is nowadays considered something that might physiologically (or pathologically?) happen to a sovereign State. However, the [Argentinian case](#) is the only one that can offer some useful hints to tackle our subject. Given the complexity of the social, economic and financial aspects as well as the involvement of supranational institutions (eg. the World Bank and the International Monetary Fund) it suffices to say, for our purposes, that Argentina claimed the application of the state of necessity in several disputes (see [Alberto Alvaro-Jimenez](#)). So, it seems that it is not uncommon that States seek to avoid fulfilling their monetary obligation through the state of necessity. This is exactly the core of Mr. Anagnostakis CI.

The International Law Commission draft Article 25 on [responsibility of States for internationally wrongful acts](#) recognizes the state of necessity as a rule of international customary law affirming that it applies whereas the vital interests of a State are at stake. However, there are some conditions to match in order to claim successfully the state of necessity as an exception to an allegedly wrongful behavior: a) measures adopted on its basis must not jeopardize other contracting States of the obligation; b) there must be a grave and imminent peril; c) there must be no other available means; d) the State concerned had not contributed to create the situation. To this list, we might also add that the reliance on it must be limited in time.

The problem hence becomes different: is Greece allowed to rely on the state of necessity doctrine and, in turn, can the Commission accept –not only on the basis of a literal interpretation of the Treaty- a CI aimed at its introduction?

There are no clear-cut answers to these questions. To a certain extent, it might be true that no other States would be jeopardized by the Greek refusal, that there are no other available and suitable means and, eventually, that a grave and imminent peril is present. In this regard two Argentinian cases seem to be useful, namely [Enron corporation ponderosa assets](#) and [C.M.S. transmission company](#).

However, would it be arguable that Greece did not contribute

to the creation of its own debt? [De Sena and Starita](#) also share these concerns insofar as they propose to soften this requirement, at least in cases dealing with the economic crisis. Recalling the conditions set forth in draft Article 25, [Alberto Alvaro-Jimenez](#) wonders how «*substantial*» (p. 160) the State's contribution has to be in order to (un)successfully claim the state of necessity.

As one can infer from [Campanelli](#)'s analysis on the principle of solidarity, the latter has a meaning in international law that cannot be automatically transposed into EU law. Notwithstanding this, it is also a common knowledge that solidarity underpins the EU construction (for our purposes see [Alison McDonnell](#) and [Jean-Victor Louis](#)). Yet, as the General Court pointed out, this principle cannot be coupled with the state of necessity and stretched to the extent Mr. Anagnostakis and his supporters wanted.

Unfortunately the General Court avoided any clarification on the status of those two principles in the EU legal order. Even though this analysis would have been useful, the lack thereof is a direct consequence of the jurisdictional power of the European Court of Justice. Indeed, one should not forget that the Anagnostakis case stems from an annulment procedure, thus, the General Court is bound by the applicant's pleas. Moreover, if one considers also the peculiarity of the factual situation, the General Court cannot be blamed for its short reasoning.

5. The evaluation of the Anagnostakis case is not as straightforward as it might appear at first glance. To the extent that the General Court analysed the powers attributed to the Commission within the framework of Title VIII of the Treaty, there are no other remarks to make. One can argue that the General Court shielded itself with the Treaty in order to avoid any further discussion on the state of necessity. Yet, this assumption is partially true since, as we showed, the General Court had to assess the case only on the basis of the pleas put forward by the applicant. Hence, does the Anagnostakis case have any impact on EU law?

The answer is twofold. On the one hand, it is already clear that the General Court was willing neither to deliver a landmark judgment nor to explore the state of necessity doctrine coupled with the principle of solidarity. This is even truer if one considers that the judgment has been written without any reference to further international instruments and cases. On the other, the General Court had no other possibility, given the strictness of the

subject matter, that is, the lawfulness of a decision.

So, if we want to underestimate the Anagnostakis case, we have a plethora of suitable arguments. However, a different path might be helpful to prove that it will have an impact over the future case law of the European Court of Justice.

The CI has been used very rarely so far (for a full account see [here](#)), *rectius*, the Commission often denied the registration, arguably since subject matters did not fall within the scope of its competencies. This means, in essence, that it is very difficult for European citizens to grasp this peculiar aspect; furthermore, it would also be burdensome to prove that a legal act is deemed necessary to achieve the purposes of the Treaty. In other words, the legalistic approach endorsed by the Commission and the General Court hampers the enjoyment of citizenship's rights. This is not to say that the General Court should have annulled the decision, on the contrary, we have showed that it is sound and not ill-founded. Nonetheless, the General Court highlighted that the Commission had a specific duty to give reasons to the initiative's proponents and that that duty was correctly fulfilled. Perhaps the General Court itself could have done the same, at least to enable the applicant to challenge the judgment before the European Court of Justice, issue on, to the best of our knowledge, there are no news yet.

In conclusion, the CI was another effort to cope with the Greek crisis which, in turn, is far from being resolved. One can say that the CI is a means to bring the European *demos* closer to the EU, finally overcoming the old-fashioned adagio of democratic deficit. [Dougan](#) (p. 1812-1813) seems to share this view whereby he states that direct democracy means, such as the citizens' initiative, «generally contribu[tes] to the sense of constitutional ownership and political responsibility».

This is confirmed by the fact that, on November the 30th, the CI [Wake up Europe! Agir pour préserver le projet démocratique européen](#) has been registered. Its proponents invite the Commission to refer Hungary to the Council, according to the procedure set forth in Article 7 TEU, for alleged violations of European values (Article 2 TEU). Considering the other procedural steps to comply with – not to mention the interests involved –, it is uneasy to foresee the outcome of the initiative. However, this testifies that CI can be also used as means of political pressures. In this regard, the very fact that the Commission registered it is good news not for the sake of its final result but as a sign of sincere

L'Unione Europea e la crisi 141

cooperation willingness. For the time being this appears to be the greatest challenge for the EU vis-à-vis its own citizens.

15 December 2015

4

I diritti dei detenuti

- MARCO BORRACCETTI La limitazione del diritto di voto per condanne penali: alcune osservazioni sulla sentenza *Delvigne*
- PIETRO PUSTORINO Detainees' right to vote between CJEU and ECHR case-law

La limitazione del diritto di voto per condanne penali: alcune osservazioni sulla sentenza *Delvigne*

MARCO BORRACCETTI (*)

Con la sentenza *Delvigne* (causa [C-650/13](#) del 6 ottobre 2015), la Grande Sezione della Corte di giustizia si è pronunciata sulla compatibilità con l'ordinamento dell'UE di una misura limitativa dell'esercizio del diritto di voto al Parlamento europeo ("PE"), inflitta in seguito ad una condanna per grave reato.

La sentenza si inserisce nel filone giurisprudenziale relativo al diritto di voto in generale, compiendo, per la prima volta, un'analisi mirata delle condizioni fissate dagli Stati membri per il suo esercizio. In particolare, si ragiona sulla possibilità statale di limitare l'esercizio di tale diritto da parte di coloro che hanno commesso un grave reato.

Il quadro normativo dell'Unione

Il quadro normativo dell'Unione è sul punto estremamente lineare: se si guarda al diritto primario, rilevano l'art. 39 della Carta dei diritti fondamentali ("CDFUE"), oltre che l'art. 14 TUE e l'art. 22 TFUE.

Il primo riconosce, quale diritto fondamentale dei cittadini dell'UE, il diritto di voto e di eleggibilità alle elezioni del Parlamento europeo nello Stato in cui si risiede, alle medesime condizioni dei cittadini di quello Stato; il secondo comma, invece, sta-

(*) Università di Bologna.

bilisce che i parlamentari europei siano eletti a suffragio universale diretto, libero e segreto.

Se il primo comma è ripreso dall'art. 22, par. 2, TFUE, ciò che è stabilito nel secondo comma si ritrova nell'art. 14, par. 3, TUE, che precisa altresì la durata del mandato parlamentare.

Inoltre, rileva l'art. 49 della Carta, sul principio di retroattività della norma penale favorevole, poiché il caso in discussione innanzi al giudice di rinvio concerne l'applicazione di un regime sostituito nel tempo da uno apparentemente più favorevole al cittadino francese coinvolto.

Dal punto di vista del diritto derivato, invece, si deve considerare l'[Atto](#) relativo all'elezione dei rappresentanti al Parlamento europeo a suffragio universale diretto, il cui art. 1 prevede che: «1. In ciascuno Stato membro, i membri del Parlamento europeo sono eletti a scrutinio di lista o uninominale preferenziale con riporto di voti di tipo proporzionale ... 3. L'elezione si svolge a suffragio universale diretto, libero e segreto». Il successivo art. 8 prevede che la procedura elettorale sia «disciplinata in ciascuno Stato membro dalle disposizioni nazionali», col solo limite di non pregiudicare il carattere proporzionale del voto, oltre agli altri requisiti fissati nell'Atto.

Si nota, quindi, l'assenza di una disposizione dell'Unione che stabilisca una procedura uniforme. Nemmeno la modifica intervenuta col Trattato di Lisbona ha portato a nuovi cambiamenti: infatti, l'art. 223, par. 1, TFUE – parzialmente riformulato – contiene l'auspicio che sia adottata una procedura uniforme; tuttavia, quasi premunendosi innanzi alla più che probabile difficoltà di darvi corso, si è previsto comunque che le disposizioni nazionali seguano «principi comuni a tutti gli Stati membri», quali per l'appunto i requisiti essenziali fissati dall'art. 14 TUE e art. 39 CDFUE.

La norma francese

Nell'ordinamento francese, l'articolo 28, comma 1, del codice penale, applicabile al momento dei fatti, prevedeva che la condanna penale comportasse *de iure* la degradazione civica, ovvero la privazione del diritto di voto, di elettorato, di eleggibilità e, in generale, di tutti i diritti civili e politici. Secondo la legge relativa all'elezione dei rappresentanti francesi al PE, «Non possono essere iscritti nella lista elettorale, per il periodo stabilito nella sentenza, coloro che siano stati privati dell'elettorato attivo e passivo dall'autorità giudiziaria in applicazione delle leggi

che autorizzano tale privazione».

La successiva legge del 16 dicembre 1992 aveva abrogato detta pena accessoria prevedendo, nel nuovo codice penale, entrato in vigore il 1° marzo 1994, che l'interdizione dai diritti civili sia pronunciata da un giudice e, nell'ipotesi di condanna per delitto, per un massimo di dieci anni.

La situazione è rimasta immutata per le condanne in via definitiva intervenute prima dell'entrata in vigore del nuovo codice penale; in questi casi, tuttavia, è riconosciuta la possibilità di presentare istanza al giudice competente per territorio per la revisione della sentenza.

In specie

La condanna a dodici anni per un delitto grave, avvenuta nel 1988, aveva comportato per il Sig. Delvigne la privazione *de iure* del diritto di voto, di elettorato e di eleggibilità; nel 2012 egli è stato quindi radiato dalle liste elettorali del Comune di Lesparre-Médoc.

Nel corso del procedimento generato dall'impugnazione di tale provvedimento, il giudice ha chiesto alla Corte di giustizia di chiarire se: a) l'art. 39 CDFUE, relativo alle elezioni del Parlamento europeo, debba essere interpretato nel senso che esso impone agli Stati membri dell'Unione europea di non prevedere un divieto generale, indefinito e automatico di esercitare i diritti civili e politici, al fine di non creare una disparità di trattamento tra i cittadini degli Stati membri; b) l'art. 49 della Carta debba essere interpretato nel senso che osta a che una disposizione di legge nazionale mantenga un divieto, indefinito e sproporzionato, di far beneficiare di una pena più lieve le persone condannate in via definitiva prima dell'entrata in vigore della legge penale più favorevole.

Sulla competenza della Corte

Alcuni governi hanno eccepito la competenza della Corte a rispondere: a loro modo di vedere, le disposizioni nazionali interessate si sarebbero situate al di fuori dell'ambito di applicazione del diritto dell'Unione.

Sul punto, la risposta della Corte è stata chiara: a norma del diritto dell'UE, in particolare l'art. 8 dell'Atto del 1976, la procedura elettorale va disciplinata a livello statale (sul punto, si vedano le sentenze [Spagna/Regno Unito](#), punti 70 e 78; [Eman e Sevinger](#), punti 43 e 45); tuttavia, questo non esclude *a priori* la

possibilità di un sindacato da parte dei giudici di Lussemburgo.

Invero, la norma francese sulla quale si fonda il provvedimento di radiazione, ossia l'art. 2 della legge del 7 luglio 1977, fa esplicito rinvio alle condizioni fissate tanto dall'articolo 1, par. 3, dell'Atto del 1976, che dall'articolo 14, par. 3, TUE, per assicurare che l'elezione dei membri del Parlamento europeo si svolga a suffragio universale diretto, libero e segreto.

Perciò, a pieno titolo si può considerare che tale norma dà attuazione al diritto dell'Unione: risulta così acclarata la competenza della Corte a pronunciarsi sulle questioni pregiudiziali proposte.

Di diverso avviso, invece, è stato l'Avvocato Generale Cruz Villalón che, nelle [conclusioni](#) presentate il 4 giugno 2015, ha escluso la competenza dell'UE a pronunciarsi rispetto all'incidenza dell'art. 49, par. 1, CDFUE sul principio di retroattività della norma penale. In pratica, egli ha ritenuto di dover focalizzare la propria analisi sulla sanzione penale in sé e non sugli effetti che questa comporta; così facendo, ha sottolineato come non si possa affermare che la sanzione è stata inflitta in attuazione del diritto dell'Unione.

Appare però evidente che siffatta impostazione non consentirebbe mai di prendere in considerazione all'atto pratico gli effetti di una misura statale, legittimamente adottata al di fuori del diritto dell'UE, sul rispetto e l'attuazione di diritti riconosciuti dall'ordinamento dell'Unione; così, eventuali limitazioni non troverebbero alcun ostacolo al verificarsi ed all'essere poste in essere, con grave nocumento dell'esercizio del diritto in sé e dell'applicazione uniforme del medesimo nell'intero territorio dell'Unione.

Nel merito

Dopo aver escluso l'applicazione del primo comma dell'art. 39 CDFUE – dal momento che esso si riferisce alla non discriminazione in base alla nazionalità, è evidente che non si applica al caso che riguarda un cittadino francese in Francia – i giudici concentrano la loro attenzione sul secondo comma, che «costituisce, l'espressione nella Carta del diritto di voto dei cittadini dell'Unione alle elezioni al Parlamento europeo, ai sensi degli articoli 14, paragrafo 3, TUE e 1, paragrafo 3, dell'atto del 1976».

Sicuramente, l'interdizione inflitta al Sig. Delvigne rappresenta una limitazione all'esercizio del diritto di voto e di eletto-

rato passivo; è dunque decisivo comprendere se e in quale misura i diritti riconosciuti dalla Carta possano essere oggetto di limitazione.

Tanto la giurisprudenza dell'Unione che quella della Corte EDU contribuiscono alla soluzione della questione in modo ampiamente favorevole.

Da un lato, la Corte di giustizia ha già avvalorato tale ipotesi, purché ciò avvenga per previsione di legge e nel rispetto del contenuto essenziale dei diritti interessati; inoltre, in forza del principio di proporzionalità, la limitazione in parola deve essere necessaria e rispondere effettivamente a finalità di interesse generale riconosciute dall'Unione o all'esigenza di proteggere i diritti e le libertà altrui (sentenza [Volker und Markus Schecke e Eifert](#), punto 50; nonché [Lanigan](#), punto 55).

Dall'altro, nella valutazione della legislazione nazionale esistente, la giurisprudenza della Corte EDU – con puntuale riferimento all'art. 3 del [Protocollo 1](#) – è ferma a ritenere che una restrizione generale, automatica e indifferenziata di un diritto sancito dalla CEDU, e che riveste un'importanza fondamentale, oltrepassa il limite di discrezionalità ammissibile. (sentenze [Hirst c. UK](#), par. 82; [Frodl c. Austria](#), par. 25-26; [Scoppola c. Italia](#), par. 92).

Ora, se si guarda al caso di specie, l'interdizione del diritto di voto risulta dal combinato disposto del codice elettorale e del codice penale: è pertanto prevista per legge. Inoltre, essa rispetta il contenuto essenziale del diritto di voto previsto dall'art. 39, par. 2, poiché «non rimette in questione questo diritto in quanto tale, ma produce come effetto l'esclusione – in condizioni specifiche e in ragione del loro comportamento – di alcune persone dal gruppo dei beneficiari del diritto di voto alle elezioni al Parlamento europeo». Infine, a detta del collegio giudicante, «una limitazione come quella oggetto del procedimento principale risulta proporzionata, dal momento che essa tiene conto della natura e della gravità dell'infrazione penale commessa nonché della durata della pena».

In pratica, l'interdizione dal diritto di voto è conseguenza della condanna per un delitto grave e ad una pena privativa della libertà compresa tra i cinque anni e l'ergastolo; per tali ragioni le disposizioni che derivano dall'ordinamento dell'Unione non sono contrarie alla sua presenza in un ordinamento statale.

Diversamente da ciò che era stato suggerito dall'Avvocato Generale, la Corte si è pronunciata anche sulla retroattività della

legge penale più favorevole di cui all'art. 49, par. 1, ultima frase, della Carta: se, cioè, in forza di tale previsione, debba trovare applicazione una legge successiva alla commissione del reato che prevede una pena (nella specie, un'interdizione) più lieve.

In breve, i giudici sottolineano che, con la riforma del codice penale, la previsione *de iure* della pena accessoria della privazione del diritto di voto è stata abrogata e sostituita da una pena complementare, che dovrà essere decisa da un giudice e non avrà durata superiore ai dieci anni nell'ipotesi di condanne per delitto. La modifica non ha, tuttavia, influito sulla situazione del Sig. Delvigne, dal momento che, in ragione della condanna pronunciata prima del 1° marzo 1994, egli ha continuato ad essere assoggettato *de iure* all'interdizione dal diritto di voto indefinita; detta soluzione è stata voluta per evitare che l'entrata in vigore delle nuove disposizioni portassero ad un venire meno automatico dell'interdizione al voto.

Secondo la Grande Sezione, la regola della retroattività della legge penale più favorevole non confligge con una norma di tale tipo: da un lato, l'interdizione è mantenuta solo per le condanne definitive intervenute anteriormente alla novella legislativa; dall'altro, essa offre espressamente la possibilità, alle persone assoggettate a tale interdizione, di chiedere e ottenerne la revoca: la situazione individuale, su richiesta dell'interessato, potrà quindi essere rivalutata da un giudice. Proprio l'esistenza di tale possibilità consente una pronuncia finale che afferma la compatibilità della misura col dettato della Carta.

Conclusioni

Affrontando per la prima volta la questione dei limiti all'applicazione nazionale dei requisiti minimi per la regolamentazione dell'esercizio del voto al Parlamento europeo, la Corte – ricorrendo all'interpretazione tanto dell'art. 39, par. 2, che dell'art. 49, par. 1, CDFUE – ammette la permanenza degli effetti dell'esclusione *de iure* dal diritto di voto per i soggetti condannati in via definitiva per delitto grave prima del 1° marzo 1994. Pur se il quadro normativo è sensibilmente mutato negli anni successivi, nemmeno l'art. 49, par. 1 CDFUE – sulla retroattività della norma penale favorevole – ne mette in discussione il permanere degli effetti, poiché – seppur solamente su istanza dell'interessato – la nuova disciplina consente il controllo giurisdizionale, al fine di ottenerne modifica o revoca.

Quest'ultima previsione, che nei fatti consente di ridurre for-

temente – ma non eliminare – gli effetti dell’automatismo preesistente, costituisce l’appoggio cui i giudici ricorrono per considerare il sistema compatibile con quanto previsto e richiesto dall’ordinamento giuridico dell’Unione. Tuttavia qualche perplessità rimane, poiché non è detto che l’intervento del giudice porti alla modifica della misura interdittiva (perpetua) inflitta al condannato. In caso positivo, *nulla questio*; diversamente, sembra chiaro che continueranno a sussistere differenze fondate solo sull’elemento cronologico, con forti sospetti in merito alla compatibilità con l’art. 49 della Carta.

Infine, l’impostazione seguita nella sentenza non costituisce una novità assoluta nel panorama dell’Unione, poiché già fatta propria dall’Agenzia dei diritti fondamentali nei passati rapporti annuali sul rispetto dei diritti fondamentali nell’Unione. In particolare, è il [rapporto 2013](#) – ultimo a contenere una parte dedicata sul punto – che affronta specificamente la questione del diritto di voto ai detenuti, ribadendo la necessità di seguire la giurisprudenza Scoppola della Corte EDU. Esattamente ciò che la Grande Sezione della Corte di giustizia ha compiuto nel caso d’origine francese.

30 ottobre 2015

Detainees' right to vote between CJEU and ECtHR case-law

PIETRO PUSTORINO (*)

The CJEU Grand Chamber, with judgment of 6 October 2015 ([Delvigne case](#)), ruled out that French law depriving some individuals convicted by means of a final judgment of their right to vote was incompatible with a number of principles of the [EU Charter of Fundamental Rights](#) (Articles 39 and 49). The judgment was already commented in this blog by [Marco Borraccetti](#).

The decision is important because it is the first time that the CJEU has issued judgment in this specific type of matter (for the CJEU's case-law on the right to vote to the European Parliament's elections see Borraccetti) whereas the ECtHR has ruled many times in similar cases in connection with the application of Article 3 of Protocol No. 1 to the Convention (right to free elections), in particular against the United Kingdom (e.g. GC, [Hirst v. UK \(No. 2\)](#), 6 October 2005; [Greens and M.T. v. UK](#), 23 November 2010; [Firth and Others v. UK](#), 12 August 2014) and other ECHR Contracting States (e.g. [Frodl v. Austria](#), 8 April 2010; GC, [Scoppola v. Italy \(No.3\)](#), 22 May 2012; [Söyler v. Turkey](#), 17 September 2013; [Murat Vural v. Turkey](#), 21 October 2014; and [Anchugov and Gladkov v. Russia](#), 4 July 2013). The importance of the ECtHR's case law has been defined as "the prisoner voting saga" ([Milanovic](#)).

The relevance of the CJEU's judgment was immediately highlighted in the English press (e.g., [the Guardian](#)), which called the decision an «unexpected 'ruling'» which «has clear implications for Britain's blanket ban on prisoner voting».

The CJEU's judgment

(*) University of Siena.

The CJEU's ruling arose out of a request for a preliminary ruling from the *Tribunal d'instance de Bordeaux* in the context of proceedings involving Mr. Delvigne on the one part and the Municipality of Lesparre-Médoc and the Prefect of Gironde on the other part.

Delvigne was convicted in France of a serious crime and given a custodial sentence of 12 years by a final judgment delivered in 1988. By operation of law that conviction automatically entailed the loss of Mr Delvigne's civic rights, including deprivation of his right to vote. A French law of 1992 then abolished the *de jure* loss of civic rights for persons whose conviction was final, providing that the total or partial deprivation of one's civic rights had to be decided by a court and in any event could not exceed ten years (maximum sentence for conviction of a serious offence). However, the new law maintained the loss of civic rights (and hence the right to vote) for those whose conviction had become final before the entry into force of the more lenient rule, which covered Mr. Delvigne's situation, affording those individuals the option of applying to the court to obtain the lifting of the said additional penalty.

The questions put to the CJEU essentially concerned whether the French law applied to Delvigne was compatible with the EU Charter of Fundamental Rights, specifically Article 39 (right to vote and to stand as a candidate at elections to the European Parliament), with reference to the deprivation of his right to vote in European Parliament elections, and Article 49 (principles of legality and proportionality of criminal offences and penalties), with reference to the failure to comply with the provision to the effect that "if subsequent to the commission of a criminal offence, the law provides for a lighter penalty, that penalty shall be applicable".

The CJEU ruled out any violation of those principles enshrined in the EU Charter.

As regards Article 39, the Court asserted that the deprivation of the right to vote is «provided for by law» and «respects the essence» of this right because it «does not call into question that right as such, since it has the effect of excluding certain persons, under specific conditions and on account of their conduct, from those entitled to vote in elections to the [EU] Parliament». The CJEU added that the said limitation does not conflict with the principle of proportionality since it «takes into account the nature and gravity of the criminal offence committed and the dura-

tion of the penalty» (paras. 47-49 of the Judgment). On that point, it is worth remembering that those conditions for lawfulness of domestic legislation limiting the right to vote of detainees had been laid down in ECtHR case-law.

As regards Article 49, the Court fully endorsed the arguments of the French Government and only stated that the principle of the retroactive effect of a more lenient criminal law was not breached in the present case since the legislation in question «is limited to maintaining the deprivation of the right to vote resulting, by operation of law, from a criminal conviction only in respect of final convictions by judgment delivered at last instance under the old Criminal Code» (para. 56 of the Judgment).

Finally, with reference to the issue of the proportionality of the French law in relation to the application of the EU Charter, the Court considered as decisive the fact that a person in Mr Delvigne's situation could apply to the relevant court to lift the additional penalty of loss of civic rights.

Critical remarks

In our view the CJEU's judgment suffers from a number of evident shortcomings in terms of both the method used to reach the decision in question and some substantive aspects.

From a methodological standpoint, two criticisms come to mind. The first concerns the total absence of any reference to the domestic legislation of the other EU Member States for the specific purpose of understanding whether, in light of the limitations on Mr. Delvigne's right to vote, 'the essence' of that right and above all the principle of proportionality were respected. In this regard a comparison between the CJEU's judgment and the ECtHR's case-law is frankly embarrassing if one considers that the ECtHR conducted an in-depth survey of the domestic legislation of the Contracting States of the ECHR (legislation that is suitably classified by the ECtHR on the basis of whether it maintains or restricts in whole or in part the right to vote of detainees) and even analysed the relevant case-law from non-European States (*Hirst (No. 2)*, paras. 33-39). This ECtHR approach is used to check that Contracting States have not adopted legislation that goes beyond their margin of appreciation (ever smaller under ECtHR case law).

The second criticism regarding methodology consists of the apparently inexplicable fact (although in reality the explanation is simple and lies in a clumsy attempt to conceal a clear contrast

with the ECtHR's case-law) that the CJEU makes no reference at all to the abundant case-law of the ECtHR. This notwithstanding that the Preamble of the EU Charter reaffirms the rights as they result *inter alia* from the ECHR and the case-law of the Court of Justice of the European Communities [Union] and the ECtHR and that Article 52 (3) of the Charter states that «in so far as this Charter contains rights which correspond to rights guaranteed by the Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms, the meaning and scope of those rights shall be the same as those laid down by the said Convention». This choice is even more questionable because the conditions laid down by the CJEU to check the lawfulness of national measures that limit the right to vote of detainees are, as mentioned above, drawn precisely from ECtHR case-law.

Turning now to substance, first and foremost one can criticise the assertion that there is no violation of the rights of detainees who are in the same particular position as Delvigne because they can always apply to a court to lift the ban and hence have their right to vote restored. With due respect to the CJEU, relying on a court's discretion (even if bound by the provisions of law) is completely different from enjoying a right *expressly provided for by law* upon lapse of the additional penalty due the expiry of the period of time envisaged by the new domestic law on impediments to voting rights. The difference between the two situations is plain if one considers that the ECtHR, examining the laws of the Contracting States of the ECHR, stated that in France «prisoners may vote if the right is given by the court» (*Hirst (No. 2)*, para 33, footnote 2). Moreover, in cases like Delvigne, judicial intervention is even not certain since it occurs at the request of the party concerned and thus it contradicts one of the conditions laid down by the ECtHR according to which «it is an essential element that the decision on disenfranchisement should be taken by a judge, taking into account the particular circumstances» of the case (*Frodl*, para. 34).

Moreover, as regards the substance of the judgment, it is necessary to dwell on the application of the principle of proportionality, which in the present case plays a fundamental role. It is our view that in the circumstances the CJEU should have considered as disproportionate the national law that maintains a voting ban for those whose conviction had become final (before the entry into force of the new law). This is because the law is entirely unreasonable and discriminatory if one considers that *for*

the same cases occurring after the entry into force the law provides for a more lenient additional penalty. Furthermore, one cannot rule out that the domestic law in question could even be held to be such as to jeopardise the very essence of the right to vote of detainees who find themselves in that same specific position since they are potentially deprived of their voting rights indefinitely.

The CJEU's judgement on the right to vote for prisoners as self-contained case-law?

As mentioned the CJEU made no reference to either the domestic law of the EU Member States or the case-law of the ECtHR. It would therefore seem to be an expression in this subject of a *self-contained regime* or better still a *self-contained case-law*.

In our view, the rationale for that (well thought out) choice made by the CJEU resides in a will to not openly reveal the evident contrast between the case-law of the ECtHR and the CJEU. It is in fact indisputable that the margin of appreciation afforded by the ECHR to the Contracting States has been gradually reduced as regards precluding the voting rights of detainees, in terms of both the application of pre-existing domestic law and the specific changes thereto (due to a need to comply with the ECHR), bearing in mind moreover that at times the preclusion of voting rights applies to individuals on conditional release and even to those who are given suspended sentences and therefore do not even serve a prison term (*Söyler*, para. 38). This is clear if one analyses the ECtHR's case-law concerning the United Kingdom and the adoption, under Article 46 of the ECHR, of the pilot judgment procedure, with an express indication that, in the case of the UK «the only relevant remedy is a change in the law», setting a short timetable for the adoption of that legislation, i.e. six months after the date the *Greens and M.T.* judgment became final (paras. 118 and 115).

In light of the above, we believe that a case similar to *Delvigne* (or indeed that same case should the applicant decide to pursue legal action and pass the admissibility test envisaged by the ECHR) would have a different outcome before the ECtHR. In this regard the central point (but not the only one) of the question lies in the failure to apply the more lenient penalty introduced by a subsequent law. This circumstance could be criticised by the ECtHR, in terms of disproportionality of the na-

tional measures, when establishing a breach of Article 3 of Protocol No. 1, and in terms of violating the principle contained in Article 7 of the ECHR (no punishment without law, which includes the application of the *lex mitior* to individuals convicted by means of a final judgment). Naturally, the ECtHR could well find that both provisions of the Convention have been breached.

It therefore seems to us that the saga of detainees has not ended yet and, on the contrary, this new chapter could give rise to a further instance of contrasting case-law between the CJEU and the ECtHR. We remain seized on the matter!

6 November 2015

5

Diritti delle coppie omosessuali

- ANGELO SCHILLACI La prudenza non è mai troppa? La Corte di giustizia e il divieto di donazione di sangue per gli omosessuali
- CHIARA VITUCCI La sentenza della Corte Suprema degli Stati Uniti sul matrimonio omosessuale e il diritto internazionale
- GRAZIELLA ROMEO *For better, for worse*: il diritto al matrimonio tra persone dello stesso sesso nel difficile equilibrio tra spinte *countermajoritan* e radicamento nella tradizione
- MATTEO WINKLER Lo statuto giuridico delle coppie omosessuali (di nuovo) dinanzi la Corte di Strasburgo: il caso *Oliari e altri c. Italia*

La prudenza non è mai troppa? La Corte di giustizia e il divieto di donazione di sangue per gli omosessuali

ANGELO SCHILLACI (*)

Con la decisione in commento (29 aprile 2015, [*Léger c. Ministre des Affaires sociales, de la Santé et des Droits des femmes e Établissement français su sang*](#), in causa C-528/13) la Corte di Giustizia dell'Unione europea, adita con rinvio pregiudiziale di interpretazione dal Tribunal Administratif di Strasburgo, si pronuncia sulla portata dell'[all. III, punto 2.1, della Direttiva 2004/33/CE](#), che applica la Direttiva 2002/98/CE, relativa a taluni requisiti tecnici del sangue e degli emocomponenti, in relazione al rifiuto del Centro Ematologico Francese di accettare la donazione di sangue del sig. Geoffrey Léger, per avere questi avuto una relazione sessuale con un altro uomo.

Il punto 2.1 dell'All. III della Direttiva del 2004 enuncia, in particolare, i criteri sulla base dei quali stabilire un'esclusione permanente dalla possibilità di donare il sangue, inserendo tra le persone non ammesse coloro i quali, per i propri «comportamenti sessuali», possano essere esposti ad un «alto rischio» di contrarre gravi malattie infettive trasmissibili col sangue.

In attuazione della suddetta direttiva, il Ministro della Salute

* Università di Roma Sapienza

francese aveva adottato il [decreto del 12 gennaio 2009](#) che, nel determinare i requisiti di ammissione ed esclusione dalla possibilità di donare il sangue, individuava una controindicazione permanente – con conseguente esclusione dalla donazione – per «l'uomo che abbia avuto rapporti sessuali con un altro uomo», indipendentemente da ogni considerazione circa la distanza temporale tra la data del comportamento sessuale e la data della donazione.

In applicazione di tale decreto, le autorità sanitarie francesi rifiutavano la richiesta di donare formulata dal Sig. Léger, che aveva dichiarato – contestualmente alla richiesta di accedere alla donazione di sangue – di aver avuto una relazione sessuale con un altro uomo. Il Sig. Léger impugnava tale rifiuto dinanzi al Tribunale amministrativo di Strasburgo che, a sua volta, sollevava rinvio pregiudiziale per ottenere dalla Corte di giustizia un chiarimento in relazione alla portata del punto 2.1 dell'All. III della Direttiva, con specifico riguardo alla compatibilità con la sua formulazione dell'individuazione di una «controindicazione permanente» alla donazione di sangue per gli uomini che hanno relazioni sessuali con altri uomini (d'ora in poi, MSM). La questione pregiudiziale veniva peraltro formulata in termini alternativi: il giudice, infatti, chiede di sapere – in prima battuta – se l'esclusione permanente appaia compatibile con la direttiva, oppure se la circostanza di aver avuto rapporti sessuali con un altro uomo «*possa semplicemente costituire, in funzione delle circostanze proprie del caso concreto, un comportamento sessuale che espone al rischio di contrarre gravi malattie infettive trasmissibili col sangue e che giustifica un'esclusione temporanea dalla donazione di sangue per un determinato periodo di tempo dopo la cessazione del comportamento a rischio*».

La decisione della Corte – che come vedremo non esclude, ma neanche afferma oltre ogni ragionevole dubbio, la compatibilità tra l'esclusione permanente dei MSM e la Direttiva – presenta molteplici profili di interesse, sia sul piano dei rapporti tra ordinamento dell'Unione e ordinamento nazionale – con riferimento specifico al margine di attuazione della Direttiva e al giudizio di proporzionalità della misura dell'esclusione permanente rispetto all'obiettivo di protezione della salute – sia sul piano sostanziale, vale a dire sul piano del rapporto tra l'esclusione permanente dei MSM e il divieto di discriminazione in ragione dell'orientamento sessuale, sancito dall'art. 21 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione e ribadito da una ormai corposa

giurisprudenza della Corte di giustizia (sulla quale vedi ad es. D. Sardo, *Percorsi della differenza. L'orientamento sessuale nella giurisprudenza della Corte di giustizia*, in *Omosessualità Egualianza Diritti. Desiderio e riconoscimento*, a cura di A. Schillaci, Roma, Carocci, 2014, pp. 131-149).

Il quadro normativo

Prima di analizzare nel dettaglio l'iter argomentativo seguito dalla Corte è necessario ricostruire, sia pure in estrema sintesi, il contenuto della Direttiva 2004/33/CE, con riferimento specifico ai criteri di ammissione ed esclusione – temporanea o permanente – dalla possibilità di accedere alla donazione del sangue. Va rilevato, preliminarmente, che la Direttiva era stata adottata sulla base dell'art. 152, par. 4, lett. a) del Trattato CE (oggi art. 168, par. 4, lett. a) TFUE), a mente del quale, per contribuire all'obiettivo di garantire un «elevato livello di protezione della salute umana» (art. 168, par. 1, TFUE), l'Unione europea adotta «misure che fissino parametri elevati di qualità e sicurezza degli organi e sostanze di origine umana, del sangue e degli emoderivati», con la precisazione che «tali misure non ostano a che gli Stati membri mantengano o introducano misure protettive più rigorose». Come meglio vedremo, peraltro, la clausola di salvaguardia da ultimo ricordata ha svolto – nella sentenza in esame e nelle altre che, prima di essa, si sono occupate dell'interpretazione della direttiva (sentenze *Humanplasma*, del 2010 e *Octapharma*, del 2014) – un ruolo fondamentale, specie per ciò che riguarda la delimitazione del sindacato della Corte sulle misure interne di attuazione della direttiva.

L'Allegato III della Direttiva 2004/33/CE si occupa, come accennato, di stabilire i criteri di esclusione temporanea e definitiva dalla donazione di sangue. In particolare, la tabella di cui al punto 2.1, relativa ai criteri di esclusione permanente comprende, oltre a tutta una serie di patologie, un criterio relativo al comportamento sessuale, ritenuto ostativo in via permanente alla donazione laddove comporti un «alto rischio» di contrazione di malattie infettive trasmissibili attraverso il sangue. D'altro canto, le tabelle di cui al punto 2.2 elencano una serie di situazioni cliniche, patologiche e comportamentali tali da giustificare una esclusione temporanea dalla donazione: in particolare, la tabella di cui al punto 2.2.2 (Esposizione a rischio di contrarre un'infezione trasmissibile per trasfusione) comprende anche l'ipotesi del comportamento sessuale suscettibile di esporre al «rischio» di contrazione di malattie infettive trasmissibili attra-

verso il sangue, prevedendo, in questo caso, l'esclusione temporanea dalla donazione per un periodo, calcolato a partire dalla cessazione del comportamento a rischio, e «determinato dalla malattia in questione e dalla disponibilità di adeguati esami di controllo».

Come si vede, pertanto, la Direttiva opera una distinzione tra comportamenti sessuali «ad alto rischio» di infezione, che determinano l'esclusione permanente, e comportamenti sessuali a semplice «rischio» di infezione, che determinano l'esclusione per un periodo di tempo calcolato in relazione al caso concreto e al tipo di malattia.

Va infine precisato, sempre in via preliminare, che nella versione francese della Direttiva 2004/33/CE non si riscontra la distinzione tra «rischio» ed «alto rischio» presente nelle altre versioni linguistiche: la Corte, tuttavia, sulla scorta di una consolidata giurisprudenza, ricorda che «in caso di divergenza tra le varie versioni linguistiche di un testo del diritto dell'Unione, la disposizione di cui trattasi deve essere interpretata in funzione dell'economia generale e della finalità della normativa di cui fa parte» (punto 35) e che, di conseguenza, nonostante l'identico riferimento terminologico al «rischio», i criteri applicabili ai casi di esclusione temporanea ed esclusione permanente «devono essere logicamente diversi» giacché «l'esclusione permanente, avente carattere più restrittivo, presuppone l'esistenza di un rischio maggiore rispetto a quello relativo al divieto temporaneo» (par. 36).

Il decreto del 12 gennaio 2009 del Ministro della Salute francese, in attuazione dell'all. III della Direttiva, riprendeva la distinzione in esame, enunciando tutta una serie di ipotesi di controindicazione temporanea o permanente alla donazione, con riferimento specifico ai comportamenti sessuali suscettibili di esporre al rischio di infezione. Come risulta dalla tabella contenuta all'all. II del suddetto decreto – riportata nelle [Conclusioni dell'Avvocato generale, al punto 10](#) – l'aver avuto rapporti sessuali con un altro uomo è sanzionata più gravemente rispetto a comportamenti, egualmente a rischio, quali la promiscuità sessuale, l'aver avuto rapporti non protetti con un nuovo partner negli ultimi quattro mesi o addirittura l'aver avuto un rapporto sessuale con un partner con una serologia positiva per HIV, HTLV, HCV, HBV: in tutti questi casi, è prevista una controindicazione temporanea, per i quattro mesi successivi alla cessazione del comportamento a rischio.

Decisione della Corte

La Corte si trova, pertanto, a dover operare un delicato bilanciamento tra protezione della salute – obiettivo dell’ordinamento europeo ai sensi dell’art. 168 TFUE – e sindacato sulla ragionevolezza e proporzionalità, con riguardo al medesimo obiettivo e nel rispetto dei diritti fondamentali sanciti dall’ordinamento giuridico dell’Unione, dell’esclusione permanente degli MSM – dunque, degli uomini omosessuali e bisessuali – dalla donazione di sangue.

La decisione affidata alla Corte è resa, peraltro, ancor più complessa, dalla sussistenza, in materia, di un ampio margine di discrezionalità degli Stati membri nell’attuazione della Direttiva, alla luce dell’art. 168, par. 4, lett. a) che fa salvo, come ricordato, il più elevato livello di protezione della salute assicurato dalle misure interne di attuazione. Tale elemento, se non pregiudica – come ricordato dalla stessa Corte – il ricorso al parametro rappresentato dalla Carta dei diritti fondamentali dell’Unione europea (d’ora in poi, CDFUE), ed in particolare dai suoi articoli 21, par. 1 (divieto di discriminazione in ragione, tra l’altro, dell’orientamento sessuale) e 52, par. 1 (criteri di giustificazione delle limitazioni dei diritti fondamentali), d’altro canto si riverbera inevitabilmente sull’estensione e sull’incisività del sindacato di ragionevolezza e proporzionalità della misura interna di attuazione condotto dalla Corte anche alla luce dei ricordati parametri.

In altre parole, la sussistenza di un ampio margine di discrezionalità dello Stato non impedisce, di regola, alla Corte di sindacare la proporzionalità e ragionevolezza della misura di attuazione alla luce di parametri ulteriori: ad esempio, nella citata sentenza *Humanplasma* (relativa all’interpretazione della Direttiva 2002/98/CE) la previsione – nel diritto austriaco – del divieto di importazione di emoderivati, nel caso in cui la donazione degli stessi avesse dato luogo, nello stato di origine, ad una qualunque forma di remunerazione economica, è giudicata dalla Corte contraria agli artt. 28 e 30 TCE (oggi artt. 34 e 36 TFUE), in tema di libera circolazione delle merci, e segnatamente di divieto di restrizioni quantitative all’importazione, e condizioni per la loro eventuale ragionevolezza e proporzionalità rispetto all’obiettivo, tra gli altri, di tutela della salute. Diversamente, nella richiamata sentenza *Octapharma* del 2014, anch’essa relativa alla Direttiva 2002/98/CE (ed al suo concorso con la Direttiva 2001/83/CE, in relazione alla disciplina delle diverse fasi di

raccolta, controllo, lavorazione, conservazione e distribuzione del plasma), la Corte sembra riconoscere una maggiore rilevanza all'art. 168 TFUE, nella misura in cui ritiene non contrastante con le richiamate norme di diritto derivato dell'UE l'assoggettamento della raccolta e del controllo del plasma a condizioni più rigorose di quelle previste per i medicinali.

Nella decisione in commento, in particolare, il sindacato della Corte si articola in due passaggi successivi, nel quadro di una valutazione complessiva della compatibilità della controindicazione permanente alla donazione stabilita dal diritto francese per gli MSM con il diritto primario e derivato dell'UE: occorre in altre parole verificare «in quale misura la controindicazione permanente prevista dal diritto francese nel caso di un «uomo che abbia avuto rapporti sessuali con un altro uomo» risponda al requisito della sussistenza dell'«alto rischio» di cui al punto 2.1 dell'allegato III della direttiva 2004/33, rispettando al contempo i diritti fondamentali sanciti dall'ordinamento giuridico dell'Unione» (punto 40).

In primo luogo, pertanto, la Corte si interroga sulla possibilità di desumere dalla circostanza di aver avuto rapporti sessuali con un altro uomo la sussistenza di un «alto rischio» di contrarre malattie infettive trasmissibili con il sangue, in grado di giustificare la controindicazione permanente prevista dal diritto francese (punti 42 ss.). A tal fine, la Corte fa riferimento ai dati prodotti in giudizio dalla Commissione e dal Governo francese e coincidenti, per un verso, con le statistiche relative all'incidenza epidemiologica dei contagi da HIV nel periodo 2003/2008 elaborate dall'*Institut de veille sanitaire français*: in particolare, essi mostrerebbero un'incidenza elevata e costante dei nuovi contagi nell'ambito della popolazione MSM. Per altro verso, la Corte fa riferimento ad una relazione, datata 21 aprile 2004, del Centro europeo per la prevenzione e il controllo delle malattie che, all'esito di uno studio comparato sui caratteri dell'incidenza epidemiologica dei contagi da HIV tra gli MSM in diversi Stati europei e non europei, rivela che la più elevata incidenza dei contagi tra gli MSM si avrebbe proprio in Francia. La Corte non ritiene, tuttavia, di poter trarre da tali dati conclusioni utili ai fini della definizione di «alto rischio» rilevante ai fini dell'interpretazione della Direttiva e delle disposizioni interne di attuazione, rinviando tale valutazione, in concreto, al giudice del rinvio, che dovrà valutare, in particolare, se tali dati siano «affidabili e, in caso affermativo, se essi siano tuttora rilevanti» (pun-

to 44).

In secondo luogo, e per il caso di una valutazione positiva del giudice del rinvio in ordine alla sussistenza di un «alto rischio», la Corte si interroga sulla compatibilità della misura della controindicazione permanente con «i diritti fondamentali riconosciuti dall'ordinamento giuridico dell'Unione» (punto 45). In particolare, una volta chiarito che la previsione della controindicazione permanente alla donazione per gli MSM integra una discriminazione in ragione dell'orientamento sessuale, la valutazione della Corte si appunta sul rispetto, da parte del Decreto del 12 gennaio 2009, degli art. 21 e 52, par. 1, della CDFUE, sotto il profilo della proporzionalità del trattamento differenziato rispetto all'obiettivo perseguito, vale a dire la protezione della salute ai sensi dell'art. 168, par. 4, lett. a), con particolare riguardo alla possibilità per lo Stato membro di adottare uno standard di protezione più elevato in sede di attuazione del diritto dell'Unione (punti 50-51).

Anche in questo caso, peraltro, la Corte si limita ad inquadrare il giudizio di proporzionalità in linea di principio, delegandone l'attuazione concreta al giudice del rinvio. In particolare, la Corte afferma anzitutto che, in casi come quello di specie, il principio di proporzionalità può dirsi rispettato «solo se un elevato livello di protezione della salute dei riceventi non possa essere garantito mediante tecniche efficaci di ricerca dell'HIV e meno restrittive rispetto al divieto permanente della donazione di sangue per tutta la categoria costituita dagli uomini che hanno avuto rapporti sessuali con persone del loro stesso sesso» (punto 59). Quanto alla possibilità di individuare misure meno restrittive ed egualmente idonee a garantire il perseguimento dell'obiettivo della protezione della salute, la Corte indica al giudice del rinvio gli ambiti sui quali orientare la propria valutazione, e segnatamente, le tecniche di controllo preventivo e successivo delle donazioni di sangue: il giudice del rinvio, in tale ottica, dovrà interrogarsi, in primo luogo, sull'esistenza di tecniche di controllo del sangue donato, specie in relazione all'eventuale presenza di tracce del contagio da HIV, come imposto dalla stessa Direttiva. Inoltre, in relazione alla questione – sollevata in giudizio dal Governo francese e dalla Commissione – del «periodo finestra» (vale a dire il periodo nel quale, a seguito del contatto con l'agente virale, i marcatori utilizzati nella verifica delle donazioni restano negativi pure in presenza dell'infezione), la Corte indica al giudice del rinvio di «verificare se i progressi

della scienza o della tecnica sanitaria, considerando in particolare i costi di una sistematica messa in quarantena delle donazioni provenienti dagli uomini che abbiano avuto rapporti sessuali con persone del loro stesso sesso o quelli di una ricerca sistematica dell'HIV per tutte le donazioni di sangue, consentano di garantire un livello elevato di protezione della salute dei riceventi, senza che l'onere che ne consegue sia esorbitante rispetto agli obiettivi di protezione della salute perseguiti» (punto 64). Infine, con riferimento al controllo preventivo delle donazioni, vale a dire al giudizio dell'idoneità del donatore, la Corte suggerisce al giudice del rinvio di verificare se esista la possibilità di intervenire, ad esempio, sul questionario e sull'intervista personale del donatore, calibrandoli in modo tale da prevenire, ad esempio, i rischi collegati al cd. periodo finestra superando al tempo stesso la misura restrittiva della controindicazione permanente a favore della misura meno afflittiva della controindicazione temporanea. A tal fine, sottolinea la Corte sulla scorta delle Conclusioni dell'Avvocato generale, potrebbe essere sufficiente – ma, di nuovo, sarà il giudice del rinvio a doverlo valutare – costruire le domande in modo mirato, incentrandole ad esempio sul tempo trascorso dall'ultimo rapporto sessuale, ma anche «sul carattere stabile della relazione della persona interessata o sul carattere protetto dei rapporti sessuali» (punto 67): ciò consentirebbe, in particolare, di «valutare il livello di rischio che individualmente presenta ciascun donatore in ragione del proprio comportamento sessuale» (ivi).

Solo all'esito positivo di simili valutazioni, potrebbe considerarsi non rispettato il principio di proporzionalità e, di conseguenza, la controindicazione permanente finirebbe per integrare una irragionevole discriminazione in ragione dell'orientamento sessuale.

Delega del giudizio di proporzionalità e tenuta del principio di non discriminazione.

Nella decisione in esame, il profilo «processuale» dei rapporti tra ordinamento dell'Unione e ordinamento nazionale (in una materia nella quale allo Stato spetta un rilevante margine di autonomia nell'attuazione del diritto dell'UE, a mente dell'art. 168, par. 4, lett. a) del TFUE), si intreccia pertanto molto strettamente con il profilo sostanziale della tenuta della tutela antidiscriminatoria nei confronti delle persone omosessuali e bisessuali destinatarie della controindicazione permanente alla donazione.

In altre parole, la considerazione del margine di discreziona-

lità dello Stato – che si traduce, in buona sostanza, nella delega del giudizio di proporzionalità «in concreto» al giudice del rinvio, ferma restando la fissazione, da parte della Corte, dei principi e dei criteri che devono guidare tale valutazione «in astratto» – finisce inevitabilmente per incidere sull'estensione del giudizio antidiscriminatorio, escludendo, in definitiva, l'eventualità di una tutela diretta – a livello dell'UE – contro la discriminazione irragionevole in ragione dell'orientamento sessuale.

La rilevanza dell'obiettivo di protezione della salute – e la sua articolazione normativa attraverso la previsione di un ampio margine di discrezionalità a favore degli Stati, con la possibilità di individuare un livello di protezione più elevato – sembrerebbero così prevalere sulla tenuta della tutela antidiscriminatoria, ed in particolare di quella giurisprudenza della Corte di giustizia che, in ambiti non meno caratterizzati da un ampio margine di discrezionalità degli Stati aveva invece provveduto alla tutela diretta: si pensi, su tutti, ai casi [Maruko](#), [Römer](#) e [Hay](#), relativi al diritto alla pensione di reversibilità per i partner omosessuali superstiti, intervenuti in una materia – quella della disciplina dei rapporti familiari (sotto il profilo patrimoniale) – nei quali la discrezionalità statale è indiscussa.

Nel caso di specie, come si è visto, la Corte tenta tuttavia di tenere assieme il rispetto del margine di discrezionalità riconosciuto agli Stati membri con l'istanza di protezione dei diritti fondamentali coinvolti, e dunque, per un verso il diritto alla salute e per altro verso il diritti degli MSM – omosessuali e non – a non essere oggetto di una discriminazione irragionevole e dunque contraria all'art. 21 della CDFUE, attraverso una complessa operazione di delega del giudizio di proporzionalità, in concreto, al giudice del rinvio. Si tratta di una operazione che – pur sollevando, nel caso di specie, talune perplessità in ordine alla tenuta del principio (europeo) di non discriminazione in ragione dell'orientamento sessuale – rivela, per altro verso, le virtualità dello strumento del rinvio pregiudiziale quale sede di articolazione di relazioni cooperative tra l'ordinamento dell'UE e gli ordinamenti nazionali. Peraltro, è abbastanza frequente, e talora doveroso – alla luce della necessaria autonomia del processo principale rispetto al giudizio della Corte – che la Corte riservi al giudice del rinvio la valutazione delle circostanze di fatto della specie e la loro rilevanza ai fini della qualificazione giuridica di essa alla luce del diritto dell'Unione, così come che la Corte lasci al giudice del rinvio la possibilità di interpretare il diritto in-

terno alla luce del diritto dell'Unione. Viceversa è più raro, ma non infrequente – specie in fattispecie caratterizzate da complesse operazioni di ponderazione, che investono la tenuta del margine di autonomia degli stati e, al tempo stesso, il sindacato sulla ragionevolezza e proporzionalità della limitazione di un diritto fondamentale – che la Corte deleghi l'intera operazione di bilanciamento, o lo stesso giudizio di proporzionalità in concreto, al giudice del rinvio, fornendo ad esso, al contempo, i criteri alla luce dei quali orientare, in linea di principio, lo stesso giudizio: si pensi, ad esempio, alla decisione [Deckmyn \(3 settembre 2014, in c. C-201/13\)](#), in tema di rapporto tra diritto d'autore, eccezione per parodia e libertà di espressione, nella quale la Corte delega al giudice del rinvio la valutazione relativa al rispetto del giusto equilibrio tra interesse dell'autore e libertà di espressione dell'utilizzatore dell'immagine, nel caso di applicazione, in concreto, dell'eccezione per parodia. O ancora, si pensi a sentenze come [SIA Garkalns \(19 luglio 2012, in c. C-470/11\)](#), nella quale la Corte affida al giudice del rinvio la valutazione della proporzionalità, in concreto, di misure restrittive della libera prestazione dei servizi finalizzate alla prevenzione del gioco d'azzardo. Infine, con attinenza ancora maggiore alla protezione dei diritti fondamentali, si pensi alla sentenza [Runevič-Vardyn \(12 maggio 2011, in c. C-391/09\)](#), in tema di rapporto tra diritto al nome e libertà di circolazione, nella quale la Corte delega al giudice del rinvio la valutazione della proporzionalità del diniego di trascrizione del nome nel registro dello stato civile dello Stato membro di trasferimento, nei caratteri dello Stato membro di origine, affermando in particolare che il diritto dell'Unione non osta a tale diniego, sempre che – all'esito della valutazione concretamente condotta dal giudice del rinvio – esso «non provochi, per i cittadini dell'Unione interessati, seri inconvenienti di ordine amministrativo, professionale e privato» che persegua in modo proporzionato (sempre secondo la valutazione del giudice del rinvio) la «tutela degli interessi che la normativa nazionale mira a garantire» (punto 94).

È pertanto possibile domandarsi, in conclusione, in che termini la scelta della Corte di delegare il giudizio di proporzionalità al giudice del rinvio possa comportare un recupero indiretto dell'istanza antidiscriminatoria. Fondamentale, in questo senso, una riflessione sui criteri che la Corte fornisce al giudice del rinvio per impostare, «in astratto», il giudizio di proporzionalità che questi dovrà infine compiere, «in concreto». Come si è visto, si

tratta di criteri assai penetranti, che hanno il merito – pur senza sostituirsi alla valutazione del giudice del rinvio – di mettere al centro la possibilità di superare troppo facili generalizzazioni, con la componente di stigma ad esse inevitabilmente sottesa, a favore di una considerazione dei comportamenti sessuali nella loro concretezza e, soprattutto, ad un ragionevole inquadramento di questi ultimi nell’ambito di uno stile di vita molto più ricco di sfaccettature rispetto alla semplificazione della promiscuità sessuale: molto importante, in questo senso, il punto 67, nel quale la Corte, come si è visto, suggerisce al giudice di valutare la possibilità di una migliore formulazione dei questionari e delle interviste – comprendente, ad esempio, il riferimento al carattere stabile della relazione affettiva nell’ambito della quale è intervenuto il comportamento sessuale, o al carattere protetto del rapporto – in grado di consentire al personale medico una più completa valutazione dello stile di vita della persona che chiede di effettuare la donazione e dunque, in definitiva, il riconoscimento e la protezione della sua stessa dignità.

Nella fattispecie oggetto del sindacato della Corte, dunque, non viene in rilievo soltanto il «diritto» di donare il sangue per i maschi omosessuali o bisessuali – se di «diritto» si può a stretto rigore parlare, collocandosi la donazione piuttosto nell’ambito dei doveri di solidarietà – ma anche il più corretto approccio allo stile di vita omosessuale e i rischi di un intreccio pericoloso tra generalizzazione, stigma e discriminazione.

Da un lato, pertanto, è lecito domandarsi – con preoccupazione – quali possano essere gli effetti della sentenza in esame sulla tenuta della giurisprudenza europea in tema di protezione antidiscriminatoria in ragione dell’orientamento sessuale; d’altro canto, l’attenzione mostrata dalla Corte di giustizia verso una considerazione più comprensiva dello stile di vita omosessuale (e bisessuale) sembra delineare un percorso complesso verso la parità di trattamento, in un contesto nel quale è lo stesso principio di precauzione – unitamente al delicato bilanciamento tra interesse generale alla protezione della salute e obbligo di protezione della dignità del singolo – ad imporre una valutazione differenziata e concreta dei comportamenti, evitando ogni forma di generalizzazione.

6 giugno 2015

La sentenza della Corte Suprema degli Stati Uniti sul matrimonio omosessuale e il diritto internazionale

CHIARA VITUCCI (*)

Dallo scorso 26 giugno, giorno in cui è stata pubblicata l'attesissima [sentenza](#) della Corte Suprema degli Stati Uniti sul matrimonio omosessuale nel caso *Obergefell v. Hodges*, su giornali, periodici, blog non si fa che esaltare l'importanza di questa decisione, che mette un punto a più di vent'anni di dibattito sul tema.

Sarebbe agevole unirsi al coro (non privo di voci dissenzienti, come quella del governatore del Texas, che ha immediatamente emanato un [memorandum](#) in cui invita i vertici dell'apparato amministrativo a garantire il diritto all'obiezione di coscienza da parte dei pubblici ufficiali) e sottolineare i passi importanti della decisione. La prospettiva del diritto internazionale è però più limitata e non permette di valorizzare ogni singolo aspetto della sentenza. Ci limiteremo dunque, dopo averne fatto una rapida sintesi, ad analizzare i soli aspetti che ci sembrano di rilievo per il diritto internazionale.

I ricorrenti avevano posto alla Corte due domande: se il XIV emendamento imponesse l'autorizzazione del matrimonio omosessuale. E se lo stesso emendamento esigesse il riconoscimento del matrimonio omosessuale celebrato in uno degli Stati dove è

(*) Seconda Università di Napoli.

permesso.

La decisione è stata adottata con una maggioranza di 5 a 4. All'opinione della maggioranza, del giudice Kennedy, si contrappongono quattro veementissime opinioni dissidenti. Quella argomentata meglio, del presidente Roberts (ma anche il giudice Scalia si sofferma sul medesimo tema), solleva un punto molto dibattuto dai costituzionalisti statunitensi: come si debba interpretare la costituzione, se debba prevalere un'interpretazione tradizionale o a chi spetti il compito di garantire nuovi diritti, se al legislatore o alle corti. Il ruolo dei giudici nel processo democratico, di sicuro interesse per la teoria costituzionale, riveste un'importanza più limitata per l'internazionalista, per il quale sia un'importante decisione quale quella in esame, sia il DOMA (*Defense of Marriage Act*) e i cosiddetti mini DOMA, rispettivamente legge federale e leggi statali che permettevano il non riconoscimento dei matrimoni omosessuali celebrati all'estero o in altri Stati membri della federazione, costituiscono prassi dello Stato. Ugualmente, l'opinione del giudice Thomas tocca il problema della definizione di libertà, che può essere intesa sia come libertà da azioni dello Stato che come diritto a ottenere prestazioni dal governo. Per Thomas la costituzione statunitense garantisce una libertà solo negativa e ogni altra interpretazione porrebbe a repentaglio la libertà di religione. Infine il giudice Alito affronta i problemi del radicamento dei diritti nella tradizione, sostenendo tesi analoghe a quelle già tratteggiate da Roberts.

L'opinione di maggioranza afferma il diritto costituzionale al matrimonio tra persone dello stesso sesso; in particolare si tratta di un diritto fondamentale.

La prima parte della motivazione, suddivisa in due sottoargomenti, è tesa a sostanziare il significato del valore del matrimonio per la realizzazione della propria personalità, sia individuale, sia nel contesto sociale. Viene quindi evidenziata la connessione tra il matrimonio e un'ampia nozione di libertà.

Successivamente la Corte utilizza l'argomento secondo cui il diritto al matrimonio egualitario è fondamentale per tutelare i bambini nati e cresciuti all'interno di una famiglia omogenitoriale, bambini che altrimenti vedrebbero la propria dignità sminuita. Al tempo stesso l'opinione di maggioranza è attenta a svincolare il matrimonio dalla procreazione.

Da ultimo si afferma che il matrimonio costituisce una pietra miliare dell'ordine sociale ed è per questo motivo che al matrimonio sono connessi alcuni benefici. Ciò è vero a prescindere

dalla circostanza che i coniugi siano o non dello stesso sesso. Altrimenti si imporrebbe uno stigma sociale sulle coppie omosessuali, che lederebbe la loro libertà e dignità.

Mentre la [sentenza](#) *Lawrence v. Texas* che aveva sancito l'incostituzionalità dell'incriminazione della sodomia aveva fatto perno su molte decisioni straniere, quasi a voler sostenere una sorta di *opinio iuris* internazionale, l'approccio seguito dalla Corte per affermare la costituzionalità del matrimonio egualitario è interamente fondata sul diritto interno, su due emendamenti della Costituzione e su una lettura evolutiva della Carta costituzionale. La maggioranza poggia le proprie argomentazioni sulla sinergia tra *equal protection clause* sancita nel XIV emendamento, corrispondente al principio di eguaglianza, e *due process clause* contenuta nel V emendamento, che afferma il principio in base al quale per negare l'accesso a un diritto fondamentale occorre che il governo abbia un'adeguata giustificazione, giustificazione che non viene rinvenuta nel caso di specie. Certo non basta l'argomento tradizionale per cui i diritti devono essere ben radicati nella storia e nelle tradizioni: «The right to marry is fundamental as a matter of history and tradition, but rights come not from ancient sources alone. They rise, too, from a better informed understanding of how constitutional imperatives define a liberty that remains urgent in our own era» (pp. 18-19).

Si ripercorre poi la storia del matrimonio per vedere come si tratti di un'istituzione non certo immutabile. A chi sostiene che non vi sia stato un sufficiente dibattito pubblico sul tema del matrimonio egualitario e che simile modifica debba essere ottenuta attraverso il processo democratico, la Corte risponde in maniera molto netta, nella piena consapevolezza del proprio ruolo contro-maggioritario: «An individual can invoke a right to constitutional protection when he or she is harmed, even if the broader public disagrees and even if the legislature refuses to act». Di qui l'urgenza di una decisione favorevole al matrimonio per tutti, per evitare che l'assenza di riconoscimento, col carico di stigma sociale e emarginazione che porta con sé, possa continuare a violare la libertà e dignità degli omosessuali. In questo passaggio troviamo un'affermazione in cui viene rovesciata la vecchia concezione di libertà negativa, quella secondo cui lo Stato non può ingerirsi in comportamenti privati che non rechino danno (*harm*) ad altri. Ora infatti è l'inerzia dello Stato, e in particolare del legislatore, che produce un danno, perpetuando quel trattamento differenziato, che fa sentire gli omosessuali esclusi e umiliati.

Inerzia cui la Corte sente il dovere di rimediare, in modo da far cessare il danno.

Dopo aver quindi affermato che le coppie dello stesso sesso debbono poter esercitare il proprio fondamentale diritto al matrimonio in tutti gli Stati, la Corte applica lo stesso ragionamento al riconoscimento dei matrimoni egualitari celebrati in altri Stati membri della federazione. Le situazioni giuridiche claudicanti che altrimenti si verificherebbero nello spazio degli Stati Uniti contribuirebbero a quello stato di instabilità e incertezza da solo idoneo a violare la libertà e dignità delle persone.

Il riconoscimento di un matrimonio celebrato in un altro Stato membro della federazione (*sister State*) non corrisponde perfettamente al riconoscimento di un matrimonio celebrato all'estero, anche se le due situazioni presentano un forte grado di analogia.

Nel diritto internazionale, i cui soggetti sono gli Stati sovrani, non vi è alcun obbligo di riconoscere situazioni venute in essere in altri Stati, anche se, in tempi recenti, la protezione dei diritti fondamentali dell'individuo sembra porre qualche limite al disconoscimento di effetti a situazioni sorte all'estero, almeno in contesti regionali. Ad esempio, a esito della [sentenza](#) adottata dalla Corte europea dei diritti umani nel caso *Wagner c. Lussemburgo*, il Lussemburgo ha dovuto riconoscere gli effetti di un'adozione peruviana effettuata da una donna single nonostante le disposizioni lussemburghesi non prevedessero tale tipo di adozione.

Limitatamente all'ambito dello spazio di libertà, sicurezza e giustizia dell'Unione europea, norme in materia di libera circolazione come la [direttiva](#) 2004/38/CE impongono il riconoscimento di taluni effetti agli status creati all'estero. Diversi tribunali di merito italiani, ad esempio, hanno fatto valere alcuni diritti derivanti dallo status acquisito all'estero per far ottenere la carta di soggiorno a stranieri coniugati all'estero con cittadini comunitari dello stesso sesso. E solo pochi giorni fa è stata depositata la [sentenza](#) nella quale la Corte d'appello di Napoli ha ordinato all'ufficiale di stato civile del comune di Santo Stefano del Sole (AV) di trascrivere nei registri di stato civile il matrimonio tra due donne francesi (una delle quali in possesso anche della cittadinanza italiana) che, dopo essersi validamente sposate in Francia, si erano trasferite in Italia per lavoro. Anche in questo caso la motivazione del giudice si fonda, tra l'altro, sul diritto fondamentale riconosciuto ai cittadini dell'Unione di circolare o sog-

giornare liberamente nel territorio degli Stati membri (art. 21 [TFUE](#)).

Per quanto riguarda il riconoscimento di matrimoni validamente contratti in un altro Stato membro della federazione, negli Stati Uniti, di norma, ciò avveniva sia sulla base della cosiddetta *doctrine of comity*, sia sulla base delle regole di diritto internazionale privato che permettevano tale riconoscimento a meno che l'atto non fosse considerato ripugnante. La soglia di ripugnanza, una sorta di eccezione di ordine pubblico, era molto alta e non ha impedito il riconoscimento di matrimoni omosessuali validamente contratti fino all'emanazione, in alcuni Stati conservatori, dei cosiddetti mini DOMA, adottati su imitazione del *Defence of Marriage Act*, legge federale del 1996 che impediva allo Stato federale di riconoscere validità ed effetti ai matrimoni omosessuali contratti all'estero o in uno dei *sister States*. Già la legge federale era stata dichiarata incostituzionale con la [sentenza](#) *United States c. Windsor* del giugno 2013; con la sentenza in commento si afferma ora in maniera netta che nessuno Stato federato può rifiutarsi di riconoscere matrimoni omosessuali validamente celebrati in uno dei *sister States*.

Nonostante, come già anticipato, si tratti di un atto statale fondato sul diritto interno, la decisione della Corte Suprema degli Stati Uniti è assai significativa per il diritto internazionale non solo per questa analogia con il funzionamento del diritto internazionale privato.

L'opinione di maggioranza si colloca molto avanti nel percorso di affermazione dei diritti civili, definita da Ackerman *The Civil Rights Revolution*, e consiste in un importante atto di prassi statale. Oltre a contare dal punto di vista quantitativo, facendo aumentare il numero di Stati che riconosce il matrimonio egualitario, la sentenza nel caso *Obergefell v. Hodges* rileva qualitativamente, per il modo in cui afferma tale diritto. Fino a oggi, infatti, la maggior parte dei giuristi che si sono occupati di tutela dell'orientamento sessuale, hanno affrontato la questione nell'ottica dell'esistenza o meno di un diritto umano a non essere discriminati per il proprio orientamento sessuale. Il processo di affermazione di tale diritto è stato suddiviso in tappe: dal divieto di incriminazione degli atti sessuali tra adulti consenzienti all'introduzione dell'orientamento sessuale tra i motivi di discriminazione vietata, al riconoscimento giuridico delle coppie omosessuali fino ad arrivare ai diritti familiari ([Waldijk](#)). In realtà tale percorso non si presenta lineare bensì accidentato e

ricco di contraddizioni. L'ultima sentenza della Corte Suprema statunitense compie un passo in avanti, non contenendo alcun riferimento al divieto di discriminazioni. Tale tema sembra talora riemergere sottotraccia, attraverso il riferimento al passato di stigmatizzazione che lederebbe la dignità degli individui. Tutto il ragionamento della Corte è invece incentrato e argomentato sul diritto al matrimonio come diritto fondamentale e inclusivo (*comprehensive*) di tutti gli individui, a prescindere da questioni di razza ([Loving](#)), di libertà o prigionia ([Turner](#)) o di condizioni economiche ([Zablocki](#)). Come già aveva fatto in *Lawrence*, la Corte parla in maniera concreta di individui reali, di storie di vita, il che permette di poggiare il diritto al matrimonio inclusivo sul principio di libertà, uguaglianza, autodeterminazione e dignità. Questa sembra davvero la rivoluzione dei diritti civili.

Un'ultima notazione, che prescinde dal diritto internazionale: il lettore 'laico', formato alla scuola di David Cooper, avverte un certo disagio leggendo le pagine dell'opinione di maggioranza in cui si esalta il ruolo del matrimonio quale quasi necessaria scelta di vita se si vuole essere pienamente realizzati, dal punto di vista individuale e sociale. Probabilmente questo era il prezzo da pagare per ottenere il risultato. Ora finalmente anche un omosessuale (statunitense) sarà libero di non sposarsi.

15 luglio 2015

*For better, for worse: il diritto al
matrimonio tra persone dello
stesso sesso nel difficile equilibrio
tra spinte *countermajoritan* e
radicamento nella tradizione*

GRAZIELLA ROMEO (*)

La pronuncia della Corte Suprema degli Stati Uniti nel caso *Obergefell v. Hodges* potrebbe rientrare a pieno titolo tra quei precedenti giurisprudenziali il cui il dispositivo risulta assai più rilevante, nel senso di significativo per l'evoluzione del diritto costituzionale americano, del *reasoning*. Se sul piano del diritto internazionale, la decisione dei *Justices* costituisce una prassi statale significativa (v. sul punto [Chiara Vitucci](#)) in sé e, al contempo, in quanto espressiva di una più generalizzata tendenza verso l'affermazione del matrimonio egualitario – almeno nei paesi della cosiddetta *Western Legal Tradition* (basti pensare alle recenti vicende [irlandesi](#)) –, sul piano del diritto costituzionale, la decisione descrive chiaramente la difficoltà di argomentare un *hard case* senza provocare effetti a cascata sulla coerenza complessiva dell'interpretazione costituzionale.

Dopo le due pronunce dello scorso *term*, [Windsor v. United States](#) e [Hollingsworth v. Perry](#), il *marriage federalism* era stato conservato con una soluzione pragmaticamente di compromesso. Gli Stati restavano liberi di decidere se riconoscere o meno il *right to same-sex marriage*, ma il governo federale non poteva più subordinare il riconoscimento dei diritti connessi al rapporto

* Università Bocconi

di convivenza o di coniugio all'eterosessualità dei partners. Con *Obergefell v. Hodges*, invece, la Corte percorre fino in fondo la strada dei diritti civili, al prezzo però di una coerenza argomentativa che in taluni punti è difficile da intravedere.

Infatti, la Corte, chiamata a stabilire se il diritto al matrimonio tra persone dello stesso sesso sia protetto dal XIV Emendamento, consegna un'*opinion* in cui le argomentazioni centrali finiscono talvolta per "provare troppo".

Per chiarire questo punto occorre partire dai fatti di causa. Alcune coppie gay ricorrono avverso il provvedimento con cui i pubblici ufficiali di Michigan, Kentucky, Ohio e Tennessee – Stati che definiscono l'istituto matrimoniale come l'unione tra un uomo e una donna – rifiutano di espletare le formalità richieste per la conclusione del matrimonio. Le parti attrici invocano sia la clausola del *due process* sia quella dell'*equal protection of law* del XIV Emendamento, sostenendo che il mancato riconoscimento del diritto al matrimonio violi la loro libertà e li ponga in una situazione di discriminazione rispetto alle coppie eterosessuali nel godimento di un diritto fondamentale.

La maggioranza della Corte, guidata da Kennedy, costruisce la motivazione essenzialmente sul primo profilo ovvero sulla riconducibilità del diritto al matrimonio alla giurisprudenza in materia di *due process*. In altre parole, giustifica il riconoscimento del *right to marry* alle coppie dello stesso sesso sulla base della sua inerenza al concetto di *liberty*, tutelato dal XIV Emendamento rispetto alle violazioni poste in essere dagli Stati federati.

Per realizzare questa operazione, il giudice Kennedy richiama quattro principi costituzionali, radicati nella tradizione americana, che giustificano la caratterizzazione come fondamentale del diritto in questione. In primo luogo, il diritto al matrimonio è strettamente connesso alla libertà di assumere scelte nella sfera personale. In secondo luogo, attraverso l'istituto in parola l'ordinamento giuridico protegge un'unione tra due persone caratterizzata dall'assunzione di un impegno reciproco che non ha eguali in istituti affini. In terzo luogo, il matrimonio è funzionale alla crescita dei figli, i quali trovano nella cornice del rapporto di coniugio un ambiente stabile che ne garantisce lo sviluppo sereno. Infine, l'istituto matrimoniale è il "keystone of our legal order", è in altri termini il nucleo essenziale sul quale è organizzata la comunità politica e sociale.

La lunga disamina dei *principles and traditions* che giustificano il carattere fondamentale del diritto al matrimonio serve al-

la maggioranza per ricondurre la portata innovativa della pronuncia nell'alveo della tradizione giuridica americana, in ossequio alla giurisprudenza in materia di *fundamental rights*, sempre attenta a ricostruire le posizioni giuridiche soggettive di questo tipo a partire dalla constatazione per cui esse esprimano innanzitutto esigenze di tutela che affondano le loro radici nella tradizione giuridica e nella cultura della Nazione.

Anche di fronte all'ipotesi di una nuova situazione giuridica protetta, l'ossessione della giurisprudenza costituzionale americana rimane quella di giustificare i "nuovi" ambiti di tutela dei diritti ovvero le nuove necessità di protezione di diritti storicamente esistenti, sulla base di un mutamento già avvenuto (non *in fieri* o meramente possibile) nella società americana in un determinato momento storico. Il carattere fondamentale di un diritto riguarda sempre la posizione giuridica così come radicata nella storia e nella cultura della comunità socio-politica statunitense. Tuttavia, l'analisi relativa a tale circostanza non può bastare nel caso di specie almeno per due ragioni. In primo luogo, perché la circostanza per cui il *right to marry* sia *fundamental* non giustificherebbe di per sé l'estensione alle coppie dello stesso sesso in assenza di una valutazione sulla ragionevolezza della differenza di trattamento; in secondo luogo perché la il carattere fondamentale di nuovi diritti deve necessariamente essere giustificato sul piano dell'avvenuto radicamento in concreto nella comunità socio-politica.

Alla Corte serve dunque richiamare la sua natura di potere contro-maggioritario proprio nel momento in cui si sforza di motivare la propria scelta sulla base della comune accettazione di principi tradizionali della cultura giuridica americana. L'arma del *due process* sostanziale – ovvero del sindacato sulla ragionevolezza del contenuto del provvedimento limitativo della libertà – è troppo facilmente accessibile per non essere impiegata. Così, Kennedy ricorre al cosiddetto *substantive due process*, la tecnica di *constitutional adjudication* più contestata nella storia della giurisprudenza americana, in ragione sia della sua attitudine ad aprire al riconoscimento di posizioni giuridiche nuove – comunque ricomprese nel concetto di libertà – sia della sua capacità di ampliare o restringere i poteri dell'organo legislativo secondo il ragionevole (e mutevole) apprezzamento dei giudici supremi. E di fatti, è su questa scelta che si concentrano le *dissenting opinions* dei giudici del blocco conservatore, i quali hanno gioco facile a richiamare i precedenti della *Lochner era* per rammentare

gli esiti imprevedibili cui il ricorso al *due process* in senso sostanziale è in grado di condurre.

Del resto, l'altra strada argomentativa, pure in parte percorsa, ovvero quella dell'analisi modellata sulla *equal protection clause* avrebbe forse evitato di concentrare il *reasoning* sul *due process* conducendo pragmaticamente allo stesso risultato. Eppure la maggioranza vi rinuncia pressoché completamente. Le ben note tecniche di sindacato, fondate sul principio di eguaglianza, non vengono utilizzate dalla Corte. Di più, i giudici si limitano, piuttosto apoditticamente, a dire che «the challenged laws burden the liberty of same-sex couples, and it must be further acknowledged that they abridge central precepts of equality» ([Opinion of the Court, p. 22](#)). Su questo profilo, nel ragionamento del Collegio riecheggiano, in qualche misura, le argomentazioni di altre Corti costituzionali (su tutte quella sudafricana nel noto caso [Fourie](#)) che hanno spesso collegato il divieto del matrimonio tra persone dello stesso sesso alla violazione della dignità personale, in almeno due diverse e complementari prospettive. Il divieto in questione, infatti, si sostanzia innanzitutto nella negazione della libertà di vivere con dignità una scelta personalissima e, in secondo luogo, nel mancato riconoscimento della natura degna in sé del legame affettivo tra due esseri umani. Da questa particolare prospettiva, poi, la violazione del principio di uguaglianza di tutti i cittadini di fronte alla legge risulta ancora più manifesta.

La minoranza conservatrice (il *Chief Justice* Roberts e i giudici Scalia, Thomas e Alito) non è persuasa, ma non contesta in alcun punto la posizione giuridica in sé e per sé. Tanto Roberts quanto Scalia, al contrario, riconoscono apertamente di non essere ideologicamente contrari al *right to same sex marriage*. Entrambi criticano il metodo impiegato dalla maggioranza e soprattutto il disinvolto superamento di un atteggiamento di *self-restraint* che sarebbe stato giustificato, a opinione del blocco conservatore, in almeno due prospettive. Per un verso, in ragione dell'opportunità di lasciare al legislatore la disciplina di una materia che interroga il processo politico prima ancora delle corti. Per l'altro, a causa della riconducibilità della disciplina dell'istituto matrimoniale alla competenza legislativa statale (rientrando peraltro a pieno titolo nella nozione di *police power*) e non già federale.

La posizione della maggioranza, sul primo aspetto, è molto chiara: il processo politico è la sede della lotta per i diritti, tutta-

via il loro riconoscimento non può sempre attendere che giunga finalmente il consenso della maggioranza. Al contrario, la pretesa di ottenere il riconoscimento di diritti negati deve poter essere soddisfatta attraverso la loro giustiziabilità in concreto. Così, il Collegio rivendica il suo ruolo contro-maggioritario, percorrendo, in qualche misura in senso inverso, la strada intrapresa nella premessa del ragionamento in cui dichiarava di radicare strettamente la posizione soggettiva in contestazione nella tradizione culturale e giuridica americana. Come dire: il matrimonio è l'istituto sul quale questo Stato poggia le proprie radici, tanto sul piano della realizzazione individuale, quanto su quello della costruzione dell'ordine sociale. Di conseguenza, non esistono ragionevoli motivi per negare un diritto così fondamentale alle coppie dello stesso sesso, sebbene la società civile non sia, in via generale, ancora pronta a questo mutamento culturale. È insomma il rilievo fondamentale del diritto in gioco a renderlo universale, a dotarlo di una forza di resistenza alle limitazioni, quand'anche esse siano giustificate perché accettate nella comunità socio-politica (o almeno in alcune comunità socio-politiche statali).

Kennedy insomma chiarisce che la Corte non intende affatto affermare un *new right to same-sex marriage*. La posizione giuridica soggettiva trova la giustificazione della sua centralità nella tradizione, ma si giova di un'interpretazione sensibile alle nuove esigenze degli esseri umani "situati" nella società contemporanea. Il Collegio non inventa, dunque, un nuovo diritto, non intende leggere nella Costituzione la tutela di una posizione giuridica non immaginata dai *Framers*. Al contrario, estende la protezione di un diritto profondamente radicato nella cultura, nella storia costituzionale e nell'ordinamento giuridico degli Stati Uniti.

Il giudice Kennedy impiega l'*equal protection clause* assai rapidamente, quasi a mera copertura di questo ragionamento, saldando le due clausole del XIV Emendamento in un'interpretazione che non indugia troppo in nessuno dei *topoi* della giurisprudenza costituzionale statunitense, che pure puntualmente cita (la dimensione sostanziale del *due process*, l'analisi dell'*equal protection*, la giurisprudenza sulla selezione dei *fundamental rights*). La debolezza complessiva del *reasoning* è però forse questa incrollabile volontà di mantenersi fedeli alle formule consuete della *constitutional adjudication*. Tale risolutezza porta il Collegio a predicarsi *counter-*

majoritarian nello stesso momento in cui giustifica la sua posizione sulla base della generale riconoscibilità dell'importanza dell'istituto che, in fin dei conti, si intende proteggere e preservare, estendendone l'applicazione.

L'*holding* è una vittoria dei diritti civili; il *reasoning* è, invece, deludente nel suo essere irrisolto: il costituzionalista vi trova un po' di tutto, un compendio della giurisprudenza costituzionale americana, in cui troppi elementi sono chiamati a giustificare una conclusione davvero innovatrice per l'ordinamento giuridico. Il risultato è, infatti, una motivazione dai toni fortemente retorici, che indugia molto volentieri nella dimensione morale (sul linguaggio utilizzato da Kennedy v. [Dorf](#)) del rapporto di coppia che richiede e giustifica un riconoscimento pubblico. La costruzione geometrica dell'analisi fondata sull'*equal protection* avrebbe forse evitato questa china scivolosa.

Di certo, la pronuncia conferma la fitta dialettica della Corte presieduta da Roberts e, più in generale, la natura straordinariamente argomentativa del diritto costituzionale americano. Proprio da questa prospettiva, è infatti significativo che la tendenza allo scetticismo nella *constitutional adjudication*, peraltro richiamato dal *Chief Justice* in chiusura dell'opinione dissenziente, venga tradita proprio in un caso costruito attorno alla dimensione morale del rapporto di coppia. In altri termini, la propensione a rifuggire dalle ricostruzioni dogmatiche che offrono soluzioni giuridiche sulla base di giudizi assoluti di natura morale lascia il posto alla strenua difesa dei diritti civili delle coppie dello stesso sesso.

La circostanza che ciò avvenga a scapito della coerenza delle "buone argomentazioni" è un prezzo che la Corte Suprema ritiene di poter pagare.

24 luglio 2015

Lo statuto giuridico delle coppie omosessuali (di nuovo) dinanzi la Corte di Strasburgo: il caso *Oliari e altri c. Italia*

MATTEO WINKLER (*)

«*Left in a limbo*». Non esiste formula più appropriata per sintetizzare [la sentenza del 21 luglio 2015](#) (disponibile in italiano sul sito [Articolo29.it](#)), resa all'unanimità dalla IV Sezione della Corte europea dei diritti umani nel procedimento *Oliari e altri c. Italia* (ricorsi nn. 18766/11 e 36030/11). «I ricorrenti», recita infatti l'opinione concorrente riallacciandosi a quella dei colleghi (§ 4), «sono stati abbandonati in un limbo, in uno stato di incertezza giuridica relativamente al riconoscimento legale della loro unione, di cui sarebbero titolari in virtù della Costituzione italiana». Il *casus belli* è costituito dall'assenza di una disciplina giuridica che assicuri riconoscimento e protezione alle relazioni stabili di convivenza tra persone dello stesso sesso. Si tratta di una ferita dei diritti individuali che dura da ormai da troppo tempo e che fa del nostro Paese l'unica democrazia occidentale non solo a non aver ancora tradotto in norme giuridiche le evidenti esigenze di vita quotidiana delle coppie *same-sex*, ma a non essere neppure stata in grado, almeno finora, di affrontare seriamente il problema, sul piano parlamentare, al pari di altri Stati.

1. La geografia parla chiaro. Sul tema delle coppie di persone dello stesso sesso, «*the picture of Europe's map is becoming less diverse than a few years ago*» (Waldijk, “*Great diversity and some equality: non-marital legal family formats for same-sex*

(*) HEC Paris.

couples in Europe”, in [GenIUS, n. 2/2014](#), p. 42 ss., p. 43). Ciò che colpisce, in particolare, è l’acquisita dominanza dei due modelli del matrimonio e delle «unioni civili» di stampo germanico.

Infatti, dei 47 Stati membri del Consiglio d’Europa, la cui totalità ha firmato e ratificato la Convenzione europea dei diritti umani e delle libertà fondamentali del 4 novembre 1950 (CEDU), undici consentono alle coppie gay e lesbiche di contrarre matrimonio (Belgio, Danimarca, Francia, Islanda, Lussemburgo, Olanda, Norvegia, Regno Unito, Spagna, Portogallo e Svezia, cui vanno però aggiunti la Slovenia e la Finlandia, ove apposite leggi entreranno in vigore in futuro) e diciotto disciplinano tali unioni con una forma di *registered partnership* o «unione civile» equivalente o parzialmente simile al matrimonio (Andorra, Austria, Belgio, Croazia, Repubblica Ceca, Finlandia, Francia, Germania, Ungheria, Irlanda, Liechtenstein, Lussemburgo, Malta, Olanda, Slovenia, Spagna, Svizzera e Regno Unito).

Lo stesso Consiglio d’Europa ha fatto della lotta alle discriminazioni per orientamento sessuale e del riconoscimento delle nuove realtà familiari uno dei suoi cavalli di battaglia sin dal lontano 1981 (v. le risoluzioni elencate in *Oliari*, §§ 56-60).

In questo puzzle europeo che ha ormai assunto i colori dell’arcobaleno, insomma, il tassello italiano risulta ancora mancante. Sviate sono le ragioni di questo «eccezionalismo» tutto nostrano: l’assoluta incompetenza di buona parte della classe politica, anzitutto; ma anche la tendenza di quest’ultima a subappaltare temi così delicati come i «diritti civili» alla sfera della morale, allo scopo di sottrarli deliberatamente al gioco democratico (cfr. Winkler, Strazio, *Il nostro viaggio. Odissea nei diritti LGBTI in Italia*, Mimesis, Milano-Udine, 2015, p. 17 ss.; per un’interessante comparazione con la Spagna v. Moscati, *Pasolini’s Italian Premonitions: Same-Sex Unions and the Law in Comparative Perspective*, Wildy, Simmons & Hill Pub., London, 2014, pp. 152-157); infine, la congenita pigrizia del legislatore, che seleziona *a priori* le materie di cui discutere in base alle esigenze delle «larghe intese», lasciando le altre a morire tra i faldoni dei lavori parlamentari. Di particolare rilievo, poi, pare essere la profonda crisi di rappresentatività che attraversa il nostro Paese, la cui conseguenza più vistosa è la totale assenza di comunicazione tra governanti e governati, tra mondo della politica e società civile.

2. Ed è proprio in quest’ultimo punto che si innesta

l'impianto della sentenza in epigrafe. Con una vigorosa stoccata al nostro Parlamento, la Corte ricorda che negli ultimi cinque anni una serie di pronunce della Corte costituzionale ([sent. 11.6.2014, n. 170](#) e soprattutto [15.4.2010, n. 138](#)) e della Corte Suprema di Cassazione ([9.2.2015, n. 2400](#) e [15.3.2012, n. 4184](#)) hanno inchiodato il legislatore alle sue responsabilità, riconoscendo espressamente la dignità costituzionale delle unioni omosessuali quali «formazioni sociali» ai sensi dell'art. 2 della Costituzione e demandando al Parlamento l'approntamento di una solida disciplina in materia. Questi reiterati richiami, cui la Corte europea si riferisce attraverso un interessante dialogo verticale tra corti (sul quale v. Gallo, Winkler, "*The Construction of Same-Sex Families in Western Europe through Legislative and Judicial Dialogues: The Role of National Legislatures and Supranational Courts*", in *Transnational Judicial Dialogue: Concept, Method, Extent, Effects* (a cura di Kjos e Müller), in via di pubblicazione per Cambridge Univ. Press, Cambridge, 2015) sono tuttavia caduti nel vuoto. Anzi, sono stati oggetto di un vero e proprio boicottaggio parlamentare fatto di continui tentativi, alcuni dei quali neppure troppo malcelati, di «accelerare per insabbiare» (Winkler, Strazio, *Op. cit.*, p. 23).

Dal canto loro, preoccupate di non invadere la sovranità del Parlamento, ma comunque orientate ad assicurare qualche effetto alla riconosciuta necessità di una tutela costituzionale, anche le corti di merito si sono dimostrate decisamente aperte rispetto alle richieste delle coppie dello stesso sesso, arrivando ad ordinare la trascrizione di un matrimonio *same-sex* contratto a New York ([Trib. Grosseto 3.4.2014](#) e [25.3.2015](#), entrambe tuttavia annullate in appello), a garantire il risarcimento da perdita del *partner* dello stesso sesso (tra gli altri, App. Milano, 20.11.2012) e a riconoscere, infine, il diritto di soggiorno allo straniero coniugato con un cittadino italiano dello stesso sesso ([Trib. Verona, 5.12.2014](#); [Trib. Pescara, 15.1.2013](#); [Trib. Reggio Emilia, 9/13.2.2012](#)).

La forza dirompente delle sentenze della Corte costituzionale e della Corte di Cassazione, inoltre, si mostra con piena evidenza nel campo dell'omogenitorialità, imponendo ai tribunali italiani la protezione dei minori concepiti e nati nel contesto di coppie di persone dello stesso sesso (cfr. Trib. min. Roma, 30.7.2014 e App. Torino, 29.10.2014, su cui v. di Napoli, *La Corte d'appello di Torino di fronte alla fecondazione assistita eterologa all'estero*, in [GenIUS, n. 1/2015](#), p. 258 ss.).

3. Tra le motivazioni di tutte queste pronunce dominano i principi evidenziati ripetutamente dalla Corte di Strasburgo, la quale ha costruito nel corso degli anni un vero e proprio statuto generale delle unioni omosessuali, utilizzando le norme della CEDU attivate dai vari ricorrenti nei relativi procedimenti, vale a dire l'articolo 8 sul «diritto al rispetto della vita privata e familiare», l'articolo 14 sul divieto di discriminazione e l'articolo 12 sul diritto al matrimonio.

In virtù di tali norme e dei precedenti che le hanno applicate, è possibile affermare che le persone omosessuali godono del diritto fondamentale di *stabilire relazioni con persone dello stesso sesso* ([Dudgeon c. Regno Unito](#); v. Waaldjik, “*The Right to Relate: A Lecture on the Importance of ‘Orientation’ in Comparative Sexual Orientation Law*”, in 24 *Duke J. Comp. & Int'l L.*, 2013, p. 161 ss., pubblicato in italiano in [GenIUS](#), n. 1/2015, p. 134 ss.), di *non essere discriminati in virtù del loro orientamento sessuale* (in particolare in tema di affidamento di minori dopo la separazione: [Salgueiro da Silva Mouta c. Portogallo](#); di adozione: [E.B. c. Francia](#); di successione nel contratto di locazione dell'abitazione comune: [Karner c. Austria](#) e [Kozak c. Polonia](#); di *stepparent adoption*: [X and Others c. Austria](#)), di vedere le proprie relazioni di convivenza stabile trattate *come famiglie al pari delle coppie di conviventi di sesso diverso* ([Schalk e Kopf c. Austria](#), spec. § 94) e di vedersi estendere gli istituti protettivi della convivenza eventualmente già previsti per le coppie eterosessuali ([Vallianatos c. Grecia](#)).

Questi precedenti, tuttavia, hanno sciolto solo in parte il nodo del *diritto al matrimonio*, oggetto del citato caso *Schalk*. Da una parte, anche in conseguenza del carattere sensibile del tema rispetto ad alcuni Stati firmatari (penso a Russia e Turchia), la Corte ha sottoposto il diritto al matrimonio previsto dall'articolo 12 a una totale discrezionalità dei legislatori nazionali. Dall'altra, però, si è riservata di occuparsi in futuro, lasciandoli per il momento irrisolti, dei casi di totale assenza di regolamentazione (v. *Schalk*, cit., § 103).

Oliari rappresenta proprio uno di questi casi, ed è giunto il momento di esaminarlo in dettaglio.

4. In via preliminare, il governo italiano aveva contestato sia la qualifica di vittime dei ricorrenti, affermando che esse non avessero sofferto alcun danno concreto, sia l'avvenuto esaurimento dei ricorsi interni da parte dei ricorrenti stessi, avendo questi ultimi deciso di rivolgersi a Strasburgo subito dopo la sen-

tenza della Corte costituzionale (n. 138/2010 cit.) senza passare per la Cassazione. «Se i ricorrenti avessero portato le loro doglianze dinanzi ai giudici nazionali» — aveva affermato il governo — «ne avrebbero almeno ottenuto un riconoscimento giuridico delle loro unioni» (*Oliari*, cit., § 74).

La Corte rigetta entrambe le eccezioni. Per essere «effettivo», osserva la Corte, «un rimedio deve essere in grado di porre rimedio diretto alla situazione contestata, e deve offrire una prospettiva ragionevole di successo» (§ 77). Nel caso di specie, «esisteva una giurisprudenza consolidata delle più alte corti nazionali che indicava che le doglianze [dei ricorrenti, consistenti nella richiesta di contrarre matrimonio,] non avrebbero avuto alcuna possibilità di successo» (§ 81). Inoltre, la Corte rimprovera al governo italiano di aver omesso di fornire in giudizio anche un solo esempio del «riconoscimento giuridico» che, a suo dire, le corti interne avrebbero dovuto effettuare, mentre non si comprende come detto riconoscimento «avrebbe potuto produrre qualunque effetto sulla situazione pratica dei ricorrenti» (§ 82).

La Corte nota, infine, che la sofferenza delle coppie gay e lesbiche italiane, prive di riconoscimento e protezione giuridica, corrisponde a una «*continuing situation*», ossia a una violazione permanente rispetto alla quale i sei mesi di decadenza richiesti per il deposito del ricorso (a mente dell'art. 35 § 1 CEDU) non decorrono se non dall'interruzione della violazione stessa. Di qui, il rigetto della relativa eccezione di decadenza sollevata dal governo italiano.

5. Anche nel merito le eccezioni avanzate dal governo vengono tutte rigettate.

A tal riguardo, esso aveva anzitutto fatto valere il *margin* di apprezzamento di cui godono gli Stati firmatari in una materia tanto delicata «da impattare la sensibilità degli individui e la loro identità culturale», occorrendo necessariamente attendere del tempo «per raggiungere una maturazione graduale di un senso comune della comunità nazionale sul riconoscimento di questa nuova forma di famiglia» (§ 123). Il governo aveva inoltre recisamente negato che l'assenza di disciplina fosse finalizzata «a proteggere la famiglia tradizionale o la morale della società, come affermato dai ricorrenti», negando altresì alla radice l'esistenza di una discriminazione e affermando che le coppie gay e lesbiche italiane sono già riconosciute e protette, potendo regolare la propria unione vuoi attraverso i c.d. «registri delle unioni civili» a livello comunale, vuoi mediante i «contratti di

convivenza».

La Corte rifiuta *in toto* queste conclusioni.

Anzitutto, i dati statistici forniti dall'ISTAT e prodotti dall'interveniente *Associazione Radicale Certi Diritti* illustrano chiaramente che la società italiana è molto distante dalle convinzioni del governo e della classe politica. Non solo la discriminazione esiste ed è reale (ad es., 40% dei gay intervistati del Centro Italia dichiara di averla subita), ma la società è pronta a superarla (il 66% sottoscrive che «è possibile amare una persona di sesso opposto o dello stesso sesso, ciò che importa è l'amore») (§ 144).

In secondo luogo, né i registri comunali né i contratti di convivenza sono in grado di sostituire il necessario «quadro giuridico specifico» imposto dall'obbligo dell'Italia di rispettare la vita privata e familiare delle coppie omosessuali. I *registri comunali*, infatti, «esistono solo nel 2% dei comuni» ([155 su 8.000, per essere precisi](#)), sono «meramente simbolici[,] non conferiscono ai ricorrenti alcuno stato civile ufficiale [...] e sono persino privi di valore probatorio» (§ 168). Quanto agli *accordi di convivenza*, essi «omettono di assicurare alcuni bisogni di base che risultano fondamentali nella regolamentazione di una relazione di coppia stabile e responsabile» e, soprattutto, «sono aperti a tutte le convivenze, a prescindere dal fatto che si tratti di una coppia in una relazione stabile e responsabile» (§ 169).

Secondo la Corte, il margine di apprezzamento può essere fatto valere dallo Stato solo in presenza di un *corretto bilanciamento tra gli interessi dei ricorrenti e quelli della società nel suo complesso* (§ 160). Introdurre una legislazione *ad hoc* sulle unioni omosessuali «non comporterebbe alcun onere specifico per lo Stato italiano[, mentre] realizzerebbe un bisogno sociale importante», fornendo a dette unioni «[il] senso di legittimazione» che meritano (§§ 173-174). Tuttavia, questo bilanciamento nel caso italiano non è possibile, perché «il legislatore non sembra aver attribuito particolare importanza alle indicazioni provenienti dalla comunità nazionale, incluse la popolazione italiana generale e le più alte autorità giudiziarie d'Italia» (§ 179).

Ciò che la Corte non riesce a digerire è il fatto che il nostro Parlamento abbia ripetutamente ignorato i continui richiami della giurisprudenza. Se «ignorare una sentenza finale ed esecutiva [...] non può spiegarsi in termini di interesse pubblico o di interessi della comunità nel suo complesso», ciò d'altro canto «mina alla radice la credibilità e l'autorità del potere giudiziario, met-

tendone a rischio l'effettività, tutti fattori di grande importanza dal punto di vista dei principi fondamentali che sono alla base della Convenzione» (§ 184). Infine, conduce alla condanna «l'assenza di un interesse prevalente della comunità, avanzato dal governo italiano, rispetto al quale bilanciare i fondamentali interessi dei ricorrenti» (§ 185).

L'Italia dovrà dunque «implementare misure generali o individuali appropriate» ai sensi dell'articolo 46 della CEDU «allo scopo di assicurare il diritto dei ricorrenti e delle altre persone nella medesima posizione al rispetto della loro vita privata e familiare» (§ 200), senza specificare in alcun modo il grado di riconoscimento — matrimonio ovvero unione civile.

6. Alla luce del panorama variegato che caratterizza il continente europeo sul tema delle unioni di persone dello stesso sesso, la Corte si sforza di «agganciare» il caso alla realtà italiana, onde assicurare la massima credibilità alla propria decisione.

Esiste dunque un obbligo positivo, discendente dall'articolo 8 della CEDU, di introdurre una disciplina generale di tali unioni, rispetto al quale gli Stati godono nondimeno di un ampio margine di apprezzamento dipendente dal grado di consenso europeo esistente in un dato momento storico. Il margine di apprezzamento e la conseguente libertà dello Stato di non legiferare del tutto sul tema sono però destinati a restringersi, fino a scomparire del tutto, in presenza di due elementi aggiuntivi ai quali la Corte assegna un'importanza decisiva per l'esito della causa: (1) il *grado di accettazione* espresso dalla società nazionale, illustrato anche attraverso indagini statistiche ufficiali, rispetto alla realtà delle famiglie incentrate su coppie di persone dello stesso sesso; e (2) i *richiami inascoltati della giurisprudenza interna*, purché ripetuti e provenienti dal coro delle corti superiori.

Si tratta di «una combinazione di ragioni non necessariamente reperibili in tutti gli Stati contraenti», osserva giustamente l'opinione separata citata all'inizio, la quale aggiunge, peraltro, che lo Stato ha «un obbligo complessivo di affidamento e buona fede [...] nei confronti dei propri cittadini», obbligo che il legislatore italiano ha palesemente violato.

Tutte queste considerazioni sembrano mettere al riparo la sentenza da un eventuale ricorso alla Grande Camera che, proprio per la solidità della motivazione, il fermo ancoraggio dei giudici alla realtà italiana e, non da ultimo, l'unanimità del giudizio, risulterebbe estremamente rischioso, soprattutto sul piano

dell'opinione pubblica interna. Ad uscirne del tutto screditati sarebbero infatti il Parlamento e il governo italiani. Ad ogni buon conto, lo svelamento della paradossale posizione del governo italiano, richiamato così da una Corte sovranazionale a rispettare la sua stessa Costituzione nazionale, appare sicuramente il punto più interessante della sentenza *Oliari*, un punto che pesa come un macigno sul nostro Paese ben più della stessa condanna per violazione della Convenzione.

27 luglio 2015

6

Immigrazione e tratta

- FRANCESCA DE VITTOR I risultati del Consiglio europeo straordinario sull'emergenza umanitaria nel Mediterraneo: repressione del traffico dei migranti o contrasto all'immigrazione irregolare?
- CHIARA FAVILLI La responsabilità dei Governi degli Stati membri nella difficile costruzione di un'autentica politica dell'Unione Europea di immigrazione e di asilo
- GABRIELLA CARELLA Tratta degli esseri umani, uso della forza internazionale e prevenzione dei naufragi (... dello stato di diritto)
- ALESSANDRA ANNONI L'esercizio dell'azione penale nei confronti dei trafficanti di migranti: le responsabilità dell'Italia... e quelle degli altri
- FRANCESCO CHERUBINI L'Agenda europea sull'immigrazione: la macchina ora (forse?) funziona, ma ne occorre comunque un'altra
- GIUSEPPE MORGESE I migranti, la solidarietà e l'Europa senza qualità
- STEFANO MONTALDO Le dichiarazioni (ritrattate) del governo ungherese sulla sospensione unilaterale dell'applicazione del regolamento Dublino III e la nuova querelle franco-italiana: il problema delle frontiere europee

- LUCA D'AMBROSIO Le «système Lampedusa» incriminé par la Court Européenne des Droits de l'Homme
- DANIELA VITIELLO La sentenza Celaj della Corte di Lussemburgo e la detenzione degli stranieri irregolari: un passo indietro?

I risultati del Consiglio europeo straordinario sull'emergenza umanitaria nel Mediterraneo: repressione del traffico dei migranti o contrasto all'immigrazione irregolare?

FRANCESCA DE VITTOR (*)

Nelle reazioni che hanno agitato il mondo politico immediatamente dopo i gravissimi naufragi della scorsa settimana uno degli argomenti centrali è quello della prevenzione del traffico di migranti e della sanzione nei confronti dei trafficanti. La sensazione che si ha leggendo la gran parte delle dichiarazioni rilasciate alla stampa è che i trafficanti siano la causa dell'ecatombe di migranti nel Mediterraneo.

Il contrasto al traffico dei migranti, perseguito in primo luogo con la cattura e la distruzione delle imbarcazioni utilizzate, è peraltro la prima azione in merito alla quale i membri del Consiglio europeo straordinario del 23 aprile hanno trovato un accordo ([Dichiarazione](#); v. anche il [documento](#) intitolato «*Remarks by President Donald Tusk following the special European Council meeting on migratory pressures in the Mediterranean*»). La repressione del traffico appare addirittura prioritaria rispetto all'adozione di misure idonee di soccorso in mare. Sebbene infatti un risultato importante dell'incontro sia l'aver triplicato le

(*) Università Cattolica di Milano.

risorse dell'operazione *Triton*, rendendola quindi equiparabile all'operazione *Mare Nostrum* dal punto di vista dei mezzi impiegati, non se ne è modificato il mandato: l'operazione resta un'operazione di controllo delle frontiere dispiegata normalmente entro le trenta miglia dalle coste italiane, e i mezzi impiegati si sposteranno in acque internazionali avvicinandosi alle coste libiche solo qualora ricevano una richiesta di soccorso, in ciò distinguendosi radicalmente dall'operazione *Mare Nostrum*, per la quale il soccorso in mare era il mandato principale e che dispiegava le proprie forze fino alle acque internazionali adiacenti le acque territoriali libiche, garantendo così un intervento molto più rapido (si veda il post di [Chiara Favilli](#) su questo blog per le differenze tra le due operazioni). La terza questione, sicuramente quella più delicata, sulla quale i membri del Consiglio europeo erano chiamati a discutere era quella relativa alla creazione di canali legali di accesso all'Unione europea e alle procedure per il riconoscimento della protezione internazionale, ed è questo il punto in merito al quale i risultati della riunione sono senza dubbio i più deludenti: non si prevede alcun "corridoio umanitario", e il sostegno dell'Unione europea ai Paesi maggiormente esposti al flusso migratorio si riduce al coordinamento di programmi di ristabilimento tra gli Stati membri *su base volontaria*.

L'accento quasi esclusivo sulle responsabilità dei "trafficienti di uomini" si spiega facilmente in base alla sua efficacia politico-mediatica: i trafficanti sono indiscutibilmente criminali responsabili di gravissimi reati che meritano di essere sanzionati in modo estremamente serio, offrono quindi un perfetto capro espiatorio anche per responsabilità che vanno ben oltre le loro. L'argomento secondo il quale arrestare i trafficanti e distruggere le imbarcazioni utilizzate per il traffico sarebbe un modo efficace per risolvere il problema di centinaia di migliaia che cercano di trovare asilo in Europa, in fuga dai conflitti che insanguinano il Nord Africa, appare tanto irragionevole che nemmeno meriterebbe attenzione se su di esso non si concentrasse il consenso della comunità politica europea. È proprio al fine di cercare di interpretare le ragioni strumentali di tale consenso che sembra utile offrire qualche spunto di riflessione sui principali strumenti giuridici che nell'ordinamento internazionale, europeo ed italiano sono dedicati alla prevenzione e alla repressione del traffico di migranti.

A livello internazionale gli strumenti più importanti sono, come è noto, i due accordi addizionali della [Convenzione](#) delle

Nazioni Unite contro la criminalità organizzata transnazionale adottati dalla Conferenza di Palermo nel dicembre 2000, il [Protocollo](#) per combattere il traffico di migranti via terra, via mare e via aria e il [Protocollo](#) per prevenire, reprimere e punire la tratta di persone, in particolare di donne e bambini. All'art. 2 del Protocollo sul traffico si legge che «[l]o scopo del presente Protocollo è di prevenire e combattere il traffico di migranti, nonché quello di promuovere la cooperazione tra gli Stati Parte a tal fine, *tutelando al contempo i diritti dei migranti oggetto di traffico clandestino*» (corsivo mio). Ancora più chiaro è l'art. 2 del Protocollo sulla tratta, ai sensi del quale «[g]li obiettivi del presente Protocollo sono: a) prevenire e combattere la tratta di persone, prestando particolare attenzione alle donne e ai bambini; b) tutelare e assistere le vittime di tale tratta nel pieno rispetto dei loro diritti umani; e c) promuovere la cooperazione fra gli Stati Parte al fine di realizzare detti obiettivi». Appare evidente quindi che entrambi i Protocolli sono strumenti, facilmente qualificabili nell'ambito dei trattati sui diritti umani, volti alla *tutela delle vittime del traffico e della tratta*, e non alla prevenzione o alla repressione dell'immigrazione irregolare nei territori degli Stati parte. Siffatta affermazione è peraltro confermata dall'art. 5 del Protocollo sul traffico, laddove si esclude esplicitamente che il migrante possa essere sanzionato per essere stato oggetto del traffico, ovvero per essersi rivolto ai trafficanti al fine di poter varcare illegalmente la frontiera. Sembra inoltre opportuno menzionare la [Convenzione](#) del Consiglio d'Europa sulla lotta contro la tratta di esseri umani del 2005 (ratificata da quasi tutti gli Stati membri del Consiglio d'Europa, tra cui tutti gli Stati membri dell'Unione europea), che all'art. 5, tra le misure volte alla prevenzione della tratta impone alle parti contraenti di «adott[are] le misure appropriate e necessarie, affinché *gli immigrati si stabiliscano nel Paese legalmente*, in particolare attraverso la diffusione d'informazioni accurate, da parte degli uffici interessati, sulle condizioni che permettono l'ingresso e la permanenza legale sul proprio territorio» (corsivo mio); se la norma non impone agli Stati alcun obbligo di accoglienza essa denota comunque la consapevolezza che garantire ai migranti modalità di accesso e permanenza regolare sia uno dei modi più efficaci per evitare lo sviluppo di organizzazioni criminali.

Dalle informazioni apparse sulla stampa in merito al modo in cui è gestito ed organizzato il «traffico» dei migranti che si imbarcano dalle coste libiche risultano alcuni elementi che permet-

terebbero forse di qualificare quell'attività criminale come «tratta». La «tratta di persone» è infatti definita all'art. 3 del Protocollo sulla tratta come «il reclutamento, trasporto, trasferimento, l'ospitare o accogliere persone, tramite l'impiego o la minaccia di impiego della forza o di altre forme di coercizione, di rapimento, frode, inganno, abuso di potere o di una posizione di vulnerabilità o tramite il dare o ricevere somme di denaro o vantaggi per ottenere il consenso di una persona che ha autorità su un'altra a scopo di sfruttamento»; la stessa norma precisa poi che «il consenso di una vittima della tratta di persone allo sfruttamento di cui alla lettera a) del presente articolo è irrilevante nei casi in cui qualsivoglia dei mezzi usati di cui alla lettera a) è stato utilizzato». Ora, sebbene non sia stato dimostrato lo sfruttamento dei migranti dopo lo sbarco, la situazione di estrema vulnerabilità in cui si trovano migranti e rifugiati in Libia, la confisca dei loro passaporti prima dell'imbarco, le pratiche estremamente violente utilizzate dagli scafisti per ottenere obbedienza, l'influenza dell'organizzazione anche dopo lo sbarco in Italia grazie alla presenza di trafficanti anche nei centri di accoglienza, sono tutti elementi che permetterebbero di qualificare quei migranti come vittime di tratta, con rilevanti conseguenze in termini di tutela.

La scelta delle istituzioni nazionali ed europee di parlare esclusivamente di traffico di persone e di repressione dei trafficanti piuttosto che di tratta, si spiega probabilmente anche in ragione delle conseguenze che tale diversa qualificazione comporta dal punto di vista dell'ordinamento interno. Se infatti gli accordi internazionali sia sulla tratta sia sul traffico si caratterizzano per avere come scopo la tutela dei migranti, e quindi anche il bene giuridico protetto dalle norme repressive è la vita e la dignità dell'essere umano vittima del comportamento criminale, ciò non appare altrettanto evidente nella normativa italiana ed europea. Il Protocollo di Palermo impone agli stati di sanzionare penalmente il traffico di migranti definito come «il procurare, *al fine di ricavare, direttamente o indirettamente, un vantaggio finanziario o materiale*, l'ingresso illegale di una persona in uno Stato Parte di cui la persona non è cittadina o residente permanente» (corsivo mio). Il fine di ricavare profitto costituisce quindi dolo specifico della fattispecie, mentre nessuna sanzione è prevista nel caso in cui il supporto all'ingresso illegale sia fornito gratuitamente, per esempio per ragioni di solidarietà. Questa considerazione appare un'ulteriore conferma del fatto che il con-

trasto all'immigrazione irregolare non è tra gli scopi perseguiti dal Protocollo relativo al contrasto al traffico di migranti. Certo, «i controlli alle frontiere necessari per prevenire e individuare il traffico di migranti», previsti dall'articolo 11 del Protocollo, avranno presumibilmente come effetto secondario anche il contrasto all'immigrazione irregolare, ma non sono a tale scopo preposti.

Diversamente, nell'ordinamento dell'Unione europea le norme repressive pertinenti sono quelle previste dalla [Direttiva 2002/90/CE](#) del 28 novembre 2002 volta a definire il favoreggiamento dell'ingresso, del transito e del soggiorno illegali, che prevede l'adozione di «sanzioni appropriate: a) nei confronti di chiunque intenzionalmente aiuti una persona che non sia cittadino di uno Stato membro ad entrare o a transitare nel territorio di uno Stato membro in violazione della legislazione di detto Stato relativa all'ingresso o al transito degli stranieri» (art. 1, par. 1). La direttiva si limita ad autorizzare gli Stati membri a «non adottare sanzioni riguardo ai comportamenti di cui al paragrafo 1, lettera a), applicando la legislazione e la prassi nazionali nei casi in cui essi abbiano lo scopo di prestare assistenza umanitaria alla persona interessata» (art. 1, par. 2) (si noti che la [risoluzione 2013/2827\(RSP\)](#) del Parlamento europeo del 23 ottobre 2013 sui flussi migratori nel Mediterraneo, con particolare attenzione ai tragici eventi al largo di Lampedusa invitava «la Commissione a rivedere la direttiva 2002/90/CE del Consiglio volta a definire le sanzioni in caso di favoreggiamento dell'ingresso, del transito e del soggiorno illegali, al fine di chiarire che la prestazione di assistenza umanitaria ai migranti che si trovano in pericolo in mare va considerata positivamente e non costituisce in alcun modo un'azione sanzionabile»; non risulta però che tale invito abbia fino ad ora avuto seguito). La definizione della fattispecie, priva di qualsiasi riferimento allo scopo lucrativo e volta quindi a sanzionare anche coloro che favoriscono l'ingresso illegale per ragioni di mera solidarietà con il migrante, nonché la previsione di una facoltà e non di un obbligo di non sanzionare l'assistenza umanitaria, appaiono indicativi del fatto che il rapporto tra beni giuridici tutelati sia diametralmente invertito rispetto al Protocollo relativo al traffico di migranti: scopo della direttiva è il contrasto all'immigrazione irregolare, non la tutela dei migranti oggetto del traffico. Tale conclusione non sembra confutata dalla [Decisione quadro](#) del Consiglio, del 28 novembre 2002, relativa al rafforzamento del quadro penale per la repressione del favo-

reggiamento dell'ingresso, del transito e del soggiorno illegali (2002/946/GAI), che indica i tipici elementi qualificanti il traffico (scopo di lucro, organizzazione criminale, messa in pericolo delle vittime) come aggravanti dei reati di favoreggiamento dell'immigrazione illegale e non come definatori di una diversa fattispecie.

Un discorso del tutto analogo deve essere proposto con riferimento all'ordinamento italiano. Non è infatti previsto nell'ordinamento italiano uno specifico reato di traffico di persone, ma solo quello di favoreggiamento dell'immigrazione irregolare. L'art. 12, 1° co., del [Testo Unico](#) delle disposizioni concernenti la disciplina dell'immigrazione e norme sulla condizione dello straniero (Decreto legislativo 25 luglio 1998, n. 286 e successive modifiche) punisce con la reclusione da uno a cinque anni e con la multa di € 15.000 per ogni persona «chiunque, in violazione delle disposizioni del presente testo unico, promuove, dirige, organizza, finanzia o effettua il trasporto di stranieri nel territorio dello Stato ovvero compie altri atti diretti a procurarne illegalmente l'ingresso nel territorio dello Stato, ovvero di altro Stato del quale la persona non è cittadina o non ha titolo di residenza permanente». Anche in questo caso il bene giuridico protetto dalla norma è l'integrità della frontiera rispetto all'ingresso irregolare di stranieri, la sanzione è infatti imposta indipendentemente dagli scopi e dai modi in cui il favoreggiamento dell'ingresso irregolare è realizzato. La tutela del migrante "trafficato" traspare solo nella definizione delle circostanze aggravanti previste dai commi 3 e seguenti del medesimo articolo.

Alla luce della normativa applicabile appare pertanto che il discorso volto a proporre come principale misura di prevenzione delle quotidiane tragedie nel Mar Mediterraneo il contrasto al traffico di migranti non solo è del tutto inadeguato, ma *nasconde* una radicale inversione del paradigma valoriale: il riferimento linguistico richiama una normativa (quella internazionale sul traffico di persone) volta a tutelare i diritti umani delle persone trafficate e quindi unanimemente riconosciuta come meritevole, mentre la normativa che costituisce il quadro giuridico delle azioni che effettivamente saranno adottate contro i trafficanti è destinata a proteggere gli Stati membri dell'Unione dagli ingressi irregolari. Una tale inversione di paradigma sembra peraltro confermata dal fatto che sotto il titolo «prevenzione dei flussi migratori illegali» sono rubricate ben otto delle diciassette lettere che compongono l'intera dichiarazione finale del Consiglio eu-

ropeo straordinario.

La repressione delle organizzazioni criminali transnazionali che lucrano sulla disperazione di persone che fuggono dalla guerra è senza dubbio *una* delle azioni necessarie per impedire che migliaia di persone paghino cifre esorbitanti per imbarcarsi su natanti inadeguati alla traversata, ma si tratta di un'azione del tutto inutile e potenzialmente dannosa se non si interviene sulle reali cause del traffico: la situazione nei Paesi dai quali queste persone fuggono e l'assenza di vie legali di accesso all'Europa per rifugiati e persone bisognose di protezione internazionale.

27 aprile 2015

La responsabilità dei Governi degli Stati membri nella difficile costruzione di un'autentica politica dell'Unione Europea di immigrazione e di asilo

CHIARA FAVILLI (*)

La reazione a situazioni di “emergenza” può essere qualificata come il filo rosso della politica migratoria italiana. Lo è stato nel 1989, quando con un decreto legge è stata approvata la c.d. legge Martelli, lo è stato negli anni '90 con l’“emergenza Balcani” e poi ancora, dopo il 2001, con l’“emergenza terrorismo”, nel 2007 con la c.d. “emergenza nomadi” e nel 2011 con l’“emergenza Nord Africa”. Successivamente si sono ripetuti eventi, talora tragici, che hanno fatto gridare all'emergenza profughi, emergenza sbarchi, emergenza accoglienza. Diverse le emergenze ma identico l'approccio, tendente a reagire ai fenomeni piuttosto che a governarli ed a percepirli come eccezionali anche quando sono sistematici e strutturali.

Persa nell'adozione di misure propagandistiche, come il reato di immigrazione e soggiorno irregolare o i respingimenti sommari seccamente condannati dalla Corte EDU (sentenza [Hirsi c. Italia](#) del 23 febbraio 2012), l'Italia non ha seriamente affrontato la gestione del controllo delle sue frontiere marittime, nonché delle misure di contrasto dell'immigrazione irregolare e della gestione delle operazioni di ricerca e soccorso in mare. Non fosse stato per le capacità indiscusse delle forze italiane di volta

* Università degli Studi di Firenze

in volta coinvolte, nonché dei tanti privati che in questi anni hanno salvato migliaia di vite in mare, oggi il bilancio dei morti sarebbe ancora più drammatico. La cooperazione con la Libia è un altro “buco nero” della politica migratoria italiana: oggi da più parti si rimpiange la stabilità dell’era di Gheddafi, senza ricordare che i flussi da quel Paese non sono mai cessati, neanche quando la situazione geopolitica in Nord Africa e in Medio Oriente era molto meno instabile di adesso e che, anzi, proprio Gheddafi utilizzava la leva dei flussi migratori come arma di negoziato per ottenere vantaggi economici altamente discutibili, certificati [dal Trattato di amicizia, partenariato, e cooperazione](#) con quel Paese nel 2008.

A questo dato strutturale della nostra politica si sono aggiunti i danni causati dall’affermarsi di forze politiche che utilizzano l’immigrazione come leva elettorale, soffiando sul fuoco delle comprensibili paure della popolazione autoctona, illusa che lo “*tsunami*” provocato da conflitti e da condizioni di estrema povertà, congiuntamente ad una sempre maggiore globalizzazione, possa essere fermato con soluzioni semplicistiche e velleitarie prove di forza.

In questo disordine di fondo nella gestione delle politiche migratorie, periodicamente l’Italia ha invocato l’intervento dell’Unione europea, gridando all’emergenza. Lo ha fatto anche quando il numero delle richieste di protezione internazionale in Italia era di gran lunga inferiore rispetto a quello della Germania, della Francia, della Svezia, del Regno Unito e, addirittura, fino al 2012, del Belgio (v. i [rapporti annuali](#) dello *European Asylum Support Office*). Lo ha fatto durante la c.d. “Primavera araba”, quando solo una minima parte delle persone giunte nelle nostre coste ha richiesto protezione internazionale, mentre le altre sono state fornite di permesso di soggiorno, titolo di viaggio e denaro sufficiente per soddisfare i requisiti stabiliti dal Codice frontiere Schengen per l’attraversamento delle frontiere interne (v. il [rapporto](#) del CeSPI su “L’impatto delle primavere arabe sui flussi migratori regionali e verso l’Italia”). Una soluzione all’italiana, questa, che ha consentito alle persone di raggiungere le mete desiderate, ma che ha inferto una ferita grave al principio di reciproca fiducia tra gli Stati membri nell’attuazione degli obblighi derivanti dall’UE. Tra questi vi è quello del controllo delle frontiere, applicando le regole comuni in base al principio di leale cooperazione e di effetto utile, così che le norme possano conseguire l’obiettivo perseguito e abbiano la maggiore efficacia pos-

sibile.

Quando, a partire dalla fine del 2013, la situazione è oggettivamente cambiata e l'emergenza è arrivata davvero, con previsioni peraltro in crescita (si vedano le [Risk analysis](#) periodicamente pubblicate dall'Agenzia Frontex), l'Italia non era ancora credibile e l'invocazione del maggiore intervento dell'UE suonava più come un'eco delle passate lamentele piuttosto che come l'attuale, oggettivamente fondata richiesta di intervento alla luce delle mutate circostanze. Il malfunzionamento del sistema Dublino con le severe condanne da parte della Corte EDU (*M.S.S. c. Belgio and Grecia, Tarakhel c. Svizzera, Sharifi e al. c. Italia e Grecia*) ha poi reso ancora più teso il clima tra gli Stati, aggravando la contrapposizione tra Stati nord-europei e Stati sud-europei e rendendo una chimera l'attuazione effettiva dei principi di reciproca fiducia e di solidarietà, quest'ultima interpretata solo in chiave economica, lasciando ciascuno Stato a gestire le proprie frontiere esterne nell'interesse di tutti gli Stati UE, con periodiche critiche e tensioni variamente manifestate ([Germany, Austria and Italy launch “trilateral controls” to deal with “the increasing numbers of refugees”](#))

La contrapposizione tra gli Stati membri è la vera causa dell'immobilismo dell'UE di fronte all'acuirsi dei flussi migratori attraverso il Mediterraneo e di fronte all'aumento delle tragedie in mare. Tale immobilismo non è mutato neanche dopo il naufragio di Lampedusa del 3 ottobre 2013. Allora la Commissione pubblicò il documento sulla *Task Force* per il Mediterraneo che era però la riproposizione delle misure già in atto, solo monitorate e proposte in una cornice diversa. Nulla di nuovo tant'è che neanche allora si è mai presa seriamente in considerazione l'attivazione del meccanismo della protezione temporanea disciplinato dalla [direttiva 2001/55/CE](#) per gestire un afflusso massiccio di sfollati che non possono rientrare nel Paese di origine: la prima direttiva ad essere approvata dopo l'attribuzione di competenza all'UE nel 1999, ma mai utilizzata. La ragione è semplice: essa è uno strumento di autentica solidarietà tra gli Stati, che prevede uno *status* di soggiorno deciso dal Consiglio, con una ripartizione delle persone sfollate tra gli Stati membri. Venendo meno la solidarietà tra gli Stati, manca il presupposto principale per la sua applicazione.

Come noto, la tragedia di Lampedusa ha però indotto il Governo italiano ad attivare l'operazione *Mare Nostrum*, un'operazione di ricerca e di salvataggio delle vite in mare non-

ché di contrasto all'immigrazione irregolare. Nell'anno di attività sono state 150.000 le persone soccorse e 351 i trafficanti arrestati. Nonostante gli unanimi riconoscimenti per l'ingente sforzo e l'encomiabile attività delle forze impegnate nell'operazione, dopo alcuni mesi è montata una critica all'operazione ritenuta un fattore di attrazione dei migranti a beneficio dei trafficanti che avrebbero modificato le proprie tecniche ricorrendo a navi sempre meno grandi e meno solide, confidando nell'arrivo delle navi italiane. Tale critica è stata sollevata da varie forze politiche in Italia, da alcuni Governi degli Stati membri, con in testa il Regno Unito, financo dai vertici dell'Agenzia Frontex (si veda la sintesi delle dichiarazioni più rilevanti in questa vicenda curata da [Nando Sigona](#)).

Il Governo italiano si è oggettivamente trovato in una situazione paradossale: sostenere un'operazione costosa (9.000.000 di Euro al mese), perdente sul piano del consenso popolare e per giunta attirando critiche non solo dalle forze politiche tradizionalmente ostili, ma anche dall'UE. Nonostante gli appelli dal mondo delle organizzazioni non governative, il Governo ha così deciso di interrompere l'operazione *Mare Nostrum* confidando nell'avvio dell'operazione *Triton* sotto l'egida di Frontex. Per alcune settimane abbiamo assistito a dichiarazioni contraddittorie rilasciate dal direttore di Frontex, dall'allora [Commissario EU Malmström](#) e dal Ministro dell'interno Alfano volte a precisare se *Triton* avrebbe o meno sostituito *Mare Nostrum* ([Caffio](#)). Di fatto è stato così: *Triton* è l'operazione in campo tra gli Stati membri che persegue scopi di controllo delle frontiere entro le 30 miglia marine dalla costa, con limitate possibilità di ricerca e soccorso in mare a causa soprattutto della carenza dei mezzi a disposizione. Nonostante gli arrivi via mare non siano mai cessati, neanche nel pieno dell'inverno con condizioni meteorologiche avverse, l'operazione di ricerca e soccorso quale era *Mare Nostrum* è stata interrotta, senza un'adeguata sostituzione. Nel pieno di un'emorragia è stato tolto il tampone, auspicando nella cessazione spontanea, ovviamente non avvenuta. Le ragioni della scelta sono tutte politiche, dato che nessuna evidenza oggettiva avrebbe potuto giustificare tale interruzione. I morti di questi mesi ne sono la conferma tangibile, così come sono la prova macchiata di sangue della inconsistenza delle critiche dell'operazione *Mare Nostrum* come fattore di attrazione dei flussi migratori. *Mare Nostrum* non c'è più e i traffici di esseri umani continuano, come prima.

A livello di Unione Europea qualcosa sembrava cambiato alla luce delle prime mosse della Commissione Junker (Di Pascale). Sia dal Programma del Presidente, sia dal mandato dell'Alto Rappresentante e del Commissario per l'immigrazione era chiaro che la gestione della politica europea di immigrazione dovesse essere gestita in modo diverso rispetto al passato, con un maggiore coordinamento tra Direzioni generali competenti, prime tra tutte la DG Affari interni e la DG Cooperazione allo sviluppo e l'Alto rappresentante per gli affari esteri. All'indomani dell'insediamento della Commissione, sono iniziate riunioni periodiche sotto l'egida dell'Alto rappresentante e per metà maggio era già annunciata la pubblicazione dell'Agenda per l'immigrazione che dovrebbe dare nuovo impulso all'azione dell'UE in questo settore.

La tragedia di sabato 18 aprile ha accelerato i tempi, ed ha costretto il Consiglio Affari esteri, già programmato per il 20 aprile a cambiare priorità nei temi trattati e il Commissario Avramopoulos ad anticipare la presentazione dell'Agenda per l'immigrazione, individuando un piano d'azione articolato in dieci punti, raffinato durante la riunione del [Consiglio europeo straordinario del 23 aprile](#), appositamente convocato a questo scopo.

Le misure concordate si articolano adesso su quattro punti:

- rafforzamento della presenza in mare; rafforzamento della presenza in mare;
- lotta ai trafficanti in conformità al diritto internazionale;
- prevenzione dei flussi migratori irregolari;
- rafforzamento della solidarietà e della responsabilità tra gli Stati membri.

L'obiettivo prioritario «to prevent people from dying at sea» è perseguito nel solco delle misure dell'Unione di contrasto dei flussi migratori internazionali, che risultano ancora il paradigma delle politiche migratorie dell'UE. Non vi è alcun accenno all'esigenza di approntare una straordinaria operazione umanitaria nel Mediterraneo e nei Paesi di origine e di transito, ma le operazioni di soccorso e di assistenza sono tutte funzionali a quelle di contrasto e di repressione dei flussi migratori irregolari. Anche l'attenzione alla lotta al traffico dei migranti invece che alla tratta, come ben spiegato da [Francesca De Vittor](#) su questo blog, si situa nella medesima traiettoria di riduzione, quasi eliminazione, della dimensione di assistenza umanitaria e di prote-

zione delle vittime.

Così anche una delle misure più rilevanti concordata dal Consiglio europeo, quale il lancio di Programmi di protezione e sviluppo nel Nord Africa e nel Corno d’Africa, si trova inserita nel quadro della prevenzione dei flussi migratori irregolari e non nel quadro di un capitolo specifico relativo ad un Piano di emergenza umanitaria: il motivo è che questo capitolo nelle Conclusioni del Consiglio europeo non esiste. Al contrario, agire per contrastare le cause dei flussi di persone bisognose di protezione internazionale o migranti *tout court* necessiterebbe di un vero e proprio Piano Marshall per l’Africa, coinvolgendo il maggior numero possibile di organizzazioni internazionali e di Stati terzi. L’auspicio è che, al netto delle conclusioni del Consiglio europeo, l’azione di coordinamento dell’Alto rappresentante riesca a far prevalere la dimensione di autentica solidarietà tipica della cooperazione allo sviluppo, su quella volta principalmente alla repressione dei traffici e dei flussi migratori irregolari. L’Unione è un attore cruciale nella scena internazionale per ciò che concerne la cooperazione allo sviluppo e l’aiuto umanitario: è questa parte dell’azione UE che deve essere debitamente valorizzata e rafforzata.

Ancora, non vi è una parola nelle Conclusioni sulle modalità di accesso alla protezione da parte delle persone che ne hanno diritto. Queste non sono immigrati irregolari, ma persone che hanno diritto di ingresso, mentre invece nelle Conclusioni si considerano solo gli «illegal migration flows» senza considerare che, soprattutto negli arrivi via mare, la percentuale di persone che hanno diritto alla protezione internazionale (nelle forme dell’asilo, protezione sussidiaria e umanitaria) è elevatissima. Se si chiudono i canali di ingresso irregolari e oggettivamente pericolosi, come quelli via mare, senza aprirne di regolari, le vittime rischiano di essere ancora una volta coloro che fuggono dalle situazioni di pericolo e dal rischio o minaccia alla propria vita.

L’autentica emergenza avrebbe invece richiesto l’assunzione di impegni concreti circa l’accesso alla protezione e l’unico modo praticabile nell’immediato è quello del potenziamento del reinsediamento, meglio noto come *resettlement*; in Libano su una popolazione di 4.000.000 di persone vi sono 1.500.000 sfollati siriani. Una parte di questi dovrebbero essere trasferiti nell’UE, potenziando gli attuali [programmi di reinsediamento](#). Nelle conclusioni invece, il reinsediamento è menzionato solo relativamente all’avvio di un progetto pilota, senza l’indicazione

di alcun obiettivo particolare e, soprattutto, su base volontaria (originariamente era previsto il coinvolgimento di 5000 persone, poi eliso nelle conclusioni finali). La mancanza di un impegno deciso dei Governi per il reinsediamento rende praticamente inutile interrogarsi su altre misure di accesso alla protezione, come il rilascio di visti umanitari o la creazione di centri per l'esame delle domande all'estero. Queste misure, tra l'altro, sono astrattamente possibili, ma comunque difficilmente praticabili. Non è escluso che in talune situazioni particolari possano anche realizzarsi, ma i costi e le difficoltà oggettive sono così elevate che vi è il rischio reale di creare situazioni di limbo o meccanismi comunque non utili per un numero significativo di persone, di fatto impedendo l'accesso alla protezione internazionale.

La prevalenza della dimensione del controllo e della repressione su quella umanitaria è evidente anche in quella che è stata sbandierata come la più importante delle misure concordate, ossia il rafforzamento immediato dell'operazione *Triton*, con impegni chiaramente assunti da quasi tutti gli Stati membri, elevando il budget mensile a 9.000.000 di Euro, lo stesso che era stato stanziato dall'Italia da sola per l'operazione *Mare Nostrum*. Tuttavia dubbi vi sono circa l'effettiva capacità dell'operazione di garantire un'efficace azione di soccorso, estendendo la propria attività anche in alto mare: la portavoce della Commissione europea per l'immigrazione ha chiarito che *Triton* potrà spingersi anche oltre le 30 NM e che la ricerca e il soccorso in mare sono contemplati espressamente nel [regolamento istitutivo dell'Agenzia](#); quasi contemporaneamente il direttore dell'Agenzia ha affermato che *Triton* non potrà avere un ruolo attivo nella ricerca e soccorso. Le due posizioni potrebbero non essere contraddittorie come pare ad una prima lettura: *Triton* potrebbe continuare ad operare entro le 30 NM e superarle in caso di intervento per salvare un'imbarcazione in pericolo, in conformità al diritto internazionale del mare. Senza una revisione del mandato di *Triton*, questa continuerà ad agire come operazione di controllo delle frontiere, sebbene rinforzata con la triplicazione delle risorse disponibili, ma senza avere un ruolo proattivo nella ricerca e soccorso, come precisato dal direttore dell'Agenzia Frontex. Delle due l'una: o *Triton* sarà in grado di offrire la necessaria assistenza alle persone bisognose di soccorso nel Mediterraneo oppure tale assistenza dovrà essere garantita da un'altra operazione complementare a *Triton*, al di fuori del "cappello" di Frontex e che sia di autentica ricerca e soccorso

per scongiurare altri naufragi. Se così non fosse, rimarrà il pericolo che un ingente numero di persone muoia in mare, pericolo che invece nelle Conclusioni si afferma di voler evitare.

Nelle stesse Conclusioni sono indicate anche misure volte a realizzare rimpatri “rapidi” attraverso Frontex e potenziando gli accordi di riammissione con Paesi di origine e transito, pericolosamente legando la cooperazione allo sviluppo alla finalità della cooperazione ai fini della riammissione. Pur essendo comprensibile che l’UE pretenda dai Paesi terzi collaborazione nella riammissione in cambio di cooperazione allo sviluppo, questa deve rimanere saldamente ancorata ai principi di base, orientati principalmente alle esigenze dei Paesi assistiti (art. 21 TUE). Il beneficio principale per l’UE nell’investimento nella cooperazione allo sviluppo è nel lungo periodo, nella rimozione delle cause che generano le migrazioni forzate, di qualunque genere esse siano.

Infine, quanto alla protezione internazionale, le Conclusioni prevedono che squadre coordinate dall’EASO (*European Asylum Support Office*) potranno assistere gli Stati nell’esame congiunto delle domande. L’esame congiunto è uno degli obiettivi sul quale l’EASO sta lavorando, ma senza avere una strategia chiara su cosa esso effettivamente compori e come debba essere realizzato. Sarà interessante verificare come queste squadre saranno impiegate, con quante risorse e, soprattutto, a che fine. Per fare l’esempio dell’Italia, non è chiaro se queste squadre fungeranno da mero supporto alle Commissioni territoriali o anche da controllo sui criteri applicati, soprattutto in relazione al riconoscimento della protezione umanitaria che è disciplinata dal diritto interno e non dalle direttive UE. Tali squadre dovranno collaborare anche alle fasi della registrazione e della identificazione dei richiedenti protezione internazionale, aspetto cruciale per consentire una più efficace applicazione del regolamento Dublino III. I Governi europei hanno un grande interesse ad assistere l’Italia nell’attività di identificazione: si stima che nel 2014 su circa 150.000 persone sbarcate soltanto 90.000 siano state identificate, con una stragrande maggioranza di persone che hanno raggiunto i Paesi del Nord Europa, ivi presentando domanda di protezione internazionale eludendo così l’applicazione del [Regolamento Dublino III](#).

A questo proposito si consideri che nel testo delle Conclusioni non c’è una parola sul destino delle persone soccorse rispetto allo Stato competente ad accoglierle ed eventualmente ad

esaminare la domanda di protezione internazionale. Si menziona soltanto la necessità di aumentare i fondi di emergenza per gli Stati di frontiera esterna e di considerare le opzioni per la ricollocazione di emergenza tra gli Stati membri su base volontaria: si tenga presente che l'esperienza del [progetto pilota EUREMA](#) di ricollocazione su base volontaria a favore di Malta ha dato risultati imbarazzanti, con un totale di 583 persone effettivamente rilocate. Neanche la [decisione 2010/252/UE](#) sulle modalità del controllo delle frontiere marittime esterne nell'ambito delle operazioni coordinate da Frontex, pur individuando procedure dettagliate sul soccorso e lo sbarco delle persone salvate, non stabilisce alcuna regola vincolante al riguardo. In mancanza di accordi particolari, in mancanza dell'applicazione della direttiva sulla protezione temporanea, si dovrà applicare il regolamento Dublino III, in base al quale il criterio prevalente per la determinazione dello Stato competente è quello dello Stato di primo arrivo. Si consideri anche che, mancando il riconoscimento della libertà di circolazione a favore dei beneficiari dello *status* di protezione internazionale, tale Stato diviene anche quello dove il rifugiato dovrà risiedere stabilmente. È dunque altamente probabile che sarà l'Italia a dover accogliere il maggior numero delle persone salvate, così come è altamente probabile che questo aspetto diventerà un ulteriore motivo di scontro tra gli Stati UE, nel bel mezzo delle operazioni di soccorso. Per evitarlo, lasciando integro il sistema Dublino, occorrerebbe almeno garantire ai beneficiari dello *status* di protezione internazionale il diritto di circolare e di soggiornare liberamente negli Stati dell'UE, con piena applicazione dei principi di mutuo riconoscimento e di solidarietà. L'assegnazione di quote virtuali tra Stati potrebbe consentire di compensare con risorse finanziarie gli Stati con una presenza di persone superiore alla propria quota, mentre contemporaneamente potrebbero essere riconosciuti incentivi a chi attrae persone nel proprio Paese.

Purtroppo anche questa rischia di divenire una chimera perché, nonostante quasi tutta l'UE sia un'area di libera circolazione delle persone, non è stato possibile concordare misure efficaci sul soggiorno intra-UE dei cittadini di Paesi terzi, nonostante la Commissione abbia varie volte considerato questo come un passaggio necessario, almeno per alcune categorie di stranieri. La responsabilità, anche di questo, è dei Governi degli Stati membri che ancora riescono attraverso il Consiglio europeo e il Consiglio a condizionare l'attività dell'Unione, agendo con la logica

tipica dei vertici internazionali, perseguendo propri interessi individuali di breve periodo da sbandierare come conquiste sul piano interno. Vedremo come la Commissione tradurrà in misure operative le misure concordate nelle Conclusioni del Consiglio europeo e se il Parlamento europeo potrà incidere nell'attuazione delle misure concordate, ma per ora i Governi hanno inferto un altro duro colpo alla costruzione di «un'Unione europea aperta, sicura, pienamente impegnata a rispettare gli obblighi della Convenzione di Ginevra relativa allo *status* dei rifugiati e di altri importanti strumenti internazionali per i diritti dell'uomo, e capace di rispondere ai bisogni umanitari con la solidarietà», come invece altri capi di Stati e di Governo avevano concordato nel sempre più distante [Consiglio europeo di Tampere del 1999](#).

27 aprile 2015

Tratta degli essere umani, uso della forza internazionale e prevenzione dei naufragi (... dello stato di diritto)

GABRIELLA CARELLA (*)

Le notizie dell'ennesimo naufragio (sul quale si vedano anche gli interventi di [F. De Vittor](#) e [C. Favilli](#), in questo Blog), causa della morte di centinaia di persone che cercano di raggiungere le nostre coste partendo dalla Libia, hanno suscitato un profondo e generalizzato cordoglio, ma, nello stesso tempo, hanno costituito stimolo alla ricerca di soluzioni. In particolare, la vicenda è servita a suscitare – come forse mai si era verificato prima d'ora – l'attenzione energica ed appassionata dei nostri organi di governo rispetto al problema della tratta degli esseri umani. E difatti, alle denunce vigorose, volte a disvelare la reale natura di un fenomeno che costituisce il nuovo schiavismo dei giorni nostri, si è accompagnato l'impegno a porre in prima linea il nostro Stato nella lotta alla tratta grazie ad un progetto di bombardamenti aerei che, affondando i barconi, porrebbero definitivamente fine ai [viaggi della morte](#) (v. anche [qui](#)).

L'acquisita sensibilità al problema da parte dei nostri politici non può che rallegrare quanti hanno a cuore la difesa dei diritti umani; tuttavia, ci sono alcuni aspetti del progetto che danno l'impressione di essere un po' affrettati, probabilmente per l'eccesso di entusiasmo e per l'urgenza del momento. Tanto per

(*) Università degli Studi di Bari.

cominciare, suscita qualche perplessità la categorica qualificazione degli scafisti quali schiavisti, dediti al turpe commercio di esseri umani. In materia di flussi irregolari di persone, infatti, sono due i reati tipici che possono essere realizzati, entrambi oggetto di cooperazione penale internazionale volta a contrastarli e regolata principalmente in due distinti [Protocolli](#) aggiuntivi alla Convenzione di Palermo del 15 dicembre 2000 sulla lotta alla criminalità organizzata: il Protocollo sulla tratta e quello sul traffico di persone o *smuggling*. In base alle definizioni da essi poste, si ha traffico di migranti quando vi sia un accordo tra scafista e cittadino straniero avente ad oggetto il pagamento di un corrispettivo al primo per procurare al secondo l'ingresso illegale nel territorio di uno Stato (art. 3 lett. a) del Protocollo sullo *smuggling*); si ha tratta, invece, quando lo spostamento avviene senza o contro la volontà del soggetto trasferito e con finalità di sfruttamento che possono essere le più varie (prostituzione, lavoro servile, prelievo di organi, ecc.) (art. 3 del Protocollo sulla tratta). Il carattere coercitivo del trasferimento (che è cosa diversa dai maltrattamenti nel corso dello spostamento) e la finalità di sfruttamento successiva al trasporto, che contraddistinguono la sola tratta, ne fanno un illecito di particolare gravità rispetto al traffico di migranti: quest'ultimo costituisce solo violazione delle leggi che disciplinano le condizioni di ingresso nel territorio dello Stato e costituisce prevalentemente, nei vari ordinamenti, un illecito amministrativo (a cui possono accompagnarsi, ma in modo autonomo, reati di maltrattamento o di altro tipo); la tratta, invece, è un reato contro la persona e non può che avere rilievo penale. Solo qualificando il fenomeno dei flussi dalla Libia come tratta di persone appare politicamente – prima ancora che giuridicamente – proponibile l'idea dei bombardamenti di barconi, sia perché solo in questo caso si avrebbe una violazione dei diritti umani (e la prassi internazionale recente mostra una certa inclinazione degli Stati a difendere tali diritti ricorrendo alla forza armata), sia perché, visto che le persone vengono spostate senza il loro consenso, non ci sarebbe da parte di queste ultime né il desiderio, né la necessità di abbandonare la Libia. Diversamente, se si trattasse di traffico di migranti, non solo sarebbe irragionevole reagire con bombardamenti ad un illecito sostanzialmente amministrativo, ma potrebbe risultare poco accettabile per l'opinione pubblica di uno Stato democratico privare dei mezzi per la salvezza persone che sono disposte a tutto pur di abbandonare un luogo ove, evidentemente, si sentono in pericolo. Al di là

dei possibili effetti propagandistici sull'opinione pubblica, però, la disciplina della tratta (e, a maggior ragione, del traffico di esseri umani) non viene in soccorso delle vigorose iniziative proposte. Consideriamo anzitutto il Protocollo sulla tratta, unitamente alla Convenzione di Palermo che ne integra il contenuto, atti che, in quanto ratificati sia dalla Libia che dall'Italia, sono applicabili nel caso di specie. L'art. 11, par. 6 della Convenzione di Palermo chiarisce che la tratta è un reato che ha rilievo solo nell'ordinamento interno statale e che in base a questo va punita. Si legge infatti: "Nulla di quanto contenuto nella presente Convenzione inficia il principio in base al quale la descrizione dei reati determinati ai sensi della presente Convenzione e delle difese giuridiche applicabili o altri principi giuridici che controllano la liceità della condotta è riservato al diritto interno di uno Stato Parte e che tali reati sono perseguiti e puniti ai sensi di detto diritto". Coerentemente, l'art. 12, con riguardo ai beni utilizzati per commettere il reato di tratta, prevede solo l'applicazione della confisca e del sequestro disciplinati dall'ordinamento interno; per il caso in cui detti beni si trovino all'estero, l'art. 13 dispone che venga inviata alle autorità competenti dello Stato territoriale una richiesta di confisca perché essa venga eseguita. Se le autorità dello Stato territoriale non possono o non vogliono collaborare, viene in rilievo quanto disposto dall'art. 4, comma 2, ai sensi del quale "Nulla nella presente Convenzione legittima uno Stato Parte ad intraprendere nel territorio di un altro Stato l'esercizio della giurisdizione e di funzioni che sono riservate esclusivamente alle autorità di quell'altro Stato dal suo diritto interno". Rileva altresì, nel caso che ci riguarda, la Convenzione delle Nazioni Unite sul diritto del mare, adottata a Montego Bay il 12 dicembre 1982, che contiene la disciplina dei poteri esercitabili da uno Stato nei confronti di navi straniere, in funzione della zona di mare in cui esse si trovino. L'art. 99 di tale Convenzione è intitolato "Divieto di trasporto degli schiavi", ma si limita a disporre l'obbligo degli Stati di adottare misure efficaci per prevenire e perseguire il trasporto degli schiavi a bordo delle navi battenti la propria bandiera. Nessuna deroga, invece, è posta alle norme che sottopongono le navi ai poteri dello Stato costiero, quando si trovino nei porti e ai poteri dello Stato di bandiera, quando esercitino la libertà di navigazione. Non solo quindi non si prevede in alcun caso il ricorso alla forza armata, ma, per di più, anche l'applicazione di poteri coercitivi di diritto interno (visita, sequestro, confisca) è assolutamente esclusa nei porti e

nelle acque territoriali di un altro Stato, nonché sulle navi battenti bandiera straniera in alto mare. Analoga disciplina è posta con riguardo al traffico di persone cui sono applicabili gli stessi articoli 11, par. 6, 12, 13 e 4, par. 2 richiamati sopra; inoltre, l'art. 8 del citato Protocollo sullo *smuggling* stabilisce espressamente che, se uno Stato ha ragionevoli motivi per dubitare che una nave di altro Stato sia coinvolta nel traffico di migranti, ne dà comunicazione allo Stato di bandiera perché prenda le opportune misure. Solo se lo Stato di bandiera dà la sua autorizzazione, la nave può essere fermata e ispezionata o possono essere adottate altre misure che, però, non includono la distruzione.

Quale che sia l'illecito ricostruibile, quindi, non si rinvergono disposizioni che autorizzino il ricorso alla forza militare contro gli scafisti e/o i loro beni, né potrebbe essere diversamente. Difatti, il carattere esclusivamente interno dell'attività repressiva della tratta e del traffico è coerente alla natura di illeciti transnazionali ad essi riconoscibile. Si tratta di reati interni (riciclaggio, corruzione internazionale, traffico di rifiuti e di armi, *cybercrimes*, ecc.) che, per il fatto di svolgersi tra i territori di più Stati, necessitano della cooperazione internazionale, ma solo per favorire l'esercizio della giurisdizione penale statale, attraverso il ricorso a forme di collaborazione quali l'extradizione e le rogatorie internazionali, non certo per sostituire la giurisdizione penale statale con la coercizione internazionale. Nessuno pensa che per reprimere l'esportazione illegale di capitali all'estero si potrebbero bombardare le banche della Svizzera o di qualsiasi altro Stato in cui i predetti capitali possano essere depositati, anziché perseguire la cooperazione giudiziaria e di polizia. D'altra parte, persino nel caso di crimini internazionali degli individui (genocidio, crimini di guerra, ecc.) la responsabilità internazionale di questi non comporta l'applicazione nei loro confronti della forza militare, ma si sostanzia nell'assoggettamento al giudizio di tribunali internazionali, oltre che dei tribunali interni, competenti anche sulla base del criterio della giurisdizione universale. Vi è quindi una incommensurabilità radicale e insanabile tra uso della forza internazionale e prevenzione e punizione degli illeciti individuali dovuta al fatto che il ricorso alla forza costituirebbe un aggiramento di tutte le garanzie su cui è costruito lo Stato di diritto: principio di legalità del reato e della sanzione, tutela giurisdizionale, principi di personalità e colpevolezza e molto altro ancora. In parole povere, il bombardamento dei barconi, come misura volta ad eliminare gli strumenti della commissione di un

grave reato, costituisce applicazione agli individui, proprietari dei barconi stessi, di una sanzione senza processo e senza condanna. Nell'ipotesi, non del tutto eliminabile, in cui i bombardamenti causassero vittime, si tratterebbe di privazione arbitraria della vita, senza processo e senza condanna.

Il ricorso alla forza militare come mezzo di contrasto della tratta o, in generale, di reati transnazionali, in sostituzione dei poteri coercitivi interni, quindi, non costituisce solo violazione del divieto della forza, ma è profondamente eversivo dell'intero sistema dei diritti umani. Questo profilo del problema va rimarcato prima di qualsiasi altro ad evitare una pericolosa deriva, veicolata dalle propagandate esigenze di lotta al terrorismo, che potrebbe portare al naufragio dello Stato di diritto. Negli ultimi anni, infatti, alcuni Stati hanno fatto ricorso a bombardamenti mirati, effettuati da droni, per uccidere individui accusati di terrorismo, provocando la morte di centinaia di persone, inclusi civili conteggiati a titolo di "effetti collaterali". Non è possibile soffermarsi qui su tale pratica che riteniamo profondamente illegittima, ma, per prevenire suggestioni di interpretazione analogica, cui sembra esposto il nostro governo, va urgentemente rimarcato un dato importante: nel caso dei terroristi, la forza armata, anche ingente, da essi utilizzata è stata il pretesto per configurare – per quanto discutibilmente – una situazione di guerra tra uno Stato e gruppi di individui, giustificando le uccisioni in quanto atti militari. In tutti gli altri reati transnazionali, invece, tale pretesto manca. Nel caso della tratta, o anche dello *smuggling*, gli effetti destabilizzanti che l'ingresso di migliaia di individui potrebbe avere sull'economia di uno Stato potrebbero tutt'al più far configurare una aggressione economica la quale, però, non è inclusa nella nozione di aggressione e non consente di configurare uno stato di guerra.

Passando adesso a considerare la conformità al divieto di uso della forza dei bombardamenti proposti, si riscontra che, in linea di principio, essi dovrebbero essere considerati una aggressione alla Libia, come confermato anche dalle lettere b) e d) della definizione di aggressione adottata dall'Assemblea generale delle Nazioni Unite il 14 dicembre 1974.

Tali bombardamenti, inoltre, non potrebbero essere giustificati a titolo di intervento umanitario. Va rimarcato che, come già accennato, solo se i flussi dalla Libia costituissero, sempre ed in ogni caso, una fattispecie di tratta degli esseri umani, ci sarebbe un appiglio per invocare l'intervento umanitario, in quanto si po-

trebbe affermare che sussiste l'impellente necessità di salvare masse di civili dal pericolo di essere schiavizzati. Se invece, si trattasse, anche o prevalentemente, di *smuggling*, avente ad oggetto il trasporto di migranti e di persone che cercano protezione internazionale, per la prima volta l'intervento umanitario verrebbe invocato non per impedire, ma per consentire che masse di civili continuino ad essere sottoposte a violazioni dei loro diritti fondamentali. Si tratterebbe di una nuova prassi che, forse, avrebbe il merito di allineare la funzione formale dell'istituto agli effetti sostanziali che esso ha spesso prodotto nella applicazione pratica. Al di là di questo merito di chiarezza, però, non ne potrebbero essere riconosciuti altri al nuovo corso eventualmente inaugurato dal nostro governo. In ogni caso, in entrambe le ipotesi, l'istituto dell'intervento umanitario non potrebbe trovare applicazione perché – prescindendo dalla sua ammissibilità – esso presuppone un illecito commesso da uno Stato o altro soggetto internazionale ed invece, nel caso di specie, si può escludere che l'asserita tratta degli esseri umani sia imputabile alla Libia o a qualcuna delle entità territoriali in cui essa è frantumata. D'altro canto, sebbene la Libia sia ormai uno Stato c.d. "fallito", a causa del collasso dell'apparato unitario di governo, ciò non comporta che sia venuto meno l'obbligo del rispetto della sua sovranità ed integrità territoriale. Rileva in tal senso la prassi del Consiglio di Sicurezza quale risulta, ad esempio, dalle numerose risoluzioni relative alla repressione della pirateria al largo della Somalia, a partire dalla 1816 (2008). In esse il Consiglio non solo ha riaffermato il rispetto della sovranità della Somalia, ma ha ritenuto necessari il consenso di quest'ultima e la propria autorizzazione perché attività coercitive di altri Stati svolte in territorio somalo non violassero una sovranità evidentemente ritenuta esistente. Non resterebbe allora che ricorrere, appunto, alla autorizzazione all'uso della forza da parte del Consiglio di Sicurezza, strada infatti diligentemente percorsa dal nostro governo. A parer nostro e alla luce di quanto detto sin qui, tale autorizzazione non potrebbe essere data legittimamente, ma, per fortuna, è lo stesso Consiglio ad esimerci dal diffonderci ulteriormente sulla delicata questione. Difatti, in tutte le risoluzioni che hanno autorizzato l'uso della forza contro i pirati somali si ribadisce che tale autorizzazione è stata data solo in quanto la Somalia aveva espresso il proprio consenso allo svolgimento di attività coercitive nel proprio territorio (par. 9 ris.1816(2008), par.11 ris.1846(2008), par.10 ris.1851(2008), par. 8 ris.1897(2009), par. 8 ris.1950

(2010), par. 10 ris.2020(2011), [par.13 ris. 2125\(2013\)](#) . Per di più, le attività coercitive autorizzate consistono in visite, sequestri, ispezioni delle navi nel mare territoriale somalo ed, eventualmente, nel ricorso alla forza armata in risposta ad un attacco; nessuno mai, invece, ha ritenuto che esse autorizzassero il bombardamento delle navi dei pirati nei porti somali.

Che fare allora? Poiché le pastoie giuridiche all'entusiasmo governativo potrebbero scoraggiare il nostro governo ed indurlo a desistere dal perseguimento dell'obiettivo del contrasto agli schiavisti, ci permettiamo di suggerire qualche rimedio legittimo e opportuno.

Anzitutto, se si intende scoraggiare gli schiavisti, il modo più lineare, e prioritario in ordine logico, per farlo consiste nell'utilizzare l'effetto deterrente della repressione penale, cioè, come si è visto, lo strumento più appropriato allo scopo. E' banale ma forse non inutile rilevare, infatti, che se il reato di tratta fosse prontamente perseguito e punito nel nostro Stato, ciò farebbe desistere molti scafisti dal praticarlo. Invece, nella [relazione illustrativa](#) al decreto legislativo 4 marzo 2014, n. 24, di attuazione della direttiva 2011/36/UE sulla tratta, a p. 1 della sez. 1 "Contesto e obiettivi dell'intervento di regolamentazione", si legge: "A fronte di una emergenza criminale di tipo globale rappresentata dalla tratta di esseri umani, i dati statistici di questa amministrazione hanno allo stato registrato, per l'anno 2012, 32 condanne e, per l'anno 2013, una sola condanna, evidenziando, pertanto, criticità dell'attuale sistema normativo sotto il profilo investigativo e repressivo".

In secondo luogo, un forte effetto deterrente della tratta (e del traffico di migranti economici) potrebbe derivare da un più efficace contrasto dello sfruttamento lavorativo di stranieri irregolari. Se non ci fossero in Italia una domanda e un mercato di persone da utilizzare in condizioni servili di lavoro, gli scafisti "schiavisti" rimarrebbero senza lavoro. E' la possibilità di porre in essere, di fatto, situazioni di sfruttamento a rendere, in primo luogo, attrattiva e possibile la tratta. Se i barconi sono in Libia, il mercato degli schiavi si svolge in Italia (speriamo che nessuno pensi di bombardarci per prevenire la tratta), nelle nostre campagne dove, come evidenziato da indagini giudiziarie, stranieri irregolari vengono utilizzati in condizioni di grave sfruttamento. Lo stretto rapporto causa-effetto tra l'impiego di irregolari e i flussi di persone ha indotto l'Unione europea ad adottare, in funzione di contrasto del fenomeno, la [Direttiva 2009/52/CE](#) che in-

troduce sanzioni contro i datori di lavoro che impiegano cittadini di Paesi terzi soggiornanti illegalmente nell'Unione europea. A tale direttiva è stata data attuazione con [Decreto legge 109/2012](#), conosciuto come legge Rosarno, che però ha fallito nell'assicurare giustizia alle vittime di sfruttamento lavorativo, come denunciato da Amnesty International in un [rapporto](#) del novembre 2014 .

Certo, intraprendere le vie indicate implica oneri aggiuntivi di bilancio, ma non ci sembra che questo sia un problema insuperabile. Difatti, si potrebbero utilizzare anzitutto i risparmi di spesa derivanti dalla mancata effettuazione dei progettati bombardamenti, i quali, come ogni operazione militare, avrebbero avuto un costo non indifferente (a quanto pare preventivato a cuor leggero dal nostro governo che è molto più prudente in altri campi). In secondo luogo, si potrebbe evitare lo scempio di danaro pubblico derivante dalla perdurante presenza nel nostro ordinamento dell'art. 10-bis inserito nel testo unico delle leggi sull'immigrazione dalla legge n. 94/2009 (il c.d. "[pacchetto sicurezza](#)") . Tale disposizione detiene il primato delle norme inutili in quanto punisce il "clandestino" con un'ammenda da 5000 a 10.000 euro che nessuno mai ha pagato, visto che gli stranieri irregolari notoriamente non posseggono beni mobili o immobili da poter aggredire. In compenso, l'obbligo per le procure di esercitare l'azione penale (anche nei confronti di chi si sia salvato dai naufragi), mettendo in moto l'apparato della giustizia (procure, giudici di pace, cancellerie, avvocati d'ufficio, eventuali interpreti) provoca una ingente [spesa pubblica](#). [La legge 28 aprile 2014, n. 67](#) ha finalmente disposto la depenalizzazione dell'ingresso clandestino dando al governo 18 mesi per attuare la delega, ma finora non è stato adottato alcun provvedimento e la disposizione continua a provocare spreco di danaro pubblico.

Se, comunque, nonostante tutto, si ritenessero politicamente ed economicamente impraticabili le soluzioni indicate ed una più efficiente pianificazione e programmazione dei flussi di persone, allora, forse, sarebbe meglio tacere.

5 maggio 2015

L'esercizio dell'azione penale nei confronti dei trafficanti di migranti: le responsabilità dell'Italia... e quelle degli altri

ALESSANDRA ANNONI (*)

Stando a quanto affermato dal Presidente del Consiglio dei ministri nelle sue [Comunicazioni](#) al Senato alla vigilia del Consiglio europeo straordinario del 23 aprile scorso, le autorità italiane avrebbero ad oggi arrestato più di mille persone implicate nel traffico di migranti attraverso il Mediterraneo. Solo una minima percentuale di queste, però, è stata o sarà effettivamente processata in Italia.

Eppure non mancano, nel nostro ordinamento, fattispecie incriminatrici assistite da sanzioni severe per i trafficanti. Viene in rilievo, anzitutto, il reato di favoreggiamento dell'immigrazione clandestina, previsto dall'art. 12 del [testo unico](#) sull'immigrazione, e sanzionato – oltre che con aspre multe – con pene che possono arrivare fino a trenta anni di reclusione nelle ipotesi, tutt'altro che rare, in cui gli atti diretti a procurare illegalmente l'ingresso nel territorio dello Stato siano stati compiuti a scopo di lucro e abbiano riguardato cinque o più migranti le cui vite, o la cui incolumità personale, siano state messe a rischio durante il trasporto. In ragione del trattamento riservato ai migranti, poi, la condotta dei trafficanti potrebbe integrare i delitti di percosse (art. 581 c.p.), lesioni personali (art. 582 c.p.), ingiuria (art. 594 c.p.), sequestro di persona (art. 605 c.p.), violenza sessuale (art. 609-*bis*), violenza privata (art. 610 c.p.) o

(*) Università Magna Graecia di Catanzaro.

minaccia (art. 612 c.p.). Nei casi, fin troppo frequenti, in cui la traversata si concluda tragicamente, ai trafficanti potrebbero essere contestati anche il delitto di naufragio doloso (art. 428 c.p.) o colposo (art. 449 c.p.) e quello di omicidio colposo (art. 589 c.p.) o di morte o lesione come conseguenza di altro delitto (art. 586 c.p.).

Come già evidenziato nel post di [Gabriella Carella](#), l'applicazione della fattispecie di tratta di persone, di cui all'art. 601 c.p., risulta più difficoltosa. Introdotta nel 2003 e poi modificata nel 2014, la norma punisce con la reclusione da otto a venti anni «chiunque recluta, introduce nel territorio dello Stato, trasferisce anche al di fuori di esso, trasporta, cede l'autorità sulla persona, ospita una o più persone che si trovano [in condizioni di schiavitù o di servitù, così come definite nell'art. 600 c.p.], ovvero realizza le stesse condotte su una o più persone, mediante inganno, violenza, minaccia, abuso di autorità o approfittamento di una situazione di vulnerabilità, di inferiorità fisica, psichica o di necessità, o mediante promessa o dazione di denaro o di altri vantaggi alla persona che su di essa ha autorità, al fine di indurle o costringerle a prestazioni lavorative, sessuali ovvero all'accontanaggio o comunque al compimento di attività illecite che ne comportano lo sfruttamento o a sottoporsi al prelievo di organi». Il traffico di persone attraverso il Mediterraneo non integra necessariamente tutti gli elementi costitutivi di questo complesso delitto, alcuni dei quali (come la sussistenza della pregressa condizione di assoggettamento dei migranti o, in alternativa, del particolare dolo specifico richiesto dalla norma) sono in ogni caso assai difficili da provare. Allo stesso modo, e sebbene il traffico di migranti sia indiscutibilmente gestito da organizzazioni criminali transnazionali assai ben strutturate, non sempre è possibile contestare agli scafisti arrestati dalle autorità italiane il reato di associazione a delinquere, di cui all'art. 416 c.p. La conduzione dei "barconi", invero, è sovente affidata a persone estranee all'organizzazione criminale; si tratta, in molti casi, di migranti che si prestano a questa attività in cambio di uno sconto sul prezzo della traversata.

A ben guardare, peraltro, l'ostacolo principale all'esercizio dell'azione penale nei confronti dei trafficanti non riguarda tanto il contenuto delle norme penali italiane, quanto l'ambito di applicazione spaziale delle stesse (cfr. sul punto le [proposte operative](#) avanzate dal Procuratore nazionale antimafia per la soluzio-

ne dei problemi di giurisdizione). In linea di principio, infatti, la legge penale italiana si applica esclusivamente ai reati commessi, almeno in parte, nel territorio dello Stato (art. 6 c.p.). È necessario, cioè, che almeno una frazione della condotta criminosa o dell'evento che ne è la conseguenza siano avvenuti nel territorio o nelle acque territoriali italiane; nel caso di concorso di persone nel reato, si richiede che in Italia sia stata posta in essere una qualsiasi attività di partecipazione da parte di almeno uno dei concorrenti (così Cass. pen., sez. V, 9 luglio 2008-20 ottobre 2008, n. 39205, in *Ced Cassazione*, Rv. 241695). L'esercizio della giurisdizione penale rispetto a crimini consumati interamente all'estero rappresenta, nel nostro ordinamento, un'eccezione. Esso è consentito per i reati puntualmente elencati nell'art. 7, nn. 1-4, c.p. per quelli rispetto ai quali speciali disposizioni di legge o convenzioni internazionali stabiliscono l'applicabilità della legge penale italiana (art. 7, n. 5, c.p.), ovvero alle condizioni stabilite dagli art. 8 c.p. (per i delitti politici), 9 c.p. (per i delitti comuni commessi dal cittadino) e 10 c.p. (per i delitti comuni commessi dallo straniero). Quest'ultima disposizione, in particolare, consente di giudicare in Italia i delitti di una certa gravità commessi da stranieri all'estero ai danni dello Stato o di un cittadino italiano esclusivamente se il reo è presente nel territorio dello Stato e se vi è richiesta del ministro della giustizia o istanza o querela della persona offesa.

Per consentire l'esercizio dell'azione penale nei confronti dei trafficanti catturati dalle autorità italiane, la giurisprudenza ha talvolta avvalorato interpretazioni piuttosto "fantasiose" delle disposizioni citate. Significativa, in questo senso, è la [sentenza n. 14510 del 2014](#) della Cassazione. Nel caso di specie, come sempre più spesso accade, i trafficanti avevano abbandonato i migranti in acque internazionali, senza cibo né acqua, a bordo di un natante del tutto inadatto a tenere il mare, confidando nel pronto intervento del soccorso marittimo, probabilmente allertato dagli stessi trafficanti prima di dileguarsi a bordo di un'altra imbarcazione. I naufraghi erano stati poi effettivamente soccorsi da una nave liberiana, quando ancora si trovavano in alto mare, e condotti in salvo sulla costa italiana. Le testimonianze dei migranti avevano quindi consentito alle autorità di polizia italiane di identificare fra loro il soggetto cui i trafficanti avevano affidato la conduzione del natante e nei suoi confronti era stata avviata l'azione penale. La Cassazione ha confermato la sussistenza della giurisdizione italiana per entrambi i reati contestati: il favo-

reggiamento dell'immigrazione clandestina e l'associazione a delinquere. Nel primo caso, i giudici hanno ritenuto pertinente l'art. 6 c.p., considerando di poter addossare allo scafista ed ai suoi complici la responsabilità per la condotta tenuta dai soccorritori nelle acque territoriali italiane, obiettivamente qualificabile come favoreggiamento dell'immigrazione clandestina. I giudici di legittimità hanno ritenuto che la situazione in cui versavano i migranti alla deriva configurasse uno stato di necessità ai sensi dell'art. 54 c.p., tale da giustificare l'intervento di soccorso della nave liberiana e l'accompagnamento dei naufraghi sulla costa siciliana. Sottolineando come la condizione di pericolo per i migranti fosse stata artatamente generata dai trafficanti proprio per sollecitare l'intervento dei soccorritori, però, la Cassazione ha considerato pertinente l'art. 54, 3° co., c.p., ai sensi del quale se lo stato di necessità è determinato dall'altrui minaccia, del fatto commesso dalla persona minacciata risponde chi l'ha costretta a commetterlo. Quella accolta dalla Cassazione costituisce senza dubbio un'interpretazione inedita di questa norma. Nella condotta dei trafficanti, infatti, è difficile scorgere i tratti del "costringimento psichico" che tipicamente caratterizza le ipotesi di applicazione dell'art. 54, 3° co., c.p., come nel caso di chi induce un soggetto a commettere un crimine puntandogli una pistola alla tempia o minacciando la vita dei suoi cari. Ma, nel caso di specie, è lo stesso riferimento alla scriminante dello stato di necessità a suscitare perplessità. Secondo la dottrina prevalente, infatti, il c.d. "soccorso di necessità" presuppone l'assenza del dovere di intervento in capo al soccorritore (Viganò, *Stato di necessità e conflitto di doveri. Contributo alla teoria delle cause di giustificazione e delle scusanti*, Giuffrè, Milano, 2000, p. 512 ss.). Quello di adoperarsi per salvare le persone in pericolo di "perdersi in mare", invece, è un vero proprio obbligo giuridico, previsto da numerose convenzioni internazionali e corrispondente ad una regola ormai consolidata di diritto internazionale generale (Scovazzi, "La tutela della vita umana in mare, con particolare riferimento agli immigrati clandestini diretti verso l'Italia", in *Rivista di diritto internazionale*, 2005, p. 106 ss). Più correttamente, dunque, la condotta dei soccorritori avrebbe dovuto essere inquadrata come adempimento di un dovere, scriminata non già in base all'art. 54 c.p., ma ai sensi dell'art. 51 c.p. Questa soluzione, tuttavia, avrebbe verosimilmente pregiudicato la possibilità di considerare i trafficanti quali "autori mediati" del reato di favoreggiamento dell'immigrazione clandestina materialmen-

te posto in essere dai soccorritori in acque territoriali italiane, impedendo, in ultima analisi, l'esercizio della giurisdizione ai sensi dell'art. 6.

Non meno controversa appare la soluzione elaborata dalla Cassazione, nella sentenza in esame, per affermare la sussistenza della giurisdizione italiana con riferimento al reato di associazione a delinquere. La rilevanza dell'art. 6 c.p. è stata in questo caso esclusa, perché l'organizzazione criminale a cui lo scafista era accusato di partecipare non risultava avere alcuna ramificazione in Italia. La Corte ha però ritenuto di poter fondare la giurisdizione sull'art. 7, n. 5, c.p., in combinato disposto con l'art. 15, par. 2, lett. c), della [Convenzione](#) delle Nazioni Unite contro la criminalità organizzata transnazionale del 2000, che consente (ma non impone) agli Stati parti di esercitare la propria potestà punitiva nei confronti di chi abbia costituito all'estero un'associazione criminale finalizzata alla commissione di reati gravi nel loro territorio. Non sembra, tuttavia, che il rinvio dell'art. 7, n. 5, c.p. alle «convenzioni internazionali che stabiliscono l'applicabilità della legge penale italiana» possa valere con riferimento a titoli di giurisdizione meramente facoltativi, come quello previsto dalla disposizione citata. Per divenire pienamente operativi nel nostro ordinamento, simili titoli di giurisdizione necessitano di un intervento del legislatore nazionale che estenda la rilevanza della legge penale italiana all'ipotesi contemplata dalla norma internazionale meramente «facoltizzante». La [l. 16 marzo 2006, n. 146](#), che ha reso esecutiva la Convenzione del 2000 nel nostro ordinamento, non contiene alcuna disposizione di questo tipo.

Le soluzioni prospettate nella sentenza n. 14510 del 2014 sono state ulteriormente sviluppate dalla Cassazione nella [sentenza n. 3345 del 2015](#). In quel caso, l'imbarcazione sulla quale viaggiavano i migranti aveva fatto naufragio in acque internazionali e 17 persone avevano perso la vita prima che i soccorsi – allertati dagli scafisti – potessero intervenire. La Corte ritenne di poter affermare la sussistenza della giurisdizione italiana non solo in ordine al delitto di cui all'art. 12 del testo unico sull'immigrazione, ma anche con riferimento al reato di naufragio e a quello di omicidio, «in forza della loro stretta connessione con quello di favoreggiamento dell'immigrazione clandestina [...] parzialmente commesso in territorio italiano, sia pure per il tramite dell'intervento dei soccorritori». Questa conclusione, difficilmente giustificabile alla luce degli art. 6 ss. c.p., non è in al-

cun modo motivata, se non con il richiamo ad un'altra precedente sentenza (Cass. pen., sez. I, 20 novembre 2001-8 gennaio 2002, n. 325, in *Ced Cassazione*, Rv. 220436), che pure non sembra del tutto pertinente. In quel caso, il gommone su cui viaggiavano i migranti era stato intercettato in prossimità della costa salentina da alcune navi militari italiane, che l'avevano inseguito fino in acque internazionali, dove – a seguito di manovre avventate eseguite dagli scafisti – esso era stato travolto da una delle navi inseguatrici. La Cassazione aveva rinvenuto il fondamento per l'esercizio extraterritoriale dell'azione penale in ordine ai reati di naufragio e omicidio colposo nell'art. 23 della [Convenzione](#) sull'alto mare del 1958, ritenendo che dal “diritto di inseguimento” sancito in tale disposizione dovesse necessariamente discendere, quale logico corollario, il diritto di perseguire tutti i reati, quantunque consumati in acque internazionali, in rapporto di connessione necessaria con quello di favoreggiamento dell'immigrazione clandestina, o con qualsiasi altra violazione di leggi e regolamenti dello Stato rivierasco posta in essere dall'imbarcazione inseguita nelle acque territoriali, o in altro luogo soggetto alla sovranità dello Stato.

Se, da un lato, gli sforzi della Cassazione di cui si è dato conto hanno consentito l'esercizio dell'azione penale con riferimento a fatti gravissimi che, altrimenti, rischiavano di restare impuniti, è del tutto evidente che una seria strategia di repressione del traffico di migranti non può essere affidata alle “acrobazie ermeneutiche” della giurisprudenza: le esigenze di certezza del diritto rendono non più procrastinabile un intervento del legislatore, che estenda espressamente l'ambito della giurisdizione penale italiana agli atti inequivocabilmente preordinati a favorire l'ingresso illegale di migranti in Italia, anche se posti in essere esclusivamente all'estero o in acque internazionali, e alla partecipazione ad associazioni criminali prive di ramificazioni in Italia ma finalizzate al compimento di crimini gravi nel Paese.

Un simile intervento si renderà viepiù necessario se prenderà corpo l'ipotesi di istituire nel quadro della politica di sicurezza e di difesa comune una missione europea di polizia internazionale, finalizzata a smantellare le reti dei trafficanti, assicurare i responsabili alla giustizia e sequestrare i loro beni. La proposta, ventilata durante il [Consiglio europeo straordinario del 23 aprile scorso](#) (sul quale v. il post di [Chiara Favilli](#)), è quella di costruire tale operazione sul modello della missione UE Atalanta, che dal 2008 svolge funzioni antipirateria al largo delle coste somale.

Nelle intenzioni dei promotori, l'ambito di intervento della nuova missione dovrebbe comprendere, oltre alle acque internazionali del Mediterraneo, il mare territoriale e il territorio libico, permettendo di intercettare, visitare ed eventualmente sequestrare i barconi anche senza il consenso dello Stato di bandiera (nelle ipotesi, per la verità piuttosto rare, in cui i trafficanti si servano di imbarcazioni registrate) e consentendo la cattura non solo degli scafisti, ma anche di coloro che gestiscono il traffico di migranti da terra. Come avvenuto per Atalanta, la missione dovrebbe essere autorizzata dal Consiglio di sicurezza dell'ONU e godere del consenso del governo locale, ma la guerra civile attualmente in corso in Libia renderà verosimilmente assai ardua l'individuazione dell'autorità legittimata ad esprimere un simile consenso.

Se verrà effettivamente istituita, la missione UE rischierà comunque di trovarsi a fronteggiare problemi simili a quelli che si presentarono durante il primo periodo di funzionamento delle missioni antipirateria istituite al largo delle coste somale, quando i militari impegnati nelle operazioni si vedevano costretti a rilasciare i pirati appena catturati, perché nessuno Stato era disposto a farsi carico di esercitare l'azione penale nei loro confronti. All'epoca, l'Italia fece la propria parte per combattere l'impunità, inserendo nell'art. 5 del [d.l. 30 dicembre 2008, n. 209](#) (contenente la proroga della partecipazione italiana a missioni internazionali) una disposizione speciale, rilevante ai fini dell'art. 7, n. 5, che consente di punire in Italia i reati di pirateria e di rapina a mano armata in mare e quelli a essi connessi ai sensi dell'art. 12 c.p.p., se commessi a danno dello Stato o di cittadini o beni italiani in alto mare o in acque territoriali altrui e accertati nelle aree in cui svolge la missione UE Atalanta.

Come nel caso della lotta alla pirateria, d'altra parte, la responsabilità per la punizione dei criminali catturati non può gravare su un unico Paese. Se davvero la repressione del traffico di migranti risponde a un interesse comune degli Stati membri, come dichiarato dal presidente del Consiglio europeo nella sua recente [relazione](#) al Parlamento europeo, anche il peso dell'esercizio dell'azione penale dovrà essere in qualche modo condiviso. Del resto, la violazione delle frontiere esterne dell'Unione danneggia tutti gli Stati appartenenti all'area Schengen e non soltanto gli Stati di "primo ingresso" dei migranti. Né pare che l'eventuale estensione della giurisdizione penale di Stati diversi dall'Italia ai crimini di traffico di migranti perpetrati nel

Mediterraneo possa essere considerata in contrasto con il diritto internazionale. Salva l'ipotesi di divieti puntualmente previsti da norme pattizie o consuetudinarie, infatti, l'unico limite che lo Stato incontra nell'esercizio extraterritoriale della propria potestà punitiva è quello dell'abuso di diritto, che subordina la pretesa di esercitare l'azione penale alla presenza di un collegamento significativo fra lo Stato e il crimine. Il legame può riguardare la nazionalità del reo (principio della personalità attiva), quella della vittima (principio della personalità passiva), o la "titolarità" del bene offeso dal reato (principio della difesa). In base a quest'ultimo principio, lo Stato può senza dubbio estendere la propria giurisdizione penale agli atti, quantunque perpetrati all'estero, volti a favorire l'ingresso irregolare di migranti *nel proprio territorio*. A seguito dell'abolizione delle frontiere interne all'area Schengen, però, il principio della difesa sembra giustificare anche un maggiore attivismo da parte degli Stati europei, consentendo loro di esercitare la propria potestà punitiva rispetto a qualsiasi atto teso a favorire la violazione delle frontiere esterne della "fortezza Europa". Va considerato, poi, che il traffico di migranti attraverso il Mediterraneo non rappresenta soltanto un *vulnus* per la sovranità territoriale degli Stati di destinazione, ma comporta anche gravi e sistematiche violazioni dei diritti fondamentali dei migranti, che oltretutto sono sovente persone bisognose di protezione internazionale (si veda sul punto il post di [Francesca De Vittor](#)). In quest'ottica, l'esercizio della potestà punitiva di qualsiasi Stato europeo nei confronti dei trafficanti sembrerebbe ulteriormente legittimato, alla luce del principio della difesa, perché volto a salvaguardare i valori di civiltà e di rispetto della persona umana su cui si fonda la stessa Unione (art. 2 del Trattato UE).

6 maggio 2015

L'Agenda europea sulla migrazione: la macchina ora (forse?) funziona, ma ne occorre comunque un'altra

FRANCESCO CHERUBINI (*)

In una celebre scena del film *Palombella rossa*, il protagonista Michele, interpretato da Nanni Moretti (che di quella pellicola era anche regista), ricorda ad una malcapitata intervistatrice, con una certa “intensità”, l’importanza delle parole. Chissà come avrebbe reagito, il Nostro, di fronte all’uso improprio del termine *emergenza* quando esso compare accanto ad *immigrazione*. Sfolgiando un qualunque vocabolario, si apprende che l’*emergenza* è una «circostanza o eventualità imprevista»; ma questo termine ha anche un significato più infrequente, e cioè quello di «condizione di ciò che emerge».

Ebbene, ciò che appunto *emerge* dal mar Mediterraneo, quando non vi rimane sepolto, è il numero altissimo di corpi dei migranti provenienti soprattutto, ma non solo, dall’Africa subsahariana: il segno indiscutibile di un problema strutturale e sistemico nelle politiche di immigrazione ed asilo dell’UE e dei suoi Stati membri; il paradigma di una situazione tutt’altro che emergenziale (imprevista). Il 19 aprile scorso l’ennesimo drammatico naufragio nel Canale di Sicilia: circa [850](#) migranti, stando a quanto riportato dall’Ansa, inghiottiti dalle acque a circa 70 miglia dalle coste libiche (ma nello stesso periodo se ne sono consumati altri, di dimensioni “minori”: circa [400](#), sempre nel canale di Sicilia, e [200](#) di fronte all’isola di Rodi). Sulla spinta di

* LUISS

questi eventi, la Commissione europea ha deciso fosse venuto il momento di muoversi. Già il 20 aprile il commissario Avramopoulos presentava ad una riunione dei ministri degli esteri e dell'interno, presieduta dall'Alto rappresentante Mogherini, un [Piano d'azione](#) in dieci punti (sul quale v. il [post di Chiara Favilli](#)). Il Piano, che riscuoteva il sostanziale appoggio anche del [Consiglio europeo straordinario](#), riunitosi il 23 aprile, e del [Parlamento europeo](#), veniva poi declinato in maniera più dettagliata in una [Comunicazione](#) della Commissione del 13 maggio, diretta al Parlamento europeo, al Consiglio, al Comitato economico e sociale e al Comitato delle Regioni, con cui veniva resa nota l'attesa Agenda europea sulla migrazione.

L'Agenda doveva rispondere ad una serie di interrogativi "urgenti", sia di breve sia di lungo periodo, concernenti, come in essa si legge, «the different steps the European Union should take now, and in the coming years, to build up a coherent and comprehensive approach to reap the benefits and address the challenges deriving from migration» (p. 2). Nel farlo, la Commissione mostra una solida consapevolezza nel districare la questione semantica cui prima si faceva cenno: anziché evocare, nel goffo tentativo di nascondere le incapacità che l'Unione e i suoi Stati membri hanno mostrato nel (non) fronteggiare il problema (almeno finora), l'emergenza (versione "circostanza imprevista"), ha ammesso con molta onestà che le «[e]mergency measures have been necessary because the collective European policy on the matter has fallen short» (*ivi*).

È, questo, già un punto di partenza lucido, in un panorama nel quale la lucidità latita, come dimostrano le prese di posizione di alcuni *leaders* politici (fra i quali, inutile dirlo, spiccano [Matteo Salvini](#) e [Marine Le Pen](#)). Gli stessi che, di norma, parlano di "invasione", altro termine che viene usato in modo del tutto gratuito e demagogico: basti pensare che, secondo una [ricerca](#) condotta qualche anno fa, la percentuale dei cittadini extra-UE in posizione irregolare all'interno del "territorio" europeo si aggirava intorno all'1% della popolazione europea. Ancor più significativo è il dato riguardante gli individui che si trovano in una posizione di (ulteriore) vulnerabilità rispetto ad un "normale" migrante (rifugiati e, più in generale, richiedenti asilo): la gran parte (circa l'86%) di loro viene accolta nei paesi del c.d. Terzo mondo; in altre parole, come è stato recentemente sottolineato, «quelle che appaiono in Europa ondate di profughi non sono altro che piccole frange di una catastrofe umanitaria» ([Ambrosini](#),

p. 65).

Il Piano d'azione toccava, come detto, dieci punti, illustrati in maniera molto sintetica: 1) rafforzamento delle operazioni *Triton* e *Poseidon*; 2) cattura e distruzione delle imbarcazioni utilizzate dai trafficanti (*smugglers*); 3) cooperazione fra Europol, Frontex, Easo (Ufficio europeo di sostegno per l'asilo) ed Eurojust nella lotta ai trafficanti; 4) supporto dell'Easo a Grecia e Italia nell'esame delle domande di protezione; 5) impegno di tutti gli Stati membri a rilevare le impronte digitali di tutti i migranti; 6) possibile creazione di un meccanismo di trasferimento di emergenza; 7) un progetto pilota di reinsediamento, su base volontaria; 8) un nuovo programma di rimpatrio, coordinato da Frontex; 9) cooperazione con gli Stati terzi, in particolare quelli limitrofi alla Libia; 10) spiegamento di funzionari di collegamento (ILO) in paesi terzi chiave, per la raccolta di informazioni.

L'Agenda sviluppa questi dieci punti a tre diversi livelli: breve, medio e lungo periodo. I contenuti delle "azioni immediate" risentono fortemente del clima nel quale il Piano d'azione e l'Agenda sono stati elaborati: ai primi punti figurano, come detto, quelle attività volte ad impedire nuove tragedie, vuoi tramite il potenziamento dei mezzi di salvataggio, vuoi tramite la lotta ai trafficanti. La Commissione prospetta per *Triton* e *Poseidon* un aumento del budget (triplicato) che consenta di estendere «both the capability and the *geographical scope* of these operations» (Agenda, p. 3, corsivo aggiunto). Si tratta di un punto estremamente significativo, proprio perché una delle critiche mosse nei confronti dell'Unione (fra tutte, quella di [Amnesty](#)), all'indomani della chiusura dell'operazione (italiana) *Mare nostrum*, "sostituita" da *Triton*, puntava contro l'assenza di un mandato di ricerca e soccorso nell'operazione europea, fortemente limitata anche sotto il profilo dell'area geografica di competenza. Essa, infatti, occupava il mare territoriale italiano, più una piccola porzione delle aree di ricerca e soccorso italiana e maltese (v. il [comunicato stampa](#) di Frontex e, più in generale sul punto, [Aalberts e Gammeltoft-Hansen](#)), a fronte di un mandato che spingeva *Mare nostrum* «fino alle acque internazionali adiacenti le acque territoriali libiche» (v. il [post di Francesca De Vitor](#)). Più equilibrio v'era nei mezzi a disposizione: l'operazione *Triton* disponeva di 2 aerei, 3 pattugliatori d'altura, 2 corvette, 2 pattugliatori costieri, 1 elicottero, 5 *debriefing teams* (per la raccolta di informazioni nella lotta ai trafficanti) e 2 *screening*

teams; mentre l'Italia operava con 1 nave anfibia, 2 corvette, 2 pattugliatori d'altura, 2 droni aerei, 3 elicotteri (disposti sui mezzi navali) e diversi altri aeromobili dispiegati sulla terraferma, per un totale di 700/1000 militari impiegati.

Dando seguito alla “promessa” della Commissione, le operazioni *Triton* e *Poseidon* sono state rafforzate. La prima in particolare, che interessa più l'Italia, oltre ad una consistente immissione di fondi (26,25 miliardi di euro per il 2015, altri 45 per il 2016), ha beneficiato, come si apprende da un comunicato dell'[Agenzia](#), di una notevole espansione. Se quella geografica (fino a 138 miglia a sud della Sicilia) si era di fatto realizzata anche prima della sollecitazione della Commissione (a 40 miglia dalle coste libiche, come si apprende da una [nota](#) della stessa Agenzia Frontex), i mezzi sono quasi raddoppiati: 3 aerei, 6 pattugliatori d'altura, 6 corvette, 2 elicotteri, 9 *debriefing teams* e 6 *screening teams*, con la partecipazione di quasi tutti gli Stati membri dell'Unione (mancano Bulgaria, Cipro, Slovacchia e Ungheria), più tre dei quattro Stati associati alle politiche europee di immigrazione e asilo (Islanda, Norvegia e Svizzera). Un passo in avanti importante, come riconosciuto dal direttore del Consiglio italiano per i rifugiati, [Christopher Hein](#).

Meno brillante (e in effetti qualcuno non ha tardato ad evidenziare [curiose analogie](#)) appare la soluzione prospettata dalla Commissione in relazione al punto n. 2, relativo alla cattura e alla distruzione dei barconi utilizzati dagli *smugglers*. Come recentemente evidenziato da Roberto Virzo in un seminario sui *Problemi di cooperazione internazionale in materia di migrazione via mare nel Mediterraneo*, tenutosi presso il Dipartimento di Scienze giuridiche dell'Università di Roma “La Sapienza”, molteplici sono i profili che non convincono. Per limitarci a quello più evidente: nessuna norma di diritto internazionale (includere, particolarmente, quelle della Convenzione di Montego Bay sul diritto del mare, della Convenzione di Palermo contro la criminalità organizzata transnazionale e del suo Protocollo per combattere il traffico di migranti via terra, via mare e via aria) consente ad uno Stato di *distruggere*, con o senza il consenso dello Stato di bandiera (in alto mare) o dello Stato costiero (nel suo mare territoriale), i barconi utilizzati dai trafficanti per il “trasporto” dei migranti. Confisca e sequestro sono le misure che, al massimo, possono essere adottate (perfino di fronte alla diversa – e forse più grave – ipotesi di pirateria). In effetti, la decisione con cui è stato attuato il punto n. 2 dell'Agenda ([decisione PESC](#)

[2015/778](#) del Consiglio del 18 maggio scorso) modera (ma non troppo) i termini: il suo art. 1 parla di «individuare, fermare e *mettere fuori uso* imbarcazioni e mezzi usati o sospettati di essere usati dai passatori o dai trafficanti» (corsivo aggiunto). Essa, tuttavia, incappa – crediamo – in un diverso errore: quello di ritenere che un’operazione contro i trafficanti, dispiegata nel territorio di uno Stato terzo (la Libia), possa, anche ove non si spinga fino alla *distruzione* dei barconi, rimanere nella legalità internazionale per il solo fatto di usufruire della copertura di una risoluzione del Consiglio di Sicurezza delle Nazioni Unite.

Questa convinzione si evince chiaramente da due passaggi della decisione in discorso: nel considerando n. 8, secondo cui «[p]ossono essere adottate misure anche in acque territoriali o interne, nel territorio o nello spazio aereo di uno Stato nei confronti di imbarcazioni sospettate di coinvolgimento nel traffico o nella tratta di esseri umani, con il consenso di tale Stato *o* ai sensi di una risoluzione del Consiglio di sicurezza delle Nazioni Unite, o entrambi» (corsivo aggiunto); nell’art. 2, par. 2, lett. b), punto ii), nel quale viene usata la stessa congiunzione disgiuntiva “o” («conformemente alle risoluzioni del Consiglio di sicurezza delle Nazioni Unite applicabili *o* al consenso dello Stato costiero interessato, [l’operazione] procede a [...]») (corsivo aggiunto). Ebbene, senza il consenso della Libia (espresso da quale governo, però?), si dovranno forzare non poco i termini della Carta delle Nazioni Unite, dovendo ricondurre ad essa un’operazione “di polizia”: e in effetti, nell’unico possibile precedente (la risoluzione del Consiglio di Sicurezza [1816 del 2008](#), relativa al contrasto al fenomeno della pirateria di fronte alle coste della Somalia), vi era stato il consenso del governo federale transitorio somalo (il cui controllo effettivo del territorio era, peraltro, dubbio). In definitiva, tutto l’impianto che ha sviluppato il punto n. 2 dell’Agenda, e forse persino la logica sottesa ad esso, dipende da una condizione (il consenso libico) che definire “altamente volatile” è un eufemismo: il [fragile governo di Tobruk](#), di fatto in esilio, controlla ben poco (e, comunque, solo di recente si è deciso a muovere [alcuni passi](#) verso il consenso), mentre il problema vero sarà ottenere la sponda del governo islamista di Tripoli, che controlla la parte del paese da cui i barconi prendono il Mediterraneo. È quasi paradossale (se non addirittura ironico), ma a ben vedere l’intervento del Consiglio di Sicurezza sarebbe perfettamente in linea con l’art. 39 della Carta ove fosse diretto *contro* un’azione dell’UE e dei suoi Stati membri realizzata *senza* il

consenso da parte del governo di Tripoli: in tal caso, il CdS fronteggerebbe, infatti, una tipica ipotesi di aggressione (o, quantomeno, di violazione della pace) (sul punto v. il [post di Gabriella Carella](#)).

L'Agenda si preoccupa, poi, di dare forma e sostanza ad un principio sul quale l'Italia va insistendo ormai da tempo: quello di solidarietà fra gli Stati, il quale impone che il peso dei flussi di migranti irregolari, particolarmente dei richiedenti asilo, sia assorbito da tutti gli Stati membri (v. art. 80 TFUE), e non soltanto da quelli di primo ingresso. Vanno, anzitutto, evidenziati due punti di estrema rilevanza rispetto alla questione della solidarietà: intanto, la *vulgata* tutta italiana in base alla quale il nostro paese è l'unico (o quasi) a farsi carico di una certa tipologia di flussi irregolari non trova pieno riscontro nei dati empirici. Al di là del fatto che l'Italia è fra i primi paesi dell'Unione nella speciale classifica dei fondi destinati alla gestione delle frontiere (qui ci permettiamo di rinviare ad un [nostro breve contributo](#)), i dati sulle presenze dei richiedenti asilo e degli stranieri che godono della protezione internazionale in Europa vanno in una direzione lievemente diversa. Qualche esempio: nel 2014 l'Italia ha ricevuto 64.625 domande di protezione internazionale (poco più della metà delle quali è stato esaminato), vale a dire il 10,3% circa del totale delle domande; la Germania ne ha sopportato il 32,3%, la Francia il 10,2%, la Svezia il 12,9%, l'Austria il 4,4% (fonte [Eurostat](#)). Lo scenario descritto diventa ancora più evidente ove ci si sposti sui dati relativi agli individui accolti in maniera tendenzialmente stabile, come rifugiati o beneficiari della protezione sussidiaria: il contributo italiano qui si assottiglia sensibilmente (4,4%), a fronte di quello di altri paesi europei quali Germania (26,6%), Francia (24,2%), Svezia (13,7%), Belgio (8,7%) (fonte [Eurostat](#)). La percentuale andrebbe poi commisurata a fattori quali l'estensione del territorio, il numero degli abitanti e il PIL pro capite, con risultati che accentuano ulteriormente il peso di alcuni altri Stati (come ad esempio la Svezia).

Se, tuttavia, si prendono i dati relativi agli ingressi irregolari, la tendenza appena descritta sembra non trovare riscontro, almeno negli ultimi anni: dal 2011, la *Central Mediterranean Route* (verso Italia e Malta) ha sopportato una media del 42% circa degli ingressi irregolari *rilevati* in tutta l'UE, con un picco, ovviamente, nel 2014 (60%) (v. Frontex, [Annual Risk Analysis 2015](#), Frontex, Warsaw, 2015, p. 16). Ora, fermo restando che gli ingressi irregolari verso gli Stati dell'UE costituiscono una percen-

tuale minore nell'ambito del complessivo fenomeno della immigrazione irregolare (formata principalmente dai c.d. *illegal stayers*, rilevati in numero cinque volte superiore a quello degli ingressi irregolari nel 2011, 22 volte nel 2012, 7 volte nel 2013 e 2,5 volte nel 2014), la ragione per cui, in Italia, ad un elevato numero di ingressi irregolari non corrisponde una congrua misura di domande di protezione è semplice: i migranti preferiscono fare domanda in paesi del Nord Europa, dove vi sono migliori condizioni di accoglienza e (in caso di esito positivo) di soggiorno. Alcuni abbandonano l'Italia verso altri lidi, spesso sfuggono alle maglie del regolamento Dublino II grazie alla [malcelata complicità dell'Italia](#) nel non rilevare le impronte digitali (che consentirebbero di individuare il nostro paese come quello di primo ingresso). In effetti, non è un caso che persino l'Agenda sottolinei l'importanza della rilevazione delle impronte digitali nel funzionamento del c.d. sistema Dublino (Agenda, p. 13) e che, secondo alcune [fonti](#), essa sarà *conditio sine qua non* per l'attuazione della tanto sospirata (dall'Italia) solidarietà.

In definitiva, è vero che i paesi del Mediterraneo settentrionale si trovano a dover fronteggiare una tipologia particolarmente drammatica di immigrazione irregolare (quella via mare, con gli annessi ben noti); altrettanto vero è che, al lordo dei molti migranti che fanno ingresso in Italia al solo scopo di raggiungere altri paesi europei, il numero degli ingressi irregolari nel nostro paese è via via divenuto *estremamente* elevato. Tuttavia, l'idea in base alla quale gli altri Stati membri dell'UE (e l'Unione stessa) siano finora rimasti con le mani in mano è del tutto infondata: il peso maggiore della complessiva immigrazione irregolare (comprensiva degli *illegal stayers*) e della permanenza stabile dei beneficiari della protezione internazionale è sopportato, in linea di massima, dai paesi nel Nord Europa (sul punto v. pure il [post di Chiara Favilli](#)).

È certamente questa la ragione per la quale la soluzione immaginata dalla Commissione nell'Agenda non ha raccolto grande successo fra alcuni Stati membri – e costituirà, verosimilmente, il punto più difficile da realizzare. Essa ipotizza due diversi meccanismi per attuare il principio di solidarietà: il trasferimento (*relocation*) e il reinsediamento (*resettlement*). Il primo riguarda i richiedenti che si trovano già nel “territorio” dell'Unione e che vanno distribuiti più equamente fra gli Stati membri: ora, con un programma temporaneo, per affrontare l'“emergenza”; in seguito, con un sistema permanente, che la Commissione intende pro-

porre entro la fine di maggio 2015. Lo schema di distribuzione temporanea dovrà basarsi, stando alla Commissione, sull'art. 78, par. 3, TFUE (finora inutilizzato): come noto, esso prevede che, di fronte ad «un afflusso improvviso di cittadini di paesi terzi», la Commissione possa proporre al Consiglio, che delibera a maggioranza qualificata, previa consultazione del Parlamento europeo, «misure temporanee a beneficio dello Stato membro o degli Stati membri interessati». L'Agenda (tavola n. 1 dell'Allegato) anticipa anche le percentuali di “assorbimento” per ciascuno Stato membro, formulate in base a criteri quali la popolazione (il cui peso nella determinazione della quota è del 40%), il PIL (40%), la somma del numero dei richiedenti e di quello dei beneficiari, in percentuale su 1 milione di abitanti, nel periodo 2010-2014 (10%) e, infine, il tasso di disoccupazione (10%). Confrontando queste quote con quelle, sopra riportate, delle domande di asilo (il dato più omogeneo disponibile), si nota che la solidarietà – non potrebbe essere diversamente – andrà soprattutto a vantaggio di quegli Stati maggiormente “oberati”: non l'Italia (su cui peserà una quota dell'11,84% a fronte di un contributo, nel 2014, del 10,3% di domande *ricevute*, cui vanno sottratte, come detto, quelle effettivamente esaminate), ma la Germania (18,42% contro 32,3%), la Svezia (2,92% contro 12,9%), per citare i due casi più evidenti. Altri Stati verranno “penalizzati”: vale a dire quelli che oggi assorbono una percentuale molto bassa di domande (la Spagna, con uno 0,8% contro il 9,10% fissato dalla Commissione come quota di *relocation*; o la Polonia con un 1,2% contro il 5,64%).

Il secondo meccanismo (*resettlement*) andrà, se realizzato, molto più in profondità: si tratta di aprire alle persone vulnerabili (i richiedenti asilo) «safe and legal ways [...] to reach the EU» (*ivi*, p. 4). Anche qui, la Commissione fissa uno schema di quote che si basa, però, su un dato forse ottimistico: essa ipotizza che questo sistema di reinsediamento venga messo in piedi per 20.000 persone l'anno, fino al 2020. E anche qui la distribuzione delle quote va a beneficio degli Stati membri più “virtuosi” (fra cui non c'è l'Italia): confrontando il numero di permessi di soggiorno rilasciati a beneficiari della protezione internazionale con queste quote (il primo è il dato più omogeneo perché, verosimilmente, dei 20.000 all'anno pochissimi non soddisferanno i requisiti per il riconoscimento della protezione internazionale), vengono fuori notevoli alleggerimenti per la Germania (26,6% contro il 15,43%), la Svezia (13,7 contro 2,46%), la Francia (24,2%

contro l'11,87%), mentre molti altri Stati subiranno un peso maggiore (ivi compresa l'Italia: 4,4% contro 9,94%). Come detto, [alcuni Stati](#) hanno già mostrato scarso entusiasmo, mentre il [Regno Unito](#) (che assieme a Danimarca e Irlanda rimane fuori dal sistema europeo di immigrazione e asilo) ha fatto sapere di non avere la minima intenzione di esercitare la facoltà di *opting-in*, che le consentirebbe di entrare nel sistema di trasferimento e reinsediamento.

Altre misure immediate riguardano la cooperazione con i paesi terzi e l'uso incrociato delle Agenzie (Easo, Frontex, Euro-pol ed Eurojust) assieme agli Stati membri per migliorare i controlli alle frontiere: nel velocizzare le procedure di smistamento (richiedenti asilo, da un lato, migranti irregolari, dall'altro, destinati, questi ultimi, a programmi di rimpatrio); nella lotta ai trafficanti.

La Commissione, come accennato sopra, si dedica poi ad individuare misure di medio e di lungo periodo per superare alcuni limiti strutturali della politica di immigrazione ed asilo dell'Unione. Per le prime, l'Agenda isola quattro pilastri: i) riduzione degli incentivi alle immigrazioni, da attuarsi tramite il generale miglioramento delle condizioni di vita nei paesi terzi di migrazione (es. cooperazione allo sviluppo), la lotta ai trafficanti e il rafforzamento del sistema dei rimpatri; ii) rendere permanenti le forme di cooperazione fra Stati membri, coordinati da Frontex, per salvare vite umane e rendere sicure le frontiere esterne; iii) migliorare il sistema europeo d'asilo, rendendolo più omogeneo ed equilibrato (qui la Commissione accenna ad una possibile revisione del sistema Dublino); iv) una nuova politica di immigrazione legale, vale a dire di immigrazione per motivi di lavoro (ma occorrerebbe ricordare che, in linea di massima, è legale anche la posizione dei richiedenti asilo, almeno fintanto che non ne venga accertato lo *status*), che la Commissione ritiene «an important way to enhance the sustainability of our welfare system and to ensure sustainable growth of the EU economy», soprattutto in considerazione della “depressione” demografica in cui versa attualmente la popolazione europea.

Le poche righe che la Commissione dedica alle misure di lungo periodo non dicono molto di nuovo rispetto a quanto non facciano già le precedenti, di breve e medio: completamento del sistema europeo comune d'asilo; gestione comune della frontiera europea; un nuovo modello di immigrazione legale. Invero, una più attenta loro lettura mette in evidenza quello che riteniamo es-

sere il vero punto cruciale nella materia della quale si discorre: sono apprezzabili i contenuti del programma della Commissione (eccezion fatta per le azioni in ambito PSDC, peraltro proposte dall'Alto rappresentante, che invece non ci pare possano trovare una realizzazione *che sia legittima*) e certamente essa va nella direzione giusta (soprattutto, ma non solo) quando indica l'apertura di vie legali alle migrazioni come uno dei pilastri su cui basare l'azione dell'UE e dei suoi Stati membri; difetta, tuttavia, al suo programma un quadro istituzionale che consenta di operare nella direzione indicata. La Commissione, in via di premessa, sostiene la necessità di un approccio più europeo, «using all the policies and tools at our disposal» (Agenda, p. 2). In effetti, se il programma della Commissione verrà integralmente attuato, saremmo di fronte ad un utilizzo pieno degli strumenti di cui è dotata l'UE; ma esso sarà anche sufficiente per raggiungere i risultati voluti (lo ricordiamo: «to build up a coherent and comprehensive approach to reap the benefits and address the challenges deriving from migration», *ibidem*)?

Una soluzione, certamente più radicale, ma che metterebbe l'UE al riparo da certi "capricci" statali (una volta e per tutte), è quella di porre mano ai Trattati e consegnare le politiche di immigrazione ed asilo alla tipologia di competenza cui esse naturalmente appartengono: quella esclusiva. Del resto, sono proprio gli obiettivi di lungo periodo indicati dalla Commissione nell'Agenda (p. 17) che chiamano a gran voce una riforma del genere. La soluzione può sembrare fantasiosa, ma riteniamo sia ancora più fantasioso costruire una politica unitaria e, quindi, più efficace in queste materie con gli strumenti attualmente a disposizione delle istituzioni. Quando tali politiche furono oggetto di una prima forma di cooperazione fra alcuni Stati della allora CEE (notoriamente, con l'Accordo di Schengen), il (primo) Presidente del Comitato esecutivo della Convenzione di applicazione del 1990 paragonò il sistema di abbattimento dei controlli alle frontiere interne ad un condominio, sostenendo che fosse necessario spostare i controlli dalla porta dell'appartamento a quella dello stabile. Ma, quando lo stabile non è completato, lasciare troppo spazio all'uzzolo dei proprietari (e, nel contempo, ammettere altri) comporta che, mentre quelli litigano su come allestire gli spazi comuni, di comune non vi sia proprio nulla.

3 giugno 2015

I migranti, la solidarietà e l'Europa senza qualità

GIUSEPPE MORGESE (*)

Uno dei più bei romanzi (incompiuti) della prima metà del Novecento è l'“[Uomo senza qualità](#)” dello scrittore austriaco Robert Musil. Ambientato in un ipotetico Stato che ricorda l'impero austro-ungarico, negli anni precedenti la Prima guerra mondiale, il romanzo narra le vicende di Ulrich Anders, studioso trentaduenne di materie scientifiche, che si definisce “senza qualità” non perché non ne possieda alcuna (ché, anzi, ne è ben dotato), ma per il fatto di non essere capace di metterle in pratica. Nonostante i suoi 32 anni, ampiamente adulto anche per i nostri tempi, infatti, il protagonista non riesce a tradurre in azioni concrete il proprio bagaglio culturale, alienandosi dal senso comune delle cose e rapportandosi in maniera superficiale con la realtà circostante.

Con riferimento alla questione dei migranti bisognosi di protezione internazionale, riteniamo che l'Unione europea si stia comportando come un novello Anders. Come già sottolineato nell'intervento di [Favilli](#) in questo Blog, i contrasti tra gli Stati sono infatti alla base dell'immobilismo dell'UE in occasione dei numerosi, ormai ciclici, naufragi dei barconi nel Mar Mediterraneo. È vero che, soprattutto dopo la [tragedia di Lampedusa del 18 aprile 2015](#), la Commissione europea ha adottato alcune misure di solidarietà tra Stati per la gestione degli oneri derivanti dalle operazioni di ricerca e soccorso in mare e dalla prima accoglienza: costi che, com'è noto, gravano soprattutto su alcuni

(*) Università degli studi di Bari.

Paesi alle frontiere meridionali dell'Unione (Italia, Malta, Grecia). Tuttavia altrettanto vero è, per un verso, che i Paesi dell'Europa centrale e settentrionale sopportano la percentuale maggiore dell'immigrazione irregolare composta, com'è noto, dai c.d. *overstayers* (coloro che entrano in maniera regolare e poi si trattengono oltre il periodo di scadenza del loro titolo di ingresso o soggiorno), oltre a essere interessati dalla maggior parte delle domande di protezione internazionale (v. [Cherubini](#), in questo Blog); per altro verso, che ben poco viene proposto in tema di solidarietà nei confronti dei migranti.

Si ricorda che, in occasione della riforma di Lisbona del 2007, gli Stati membri hanno voluto dotare l'Unione di una base giuridica appropriata per adottare atti improntati alla solidarietà. L'art. 80 TFUE afferma che «[l]e politiche dell'Unione [in materia di controlli alle frontiere, asilo e immigrazione] e la loro attuazione sono governate dal principio di solidarietà e di equa ripartizione della responsabilità tra gli Stati membri, anche sul piano finanziario. Ogniqualvolta necessario, gli atti dell'Unione adottati (...) contengono misure appropriate ai fini dell'applicazione di tale principio». Come si può notare, la solidarietà declinata nei settori in esame non solo opera esclusivamente tra Stati membri ma ha anche natura facoltativa, essendo le relative misure condizionate al loro carattere necessario e appropriato. Se ciò è vero, nella migliore delle ipotesi, la scelta di adottarle ricade nella discrezionalità delle istituzioni legislative dell'Unione (ma v. anche le considerazioni di [Gestri](#), p. 902 ss.) e va a esclusivo vantaggio degli Stati membri.

Nel settore della protezione internazionale, il maggiore ostacolo all'introduzione di siffatte misure deriva storicamente dalla circostanza per cui il Sistema europeo comune di asilo (SECA) è imperniato sul “sistema Dublino”: il [regolamento \(UE\) n. 604/2013](#) (c.d. “Dublino III”), infatti, reca – in maniera non dissimile dagli atti che lo hanno preceduto – i criteri e i meccanismi per individuare lo Stato membro dell'UE ritenuto competente per l'esame di una domanda di protezione internazionale presentata in uno qualunque degli Stati dell'Unione da parte di un cittadino di un Paese terzo o di un apolide. Tra questi criteri spicca quello dello “Stato di primo ingresso”, che radica la competenza in capo al Paese attraverso le cui frontiere il richiedente entra regolarmente o irregolarmente nel territorio dell'Unione europea. Dunque, il sistema prevede un criterio-base per la “determinazione” – e non invece di “(solidarietà ed) equa ripartizione” –

della competenza statale talmente rigido e sbilanciato a sfavore dei Paesi posti alle frontiere esterne dell'Unione da rendere ancora più evidente il carattere facoltativo del principio espresso nell'art. 80 TFUE. Del resto, si rileva l'assenza nel SECA di meccanismi obbligatori per la redistribuzione dell'accoglienza ([Caggiano](#), p. 51 ss.) e, più in generale, di misure improntate a una reale solidarietà proprio a causa dell'esistenza del sistema Dublino ([Morgese 2014](#), p. 365 ss.). La qual cosa, giova sottolinearlo, spinge alcuni Stati a intraprendere comportamenti del tipo "*beggar-thy-neighbor*": Malta spesso si sottrae ai propri obblighi di ricerca e salvataggio in mare, chiamando in causa la marina italiana; l'Italia e la Grecia, dal canto loro, non espletano in maniera costante le operazioni di rilevamento delle impronte digitali dei migranti che attraversano le loro frontiere, con la conseguente impossibilità di radicare in capo a loro la competenza di primo ingresso ai fini del sistema Dublino.

Già prima della riforma di Lisbona, non apparivano particolarmente incisive le misure di solidarietà adottate in base al [Programma di Tampere del 1999](#) (e cioè il [Fondo europeo per i rifugiati](#), FER, e la [direttiva n. 2001/55/CE](#) sulla protezione temporanea in caso di afflusso massiccio di sfollati) nonché quelle prefigurate nel [Programma dell'Aja del 2004](#) e nel [Patto europeo sull'immigrazione e l'asilo del 2008](#). Il successivo [Programma di Stoccolma del 2009](#), nell'individuare tre macro-aree di sviluppo dell'azione in materia di asilo, dedicava la seconda a "responsabilità condivise e solidarietà tra Stati membri": pur evidenziando la necessità di promuovere un'effettiva solidarietà con gli Stati sottoposti a particolari pressioni, la Commissione veniva semplicemente invitata a esaminare alcune possibilità di azione (tra cui un *meccanismo di condivisione volontaria* delle responsabilità e un migliore utilizzo della dotazione finanziaria) senza intaccare il funzionamento del sistema Dublino. Nel [Piano d'azione del 2010](#) per l'attuazione del Programma di Stoccolma, la Commissione mostrava l'intenzione di approfondire la questione, pervenendo nel 2011 all'adozione di una [comunicazione sul rafforzamento della solidarietà all'interno dell'UE in materia di asilo](#) in cui proponeva di agire lungo quattro direttrici: miglioramento della cooperazione pratica e dell'assistenza tecnica, con il coinvolgimento dell'[Ufficio europeo di sostegno per l'asilo](#) (UESA) e dell'[Agenzia europea per la gestione della cooperazione internazionale alle frontiere esterne](#) (Frontex); massimizzazione dell'utilizzo delle risorse del FER e, in prospettiva, del nuovo

[Fondo asilo, migrazione e integrazione](#) (FAMI); *ripartizione delle responsabilità*, affiancando al sistema Dublino, in funzione correttiva, un meccanismo di ricollocazione interna dei beneficiari della protezione internazionale, un sistema di trattamento congiunto delle domande d'asilo e, al ricorrere delle condizioni, l'attivazione della procedura di cui alla ricordata direttiva 2001/55; infine, maggiore enfasi sulla fiducia reciproca tra Stati membri. Ciò nonostante, rimaneva ferma la volontà degli Stati membri – con l'ovvia esclusione di quelli direttamente interessati dagli ingressi irregolari – di non correggere i criteri stabiliti dal sistema Dublino alla luce del principio di solidarietà. Nelle conclusioni del Consiglio “Giustizia e affari interni” del marzo 2012, per esempio, veniva adottato un [quadro comune](#) in materia, composto di misure presenti e future, che non intaccavano (e anzi presupponevano) i criteri in vigore. Parimenti, in occasione della modifica del [regolamento Dublino II](#), da un lato si confermava il criterio-base (che caratterizza, come detto, anche il regolamento Dublino III) e, dall'altro, non si dava sèguito alla [proposta della Commissione](#) di introdurre un procedimento di sospensione temporanea del sistema in casi di particolare pressione su alcuni Stati membri con limitate capacità di accoglienza e assorbimento.

Neanche la [tragedia di Lampedusa del 3 ottobre 2013](#), al di là del suo impatto mediatico, ha modificato i termini della questione. Nonostante una [risoluzione del Parlamento europeo](#) e l'istituzione della [Task Force per il Mediterraneo](#) (a opera del Consiglio “Giustizia e affari interni” del 7-8 ottobre), le [conclusioni del Consiglio europeo del 24 e 25 ottobre 2013](#) si limitavano a evidenziare la necessità di intraprendere azioni decise per evitare nuove tragedie, rinviando al [Consiglio europeo del 26 e 27 giugno 2014](#) l'adozione degli orientamenti strategici della programmazione legislativa e operativa nello Spazio di libertà, sicurezza e giustizia (v. [Cottu](#)). L'unico risultato positivo è stato l'avvio dell'[operazione Mare Nostrum](#) da parte dell'Italia, che in tredici mesi ha permesso di salvare più di 100.000 persone, di arrestare centinaia di scafisti e di sequestrare alcune navi; essa tuttavia ha comportato costi non indifferenti per le casse dello Stato italiano (circa 114 milioni di euro). Le richieste di condivisione di tali costi hanno portato alla chiusura dell'operazione *Mare Nostrum* e alla sua sostituzione con l'[operazione Triton](#) di *Frontex* (v. [Caffio](#) e [Di Pascale](#)). Essa all'inizio ha sofferto di significative limitazioni concernenti il finanziamento, gli scarsi mezzi a

disposizione e il ristretto ambito di operatività, cui si è posto rimedio dopo la tragedia di Lampedusa dell'aprile 2015 (vedi [qui](#)).

Come si diceva, l'attuale Commissione ha abbandonato l'immobilismo dell'Esecutivo Barroso. Già prima della sua elezione, Juncker aveva presentato un [piano in cinque punti sull'immigrazione](#) in cui si sottolineava, tra l'altro, la necessità di maggiore solidarietà. Questa posizione è stata ribadita al momento della presentazione degli [orientamenti politici](#) della Commissione che si candidava a presiedere, sui quali Juncker ha ricevuto il voto favorevole del Parlamento europeo. Due giorni dopo la tragedia del 18 aprile 2015, la Commissione ha presentato un [piano d'azione in dieci punti sulla migrazione](#), fatto proprio dal [Consiglio europeo straordinario del 23 aprile](#). In quest'occasione gli Stati, oltre a ribadire il rafforzamento della presenza in mare, la lotta contro i trafficanti nel rispetto del diritto internazionale e la prevenzione dei flussi migratori illegali (quanto all'enfasi posta sulla dimensione repressiva e, più in generale, sul contrasto al traffico di migranti, v. le considerazioni espresse in questo Blog da [De Vittor](#), [Carella](#) e [Annoni](#)), si sono impegnati a rafforzare la solidarietà e la responsabilità interne ([Favilli](#)). Sulle conclusioni del Consiglio europeo, peraltro, si è espresso pochi giorni dopo il [Parlamento europeo](#). L'ennesima tragedia a Lampedusa ha accelerato i lavori della Commissione e il 13 maggio scorso è stata presentata l'[Agenda europea sulla migrazione](#). Nel documento – efficacemente illustrato da [Cherubini](#) – vengono prefigurate le linee d'azione che l'Esecutivo intende seguire a breve e a medio termine. Con specifico riguardo alla solidarietà, si propone di introdurre un *meccanismo temporaneo di distribuzione dei richiedenti protezione internazionale* (che potrebbe diventare permanente con una proposta da presentare entro la fine del 2015) e un *programma di reinsediamento* diretto a offrire 20.000 posti negli Stati UE per i rifugiati con evidente bisogno di protezione internazionale presenti al di fuori dell'UE (si noti che l'Agenda è accompagnata un utile [glossario](#) e da una [tabella specifica](#)).

Dando seguito all'Agenda, il 27 maggio 2015 la Commissione ha adottato i primi atti. Per quel che ci interessa, è stata anzitutto presentata una proposta di decisione del Consiglio relativa a un [meccanismo provvisorio di ricollocazione europeo](#) per assistere l'Italia e la Grecia (Paesi che, peraltro, beneficiano anche di [piani di sostegno speciale in materia di asilo](#) concordati con l'UESA: per quello italiano, v. [Morgese 2015](#)). Il meccanismo,

che stabilisce una *deroga temporanea e obbligatoria ai criteri di competenza del sistema Dublino*, si basa come detto sull'art. 78, par. 3, TFUE, secondo cui «[q]ualora uno o più Stati membri debbano affrontare una situazione di emergenza caratterizzata da un afflusso improvviso di cittadini di paesi terzi, il Consiglio, su proposta della Commissione, può adottare misure temporanee a beneficio dello Stato membro o degli Stati membri interessati. Esso delibera previa consultazione del Parlamento europeo». Il meccanismo consentirà di ricollocare (cioè, trasferire) negli Stati membri, nei prossimi due anni, 40.000 richiedenti siriani ed eritrei arrivati in Italia (24.000) e in Grecia (16.000) dopo il 15 aprile 2015, o che arriveranno dopo l'adozione della decisione, pari a circa il 40% del totale di quelli aventi tale nazionalità. Il criterio di distribuzione per Stato membro tiene conto di alcuni parametri, quali la popolazione complessiva (40%), il PIL totale (40%), il numero di rifugiati già presenti sul territorio nazionale nel periodo 2010-2014 (10%) e il tasso di disoccupazione (10%). Si noti che detto meccanismo, che potrebbe essere adottato anche per Malta qualora si trovi nuovamente in condizioni emergenziali (com'è accaduto in passato con i [progetti pilota EUREMA e EUREMA II](#)), attribuisce ai Paesi "di ricollocazione" un sostegno finanziario di 6.000 euro per ogni richiedente trasferito nel loro territorio.

La Commissione ha adottato anche una raccomandazione in cui propone un [programma di reinsediamento europeo](#). A differenza della ricollocazione, che si rivolge a richiedenti già presenti sul territorio degli Stati membri, il reinsediamento mira a selezionare, in collaborazione con l'Alto commissariato per i rifugiati, persone con evidente bisogno di protezione internazionale *situati in Paesi extra-UE di prima accoglienza* per trasferirli negli Stati membri dell'Unione. Nel 2012 era stato adottato un *programma comune di reinsediamento* mediante una [modifica del FER](#) (poi confermato con l'istituzione del [FAMI](#)), che prevedeva una partecipazione degli Stati membri su base volontaria; a tale programma hanno partecipato solo alcuni Stati, mentre l'Italia ha scelto di adottare misure di reinsediamento specifiche e quantitativamente impalpabili (vedi [qui](#)). Anche nella raccomandazione in esame la Commissione si limita a invitare gli Stati – e non potrebbe essere diversamente, essendo la raccomandazione un atto non vincolante – a reinsediare 20.000 persone provenienti da Paesi non-UE (cifra in linea con le richieste dell'Alto commissariato), in un periodo di due anni, sulla base di criteri di distribu-

zione che tengono conto del PIL, della popolazione, del tasso di disoccupazione e del numero passato di richiedenti asilo e di rifugiati reinsediati, oltre che degli sforzi già compiuti in precedenza (all'Italia spetterebbe il 9,94%, pari a 1.989 beneficiari). Per gli Stati che aderiscono al programma, è previsto un sostegno finanziario di 50 milioni di euro per il periodo 2015-2016.

Ciò posto, è il caso di trarre alcune conclusioni che interessano l'Italia. Anzitutto, non è detto che il meccanismo di ricollocazione riesca a vedere la luce, perlomeno nella versione proposta il 27 maggio scorso. Da un lato, infatti, i Paesi nei cui confronti le regole dell'Unione in materia di asilo e immigrazione si applicano in maniera differenziata – Regno Unito, Irlanda, Danimarca – non sono interessati dalla ripartizione; dall'altro lato, per calcolo opportunistico, si registra la contrarietà di Ungheria, Spagna, Finlandia, Polonia, Lettonia, Lituania, Estonia, Slovacchia e Repubblica ceca (leggi [qui](#)); dall'altro lato ancora, Francia e Germania hanno chiesto di rivedere i criteri di ripartizione utilizzati (leggi [qui](#)). Con queste premesse, il negoziato in sede di Consiglio “Giustizia e affari interni” (convocato per il 15 e 16 giugno) si preannuncia aspro e dall'esito incerto. In secondo luogo, non è detto che in futuro il meccanismo di ricollocazione vada a sicuro vantaggio dell'Italia: i [dati dell'Alto commissariato](#) mostrano che le domande di protezione internazionale presentate nei Paesi meridionali dell'UE (Portogallo, Spagna, Italia, Malta, Grecia, Cipro), seppur crescenti dal 2011 al 2014, sono in termini assoluti di gran lunga inferiori rispetto a quelle presentate nell'intera Unione. Dunque, nonostante l'Italia sia il Paese meridionale dell'UE in cui annualmente vengono presentate più domande dal 2011 a oggi (per un quadro dal 1990, vedi [qui](#) il quaderno statistico della Commissione nazionale per il diritto di asilo), e al netto del fatto che la decisione del 27 maggio la esclude dalla ripartizione in quanto Paese beneficiario del sistema temporaneo, il coefficiente percentuale individuato dalla Commissione nell'Agenda del 13 maggio in futuro potrebbe penalizzarla; senza contare che, comunque, il meccanismo temporaneo qui ricordato interessa solo una parte dei richiedenti in Italia. In terzo luogo, la medaglia ha anche il suo rovescio, dato che la proposta di decisione chiede all'Italia (e alla Grecia) di predisporre ulteriori misure per rafforzare, tra l'altro, il rilevamento delle impronte digitali (anche in base alla [proposta di best practices](#) del 27 maggio scorso), pena la sospensione dei vantaggi derivanti dalla ricollocazione. In quarto luogo, il programma di reinsedia-

mento non va a vantaggio dell'Italia, in quanto il coefficiente percentuale stabilito nella raccomandazione del 27 giugno la penalizza rispetto ad altri Stati membri che, in passato, hanno reinsediato di più. Se tutto ciò è vero, a noi sembra che in Italia la retorica anti-immigrati e le allarmistiche notizie di stampa, complice una classe politica non sempre all'altezza delle sfide poste dalla migrazione, abbiano ottenuto un risultato ambivalente e a tratti paradossale: se, per un verso, è da considerarsi in maniera positiva il generale rafforzamento dell'operazione *Triton* – che, non a caso, interviene sulla vera “emergenza” (se così si può dire) dell'Italia, e cioè i costi delle attività di ricerca e soccorso in mare nonché della prima accoglienza –, non altrettanto si può dire delle misure di ricollocazione e reinsediamento le quali, almeno nel caso del secondo strumento, comporteranno un aggravio dell'accoglienza nel nostro Paese.

Ma alcune conclusioni possono essere tratte anche con riguardo all'Unione europea. Se, per un verso, non si sa ancora se le misure suesposte saranno effettivamente messe in pratica, per altro verso non ci pare fuori luogo sottolineare il loro “corto respiro” essendo improntate alla logica dell'emergenza di breve periodo. A noi invece sembra che l'unica strategia efficace sia quella a lungo termine, che prevede un *approccio “a monte”* mediante significativi interventi nei Paesi di origine e di transito dei migranti (come peraltro sottolineato anche dal Comitato delle Regioni: leggi [qui](#)). C'è da dire che nell'Agenda del 13 maggio si prevedono alcune iniziative in collaborazione con tali Paesi, al fine di impedire gli attraversamenti del Mediterraneo. Tra queste, spicca la creazione e il rafforzamento dei programmi di sviluppo e dei programmi di protezione regionale soprattutto nell'Africa settentrionale, nel Corno d'Africa e in Medio Oriente, aree di maggiore provenienza o transito dei richiedenti protezione nell'Unione, alla luce delle esperienze già sperimentate in passato (di cui si dà conto in [Morgese 2014](#), p. 394 ss.): tuttavia, il finanziamento a disposizione è di soli 30 milioni di euro nel 2015-2016, cui associare ulteriori contributi a carico degli Stati membri. Quanto invece alla prospettiva di elevare la migrazione a «componente specifica delle missioni di politica di sicurezza e di difesa comune già in corso» in alcuni Paesi terzi (Agenda, p. 6), non vengono fornite ulteriori indicazioni e si rinvia a un vertice da tenersi in autunno a Malta. Infine, in una prospettiva più ampia, l'Agenda per un verso ribadisce la necessità di affrontare le cause della migrazione irregolare e forzata nei Paesi terzi me-

dianche i partenariati con i Paesi di origine e di transito già esistenti (processi di Rabat, Khartoum, Budapest, Praga; dialogo UE-Africa su migrazione e mobilità: per una panoramica della cooperazione con l’Africa, leggi [qui](#)) e da avviare; per altro verso, mette in evidenza la dotazione riservata dal bilancio UE alla cooperazione esterna – e in particolare a quella allo sviluppo – di 96,8 miliardi di euro per gli anni 2014-2020; per altro verso ancora, l’Agenda ricorda la contribuzione dell’Unione a favore dei rifugiati (200 milioni di euro in aiuti allo sviluppo per progetti in corso e oltre 1 miliardo in fondi di assistenza umanitaria destinati ai rifugiati e agli sfollati interni dall’inizio del 2014), in vista di un suo rafforzamento: ad esempio, vedi [qui](#) il recente intervento a favore dei rifugiati siriani in Libano, Turchia, Giordania e Iraq.

Tutte queste misure a lungo termine – se effettivamente attuate – potrebbero indirizzare l’Europa sulla strada della vera solidarietà, quella cioè che opera nei confronti dell’accoglienza dei richiedenti protezione, persone che attraversano deserti e mari nella prospettiva del miglioramento della propria condizione e di quella dei loro cari (in argomento v. anche le considerazioni di [Castellaneta](#)), e solo in un secondo momento a favore di Stati membri – come anche l’Italia – che si sono sinora dimostrati per tanti versi “micragnosi”. Del resto, solo così l’Europa potrebbe mostrare quelle “qualità” di cui al momento appare priva.

8 giugno 2015

Le dichiarazioni (ritrattate) del governo ungherese sulla sospensione unilaterale dell'applicazione del regolamento Dublino III e la nuova querelle franco-italiana: il problema delle frontiere europee

STEFANO MONTALDO (*)

Dalle trincee ai comunicati stampa il passo, attraverso le vicissitudini del Novecento, non è stato certo breve. Eppure, a cent'anni dallo scoppio della prima guerra mondiale, le frontiere europee continuano ad attrarre controversie, per fortuna oggi confinate al circo delle sortite politiche, delle sintesi brucianti dei comunicati stampa e delle dichiarazioni lapidarie da intervista-lampo. Il 17 giugno scorso, il governo ungherese ha prospettato la costruzione di un'imponente [recinzione](#) lungo i 175 chilometri del confine con la Serbia, motivando l'iniziativa con l'esigenza di fronteggiare il crescente flusso di migranti irregolari provenienti dai Balcani e dall'area del Medio Oriente. A pochi giorni di distanza, il 23 giugno, un portavoce del medesimo esecutivo ha [annunciato](#) la decisione dell'Ungheria di sospendere unilateralmente l'applicazione delle norme del [regolamento Du-](#)

(*) Università degli Studi di Torino

[blino III](#), fulcro del sistema di gestione delle domande di protezione internazionale nell'UE. Richiesto dalla Commissione europea di [giustificare](#) tale sortita e di circostanziare le «ragioni tecniche» genericamente poste a fondamento di essa, il governo ungherese ha laconicamente “precisato” che «[la zattera è piena](#)» e che dunque l'amministrazione nazionale non è in grado di fronteggiare il crescente novero di richieste di protezione. Sebbene queste esternazioni siano state [formalmente smentite](#) l'indomani dal Ministro degli esteri Péter Szijjarto, l'eco che hanno generato ancora risuona nei corridoi della Commissione e dei palazzi governativi di alcuni Stati limitrofi. L'[Austria](#), in particolare, si era affrettata a minacciare a sua volta l'adozione di drastiche contromisure, a cominciare dall'emulazione delle *velleit* ungheresi.

Ad ulteriore complicazione di una trama piuttosto avvincente, questa fulminea crisi – l'ennesima originata dall'Ungheria, già “osservata speciale” per discusse iniziative politiche considerate restrittive della [libertà di stampa](#) e del [principio di uguaglianza](#) – si è consumata in contemporanea ad un nuovo capitolo della [querelle franco-italiana](#) sul passaggio dei migranti alla frontiera di Ventimiglia/Menton. In estrema sintesi, alcuni cittadini di Stati terzi irregolarmente presenti sul territorio europeo sono stati intercettati dalla *gendarmérie* francese al varco di frontiera e sono stati respinti e successivamente «riammessi» in Italia. Anche questa circostanza – che solo in parte ha oscurato una [vicenda simile](#) occorsa negli stessi giorni alla frontiera di Calais tra Francia e Regno Unito – ha destato scalpore e ha sollecitato reazioni politiche e mediatiche particolarmente allarmate sulla tenuta del sistema Schengen, nonché sul ruolo che ciascuno Stato è chiamato a giocare in tale contesto nell'attuale contingenza storica.

Le vicende prese in considerazione sono accomunate da un dato di fondo, ossia la complessità della gestione delle frontiere europee, genericamente intese. In questa prospettiva, il caso ungherese e le tensioni tra Francia e Italia appaiono complementari. Esse infatti traggono origine, rispettivamente, dalle problematiche connesse alla gestione dei flussi migratori alle frontiere esterne e dal talora incerto equilibrio fra libertà di circolazione nell'UE e prerogative statali circa il controllo del proprio territorio.

Da questo punto di vista, l'attualità costituisce una nuova e forse attesa espressione di criticità mai risolte, rese ancor più

evidenti dal tragico carico di morti che grava sulla frontiera esterna mediterranea e da periodiche controversie fra Stati membri circa la reintroduzione di forme di controllo sulle persone che attraversano le frontiere interne (sono emblematici, a tale proposito, la controversia sorta fra Italia e Francia nel 2011, in occasione degli eccezionali flussi migratori generati dalla primavera araba, nonché un progetto danese ed uno olandese di rafforzamento della videosorveglianza in corrispondenza dei principali accessi autostradali al territorio nazionale, v. ad es. [Jorgensen e Engsig Sorensen](#)).

Se dunque è naturale che situazioni di crisi possano rendere evidenti le fragilità di un sistema o, viceversa, sollecitare il suo miglioramento, il loro reiterarsi appare una fotografia sempre più nitida della difficoltà dell'Unione europea e dei suoi Stati membri di elaborare una risposta corale e ponderata al problema (v. in questo senso i molti ed interessanti rilievi già espressi su questo blog da [Favilli, Morgese e Cherubini](#)). Il riferimento agli Stati membri non è casuale ed è anzi il nodo più stretto e articolato della questione: il tema dell'immigrazione – sotto questo profilo oggi più che mai affiancato dalla politica monetaria ([Hinarejos](#)) – è attraversato con forza dal costante dilemma tra maggiore integrazione e rifugio nella sovranità statale; tra concertazione delle politiche migratorie e valorizzazione di istanze particolari e centrifughe.

Queste opposte forze sono ben rappresentate nelle vicende prese in considerazione, che sono state puntualmente accompagnate da un disordinato carosello di polemiche, animato da risoluti proclami politici e toni di sfida particolarmente efficaci nel distogliere l'attenzione dal dato tecnico e da una visione di lungo periodo dei temi in esame. Si propone dunque in primo luogo una lettura dell'iniziativa ungherese e della controversia franco-italiana alla luce delle norme vigenti e della giurisprudenza di Lussemburgo. In secondo luogo, si intendono presentare alcune riflessioni di sintesi sul magmatico equilibrio fra integrazione europea e interessi degli Stati membri nel contesto della gestione delle frontiere e della politica migratoria nel suo complesso, anche alla luce degli obiettivi che tali ambiti di intervento dell'Unione perseguono.

Le vicende che hanno interessato Francia ed Italia sono state oggetto di letture diametralmente opposte dalle autorità dei due Stati, per non tacere delle multiformi teorie suggerite a livello mediatico. Esponenti del governo italiano hanno lamentato

l'indebita chiusura della frontiera, nonché la mancanza di solidarietà da parte francese; il ministro degli esteri d'oltralpe ha invece recisamente smentito il ripristino di sistematici controlli di confine, precisando che il diniego di accesso al territorio nazionale dovesse essere qualificato come un'ipotesi di [riammissione del migrante *sans papier*](#) nello Stato membro da cui era giunto. In effetti, l'Italia e la Francia hanno concluso, nel 1997, un [trattato bilaterale](#) che prevede la riammissione nello Stato di provenienza del migrante irregolare intercettato sul territorio nazionale. Questo accordo, redatto sul modello di molti altri trattati bilaterali fra Stati dello spazio Schengen, è tutt'oggi in vigore (cfr. ad esempio l'art. 3, comma 3, della [direttiva 2001/40/CE](#)) e la sua applicazione non è mai stata oggetto di critiche particolari. Da questo punto di vista, dunque, la condotta delle autorità transalpine – al di là di valutazioni di merito e di opportunità, agevolmente reperibili sui principali mezzi di informazione – appare fondata sull'accordo bilaterale in esame. Essa peraltro, ad una più attenta analisi delle vicende occorse, purtroppo assai difficili da ricostruire con chiarezza ed in dettaglio, potrebbe costituire un'indebita elusione dell'abolizione dei controlli alle frontiere interne. Merita pertanto considerare brevemente questo profilo, per completare il più ampio quadro normativo e giurisprudenziale nel quale le vicende in esame si inseriscono.

In linea di principio, uno dei cardini sui quali poggia lo spazio Schengen è l'assenza di controlli sulle persone all'attraversamento delle frontiere interne, indipendentemente dalla nazionalità dei soggetti coinvolti (art. 20 del [regolamento CE 562/2006](#), cd. codice frontiere Schengen). Anche alla luce dell'art. 67 TFUE, l'abolizione di tali verifiche ha il suo naturale completamento nello sviluppo di una politica comune in materia di asilo, immigrazione e controllo delle frontiere esterne, politica che il Trattato impronta ai principi di solidarietà fra gli Stati membri e di equità nei confronti dei cittadini di Stati terzi. Questo regime presuppone dunque che i valichi di frontiera esterni siano debitamente presidiati e che coloro che li attraversano vengano sottoposti ad un controllo ad opera delle guardie di frontiera, diversamente modulato a seconda che si tratti di cittadini europei o di cittadini di Stati terzi. L'ingresso irregolare nel territorio dell'Unione europea può dunque costituire un elemento di criticità a livello sistematico, poiché la neutralizzazione delle verifiche alle frontiere interne consente di transitare da uno Stato membro all'altro.

Per fare fronte a questa situazione e cogliere nel segno delle esigenze di controllo del territorio manifestate dagli Stati membri, il codice frontiere Schengen contiene alcuni correttivi, che ben esemplificano la duplice tensione tra maggiore integrazione ed istanze nazionali. In primo luogo, l'art. 21 prevede alcune eccezioni alla regola generale, fra le quali lo svolgimento di controlli di sicurezza nelle aree portuali ed aeroportuali, l'obbligo di rispettare le norme nazionali che impongano di portare con sé un documento di identità valido, l'esercizio delle competenze di polizia sul territorio di ciascuno Stato membro. In quest'ultimo caso, in particolare, l'art. 21 puntualizza che tali attività non possono valere ad eludere il divieto di controlli di frontiera, né tradursi in operazioni aventi effetto equivalente alle verifiche di frontiera stesse. Sul punto, la Corte di giustizia – ad esempio nei casi [Melki e Abdeli](#) e [Adil](#) – ha avuto modo di chiarire che il pattugliamento del territorio deve rispondere ad alcune caratteristiche, peraltro non necessariamente cumulative: non deve essere realizzato alla frontiera o in un'area che, sebbene distante dal confine, si caratterizzi per una sola ed obbligata via di transito verso un altro Stato membro; deve essere ideato ed attuato in maniera diversa da un controllo di frontiera, ad esempio per la sua diffusione su un'ampia porzione di territorio statale e per il suo carattere non continuativo; deve avere natura selettiva, così da tradursi in verifiche “a campione” condotte in ragione di fondati motivi di sospetto di irregolarità; deve rispondere ad una *general police practice*, ossia basarsi sulle informazioni e sull'esperienza circa la sussistenza di possibili minacce per l'ordine pubblico e la pubblica sicurezza.

In secondo luogo, il regolamento in esame prevede la possibilità che uno o più Stati, in presenza di rigorosi requisiti, ripristinino in via temporanea i controlli alle proprie frontiere, nel pieno rispetto dei principi di proporzionalità e necessità: il ripristino è infatti considerato l'*extrema ratio* e deve in ogni caso essere circoscritto alla sola area geografica realmente interessata. Ciò è reso evidente dal disposto degli artt. 23 e seguenti, che limitano tale facoltà ai casi di minaccia grave all'ordine pubblico o alla sicurezza nazionale, siano essi prevedibili – come nel caso, non raro nella prassi, di eventi sportivi o politici di particolare importanza – o imprevisti ed urgenti. Merita puntualizzare che, in entrambe le ipotesi, la scelta circa la riattivazione dei controlli spetta in concreto al solo Stato coinvolto, che deve però informare la Commissione e gli altri Stati membri. Questi ultimi, d'altra

parte, possono esclusivamente formulare pareri ed avviare consultazioni, allo scopo di sollecitare una soluzione condivisa e di minor impatto sistematico. La centralità del ruolo dello Stato è stata solo parzialmente mitigata dalla riforma introdotta dal [regolamento UE 1051/2013](#), la cui adozione è stata diffusamente sollecitata dopo le criticità sperimentate dagli Stati in occasione dei flussi migratori conseguenti alle primavere arabe. Il punto qualificante della riforma è l'introduzione di una nuova causa di ripristino, prevista all'art. 26 e connessa a «circostanze eccezionali che mettono a rischio il funzionamento globale dello spazio senza controllo delle frontiere interne». A fronte dell'aspirazione della Commissione europea ad esercitare un maggiore controllo accentrato su tali ipotesi di ripristino, si è pervenuti ad una soluzione intermedia. L'art. 26 dispone infatti che il ripristino dei controlli di frontiera avvenga su raccomandazione del Consiglio, il quale valuta la disponibilità di misure tecniche e finanziarie di sostegno, l'impatto della misura e le potenziali conseguenze della minaccia grave allo spazio Schengen. La Commissione interviene invece su un piano secondario, poiché è solo destinataria di un avviso e può chiedere informazioni ed effettuare visite *in loco*.

Questo breve *excursus*, oltre a preparare il terreno per alcune delle riflessioni contenute del paragrafo conclusivo, consente di osservare anche da questa angolatura la condotta delle autorità francesi. Sebbene infatti la riammissione di migranti irregolari sia consentita dalle norme pattizie richiamate, è pur vero che tale attività non può essere compiuta con modalità che integrino una violazione dei principi fondamentali dello spazio Schengen. Le vicende in esame non rappresentano infatti una formale riattivazione dei controlli di frontiera *ex artt.* 23 e seguenti del codice frontiere Schengen, ma il dispiegamento di ingenti forze di polizia presso il confine potrebbe aver trasceso i limiti del legittimo esercizio delle prerogative legate al controllo del territorio nazionale ed alla tutela dell'ordine pubblico. Alla luce della giurisprudenza di Lussemburgo, deporrebbero a sostegno di questa tesi il luogo, la modalità e la finalità dell'operato delle autorità francesi, che pur la Commissione europea non ha ad oggi ritenuto meritevole di più approfondita ricostruzione.

Anche le vicende che hanno vista protagonista l'Ungheria sono meritevoli di alcune notazioni, in questo caso ulteriormente sintetiche, poiché molti dei profili di interesse sono stati oggetto di attenta analisi in altri recenti contributi pubblicati su questo

blog ([Favilli](#), [Morgese](#)). Essenzialmente, il caso ungherese prende le mosse dalle ricadute dell'attuale regime sul radicamento della competenza a trattare le richieste di protezione internazionale. Il regolamento Dublino III, infatti, come noto, prevede in via ordinaria la responsabilità dello Stato di primo ingresso o approdo, ovverosia dello Stato membro in cui per la prima volta il migrante entra nel territorio dell'Unione europea. Questo approccio amplifica le ineguaglianze strutturali che inevitabilmente caratterizzano il continente europeo, in ragione della differente posizione geografica degli Stati membri. La prossimità di alcuni di essi ad aree di frontiera particolarmente battute dai migranti determina la maggiore esposizione ad «asymmetric shocks» ([McDonough e Tsourdi](#)), ossia a situazioni di crisi che solo indirettamente interessano altri Stati membri. In assenza di efficaci correttivi a livello europeo, gli Stati che si affacciano sulle aree di maggior afflusso hanno talora scientemente infranto gli obblighi ad essi imposti, come nel caso dell'omessa rilevazione delle impronte digitali dei migranti irregolari da parte dell'Italia e della Grecia o dei mancati interventi di ricerca e salvataggio in mare ad opera delle autorità maltesi.

In questo contesto, il numero di cittadini di Stati terzi che entrano irregolarmente nell'Unione valicando il confine fra Serbia e Ungheria è particolarmente significativo, soprattutto se rapportato alla limitata capacità di gestione ed accoglienza dello Stato in esame. Al contempo, per la maggioranza dei migranti l'Ungheria è solo un'occasione, un luogo di transito verso una differente meta finale, circostanza che, nella prospettiva ungherese, assume una valenza ulteriormente indicativa dell'opportunità di riconsiderazione complessiva del sistema. Se da un lato la proposta della Commissione di sperimentare in via temporanea un meccanismo di redistribuzione delle richieste di protezione internazionale fra gli Stati membri muove in questa direzione, dall'altro lato la minaccia di sospensione unilaterale dell'applicazione del regolamento Dublino III da parte di uno Stato membro non può che costituire una grave deviazione dall'obbligo di adempiere al diritto dell'Unione europea con puntualità e nel rispetto del principio di leale cooperazione. Merita infatti ricordare che, in occasione della riforma del precedente [regolamento Dublino II](#), la Commissione stessa aveva prospettato la possibilità di introdurre un meccanismo di sospensione temporanea dell'applicazione del sistema, per le ipotesi in cui uno Stato con limitate capacità di assorbimento delle richieste si

fosse trovato a fronteggiare un flusso di migranti oltremodo significativo. D'altra parte, anche laddove fosse prevista la possibilità di sospendere l'applicazione del diritto dell'Unione – come nel caso, pur alquanto specifico, del [regolamento UE 1289/2013](#) in materia di visti – essa dovrebbe in ogni caso essere opportunamente soppesata, per le ricadute che può generare sugli altri Stati membri e sull'Unione nel complesso. Appare dunque difficilmente condivisibile una scelta di carattere unilaterale, sottratta ad una forma di confronto o di vaglio preventivo con le istituzioni europee e con gli altri Stati membri, come nel caso, poc'anzi considerato, del ripristino dei controlli alle frontiere interne.

A prescindere da valutazioni tecnico-formali, le vicende in esame offrono lo spunto per alcune riflessioni di carattere generale sulla natura del processo di integrazione nel contesto della politica migratoria e sul ruolo riservato – *rectius*, unilateralmente preteso e di fatto conservato – dagli Stati membri. Il tema della gestione delle frontiere, invero, ha conosciuto nel tempo un'evoluzione significativa, sia dal punto di vista istituzionale che sotto il profilo degli obiettivi ai quali tende l'operato dell'Unione europea. Come è stato evidenziato in dottrina, infatti, l'abolizione dei controlli alle frontiere interne e la definizione di un approccio comune a quelle esterne sono state inizialmente maturate «at the level of technocratic solutions», ma hanno presto assunto i tratti di «dramatic stories of consolidation of powers» ([McNamara](#)), in cui l'Unione e gli Stati recitano non di rado ruoli contrapposti.

Nel [libro bianco](#) del 1985 sul completamento del mercato interno, la Commissione europea evidenziò l'utilità pratica dell'abolizione dei controlli alle frontiere tra Stati membri: il conseguimento di questo obiettivo avrebbe infatti comportato significativi benefici economici, a cominciare da una sempre crescente integrazione – anche fisica – tra i mercati nazionali. L'anno precedente, il [Consiglio europeo di Fontainebleau](#) aveva sottolineato l'opportunità di «rendere più credibile la Comunità agli occhi dei suoi cittadini», attraverso la semplificazione delle norme e delle pratiche sull'attraversamento dei confini fra Stati membri. La stretta connessione fra la materia in esame e le dinamiche del mercato interno venne di fatto confermata dalla prima iniziativa avviata a livello interstatale: in risposta a massicce proteste degli autotrasportatori per i ritardi ai valichi di frontiera, Francia e Germania conclusero proprio nel 1984 [l'accordo di Saarbrücken](#), che determinò l'abolizione dei con-

trolli al confine tra questi due Stati. Il fondamento originario dell'integrazione in questo settore fu in definitiva rappresentato da esigenze pratiche, derivanti dalle istanze quotidiane dei cittadini e degli operatori economici europei.

Fu ben presto chiaro, nondimeno, che il regime giuridico dei confini avrebbe recato con sé un pesante fardello simbolico e ideologico, unitamente a conseguenze politiche di assoluto rilievo. Da un lato, esso avrebbe implicato l'elaborazione di una complessiva politica migratoria europea e la definizione di norme comuni sui controlli alle frontiere esterne, secondo una linea evolutiva indirizzata verso il sensibile rafforzamento delle prerogative dell'Unione (in misura tale che, secondo alcuni commentatori, lo sviluppo delle competenze e delle iniziative dell'Unione in questa materia riecheggia alcuni tratti del tradizionale percorso verso il consolidamento del potere statale: [Con-versi](#)). Dall'altro lato, l'accresciuto grado di integrazione avrebbe posto con evidenza il problema del bilanciamento fra esigenze complessive del futuro spazio Schengen e interessi nazionali, come confermato dall'impostazione marcatamente intergovernativa delle prime fasi della politica migratoria UE.

Queste opposte tensioni hanno animato negli anni lo sviluppo dello spazio Schengen e ne hanno in molte occasioni plasmato la conformazione e le priorità. L'importante ruolo dell'integrazione differenziata e le frequenti controversie – sia interistituzionali che fra Stati ed istituzioni UE – sulla portata delle basi giuridiche del TFUE ne sono, ad esempio, un precipitato evidente. In un quadro già profondamente innervato da aspirazioni “centralizzatrici” e slanci centrifughi, l'incremento dei flussi migratori verso l'Europa e la crisi economica hanno funto da ulteriore cassa di risonanza delle istanze degli Stati, non di rado agevolmente veicolate da letture semplicistiche in auge nell'agone politico.

Questa dinamica comporta uno scollamento nella percezione – e conseguentemente nella narrazione e nella giustificazione – del processo di integrazione in questa materia. Da un lato, la Commissione in molte occasioni si è esibita in una [difesa accorata](#) dello spazio Schengen, qualificato come «uno dei risultati più tangibili, popolari e di successo» conseguiti dall'Unione europea. Questo approccio, in un'ottica funzionalista, si è spesso tradotto nel tentativo di affermare una maggiore integrazione fra gli Stati membri in questo settore, quale soluzione elettiva delle sfide che l'attualità pone. Dall'altro lato, in una inversa prospettiva,

gli Stati hanno spesso valorizzato – per poi mettere in pratica – una lettura oppositiva della politica migratoria, tentando di conservare «the executive culture which has dominated the Schengen process from the start» ([Den Boer](#)). Così, gli sforzi verso un maggiore coordinamento a livello continentale si sono non di rado risolti in una riaffermazione, sotto nuova forma, della centralità del potere discrezionale degli Stati, come testimoniato sia dalle iniziative estemporanee di alcuni governi, sia dalle più recenti scelte regolatorie, ad esempio in tema di ripristino dei controlli alle frontiere interne. In un simile contesto, la biforcazione tra le aspettative di maggiore integrazione espresse dalla Commissione e la volontà statale di conservare priorità decisionale anche in sede europea si traduce nella difficoltà di individuare strategie coerenti e idonee a fronteggiare il fenomeno migratorio nel lungo periodo. Le «contradictory driving forces» ([Cornelisse](#)) della politica migratoria ne costituiscono al contempo il motore ed il freno principale. Poco rimane, in definitiva, nella percezione degli attori coinvolti, delle originarie esigenze pratiche legate al miglioramento della quotidianità dei cittadini europei e non solo: se ne rinvengono tracce evidenti nella giurisprudenza della Corte di giustizia, il cui argomentare è saldamente ancorato ai principi di coerenza, uniformità ed effettività del diritto dell'Unione, ma esse scompaiono rapidamente dinanzi al «political messianism» ([Weiler](#)) che, da opposte prospettive, anima la Commissione europea e gli Stati membri.

9 luglio 2015

Le «système Lampedusa» incriminé par la Cour Européenne des Droits de l'Homme

LUCA D'AMBROSIO (*)

L'image du corps d'un enfant syrien échoué sur une plage turque a provoqué une onde de choc en Europe. À l'origine de ce choc, la réduction sacrilège de corps humains à la « vie nue ». À de simples corps transportables, traçables, jetables. Et pourtant, une fois qu'ils ont survécu à leurs périples et qu'ils ont touché le sol de l'Europe, ces corps devraient redécouvrir la subjectivité que l'histoire leur a volée. Car, peu importe le vocabulaire utilisé pour les désigner, les corps suppliants qui franchissent nos frontières sont « l'Homme » des déclarations. Ce fut à l'origine le « corps » du prisonnier qui offrit la première matérialisation juridique de l'exigence de protéger la « personne » de toute détention arbitraire : « *Habeas corpus ad subjiciendum et recipiendum* », ordonna le Parlement anglais en 1679 au geôlier afin d'assurer que nul ne soit dépouillé de sa liberté physique sans le contrôle d'un juge. Mais la matrice de la protection de la personne-corps remonte à bien plus loin puisque déjà en 1215 la Grande Charte (art. 39) interdisait tout emprisonnement « sans le jugement des pairs ». Alors que le monde fête les 800 ans de la Grande Charte, la condamnation du gouvernement italien par la CEDH, le 1er septembre 2015 dans l'affaire [*Khlaifia et a. c. Italie*](#), pour les détentions illégales, les traitements inhumains et dégradants et les expulsions collectives des migrants débarqués en 2011 sur l'île de Lampedusa nous rappelle que la liberté physique peut encore être violée en Europe. Au moins lorsqu'il s'agit du corps « des autres », du corps des migrants qui frappent

(*) Collège de France.

à ses frontières.

Moins sanglantes certes, les images qui ressortent de la lecture de cet arrêt ne sont pourtant pas moins poignantes : des milliers de migrants entassés dans le centre d'accueil (« *Centro di soccorso e prima accoglienza*, « CSPA ») de l'île de Lampedusa puis dans des navires amarrés dans le port de Palerme lors des événements du « printemps arabe » de 2011. À l'instar d'autres ressortissants tunisiens fuyant leur pays et interceptés en mer par les garde-côtes italiens, les requérants furent transférés respectivement les 17 et 18 septembre au CSPA de Lampedusa pour recevoir les premiers secours et être ensuite transférés, en raison de leur statut juridique, dans d'autres centres (Centre d'identification et expulsion – « CIE » – ou Centre d'accueil pour les demandeurs d'asile – « CARA »). Les requérants furent en revanche retenus pour trois jours dans le centre d'accueil, surveillés en permanence par les forces de l'ordre et sans contact avec l'extérieur. Suite à une violente révolte éclatée dans le centre, les requérants furent déplacés au parc des sports de Lampedusa pour y passer la nuit. Là, ils échappèrent à la surveillance des forces de l'ordre et entamèrent avec 1800 autres migrants des manifestations de protestation dans l'île. Le lendemain, ils furent embarqués dans des avions à destination de Palerme puis transférés à bord de navires amarrés dans le port de la ville. Regroupés dans les salons des navires en groupes de 150/200 personnes, les requérants passèrent plusieurs nuits à bord des navires toujours sous le contrôle des forces de l'ordre. Respectivement les 27 et 29 septembre, ils furent enfin transportés à l'aéroport de Palerme dans le but d'être rapatriés en Tunisie suite à la notification de décrets de « refoulement avec reconduite à la frontière ».

Les juges européens constatent que cette procédure simplifiée d'éloignement, fondée uniquement sur la nationalité des intéressés et sans aucune référence à leur situation personnelle, revêt un caractère collectif contraire à l'art. 4 du Protocole n° 4. De plus, et dans la mesure où elle ne prévoit pas de moyen de recours effectif, à savoir suspensif en plein droit, cette procédure est considérée également contraire à l'art. 13 de la Convention. L'Italie se voit ainsi pour la troisième fois condamnée pour avoir procédé à des expulsions collectives (suite à [Hirsi Jamaa et al. c. Italie](#), Grande Chambre, 23 février 2012 et [Sharifi et al. c. Italie et Grèce](#), 21 octobre 2014). Mais cette décision a une importance particulière car elle lève le voile sur l'organisation d'un système

de détention illégale des migrants débarqués sur l'île de Lampedusa. Condamné à plusieurs reprises par les organisations gouvernementales ainsi que par les universitaires, ce système constitue le point culminant du processus de progressive négation des droits fondamentaux des migrants qui a caractérisé les politiques migratoires italiennes des dernières années.

La détention illégale des migrants

L'origine du « système Lampedusa » remonte au milieu des années 1990 lorsque les arrivées de migrants sur les côtes italiennes s'intensifient. C'est alors que le centre d'accueil fut ouvert dans la vieille caserne de Contrada Imbriacola : ce centre avait pour but de prodiguer les premiers secours aux migrants qui étaient immédiatement libérés ou transférés dans d'autres centres. Quand la rétention administrative fut introduite dans le droit italien en 1998, le centre de Lampedusa devint pourtant un lieu fonctionnellement ambigu : formellement centre d'accueil, il commença à remplir de temps en temps des fonctions de centre de rétention. Cette pratique se consolide à partir de 2002 à mesure que les autorités italiennes déroutent vers l'île quasiment tous les migrants interceptés dans le Canal de Sicile. Puis elle s'affirme entre 2008 et 2009, en 2011 et en 2013 ([voir Cuttitta, « La 'frontierisation' de Lampedusa, comment construire une frontière », *L'Espace Politique*, 2015-1](#)).

À cet égard, il convient de préciser que la rétention des migrants dans le CSPA de Lampedusa se situe *en dehors* du cadre, critiquable certes mais légal, de la rétention administrative des étrangers en situation irrégulière tracé par la législation nationale (art. 14 D. lgs. 286/1998) ou supranationale (art. 15 Directive 2008/98/CE). En effet, et à la différence d'autres ordres juridiques européens (v. par exemple la réglementation française du « maintien en zone d'attente » prévue par les articles L. 221-1 et ss. du Code de l'entrée et du séjour des étrangers et du droit d'asile), la législation italienne ne précise pas le statut juridique des étrangers *en transit* dans les centres d'accueil. La conséquence est que la pratique d'augmenter de façon démesurée le temps de rétention des migrants dans le CSPA de Lampedusa se heurte tant à l'art. 13 de la Constitution italienne qu'à l'art. 5 de la Convention. C'est précisément au prisme du système de garanties consacrées par ce dernier article – qui a pour but d'assurer que nul ne soit dépouillé de manière arbitraire de sa liberté physique ([Abdolkhani et Karimnia c. Turquie](#), 22 septembre 2009) – que les juges européens analysent dans un premier

temps la situation des requérants.

L'exception soulevée par le gouvernement italien selon lequel les requérants n'auraient été ni arrêtés ni détenus, mais « simplement [secourus] en mer et conduits à l'île de Lampedusa pour les assister et pour leur sûreté physique » oblige la CEDH à évaluer le grief d'abord sous l'angle de la recevabilité. Les requérants étaient-ils effectivement *privés de leur liberté* dans le CSPA de Lampedusa puis dans les navires amarrés dans le port de Palerme ? La Cour rappelle qu'afin de répondre à cette question il est nécessaire « de partir de sa situation concrète et [de] prendre en compte un ensemble de critères propres à son cas particulier comme le genre, la durée, les effets et les modalités d'exécution de la mesure considérée (*Amuur c. France*, 25 juin 1996, § 42 et *Stanev c. Bulgarie*, Grand chambre, 17 janvier 2012, § 115) » (§ 45). Dès lors, la Cour s'appuie sur des éléments contenus dans deux rapports rédigés respectivement par une sous-commission de l'Assemblée parlementaire du Conseil de l'Europe et par une commission extraordinaire du Sénat de la République italienne à la suite notamment de visites d'information réalisées au CSPA de Lampedusa en 2011. Dans son rapport, la sous-commission de l'Assemblée parlementaire avait constaté que « les conditions auxquelles [les migrants] étaient soumis s'apparentaient à une détention et [à] une privation de liberté ». La Commission extraordinaire du Sénat, quant à elle, avait fait état d'une « rétention prolongée », d'une « impossibilité de communiquer avec l'extérieur » et d'un « manque de liberté de mouvement ». Le contenu de ces rapports permet à la Cour de conclure que « le placement des requérants dans le CSPA de Contrada Imbriacola et à bord des navires précités s'analyse comme une « privation de liberté » eu égard aux restrictions imposées aux intéressés par les autorités et nonobstant la nature de la qualification retenue par le droit interne » (§50).

La CEDH passe ainsi à l'analyse du fond des multiples griefs tirés de l'art. 5. Sous l'angle de l'alinéa 1 (droit à la liberté et à la sûreté), elle constate que la privation de liberté des requérants « ne satisfaisait pas au principe général de la sécurité juridique et ne s'accordait pas avec le but de protéger l'individu contre l'arbitraire » (§ 72). Tout en rappelant que l'alinéa f) justifie une privation de liberté par le fait qu'une procédure d'expulsion ou d'extradition est en cours, la Cour souligne que la privation de liberté doit néanmoins être « régulière », autrement dit qu'elle doit avoir une base légale en droit interne. À cet égard, elle pré-

cise que ces termes ne se bornent pas à renvoyer au droit interne : « ils concernent aussi la qualité de la loi ; ils la veulent compatible avec la prééminence du droit, notion inhérente à l'ensemble des articles de la Convention, § 130) » (§65). Or, même à supposer que la rétention des requérants relevât de l'alinéa f) de l'article 5 § 1, dans la mesure où ils avaient irrégulièrement pénétré dans le territoire italien et qu'une procédure fut mise en place pour les identifier et les rapatrier, la privation de liberté litigieuse demeure néanmoins selon la Cour « dépourvue de base légale en droit italien » (§70). Certes, l'article 14 du décret législatif no 286 de 1998 prévoit la rétention des étrangers qu'il est nécessaire de secourir ou pour lesquels on doit effectuer des contrôles supplémentaires d'identité ou attendre des documents de voyage et la disponibilité d'un transporteur. Toutefois – relève la Cour – « tel n'était pas le cas en l'espèce ». En effet, « les étrangers auxquels une telle rétention est applicable sont placés dans un CIE par une décision administrative soumise au contrôle du juge de paix. Les requérants ont au contraire été placés de fait dans un CSPA et aucune décision formelle de placement en rétention n'a été adoptée à leur encontre » (§69).

La CEDH constate qu'en l'espèce il y a eu également violation de l'art. 5 § 2. Cet article énonce « un principe élémentaire » : toute personne arrêtée doit connaître « dans le plus court délai » les raisons juridiques et factuelles de sa privation de liberté, afin qu'elle puisse en discuter la légalité devant un tribunal (*Van der Leer c. Pays-Bas*, 21 février 1990, § 28 et *L.M. c. Slovénie*, 12 juin 2014, §§ 142-143). Sur ce point, la Cour note que « les décrets de refoulement [...] se limitaient à affirmer que les intéressés étaient « entré [s] sur le territoire de l'État en se soustrayant aux contrôles de frontière » et que leur refoulement avait été ordonné. Ils ne contenaient aucune mention de la rétention dont les requérants avaient fait l'objet » (§84). De surcroît, « lesdits décrets auraient été remis aux requérants le 27 ou le 29 septembre 2011 selon les cas, alors qu'ils avaient été placés dans le CSPA les 17 et 18 septembre. Dès lors, non seulement l'information fournie était incomplète et insuffisante au regard de l'article 5 § 2, mais elle n'a pas non plus été fournie « dans le plus court délai » (§84). Un tel constat induit alors celui de la violation de l'art. 5 § 4 (droit de faire statuer à bref délai sur la légalité de sa détention). Dans la mesure où ils n'avaient reçu aucune décision justifiant leur privation de liberté, les requérants n'avaient eu à aucun moment la possibilité d'introduire un re-

cours pour faire contrôler le respect des exigences de procédure et de fond nécessaires à la « légalité » de leur privation de liberté (§96).

En conclusion, la Cour estime à l'unanimité que le placement des migrants dans le CSPA puis dans les navires constitue une violation de l'ensemble de garanties reconnues par l'art. 5. Mais les juges strasbourgeois vont plus loin et examinent dans un deuxième temps les conditions de la rétention des requérants au prisme de l'art. 3 de la Convention.

Des conditions de détention inhumaines et dégradantes

Le choix de remplir de façon invraisemblable le centre d'accueil de Lampedusa bien au-delà de sa capacité normale (381 places) et de sa capacité maximale en cas de nécessité (804 places) est un élément central du fonctionnement du « système Lampedusa ». Il contribue à la construction de « crises » et à la gestion du phénomène migratoire en termes de sécurité et urgence. La corrélation temporelle entre les « crises » qui se sont succédées à Lampedusa en 2009 et en 2011 et l'introduction de mesures répressives en matière d'immigration est d'ailleurs frappante. En mai 2009 les patrouilles italo-libyennes commencent à intercepter et à refouler les bateaux de migrants dans les eaux internationales ; en juillet 2009 le délit d'entrée et de séjour irréguliers est introduit dans le Code pénal et la durée maximale de la rétention administrative est portée de 60 à 180 jours. En 2011 la durée maximale de la rétention administrative est ultérieurement augmentée à 18 mois ! Comme le souligne Paolo Cuttitta dans son étude sur la « frontierité » de l'île, « si Lampedusa avait toujours et seulement été un lieu de transit bien organisé ; si les migrants y avaient toujours été accueillis avec dignité puis transférés ailleurs, [...] le caractère problématique et urgent du phénomène aurait été absorbé par une réalité locale réglée et bien ordonnée ». Le CSPA de Lampedusa est en revanche régulièrement surpeuplé : en janvier 2009, on y compte presque 2000 migrants. En mars 2011, on y compte 6200 migrants, à savoir plus que les habitants de l'île....

À l'époque des faits allégués par les requérants – nous sommes en septembre 2011 – le CSPA de Lampedusa hébergeait plus de 1200 personnes. Faute de place dans les chambres, les migrants étaient contraints de dormir à l'extérieur, directement au contact du béton à cause de la puanteur émanant des matelas. Le CSPA ne disposait pas de cantine et les sanitaires étaient surchargés et souvent impraticables. Les requérants affirment éga-

lement avoir enduré des souffrances psychologiques en raison de l'absence d'informations quant à leur statut juridique, la durée de leur rétention et l'impossibilité de communiquer à l'extérieur du centre. Quant à leur rétention à bord des navires amarrés au port de Palerme, les requérants affirment « qu'ils étaient placés à l'intérieur d'un salon surpeuplé, qu'ils n'avaient pas eu un accès adapté aux sanitaires, que les repas étaient distribués en jetant la nourriture par terre, qu'ils ne pouvaient sortir à l'air libre que quelques minutes par jour, qu'ils n'ont reçu aucune information ou explication pertinente et que les forces de l'ordre en venaient parfois à les maltraiter ou à les insulter » (§109). Le Gouvernement, quant à lui, affirme que l'arrivée massive de migrants nord-africains en 2011 avait créé une situation d'urgence humanitaire et qu'il était néanmoins intervenu sur le plan factuel et législatif pour coordonner et mettre en œuvre toute mesure nécessaire au secours et à l'assistance des migrants. Il objecte enfin que les allégations des requérants concernant les mauvais traitements prétendument administrés par la police ne se fondent sur aucun élément de preuve, tel que des certificats médicaux (§116).

La CEDH reconnaît la « situation exceptionnelle » à laquelle l'Italie a dû faire face en 2011 : à la date du 21 septembre 2011, lorsque les requérants se trouvaient sur l'île, 55.298 personnes y étaient arrivées par la mer. À cette situation générale, se sont ajoutés les problèmes spécifiques après l'arrivée des requérants, c'est-à-dire la violente révolte qui a ravagé le CSPA de Lampedusa et les manifestations dans les rues de l'île. Face à cette situation exceptionnelle et problématique, la Cour affirme être consciente « de la multitude d'obligations qui pesaient sur les autorités italiennes, contraintes de prendre des mesures pour garantir, à la fois, le sauvetage en mer, la santé et l'accueil des migrants et le maintien de l'ordre public sur une île habitée par une communauté de population restreinte » (§127). Cependant, ces facteurs ne peuvent pas « exonérer l'État défendeur de son obligation de garantir que toute personne qui, comme les requérants, vient à être privée de sa liberté puisse jouir de conditions compatibles avec le respect de sa dignité humaine ». À cet égard, la Cour rappelle tout d'abord que l'interdiction des traitements inhumains et dégradants est libellée en termes absolus dans la Convention et doit être considérée « comme l'une des clauses primordiales de la Convention consacrant l'une des valeurs fondamentales des sociétés démocratiques qui forment les Conseil

de l'Europe (*Soering c. Royaume-Uni*, 7 juillet 1989, § 88) » (§ 128).

Après avoir cité les principes généraux applicables en la matière – concernant notamment les conditions pour que des mauvais traitements (seuil minimum de gravité, but d'humilier et de rabaisser l'intéressé) ou le placement en détention (temps, manque d'espace, etc.) soient respectivement considérés comme inhumains et dégradants – la Cour passe à l'examen de la situation litigieuse analysant séparément les conditions de rétention des requérants dans le CSPA de Lampedusa et à bord des navires amarrées dans le Port de Palerme.

La Cour exclut que les conditions de rétention des requérants sur les navires aient été contraires à l'art. 3. La Cour considère les allégations des requérants comme partiellement démenties par le contenu de l'ordonnance du GIP de Palerme qui avait confirmé le classement sans suite des poursuites ouvertes contre X pour les traitements subis par les migrants à bord des navires. Cette ordonnance renvoie à la note d'une agence de Presse se référant à des déclarations rendues par un « membre du Parlement italien » après visite des navires. Selon ledit récit, sur lequel on se serait attendu en peu plus de circonspection de la part de la Cour s'agissant de déclarations de « troisième main », « les migrants étaient en bonne santé, étaient assistés par le personnel sanitaire et dormaient dans des cabines dotées de linge ou sur des fauteuils convertibles. De plus, ils avaient accès à des lieux de prière, la nourriture était adéquate et des vêtements avaient été mis à leur disposition. Les navires étaient équipés d'eau chaude et d'électricité, et des repas et boissons chaudes pouvaient être distribués » (§139). Quant au sentiment d'inquiétude et d'agitation découlant de l'absence d'informations ou d'explications pertinentes de la part des autorités, la Cour en admet l'existence mais elle exclut qu'elles soient de nature à atteindre le seuil minimum de gravité requis pour qu'un traitement puisse tomber sous le coup de l'article 3 de la Convention.

En revanche, la Cour considère que les conditions de rétention des requérants dans le centre d'accueil de Lampedusa étaient contraires à l'art. 3. Les conditions déplorable alléguées par les requérants notamment en termes de surpeuplement et d'hygiène sont confirmées par les institutions et les organisations qui s'étaient rendues sur les lieux et qui avaient fait état « de conditions de [détention] déplorable avec un surpeuplement important, une insalubrité générale, des odeurs et des sanitaires inu-

tilisables » (§131). À ce propos, la Cour admet d'une part « que les requérants n'ont séjourné au CSPA que pour une courte durée, de sorte que le manque allégué de contact avec le monde extérieur ne pouvait pas avoir de conséquences graves pour la situation personnelle des intéressés ». À la différence des juges Sajó et Vučinić qui ont signé une opinion dissidente sur ce point, la Cour ne considère pas la courte durée de la rétention comme un obstacle à la configuration d'un traitement inhumain et dégradant car « les requérants, qui venaient d'affronter un voyage dangereux en mer, se trouvaient dans une situation de vulnérabilité ». Dès lors, la Cour conclut à la majorité que la rétention des requérants « dans des conditions portant atteinte à leur dignité humaine s'analyse en un traitement dégradant contraire à l'article 3 » (§ 135). Dans la mesure où il ne s'offrait aux requérants aucune voie de recours pour dénoncer de tels traitements, la Cour considère qu'il y a eu en l'espèce également violation de l'art. 13.

La responsabilité du gouvernement italien engagée par la décision *Khlaifia* permet d'affirmer que la honteuse expérience du « système Lampedusa » est définitivement terminée. Mais, sachant que tout procédé criminel vise tendanciellement à faire disparaître les traces de ses méfaits, la responsabilité de l'État ne doit pas permettre de masquer la responsabilité des dirigeants politiques et administratifs qui ont organisé ce système et qui ne pouvaient pas ignorer qu'à Lampedusa des milliers de migrants étaient privés de leur liberté en dehors des limites établies par le droit national et international (v. [la plainte pour enlèvement et séquestration déposée devant le Procureur de la République d'Agrigente](#)). Alors qu'on discute aujourd'hui de la pertinence d'ouvrir des « hotspots » afin de « trier » les migrants en marche vers l'Europe, la punition des violences qui ont été commises contre les personnes détenues illégalement à Lampedusa pourrait sans doute contribuer à éviter qu'une telle erreur de l'histoire ne se reproduise demain dans une autre frontière de l'Europe. Une perspective que le vent de « guerre contre les migrants » qui s'est déplacé, au moment de l'écriture de ce billet, vers l'Europe de l'Est ne permet pas d'écarter.

17 settembre 2015

La sentenza Celaj della Corte di Lussemburgo e la detenzione degli stranieri irregolari: un passo indietro?

DANIELA VITIELLO (*)

La sentenza della Corte di giustizia UE nel caso [Skerdjan Celaj](#) (1° ottobre 2015, in causa C-290/14) completa il quadro delle pronunce rese in via pregiudiziale dai giudici di Lussemburgo in relazione alla questione dei limiti imposti dal diritto dell'Unione al ricorso alla pena detentiva nell'ambito delle procedure nazionali di rimpatrio degli stranieri irregolari.

Nel [provvedimento di rinvio](#) del 22 maggio 2014, il Tribunale di Firenze aveva sollevato la questione della compatibilità con la [direttiva 2008/115/CE](#) (“direttiva rimpatri”) di una normativa nazionale che preveda la pena della reclusione per un cittadino di un paese terzo che, colpito da una decisione di rimpatrio accompagnata da un divieto di ingresso, rientri nel territorio dello Stato, trasgredendo siffatto divieto. Imputato nel procedimento principale era un cittadino albanese, il sig. Celaj, che, dopo essere entrato clandestinamente in Italia, era stato arrestato e condannato per furto e, quindi, raggiunto da un decreto espulsivo, corredato da un ordine questorile di accompagnamento alla frontiera e da un divieto di reingresso per la durata di tre anni. Nonostante il rischio di fuga, l'accompagnamento coattivo alla frontiera non aveva avuto luogo e l'interessato, cui pure era stato intimato di lasciare tempestivamente il territorio italiano, aveva protratto il suo soggiorno illegale per alcuni mesi, finché aveva spontaneamente lasciato l'Italia. Al suo rientro in Italia, avvenu-

* Università degli Studi di Roma Tre.

to circa due anni e mezzo dopo, era stato immediatamente identificato e arrestato per reingresso non autorizzato. Quindi, nell'ambito del procedimento penale dinanzi al giudice fiorentino, il p.m. ne aveva chiesto la condanna alla pena della reclusione per il reato di cui all'art. 13, co. 13, del [d.lgs. 286/1998](#) ("TU immigrazione"), mentre il difensore ne aveva chiesto l'assoluzione perché la direttiva rimpatri avrebbe determinato effetti assimilabili all'*abolitio criminis* del reato di indebito reingresso, con conseguente necessità di dichiarare che il fatto ascritto al sig. Celaj non fosse più previsto dalla legge come reato.

Il dubbio interpretativo del Tribunale di Firenze era più che legittimo, alla luce del filone giurisprudenziale di Lussemburgo inaugurato nel 2011 con la sentenza [El Dridi](#). A partire da quella decisione, infatti, la Corte di giustizia ha iniziato a "picconare" l'articolato impianto sanzionatorio previsto dalla disciplina italiana in materia di espulsione degli stranieri a mezzo del potente "strumento" dell'effetto utile. Con le successive sentenze [Achu-ghbajian](#), [Sagor](#) e [Filev e Osmani](#), la Corte ha precisato i confini ermeneutici della direttiva rimpatri, finendo per ridimensionare ulteriormente la funzione svolta dalle misure coercitive nell'ambito della procedura di rimpatrio. Muovendo da queste premesse, la sentenza *Celaj* potrebbe apparire come una brusca frenata. Ma è realmente così? Per scoprirlo, ancor prima di procedere alla disamina delle questioni pregiudiziali sollevate dal giudice remittente, delle proposte dell'Avvocato generale e delle argomentazioni della Corte di giustizia nella decisione del caso *Celaj*, è utile ripercorrere i tratti salienti di tale giurisprudenza e dare conto di come essa abbia condotto a un (parziale) ripensamento dell'impianto penale del TU immigrazione.

La giurisprudenza di Lussemburgo sulla direttiva rimpatri

Nella sentenza *El Dridi*, la norma chiamata in causa nel procedimento principale era quella di cui all'art. 14, co. 5-ter, del TU immigrazione, che sanzionava con la pena della reclusione l'inottemperanza all'ordine di allontanamento da parte dello straniero irregolare. Come si ricorderà, l'Italia non aveva all'epoca recepito la direttiva rimpatri, pur essendo i termini scaduti. Nondimeno, la Corte dichiarò che i suoi artt. 15 e 16 (sulle condizioni e le modalità del trattenimento) avessero efficacia diretta e ostassero a una normativa nazionale che sanzionava con la reclusione la permanenza ingiustificata di un cittadino di un paese terzo, oggetto di un ordine di allontanamento, nel territorio dello Stato membro. Infatti, l'esercizio statale della potestà san-

zionatoria di tipo penale nel contrasto all'immigrazione irregolare poteva dirsi legittimo nella misura in cui non ritardasse o impedisse l'esecuzione del rimpatrio, che, a norma dell'art. 3, punto 5, della direttiva in parola, è definito come «il trasporto fisico [dell'interessato] fuori dallo Stato membro». Quindi, richiamandosi anche alla giurisprudenza della Corte EDU (v. [Saadi c. Regno Unito](#)), la Corte di giustizia dichiarò che la fissazione di un termine massimo per il trattenimento avesse lo scopo di limitare la durata della privazione della libertà dei cittadini di paesi terzi, oggetto di una procedura di rimpatrio coatto, al tempo strettamente necessario all'esecuzione materiale dello stesso (sent. *El Dridi*, punto 43; in argomento, [Gallo](#)).

Nella successiva pronuncia *Achughbaban*, la Grande sezione della Corte di giustizia è ritornata sulla nozione di “misure coercitive” (ex art. 8, par. 4, della direttiva), escludendo che l'irrogazione della pena detentiva, nel corso della procedura di rimpatrio, possa essere ricondotta nell'alveo operativo di siffatta nozione (ivi, punto 37). Ha poi chiarito la portata della norma di cui all'art. 2, par. 2, lett. b), che consente di escludere dall'ambito applicativo della direttiva le fattispecie criminose la cui disciplina nazionale contempli l'allontanamento come sanzione penale, negando la legittimità del ricorso a tale eccezione nei casi in cui l'unica infrazione contestata allo straniero sia quella di ingresso e soggiorno irregolare (ivi, punto 41). Infine, ha precisato quanto affermato nella sentenza *El Dridi* in relazione alla incompatibilità con il diritto dell'Unione di una normativa nazionale che sanziona con la reclusione la permanenza ingiustificata dello straniero nel territorio dello Stato. Tale argomento, infatti, era stato richiamato, con finalità evidentemente opposte, tanto dai governi che avevano presentato osservazioni dinanzi alla Corte, quanto dal ricorrente nella causa principale (ivi, punti 47 e 23). Sul punto la Corte ha argomentato che, nonostante la legislazione penale rientri, in linea di principio, nella competenza degli Stati membri, il diritto dell'Unione incide su tale ambito e gli Stati membri sono tenuti a esercitare la loro competenza senza comprometterne gli obiettivi. Di conseguenza, non ha escluso la compatibilità con la direttiva di una normativa nazionale che consenta la reclusione dello straniero che protragga il proprio soggiorno irregolare nello Stato membro senza un giustificato motivo preclusivo del rimpatrio, ma a condizione che gli sia stata correttamente applicata la procedura di rimpatrio prevista dalla direttiva, senza riuscire a realizzare l'obiettivo

dell'allontanamento. Nel caso *Sagor*, le argomentazioni sviluppate nella giurisprudenza *El Dridi* e *Achughbabian* sono servite alla Corte per precisare che l'art. 8 della direttiva non osta a una normativa nazionale che sanzioni il soggiorno irregolare degli stranieri con una pena pecuniaria sostituibile con la pena dell'espulsione, mentre sarebbe in contrasto con tale articolo un obbligo di permanenza domiciliare non corredato dalla previsione di cessazione dell'esecuzione della pena allorquando si renda possibile il rimpatrio.

Infine, nella sentenza *Filev e Osmani*, la Corte ha apportato un primo chiarimento in ordine alla nozione di "divieto di ingresso", di cui all'art. 3, punto 6, della direttiva. Ai sensi del successivo art. 11, gli unici casi in cui gli Stati membri hanno l'obbligo di porre fine al soggiorno irregolare, disponendo il rimpatrio con divieto di ingresso, sono quelli in cui non sia stato concesso allo straniero un periodo per la partenza volontaria (nelle ipotesi previste dall'art. 7, par. 4, della direttiva) ovvero lo straniero non abbia ottemperato all'obbligo di rimpatrio. Negli altri casi, gli Stati godono della facoltà di accompagnare la decisione di rimpatrio a un divieto di ingresso, la cui durata ordinaria non può comunque superare i cinque anni (art. 11, par. 2). La legge tedesca in materia di soggiorno, lavoro e integrazione degli stranieri nel territorio federale prevedeva, invece, un divieto di ingresso illimitato. Neppure in seguito al recepimento (tardivo) della direttiva rimpatri, peraltro, era stato introdotto un limite temporale per gli effetti del divieto di ingresso; anzi, si era tentato di "aggirare" l'art. 11, par. 2, mediante la previsione della facoltà, per lo straniero di presentare una domanda per ottenere tale limitazione. Investita della questione, la Corte ha avuto gioco facile nell'escludere la compatibilità con l'art. 11, par. 2, della direttiva rimpatri di una normativa nazionale che subordini la limitazione della durata del divieto d'ingresso alla presentazione, da parte dell'interessato, di una domanda volta a beneficiarne. Inoltre, ha ritenuto in contrasto con il diritto UE una normativa nazionale che sanzioni penalmente la violazione del divieto di ingresso emesso oltre cinque anni prima della data del reingresso; ferma restando, naturalmente, l'eccezione dell'ordine pubblico e della sicurezza nazionale (ivi, punto 57).

Gli effetti nell'ordinamento giuridico italiano

Questa giurisprudenza ha prodotto effetti extraprocessuali non trascurabili sulla "fisionomia" del TU immigrazione. A seguito della sentenza *El Dridi*, il giudice italiano ha proceduto alla

disapplicazione della normativa nazionale in contrasto con il diritto dell'Unione nei procedimenti pendenti, in sede di ricorso in ultima istanza avverso la sentenza di condanna *ex art. 14, co. 5-ter*, del TU immigrazione, nonché all'atto di esecuzione dell'ordine di espulsione emesso sulla base del titolo legittimante di cui al summenzionato articolo (v. *inter alia*, Consiglio di Stato, [sent. n. 8/2011](#); Cass., I sez. pen., [sent. n. 22105/2011](#); Cass., IV sez. civ., [ord. n. 18481/2011](#)). Inoltre, ben prima della sentenza *Filev e Osmani*, la Corte di Cassazione aveva disapplicato l'art. 13, co. 13, del d.lgs. 286/1998 nella parte della disposizione che stabiliva la durata dell'interdizione al reingresso in dieci anni, in contrasto con la previsione della direttiva rimpatri (così, Cass., I sez. pen., sent. n. 8181/2011; Cass., I sez. pen., [sent. n. 12220/2012](#); Cass., I sez. pen., sent. n. 14276/2012; Cass. I sez. pen., sent. n. 94/2012).

Anche il legislatore è intervenuto con il [d.l. 89/2011](#), convertito in [l. 129/2011](#), che ha adeguato la normativa interna alla giurisprudenza *El Dridi*, ma non ha operato una ristrutturazione sostanziale della previgente disciplina espulsiva. La riforma ha lasciato impregiudicate alcune disposizioni invero criticabili della normativa precedente, a testimonianza della refrattarietà del legislatore ad abbandonare la logica punitiva della condizione personale di irregolarità dello straniero, pur in assenza di fatti materiali lesivi di beni meritevoli di tutela penale. Ne sono esempi la possibilità di prorogare il periodo di trattenimento dello straniero fino a diciotto mesi e la concessione di un termine per la partenza volontaria solo su richiesta dell'interessato. Restano in piedi, inoltre, la previsione dell'espulsione come sanzione penale e il reato di ingresso e soggiorno illegale che, pur depenalizzato con [l. 67/2014](#), continuerà ad avere rilevanza penale fintantoché il governo, in ossequio alla suddetta legge, non avrà adottato il decreto delegato volto a disciplinare in dettaglio la fattispecie (così, Cass., I sez. pen., [sent. n. 996/2014](#)).

Quanto al delitto di indebito reingresso, chiarita la disciplina nei casi in cui la condotta sanzionata fosse stata commessa cinque anni dopo l'esecuzione materiale del rimpatrio, rimaneva irrisolta la questione della rilevanza penale della condotta *de qua* nelle ipotesi di illecito reingresso avvenute entro il termine dei cinque anni dal rimpatrio. Sul punto, l'orientamento prevalente della giurisprudenza di legittimità era quello della persistente rilevanza penale della condotta (così, Cass., I sez. pen., sent. n. 12750/2012; Cass., I sez. pen., sent. n. 17544/2012; Cass., I sez.

pen., sent. n. 35871/2012; Cass., I sez. pen., [sent. n. 7912/2013](#)), mentre alcune pronunzie di merito avevano dichiarato l'illegittimità della detenzione, per contrasto con la direttiva rimpatri, anche in tali ipotesi (così, [Trib. Roma, sent. 9 maggio 2011, Giud. Di Nicola](#); Trib. Bolzano, sent. n. 829/2011) e non erano mancati approcci "creativi", non basati sulla disapplicazione della norma incriminatrice, ma della disposizione di cui all'art. 16, co. 3, TU immigrazione, che esclude la sanzione sostitutiva dell'espulsione in relazione al reato *de quo* (v. Tribunale di Torino, [sent. del 7 aprile 2014, Giud. Natale](#)).

La Cassazione e il giudice a quo sul delitto di illecito reingresso

L'argomentazione fatta propria dalla Cassazione si basava sulle differenze logico-concettuali e strutturali tra il delitto di inottemperanza all'ordine di espulsione (oggetto del rinvio nel caso *El Dridi*) e quello di indebito reingresso (di cui all'art. 13, co. 13, TU immigrazione). Secondo la Suprema Corte, la direttiva rimpatri avrebbe fondato una distinzione tra varie "categorie" di irregolarità, distinzione tale da giustificare un differente trattamento dello straniero in funzione della sua condotta e della sua collaborazione alla finalizzazione del rimpatrio. Di conseguenza, sarebbe stata perfettamente legittima la scelta del legislatore nazionale di configurare il delitto di indebito reingresso dello straniero (già oggetto di una misura di rimpatrio immediato o di un disatteso ordine di allontanamento) come reato punito con la pena della reclusione, in funzione inibitoria della reiterazione della condotta vietata. Inoltre, aveva ritenuto che la giurisprudenza *El Dridi* non potesse comportare la disapplicazione di una norma incriminatrice diversa da quella oggetto del rinvio pregiudiziale in quel caso di specie.

Tale posizione è stata criticata non solo in punto di diritto, ma anche in ordine alla procedura – non avendo la Suprema Corte, in qualità di giudice di ultima istanza, rimesso la questione di interpretazione alla Corte di giustizia, pur in presenza di una giurisprudenza di merito non univoca e in assenza di un "atto chiaro" (così [Favilli](#) e [Maserà](#)).

Di fronte al contrasto tra l'orientamento della suprema giurisdizione di legittimità e l'indirizzo interpretativo di parte della giurisprudenza di merito, il Tribunale di Firenze aveva rinviato la questione relativa al caso *Celaj* al "giudice naturale" del diritto dell'Unione. Nel farlo, però, non aveva mancato di prendere posizione, sintetizzando le principali critiche mosse

all'orientamento della Cassazione. Esse ruotano attorno alla constatazione che la pena detentiva prevista nell'ordinamento italiano per il reato di illecito reingresso frappone, di fatto, un ostacolo al raggiungimento dell'obiettivo della direttiva rimpatri. Il Tribunale di Firenze aveva sostenuto che, ponendosi in quest'ottica, apparisse «del tutto inconferente il giudizio di valore sulla diversità concettuale e strutturale delle situazioni in cui può venirsi a trovare il cittadino straniero a seconda che la sua presenza sul territorio nazionale derivi da un ingresso irregolare o da un reingresso irregolare a seguito di un precedente provvedimento di rimpatrio». Aveva, altresì, ricordato che le sentenze interpretative rese dalla Corte di giustizia non riguardano il diritto nazionale ma quello europeo. Di conseguenza, l'impatto della giurisprudenza *El Dridi* nell'ordinamento giuridico interno non poteva essere circoscritto *sic et simpliciter* alla disapplicazione della norma incriminatrice di cui all'art. 14, co. 5-ter, del TU immigrazione, spettando al giudice nazionale disapplicare qualsiasi disposizione del diritto interno in contrasto con la direttiva rimpatri, così come interpretata dai giudici di Lussemburgo.

E, invero, non può certo negarsi che i principi ermeneutici dettati dalla Corte di giustizia nel caso *El Dridi*, poi confermati nella giurisprudenza successiva, abbiano inciso complessivamente sull'originaria impostazione punitiva della procedura italiana di espulsione degli stranieri irregolari. Anche perché, l'ampio utilizzo della sanzione penale della carcerazione, che l'ha caratterizzata soprattutto in seguito all'adozione della [1. 94/2009](#) (“pacchetto sicurezza”), strideva fortemente con la *ratio* sottesa alla disciplina europea del rimpatrio degli stranieri irregolari. A conferma di ciò, l'incongruenza tra l'impianto normativo della direttiva rimpatri e quello del TU immigrazione è stata sollevata, tanto nel caso *El Dridi* quanto in *Celaj*, proprio in relazione a fattispecie in cui era in discussione la legittimità del ricorso alla privazione della libertà personale dello straniero, che nella direttiva è relegato a ipotesi di *extrema ratio*, mentre nel TU immigrazione ha a lungo rappresentato lo strumento ordinario di sanzione dell'indebito ingresso e soggiorno dello straniero nel territorio dello Stato.

Le conclusioni dell'Avvocato generale e la decisione della Corte in Celaj

Le [conclusioni dell'Avvocato generale Spuznar](#), presentate il 28 aprile 2015, avevano fatto presagire che anche l'ultimo vessillo del tradizionale approccio punitivo, adottato dall'Italia in

materia di immigrazione irregolare, potesse essere abbattuto. L'*incipit* delle conclusioni recitava, infatti, la seguente massima, contenuta in un'[opinione congiunta parzialmente dissenziente](#) alla sentenza *Saadi c. Regno Unito* della Corte EDU: «Is it a crime to be a foreigner? We do not think so».

L'argomentazione sviluppata dall'Avvocato generale si snodava attorno alle tesi già formulate dal giudice *a quo*. In particolare, Spuznar non condivideva l'impostazione della Cassazione italiana, secondo la quale la direttiva rimpatri avrebbe fondato una distinzione tra varie "categorie" di irregolarità, sostenendo al contrario che il diritto dell'Unione si limitasse a riavvicinare le discipline nazionali in materia di rimpatrio dei cittadini di paesi terzi il cui soggiorno fosse irregolare a norma dell'art. 3, punto 2, della direttiva rimpatri, senza velleità di istituire regole comuni in materia d'interdizione dell'ingresso irregolare degli stranieri (ivi, punti 50-57). Peraltro, aveva ritenuto che l'effetto deterrente, che molte legislazioni nazionali imprimono alla disciplina dell'immigrazione clandestina, non risultasse pregiudicato da siffatta interpretazione della direttiva rimpatri, essendo «la direttiva stessa a fornire agli Stati membri gli strumenti per dissuadere i cittadini di paesi terzi dal fare nuovamente ingresso nel loro territorio irregolarmente» (ivi, punto 58). Muovendo da queste premesse, aveva concluso che «[d]a qualunque prospettiva la si esamini, la reclusione di una persona ne ritarda [...] il futuro rimpatrio» e dovrebbe pertanto essere prevista soltanto per i reati non connessi all'irregolarità del soggiorno ovvero nei casi espressamente disciplinati dalla direttiva (ivi, punto 60).

Le conclusioni dell'Avvocato generale, tuttavia, non sono riuscite a quadrare il cerchio, in quanto non hanno saputo offrire un'interpretazione coerente della giurisprudenza di Lussemburgo secondo cui la direttiva rimpatri non osta alla reclusione dello straniero irregolare che, al termine della procedura di rimpatrio, continui a soggiornare illegalmente nel territorio dello Stato senza giustificato motivo (v. sent. *Achughbavian*).

Non deve, quindi, troppo stupire che, contrariamente agli auspici dell'Avvocato generale *Spuznar*, la Corte di giustizia, con la sentenza *Celaj*, si sia ben guardata dallo sferrare l'ultima "picconata" alla disciplina dettata dal TU immigrazione. Argomentando in maniera coerente con quest'ultimo principio ed estendendone la portata all'ipotesi di reingresso, la Corte ha dichiarato che «la direttiva 2008/115 non preclude la facoltà per gli Stati membri di prevedere sanzioni penali a carico dei cittadini di pae-

si terzi, il cui soggiorno sia irregolare, per i quali l'applicazione della procedura istituita da tale direttiva ha condotto al rimpatrio e che entrano nuovamente nel territorio di uno Stato membro trasgredendo un divieto di ingresso» (ivi, punto 30). Ha aggiunto, però, che, nei casi in cui la fattispecie ricada nell'ambito di applicazione della direttiva, tale facoltà debba essere esercitata in conformità all'art. 11 della stessa, nonché nel rispetto dei vincoli che discendono dalla tutela dei diritti fondamentali (in particolare di quelli garantiti nella [CEDU](#) e nella [Convenzione di Ginevra sullo status di rifugiato](#), di cui la Corte si è occupata anche nel caso [Mehmet Arslan](#)), dai principi di proporzionalità, di leale cooperazione e dell'effetto utile, e, in ultima analisi, dalla necessità di costruire una politica *realmente* europea dell'immigrazione.

L'enfasi posta su quest'ultimo aspetto è interessante, proprio perché la direttiva rimpatri è stata correttamente etichettata come un tentativo fallito di armonizzare l'espulsione degli stranieri; e ciò soprattutto (ma non solo) in ragione della lacuna relativa alla disciplina della fase per così dire "patologica" del rapporto tra lo Stato e lo straniero irregolare, quella che si apre allorché lo Stato membro abbia già adottato, senza successo, tutte le misure previste dalla direttiva per conseguire il rimpatrio (v. [Favilli](#)). In particolare, l'argomentazione della Corte è interessante nella misura in cui valorizza la differenza – contestata dal giudice *a quo* – tra le circostanze di cui al procedimento principale nel caso *Celaj* e quelle oggetto delle cause concluse con le sentenze *El Dridi* e *Achughbavian* («nelle quali i detti cittadini di paesi terzi, il cui soggiorno era irregolare, erano oggetto di un primo procedimento di rimpatrio nello Stato», ivi, punto 28), ma chiarisce che tale *distinguo* non può essere operato nell'ottica del diritto nazionale. Esso va, bensì, ricondotto alla funzione deterrente che l'art. 11 della direttiva rimpatri svolge all'interno del diritto dell'Unione, che emerge chiaramente da una lettura sistematica delle disposizioni della direttiva stessa.

In primo luogo, la decisione di rimpatrio è informata al *favor* per la partenza volontaria e circondata da alcune garanzie che ne rendono l'esecuzione un'operazione complessa (v. *inter alia*, il considerando n. 8 del preambolo e gli artt. 5, 9 e 13 della direttiva rimpatri). Quindi, in caso di mancata collaborazione dello straniero, il ricorso agli strumenti coercitivi è ispirato al criterio della gradualità delle forme di coercizione, che devono risultare proporzionali e strettamente finalizzate all'obiettivo del rimpatrio.

trio. Infine, il divieto di reingresso di cui all'art. 11 funge da strumento di sanzione della violazione di un ordine dell'autorità amministrativa, con effetto deterrente rispetto a un nuovo tentativo di ingresso irregolare e incentivante rispetto alla partenza volontaria. Tale lettura è corroborata dal considerare n. 14 del preambolo, in base al quale il divieto di ingresso dovrebbe esplicare i propri effetti su tutto il territorio dell'Unione e la pregressa condotta dello straniero irregolare dovrebbe rilevare nel determinarne la durata.

Questa impostazione trova conferma nelle conclusioni della sentenza *Celaj*, cui la Corte perviene attraverso un *iter* argomentativo in cui trovano spazio tutti gli assunti fondamentali della sua precedente giurisprudenza in materia.

La Corte muove dalla consueta premessa in base alla quale la direttiva non persegue l'integrale armonizzazione delle norme nazionali sul soggiorno degli stranieri, né delegittima «in linea di principio» l'esercizio della potestà sanzionatoria di tipo penale da parte degli Stati membri, con finalità di contenimento e deterrenza dell'immigrazione irregolare (ivi, punto 20). Aggiunge che siffatto esercizio non può intralciare il perseguimento del fine della direttiva, la cui attuazione, ai sensi dei considerando n. 1 e n. 4, letti alla luce dell'art. 79 TFUE, è parte integrante dello sviluppo «di una politica comune [europea] dell'immigrazione intesa ad assicurare, in particolare, la prevenzione e il contrasto rafforzato dell'immigrazione illegale» (ivi, punto 23). Ne deduce che la previsione della possibilità (o talvolta dell'obbligo) di corredare le decisioni di rimpatrio di un divieto di ingresso – a norma dell'art. 11, par. 1, della direttiva – non sia un *blank check* alla discrezionalità statale, ma uno strumento diretto «a conferire una dimensione europea agli effetti delle misure nazionali di rimpatrio» (ivi, punto 24). Per questa ragione, la diversità concettuale e strutturale delle fattispecie di inottemperanza all'ordine di rimpatrio e di indebito reingresso non può essere apprezzata nell'ottica del diritto interno, come proposto dalla Cassazione, ma deve essere valutata in base al diritto dell'Unione, nel cui ambito tale diversità incide meramente sulle modalità del rimpatrio, ma non ne preclude, in alcun caso, la finalizzazione. Peraltro, essa non può neppure essere liquidata come “inconferente” – richiamando la tesi del giudice remittente – senza una previa ricognizione della funzione svolta dal divieto di ingresso nell'articolato della direttiva rimpatri.

In ultima analisi, il margine di discrezionalità che la direttiva

riserva agli Stati membri risulta limitato in maniera duplice: in primo luogo, dall'obbligo di risultato di portare a compimento il rimpatrio dello straniero irregolare (obiettivo la cui realizzazione costituisce la cartina di tornasole dell'appropriatezza del ricorso alla sanzione penale della reclusione negli ordinamenti interni); in secondo luogo, dall'obbligo di garantire a qualsiasi straniero irregolare, perfino allorché legittimamente escluso dall'ambito di applicazione della direttiva (ai sensi del suo art. 2, par. 2, lett. a)), un trattamento minimo non meno garantista di quello previsto dalla direttiva stessa in relazione al ricorso a misure coercitive, al rinvio dell'allontanamento, alle condizioni di trattenimento, all'accesso all'assistenza sanitaria d'urgenza, alla tutela rafforzata dei soggetti vulnerabili e, soprattutto, alla protezione contro il *refoulement* (art. 4, par. 4, lett. a), e b)). Tale dato mostra, se ancora ve ne fosse bisogno, che il diritto dell'Unione non condivide la logica punitiva della condizione di irregolarità del migrante che sottende alla disciplina nazionale di contrasto dell'immigrazione clandestina di numerosi Stati membri, tra cui l'Italia; constatazione che trova conferma anche nella circostanza che l'unica eccezione incondizionata all'applicazione delle garanzie previste dalla direttiva rimpatri riguarda l'ipotesi in cui l'espulsione sia stata disposta a titolo di sanzione penale o come conseguenza della stessa (art. 2, par. 2, lett. b)).

Alla luce delle considerazioni che precedono, la sentenza *Celaj* non può essere semplicisticamente archiviata come “un passo indietro” da parte della Corte di giustizia o una graziosa concessione all'autonomia degli Stati membri nella disciplina del contrasto all'immigrazione irregolare (in tal senso v. [Majcher](#)). Essa va piuttosto letta come il tentativo di trovare un punto di bilanciamento *realmente* europeo tra le esigenze di contrasto all'immigrazione illegale e quelle di tutela dei diritti fondamentali, esigenze attorno alle quali si articola l'intera struttura normativa dello Spazio di libertà, sicurezza e giustizia.

15 ottobre 2015

7

Internet, sorveglianza e *privacy*

- TOMMASO NATOLI La 'Dichiarazione dei diritti in Internet' italiana: una prospettiva internazionalista
- ALBERTO ODDENINO *Code is still law*: la codificazione dei diritti in Internet, la tutela dei dati personali e l'arduo contrappunto del diritto alla tecnocrazia
- MICHELE NINO La Corte di giustizia UE dichiara l'invalidità del sistema di *Safe Harbour*: la sentenza *Schrems*

La “Dichiarazione dei diritti in Internet” italiana: una prospettiva internazionalista

TOMMASO NATOLI (*)

Il 28 luglio scorso la Commissione per i diritti e i doveri relativi ad Internet ha approvato e pubblicato *on-line* il testo della [Dichiarazione dei diritti in Internet](#), la cui bozza circolava in Rete già da alcuni mesi. L'inedita Commissione, composta da «deputati attivi sui temi dell'innovazione tecnologica e dei diritti fondamentali, studiosi ed esperti, operatori del settore e rappresentanti di associazioni», si era infatti formata appena un anno prima su iniziativa della Presidenza della Camera dei Deputati, con l'obiettivo di pervenire all'individuazione di una serie di principi da affermare e promuovere all'interno del cyberspazio, con particolare riferimento alla condizione e alla tutela dell'individuo-utente.

I membri della Commissione, il cui lavoro ha beneficiato sia di quanto emerso in una serie di incontri dedicati al tema organizzati nei mesi precedenti, sia di un lungo periodo di [consultazione pubblica on-line](#) (27 ottobre 2014 - 31 marzo 2015), hanno da subito accantonato ogni velleità normativa volendosi piuttosto inserire nel dibattito teorico-giuridico nato attorno ad alcune recenti pronunce di importanti istituzioni sovranazionali, come le sentenze della Corte di giustizia dell'Unione europea [Google-](#)

(*) Università degli Studi Roma Tre.

[Spain](#) del 13 maggio 2014 sul diritto all'oblio e [Digital Rights Ireland](#) dell'8 aprile 2014 in materia di conservazione dei dati generati (per un approfondimento in merito si veda rispettivamente [qui](#) e [qui](#)), nonché la [Raccomandazione](#) del Consiglio d'Europa del 16 aprile 2014 sulla protezione dei diritti umani su Internet.

Di fatto, nel quadro della società civile e tra gli esperti del settore, il confronto sulle possibili forme di regolamentazione di Internet ferve già da alcuni anni, e in materia di diritti individuali molti sono stati i tentativi di elaborare e proporre una *Internet Bill of Rights* (87 secondo il [Berkman Center di Harvard](#)), tra cui spicca il recente [appello](#) di Tim Berners-Lee, l'inventore del *World Wide Web*, per una "Magna Carta" di Internet. A partire dal [World Summit on Information Society](#) organizzato nel 2005 a Tunisi dalle Nazioni Unite – dove per la prima volta è stata riconosciuta la necessità di pervenire ad una convenzione internazionale sui diritti individuali in Internet – molti sono i *fora* all'interno dei quali si è discusso delle modalità di gestione della Rete, e quindi della possibilità di affermare e garantire la tutela di una serie di diritti individuali (tra tutti vedi l'[Internet Governance Forum](#) e in particolare la [Internet Rights and Principles Dynamic Coalition](#)).

Tali aspetti si inseriscono quindi all'interno di un quadro più generale, ovvero quello della così detta *Internet governance*, che proprio in questi mesi [avrebbe dovuto](#) assumere un assetto meno unilaterale, ovvero meno USA-centrico, tramite una serie di riforme finalizzate ad indebolire il rapporto che subordina la *Internet Corporation for Assigned Names and Numbers* (ICANN), l'ente che gestisce il funzionamento tecnico di Internet, al Dipartimento del Commercio statunitense. Negli ultimi 10 anni la questione ha acquisito una notevole rilevanza sul piano internazionale, e un passaggio fondamentale si è avuto a Dubai nel 2012 con la *World Conference on International Telecommunications* (WCIT-12), nel corso della quale i temi legati alla tutela dei diritti individuali hanno costituito, tra gli altri, oggetto di un confronto/scontro culminato in una profonda spaccatura della comunità internazionale da alcuni definita come l'inizio di una *Digital Cold War* (per un approfondimento in merito v. [qui](#)).

In tale contesto, il processo che ha portato all'elaborazione della "Carta dei diritti" italiana si è contraddistinto pertanto per la sua natura istituzionale e per un certo dinamismo, frutto dell'intraprendenza e della volontà di agire come precursori da

parte di alcuni esponenti politici, ma soprattutto di autorevoli esperti del settore tra cui Stefano Trumpy, tra i primi tecnici a gestire l'arrivo in Italia di Internet, e Stefano Rodotà, *pater scientifico* del documento, da anni impegnato sul fronte dei temi emergenti (bioetica, *privacy*, dati personali, tutela dei diritti umani nella dimensione digitale). Il “primato” italiano spicca ulteriormente se si considera che gli unici processi analoghi – che hanno poi assunto natura legislativa – sono stati l'adozione della [*Magna Carta for Philippine Internet Freedom*](#) (luglio 2013) e del [*Brazilian Civil Rights Framework for the Internet*](#) (aprile 2014), anche conosciuto come *Marco Civil*. Quest'ultimo in particolare è nato come [reazione politica](#) allo scandalo Snowden-NSA da parte del Brasile (la cui priorità era stata ribadita dalla stessa Presidentessa Dilma Rousseff in sede di Assemblea Generale ONU il [24 settembre 2013](#)).

Sul piano europeo, l'unica iniziativa di rilievo è stata invece l'adozione di un rapporto pubblico da parte del Conseil d'État francese dal titolo [*Le numérique et les droits fondamentaux*](#) (settembre 2014) il quale, con le sue 446 pagine, si presenta come uno studio teorico vasto e approfondito ma che poco si presta ad un'individuazione efficace e puntuale dei “nuovi” diritti di cui i cittadini del web (o *netizens* secondo la più recente dicitura anglofona) sarebbero titolari.

La “Dichiarazione” italiana è al contrario un testo conciso ed essenziale, composto da un preambolo e da 14 articoli. Il primo di questi (*Riconoscimento e garanzia dei diritti*) rappresenta l'architrave (meta)giuridico del documento, da cui emerge chiara la volontà di incardinarsi nel quadro del diritto internazionale dei diritti umani, in una logica “universale” di continuità e di reciproca integrazione («1. Sono garantiti in Internet i diritti fondamentali di ogni persona riconosciuti dalla Dichiarazione universale dei diritti umani delle Nazioni Unite, dalla Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea, dalle costituzioni nazionali e dalle dichiarazioni internazionali in materia»). In tale prospettiva, l'articolo stabilisce che i diritti dell'individuo così come concepiti e sanciti nel mondo “reale”, debbano essere interpretati in maniera funzionale alla loro applicazione anche nel cyberspazio.

I seguenti 13 articoli sono quindi dedicati ai così detti “nuovi” diritti, ovvero quelli volti a rispondere ad una serie di esigenze peculiari generate dal progredire delle tecnologie di comunicazione. In realtà – con alcune eccezioni di cui si parlerà a breve – si può notare come il documento non preveda “nuove” catego-

rie di tutela in senso stretto, quanto piuttosto affronta il delicato compito di ridefinire una serie di logiche giuridiche sottese alla difesa dei diritti dell'individuo, tracciando i lineamenti di una loro possibile tendenza evolutiva.

Così facendo la “Carta” riprende in maniera puntuale i principali temi che sono ad oggi al centro del dibattito internazionale: il diritto di accesso ad Internet come risorsa fondamentale di conoscenza, informazione ed educazione, da garantire tramite l'abbattimento del così detto “[divario digitale](#)” (artt. 2 e 3); il diritto di agire *on-line* senza subire restrizioni o discriminazioni, assicurando la «[neutralità della Rete](#)» (art. 4); la tutela dell'individualità della persona in Rete, ovvero della sua volontà e dignità, grazie all'affermazione di principi inerenti alla gestione dei dati personali, l'inviolabilità delle comunicazioni, l'identità digitale e l'anonimato (artt. 5-10).

L'art. 11 è invece dedicato al tema emergente del diritto all'oblio, già oggetto di interessanti approfondimenti scientifici seguiti alla citata sentenza *Google-Spain*, riguardanti in particolare la possibilità di una sua applicazione extra-europea (tra i tanti, vedi [qui](#)). In questo caso rileva la volontà di bilanciare tale diritto con le esigenze derivanti dalla libertà di informazione e di ricerca, nonché l'interessante specifica riguardante le persone “note” (?) o che ricoprono cariche pubbliche, le quali possono richiedere la cancellazione dei dati loro riguardanti solo nei limiti in cui questi non abbiano alcun rilievo in relazione alle funzioni esercitate.

Gli ultimi tre articoli affrontano poi temi più tecnici, e si indirizzano direttamente ai «responsabili delle piattaforme digitali» i quali sono chiamati, in maniera forse illusoria in un contesto ancora troppo deregolamentato, a «comportarsi con lealtà e correttezza nei confronti di utenti, fornitori e concorrenti» e ad informare gli utenti di ogni eventuale mutamento delle condizioni contrattuali (art. 12). Viene quindi affrontato il tema della sicurezza in Rete, nella sua doppia veste di difesa delle infrastrutture da eventuali – non meglio definiti – “attacchi”, e di tutela della dignità personale da comportamenti offensivi, violenti o discriminanti (art. 13). Quest'ultima disposizione, così come strutturata, appare la più discutibile, in quanto affronta in poche righe temi complessi e tra loro distinti, che avrebbero forse meritato un'elaborazione separata.

La “Carta” si chiude infine con l'articolo dedicato alla *governance*, tema che, come detto, è ormai apertamente al centro di

una vera e propria disputa internazionale. Questo riassume la sostanza delle disposizioni precedenti, stabilendo la necessità di elaborare regole «conformi alla dimensione universale e sovranazionale» di Internet al fine di garantirne il carattere aperto e democratico (art. 14). In questo senso, la Commissione ha manifestato la volontà di “connettersi” (appunto) al resto del mondo, quasi a voler lanciare un appello per un processo di regolamentazione partecipato, condiviso e trasparente, in grado di salvaguardare da un lato le capacità di innovazione del mezzo, e gli interessi economici che inevitabilmente ruotano attorno ad esso, e dall’altro di garantire con efficacia il rispetto dei principi enunciati, anche tramite la creazione di autorità (nazionali e sovranazionali) in grado di valutarne il rispetto.

Dal contenuto della “Carta” emerge quindi chiara la volontà di contrastare le tendenze attuali che vedono i maggiori fornitori di servizi *on-line* (e in alcuni casi le agenzie governative) agire in una posizione di relativa autarchia, resa possibile da un contesto “sociale” in cui la gestione decentralizzata di una tecnologia in continua e inarrestabile evoluzione ha portato al prevalere delle logiche di interesse economico e di sicurezza, vincolando l’identità individuale in Rete alla volontà di poteri “esterni”. Ciò rischia di soppiantare taluni presupposti classici del diritto, con particolare riferimento al principio di effettività, sovranità ed esercizio dei poteri pubblici, trascinandolo via con sé la possibilità di appellarsi ad essi a difesa della sfera privata e delle libertà individuali.

In tale direzione, il documento contiene anche qualche sogno ad occhi aperti, come nei casi del diritto alla «autodeterminazione informativa» (art. 6) e del divieto di trattamenti automatizzati (art. 8), di difficile attuazione in una fase ancora dominata da logiche di *profiling* degli utenti. Ugualmente idealista appare la disposizione secondo la quale le istituzioni pubbliche dovrebbero garantire «il superamento di ogni forma di divario digitale» (art. 2.5) in un [Paese ancora arretrato come il nostro](#) rispetto alla media europea di connessioni a banda larga e in cui il divario infrastrutturale tra nord e sud è ancora consistente. Spicca inoltre l’assenza di un qualche riferimento ai diritti di proprietà intellettuale, declinati in funzione della libertà d’espressione, i quali però stanno già vivendo una fase di rielaborazione “endogena”, come dimostrato dal successo del progetto [Creative Commons](#).

Sebbene la Dichiarazione sia al momento incapace di sortire alcun effetto concreto, l’esperimento italiano si può dire riuscito,

alla luce dell'intento – da subito dichiarato – di voler creare un punto di riferimento in grado di «dare fondamento costituzionale a principi e diritti nella dimensione sovranazionale», nella prospettiva, al momento remota, di pervenire un giorno ad una convenzione internazionale. Del resto la giustapposizione di regolamentazioni nazionali relative a tali aspetti, e quindi una loro frammentazione normativa, è per certi versi incompatibile con la struttura stessa del mezzo. In questo senso la sinergia che si è voluto stabilire con un'analogia Commissione istituita presso l'Assemblea nazionale francese, nell'ottica di pervenire all'adozione di una Dichiarazione congiunta da presentare sul piano europeo, sembra essere un primo passo verso la giusta direzione.

È infine plausibile ritenere come, nel medio e lungo periodo, le dinamiche fin qui descritte influiranno anche sul piano della produzione normativa, così come dei meccanismi di attuazione e di garanzia. In questo senso i temi legati alla gestione della dimensione digitale, così come alla tutela dell'individuo al suo interno, accresceranno la necessità riconfigurare in essa le principali logiche giuridiche, elaborate per essere applicate ad una realtà esclusivamente “stato-centrica”, e sproneranno la dottrina internazionalista ad abbandonare alcuni dei presupposti di un mondo che fu, per guardare un po' più dinanzi a sé.

24 settembre 2015

Code is still law: la codificazione dei diritti in Internet, la tutela dei dati personali e l'arduo contrappunto del diritto alla tecnocrazia

ALBERTO ODDENINO (†)

Il [post](#) di Tommaso Natoli sulla Dichiarazione dei diritti in Internet italiana, letto insieme alla recentissima pronuncia della Corte di giustizia della UE nel [caso Schrems](#) in tema di protezione dei dati personali in Rete, offrono l'occasione di sviluppare alcuni spunti in tema di codificazione dei diritti in Rete e di prospettive di una loro concreta applicazione a fronte di quella che potremmo definire la coesistente primazia, in Internet, dell'elemento tecnologico.

Le prime considerazioni debbono essere svolte in tema di codificazione (non solo internazionale) dei diritti individuali: tradizionalmente concepita come tutela della sfera individuale rispetto ad un potere pubblico, essa si contrappone alla logica volontaristica dei rapporti privatistici, in cui è il consenso delle parti a fungere da dogma generale, tutt'al più temperato in nome della tutela del c.d. contraente debole o di valori etero-imposti da un ordinamento di riferimento. Ebbene una simile dicotomia, già semplicistica in assoluto alla luce degli assetti del mondo con-

(†) Università di Torino.

temporaneo, perde di qualsiasi pregnanza in relazione alla Rete, e ciò rende il tema della codificazione particolarmente delicato. Questo per tre ragioni.

Anzitutto, la codificazione ha come destinatario il potere pubblico, ma il livello di *governance* pubblicistico della Rete è evanescente e si assiste a una supplenza della dimensione privatistica, quella che efficacemente è stata definita *Internet governance by contract*. In essa lo spazio lasciato libero dalla dimensione pubblicistica è colmato da vincoli contrattuali e *terms of reference* dei contratti online, sempre più sofisticati e finalizzati a salvaguardare il dogma formale del consenso svuotandolo nella sostanza, dal momento che viene ridotto alla meccanica ritualità di qualche *click*.

È d'altronde la storia e la natura stessa della risorsa a ricordarci come il ruolo degli Stati conviva con la fondamentale partecipazione di molteplici soggetti privati, portatori di competenze tecniche ed enormi interessi economici. Corollario di questa ricostruzione è che l'esigenza di protezione della sfera individuale risulta in Internet tanto acuta in relazione a soggetti che incarnano il pubblico potere quanto lo è in relazione a soggetti privati, che consentono alla Rete di conservare e sviluppare la sua dimensione strutturale e contenutistica.

Un secondo motivo che rende ardua la codificazione è la natura di risorsa globale della Rete: per quanto sopravvivano in essa indubbi profili di territorialità e di localizzazione, appare inadeguato affrontare il tema della sua regolazione in prospettiva solo statale. Questo perché si tratta di un tutto che ben trascende la somma delle sue parti e qualsiasi balcanizzazione della struttura finisce per minare il suo postulato di unicità (discendente dalla corrispondenza biunivoca fra i c.d. nomi e numeri di Internet), e con ciò l'idea stessa di Rete (in tema v. Oddenino, "Il Problema della *Governance* Internazionale della Rete", in [Pagallo e Durante](#), p. 45 ss.). Questo indurrebbe a concepire la codificazione come necessariamente internazionale, ma tale obiettivo è in radice contraddetto dal fatto che la vocazione internazionale (o forse meglio globale) della Rete non porta con sé la riproposizione di una caratteristica tradizionale dell'ordinamento internazionale, ossia la sovrana eguaglianza dei soggetti statali coinvolti.

La netta primazia degli USA, che discende da ragioni storiche su cui è impossibile qui indugiare (v. [Mueller](#); [Goldsmith e Wu](#)) porta a configurare un ordinamento caratterizzato da un po-

tere fortemente sbilanciato, che nei suoi tratti potremmo definire pre-westfaliano (o forse pre e post westfaliano insieme, visto che in questo ambito appare difficile immaginare la celebrazione di una fase propriamente “westfaliana”) e che, nei suoi tratti anche formali e non solo sostanziali, riporta all’immagine dell’impero. Ne è prova attuale lo stallo nel sempre esitante cammino verso la internazionalizzazione di soggetti come [ICANN](#) e [IANA](#), che sono depositari di risorse fondamentali per la Rete quali i nomi e i numeri di Internet e che conservano un legame preferenziale con il governo statunitense. Ne è stata prova la battaglia sostanzialmente perduta condotta in seno all’ITU per tentare di introdurre in quella sede un qualche correttivo allo squilibrio esistente (v. [Oddenino](#)).

È forse per questo che l’indagine sulla Rete non ha fino ad oggi destato particolarmente la sensibilità degli internazionalisti. Ed è questo che rende assolutamente peregrino immaginare oggi, o comunque negli attuali assetti, il varo di un trattato multilaterale per la *governance* di Internet e per la protezione dei diritti in Rete. Manca il fondamentale postulato di una simile opzione, ossia la possibilità di un qualche sinallagma, uno scambio di utilità fra Stati pariordinati.

In terzo e ultimo luogo, occorre dare atto che la Rete rappresenta uno spazio di gioco incommensurabile rispetto alle categorie tradizionalmente applicate ai mezzi di telecomunicazione, perché profondamente pervaso di gradiente tecnologico.

La lettura tecnologica, e tecnocratica, della Rete costituisce proprio un imprescindibile punto di partenza per trattare efficacemente della declinazione dei diritti online. Il postulato tecnologico, (come Lessig ha scolpito a futura memoria affermando il celeberrimo “[Code is Law](#)”) fa sì che non solo le singole regole ma l’intera portata del campo di gioco dipenda dall’elemento tecnico- strutturale e dagli standard tecnologici che consentono, sui diversi livelli della Rete, l’interoperabilità. Autentico detentore di potere regolatore è quindi chi custodisce il controllo sul sostrato tecnologico. Ogni velleità normativa si porrà necessariamente a valle rispetto a questo livello di analisi ed è giocoforza riconoscere come il discorso sui diritti risulti succedaneo rispetto a quello sulla *governance* dell’elemento tecnologico e tecnocratico.

Che ne è della codificazione dei diritti e delle prospettive di una loro concreta applicazione in un simile quadro?

Ebbene, un esame selettivo della Dichiarazione italiana, già

ricostruita nel post di Natoli, rivela proprio lo sforzo (e la difficoltà) di creare un efficace contrappunto, in termini di diritti individuali, alla linea ineludibilmente tecnocratica della Rete.

Preliminarmente occorre riconoscere nella Dichiarazione uno strumento di assoluta qualità intrinseca, contenente una avanzata ed equilibrata elaborazione di tutti i profili cruciali, ivi compresi quelli sulla neutralità della Rete e sulle esigenze di tutela dei dati anche rispetto a sistemi di elaborazione automatica, finalizzata al cd. *profiling*. Il valore attualmente non giuridico della Dichiarazione nulla toglie al suo portato culturale e politico, corroborato dal fatto che essa promani comunque da un organo di istituzione parlamentare: il che ha il pregio di proiettare il nostro Paese al centro di un dibattito di avanguardia su un tema assolutamente strategico per il mondo a venire.

Lo sforzo dei redattori è stato lodevole e si innesta nella illuminata visione promossa da anni ad opera di Stefano Rodotà in favore di una *Magna Charta per Internet*. Si tratta di una visione alta, ispirata ad un universalismo dei diritti che riecheggia visioni di costituzionalismo globale e che sono, con tutta evidenza, assai ardue da perseguire.

L'interrogativo diviene quindi come tale Dichiarazione si ponga in relazione alle criticità che si sono sopra menzionate e quale sia la via per incidere concretamente, tramite essa, su dette criticità.

Il testo presenta in proposito molteplici indicazioni volte a tracciare una via di riequilibrio fra diritti e poteri costituiti e ciò rappresenta l'indubbia presa d'atto dello squilibrio degli assetti correnti (i riferimenti più espliciti sono all'art. 3, comma 5, ove si fa riferimento al «riequilibrio democratico delle differenze di potere sulla Rete tra attori economici, Istituzioni e cittadini»; all'art. 5, comma 6, in tema di dati personali, in cui si legge che «il consenso non può costituire una base legale per il trattamento quando vi sia un significativo squilibrio di potere tra la persona interessata e il soggetto che effettua il trattamento» e infine all'art. 14 ove trattando di governo della Rete si pone l'obiettivo di «evitare che la sua disciplina dipenda dal potere esercitato da soggetti dotati di maggiore forza economica»).

È però da escludere che la Dichiarazione possa come tale incidere nel senso di un reale riequilibrio.

In primo luogo, e ciò è ovvio, perché essa è allo stato un documento preparatorio privo di forza vincolante.

In secondo luogo, perché anche qualora assumesse una forza

vincolante, essa difetterebbe in punto di destinatarietà, perché non potrebbe essere ricostruita come direttamente rivolta ai soggetti privati che pure sono i naturali interlocutori della declinazione di diritti che essa contiene.

In terzo e ultimo luogo, perché anche se venisse mai condivisa da un certo numero di Stati, fra i quali non vi fossero però gli Stati Uniti, si può dubitare che tali altri Stati possano efficacemente incidere sui grandi *players* privati che oggi dominano la Rete.

Sotto diverso profilo, il testo dà altresì atto dello squilibrio dei poteri visto attraverso il prisma della *governance* della Rete. Ciò avviene in chiusura della Dichiarazione, all'[art. 14](#), dedicato al *Governo della Rete*, quello che più fa riferimento, con una certa (forse voluta, perché inevitabile) promiscuità terminologica, a concetti come “universale”, “internazionale” e “sovranaazionale”. Quasi che la disposizione, nel suo auspicio di un governo più equilibrato, possa essere intesa come coronamento dei diritti già enunciati, invece di essere più correttamente riconosciuta come loro indefettibile presupposto.

Ora, è comprensibile che, in sede di dichiarazione dei diritti, piaccia lasciar intendere che gli stessi possano essere affermati e protetti *a priori*, come valori assoluti: a ben vedere, e per quel che si è testé ricordato, ciò appare del tutto velleitario rispetto alla predominanza del sostrato tecnologico della Rete.

A questo punto ci si può chiedere quali siano le prospettive legate alla Dichiarazione dei diritti in Internet.

Esclusa realisticamente la possibilità dell'evoluzione in strumento convenzionale, per le ragioni già richiamate, pare *a fortiori* escluso anche il cammino di formazione di regole consuetudinarie: la Dichiarazione può forse costituire un primissimo embrione di prassi statale in materia, ma solo il tempo ci dirà se questo potrà fungere da traino efficace in questa direzione.

Parimenti va esclusa una rilevanza dal punto di vista internazionale della enunciazione dei diritti in chiave universalistica: ciò, che riecheggia visioni di costituzionalismo globale, appare stridente con l'attuale caratterizzazione non solo della Rete (più attenta al consumatore che al cittadino), ma anche dell'ordinamento internazionale nel suo complesso.

Resta invece una diversa lettura della Dichiarazione che presenta profili di interesse. Si tratta di una lettura, quasi “geopolitica”, che si focalizza sulla distribuzione del potere e si pone in linea di continuità con quanto si è detto in merito allo squilibrio

tecnocratico.

È proprio la recentissima sentenza della Corte di giustizia dell'Unione europea nel caso *Schrems* a [suggerire](#) una simile lettura. Una sentenza che si inserisce in un chiaro filone di tentato riequilibrio, in chiave giurisprudenziale, del rapporto fra Stati Uniti e Unione europea in relazione alla tutela dei dati personali (un dovuto riferimento va a tal proposito alla sentenza [Google Spain](#)). La sentenza *Schrems*, che certo meriterà più ampio e meditato commento, risulta assai interessante per l'effetto, perseguito anche attraverso il riferimento alla Carta dei diritti fondamentali dell'UE, di consentire alle autorità nazionali per la protezione dei dati personali degli Stati membri di sciogliersi dal vincolo discendente dalla [Decisione](#) della Commissione 2000/520/CE. Un vincolo stringente, discendente dal rinvio all'accordo c.d. *Safe Harbour* fra UE e USA, che ha finora costituito una sorta di ombrello protettivo per il titanico flusso di dati fra UE e Stati Uniti e ha paralizzato ogni possibile vaglio di legittimità sulle modalità di trattamento dei dati sul territorio statunitense.

Si tratta di una pronuncia che si contrappone non solo alla più lasca nozione di *privacy* propria dell'ordinamento USA, ma anche e soprattutto agli interessi dei grandi colossi statunitensi del web, i c.d. *over the top service providers* quali fra gli altri Facebook, Google e Amazon. Un esempio di tentato riequilibrio, promosso in chiave europea attraverso la predicazione efficace dei diritti individuali a fronte dei rischi della *mass surveillance*, di quella che è la forte saldatura fra il concetto, totalizzante nell'ordinamento statunitense, di libertà di espressione e l'interesse tutto commerciale rispetto al *laissez passer* dei dati personali.

In un simile contesto prende corpo una posizione dell'UE, o meglio si apre una dinamica fra Corte e Commissione (le cui posizioni in merito sono tutt'altro che omogenee), che va intesa come tentativo di portare la Rete verso assetti più equilibrati.

Funzionale a questa opera della Corte è certamente l'elaborazione, anche solo in chiave politica o culturale, di uno statuto specifico dei Diritti in Rete e in questo senso anche la Dichiarazione italiana assume una coloratura più direttamente applicativa, quale parametro per una incisiva azione giurisprudenziale. Non si tratta di un'azione che potrà sovvertire l'assetto strutturale, tecnologico e in ultima analisi tecnocratico della Rete, quale esso si è ampiamente consolidato. Esso non può essere

incisivamente intaccato se non si vuol perdere tutto ciò che noi oggi intendiamo per “Internet”. Si tratta di introdurre, con un approccio “*right-based*”, alcuni correttivi che consentano per lo meno al cittadino una scelta più consapevole in relazione alle libertà della sua sfera privata.

Nella consapevolezza che quella che si gioca su Internet è anche una partita fra vecchie e nuove libertà. Le libertà “da”, che sono tipiche del cittadino, e le libertà “di” (e gli agi) propri dell’utente digitale che oggi può godere, in cambio dell’assenso (più o meno consapevole) alla compressione della propria sfera privata, dei benefici che discendono, ad esempio, dal *profiling* o dalla geolocalizzazione.

Permane il dubbio, rispetto a quella che è davvero, in certo senso, una contesa che ha ad oggetto la risorsa più totalizzante del nostro tempo (valga qui richiamare l’illuminante ricostruzione di [Floridi](#) sulla progressiva obliterazione del *limen* fra mondo *offline* e *online*), che non sempre il consumatore, ormai culturalmente avvinto agli agi della Rete, intenda sopportare i costi e le rinunce che l’effettivo esercizio dei diritti *on line* comporterebbe. Ma questa è la vecchia storia della sudditanza confortevole, del *panem et circenses*, e del prezzo che ogni libertà esige.

12 ottobre 2015

La Corte di giustizia UE dichiara l'invalidità del sistema di *Safe Harbour*: la sentenza *Schrems*

MICHELE NINO (‡)

1. La sentenza della Corte di giustizia dell'Unione europea, resa il 6 ottobre scorso ([C-362/14](#), *Schrems*; sulla stessa si veda anche il [post](#) di Oddenino), è particolarmente importante, essendo pervenuta a dichiarare invalido il sistema di *Safe Harbour* – ovvero, il sistema di regolamentazione del trasferimento e dello scambio delle informazioni di carattere personale tra l'Unione europea e gli Stati Uniti –, in quanto non compatibile con la normativa UE, primaria e secondaria, concernente la tutela del diritto alla *privacy* e del diritto alla protezione dei dati personali. Essa sollecita sia qualche riflessione in merito alle modalità di salvaguardia dei dati personali trasmessi dall'Unione europea ai Paesi terzi, sia qualche considerazione riguardo al flusso transfrontaliero di informazioni di carattere personale tra USA e UE.

2. Il sistema di *Safe Harbour* – o “approdo sicuro” – costituisce un meccanismo inteso, da un lato, a favorire e potenziare le attività commerciali – e, di conseguenza, lo scambio di informazioni di carattere personale – tra le due sponde dell'Atlantico, e, dall'altro, a tutelare in maniera adeguata dette informazioni, anche e soprattutto a fronte delle evidenti differenze strutturali esistenti tra USA e UE in materia di tutela della *privacy* e dei dati personali. Esso è stato predisposto con la [Decisione](#) della Commissione 2000/520/CE, adottata in base all'articolo 25, paragrafo 6, della [Direttiva](#) 95/46 del 1995 (“Direttiva dati”), che prevede la possibilità che i dati personali possano essere trasferiti

(‡) Università di Salerno.

dall'Unione europea ad un Paese terzo, sempre che quest'ultimo garantisca un adeguato livello di protezione degli stessi, così come accertato dalla stessa Commissione alla luce di una serie di elementi. Tale sistema si fonda su un meccanismo di autoregolamentazione, che contempla anzitutto un'adesione volontaria, da parte di organizzazioni o società statunitensi, ai principi dell'"approdo sicuro" (si tratta di sette principi riguardanti in particolare: la notifica dei dati agli interessati; la scelta relativa alla rivelazione degli stessi; il trasferimento successivo dei dati; la sicurezza e l'integrità delle informazioni di carattere personale e l'accesso alle medesime, nonché le garanzie di applicazione dei suddetti principi) ed alle relative FAQ in materia di riservatezza pubblicate dal Dipartimento del commercio degli Stati Uniti nel 2000. Esso prevede inoltre un'autocertificazione dell'adesione al suddetto Dipartimento da parte delle stesse società. In base alla Decisione 2000/520/CE, i principi dell'approdo sicuro sono considerati in grado di assicurare un adeguato livello di protezione dei dati personali e, di conseguenza, l'adesione a questi principi è tale, di per sé, da garantire l'osservanza delle disposizioni della "Direttiva dati".

3. La sentenza in esame trae origine da una richiesta di pronuncia pregiudiziale sollevata nell'ambito di una controversia tra un cittadino austriaco, il signor Schrems (giovane studente di giurisprudenza), e il Commissario irlandese per la protezione dei dati, a fronte del rifiuto di quest'ultimo di decidere sul ricorso del primo, teso a contestare il trasferimento dei propri dati personali, da parte di *Facebook*-Irlanda, negli Stati Uniti d'America, soprattutto a causa del caso *Datagate*, che ha portato alla rivelazione, nel 2013, dell'esistenza di un programma di sorveglianza massiva delle telecomunicazioni, denominato PRISM. Il Commissario, in particolare, si era dichiarato incompetente a pronunciarsi in merito alla richiesta del ricorrente, in quanto riteneva di non essere legittimato a sindacare la determinazione effettuata dalla Commissione nella Decisione 2000/520/CE, secondo cui gli Stati Uniti garantivano un adeguato livello di protezione dei dati. Nutrendo dubbi sulla idoneità della normativa USA a tutelare la *privacy* e i dati personali, e alla luce della presunta incompatibilità della Decisione 2000/520/CE con gli articoli 7 e 8 della Carta dei diritti fondamentali UE, l'*High Court* irlandese aveva sospeso il procedimento, sottoponendo ai giudici di Lussemburgo un duplice quesito, concernente: a) l'ambito dei poteri delle autorità nazionali indipendenti di controllo dei dati, istituite

ex articolo 28 della “Direttiva dati”, in rapporto, in particolare, ad una decisione della Commissione adottata in base all’articolo 25, paragrafo 6, della direttiva stessa; b) la validità del sistema di *Safe Harbour* nel suo complesso.

In relazione alla *prima questione*, la Corte sottolinea che le autorità nazionali di controllo dei dati – e cioè le autorità che monitorano l’attuazione delle disposizioni della “Direttiva dati” negli Stati membri – dispongono di una serie di importanti poteri, in particolare: poteri investigativi e poteri d’intervento. A questo proposito, viene poi precisato l’ambito di applicazione dell’articolo 28, che è tale da riguardare tanto il trattamento delle informazioni personali realizzato in ambito europeo quanto i trasferimenti dei dati dall’Unione europea a Paesi terzi. In considerazione di ciò, le autorità in discussione sono investite di poteri di controllo in merito alla conformità di detti trasferimenti con le disposizioni della “Direttiva dati”, anche e soprattutto laddove gli stessi siano stati oggetto di una decisione della Commissione *ex* articolo 25, paragrafo 6, che valuti l’adeguatezza del livello di protezione delle informazioni di carattere personale in un Paese terzo (tale risulta essere la Decisione 2000/520/CE, relativamente al sistema giuridico statunitense). Di conseguenza, una simile decisione non impedisce alle autorità in questione – sempre a giudizio della Corte – di esaminare un ricorso di un individuo riguardante la protezione dei propri diritti e libertà in relazione ad un trattamento dei suoi dati personali che siano stati, o possano essere, trasferiti da uno Stato membro ad un Paese terzo, interessato dalla decisione medesima (punti 38-66 della sentenza).

Per quanto attiene alla *seconda questione*, la Corte concentra la sua analisi, in primo luogo, sui requisiti richiesti dall’articolo 25 della “Direttiva dati”, avendo riguardo, in particolare, alla nozione del livello di adeguatezza di protezione dei dati. Essa rileva l’assenza, all’interno delle disposizioni della Direttiva, della definizione di tale nozione, e la conseguente necessità di interpretare (e costruire) quest’ultima nei termini dell’equivalenza: ovvero, un ordinamento di uno Stato terzo deve essere considerato in grado di assicurare un adeguato livello di tutela delle informazioni personali, laddove esso assicuri, in fatto e in diritto, una tutela equivalente a quella garantita nell’Unione europea, in attuazione della “Direttiva dati” ed alla luce della Carta di Nizza (punti 73-74 della sentenza).

In tale contesto, i giudici di Lussemburgo sottopongono a critica la Decisione 2000/520/CE per una serie di ragioni:

l'applicabilità dei principi di *Safe Harbour* alle sole organizzazioni che abbiano aderito agli stessi e non alle autorità pubbliche statunitensi, non tenute, in definitiva, alla loro osservanza; il riferimento, da parte di detta Decisione, all'adeguatezza del livello di protezione dei dati offerta dai principi di *Safe Harbour* e non dal sistema giuridico statunitense nel suo complesso; la prevalenza, in base alla Decisione *de qua*, delle ragioni connesse alla pubblica sicurezza sui principi dell'approdo sicuro e, quindi, l'ammissibilità dell'ingerenza nei diritti e libertà fondamentali delle persone, i cui dati siano trasferiti dall'Unione europea agli Stati Uniti, fondata su dette ragioni; la mancanza nella normativa USA di regole intese a limitare detta ingerenza nonché l'assenza, nella Decisione 2000/520/CE, della previsione di un effettivo sistema giuridico atto a contrastare la stessa. Tra l'altro, le autorità statunitensi hanno il potere di accedere ai dati personali trasferiti dall'UE agli USA e di trattare gli stessi difformemente dai principi di finalità limitata, proporzionalità e necessità dei dati (*Rebuilding Trust in EU-US Data Flows* ([COM\(2013\) 846 final](#), punti 2, 3.2; punto 90 della sentenza). Tutte circostanze, queste, che mal si conciliano con il livello di protezione dei diritti fondamentali garantito nell'Unione europea, se si considera che una normativa europea, che limiti i diritti fondamentali previsti dagli articoli 7 e 8 della Carta di Nizza, deve essere chiara e precisa, supportata da adeguate garanzie e strettamente necessaria al fine da perseguire, non potendo prevedere un accesso massivo ed indiscriminato ai dati medesimi (v. in particolare: [C-293/12](#) e [C-594/12](#), *Digital Rights Ireland Ltd*).

Secondo la Corte UE, in base all'articolo 25, paragrafo 6, della "Direttiva dati", la Commissione è tenuta a stabilire che il Paese terzo assicuri effettivamente una tutela equivalente a quella garantita nell'Unione europea. Dal momento che nella Decisione 2000/520/CE la Commissione non ha stabilito che gli Stati Uniti, in considerazione della loro legislazione nazionale o dei propri impegni internazionali, garantiscono una simile tutela, va, dunque, rilevata l'incompatibilità dell'articolo 1 di detta Decisione con i requisiti richiesti dall'articolo in esame (punti 79-98 della sentenza).

La Corte continua poi la sua analisi soffermandosi sull'articolo 3, paragrafo 1, della Decisione 2000/520/CE, il quale stabilisce che: «Fatto salvo il loro potere di adottare misure per garantire l'ottemperanza alle disposizioni nazionali adottate in forza di disposizioni diverse dall'articolo 25 della direttiva

95/46/CE, le autorità competenti [...] possono sospendere flussi di dati diretti a un'organizzazione che ha autocertificato la sua adesione ai principi [di *Safe Harbour*]», in base a condizioni molto restrittive che prevedono una soglia particolarmente elevata per l'intervento delle stesse autorità.

Secondo la Corte, se è vero che questa disposizione fa salvo il potere delle autorità di controllo di porre in essere attività che garantiscano il rispetto delle normative nazionali adottate in base alla "Direttiva dati", è del pari vero che essa esclude la possibilità di siffatte autorità di assicurare l'osservanza dell'articolo 25 della Direttiva medesima. Inoltre, la prima parte del suddetto articolo 3 è formulata in maniera tale da negare alle autorità competenti l'esercizio dei loro poteri, laddove esse siano adite da un individuo con un ricorso che sollevi dubbi sulla legittimità della decisione della Commissione, adottata ai sensi del paragrafo 6 dell'articolo 25 della "Direttiva dati". La Commissione, dunque, per il tramite dell'articolo 3 della Decisione 2000/520/CE, avrebbe ecceduto i poteri conferiti dall'articolo 25 della "Direttiva dati", che non le attribuisce la competenza di limitare quelli delle autorità nazionali di controllo (punti 99-104 della sentenza).

In ragione della incompatibilità degli articoli 1 e 3 della Decisione 2000/520/CE con la normativa UE, primaria e secondaria, in materia di privacy e di dati personali, e della loro inseparabilità dagli articoli 2 e 4 della stessa, la Corte, seguendo le [conclusioni](#) dell'avvocato generale Bot, si pronuncia per la invalidità di detta Decisione e, dunque, per la invalidità del sistema di *Safe Harbour* nel suo complesso.

4. Nella sentenza *Schrems* la Corte di giustizia UE, in linea con un proprio emergente filone giurisprudenziale, teso a tutelare adeguatamente la *privacy* e i dati personali ([C-131/12](#), *Google Spain SL e Google Inc.*; [C-288/12](#), *Commissione europea c. Ungheria*; [C-293/12](#) e [C-594/12](#), cit.), e nel contesto di un settore, quale quello del trasferimento delle informazioni personali dall'Unione europea agli Stati terzi (e degli Stati Uniti in particolare), sul quale non aveva avuto ancora la possibilità di pronunciarsi, offre una interpretazione della "Direttiva dati", informata all'effettiva tutela di dette situazioni giuridiche, in omaggio alle pertinenti disposizioni della Carta di Nizza e ai principi generali di diritto UE.

Questa sentenza può essere giudicata favorevolmente, in

quanto contribuisce all'articolazione dei poteri tra le autorità pubbliche, nazionali ed europee, nel contesto della attuazione delle previsioni contenute nella "Direttiva dati". In effetti, escludendo il monopolio esclusivo della Commissione europea in relazione alla valutazione della adeguatezza del livello di protezione dei dati offerto dal Paese terzo, e riconoscendo, peraltro, in tale ambito, un importante potere discrezionale alle autorità di controllo, la Corte pretende che detta valutazione sia realmente obbiettiva, allo scopo di offrire una tutela effettiva agli individui i cui dati siano trasferiti dall'Unione europea ad uno Stato non membro (non solo sul piano sostanziale ma anche sul piano processuale). Ciò è quanto discende, in particolare, dall'obbligo che incombe sulle suddette autorità ([C-518/07](#), *Commissione c. Germania*, punti 23, 25; [C-614/10](#), *Commissione c. Austria*, punto 37; [C-288/12](#), cit., punto 48; 'considerando' 62 della "Direttiva dati") di svolgere le loro funzioni in maniera, per l'appunto, obbiettiva ed imparziale, sottraendosi a qualsiasi forma di influenza esterna, a partire dall'influenza diretta o indiretta dello Stato che ha provveduto alla loro istituzione ([C-288/12](#), cit., punto 51; [C-518/07](#), cit., punto 25; [C-614/10](#), cit., punto 41). La garanzia di indipendenza delle autorità di controllo costituisce un elemento portante della struttura della "Direttiva dati", se si considera quanto affermato dalla Corte in relazione alla incapacità della Commissione, in base all'articolo 25, paragrafo 6, di limitare i poteri delle autorità stesse (punto 103 della sentenza). Più esattamente, l'innovatività di questo *dictum* risiede non tanto e non solo nella enunciazione dei poteri conferiti alle autorità di controllo dei dati (poteri investigativi e poteri d'intervento) quanto nella loro estensione ai casi di trasferimenti dei dati dall'Unione europea agli Stati terzi. In tal modo, la Corte dimostra una particolare sensibilità verso la tutela della *privacy* degli individui coinvolti e, quindi, una decisa volontà tesa a riconoscere tutele equivalenti ai dati personali, sia che gli stessi vengano trattati in Europa, sia che vengano trasferiti in uno Stato terzo.

Non poco rilievo assume il fatto che la pronuncia si concretizza in una dura critica ai regimi di tutela della *privacy* e dei dati personali offerti tanto dal sistema di *Safe Harbour* quanto dall'ordinamento giuridico statunitense nel suo complesso, attraverso una comparazione tra gli stessi ed i principi europei in argomento. Questa critica sembra senz'altro fondata, se solo si tiene conto del fatto che, diversamente dall'ordinamento UE, in cui, dopo l'entrata in vigore del Trattato di Lisbona, i diritti alla

privacy e alla protezione dei dati sono considerati fondamentali e disciplinati dettagliatamente, il sistema giuridico statunitense non opera un simile riconoscimento e non prevede una disciplina precisa e uniforme tesa a tutelare adeguatamente detti diritti, ma una normativa frammentaria e settoriale. Tali differenze non risultano superate dal sistema di *Safe Harbour*, che è stato, tra l'altro, criticato nel corso degli anni, tanto dalla dottrina, europea e statunitense, quanto dal Gruppo di Lavoro "Articolo 29" per la tutela dei dati personali, in ragione della sua mancanza di effettività e della sua incapacità a tutelare adeguatamente la *privacy* dei cittadini europei in base alle disposizioni della "Direttiva dati" (v., ad esempio: [Parere 1/1999](#)). D'altra parte, tutto ciò sembra trovare conferma nel fatto che la totalità delle società statunitensi coinvolte nel programma PRISM, le quali hanno consentito per lungo tempo alle autorità americane un accesso illimitato ai dati delle telecomunicazioni conservati e trattati negli USA, avevano autocertificato la loro adesione ai principi di *Safe Harbour* (Communication from the Commission to the European Parliament and the Council on the Functioning of the Safe Harbour from the Perspective of EU Citizens and Companies Established in the EU ([COM\(2013\) 847 final](#)), p. 16).

La sentenza si inquadra nella più ampia tendenza, invalsa nell'Unione europea, che considera l'ordinamento giuridico statunitense inidoneo a garantire la salvaguardia del diritto alla *privacy* individuale. In effetti, i numerosi accordi tra Unione europea e Stati Uniti, regolanti tanto il trasferimento dei dati dei passeggeri aerei quanto la trasmissione dei dati bancari e finanziari tra le due sponde dell'Atlantico, adottati tra il 2004 e il 2010, sono stati fortemente criticati dalle autorità europee per la protezione dei dati, perché giudicati *non* in grado di assicurare l'osservanza dei principi UE in materia di tutela delle informazioni di carattere personale (v.: Gruppo di Lavoro "Articolo 29", [Parere 5/2007](#); Garante europeo della protezione dei dati, [Parere 2010](#)).

Con la sentenza *Schrems*, dunque, i giudici di Lussemburgo, decidendo l'invalidità del sistema di *Safe Harbour*, chiudono il cerchio. Ovvero: ergendosi a custodi della tutela della *privacy* e dei dati personali in Europa (conformemente alla sentenza del 2014, in cui è stata rilevata la invalidità del sistema della *data retention* indiscriminata e duratura; [C-293/12](#) e [C-594/12](#), cit.), essi affermano, in definitiva, la necessità che i trasferimenti delle informazioni personali tra Unione europea e Stati Uniti siano in-

formati alla effettiva osservanza dei principi della normativa europea, primaria e secondaria.

Quanto, infine, agli effetti estrinseci di tale pronuncia, la sua adozione implica non solo una potenziale accelerazione della riforma della normativa europea sulla protezione dei dati (nel 2012 la Commissione ha predisposto un pacchetto al riguardo), ma anche la ridefinizione delle modalità di trasferimento delle informazioni personali dall'Unione europea agli Stati Uniti. Nel corso degli anni, è stata ventilata la prospettiva di un accordo internazionale regolante detto trasferimento. La predisposizione di un trattato di tal genere, inteso a disciplinare, nonché a ridurre, le differenze tra UE e USA, potrebbe costituire una soluzione adeguata, a patto, però, che sia preventivamente preceduta da una modifica sostanziale della normativa statunitense in materia di *privacy* e di dati personali, idonea a realizzare una tutela equivalente – per dirla con le parole della Corte UE – a quella offerta dall'ordinamento giuridico UE.

24 ottobre 2015

8

Il caso dei Marò

- IRINI PAPANICOLOPULU Caso Marò: l'Italia chiede misure provvisorie ai giudici internazionali (per quel che se ne sa)
- MASSIMO LANDO Un sostanziale pareggio: le misure cautelari nel caso *Enrica Lexie*
- ROBERTO VIRZO Ancora sull'ordinanza del Tribunale internazionale del diritto del mare nel caso dell'incidente dell'*Enrica Lexie*
- MARINA CASTELLANETA I Marò e l'Italia: così i ritardi hanno portato a un *flop* nella fase cautelare

Caso Marò: l'Italia chiede misure provvisorie ai giudici internazionali (per quel che se ne sa)

IRINI PAPANICOLOPULU (*)

Dopo anni di negoziati, la vicenda Marò (sulla quale si veda il [post](#) di Enrico Milano) ha preso una nuova svolta, con il recente ricorso dell'Italia ai giudici internazionali. Il 26 giugno, l'Italia ha dato inizio al procedimento per la nomina di un tribunale arbitrale, ai sensi della Convenzione delle Nazioni Unite sul diritto del mare ([UNCLOS](#)). Poche settimane dopo, il 21 luglio, l'Italia ha chiesto al Tribunale internazionale per il diritto del mare (ITLOS) misure provvisorie ai sensi della UNCLOS. Come si legge nel [comunicato stampa](#) del Tribunale, l'Italia chiede le seguenti misure provvisorie:

«(a) India shall refrain from taking or enforcing any judicial or administrative measures against Sergeant Massimiliano Lator-

(*) Università degli Studi di Milano-Bicocca.

re and Sergeant Salvatore Girone in connection with the Enrica Lexie Incident, and from exercising any other form of jurisdiction over the Enrica Lexie Incident; and

(b) India shall take all measures necessary to ensure that restrictions on the liberty, security and movement of the Marines be immediately lifted to enable Sergeant Girone to travel to and remain in Italy and Sergeant Latorre to remain in Italy throughout the duration of the proceedings before the Annex VII Tribunal».

Si tratta del secondo caso in cui uno Stato chiede misure provvisorie all'ITLOS in seguito (anche) all'arresto di persone a bordo di una imbarcazione che batte la sua bandiera. Nel caso *Arctic Sunrise*, l'Olanda aveva chiesto (ed ottenuto) che la Russia liberasse i membri dell'equipaggio di una nave dell'organizzazione Greenpeace, arrestati in seguito ad azioni rivolte contro una piattaforma petrolifera nella zona economica esclusiva della Russia ([ordinanza Arctic Sunrise](#), primo par. del dispositivo).

Gli atti dei due processi che coinvolgono Italia ed India, incluse le domande iniziali (*applications*), non sono ancora pubblici, mentre solo informazioni di fonte giornalistica sono disponibili. Non è dato quindi sapere né le esatte richieste dell'Italia nel merito né eventuali obiezioni dell'India.

In attesa di informazioni che permettano di commentare il caso, è tuttavia possibile svolgere qualche considerazione preliminare circa la richiesta di misure provvisorie. Questo post intende soffermarsi brevemente su alcuni punti che emergono dall'ultima richiesta dell'Italia, quella relativa all'indicazione di misure provvisorie nelle more della costituzione del tribunale arbitrale.

La competenza del Tribunale

Come evidenziano [dichiarazioni diffuse dall'ANSA](#), l'India sembra determinata a contestare la competenza del Tribunale. Può farlo? Certamente sì, dato che qualunque Stato compaia davanti ad un giudice internazionale può contestare la giurisdizione di quest'ultimo. Questo è avvenuto fin dal primo caso di richiesta di misure provvisorie. Nel caso [Saiga n. 2](#), nel quale l'ITLOS era stato chiamato a pronunciarsi anche sul merito della controversia, la Guinea contestò la competenza del Tribunale ad adottare misure provvisorie. Ha possibilità di successo? Questo è più

dubbio.

Per affrontare la questione della competenza del Tribunale, è bene ricordare le caratteristiche principali dello strumento su cui si fonda. La UNCLOS, adottata nel 1982 in seno ad una apposita conferenza convocata dalle Nazioni Unite, ha come ultimo obiettivo quello di regolare tutte le attività che hanno luogo in mare. A tal fine, la Convenzione non solo contiene numerosi principi e norme di dettaglio che disciplinano nella sostanza queste attività, ma crea anche un complesso istituzionale preposto alla loro effettiva applicazione.

Parte integrante di questo complesso è la Parte XV, dedicata alla soluzione delle controversie. In maniera innovativa per l'epoca in cui fu adottata, la UNCLOS infatti prevede la giurisdizione obbligatoria dei giudici da essa individuati (art. 286). Ciò comporta che tali giudici – a seconda dei casi, la Corte internazionale di giustizia, il Tribunale internazionale per il diritto del mare o un tribunale arbitrale appositamente costituito – possono decidere una questione su richiesta di una sola parte. Tale competenza è stata vista fin da principio come parte integrante e necessaria della Convenzione, in quanto era evidente che le norme in essa contenute sarebbero state di difficile applicazione in assenza di un giudice competente.

Come ogni innovazione basata su nobili aspirazioni, anche questa dovette scontrarsi con problemi pratici e con la diffidenza degli stati nei confronti di un sistema di soluzione delle controversie diverso da quello allora operante e basato sulla soluzione diplomatica. Da ciò naquero una serie di eccezioni elencate agli articoli 297 e 298 UNCLOS. Tuttavia, il desiderio di favorire la soluzione giudiziale delle controversie, ed in particolare di rafforzare il ruolo del nascento ITLOS, si espresse nell'adozione di alcune procedure che rendono obbligatoria la competenza di quest'ultimo: la procedura di pronto rilascio di navi arrestate (art. 292), e la procedura per l'indicazione di misure provvisorie (art. 290), specialmente dell'ITLOS, nelle more della costituzione di un tribunale arbitrale (art. 290, par. 5). Quest'ultimo è il nostro caso.

Da questa brevissima sintesi si ricavano due elementi importanti. Primo, la soluzione giudiziale era, già nelle intenzioni di coloro che adottarono la Convenzione, il mezzo preferibile per la soluzione delle controversie tra Stati. Secondo, la competenza del Tribunale in materia di misure provvisorie è uno dei pochi casi di competenza obbligatoria del Tribunale stesso. È quindi

difficile che il Tribunale – la cui composizione, non si dimentichi, comprende a tutt’oggi alcuni dei negoziatori della UNCLOS – rinunci facilmente all’esercizio della sua giurisdizione. Tant’è che il Tribunale ha sempre deciso a favore della sua competenza, anche nei casi in cui questa era contestata (si veda, da ultimo l’[ordinanza](#) nel caso *Arctic Sunrise*) e anche quando decise che non vi fosse necessità di misure provvisorie, come nel caso [M/V Louisa](#).

I requisiti per l’adozione di misure provvisorie

Come il caso *M/V Louisa* insegna, un conto è stabilire che il Tribunale abbia competenza a considerare richieste di misure provvisorie, un altro è argomentare a favore dell’adozione delle misure stesse. Occorre quindi valutare quali sono i requisiti per l’adozione di queste misure. Solo così è possibile avanzare qualche considerazione sul merito di questa richiesta.

Le misure provvisorie *ex art. 290, par. 5, UNCLOS* sono peculiari, in quanto sono doppiamente provvisorie. *In primis*, perchè esse si applicano provvisoriamente, prima della decisione della controversia. Poi, perchè esse vincolano le parti solo fino a quando il tribunale arbitrale, cui compete la decisione del merito, non sia stato costituito. A quel punto, il tribunale arbitrale può confermare, modificare o terminare tali misure (v. per esempio la [decisione](#) del tribunale arbitrale nel caso *MOX*).

Il testo dell’art. 290 e la giurisprudenza internazionale richiedono univocamente alcuni requisiti per l’adozione delle misure provvisorie. In particolare:

1. Le misure provvisorie sono facoltative, implicando, dunque, una certa discrezionalità da parte del giudice. L’uso del verbo «may» nell’art. 290 lo conferma.

2. Il Tribunale deve essere soddisfatto che il giudice del merito abbia almeno *prima facie* giurisdizione (v. da ultimo [ordinanza](#) nel caso *Arctic Sunrise*, par. 58). In pratica, il livello di convincimento richiesto è particolarmente basso. Questo non pregiudica una diversa conclusione del tribunale arbitrale, come è effettivamente successo nel caso *Southern Bluefin Tuna* (v., rispettivamente, [ordinanza ITLOS](#) e [ordinanza del tribunale arbitrale](#), par. 66).

3. Vi deve essere urgenza. Come il primo paragrafo dell’art. 290 specifica, l’urgenza deve riguardare la salvaguardia dei rispettivi diritti rivendicati dalle parti. Questo requisito, nel caso di misure *ex art. 290, par. 5*, va letto nel senso che l’urgenza deve

riguardare non l'intero periodo del processo, che spesso dura anni, ma quel periodo più breve che è richiesto per la costituzione del tribunale arbitrale. L'urgenza va valutata alla luce degli elementi di ogni singolo caso ([ordinanza](#) del Tribunale nel caso *Ghana/Costa d'Avorio*, par. 42).

4. Infine, il rischio paventato deve essere reale ed imminente e deve poter creare pregiudizio irreparabile agli interessi di una o di entrambe le parti (*ibidem*). Anche questi ultimi elementi vanno valutati alla luce del caso concreto.

Come si applicano questi requisiti al caso della *Enrica Lexie*? Non è facile dare risposta, non essendo possibile valutare la richiesta nel merito dell'Italia, dato che essa non è pubblica. Supponendo tuttavia che l'Italia, nella fase di merito, intenda contestare la legittimità dell'esercizio di poteri giurisdizionali da parte dell'India (che, immagino, includerebbero sia l'arresto, in quanto attività di *enforcement*, sia l'esercizio di attività giudiziaria da parte dei tribunali indiani) è possibile svolgere alcune considerazioni.

Partendo dal rischio di danno irreparabile, questo sembrerebbe piuttosto chiaro. Se la tesi dell'Italia è che essa, e non l'India, può giudicare i due marò, un eventuale giudizio in India non solo violerebbe i poteri spettanti all'Italia in base al diritto internazionale, ma potrebbe addirittura precludere l'esercizio di tali poteri in futuro, in virtù del principio *ne bis in idem*. In più, la continua detenzione (o comunque limitazione alla libertà personale) preventiva imposta ai due potrebbe costituire una violazione dei diritti umani, argomento cui il Tribunale sembra prestare particolare attenzione nei casi più recenti ([ordinanza](#) *Arctic Sunrise*, par. 87).

Considerazioni simili si applicano per quel che riguarda l'urgenza delle misure. È chiaro che solo la sospensione dei processi attualmente in corso in India permetterebbe di evitare una decisione pregiudizievole per i motivi sopra ricordati. Tale esigenza sembrerebbe sentita anche dalla Corte Suprema dell'India, che avrebbe [accettato la sospensione](#), in attesa della decisione dei giudici internazionali.

Il punto più complesso, ed anche quello più difficile da valutare in assenza di atti del processo, riguarda l'esistenza di giurisdizione *prima facie*. Una domanda da parte dell'Italia che tenda all'interpretazione delle norme del diritto del mare circa l'esercizio della giurisdizione penale per atti compiuti da persone a bordo di imbarcazione sembra indubbiamente rientrare tra le

questioni relative alla “interpretazione e applicazione” dell’UNCLOS, e come tale rientrerebbe nella competenza dei giudici identificati nella Parte XV UNCLOS a pieno diritto, in base all’art. 288, par. 1. Si tratterebbe quindi di valutare se vi siano eccezioni (*ex artt. 297 e 298*) che non permettano, nemmeno *prima facie*, di stabilire la competenza del tribunale arbitrale.

Quali misure?

Dall’analisi precedente, sembrerebbe quasi certo che il Tribunale si dichiari competente e potrebbe considerarsi probabile che esso decida di indicare alle parti delle misure provvisorie. Come anticipato all’inizio di questo post, l’Italia ha chiesto due tipi di misure: l’interruzione di tutti i procedimenti, giudiziari e amministrativi, e la piena liberazione dei due marò.

Sembrerebbe non esserci dubbio circa la validità della prima richiesta. Tale misura sembra invero già adombrata dalla Corte suprema dell’India e sarebbe in linea con quelle che sono norme generalmente condivise da più sistemi giuridici in materia di liti-spendenza.

La seconda richiesta invece potrebbe riservare qualche sorpresa. La discrezionalità in materia di misure provvisorie si traduce nella possibilità del giudice di prescrivere misure provvisorie diverse e/o aggiuntive rispetto a quelle richieste. Invero, i giudici internazionali, incluso il Tribunale, hanno spesso usato di questa discrezione. Nel caso *Arctic Sunrise*, che presenta maggiori punti di contatto con il caso di specie, il Tribunale infatti decise di sottoporre il rilascio delle persone detenute dalla Russia al versamento di una somma di cauzione ([ordinanza Arctic Sunrise](#), parr. 94-96). È verosimile che, qualora il Tribunale decida di concedere misure provvisorie, esso opti per una soluzione simile.

I giudici internazionali hanno inoltre spesso attribuito peso alle dichiarazioni unilaterali degli Stati. Se l’Italia dovesse dichiarare che, qualora il tribunale arbitrale dovesse decidere a favore della giurisdizione indiana, essa farebbe rientrare i due marò in India perchè siano processati, questa potrebbe essere considerata dal Tribunale come una promessa, complementare rispetto ad eventuali misure provvisorie decise.

Viceversa, una analoga dichiarazione da parte dell’India potrebbe non ricevere lo stesso trattamento, in quanto essa sarebbe idonea a recare pregiudizio sia all’Italia, che ai due individui coinvolti, limitando loro il godimento di diritti fondamentali. Sa-

rà interessante vedere fino a che punto l'ITLOS seguirà il *trend* recente che lo vede sempre più impegnato non solo nell'applicazione di norme internazionali interstatali, ma anche nella salvaguardia, seppur indiretta, di diritti individuali. Questa, però, è materia per un altro post...

29 luglio 2015

Un sostanziale pareggio: le misure cautelari nel caso *Enrica Lexie*

MASSIMO LANDO (†)

L'ordinanza sulle misure cautelari [nel caso *Enrica Lexie*](#) (sul quale il precedente post di [Irina Papanicolopulu](#)) vince la palma come ordinanza più controversa nella storia del Tribunale internazionale del diritto del mare (ITLOS o il Tribunale). Il Tribunale non è mai stato così diviso nel prescrivere misure cautelari, con una maggioranza di “soli” 15 voti favorevoli a fronte di 6 contrari. L'ordinanza ha battuto il precedente record di quattro opinioni dissenzianti in un provvedimento analogo, detenuto dal [caso *M/V Louisa*](#): infatti, ben cinque giudici si sono espressi in aperto dissenso con la maggioranza (i giudici Bouguetaia, Rao, Ndiaye, Lucky e Heidar).

Il caso *Enrica Lexie* (v. i precedenti post di [Annalisa Ciampi](#) ed [Enrico Milano](#)) riguarda l'incidente avvenuto il 15 febbraio 2012 nella zona economica esclusiva (ZEE) dell'India, a circa 20 miglia nautiche dalla costa, in cui due pescatori indiani sono stati uccisi da due marò italiani che si trovavano a bordo della petroliera *Enrica Lexie*, di bandiera italiana. Dopo l'arresto dei due marò da parte delle autorità indiane, l'incidente si è evoluto in una controversia internazionale riguardante l'esercizio della giurisdizione penale. L'Italia può asserire la propria giurisdizione esclusiva sull'*Enrica Lexie*? L'India può vantare giurisdizione concorrente, sulla base del fatto che due suoi cittadini sono stati uccisi nell'incidente? Queste sono le questioni sul merito che il tribunale arbitrale dovrà decidere una volta costituito secondo

(†) Università di Cambridge.

l'Annesso VII della Convenzione delle Nazioni Unite sul diritto del mare ([UNCLOS](#) o la Convenzione).

Per ciò che riguarda la fase cautelare, si può dire che si sia risolta in un sostanziale pareggio tra Italia e India, con una sola delle due misure richieste dall'Italia accolta dall'ITLOS. L'Italia aveva richiesto che l'ITLOS prescrivesse all'India sia di sospendere i procedimenti penali sull'incidente, sia di permettere il ritorno in Italia dei marò (par. 29 dell'ordinanza). Tuttavia, il Tribunale ha prescritto che:

«Italy and India shall both suspend all court proceedings and shall refrain from initiating new ones which might aggravate or extend the dispute submitted to the Annex VII arbitral tribunal or might jeopardize or prejudice the carrying out of any decision which the arbitral tribunal may render» (par. 141(1) dell'ordinanza).

In sostanza, mentre l'Italia ha ottenuto di impedire il proseguimento dei procedimenti giudiziari presso le corti indiane, l'India ha ottenuto di poter impedire ai marò il ritorno in Italia.

L'articolo 290, par. 5, UNCLOS, nell'attribuire all'ITLOS la competenza a prescrivere misure cautelari in pendenza della costituzione del tribunale arbitrale competente sul merito, richiede che certi requisiti siano soddisfatti perché essa possa essere esercitata: (i) la giurisdizione *prima facie* del non ancora costituito tribunale arbitrale, (ii) il rischio di pregiudizio irreparabile ai diritti delle parti pendente la costituzione del tribunale arbitrale, e (iii) l'urgenza. A tali requisiti, la giurisprudenza recente del Tribunale ha aggiunto anche il *fumus boni iuris*, seguendo un'evoluzione della giurisprudenza della Corte internazionale di giustizia (CIG) iniziata con il [caso *Pulp Mills*](#).

Quanto alla giurisdizione *prima facie* del tribunale arbitrale, l'articolo 288 UNCLOS afferma che la corte o tribunale competente secondo l'articolo 287 ha giurisdizione rispetto a ogni controversia «concerning the interpretation or application of th[e] Convention». Durante il procedimento cautelare, l'Italia ha affermato che il tribunale arbitrale sarà chiamato a decidere circa l'interpretazione e l'applicazione di non meno di 12 articoli della Convenzione (par. 38 dell'ordinanza), riguardanti la giurisdizione penale degli stati nelle acque territoriali e nella zona contigua (articoli 27-33), la libertà di navigazione della ZEE (articoli 56-58), la libertà di navigazione nell'alto mare (articoli 87-89) e i

diritti ed obblighi degli stati nelle acque internazionali (articoli 92, 94 e 97). Gli articoli sulla navigazione nell'alto mare sono invocati con riferimento alla ZEE, in virtù dell'articolo 58(2) della Convenzione, secondo il quale il regime delle acque internazionali si applica anche alla ZEE fintantoché compatibile con le norme che disciplinano quest'ultima. È interessante notare che l'Italia ha invocato l'articolo 97 il quale, disciplinando l'ipotesi di collisione tra navi e incidenti della navigazione, sembra di primo acchito non essere pertinente nel caso *Enrica Lexie*. Secondo l'articolo 97, par. 1, UNCLOS:

«[i]n the event of a collision or any other incident of navigation concerning a ship on the high seas, involving the penal or disciplinary responsibility of the master or of any other person in the service of the ship, no penal or disciplinary proceedings may be instituted against such person except before the judicial or administrative authorities either of the flag State or of the State of which such person is a national».

L'invocazione dell'articolo 97 si sarebbe resa necessaria per stabilire un collegamento tra l'incidente avvenuto al largo delle acque indiane e l'immunità dei marò italiani; tuttavia, l'Italia non è stata completamente chiara sull'immunità, in quanto ha dichiarato che i marò sono immuni non in virtù dell'articolo 97, ma in quanto membri delle forze armate italiane. Infatti, l'articolo 97 non fa riferimento alle forze armate, ma solo a incidenti di navigazione che potrebbero far sorgere la responsabilità penale di un membro dell'equipaggio della nave. In tali casi, lo stato di cui la nave batte bandiera e lo stato di cui la persona che ha commesso il fatto di reato è cittadina hanno giurisdizione esclusiva per giudicare del fatto penalmente rilevante. Nel caso *Enrica Lexie*, si tratta dell'Italia in entrambi i casi. Tuttavia, riferendosi all'immunità delle forze armate, l'Italia ha invocato una norma consuetudinaria e non una norma della Convenzione. L'immunità invocata dall'Italia è stata contestata dall'India, secondo la quale tale questione non sussiste poiché l'*Enrica Lexie* non è una nave da guerra, ma una nave dedicata ad attività commerciali. L'India confonde l'articolo 32 della Convenzione con l'articolo 97 invocato dall'Italia: mentre il primo, prendendo atto del diritto consuetudinario esistente (*ARA Libertad*, [opinione](#) individuale dei giudici Wolfrum e Cot, par. 49-50), afferma che la Convenzione non pregiudica l'immunità di cui le navi da guerra

godono in diritto consuetudinario, il secondo tratta più in generale di «collision or any other incident of navigation concerning a ship on the high seas», senza specificare che una nave da guerra debba essere coinvolta. L'India sembra aver perso di vista l'ambito di applicazione delle due norme, la prima delle quali non è stata (giustamente) invocata dall'Italia. L'ITLOS ha basato la conclusione che il tribunale arbitrale ha giurisdizione *prima facie* sull'apprezzamento del fatto che una controversia esiste tra le parti circa l'interpretazione e l'applicazione di vari articoli della Convenzione: dato che una controversia di tale natura esiste, il tribunale arbitrale ha, *prima facie*, giurisdizione per decidere sull'interpretazione e sull'applicazione delle norme della Convenzione invocate dalle parti. È interessante notare come il Tribunale non abbia argomentato il punto in questione, ma sia stato piuttosto *tranchant* nella sua conclusione sulla giurisdizione *prima facie*, raggiunta in soli due paragrafi (par. 53-54 dell'ordinanza).

La questione della giurisdizione *prima facie* è legata a quella del *fumus boni iuris*. Dato che la giurisdizione nel sistema dell'UNCLOS può esercitarsi solo per l'interpretazione e applicazione delle norme della Convenzione stessa, stabilire l'esistenza della giurisdizione *prima facie* significa affermare, almeno provvisoriamente, che i diritti invocati in sede cautelare esistono nel sistema della Convenzione. L'accertamento del *fumus boni iuris*, riguardante la possibilità che la parte richiedente le misure cautelari sia vittoriosa sul merito, ne sarebbe una conseguenza ([opinione](#) dissenziente del giudice Heidar, par. 18). Occorre notare che il requisito del *fumus* non è espressamente previsto né nella Convenzione, né nel Regolamento di procedura del Tribunale. Questo requisito è stato infatti introdotto per via giurisprudenziale dall'ITLOS solo recentemente, nell'ordinanza cautelare nel caso *Ghana/Costa d'Avorio* ([ordinanza](#) cautelare del 25 aprile 2015, par. 58), probabilmente a seguito della sua introduzione nella giurisprudenza della CIG nell'ultimo decennio. Non a caso, la Camera speciale del Tribunale con il mandato di decidere la controversia tra il Ghana e la Costa d'Avorio comprende anche il Presidente della CIG, Ronny Abraham, che nel caso *Pulp Mills* ha per primo iniziato il dibattito sul requisito del *fumus* in relazione alle misure cautelari in diritto internazionale ([opinione](#) individuale del giudice Abraham, par. 9-10). Si potrebbe dubitare dell'opportunità di introdurre una considerazione del *fumus boni iuris* nella giurisprudenza dell'ITLOS e nella giu-

risprudenza internazionale più in generale: il problema che tale requisito pone è quello di pregiudicare la controversia nella fase cautelare. Mentre il *fumus* è un requisito giustificato nei sistemi di diritto interno, dove la giurisdizione delle corti è obbligatoria, è meno opportuno nel diritto internazionale, dove la giurisdizione è basata sul consenso statale, il quale non verrebbe dato se uno stato si aspettasse che il merito della controversia possa essere pregiudicato nella fase cautelare.

Il secondo requisito per la prescrizione di misure cautelari è la presenza di un rischio di pregiudizio irreparabile ai diritti delle parti in causa. Diversamente dall'articolo 41 dello [Statuto della CIG](#), nel caso dell'articolo 290, par. 5, UNCLOS è espressamente previsto che le misure cautelari devono proteggere da pregiudizio irreparabile i diritti di entrambe le parti e non solo della parte richiedente la misura. Mentre l'Italia ha invocato il rischio di pregiudizio al suo diritto di esercitare giurisdizione esclusiva sul caso dell'*Enrica Lexie* e al suo diritto di godere dell'immunità delle proprie forze armate (par. 76 dell'ordinanza), l'India ha affermato che l'uccisione di due suoi cittadini le conferisce il diritto di esercitare giurisdizione penale sull'incidente (par. 79 dell'ordinanza). Il Tribunale ha affermato che la situazione creatasi tra le parti circa l'esercizio di giurisdizione sull'incidente è tale da richiedere un'azione del Tribunale per proteggere i diritti di entrambe (par. 107 dell'ordinanza).

La questione del pregiudizio irreparabile, su cui il Tribunale non si è dilungato, potrebbe essere stata, e potrebbe ancora essere nella fase di merito davanti al tribunale arbitrale, il punto debole del caso italiano ([opinione](#) dissenziente del giudice Ndiaye, par. 35). Non si può fare a meno di notare la somiglianza tra il caso *Enrica Lexie* e il [caso](#) che nel 2013 ha visto Timor Est chiedere misure cautelari alla CIG contro l'Australia. In quest'ultimo caso, Timor Est aveva chiesto alla CIG di indicare misure cautelari per evitare che l'Australia potesse servirsi di documenti riservati sottratti all'avvocato di Timor Est a Canberra da agenti australiani e riguardanti [l'arbitrato in corso tra i due Paesi](#). Nonostante l'Australia avesse dichiarato che non avrebbe utilizzato i documenti sottratti se non per motivi di sicurezza nazionale, la CIG decise di indicare misure cautelari imponendo all'Australia di custodire i documenti sottratti senza servirsene: la dichiarazione unilaterale dell'Australia, seppur fonte di un obbligo internazionale per l'Australia stessa, non dissipava completamente il rischio di pregiudizio irreparabile ai diritti di Timor Est. Simili

dichiarazioni unilaterali sono state fatte anche dall'India nel caso *Enrica Lexie* (par. 129 dell'ordinanza). Tuttavia, mentre la CIG, nella sua decisione, pare aver dato importanza alle dichiarazioni unilaterali dell'Australia, il Tribunale non sembra aver dato troppo peso alle dichiarazioni dell'India. L'ITLOS avrebbe potuto decidere diversamente, affermando che le dichiarazioni unilaterali dell'India creano un obbligo internazionale a carico dell'India stessa, e che, di conseguenza, il rischio di pregiudizio irreparabile non sussiste. In tal modo, l'ITLOS avrebbe seguito la decisione della CIG nel caso degli *Esperimenti nucleari*, dove la CIG dichiarò la controversia tra la Francia, l'Australia e la Nuova Zelanda inesistente alla luce degli obblighi internazionali di fermare gli esperimenti nucleari atmosferici nel Pacifico assunti per via unilaterale dalla Francia. Ciò avrebbe portato l'ITLOS a rifiutare la prescrizione di misure cautelari. Nell'affrontare il problema delle dichiarazioni unilaterali dell'India, il Tribunale ha seguito l'impostazione della CIG nel caso tra Timor Est e l'Australia, dove la CIG ha indicato misure cautelari a favore di Timor Est, ma senza completamente soddisfare la richiesta di Timor Est di far pervenire i documenti alla CIG stessa affinché li custodisse fino alla fine del procedimento contro l'Australia. Data la decisione simile da parte dell'ITLOS, si può ipotizzare che quest'ultimo abbia guardato alla recente giurisprudenza della CIG e, nonostante non si sia dilungato sulle dichiarazioni unilaterali, le abbia prese in dovuta considerazione in sede di deliberazione.

Nel caso *Enrica Lexie* l'urgenza è stata il requisito più controverso: vari giudici hanno dissentito su tale punto ([opinione](#) dissenziente del giudice Rao, par. 13; [opinione](#) dissenziente del giudice Bouguetaia, par. 19; [opinione](#) dissenziente del giudice Heidar, par. 16). I giudici in questione hanno affermato che l'assenza di urgenza nella richiesta italiana è dimostrata dal fatto che procedimenti giudiziari in India riguardanti l'Enrica Lexie sono in corso da più di tre anni. I tre anni intercorsi tra l'incidente e la richiesta di misure cautelari sono un periodo abbastanza lungo, capace di dimostrare che l'Italia non ha mai sentito l'urgenza di proteggere i propri diritti sul piano internazionale. Tuttavia, sul piano giuridico la questione è diversa. È plausibile che l'Italia abbia voluto percorrere tutte le vie possibili sul piano del negoziato prima di adire un'istanza giudiziaria internazionale. Inoltre, l'Italia potrebbe aver atteso un congruo periodo di tempo prima di chiedere la costituzione di un tribunale arbitra-

le al fine di non incorrere in una pronuncia di inammissibilità per non aver soddisfatto i requisiti di previo negoziato imposti dall'articolo 283 UNCLOS (sul tema, si veda l'[ordinanza](#) cautelare dell'ITLOS nel caso *Malesia c. Singapore*, par. 33-51). Sembra che i giudici dissenzienti si siano concentrati solo sul lasso di tempo, certo cospicuo, intercorso tra l'incidente e la richiesta di misure cautelari, senza considerare i motivi per cui l'Italia avrebbe esperito il rimedio cautelare solo a tre anni di distanza dall'incidente.

È interessante notare che l'India ha invocato un diverso standard di urgenza a proposito delle misure cautelari richieste secondo l'articolo 290, par. 5, UNCLOS rispetto allo standard di urgenza richiesto dall'articolo 290, par. 1, UNCLOS (par. 100 dell'ordinanza). Tale distinzione, evocata dal giudice Heidar (par. 7 della sua [opinione](#) dissenziente), non è stata menzionata dal Tribunale nell'ordinanza cautelare. Mentre il par. 1 riguarda le misure cautelari richieste all'ITLOS quando lo stesso è anche competente a conoscere del merito della controversia, il par. 5 riguarda le misure cautelari richieste all'ITLOS quando competente a decidere del merito della controversia è un tribunale arbitrale *ad hoc*, come nel caso in esame. In effetti, una differenza importante esiste tra le misure cautelari secondo i paragrafi 1 e 5: mentre nel primo caso l'istanza giudiziaria a cui la decisione sul merito è stata richiesta è già presente e operante, nel secondo caso si tratta di un tribunale arbitrale *ad hoc*, la cui costituzione può esigere mesi di negoziato. Ciò, però, non giustifica la presenza di due diversi standard di urgenza nell'uno e nell'altro caso. In entrambe le situazioni ci si trova davanti a una richiesta per la risoluzione giudiziale di una controversia tra stati. Secondo il meccanismo dell'articolo 287 UNCLOS, l'arbitrato è talvolta l'unica via percorribile, come nel caso *Enrica Lexie*. Maggiori oneri non dovrebbero essere imposti agli stati a seconda del mezzo di risoluzione delle controversie invocabile per proteggere i loro diritti in via giudiziale. A maggior ragione, ciò non dovrebbe essere possibile quando gli stati non possono scegliere *ex post* a quale organo deferire la propria controversia. L'articolo 290, par. 5, UNCLOS intende assicurare che il fatto che il mezzo per la risoluzione delle controversie sia un tribunale arbitrale non porti pregiudizio ai diritti *sub iudice*, equiparando, per quanto concerne la tutela cautelare, un procedimento arbitrale a uno davanti all'ITLOS. Imporre uno standard d'urgenza più restrittivo comporterebbe rendere erroneamente più difficile la tutela caute-

lare dei diritti *sub iudice*.

Il Tribunale internazionale del diritto del mare non è una corte per i diritti umani. La richiesta dell'Italia di ordinare il rimpatrio dei due marò avrebbe potuto avere maggiore successo se la Convenzione riguardasse anche questioni attinenti ai diritti umani. Infatti, in quel caso l'Italia avrebbe potuto mettere in risalto che i marò sono stati sottoposti a misure restrittive della libertà personale senza che l'India abbia presentato delle accuse nei loro confronti nel corso di un procedimento penale. Se l'UNCLOS disciplinasse tali questioni attinenti ai diritti umani (v. artt. 5-6 della Convenzione europea dei diritti umani), l'Italia avrebbe potuto ottenere la liberazione dei due marò. Tuttavia, l'UNCLOS non disciplina questioni di tale natura. Si noti, al tempo stesso, che il Tribunale si è comunque mostrato conscio degli aspetti umanitari del caso a lui sottoposto (par. 133-135 dell'ordinanza). L'ITLOS ha prescritto misure cautelari adeguate al caso di specie, rimanendo nei limiti della giurisdizione che la Convenzione gli attribuisce. La cautela del Tribunale nel caso *Enrica Lexie* può essere vista come una conseguenza dell'attenzione del Tribunale stesso alle critiche che gli sono state mosse dopo la decisione del caso *Arctic Sunrise*, dove l'ITLOS aveva disposto il rilascio delle persone detenute in Russia a seguito di un'ispezione da parte delle autorità russe a bordo di una nave olandese (*Arctic Sunrise*, [ordinanza](#) del 22 novembre 2013, par. 105; v. anche il [lodo](#) del Tribunale arbitrale sul merito del 14 agosto 2015).

L'ordinanza cautelare nel caso *Enrica Lexie* si è conclusa in modo piuttosto positivo per l'Italia, la quale ha ottenuto una delle due misure richieste. L'Italia avrebbe potuto incorrere in maggiori problemi, data la possibilità che il Tribunale decidesse contro l'esistenza del pregiudizio irreparabile alla luce delle dichiarazioni unilaterali dell'India. Al tempo stesso, la fase cautelare può dirsi conclusa positivamente anche per l'India, la quale aveva già sospeso i procedimenti penali presso le sue corti interne: per l'India, l'ordinanza non fa altro che mantenere lo *status quo*. Come si è detto nell'*incipit* del commento, l'ordinanza si è risolta in un sostanziale pareggio. Tuttavia, non si può fare a meno di ipotizzare che forse l'India è uscita dalla fase cautelare più soddisfatta dell'Italia.

29 agosto 2015

Ancora sull'ordinanza del Tribunale internazionale del diritto del mare nel caso dell'incidente dell'*Enrica Lexie*

ROBERTO VIRZO (*)

I principali profili dell'[ordinanza del 24 agosto 2015](#) resa nel caso relativo all'*Incidente dell'“Enrica Lexie” (Italia c. India)* del 24 agosto 2015 sono stati già commentati in questo blog da [Massimo Lando](#). Propongo qualche ulteriore spunto di riflessione che la pronuncia del Tribunale internazionale del diritto del mare (il Tribunale o ITLOS) offre.

Il primo di essi attiene alle funzioni alle quali il Tribunale ha ritenuto debbano assolvere le misure cautelari che ha prescritto ai sensi dell'art. 290, par. 5 della Convenzione delle Nazioni Unite sul diritto del mare (Convenzione o UNCLOS).

È opportuno al riguardo riprendere il punto 1 del Dispositivo:

«The Tribunal, (1) by 15 votes to 6, Prescribes (...): Italy and India shall both suspend all court proceedings and shall refrain from initiating new ones which might aggravate or extend the dispute submitted to the Annex VII arbitral tribunal or might jeopardize or prejudice the carrying out of any decision which the tribunal may render».

Alla finalità di preservare i diritti rispettivi delle parti in controversia, prevista espressamente dall'art. 290, par. 1, UNCLOS

(*) Università degli Studi del Sannio.

e indicata nei parr. 125-126 dell'ordinanza, il Tribunale ne aggiunge dunque due. Per l'ITLOS, le misure della sospensione dei processi instaurati dinanzi alle giurisdizioni nazionali indiane e italiane e del divieto di iniziarne nuovi sono altresì strumentali ad evitare che la controversia possa inasprirsi o estendersi e che una modificazione della situazione di diritto che si determinerebbe dal proseguimento o dall'avvio di procedimenti nazionali comprometta, se non vanifichi, l'esecuzione di eventuali pronunce del costituendo Tribunale arbitrale.

Non si tratta di una peculiarità di questa ordinanza ed anzi la strumentalità atipica – in quanto non contemplata né dall'UNCLOS né dal regolamento ITLOS – dell'impedire un aggravarsi della controversia può considerarsi una costante nella giurisprudenza del Tribunale di Amburgo in materia cautelare. Ma nel caso di specie, considerata la natura della misura prescritta, peraltro diversa da quella sollecitata dalla parte attrice e disposta ai sensi dell'art. 89, par. 5, del Regolamento ITLOS, le due funzioni attribuite ai provvedimenti provvisori appaiono particolarmente interessanti.

Partendo dalla necessità di evitare che il tribunale arbitrale, del quale l'ITLOS ritiene sussista la competenza *prima facie*, decida sulla giurisdizione nel caso dell'*incidente dell'Enrica Lexie*, dopo che una o entrambe le parti l'abbiano già affermata o abbiano già cominciato ad esercitarla, occorre anzitutto osservare che siffatta funzione della misura cautelare è collegata con quella della salvaguardia dei diritti rispettivi delle parti. Il maggiore pericolo che si vuole qui neutralizzare è, cioè, che, stante la fisiologica durata del procedimento arbitrale ai sensi dell'allegato VII della Convenzione, l'eventuale decisione del Tribunale dell'Aja sull'esercizio della giurisdizione in base all'UNCLOS, da parte dell'India o dell'Italia, finisca per essere tardiva per le stesse parti controvertenti. La finalità di cui si sta qui discutendo si estende non solo all'eventuale lodo di merito del tribunale arbitrale, ma a ogni altra ordinanza o sentenza che questo possa emanare. Il punto 1 del dispositivo si riferisce invece a «any decision which the tribunal may render». Una volta costituito, il tribunale arbitrale avrà, ad esempio, anche una competenza cautelare e, ai sensi dell'art. 290, par. 5, UNCLOS, potrà, su domanda di una delle parti, modificare, revocare o confermare le misure cautelari adottate dall'ITLOS. Non è peraltro escluso che venga presentata una istanza in tal senso. Lo Stato attore potrebbe avere interesse a riproporre le domande non accolte dal

Tribunale di Amburgo o a introdurne nuove. Ancora si potrebbe ricorrere al Tribunale arbitrale qualora si pongano questioni di interpretazione relativamente alla portata della misura di sospensione disposta dall'ITLOS. In particolare, non è del tutto pacifico se essa comporti o meno l'automatica proroga del provvedimento di autorizzazione a beneficiare di cure mediche in Italia emesso, nei confronti del fuciliere della Marina italiana Massimiliano Latorre, dalla Corte suprema indiana (da ultimo il 13 luglio 2015).

La motivazione dell'ordinanza suggerisce poi un'ulteriore considerazione a proposito della suddetta finalità. Nel par. 73, l'ITLOS precisa che l'«article 290 of the Convention applies independently of any other procedures that may have been instituted at the domestic level [...] and, if proceedings are instituted at the domestic level, this does not deprive a State of recourse to international proceedings». Il Tribunale di Amburgo è consapevole che procedimenti in qualche modo collegati, poiché scaturiti dal medesimo fatto, ma relativi a controversie diverse, sono pendenti dinanzi a giurisdizioni interne, da un lato, e a organi giurisdizionali e arbitrali previsti dall'UNCLOS, dall'altro. Si tratta di procedimenti paralleli instaurati nell'ambito di due ordinamenti interni e dell'ordinamento internazionale e, per tale ragione, non facilmente coordinabili. Di qui il rischio che si addivenga a giudicati contraddittori, eventualmente preceduti da ordinanze altrettanto contraddittorie. Sicché alla finalità esplicita di non pregiudicare le pronunce del tribunale arbitrale UNCLOS, perseguita attraverso la ricordata misura cautelare della sospensione, è probabilmente sottesa anche quella di impedire il pressoché contestuale svolgimento di procedimenti paralleli.

Quanto all'obiettivo di non aggravare o estendere la controversia in relazione alla quale è disposta la misura cautelare, si è già accennato che si tratta di una funzione non indicata espressamente dall'UNCLOS o dal Regolamento ITLOS, ma che il Tribunale è solito attribuire alle sue misure provvisorie. A partire dalla pronuncia dell'11 marzo 1998 nel [caso](#) *M/V "SAIGA"* (No. 2) (*Saint Vincent e Grenadine c. Guinea*), *misure provvisorie*, punto 2 del dispositivo e par. 44 della motivazione, in tutte le ordinanze in cui ha concesso misure cautelari, il Tribunale ha ritenuto opportuno fondarne la prescrizione anche su siffatta esigenza.

In ciò si ravvisa una differenza con la giurisprudenza della Corte internazionale di giustizia in materia cautelare. Mentre

quest'ultima dispone misure provvisorie volte a evitare l'aggravamento o l'estensione della controversia solo quando le specifiche circostanze del caso lo giustificano (vedi, per un esempio, l'ordinanza sulle misure provvisorie del 18 luglio 2011 nell'[affare](#) relativo alla *Domanda di interpretazione della sentenza del 15 giugno 1962 nel caso relativo al Tempio di Preah Vihear (Cambogia c. Thailandia)*, par. 59 e 69, punto B4), l'ITLOS ritiene sempre essenziale ribadire la funzione poc'anzi sottolineata.

Del resto, avendo ben chiaro che la sua principale missione consiste nel contribuire al regolamento delle controversie internazionali per le quali è adito (vedi al riguardo il par. 391 della sentenza del Tribunale del 14 marzo 2012 nel [caso](#) della *Controversia concernente la delimitazione del confine marittimo tra Bangladesh e Birmania nel Golfo del Bengala*), l'ITLOS, pure nell'ambito del processo cautelare *ex art. 290 UNCLOS* (poco rileva se come giudice investito del merito della controversia oppure competente solo nelle more della costituzione di un tribunale arbitrale), cerca di individuare i rimedi più appropriati, tra l'altro, per evitare l'inasprimento della controversia.

Ciò può comportare che, anche qualora il Tribunale non possa prescrivere obblighi positivi di cooperazione, le parti sappiano approfittare del mero obbligo negativo di non aggravare la controversia, riprendendo o potenziando consultazioni dirette. Una simile circostanza si è verificata, ad esempio, per i casi del *recupero di terra da parte di Singapore nello Stretto di Johor (Malaysia c. Singapore)* e dell'“*Ara Libertad*” (*Argentina c. Ghana*): l'esecuzione delle misure cautelari ordinate dall'ITLOS e i negoziati tra le parti in causa che ne sono scaturiti hanno determinato che le due controversie siano state risolte non già con sentenza, ma tramite accordi.

Anche nell'ordinanza del 24 agosto 2015, poiché la misura provvisoria ha, tra i suoi effetti, quello di stabilire che, salva diversa valutazione del Tribunale arbitrale, debba essere risolta prioritariamente la controversia internazionale sulla giurisdizione in base all'UNCLOS, le parti potrebbero essere indotte, in pendenza del procedimento arbitrale, al parallelo ricorso al negoziato e persuadersi della convenienza di addivenire ad una soluzione concordata. Qualora un nuovo negoziato venga avviato, sarebbe peraltro auspicabile che esso sia diretto a favorire un ampio accordo, prevedendo, ad esempio, le modalità con cui va realizzata, a livello bilaterale, la cooperazione più volte richiesta

dalle organizzazioni internazionali competenti nel contrasto alla pirateria marittima (sull'importanza della cooperazione internazionale in materia, si veda il par. 24 della [Dichiarazione](#) del giudice *ad hoc* Francioni).

Un'ultima, breve riflessione riguarda la questione del rilievo, nell'ambito dell'affare dell'*Incidente dell'“Enrica Lexie”*, delle considerazioni di umanità e della tutela internazionale dei diritti umani. Nell'ordinanza del 24 agosto 2015, l'ITLOS si limita a riaffermare, richiamando la propria giurisprudenza, che considerazioni di umanità si devono applicare al diritto del mare come a qualsiasi settore del diritto internazionale (par. 133) e a dichiararsi conscio («aware») tanto del dolore e delle sofferenze patite dai familiari delle vittime dell'incidente (par. 134), quanto delle conseguenze che il prolungamento delle misure restrittive della libertà stanno cagionando ai due fucilieri della marina italiana e alle loro famiglie (par. 135).

Tuttavia, distaccandosi da sue precedenti pronunce, l'ITLOS non ha ritenuto opportuno chiedere alle parti in causa di conformarsi ad obblighi internazionali sui diritti umani, inclusi quelli inerenti al giusto processo e ha finito per non concedere la seconda misura cautelare sollecitata dall'Italia. Lo Stato attore aveva infatti chiesto all'ITLOS di ordinare all'India la revoca immediata delle misure restrittive della libertà imposte ai due fucilieri della Marina italiana (al riguardo vedi il [commento](#) di Irini Papanicolopulu).

Quali che siano le ragioni per cui il Tribunale di Amburgo è pervenuto a siffatta conclusione (sul punto, si vedano le discordanti tesi sostenute dai giudici che hanno allegato dichiarazioni od opinioni all'ordinanza), c'è da chiedersi se, in caso di riproposizione della domanda, questa non possa essere invece accolta dal Tribunale arbitrale (nell'ipotesi, beninteso, che anch'esso si pronunci per la sussistenza, *prima facie*, della sua competenza). Invero, la misura cautelare della sospensione dei processi instaurati dinanzi agli organi giudiziari nazionali, ordinata dall'ITLOS, e la priorità da accordare alla soluzione della controversia interstatuale sulla giurisdizione in merito all'*Incidente dell'“Enrica Lexie”*, determinano, in primo luogo, che non possa escludersi un danno per lo Stato attore, dovuto all'esercizio della giurisdizione da parte dello Stato convenuto, nel lasso di tempo febbraio 2012-agosto 2015. Inoltre, considerati i tempi necessari alla conclusione del procedimento arbitrale e quelli dell'eventuale, successivo processo penale in uno dei due Stati – nonché il tempo

già trascorso da quando sono state adottate misure restrittive della libertà dei due fucilieri – tali misure appaiano sempre meno conformi alle norme internazionali sui diritti umani, rilevanti in argomento. È da condividere al riguardo la preoccupazione del giudice [Jesus](#): «the detention or restrictions on the movement of persons who wait excessively long to be charged with criminal offenses is, *per se*, a punishment without a trial. In such situations, every day that a person is under detention or subject to restrictions on movement is one day too many to be deprived of his or her liberty» (par. 11 dell'opinione individuale).

Per ovviarvi, il Tribunale arbitrale potrà fare ricorso all'art. 293 UNCLOS ed applicare, attraverso un'interpretazione coordinata, le norme di diritto internazionali non incompatibili con la Convenzione. Tra tali norme sono infatti da annoverare anche quelle inerenti ai diritti umani e all'equo processo. Ciò è confermato, con riferimento agli «international human rights standards», oltre che da autorevole dottrina (tra gli altri, v. [Treves](#), 2010, p. 6), dalla recente [sentenza arbitrale del 14 agosto 2015](#) nel caso relativo all'*Artic Sunrise (Paesi Bassi c. Federazione Russa)*, par. 198.

31 agosto 2015

I Marò e l'Italia: così i ritardi hanno portato a un *flop* nella fase cautelare

MARINA CASTELLANETA (‡)

La tardiva decisione dell'Italia di incamminarsi sulla strada dell'arbitrato internazionale per la soluzione della controversia con l'India nella vicenda *Enrica Lexie*, anche con l'obiettivo di consentire ai due fucilieri italiani, Massimiliano Latorre e Salvatore Girone, di rientrare e rimanere in Italia, non ha, allo stato attuale, raggiunto i risultati sperati. Un parziale fallimento, almeno nella fase cautelare, che si aggiunge agli altri che hanno costellato la controversia con l'India iniziata il 15 febbraio 2012.

Ed invero, l'[ordinanza](#) adottata il 24 agosto dal Tribunale internazionale del diritto del mare mostra che, tra i diversi errori, c'è sicuramente la scelta dei tempi nell'attivazione delle procedure internazionali.

Come già riportato in altri post di SIDIblog (cfr. [Papanicopolu](#) e [Milano](#)), in attesa dell'istituzione del tribunale arbitrale, secondo quanto previsto dalla Convenzione di Montego Bay sul diritto del mare del 1982, ratificata da entrambi i Paesi parti alla controversia, l'Italia, il 21 luglio 2015, ha presentato un'istanza al Tribunale di Amburgo per l'adozione di talune misure cautelari.

In linea con l'art. 290, par. 5, della Convenzione, che consente a ogni parte di richiedere l'adozione di misure cautelari al Tribunale del diritto del mare, il Governo italiano ha cercato di giocare d'anticipo rispetto alla costituzione del tribunale arbitrale, presentando la richiesta di misure provvisorie sulle quali, co-

(‡) Università di Bari «Aldo Moro».

me detto, il 24 agosto, si è pronunciato il Tribunale del diritto del mare, competente unicamente, in pendenza della costituzione di quello arbitrale, sulle misure cautelari che servono a non pregiudicare e a preservare i diritti di entrambe le parti alla controversia in attesa della decisione di merito, dopo un accertamento dell'esistenza della giurisdizione *prima facie* dell'istituendo tribunale arbitrale e dell'urgenza della situazione (si veda, per una lettura positiva dell'ordinanza, sempre qui, lo scritto di [Virzo](#), il quale prospetta la possibilità di un negoziato tra le parti).

Malgrado, a prima vista, il risultato ottenuto con l'ordinanza possa apparire come un «sostanziale pareggio» per le parti in causa (si veda, in questa direzione, [Lando](#)), in realtà, a nostro avviso, è una sconfitta per l'Italia che si è vista rifiutare l'istanza relativa al ritiro di ogni provvedimento restrittivo della libertà personale e al rientro in patria del fuciliere del Battaglione San Marco, Salvatore Girone, ancora in India e alla permanenza in Italia di Massimiliano Latorre che, a seguito dell'ordinanza della Corte suprema indiana del 13 luglio 2015, si trova già a casa per motivi di salute fino al 15 gennaio 2016.

Sul punto relativo alla richiesta della libertà personale, infatti, il Tribunale del diritto del mare ha ritenuto che la concessione della misura potrebbe pregiudicare le decisioni di merito del tribunale arbitrale in via di istituzione, il quale dovrebbe avere la competenza in base all'allegato VII della Convenzione di Montego Bay. In pratica, per il Tribunale, che ha riconosciuto quello arbitrale competente *prima facie* (par. 54), la richiesta italiana è inappropriata perché tocca questioni legate al merito della controversia che non possono essere decise nel procedimento cautelare. Tale conclusione era stata prospettata dall'India secondo la quale la concessione dell'indicata misura «would prejudice the decision of the Annex VII Tribunal or preclude its implementation» (par. 82).

È anche probabile che sulla decisione del Tribunale di Amburgo abbia inciso il ritardo con il quale l'Italia ha attivato i meccanismi internazionali per la soluzione della controversia, che ha reso difficile dimostrare l'urgenza della situazione. Ed infatti, la richiesta italiana non ha retto la prova dell'urgenza e non è bastato appellarsi al precedente dell'[Arctic Sunrise](#). In quell'occasione, d'altra parte, la richiesta della misura cautelare relativa alla liberazione dell'equipaggio di *Greenpeace* era stata presentata dai Paesi Bassi il 21 ottobre 2013, proprio all'indomani del sequestro della nave battente bandiera olandese,

che si trovava nella zona economica esclusiva russa, avvenuto il 19 settembre 2013 e dei provvedimenti restrittivi emessi dalla Russia nei confronti dei 30 componenti della nave (è opportuno ricordare che, sul merito, il Tribunale arbitrale istituito in base all'Allegato VII della Convenzione, con [sentenza](#) del 24 agosto 2015, ha accertato le violazioni della Russia anche in ordine alla mancata esecuzione integrale delle misure cautelari). Una situazione ben diversa da quella dell'*Enrica Lexie*, con l'Italia che ha atteso tre anni e mezzo prima di richiedere le misure cautelari malgrado l'urgenza della liberazione dei due "marò" anche in ragione della circostanza che i due militari italiani erano a bordo del cargo in esecuzione della [legge n. 130/2011](#), adottata dal Parlamento per eseguire le risoluzioni del Consiglio di sicurezza dell'Onu per combattere la pirateria. Tuttavia, va segnalato che malgrado le ripetute dichiarazioni dei rappresentanti del Governo italiano, la questione della liberazione non è stata gestita, a nostro avviso, almeno all'inizio, come prioritaria. In questo senso, infatti, non si spiega, nel momento in cui i due fucilieri erano rientrati in Italia per la prima volta per poter trascorrere il Natale, la mancata presentazione del ricorso alla Corte europea dei diritti dell'uomo e della richiesta da parte dei due fucilieri di misure provvisorie a Strasburgo, in base all'art. 39 del Regolamento della Corte, per bloccare il rientro in India, Paese che pratica la pena di morte. Non si può escludere, tra l'altro, che il mancato ricorso sia stato anche dovuto a pressioni istituzionali sui due fucilieri. In quell'occasione, inoltre, riconsegnando i due militari, l'Italia ha violato la Convenzione europea che vieta l'extradizione in Paesi in cui vi è il rischio di pena di morte, tenendo conto che le rassicurazioni governative non possono essere considerate, in via generale, sufficienti ad escludere l'applicazione di una pena prevista dalla legge e che spetta al giudice irrogare (sulle questioni relative al rientro in India si veda, sempre su questo blog, [Ciampi](#)).

La dimostrazione dell'urgenza è stata poi difficile considerando che la Corte suprema indiana, proprio il 13 luglio 2015, aveva concesso a Massimiliano Latorre di estendere il soggiorno in Italia per altri sei mesi. Tra l'altro l'India sembra imputare all'Italia il mancato rientro di Salvatore Girone che aveva ritirato la sua richiesta di rilascio su cauzione dinanzi alla Corte suprema indiana.

Un ulteriore elemento che ci fa propendere per una valutazione negativa del risultato ottenuto con l'ordinanza del Tribuna-

le deriva anche dai precedenti orientamenti dello stesso organo giurisdizionale che, in passato, nei casi di privazione della libertà personale, ha considerato urgente garantire l'eliminazione delle restrizioni a tutela dei soggetti privati della libertà. Basti considerare il citato caso *Arctic Sunrise*, invocato proprio dall'Italia come precedente idoneo a giustificare, anche per rispettare gli standard internazionali del *due process*, la cessazione di ogni restrizione alla libertà personale.

È invece positiva per l'Italia la parte dell'ordinanza che ha stabilito che Italia e India sospendano ogni procedimento giudiziario e si astengano dall'avvio di nuovi procedimenti che possano aggravare o estendere la controversia. Anche qui, però, aleggia l'ombra dei ritardi italiani di tre anni e mezzo, malgrado gli evidenti segnali iniziali da parte dell'India in ordine alla volontà di esercitare la propria giurisdizione.

Né si può ritenere che la sospensione e il divieto di avviare nuovi procedimenti giudiziari spianino la strada, pur essendo un tassello sicuramente positivo, al riconoscimento della giurisdizione dell'istituendo tribunale arbitrale che potrebbe anche ritenere non sussistente la giurisdizione accertata dal Tribunale del diritto del mare solo *prima facie*, per i limiti relativi all'adozione di misure provvisorie. Sulla questione della competenza principale, infatti, il Tribunale, come è ovvio, non ha preso posizione: la concessione dell'indicato provvedimento non implica in alcun modo né il riconoscimento delle tesi italiane sulla giurisdizione né il disconoscimento della giurisdizione indiana secondo la quale «this case is not covered by Article 97 of the Convention, contending that there was in reality no “incident of navigation”, nor any collision between the two ships» (par. 46).

Dal punto di vista pratico, poi, la misura presenta degli effetti negativi. Ciò risulta anche dalla [dichiarazione](#) del giudice *ad hoc* Francioni, che ha votato con la maggioranza a favore dell'ordinanza, ma nella dichiarazione allegata ha sostenuto che il Tribunale avrebbe dovuto includere «the *pro tempore* lifting of the restriction on liberty of the two marines» (par. 4), sia per preservare i diritti delle parti, sia per il carattere urgente di detta misura. In particolare, secondo Francioni, la misura cautelare decisa non è effettiva senza «a *pro tempore* lifting of the Indian measures of constraints over the personal liberty and movement of the two marines» (par. 6). D'altra parte, l'Italia nella sua richiesta aveva sottolineato che «a freezing order in respect of the criminal proceedings is not enough».

La scelta del Tribunale di non pronunciarsi sulla libertà dei due militari, scrive Francioni, sembra poi fondarsi «on the assumption of Italy's lack of trustworthiness on this important aspect of the dispute», considerazione che è a nostro avviso condivisibile anche se l'indicato atteggiamento del Tribunale può avere un fondamento nella gestione italiana della controversia.

Inoltre, l'indicazione della misura provvisoria ha già spinto la Corte suprema indiana, con ordinanza del 26 agosto 2015, a sospendere i procedimenti in corso, elencati nel provvedimento e a disporre l'aggiornamento dell'udienza al 13 gennaio 2016. Così, nessun provvedimento di rientro può essere adottato in questa fase nei confronti di Salvatore Girone il quale, a questo punto, dovrà attendere l'istituzione del tribunale arbitrale e la presentazione di una nuova istanza cautelare a detto organo giurisdizionale.

Per quanto riguarda la situazione di Massimiliano Latorre, il cui permesso per rimanere in Italia per motivi di salute terminerà il 15 gennaio 2016 (due giorni dopo la data indicata nell'ordinanza della Corte suprema indiana), ci sembra che, proprio perché nessun provvedimento nazionale può essere emanato a causa della sospensione dei procedimenti giudiziari e che la misura della Corte suprema ha una scadenza temporale, alla cessazione del termine, se non sarà diversamente disposto dal tribunale arbitrale, [il militare dovrebbe rientrare in India](#). A meno che l'effetto sospensivo dell'ordinanza del Tribunale del diritto del mare, estendendosi a «all court proceedings» non si riferisca anche all'esecuzione del provvedimento della Corte suprema indiana emanato prima dell'ordinanza del Tribunale di Amburgo ma i cui effetti si continuano a produrre e che, di conseguenza, si dovrebbero ritenere congelati. Se così fosse, il termine indicato si potrebbe ritenere sospeso a seguito del provvedimento cautelare del Tribunale del diritto del mare con il mantenimento dello *status quo* riguardo alla presenza di Latorre in Italia. Adesso, però, la parola dovrebbe passare al tribunale arbitrale in via di costituzione.

11 settembre 2015

9

Disastri naturali e gestione delle emergenze

- LIVIA COSENZA Nepal: un “disastro” evitabile?
Sull’importanza della riduzione del rischio di disastri alla luce di strumenti internazionalistici
- EMANUELE SOMMARIO Il terremoto in Nepal e la risposta (del diritto internazionale)
- FLAVIA ZORZI GIUSTINIANI Quale protezione per le persone sfollate a seguito di un disastro?
- EUGENIO ZANIBONI Ancora in tema di protezione per le persone sfollate a seguito di disastro

Nepal: un “disastro” evitabile? Sull’importanza della riduzione del rischio di disastri alla luce di strumenti internazionalistici

LIVIA COSENZA (*)

1. L’attenzione dei media in questi giorni si è concentrata essenzialmente sulla necessità di garantire una risposta rapida ed effettiva al terremoto che ha colpito il Nepal lo scorso 25 aprile e sulle difficoltà riscontrare nella distribuzione degli aiuti. La vicenda nepalese presenta, tuttavia, profili di interesse soprattutto in relazione alla preparazione e prevenzione ai disastri naturali.

Gli effetti devastanti del sisma costituiscono un’ulteriore dimostrazione del fatto che l’impatto di catastrofi di origine naturale, sia in termini di perdite umane che di costi economici, varia sensibilmente a seconda dei diversi Paesi e, nell’ambito dello stesso Paese, a seconda dei diversi gruppi sociali.

È generalmente riconosciuto che i terremoti non sono scientificamente prevedibili. Tuttavia, un “disastro” naturale non scaturisce esclusivamente dal “fenomeno” naturale ma soprattutto dal grado di vulnerabilità della società colpita da detto fenomeno. Per quanto non fosse possibile prevedere quando esattamente si sarebbe verificato il prossimo terremoto in Nepal dopo il 1934, erano ampiamente prevedibili gli effetti devastanti nella valle di Kathmandu con una crescita annuale della popolazione del 6,5 % e una delle più alte densità di popolazione al mondo e in cui il 93% degli edifici non sono costruiti secondo standard ingegneristici. Basti pensare che [l’80% del rischio di perdita di vite umane](#)

(*) *UN OHCHR Sri Lanka Investigation Team*, Università di Palermo.

[in Nepal a seguito di un terremoto proviene dal crollo di edifici.](#)

Uno studio pubblicato su [Natural Hazards](#) all'inizio di aprile su vulnerabilità strutturale, rischio sismico e perdite economiche legate a futuri terremoti in Nepal ha rilevato che nonostante la disponibilità di nuovi dati e di miglioramenti metodologici l'ultima mappatura del rischio sismico in Nepal risale a vent'anni fa. La mutata percezione dei disastri naturali sempre meno come “*acts of god*”, eventi di forza maggiore, è scaturita da una concezione del “disastro” come il frutto non esclusivamente di rischi naturali o alee (*hazards*) ma anche e soprattutto delle politiche di preparazione, risposta poste in essere nella società colpita da detto evento. Tale concezione “sociologica” dei disastri ha avuto inevitabilmente un impatto sull'evoluzione del diritto come strumento di risposta ai disastri naturali. Se il rischio di disastri ha infatti una dimensione sociale, il diritto ha un ruolo legittimo, e finanche necessario, nel regolamentare la gestione di un simile rischio. Tale mutata percezione mette infatti in luce il ruolo che le attività umane possono giocare nel peggiorare o nel mitigare gli effetti di un disastro. Il diritto serve dunque come strumento per delineare responsabilità, obblighi e diritti sul piano della gestione e assistenza, ma soprattutto nell'ottica della prevenzione nel contesto di disastri naturali.

Come pone in rilievo Emanuele Sommario nel suo [post](#), numerosi strumenti giuridici elaborati nel campo dei disastri sono incentrati principalmente sulla regolamentazione della risposta post- disastro. Solo più tardi, la mutata concezione dei disastri ha portato a spostare progressivamente l'attenzione sull'importanza delle politiche di preparazione, mitigazione, prevenzione poste in essere dallo Stato.

2. La risoluzione 46/182 AG, 42/169, che ha designato gli anni novanta come *International Decade for Natural Disaster Reduction*, la strategia di Yokohama nel 1994, l'approvazione dello [Hyogo Framework for Action](#) sulla riduzione del rischio di disastri nel 2005 e la più recente adozione della “[piattaforma di Sendai](#)”, lo scorso marzo, rappresentano le iniziative più rilevanti adottate nell'ambito di un nuovo approccio basato sulla “*Disaster Risk Reduction*”. L'idea è quella di sviluppare a livello internazionale, e interno, strumenti legislativi volti alla “prevenzione” non del fenomeno naturale in sé, ma del rischio di disastro, inteso come rischio dei danni provocati in una società a seguito di un fenomeno naturale. Secondo la definizione contenuta

nello *Hyogo Framework for Action*, un rischio naturale (*hazard*) rappresenta un fenomeno naturale *potenzialmente* dannoso che *può* causare la perdita di vite o danni alle proprietà o una distruzione economica e sociale. La stessa Commissione di diritto internazionale, che intendeva inizialmente concentrare i propri [lavori sulla protezione delle persone in caso di disastri](#) con esclusivo riguardo alla fase della risposta, ha riconosciuto l'importanza di definire obblighi e responsabilità di protezione della popolazione colpita da un disastro attraverso la prevenzione e la preparazione. Il relatore speciale Eduardo Valencia-Ospina ha dedicato un approfondito [rapporto](#) a detto tema che ha condotto alla stesura di una disposizione sull'«Obbligo di ridurre il rischio di disastri» nel [progetto di articoli](#), approvato in prima lettura in occasione della 66^o sessione della Commissione di diritto internazionale. Secondo l'articolo 11 [1], «Each State shall reduce the risk of disasters by taking the necessary and appropriate measures, including through legislation and regulations, to prevent, mitigate, and prepare for disasters». L'utilizzo del verbo «shall» indica l'esistenza di un obbligo in capo ad ogni Stato di ridurre il rischio di disastri. Tale formulazione riflette la visione contemporanea della comunità internazionale in base alla quale occorre spostare sempre di più l'attenzione sulla riduzione del rischio di danni causati da un fenomeno naturale, piuttosto che sulla prevenzione del disastro stesso. In questo contesto viene ricostruito un obbligo di *due diligence*, di adottare «le misure necessarie ed appropriate» volte a ridurre il rischio di disastri: la formulazione del testo rispecchia dunque il diverso «sforzo di diligenza» richiesto agli Stati, a seconda delle diverse capacità e delle diverse disponibilità di risorse. La Commissione ha specificato che ogni Stato deve porre in essere le suddette misure «anche attraverso legislazioni e regole». Come emerge dal commentario al progetto di articoli, l'elaborazione di un quadro giuridico è considerata come lo strumento più efficace per ridurre il rischio di disastri. Di conseguenza, viene delineato un obbligo anche per gli Stati che ne siano sprovvisti di adottare detto quadro normativo, al fine di elaborare misure volte alla prevenzione, riduzione e preparazione per i disastri. Il [commentario](#) chiarisce che tale quadro normativo sarebbe anche volto a «garantire che i meccanismi di applicazione e responsabilità per non aver adempiuto i propri obblighi di riduzione del rischio siano definiti nell'ambito dei sistemi giuridici nazionali». Il secondo comma dell'art. 16 del progetto elenca tre esempi di misure specifiche:

condurre valutazioni del rischio; raccogliere e disseminare informazioni sul rischio e attivare sistemi di allarme. Tale lista è da considerarsi non esaustiva e non pregiudica, pertanto, la realizzazione di altre attività finalizzate al raggiungimento dello stesso scopo. D'altra parte, il relatore speciale Valencia-Ospina, nell'analizzare le legislazioni adottate a livello nazionale, sulla base della *Hyogo Framework Action (supra)*, aveva anche individuato la necessità di utilizzare standard di costruzione adeguati, stanziare di fondi per la prevenzione, provvedere alla educazione della comunità locale. L'obbligo di prevenzione comprenderebbe, pertanto, in primo luogo un obbligo di risultato, consistente nell'adozione di un quadro legislativo e regolamentare amministrativo adeguato, che sia cioè adeguato in astratto a garantire la prevenzione. A tale obbligo si accompagnerebbe un obbligo di *due diligence* consistente nella valutazione del rischio, nell'obbligo di fornire informazioni e, soprattutto, nell'obbligo di porre in essere sistemi di allarme.

3. Se è vero che i doveri così delineati dalla Commissione richiedono un impegno forte degli Stati a regolamentare la gestione del rischio di disastri, uno [studio](#) condotto dalla Federazione Internazionale della Croce Rossa e UNDP ha rilevato, che sebbene un numero considerevole di Stati abbia elaborato legislazioni sulla riduzione del rischio di disastri a livello nazionale, i livelli di attuazione effettiva di tali strumenti risultano piuttosto limitati. La situazione di notevole instabilità politica in Nepal ha impedito l'adozione di una legislazione adeguata nell'ambito della risposta ai disastri che includa aspetti legati alla riduzione del rischio dei disastri. La [National Strategy for Disaster Risk Management \(NSDRM\)](#), approvata a seguito dello *Hyogo Framework for Action (supra)*, appare insufficiente se non affiancata da un *Disaster Management Act (DMA)* che rispecchi un approccio più comprensivo alla gestione dei disastri. Il *Natural Calamity Act* del 1982 è, infatti, esclusivamente incentrato sulla risposta ai disastri. In particolare, manca uno strumento giuridico che disciplini specificamente i sistemi di allarme e di comunicazione alla popolazione. In secondo luogo, sussiste ancora una riluttanza a investire nella preparazione ai disastri e a concepire il fattore della vulnerabilità come una delle cause principali dei disastri. È per questo che l'educazione della comunità sull'importanza della preparazione e prevenzione riveste un particolare rilievo nel quadro della riduzione del rischio. Inoltre, il coinvolgimento

attivo delle comunità locali nella definizione di politiche di prevenzione costituisce un altro elemento a lungo trascurato. Di interesse, in quest'ottica, è lo [studio presentato dall'Expert Mechanism sui diritti delle popolazioni indigene](#), in occasione della 27esima sessione del Consiglio nel settembre 2014, in risposta alla richiesta del Consiglio dei diritti dell'uomo delle Nazioni Unite di analizzare il rapporto tra protezione dei diritti umani delle popolazioni indigene e riduzione del rischio di disastri. Un punto fondamentale sollevato in questo studio è che le popolazioni indigene dovrebbero essere viste, non solo come vittime, soggetti vulnerabili ai fenomeni naturali, ma anche come detentrici di conoscenza del territorio, delle variazioni climatiche e dei meccanismi di adattamento al cambiamento climatico. Tale approccio dovrebbe applicarsi in via generale a tutte le comunità locali nel delineare legislazioni volte alla prevenzione del rischio. L'utilizzo della suddetta conoscenza, affiancata a quella scientifica, avrebbe un impatto positivo nella definizione di politiche di prevenzione e preparazione ai disastri, non solo nel Paese stesso, ma anche in realtà che hanno caratteristiche simili.

4. Infine, è essenziale porre l'accento sul nesso tra riduzione del rischio di disastri, misure di adattamento al cambiamento climatico e politiche di sviluppo sostenibile nel lungo termine. Come è stato messo in risalto dalla Federazione Internazionale della Croce Rossa in sede di [dibattito](#) in Assemblea Generale sul sesto rapporto del relatore speciale Eduardo Valencia-Ospina, la Commissione di diritto internazionale non ha tenuto conto, nel delineare l'obbligo di prevenzione, dell'importanza di misure volte alla valutazione e riduzione del grado di vulnerabilità e del rafforzamento della capacità di recupero delle comunità colpite da catastrofi naturali. Il Nepal è un Paese soggetto non solo a terremoti, ma anche ad altri fenomeni naturali, tra cui inondazioni; d'altra parte il cambiamento climatico determina un aumento della frequenza di determinati fenomeni naturali e della vulnerabilità della popolazione. Affiancare dunque politiche di adattamento al cambiamento climatico fornirebbe un contributo fondamentale alla riduzione del rischio di disastri. Inoltre, misure quali la pianificazione territoriale e la regolamentazione della costruzione degli edifici sono essenziali per migliorare la preparazione a futuri fenomeni naturali.

È di importanza cruciale prendere in considerazione tali esigenze già in questa fase di risposta all'emergenza in Nepal. Oltre

alla responsabilità dello Stato interessato, anche la comunità internazionale è chiamata a giocare un ruolo nel processo di ricostruzione e di recupero nel lungo termine. È anche in tal modo che dovrebbe essere inteso l'obbligo di "cooperazione nella riduzione del rischio di disastri" richiamato, in termini piuttosto vaghi, nell'articolo 10 del progetto di articoli della Commissione di diritto internazionale.

Il Nepal è tra i paesi più poveri al mondo [con un PIL pro-capite di 694 dollari nel 2014](#). Il terremoto del 25 aprile scorso ha già attirato una quantità notevole di aiuti sia su base bilaterale sia attraverso organizzazioni internazionali. Per evitare il rischio di assistere ad una "nuova Haiti" in cui i fondi affluiti a seguito del terremoto nel 2010 non hanno favorito una ricostruzione del Paese, è importante canalizzare le risorse non solo verso la risposta post disastro nel breve termine, ma anche verso la ricostruzione, preparazione e lo sviluppo. Uno degli ostacoli principali all'integrazione tra riduzione del rischio di disastri, cambiamento climatico e sviluppo riguarda la struttura e l'operatività dei canali di finanziamento. Nei casi di disastri naturali i fondi continuano ad indirizzarsi principalmente verso la risposta immediata al disastro nel breve termine, e sono basati su contributi volontari dei paesi.

In quest'ottica assume rilievo il dibattito sviluppatosi in sede di approvazione della *piattaforma di Sendai*, che contiene un riferimento, seppure generico, alla necessità, per gli Stati sviluppati, di destinare fondi alla riduzione del rischio di disastri in un'ottica di lungo termine. Nonostante si tratti di uno strumento di *soft law*, il *Sendai Framework* riveste un alto grado di autorevolezza tra gli Stati. Ciò che appare auspicabile è che dopo l'elaborazione del quadro 2015-2030 sulla riduzione del rischio di disastri, nei prossimi fori internazionali di discussione sul cambiamento climatico (Parigi 2015) e sugli obiettivi di sviluppo del millennio (New York 2015) si rafforzi il nesso tra le tre tematiche, in un'ottica di riduzione della vulnerabilità delle popolazioni ai disastri naturali.

11 maggio 2015

Il terremoto in Nepal e la risposta (del diritto internazionale)

EMANUELE SOMMARIO (*)

Le immagini che ci giungono dal Nepal costituiscono un drammatico monito che ci rammenta della fragilità dell'uomo e di quanto si affanna a edificare su questa terra. La mattina del 25 aprile ha segnato l'inizio di una delle pagine più difficili della vita recente del paese. Al 5 maggio, le statistiche parlano di oltre 7.400 morti e più di 14.000 feriti, ma il numero totale di quanti hanno bisogno di assistenza a seguito del terremoto supera gli [8 milioni di individui](#). Fonti governative riferiscono di oltre 160.000 abitazioni completamente distrutte, mentre quasi 143.000 sono state danneggiate in maniera più o meno grave. Le persone costrette ad abbandonare le proprie case sono [1,2 milioni](#) e l'ufficio delle Nazioni unite per il Coordinamento dell'Affari Umanitaria (OCHA) [riporta](#) che le attività rivolte a garantire livelli d'assistenza minimi alle vittime del disastro costeranno 415 milioni di dollari per i prossimi 3 mesi. Ad oggi ne sono stati raccolti 71.

A fronte di tanta distruzione, la risposta internazionale deve fare i conti con seri problemi di carattere logistico e organizzativo. La conformazione orografica del territorio e le limitate dimensioni dell'unico aeroporto del paese, [già al limite delle proprie capacità](#), stanno rallentando non poco l'afflusso degli aiuti. Molti voli umanitari sono stati deviati su aeroporti vicini, e la disponibilità di elicotteri, necessari soprattutto per raggiungere località isolate dal terremoto, [è assai limitata](#).

Contrariamente a quanto si potrebbe pensare, il diritto internazionale non è silente rispetto ai diritti e doveri degli Stati (e di altri attori internazionali) nel prevenire e mitigare gli effetti di

(*) Scuola Superiore Sant'Anna, Pisa.

catastrofi naturali. Gli obblighi relativi alla prevenzione e alla preparazione ai disastri sono ben riassunti da Livia Cosenza nel suo [post](#) in questo blog. Assai numerosi sono però anche [i trattati e gli strumenti di soft law](#) tesi a regolamentare la risposta ai disastri, che questi siano causati da eventi naturali o legati ad attività umane (si veda [de Guttry](#)). Quel che manca, tuttavia, è un trattato che regoli in maniera unitaria tutti gli aspetti legati all'avvio, alla realizzazione e alla conclusione di operazioni di assistenza umanitaria in situazioni che non siano qualificabili come conflitti armati. Siamo invece ancora di fronte a un insieme di trattati bilaterali, regionali o settoriali, i quali mancano però di sistematicità e non identificano soluzioni condivise a molte delle questioni giuridiche rilevanti. A dare nuovo impulso al tentativo di negoziare uno strumento "olistico" è il lavoro della Commissione per il diritto internazionale, che dal 2008 si sta occupando del tema della [protezione delle persone in caso di catastrofe](#). La Commissione ha prodotto un [progetto di articoli](#), adottato in prima lettura nel 2014. Il progetto è stato poi inviato agli Stati e ad alcune organizzazioni rilevanti per raccogliere commenti e osservazioni, che dovranno giungerle entro la fine di quest'anno.

Il lavoro della Commissione ribadisce la centralità del ruolo dello Stato vittima di disastro nel rispondere all'emergenza e nel coordinare aiuti provenienti dall'estero. L'articolo 12 del progetto ribadisce chiaramente che «the affected State has the primary role in the direction, control, coordination and supervision of such relief and assistance». Tuttavia, gli articoli prevedono responsabilità precise in capo ai diversi attori coinvolti nella gestione del disastro, che possono risultare utili anche nel definire gli obblighi delle autorità nazionali.

Ad esempio, l'articolo 17 dispone che lo Stato vittima prenda le misure necessarie per facilitare la fornitura rapida ed efficace di assistenza internazionale, soprattutto riguardo a «equipment and goods, in fields such as customs requirements and tariffs, taxation, transport, and disposal thereof». Suscitano dunque preoccupazione le notizie di [gravi ritardi nella gestione delle procedure doganali](#) alle quali sono sottoposte gli aiuti destinati alla popolazione. Sebbene le autorità abbiano già da qualche giorno eliminato le tariffe d'ingresso su alcuni beni di emergenza, funzionari internazionali hanno sottolineato la necessità di adottare procedure più spedite, per evitare l'accumularsi di scorte che potrebbero rallentare l'accesso di altri beni necessari alle successive fasi dell'emergenza. Eppure il Nepal ha già obblighi interna-

zionali precisi in materia. Ad esempio, l'[allegato 9](#) alla Convenzione di Chicago sull'aviazione civile internazionale – di cui il Nepal è parte dal 1960 – contiene numerose norme relative alla facilitazione del trasporto aereo. La lettera C dello strumento prevede che, in caso di disastro, le alte parti contraenti debbano facilitare «the entry into, departure from and transit through their territories of aircraft engaged in relief flights performed by or on behalf of international organizations recognized by the UN or by or on behalf of States themselves and shall take all possible measures to ensure their safe operation». Dal 2007 il Nepal è inoltre vincolato da un [accordo con le Nazioni Unite](#) in materia doganale, che lo obbliga ad adottare misure volte ad accelerare le procedure d'accesso di personale e beni di soccorso che siano dispiegati nell'ambito di un'operazione umanitaria gestita dall'organizzazione. Ad esempio, il trattato richiede alle autorità nepalesi di ispezionare il materiale in arrivo anche al di fuori degli orari d'ufficio (art. 3.3.3.), di esaminare i contenuti delle spedizioni in arrivo in maniera selettiva e «il più rapidamente possibile» (art. 3.3.5), o di lasciare accedere beni di assistenza sulla base di una documentazione provvisoria, da integrarsi successivamente (art. 3.3.6.). Si tratta, come facile comprendere, di misure volte ad accelerare il passaggio di professionisti, mezzi e beni destinati a essere utilizzati nella fase di risposta immediata, quando ogni minuto di ritardo può comportare la perdita di vite umane. Ancora, l'[accordo regionale in materia di risposta rapida ai disastri naturali](#) – stipulato in seno all'Associazione dell'Asia del Sud per la cooperazione regionale (SAARC) nel 2011, ma non ancora in vigore – prevede il dovere di concedere esenzioni e facilitazioni nella prestazione di assistenza. L'articolo XI sancisce, ad esempio, un obbligo di facilitare l'entrata, la permanenza e l'uscita dal proprio territorio di equipaggiamento e materiale utilizzato nell'opera di soccorso. Le autorità nepalesi dovrebbero dunque intensificare i propri sforzi per disbrigare il prima possibile le pratiche doganali ed eliminare completamente tasse, imposte e altre imposizioni sull'importazione di beni destinati ai terremotati.

Altra questione rilevante è l'adeguatezza degli aiuti inviati nelle aree colpite. Le agenzie riportano che il Pakistan ha inviato in Nepal [razioni di carne bovina](#). La popolazione nepalese è al 95% di religione induista, che prevede un divieto generalizzato di consumare tale alimento. Quanti organizzano azioni di soccorso possono non aver piena contezza delle reali esigenze e delle

particolarità culturali proprie delle zone colpite. Ciononostante, errori marchiani potrebbero evitarsi con facilità, facendo risparmiare danaro e risorse a chi invia questi beni e limitando la congestione che caratterizza le fasi di primo soccorso. L'esigenza di fornire assistenza adeguata ai bisogni delle vittime è peraltro ribadita anche in strumenti internazionali. Ad esempio, le [linee guida](#) per la facilitazione e regolamentazione domestica delle operazioni internazionali di soccorso e di assistenza riabilitativa iniziale (adottate nel 2007 dalla Federazione internazionale delle società di Croce rossa e di Mezzaluna rossa) prevedono che «i soccorsi offerti e gli interventi di assistenza riabilitativa iniziale dovrebbero essere [...] b) adeguati alle necessità delle persone colpite». Le [Measures to Expedite International Relief](#), contenute in un Rapporto del Segretario generale delle NU all'Assemblea generale, raccomandano espressamente agli Stati impegnati nell'assistenza di assicurarsi che i beni inviati corrispondano alle reali esigenze delle vittime del disastro (raccomandazione F) e li invitano a condurre campagne informative nei confronti di soggetti privati e pubblici volte ad evitare che vengano raccolti ed inviati beni non essenziali (raccomandazione E; sul diritto al cibo in situazione di disastro si veda [Fisher](#)). Anche il diritto internazionale dei diritti umani suggerisce che gli Stati e le organizzazioni internazionali che prestano aiuto alle popolazioni colpite da disastro debbano fornire prodotti che siano «safe and culturally acceptable to the recipient population» (si veda il [General Comment n. 12](#) del Comitato dei diritti economici, sociali e culturali sul diritto a un'alimentazione adeguata, par. 39).

Chiaramente, la mancanza di beni di prima necessità, la perdita delle proprie abitazioni, la scomparsa dei propri cari, unite allo stress e alla frustrazione che caratterizzano qualsiasi situazione post-disastro, possono esasperare gli animi nella popolazione, portando a problemi di ordine pubblico. [I media riportano già di scontri](#) fra cittadini allo stremo e forze di pubblica sicurezza a Kathmandu. Se il governo centrale ha la responsabilità di prestare soccorso alla popolazione, gli corre anche l'obbligo di garantire il rispetto dei diritti dell'uomo, per quanto seria possa essere la situazione. La stessa Commissione del diritto internazionale ci ricorda all'articolo 6 del progetto che le vittime di un disastro debbano continuare a godere dei propri diritti umani. Come noto, l'esercizio dei diritti e delle libertà fondamentali è garantito da numerosi strumenti internazionali, fra cui il [Patto in-](#)

[ternazionale relativo ai diritti civili e politici](#), che il Nepal ha ratificato nel 1991. Tuttavia, molti dei diritti garantiti sono soggetti a limitazioni che la pubblica autorità può imporre, a condizione che esse siano previste dalla legge e che mirino a salvaguardare uno o più degli interessi collettivi che i negoziatori hanno individuato come meritevoli di protezione (ordine pubblico, salute pubblica, morale pubblica, sicurezza nazionale, ecc.) o i diritti e le libertà di altri individui. Le restrizioni dovranno inoltre essere necessarie «in una società democratica», ossia proporzionate all'obiettivo specifico che lo stato intende perseguire. Le autorità nepalesi dovranno dunque valutare con attenzione se e in che misura i diritti esercitati dai propri cittadini possano essere ristretti per garantire l'ordine o la salute pubblica, in una situazione in cui queste paiono essere particolarmente a repentaglio. Seppure non frequentissime, esistono pronunce di organismi di monitoraggio dei diritti umani in cui si è valutato il bilanciamento fra diritti individuali e interessi generali minacciati da disastri naturali. Nel caso [I.c. Italia](#), ad esempio, la Commissione europea dei diritti umani reputò conformi alla CEDU restrizioni imposte al diritto di proprietà su un immobile, motivate dal ripetersi di eventi sismici nell'area dove esso era ubicato che rendevano assai ardua l'individuazione di una sistemazione alternativa per i locatari dell'appartamento.

Non è peraltro da escludersi in maniera tassativa che eventi catastrofici possano dar luogo a situazioni che giustifichino il ricorso alla clausola di deroga prevista nei principali trattati sui diritti umani. L'articolo 4 del Patto per i diritti civili e politici, ad esempio, prevede che «in caso di pericolo pubblico eccezionale, che minacci l'esistenza della nazione e venga proclamato con atto ufficiale, gli Stati parti del presente Patto possono prendere misure le quali derogano agli obblighi imposti dal presente Patto, nei limiti in cui la situazione strettamente lo esiga, e purché tali misure non siano incompatibili con gli altri obblighi imposti agli Stati medesimi dal diritto internazionale e non comportino una discriminazione fondata unicamente sulla razza, sul colore, sul sesso, sulla lingua, sulla religione o sull'origine sociale» (si veda [Sommaro](#)). Ovviamente, il governo che ritenesse di dover sospendere alcuni dei diritti garantiti dalle Convenzioni dovrebbe ottemperare agli obblighi di notifica contemplati dai trattati, e potrebbe introdurre unicamente misure temporanee che siano strettamente necessarie (ossia proporzionate) al pericolo che intende affrontare. Di nuovo, la prassi internazionale non è ricchis-

sima, ma a partire dal 1998 sono stati almeno 5 i casi in cui Stati colpiti da calamità naturali o da epidemie hanno ritenuto di sospendere alcune delle garanzie sancite dai trattati facendo ricorso alla clausola di deroga. Il Cile, ad esempio, [la invocò nel 2010](#) proprio a seguito di un terremoto assai violento, introducendo limitazioni straordinarie alle libertà di movimento e di riunione pacifica. La legalità di tali condotte non è stata (ancora) vagliata dal Comitato dei diritti umani, ma – qualora lo fosse – è probabile che le misure adottate non verrebbero individuate come violative del Patto, essendo i regimi in deroga stati introdotti per periodi di tempo limitati, esclusivamente nelle zone maggiormente interessate dal disastro e prevedendo misure effettivamente funzionali a far fronte alla calamità e alle sue conseguenze. Lo stesso Comitato ha tuttavia sottolineato che misure di limitazione ordinaria dovrebbero essere generalmente sufficienti per risolvere situazioni di disastro naturale, che non richiederebbero di norma il ricorso alla deroga (si veda [General Comment n. 29](#) del Comitato dei diritti civili e politici su “stati di emergenza”, par. 5).

Al contempo, la fase di prima assistenza deve essere accompagnata da misure improntate a una visione di medio periodo, per scongiurare il rischio di maggiori perdite fra la popolazione. La stagione dei monsoni è alle porte, e le centinaia di migliaia di sfollati nepalesi rischiano gravi difficoltà se costretti a vivere negli alloggi temporanei approntati in queste ore. Una situazione in cui gli ospedali sono sovraffollati, l'acqua è scarsa, i corpi sono ancora sepolti dalle macerie e le persone dormono all'aria aperta offre [le condizioni ideali per la proliferazione di malattie](#). C'è dunque da augurarsi che le attività di risposta si svolgano in tempi rapidi e in maniera efficace, in conformità con un quadro giuridico poco conosciuto, ma di certo non scarno.

11 maggio 2015

Quale protezione per le persone sfollate a seguito di un disastro?

FLAVIA ZORZI GIUSTINIANI (*)

A distanza di due settimane dal terremoto che ha sconvolto il Nepal, ancora incerto è il numero delle vittime e dei feriti mentre la ricerca dei sopravvissuti prosegue senza sosta (sulle problematiche emerse nella risposta, *lato sensu*, al disastro si vedano i contributi di [Sommario](#) e [Cosenza](#) su questo blog). Una conseguenza di tutto rilievo della catastrofe sembra tuttavia restare in secondo piano nella copertura mediatica della vicenda. Si tratta del massiccio sfollamento di persone che è iniziato immediatamente dopo il terremoto e che non accenna ad arrestarsi.

Lo sfollamento ha interessato migliaia di residenti della capitale Kathmandu, nonché gli abitanti di diversi villaggi colpiti dal disastro, i quali sono fuggiti per il timore di nuovi crolli, ma anche per trovare riparo altrove (oltre 300.000 dimore sono state distrutte dal terremoto) o per rintracciare i loro cari. I dati in possesso dell'IOM parlano di almeno 100.000 persone in movimento e di altre 300.000 che a breve potrebbero andare ad ingrossare le fila degli sfollati interni. Ancora più allarmanti sono i numeri diffusi dal [Nepal Risk Reduction Consortium](#), secondo cui gli sfollati ammonterebbero a 2,8 milioni, pari ad un decimo della popolazione del Paese. Si tratta, purtroppo, di uno scenario sempre più frequente a seguito di catastrofi naturali, il cui impatto va ben oltre la fase dell'emergenza con il rischio concreto di rendere permanenti le conseguenze umanitarie di un disastro.

La crisi umanitaria in Nepal induce pertanto a riflettere su di un dato oramai costante nelle migrazioni interne e internazionali, che da diversi anni assegna ai disastri naturali, sia a rapida che a lenta insorgenza, il triste primato di fattore scatenante di tali fe-

(*) Università Telematica Internazionale Uninettuno.

nomeni. Ciò è un effetto della crescente frequenza e intensità dei disastri naturali e della loro imprevedibilità.

Diversi [studi](#) convergono nell'indicare la cifra di 200 milioni di persone che entro la metà del secolo saranno costrette ad abbandonare le proprie terre a causa dell'aggravamento delle condizioni climatiche. Ma quale protezione è in grado di fornire il diritto internazionale agli sfollati ambientali (*environmentally displaced persons*, secondo la terminologia utilizzata dall'UNHCR e dall'IOM)?

Non vi è una risposta univoca a tale questione, dovendo distinguersi tra coloro che rimangono all'interno del proprio Paese (i cosiddetti IDPs, o sfollati interni) e coloro che invece emigrano. La vasta maggioranza degli sfollati "da disastro" rientra nella prima categoria, ed è pertanto opportuno cominciare da questi ultimi. Per lungo tempo gli sfollati interni non sono stati oggetto di un'attenzione specifica, in parte perché a differenza dei rifugiati continuano ad essere protetti – almeno formalmente – dal proprio Stato, e in parte in ragione dell'esigenza di rispettare i principi di sovranità e non intervento. Un'inversione di tendenza si è registrata all'inizio degli anni '90 allorché, per effetto del crescente numero di conflitti interni nonché delle politiche sempre più restrittive degli Stati nei confronti dei richiedenti asilo, il numero degli sfollati interni è cresciuto vertiginosamente sino a superare quello dei rifugiati.

Su impulso delle Nazioni Unite si è così deciso di procedere ad uno studio del diritto internazionale vigente al fine di enucleare una serie di principi che potessero applicarsi alla situazione specifica degli IDPs garantendo loro un'adeguata protezione giuridica. L'esito di tale studio è contenuto nei noti [Guiding Principles on Internal Displacement](#), che vennero presentati alla Commissione dei diritti umani nel 1998 e sono stati poi solennemente riconosciuti dagli Stati membri dell'ONU nel *World Summit Outcome Document* del 2005 «as an important international framework for the protection of internally displaced persons». Tali Principi si applicano a situazioni di sfollamento derivanti sia da conflitto che da disastro e consistono in una serie di diritti, ricavati per analogia da norme del diritto internazionale umanitario, dei diritti umani e del diritto dei rifugiati, il cui rispetto dovrebbe garantire protezione dallo sfollamento e durante lo sfollamento, nonché assicurare una soluzione duratura agli IDPs.

I Principi Guida non sono di per sé giuridicamente vincolanti

ma hanno avuto un impatto significativo sulle leggi e le politiche nazionali di molti Stati, che hanno provveduto ad incorporarli nel proprio diritto interno o ne hanno comunque recepito il nucleo essenziale nel legiferare in materia. Nondimeno, ancora insufficiente è l'attenzione generalmente riservata dagli Stati allo sfollamento dovuto a disastri, come evidenziato dal fatto che gran parte delle leggi nazionali in tema di *disaster response* non danno specifico rilievo alle esigenze e ai diritti degli sfollati interni (v. [Ferris](#)).

Un recente sviluppo al riguardo si è avuto a livello regionale con l'adozione della [Convenzione](#) dell'Unione Africana sulla protezione e l'assistenza alle persone sfollate interne, entrata in vigore il 6 dicembre 2012. Questo strumento non si limita a menzionare i disastri naturali e antropici, ivi compreso il cambiamento climatico, tra le possibili cause di sfollamento interno, ma pone diversi e precisi obblighi agli Stati in tema di prevenzione e protezione dal degrado ambientale.

Se gli IDPs ambientali, pur con i limiti e le differenze appena evocati, sono comunque destinatari di un complesso significativo di diritti in base al diritto internazionale e interno, non altrettanto può dirsi per quegli sfollati ambientali che varcano la frontiera nazionale. Lo sfollamento ambientale non rientra infatti tra i motivi di persecuzione previsti dall'art. 1A della Convenzione di Ginevra sullo *status* dei rifugiati, né è specificamente contemplato dal diritto internazionale dei diritti umani, che non è idoneo a garantire l'ammissione né tantomeno il soggiorno in un Paese terzo agli *environmentally displaced*. Le lacune della normativa internazionale e le problematicità della tematica sono evidenziate anche dal mancato riferimento agli sfollati transfrontalieri nel [progetto](#) sulla Protezione delle persone in situazioni di disastro recentemente licenziato dalla CDI in prima lettura.

A ben guardare, invero, una seppur limitata protezione potrebbe comunque essere fornita agli sfollati ambientali sulla base del diritto vigente. Ciò anzitutto facendo ricorso a quelle forme di protezione temporanea che sono previste sia da vari ordinamenti nazionali (quali ad esempio Stati Uniti, Finlandia, Danimarca e Svezia) sia, a livello regionale, dalla [Direttiva 2001/55/CE](#). A titolo esemplificativo, può ricordarsi che gli Stati Uniti avevano accordato la protezione temporanea ai cittadini haitiani presenti sul loro territorio a seguito del terremoto del 2010. Egualmente aveva fatto la Danimarca nei confronti di alcuni afgani che avevano abbandonato il proprio Paese nel 2001 a

causa della siccità.

Tali regimi sono generalmente accomunati dal carattere provvisorio della protezione fornita (ad eccezione di quanto previsto dalla Finlandia, che contempla pure il rilascio di uno status di protezione permanente), dalla loro applicazione in casi di afflusso massiccio di sfollati nonché dalla discrezionalità a cui è condizionato il loro ricorso.

In secondo luogo, una protezione indiretta degli sfollati ambientali può essere garantita dal diritto internazionale dei rifugiati e dai diritti umani. È tristemente noto, infatti, che situazioni di disastro sono spesso accompagnate, se non addirittura innescate, da un contesto di gravi violazioni dei diritti umani, discriminazioni e persecuzioni, come ben evidenziato dai casi dello Tsunami del 2004 nel sud-est asiatico e del ciclone Nargis in Birmania. Potrebbe pertanto sostenersi che coloro che fuggono da tali contesti dovrebbero beneficiare del principio di *non refoulement*. L'applicazione di tale principio pare tuttavia invocabile solo in situazioni eccezionali, e ciò sia sulla base del diritto internazionale dei rifugiati – essendo subordinato al riconoscimento dell'esistenza di una persecuzione ai sensi della [Convenzione di Ginevra](#) – che sulla base dei diritti umani. Nella sua interpretazione più evolutiva, proposta dalla Corte europea dei diritti dell'uomo, la protezione contro il *refoulement* ha natura assoluta soltanto se associata al rischio di violazione di un diritto inderogabile (tipicamente gli artt. 2 e 3 della CEDU). Tuttavia la Corte, malgrado un'iniziale apertura ([D. v. the United Kingdom](#)), ha sottolineato il carattere eccezionale dei casi in cui tale protezione potrebbe essere innescata dal mancato soddisfacimento dei *basic needs* nel Paese di origine, specie allorché la situazione non sia riconducibile a 'intentional acts or omissions' delle pubbliche autorità o di enti non statali ([Sufi and Elmi v. the United Kingdom](#), [S.C.C. v. Sweden](#), [N v. the United Kingdom](#); in argomento v. [Hesselman](#)).

In definitiva dunque il contesto normativo vigente subordina la protezione degli *environmentally displaced* transfrontalieri vuoi all'adozione di uno specifico provvedimento discrezionale degli Stati di accoglienza, vuoi al riconoscimento dell'eccezionalità delle circostanze che ne impediscono il rimpatrio.

Al fine di colmare questo vuoto giuridico sono state proposte varie soluzioni, quali una modifica della Convenzione di Ginevra sullo status dei rifugiati, l'adozione di un protocollo aggiuntivo

alla Convenzione quadro delle Nazioni Unite sul cambiamento climatico o la stipula di un trattato *ad hoc* (cfr. la *Draft Convention on the International Status of Environmentally-Displaced Persons* proposta da un gruppo di giuristi dell'Università di Limoges). Nessuna di tali soluzioni pare tuttavia percorribile al momento attuale, stante un atteggiamento di forte chiusura degli Stati di immigrazione che non paiono disposti ad assumersi precisi obblighi in materia.

In questo quadro, è da segnalare l'iniziativa intrapresa da alcuni Stati volenterosi – la Norvegia e la Svizzera – che va sotto il nome di *Nansen Initiative*. L'obiettivo è quello di realizzare un consenso su principi chiave e *effective practices* in tema di protezione dei *displaced* transfrontalieri nel contesto di disastri naturali, al fine di definire un'Agenda di Protezione e un Piano di Azione per azioni future a livello locale, regionale e internazionale. Tale processo consultivo è organizzato in stretta collaborazione con l'UNHCR e l'*Internal Displacement Monitoring Centre* del *Norwegian Refugee Council*, nonché con il contributo dell'Unione europea. I principali *stakeholders* sono gli Stati, specialmente quelli appartenenti alle regioni più vulnerabili ai disastri, ma nel processo sono coinvolti molti altri attori quali organizzazioni regionali e locali, esperti, esponenti della società civile e le stesse popolazioni colpite. L'esito delle consultazioni regionali sinora condotte sarà discusso l'ottobre prossimo a Ginevra, nell'ambito di una conferenza internazionale che dovrebbe concludersi con l'approvazione della *Protection Agenda*. Non è un caso, ed anzi pare di buon auspicio, che l'Iniziativa sia condotta da Walter Kälin, *ex* rappresentante del Segretario Generale per i diritti umani degli IDPs. Nella sua opera di diffusione e promozione dei *Guiding Principles* Kälin ha infatti dimostrato che il metodo migliore per far progredire il diritto internazionale malgrado le resistenze statali sia quello di procedere con un approccio "morbido" e graduale invece di sollecitare ad ogni costo un accordo al ribasso.

13 maggio 2015

Ancora in tema di protezione per le persone sfollate a seguito di disastro

EUGENIO ZANIBONI (*)

L'interessante [scritto](#) pubblicato giorni fa su questo blog da Flavia Zorzi Giustiniani induce qualche brevissima notazione il cui intento, in una diversa prospettiva metodologica, è quello di fornire (e anche, in parte, di chiarire) i dati che scaturiscono da una – seppur limitata e sintetica, come si addice alla presente sede – disamina della prassi normativa interna in materia di accoglienza, su base temporanea, di soggetti in fuga da calamità e disastri naturali. A tal fine, si effettuerà un rapidissimo esame delle disposizioni di tre distinti ordinamenti, ciascuno dei quali si caratterizza per un diverso “approccio” al fenomeno. Si tratta di quello dell'Unione europea, in quanto organizzazione internazionale di carattere regionale ad uno stadio di coordinamento normativo in materia di gestione dei flussi migratori esterni notoriamente molto avanzato; di quello dell'Italia, considerata uno Stato di relativamente recente esposizione a migrazioni dall'esterno, a volte anche massicce; di quello, infine, degli Stati Uniti, tradizionalmente uno Stato oggetto di consistenti flussi migratori in ricezione. Come si vedrà, le tre prassi considerate si distinguono sul piano formale non solo per la varietà della disciplina, ma anche in relazione all'intensità delle tutele apprestate.

Partiamo dall'Unione europea e dalla [Direttiva 2001/55/CE](#), citata nello scritto appena menzionato come possibile esempio di base giuridica per la «protezione temporanea» degli sfollati per motivi ambientali. In tale atto, la definizione dei soggetti benefi-

(*) Università degli Studi di Foggia.

ciari della protezione si ricava dall'art. 2, lett. c), ai sensi del quale gli «sfollati» sono «i cittadini di paesi terzi o apolidi che hanno dovuto abbandonare il loro paese o regione d'origine o che sono stati evacuati, in particolare in risposta all'appello di organizzazioni internazionali, ed il cui rimpatrio in condizioni sicure e stabili risulta impossibile a causa della situazione nel paese stesso ... ed in particolare: i) le persone fuggite da zone di conflitto armato o di violenza endemica; ii) le persone che siano soggette a rischio grave di violazioni sistematiche o generalizzate dei diritti umani o siano state vittime di siffatte violazioni».

Come si vede, dunque, l'accento è posto sulle situazioni di guerre civili e di *gross violations* dei diritti umani, come causa della situazione di *displacement*, e si tralascia di menzionare i fenomeni di natura ambientale. Non si tratta certo di una dimenticanza. Invero, in sede di elaborazione dell'atto, l'assenza delle fattispecie qui in commento era stata segnalata nel parere reso ai sensi dell'art. 262 del Trattato istitutivo della Comunità (oggi art. 304 TFUE) dal Comitato economico e sociale. Secondo il parere in questione: «Although the Committee notes and understands that the proposal only applies to people fleeing from political situations, it thinks there might also be a case for a directive providing temporary reception and protection mechanisms for persons displaced by natural disasters» ([parere n. 2001/C 155/06](#), in G.U.C.E. C 155/21 del 29 maggio 2001, par. 2.3). La Commissione però non ha ritenuto di dover tener conto dell'indicazione ricevuta dal Comitato.

Peraltro, le difficoltà che proprio in questi giorni sta incontrando l'Italia in sede europea nell'avviare un processo di formalizzazione delle attività di coordinamento nella gestione dei flussi (quanto meno in ordine alla previsione di misure di accoglienza *pro quota*: si veda un cenno a tale questione nello [scritto](#) di Chiara Favilli pubblicato su questo blog), originati altresì da fattispecie che *prima facie* sembrerebbero rientrare nelle categorie previste dalla Direttiva 2001/55/CE ben più agevolmente rispetto ai “natural disasters”, inducono a dubitare in radice – e diversamente da quanto si lascia intendere nel contributo di Flavia Zorzi Giustiniani – della possibilità di ottenere il necessario consenso all'applicazione di tale disciplina a dei contesti per i quali neppure, come si è appena detto, è stata pensata.

Più stimolanti altresì sarebbero le prospettive che potrebbe forse assumere un'indagine che approfondisse la disamina delle norme di diritto positivo presenti negli ordinamenti interni. Così,

a titolo di esempio, prendendo in considerazione la prassi legislativa italiana, merita almeno un cenno una interessante norma *ad hoc*, costituita dall'art. 18, co. 2, della [legge n. 40 del 1998](#). Secondo tale disposizione, confermata dal successivo art. 20 del [D. lgs. 286 del 1998](#), il c.d. "Testo Unico sull'immigrazione", possono essere stabilite per decreto «misure di protezione temporanea da adottarsi, anche in deroga a disposizioni del presente testo unico, per rilevanti esigenze umanitarie, in occasione di conflitti, *disastri naturali* o altri eventi di particolare gravità in Paesi non appartenenti all'Unione Europea» (corsivo aggiunto).

Dal punto di vista in esame, dunque, l'ambito di applicazione della normativa italiana pertinente ha un perimetro più esteso di quella europea, come del resto la stessa Direttiva 2001/55/CE consente espressamente (v. l'art. 3, par. 5). Ciò dipende anche dalla circostanza che la disciplina italiana in materia si è consolidata a seguito delle numerose emergenze umanitarie verificatesi a partire dal 1991-92 e poi proseguite – seppure con diverse caratteristiche qualitative e quantitative – fino ai giorni nostri. I consistenti afflussi di stranieri in questione sono stati, invero, per lo più fronteggiati attraverso un massiccio ricorso alla decretazione d'urgenza almeno fino al 1998, allorquando l'Italia si è dotata delle prime disposizioni legislative organiche, poi progressivamente integrate dalle leggi di attuazione delle direttive europee in materia.

Per quanto concerne, nel medesimo solco di indagine, il sistema adottato negli Stati Uniti, occorre mettere in rilievo un radicale cambiamento nell'approccio alla disciplina giuridica applicabile agli sfollati ambientali, che, da diversi punti di vista, potrebbe considerarsi addirittura "regressivo".

Invero, fin dagli anni settanta gli Stati Uniti avevano predisposto un sistema di ammissione degli sfollati per disastri naturali assistito da una sofisticata procedura, peraltro più volte modificata, in base alla quale, in estrema sintesi, il flusso di migranti in entrata era determinato annualmente, dunque per lo più in via preventiva, dal Presidente degli Stati Uniti sulla base di una complessa serie di valutazioni effettuata caso per caso. Questa procedura è rimasta in vigore fino al 1980, quando, con l'entrata in vigore del [Refugee Act](#), fu adottata una riforma legislativa che ne modificava il contenuto, introducendo una previsione che conferiva la possibilità di prolungare il soggiorno negli Stati Uniti di quegli stranieri, già domiciliati nel Paese per altri motivi, il cui Stato di appartenenza fosse stato colpito *inter alia* da

una calamità naturale, e perciò considerati «temporarily unable to safely return to their home country because of ongoing armed conflict, the temporary effects of *an environmental disaster*, or other extraordinary and temporary conditions» (corsivo aggiunto).

Attualmente, dunque, il *Secretary of Homeland Security* (prima del 2003 la figura competente ad emettere il provvedimento era l'*Attorney General*, il che testimonia, significativamente, la volontà di trasferire maggiori poteri in materia di migrazioni agli organi competenti in materia di sicurezza, a scapito del Dipartimento della Giustizia) può ricevere l'autorizzazione a individuare come beneficiari del TPS (*Temporary Protected Status*) solo cittadini del Paese/i designato/i che sono *già presenti sul territorio degli Stati Uniti* al momento del verificarsi dell'evento (cfr. l'[*Immigration and Nationality Act \(INA\), U.S. Code § 1254a*](#)) con un evidente arretramento dei diritti invocabili dagli sfollati *sur place*. La procedura in questione è stata attivata, da ultimo, dal Senato degli Stati Uniti, mediante una richiesta formulata il 27 aprile del 2015 nei confronti del Governo affinché quest'ultimo prenda in considerazione la possibilità di estendere il beneficio del TPS ai cittadini nepalesi presenti negli USA lo scorso 25 aprile, ovvero al momento in cui si è verificato il terremoto che ha sconvolto lo Stato del Nepal.

I tre distinti approcci giuridici al tema degli sfollati ambientali fin qui enucleati in estrema sintesi sembrano dunque ben poco omogenei. Quello degli Stati Uniti – in passato distintosi, sul piano formale, per la sua “inclusività”, caratterizzata da una legislazione dettagliata, non solo in ordine alla gestione dei flussi migratori in generale, ma in particolare alle diverse cause previste per la concessione dello *status* di protezione temporanea, comprensive sia degli eventi di calamità naturali che dei *man-made disasters* – approda, nel tempo, ad una legislazione fortemente limitativa degli ingressi, contrassegnata anche, come si è detto, dall'espunzione dall'ordinamento delle norme che attribuivano un titolo all'ingresso ai soggetti designati come in fuga da calamità naturali. Un secondo, quello dell'Italia, nel quale si parte da una situazione manifestamente lacunosa, colmata mediante il progressivo consolidamento di una base normativa applicabile *pro futuro* a fattispecie che, almeno in questo specifico contesto, sono anche più ampie di quella europee. Il terzo, quello dell'Unione europea in cui, in sede di negoziazione di quello che sarebbe stato lo strumento giuridico di elezione per la disciplina

dell'accoglienza degli sfollati ambientali, si è volutamente ommesso di inserire una previsione *ad hoc*.

Se quanto sostenuto fin qui è corretto, ulteriori indagini andrebbero forse indirizzate a verificare l'esistenza di possibili denominatori comuni alle tre opzioni descritte. Ad esempio andrebbe a nostro avviso verificato se, nell'orientare la scelta verso l'una o l'altra opzione legislativa, le fattispecie prese in considerazione nel presente contributo – inerenti, lo ripetiamo, alla tutela apprestata da alcuni ordinamenti interni agli sfollati ambientali transfrontalieri – abbiano o meno posseduto un particolare *rilievo autonomo*, sia quanto alla scelta di includere una fattispecie *ad hoc* (Italia), sia quanto a quella di espungere dall'ordinamento quella prevista (Stati Uniti). Inoltre, andrebbe ulteriormente accertato se le scelte di cui si tratta, come si è visto molto diversificate, siano state poste in essere in quanto, sul piano internazionale, ancor prima che come *giuridicamente necessarie*, almeno come *socialmente dovute* (così, a proposito del rilievo da conferire all'elemento della prassi nel procedimento di ricognizione della consuetudine internazionale, [Conforti](#), p. 35 ss). Non è possibile evidentemente approfondire qui questi temi. Tuttavia, alcuni dati relativi al contesto generale in cui le determinazioni in questione sono maturate sembrerebbero – *prima facie* – far propendere per una risposta negativa, almeno per quanto concerne il secondo problema sollevato.

Va ricordato in questo senso che l'Italia, accusata per anni di non aver offerto una risposta ordinamentale adeguata relativamente alle modalità di gestione dei numerosi afflussi massicci di stranieri da cui è stata colpita, ha optato per l'adozione di una disciplina "a maglie larghe", e cioè idonea, quanto meno sulla carta, a far fronte ad un ampio numero di possibili emergenze. Gli Stati Uniti, all'opposto, da sempre oggetto di massicce (e fino a pochi anni fa bene accette) ondate migratorie – e che hanno cominciato a sviluppare un'ampia cornice normativa in tema di migrazioni con larghissimo anticipo rispetto alla maggioranza degli altri Paesi –, hanno progressivamente ristretto il novero delle categorie di soggetti ammissibili ai benefici dello *status* di protezione temporanea per evidenti motivi di *policy* interna, ovvero sotto la spinta di un'opinione pubblica meno favorevole che in passato a consentire l'ingresso di nuovi stranieri, anche se per ragioni umanitarie e transitorie. Entrambi i sistemi, infine, sono accomunati dalla necessità di disporre di strumenti flessibili per fronteggiare le emergenze, nonché dalla discrezionalità di cui

godono gli organi amministrativi nelle decisioni relative all'ammissione di particolari categorie di stranieri al beneficio della protezione temporanea.

Considerazioni in parte analoghe possono valere anche per la Direttiva 2001/55/CE, la cui impostazione è tesa ad evitare riconoscimenti automatici dell'esistenza di un esodo di massa, prevedendo al contrario procedure di determinazione caratterizzate, anche in questo caso, da ampi margini di discrezione (su cui non possiamo diffonderci qui), tra le quali però non sembra trovare posto, almeno allo stato, la protezione temporanea degli sfollati a seguito di disastri ambientali.

27 maggio 2015

10

Il caso *Battisti*

LUCAS CARLOS LIMA *Adeus* Cesare Battisti?

LORIS MAROTTI Sui recenti sviluppi del caso Battisti: la dimensione interna e le (sue) ripercussioni sulla controversia fra Italia e Brasile

Adeus Cesare Battisti?

LUCAS CARLOS LIMA(*)

Con la decisione resa il 26 febbraio scorso, il giudice della 20^a Corte federale brasiliana ha riaperto la delicata questione della permanenza di Cesare Battisti in Brasile. La [sentenza](#) ha annullato l'atto con il quale, nel 2011, le autorità brasiliane avevano concesso il diritto di soggiorno in Brasile a Cesare Battisti. Essa impone altresì di avviare la procedura di deportazione del cittadino italiano.

Come si ricorderà, non appena Cesare Battisti arrivò in Brasile nel 2004 lo Stato Italiano aveva chiesto la sua estradizione sulla base del [Trattato di estradizione Brasile-Italia](#). Tale richiesta diede vita ad un lungo iter giudiziario che arrivò sino al Supremo Tribunal Federal (STF), la corte costituzionale brasiliana.

Uno dei problemi affrontati dal STF riguardò la questione della natura dei reati commessi da Battisti in Italia, in particolare se questi potessero essere considerati come reati di natura politica. Tale questione era centrale ai fini della estradizione: la natura politica del reato avrebbe giustificato il diniego della estradizione in forza tanto della legge brasiliana, quanto del Trattato di estradizione. L'art. 77, par. VII, dello [Statuto dello Straniero](#) (SdS), la legge federale che disciplina lo *status* giuridico degli stranieri in Brasile, prevede infatti che non possa essere concessa l'extradizione quando «il fatto costituisce reato politico». Il STF riconobbe tuttavia che i reati commessi da Battisti non avevano natura politica, «essendo stati commessi nel contesto ordinario di uno stato di diritto democratico, ed essendo privi dei connotati propri di una reazione legittima contro atti arbitrari o tirannici». Come vedremo, la conclusione del STF su questo punto avrà un

(*) Università degli Studi di Macerata.

peso nella decisione del giudice della 20^a Corte federale brasiliana.

Pur non rilevando l'esistenza di impedimenti all'estradizione, il STF ritenne che la decisione finale sull'estradizione dovesse consistere in un atto politico del Presidente della Repubblica. Il Presidente seguì sul punto il parere dell'Avvocatura di Stato, la quale, facendo leva sul Trattato di estradizione tra Brasile e Italia, riteneva che ai fini dell'estradizione si dovesse considerare la «condizione personale» di Battisti qualora fosse rientrato in Italia. Accogliendo tale indicazione, l'*ex*-presidente Lula da Silva decise il 31 dicembre 2010 di [non estradare Cesare Battisti](#) (su questo, v. il dibattito promosso dalla [SIDI](#)).

Secondo l'ordinamento giuridico brasiliano, la deportazione (art. 57 SdS) è la sanzione conseguente alla entrata o permanenza irregolare dello straniero nel Paese. La permanenza irregolare di Battisti in Brasile discende, secondo il giudice federale, da un atto adottato in violazione della legge da parte dell'autorità amministrativa, il Conselho Nacional de Imigração, che aveva concesso il permesso di soggiorno a Battisti. Quest'atto è stato ritenuto nullo poiché contrario allo SdS (Sentenza, p. 8). In particolare, risulta violato l'articolo 7, che prevede che «non sarà concesso visto allo straniero ... condannato o processato in altro paese per *reato doloso*, che possa essere estradato secondo la legge brasiliana».

Per giustificare la natura del reato commesso da Battisti come «crime doloso» la sentenza ha fatto ricorso alla decisione del STF del 2010, la quale, come abbiamo visto, escludeva la natura politica dei reati commessi da Battisti in Italia, facendoli rientrare, semplicemente, nella categoria dei «crimes dolosos». Per ironia della sorte, la decisione che, lasciando la scelta sull'estradizione al Presidente della Repubblica, aveva finito per permettere la permanenza di Battisti in Brasile, viene ora utilizzata come elemento per giustificare la sua deportazione. Nelle parole del giudice, Battisti è uno «straniero in situazione irregolare in Brasile il quale, essendo un reo condannato nel suo paese di origine per un reato doloso, non ha il diritto di rimanere qui, e dunque, non ha il diritto di ottenere né il visto né la permanenza sul territorio» (Sentenza, p.11).

Accertata l'esistenza di un motivo di impedimento per la concessione del visto, è stata dunque dichiarata la nullità del visto già accordato. Essendo il visto nullo, Battisti non ha titolo a

permanere in Brasile. Si applica per questo motivo nei suoi confronti l'articolo 57 dello SdS, che prevede la deportazione come sanzione rispetto a situazioni di permanenza irregolare (Sentenza, p.9). È stato quindi chiesto al Governo di avviare la procedura di deportazione (ivi, p. 11).

Una delle questioni più interessanti affrontate nella sentenza del 26 febbraio 2015 riguarda la deportazione di Battisti in altro Stato. In particolare, si trattava di stabilire se il fatto che in precedenza Battisti era stato oggetto di una domanda di estradizione e che tale domanda era stata negata finisse per impedire la possibilità di una sua deportazione. La sentenza, accogliendo la tesi del Pubblico Ministero, ha precisato che la decisione del Presidente della Repubblica di non estradare Battisti non implica l'impossibilità di deportazione (ivi, p.9).

Secondo l'ordinamento brasiliano, mentre il diniego di estradizione è un atto giuridico discrezionale del potere esecutivo in risposta alla richiesta di un altro governo (art. 76 SdS), la deportazione è la sanzione prevista dalla legge in caso di permanenza irregolare dello straniero in Brasile. Lo straniero irregolare può essere deportato nello Stato di cittadinanza o in altro Stato che accetti di riceverlo (art. 58, SdS). Ad avviso del giudice federale, non esiste nel caso di specie un contrasto tra la decisione di non estradare Battisti e la possibilità che questo sia deportato in altri Stati: «la deportazione non implica una violazione della decisione del Presidente della Repubblica di non estradare Battisti, poiché non è necessaria la consegna dello straniero al suo paese di nazionalità, nel caso l'Italia, potendo anche essere consegnato al paese da cui proviene [Francia] oppure ad altro Stato che accetti di riceverlo» (Sentenza, pp. 9-10). Nel corso del procedimento il Pubblico Ministero aveva sostenuto che Battisti poteva essere deportato in Messico o in Francia dal momento che il cittadino italiano aveva in precedenza risieduto in tali paesi (ivi, p. 3). In sostanza, in forza della sentenza, Battisti può essere deportato in qualsiasi paese tranne l'Italia; una deportazione verso l'Italia sarebbe invece contraria alla decisione presa in precedenza da Lula da Silva di non concedere l'extradizione.

Ciò significa che Battisti dovrà comunque dire «Adeus» al Brasile?

È difficile prevedere quali saranno gli esiti di questa nuova vicenda giudiziaria relativa alla deportazione di Battisti e quali le possibili ripercussioni nei rapporti tra Italia e Brasile. Si noti, peraltro, che questa vicenda si apre in un momento in cui un'altra

richiesta di estradizione, quella avanzata stavolta dalle autorità brasiliane relativa alla persona di [Henrique Pizzolato](#), è pendente davanti alle autorità italiane.

Tanto gli avvocati di Battisti quanto gli avvocati dello Stato brasiliano hanno dichiarato che [ricorreranno](#) contro la sentenza. Occorrerà quindi attendere la pronuncia della Corte d'Appello Federale, e dopo, molto probabilmente, dei due tribunali supremi, il Superior Tribunal de Justiça e il STF. Qualora la questione torni al STF, un dato politico da tenere in considerazione, secondo alcuni commentatori, è che da oggi al 2018 il Partido dos Trabalhadores, il partito di Lula da Silva e dell'attuale presidente, Dilma Rousseff, avrà indicato [10 degli 11 giudici del STF](#) (uno dei quali è l'*ex*-avvocato di Battisti). È probabile che l'argomento che sarà fatto valere dai legali di Battisti in appello farà leva su un'interpretazione estensiva dell'articolo 63 dello SdS, dove si prevede il divieto di deportazione nel caso in cui la deportazione si configuri come una estradizione «non ammessa dalla legge brasiliana». Più esattamente, potrebbe sostenersi che la decisione di non estradizione presa dal Presidente della Repubblica debba essere inclusa nella nozione di «legge brasiliana» come prevista da quella disposizione. Si tratta peraltro di un argomento poco convincente.

È possibile poi che i legali chiedano che sia rimessa alle autorità politiche la decisione circa l'opportunità di eseguire la deportazione. Infine, è probabile che si cerchi di escludere la deportazione anche sulla base dell'argomento che, una volta deportato in altro Stato, Battisti potrebbe essere sottoposto in quello Stato ad una nuova procedura di estradizione avviata su richiesta dell'Italia. A questo proposito, si noti che la legge brasiliana non attribuisce a Battisti la possibilità di scelta circa il paese dove essere deportato (art. 58 SdS).

In uno dei più celebri poemi della letteratura brasiliana – la [Canção do Exílio](#) – Gonçalves Dias, scrittore del Maranhão, narra il sentimento di nostalgia di colui che si allontana dal Brasile e non riesce a tornarvi. Ad oggi non si può dire se è arrivato per Cesare Battisti il momento di dire “Adeus” a quelle «terre di palme, laddove canta il sabiá» dei versi di Gonçalves Dias.

18 marzo 2015

Sui recenti sviluppi del caso Battisti: la dimensione interna e le (sue) ripercussioni sulla controversia fra Italia e Brasile

LORIS MAROTTI (*)

La sentenza del 26 febbraio 2015 adottata dalla ventesima Corte Federale riapre il c.d. «capitolo brasiliano» del caso Battisti. Per quanto si tratti di una pronuncia non definitiva avente ad oggetto questioni giuridiche di diritto interno e i cui riflessi sul piano internazionalistico – a differenza dei precedenti e [ampiamente dibattuti](#) interventi giurisprudenziali e dichiarazioni in materia – non appaiono così lampanti, alcune brevi osservazioni al riguardo sembrano opportune.

La pronuncia costituisce il primo (e presumibilmente non ultimo) esito di un [procedimento](#) avviato dal Procuratore della Repubblica Hélio Heringer il 13 ottobre 2011, a circa quattro mesi dall’emanazione della [sentenza dell’8 giugno 2011](#) (sentenza *Battisti II*) con cui il Supremo Tribunal Federal (STF) aveva rigettato il ricorso del governo italiano avverso la decisione dell’allora Presidente Lula di non concedere l’estradiizione di Battisti. Tale procedimento era essenzialmente diretto ad ottenere la declaratoria di nullità dell’atto di concessione del permesso di soggiorno permanente, nonché l’attivazione della procedura di espulsione (*deportação*) del condannato, indicando la Francia e il Messico come possibili destinazioni. La sentenza del giudice Mendes de Abreu qui in esame ha accolto *in toto* le richieste del Procuratore condividendone altresì le relative argomentazioni.

Si tratta – lo si è già detto – di una decisione dalla portata sostan-

(*) Università degli Studi di Macerata.

zialmente «domestica», avendo ad oggetto la validità di un atto interno e l'azionabilità di un istituto, la *deportação*, disciplinato dal diritto interno. Tuttavia, un dato interessante che sembra emergere dall'esame del suo contenuto, e che potrebbe aprire a più ampie valutazioni, riguarda la relazione tra l'insindacabilità giurisdizionale degli atti politici di rilievo «esterno», ossia aventi ripercussioni sul piano internazionale, e il problema del conflitto interno tra poteri dello Stato. In altri termini, la sentenza del 26 febbraio rileva proprio nella misura in cui consente di ribadire la duplice portata del conflitto sotteso al caso *Battisti*: da un lato, un contrasto tutto interno all'ordinamento brasiliano tra potere esecutivo e giudiziario; dall'altro lato, la controversia internazionale in atto tra Italia e Brasile.

In merito al profilo da ultimo indicato, non vi è dubbio che la sentenza *Battisti II* del TSF rappresenti una concreta applicazione della criticata (giustamente) teoria degli atti politici. In quel caso, l'«atto politico» in questione, considerato dalla maggioranza dei giudici del STF come insuscettibile di scrutinio giudiziale, consisteva nel diniego di estradizione opposto dal Presidente uscente Lula nell'ambito della terza e ultima fase del procedimento estradizionale brasiliano. Si trattava dunque di un atto avente un rilievo «esterno», in quanto adottato a fronte di una richiesta fondata su un trattato internazionale (il [Trattato di estradizione](#) del 1989), la cui insindacabilità, a prescindere dal merito (e in particolare dalla presunta malafede nell'interpretazione e applicazione del trattato stesso), ha determinato l'insorgere della controversia internazionale tra i due Stati parti dell'accordo.

Venendo invece alla sentenza del 26 febbraio scorso, la questione principale concernente la pretesa nullità dell'atto concessivo del permesso permanente, atto posto in essere dal Conselho Nacional de Imigração (CNI), è stata risolta dal giudice mediante l'applicazione di un criterio gerarchico di soluzione dei conflitti tra atti normativi. In particolare, l'atto del CNI risultava fondato sul disposto dell'art. 1 della [Resolução normativa n. 27/98](#), attributivo, tra l'altro, della competenza a valutare quelle «situazioni particolari» le quali, quandanche non espressamente previste, possano essere considerate soddisfacenti ai fini dell'ottenimento di un visto di residenza (par. 1). A giudizio del tribunale, è evidente che il riferimento alle «situazioni speciali» di cui alla norma in questione comprende le sole situazioni che risultano in «perfeita consonância com a lei», non essendo possibile «transmutar em legal e legítima situação que contraria frontalmente comando legal expresso» (p. 8 della sentenza). Nel caso di specie, il «comando legal expresso» è costituito dall'art. 7, par. IV dell'[Estatuto do Estran-](#)

[geiro](#) del 1980 (EdE), ai sensi del quale non sarà concesso il visto allo straniero «condannato in un altro paese per reato doloso passibile di estradizione secondo la legge brasiliana». Richiamandosi alla sentenza del 16 dicembre 2009 con cui il Supremo Tribunal Federal aveva autorizzato l'extradizione escludendo tanto la natura politica dei reati ascritti a Battisti quanto l'esistenza delle condizioni per la concessione dello *status* di rifugiato (sentenza *Battisti I*), il giudice Mendes de Abreu ha quindi dichiarato la nullità dell'atto del CNI e disposto per l'esecuzione del procedimento di espulsione.

D'altra parte, è interessante osservare come sia il Procuratore della Repubblica Hélio Heringer sia il Tribunale abbiano tenuto conto del potenziale contrasto di questa pronuncia con la decisione dell'*ex*-Presidente Lula di non concedere l'extradizione di Battisti. Basti al riguardo menzionare un passaggio dell'Ação Civil Pública del Procuratore, in cui si chiarisce come non rientri tra le finalità dell'azione da questi promossa l'analisi del merito della decisione del Capo del potere esecutivo. Tuttavia, prosegue il Procuratore, appare altrettanto evidente come questa decisione non abbia in alcun modo alterato la «natura giuridica» dei reati commessi da Battisti. A ben vedere, infatti, la competenza a valutarne la possibile qualificazione come reati «politici» «*é exclusiva do STF e foi exercida para declarar os crimes praticados como sujeitos a extradição*» (p. 11, corsivo aggiunto). Inoltre, sempre nell'ottica del Procuratore, un conflitto tra poteri non sarebbe comunque ravvisabile in relazione al rapporto tra gli istituti dell'extradizione e dell'espulsione. Pur essendo la legge chiara sul punto, nel senso che non è possibile procedere all'espulsione «*se implicar em extradição inadmitida pela lei brasileira*» (art. 63 EdE), la tesi del Procuratore (evidentemente accolta dal Tribunale) pare fondarsi, da un lato, su una nozione brasiliana apparentemente ristretta di legge, inclusiva dei soli profili sostanziali dell'extradizione (vale a dire della natura non politica dei reati ascritti, e non anche degli aspetti procedurali dell'istituto che comprendono l'intervento «insindacabile» del Capo dello Stato) e, dall'altro lato, sulla circostanza per cui Battisti potrà eventualmente essere espulso in un paese diverso da quello di origine, l'Italia, già parte richiedente nel procedimento di estradizione conclusosi con il diniego presidenziale. Ciò eviterebbe in sostanza una violazione «por via transversa» dell'atto politico presidenziale.

Occorre chiedersi, a questo punto, quali possano essere i futuri sviluppi di tale vicenda e in particolare se il potenziale nuovo conflitto «interno» che presumibilmente innescherà la decisione in oggetto sia in grado di avere delle ripercussioni sulla controversia internazio-

nale tra Italia e Brasile. In prospettiva, l'espulsione di Battisti verso il Messico o la Francia inciderebbe solo in modo indiretto sulla controversia internazionale in atto tra i due paesi. È fin troppo agevole rilevare che, ove dovesse aver luogo la *deportação*, l'Italia avrebbe a disposizione due alternative: attivarsi ai fini dell'extradizione del condannato dal Messico, sulla base del trattato di estradizione del 28 luglio 2011 (peraltro [non ancora ratificato dall'Italia](#)); sollecitare la consegna del condannato da parte della Francia per mezzo di un mandato d'arresto europeo. L'espulsione di Battisti, pertanto, sarebbe idonea ad integrare un fatto «estintivo» della controversia internazionale, nella misura in cui verrebbe meno lo stesso (s)oggetto del contendere tra i due Stati. In altri termini, la sentenza del giudice Mendes de Abreu, più che rappresentare una sorta di «[ravvedimento](#)» dello Stato brasiliano rispetto al presunto illecito commesso ai danni dell'Italia, costituisce soltanto il primo dei numerosi e non agevoli passi verso una possibile estinzione della controversia di cui si discute.

In ogni caso, continua a destare perplessità la perdurante tendenza dei giudici brasiliani a far ricorso alla teoria degli atti politici. Invero, la sentenza in esame sembra discostarsi almeno in parte dall'argomento giustificante il ricorso a detta teoria fondato sulla nozione di *institutional competence*. Questo argomento, impiegato dal giudice Fux nella dichiarazione di voto resa nella sentenza *Battisti II*, consiste nella pretesa incapacità istituzionale del potere giudiziario di valutare la natura “politica” dei reati ascritti a Battisti nonché l'esistenza di rischi relativi al trattamento che l'Italia riserverebbe all'estradando. Nella decisione del giudice Mendes de Abreu, come si è visto, il richiamo alla sentenza *Battisti I* riflette invece l'idea che una simile valutazione competa al potere giudiziario e che la decisione politica dell'*ex*-Presidente Lula non sarebbe comunque stata idonea ad alterare la *natureza jurídica* di tali crimini.

Tuttavia, quanto alla ragionevole possibilità per il Procuratore prima e il giudice poi di effettuare una (nuova) valutazione circa i rischi cui il condannato sarebbe esposto se venisse espulso (piuttosto che estradato) verso l'Italia, tanto la domanda del Procuratore, quanto la sentenza del giudice Mendes de Abreu rievocano l'ostacolo dell'insindacabilità dell'atto presidenziale. Ciò appare in definitiva criticabile poiché in quella nozione brasiliana «ristretta» di legge, alla quale si è fatto cenno, non può non rientrare anche il trattato di estradizione la cui interpretazione certamente non è preclusa al potere giudiziario. Nel caso di specie, una «nuova» interpretazione dell'[art. 3 del Trattato](#) (concernente i motivi di rifiuto dell'extradizione) da parte del

giudice Mendes de Abreu, su indicazione del Procuratore, avrebbe potuto aprire all'ipotesi dell'espulsione verso l'Italia; ciò, ad esempio, una volta accertato il venir meno, a fronte di mutate circostanze, di quei motivi che, a giudizio di Lula, giustificavano la mancata concessione dell'estradizione.

18 marzo 2015

11

Accordi commerciali e diritto internazionale degli investimenti

- FERNANDA NICOLA The Paradox of Transparency: The Politics of Regulatory Cooperation in the TTIP Negotiation
- ALBERTO ALEMANNI International Regulatory Cooperation and its discontents: What is really at stake in TTIP?
- LUCA PANTALEO Il TTIP e la risoluzione delle controversie tra investitore e Stato: ipocrisia, schizofrenia o preoccupazioni giustificate?
- FILIPPO FONTANELLI Does Investor-State Dispute Settlement (ISDS) threaten States' regulatory autonomy? Fact-checking a commonplace of the TTIP debate

The Paradox of Transparency: The Politics of Regulatory Cooperation in the TTIP Negotiation

FERNANDA NICOLA (*)

On both sides of the Atlantic, EU and US negotiators have continuously strived to achieve greater transparency in the Transatlantic Trade and Investment Partnership (TTIP) negotiation, to increase the legitimacy of a trade negotiation process suffering from a democratic deficit. On the one hand USTR [Michael Froman](#) stated that «Transparency, participation, accountability -- these are core to the U.S. regulatory system, but they are not uniquely American principles» while its counterpart EU Trade Commissioner [Cecilia Malmström](#) claimed recently «I have transparency in my DNA, and I hope I can inject it also in TTIP negotiations.» Even though at the declaratory level there seems to be convergence on the need for greater transparency in transatlantic negotiation through the greater involvement of the U.S. Congress or the European Parliament on each side, in the specific realm of regulatory cooperation its operationalization shows increasing divergence and ambiguity on the meaning of transparency in the regulatory processes.

Transparency claims by trade representatives and negotiators reflect the respective legislative, administrative and legal cultures in the US and EU, in which transparency and participation in decision-making take place at different stages and involve different sets of private and public constituencies. One of the central puzzles in the TTIP negotiation is to address the divergences arising between the US and EU regulatory framework that create

(*) American University, Washington College of Law.

obstacles to trade through divergent regulatory standards and administrative practices. Therefore, at the descriptive level and in the best case scenario, transparency is incorporated in the US by secondary regulation through the “[notice-and-comment](#)” rulemaking procedure under the Administrative Procedure Act (APA) enacted in 1946 and initiated by agencies implementing secondary rules. In contrast, transparency is relevant much earlier in the EU legislative process, when the EU Commission enables consultation with public and private constituencies to propose primary legislation through [Green papers](#) stimulating a discussion on a specific topic at European level and its [White Papers](#) including proposals for EU action in a specific field.

At the normative level, the US approach to transparency in the legislative and regulatory process reflects a reactive view to regulate the economy only in the case of market failure. The EU takes a more pro-active approach to regulate and intervenes in its social-market economy (see [Whitman](#)). As a result, EU economic legislation has revolved around the conflicts between producer groups as well as labor law, while the US focus has historically been on consumers, as members of a universal class sharing a common interest in buying things that were “cheap” and “good”.

Each transparency “package” in the TTIP negotiation bestowed to the general public by the trade representatives on each side of the Atlantic has in reality created more confusion as to which groups have been effectively empowered. By exploring which groups internally or transnationally are influenced through «transnational feed-back or reactive sequencing» (see [Bach and Newman](#)) what emerges is that transparency is a bargaining tool that paradoxically legitimates a setting, a secret trade negotiation, in which the norm remains «closure» (see [Glenn](#)).

Regulatory Cooperation and Comparative Administrative Law at Work in TTIP

The TTIP negotiation crystallized important but not completely “new” efforts in trade liberalization that have been in place in the US and the EU since the 1990s as a way to overcome the fears of US industries being unable to penetrate the standards set by what businesses and regulators called at the time “[Fortress Europe](#)”. This costly negotiation, undertaken by the US Trade Law Representative (USTR) Michael Froman on the one hand and the EU Commission on the other, was justified by politicians and diplomats for its potential benefits such as triggering

economic growth, creating new job opportunities and eliminating unnecessary and burdensome regulation irrespective of its redistributive effects. Similarly, trade and administrative lawyers have promoted International Regulatory Cooperation (IRC) as one of TTIP's main objectives, so as to enhance global administrative principles and experimental governance irrespective of its normative backdrop. Since its launch, one of IRC's main goals has been to remove arbitrary differences in domestic administrative approaches. The debate over improving regulatory convergence revolves around "better" regulatory approaches that negotiators have characterized generally as transparency, openness and participation. These broad principles, however, mean different institutional arrangements as well as changes in substantive regulatory principles across the Atlantic (see [Ala'i and Vaughn](#)). What I call the mainstream approach to international regulatory cooperation often promoted by legal studies financed by EU and US institutions focuses on finding new convergence towards "best" administrative practices, or an "experimental learning" approach to regulatory divergence.

TTIP negotiations have been used by negotiators, lawyers and multinational corporations on both sides of the Atlantic to push for particular regulatory and procedural reforms justified by transparency arguments. Despite a common ordo-liberal economic background, EU and US administrative cultures have fundamentally different approaches that focus, as James Whitman has shown in his article on «*Consumerism versus Producerism*», [cited above](#), on the role of producers in Europe and consumers in the US. In anti-trust law, this divergence is shown where US regulators seek to avoid behavior that would undermine individual interests, while EU law protects business interests by preventing distortion by a dominant interest. It can be argued that the EU's social market model is therefore dominated by institutional participants, compared to individual business participation in the US as a result of different histories, legal developments and political economies.

Administrative law scholars across the Atlantic have demonstrated a fundamental divergence in administrative law rules in comparing primary legislation that encompasses bills and legislation, and secondary legislation that encompasses the regulatory process «by columns» (see [Parker and Alemanno](#)). Such divergence exists insofar as the EU primary legislation is the result of broad consultation of stakeholders and institutional actors repre-

senting institutional market actors through White and Green Papers. In contrast, on the [US side](#), secondary regulation includes broad input from individual stakeholders via the notice and comment procedure established to ensure that interested individuals can participate in rule making. In addition, administrative agencies adopting secondary legislation through informal rule-making procedures need to offer the public a chance to [provide comments](#) to the proposed regulations. Agencies respond to individual comments by stakeholders according to their internal statutes.

In the EU, stakeholder input comes much earlier in the process, and the institutional stakeholders are largely involved and offer input at the primary legislation stage. Alternatively, US individual stakeholders play an important role ex-post through the notice and comment process in regulatory law making. This divergence in administrative processes reflects how transparency claims enable the reorganization of domestic economic interests in different industry sectors (medical devices, pharmaceuticals, automobiles) seeking greater involvement to gain power in transatlantic regulatory processes (see [Bach and Newman](#)).

Reactive Responses to Transparency across the Atlantic

An example of the powerful rhetoric used by Michael Froman is the argument about Brussels not being as [transparent, open and participatory](#) as Washington in its administrative process. The USTR has claimed that Brussels [lacks transparency](#) in its administrative and legislative process, while the EU Commission has proposed increasing the Agency-to-Agency model of cooperation since the mid-1990s.

The recent claims towards greater transparency in the EU are the result of pressures by businesses not being able to access initial drafts of legislation made by the EU Commission and presented to the Parliament and Council under the primary legislative procedure. In addition, US industry argued they were unable to make comments on secondary regulation, and received individual feedback through obscure regulatory processes in Brussels. More interestingly, this participatory limitation has been portrayed as a lack of transparency rather than an attempt to limit the influence of lobbies in Brussels. Another iteration of the same argument based on transparency has been the USTR's attempt to push for the adoption of a central regulatory body, similar to the Office of Information and Regulatory Affairs in the Of-

Office of Management and Budget (OIRA) in the regulatory coherence chapter of the Trans Pacific Partnership (TPP). In contrast, as said above, the EU Commission has continued to propose an Agency-to-Agency model of cooperation and the establishment of a permanent Regulatory Cooperation Council that, like in the recently published Canada-EU free trade agreement ([CETA](#)), would promote IRC.

In 2014, as a result of various pressures from civil society and industries alike, Mr. Froman announced the creation of an innovative forum, namely a public interest trade advisory committee (PITAC) for academics and NGOs, as part of the trade advisory committee structure. One of the paradoxical provisions of the PITAC was, however, that every participant was obliged to sign a non-disclosure agreement so that civil society participants could not openly discuss, or promote publicly some of the information they gained during the TACs meetings. Some have criticized this institution as adding opacity rather than transparency to the whole process (see [Sutton](#)).

Soon after the transparency critics of the TTIP negotiation raised their voices in the EU side led by the European Parliament (EP) that after the entry in force of the Lisbon Treaty has demanded closer involvement in the negotiation in international agreements threatening not to give consent if its opinions were not taken into consideration. This threat ended with the successful [agreement with the US](#) on the exchange of financial information signed in 2010. The EP and the Commission have concluded [an inter-institutional agreement](#) pursuant to article 259 TFEU, concluding that the Commission will fully inform the EP of its intention to start the negotiations, present the draft negotiation directives to the EP and regularly and promptly inform the competent members of the EP (MEPs) on the conduct of the negotiation. In this respect it is important to stress that Paragraph 25 of the agreement states that the Commission shall facilitate the inclusion of a delegation of MEPs at international conferences. This agreement has been under attack by the Council claiming that it undermined the principle of institutional balance and the limits on the powers of institutions under TFEU art. 13(2).

Not surprisingly the EP's worries resonated with the [European Ombudsman](#) who worried that the TTIP negotiation was disproportionately favoring some corporate groups at the expense of other civil society ones. In 2014, the German

Minister for Agriculture, Christian Schmidt, claimed that the trust of citizens is essential in order to reach this important agreement, and called for more transparency in negotiations for a sweeping trade pact between the EU and the US. The [Commission's reaction to the US position](#) and its growing internal critiques didn't take too long and in 2014, with the newly elected Juncker Commission, the wind has changed. The Transparency package put forward by Trade Commissioner *Cecilia Malmström* has proven at least at the declaratory level to be a strong response to Froman's attacks. The first proposal in the Malmström's transparency package has been to fully inform the EP, rather than just the MEPs on the international trade committee about the next steps of the TTIP negotiation. The second proposal by Malmström, that has put the Commission back on the front seat of the transatlantic transparency game is a very innovative set of [publications](#) informing the general public on the EU position in the eighth round of the TTIP negotiation in Brussels. Even though the Commission's negotiating position appears to be a clear and informative blueprint of the EU legal position *vis à vis* the USTR that has received important [media attention](#), this cannot possibly reveal the tradeoffs and the political choices that EU trade negotiators will bargain for with their counterparts in secret.

Reconciling Transparency and Opacity: A call for new legal scholarship on TTIP

Even though there are obvious types of democratic deficits in secret trade negotiations, transparency claims in TTIP are empowering different interest groups to make the process more legitimate and democratic. In reality, transparency allows interest groups with different constituencies across the Atlantic to create transnational alliances and dominate the negotiating process by creating more opacity. From industry to consumer groups, in particular those industries affected by some key sectors in TTIP such as automobiles, pharmaceuticals and medical devices are very active in stating their position, sponsoring new research and providing money for academic studies to influence the negotiators' views and creating more knowledge production around TTIP.

Even though some academics are not foregrounding the political stakes beyond the claims for transparency in the TTIP negotiation and portray regulatory cooperation as an experimental-

ist and neutral process (see [Wiener and Alemanno](#)), other commentators have raised critical substantive issues especially with respect to the high stakes for the pharmaceutical industry in both TPP (Trans-Pacific Partnership) and TTIP (see [Stiglitz](#)). Among the underlying political stakes in TTIP that taint the choices of the negotiators are, on the one hand, the respect of democratic decisions by governments about regulating markets [without a race to the bottom](#) scenario driven only by private interests instead of sustainable growth. On the other hand, the opposite ideological position stems from the fact that trade liberalization offers gains in terms of economic benefits and [improved transatlantic cooperation in setting global standards](#). These two ideological poles tend to influence the way in which trade representatives and their negotiators ought to balance claims about transparency in regulatory cooperation for each side of the administration.

Commitment to transparency allows interest groups capture where the democratic and regulatory process is constrained to prevent it. So, ideologically transparency claims make the negotiation seem more democratic when in fact they enable interest group across the Atlantic to capture the front end of the process. Because of the transparency paradox the role of independent scholarship is crucial to ensure the production of new and critical knowledge about the TTIP negotiation. Legal scholars ought therefore to foreground what are the political stakes – often portrayed as neutral — beyond the claims that one regulatory process is more transparent than another one.

4 febbraio 2015

International Regulatory Cooperation and its discontents: What is really at stake in TTIP?

ALBERTO ALEMANNO (*)

In the current stage of European political integration, very few subjects are capable of crossing the national borders and prompt a genuine pan-European public debate. Since the last EU parliamentary elections, the ongoing negotiation of a Transatlantic Trade and Investment Partnership (TTIP) has become one of those issues. Given its ambition, novelty and potential disruptive nature on future global economic governance, this result is not a cause of surprise. This “new generation” trade agreement has the potential to remake political and legal relationships between the EU and the US and pave the way to a new form of global economic governance based on international regulatory cooperation (sometimes referred to as «IRC») ([Alemanno and Wiener](#)). This post – which builds upon one [policy report](#) written for the European Commission and [another](#) for the European Parliament – aims at providing some context and possibly remedying the misinformed, media-driven and largely unacademic [debate](#) surrounding the ongoing TTIP negotiations.

Despite the mounting attention elicited by this international agreement, the public debate surrounding its negotiations remains indeed polarized. Supporters of TTIP – such as industry groups and some EU Member States – praise the [economic benefits](#) it could bring about to companies, employers and consumers. Critics instead – essentially civil society organisations but also some Member States – highlight its high [social costs](#), by lowering regulatory standards. Unfortunately both sides seem to fail to

(*) HEC, Paris.

understand what is really at stake in TTIP. In turn, the media and the political class unwisely contribute to misinforming and amplifying concerns by focusing on some selected aspects – such as the transparency of the negotiations or the inclusion of an [Investor-State Dispute Mechanism](#) (ISDM) – that paradoxically might not be the most problematic of the agreement. To debunk some myths and possibly refocus the debate, a few fundamentals must therefore be asserted.

TTIP is not occurring in a vacuum. In recent decades, governments across the world – including the European Union and the United States – have cooperated to harmonize and coordinate policies “behind the borders” through a variety of efforts at the multilateral (WTO), regional (EU, NAFTA), and bilateral levels (FTAs) (see [Lester and Barbee](#)). These efforts have been driven by the trade liberalization agenda, which views domestic regulatory action as a factor impeding international trade. While the WTO has been largely successful in removing barriers to trade at the border, it is proving less effective in the behind-the-borders fight against nontariff barriers (NTBs) – emerging from regulatory differences across countries –, making NTBs today’s most prominent obstacle to trade exchanges (see [Kono](#)). NTBs consist of national regulatory measures that had previously not been subject to international scrutiny and that often aim at pursuing legitimate objectives, such as the protection of the environment and the health and safety of citizens (see [Alemanno](#)).

Given the current inability of the WTO and other trade arrangements to effectively address such concerns, the EU and the US seem willing to go beyond traditional international treaty-making to explore new avenues of international regulatory cooperation. In addition to the commitment to eliminate tariffs – typical of any Free Trade Agreement (FTA) –, the central tenet of TTIP is represented by the [Horizontal Chapter on Regulatory Coherence](#), an innovative approach to international regulatory cooperation (IRC).

This central component of TTIP would contain a framework for future cooperation in order to provide a “gateway” for [handling sectoral regulatory issues](#) between the EU and the US. This would apply to all measures of general application, including both legislation and rules – regardless of the level at which these regulations are adopted and by whom – that have effects on transatlantic trade. The development of such a framework for transatlantic regulatory cooperation – which is likely to

be accompanied by the establishment of a [Regulatory Cooperation Council](#) (RCC), a mechanism that could ensure TTIP's operation – raises many important questions. This is particularly true in relation to the widespread concern that regulatory cooperation may compromise the principle of regulatory autonomy, thus depriving sovereign countries of their prerogatives.

In order to promote compatibility of regulations across the Atlantic, TTIP provides an original cooperation mechanism that embeds for the first time the application of good regulatory practices (e.g. early warning, early regulatory cooperation, consultation, transparency, impact assessment, etc.) into a trade agreement (while good regulatory practices appear also in other trade agreements, especially FTAs such as the recently-negotiated, but yet to be ratified, Comprehensive Economic and Trade Agreement (CETA) between the EU and Canada, TTIP is set to become the first one that ensures their respect through an enforcement mechanism). This horizontal discipline will enable the regulators – generally upon the request of one of the two parties – to enter into a permanent dialogue. The EU and US authorities would explore possible avenues to attain compatible outcomes or coordinated approach, either on pre-existing regulation or new proposals, through the conclusion of, *inter alia*, mutual recognition (of substantive standards or the results of conformity assessment) agreements or best manufacturing practices. Should the regulators identify areas for convergence (such as marketing authorizations for [pharmaceuticals](#), [cosmetics](#) or [technical standards for car headlights](#)), their agreed commitment will become legally binding within a sectoral annex and subject to an *ad hoc* enforcement mechanism (while it appears undisputed that this will require these newly negotiated sectoral annexes to the original TTIP to be integrated into domestic law in both jurisdictions, it has not yet been defined how this will occur).

This is set to lead the distinct, often competing, worlds of trade and that of policymaking to meet and coexist within an international agreement. At the same time, however, the agreement is not set to substantially alter the parties' respective ways of making legislation or rules. Indeed, the EU and US respective legislative and regulatory systems will not be modified by TTIP. The Parties will merely commit to sync their respective regulatory systems, but will never regulate jointly.

Despite being neutral to the operation of each Party's constitutional systems, this Agreement will however inevitably entail

some limitations of the respective regulatory autonomy. As previously demonstrated, the EU and the US are not limiting themselves to concluding a traditional FTA plus, by agreeing on some additional requirements, but they are striving to come up with a new model of economic integration based on a permanent international regulatory cooperation mechanism. Although TTIP falls short of establishing an internal market between the two sides of the Atlantic (i.e. no joint decision-making power is foreseen), it is set to create the conditions for prompting a new awareness in the minds of the respective regulators: that of the extraterritorial impact of their existing and proposed regulations. Moreover, amid the creation of a permanent mechanism, TTIP will therefore emerge as a “living agreement” where new areas of cooperation can be identified without the need to re-open the initial international agreement nor to [modify](#) each other’s institutional frameworks. This “automatic” update may be seen as circumventing the procedure for the adoption of international agreements that typically foresees the signature and ratification of new texts but it is arguably covered by Article 218(7) TFEU, which states: «When concluding an agreement, the Council may, by way of derogation from paragraphs 5, 6 and 9, authorise the negotiator to approve on the Union's behalf modifications to the agreement where it provides for them to be adopted by a simplified procedure or by a body set up by the agreement. The Council may attach specific conditions to such authorization».

That’s where public opinion’s attention should be focusing on. Indeed, although TTIP is not supposed to alter existing regulations or adopt joint standards, its cooperation mechanism – due to the commitment to regulatory coherence – pushes the regulators away from the previously agreed regulatory standards. In so doing TTIP is inevitably set to reopen the legislative and rule-making processes: determining the equivalence of two separate sets of standards requires going back to a previous internal political decision. In other words, while an agreement reached within a regulatory dialogue – be it equivalence or mutual recognition – does not formally modify the domestic regulatory requirement – which remains unchanged vis-à-vis the domestic product or service –, it implies a departure from it in relation to the imported products or services. This may prompt fundamental accountability problems as the operation of TTIP may result in regulatory processes that gradually appear detached from the previously agreed policy choice and therefore the policy prefer-

ences of the regulated.

In these newly created circumstances, it is crucial to foresee some forms of democratic oversight on the operation of TTIP that could be capable of satisfactorily address the legitimacy challenges raised by its operation. While there seems to be a case for building a role for the European Parliament and US Congress as well as the public, it is not clear whether the ongoing negotiations currently envision a mechanism requiring their involvement.

In sum, contrary to current [institutional](#) and [popular](#) narratives accompanying its negotiations, the fate of TTIP's success will be played less on issues of transparency or fears of "race-to-the-bottom" and more on its ability to ensure political control and societal input to guarantee its legitimacy and accountability once in operation. That's where we should all focus on when debating TTIP. It is about time that civil society organisations and political parties stopped demonizing the agreement and valuably contributed to its shaping up.

4 febbraio 2015

Il TTIP e la risoluzione delle controversie tra investitore e Stato: ipocrisia, schizofrenia o preoccupazioni giustificate?

LUCA PANTALEO (*)

La recente pubblicazione, da parte della Commissione europea, dei [documenti](#) relativi all'esito delle consultazioni pubbliche, lanciate su iniziativa della stessa, concernenti il meccanismo di risoluzione delle controversie tra investitore e Stato (ISDS) previsto dal *Transatlantic Trade and Investment Partnership* (meglio noto come TTIP), ha riacceso il dibattito che accompagna i negoziati di tale accordo sin dal loro inizio. L'opposizione al TTIP e, in misura minore, all'accordo "gemello" che l'Unione europea si appresta a concludere con il Canada (il c.d. [CETA](#), ovvero *Comprehensive Economic and Trade Agreement*) è animata da un vasto ed eterogeneo fronte di contrari, che annovera tra le sue fila rappresentanti della società civile (si pensi all'ormai noto comitato [Stop TTIP](#)), [autorevoli esponenti del mondo accademico](#), oltre ad un nutrito gruppo di Stati membri, ivi compresi due pesi massimi dell'Eurozona come [Francia e Germania](#). Nel presente contributo si cercherà di sintetizzare gli elementi principali di tale dibattito, nel tentativo di offrire al lettore un quadro il più possibile esaustivo.

In primo luogo, è opportuno ricordare come l'ISDS non sia il frutto dell'inventiva dei negoziatori del TTIP. Meccanismi in tutto e per tutto simili sono previsti, ed attualmente in vigore, nella stragrande maggioranza dei circa 1400 trattati bilaterali

(*) Université du Luxembourg.

d'investimento (BIT) conclusi dagli Stati membri dell'Unione europea a partire dal 1959, anno in cui, come è noto, la Germania concluse il primo BIT con il Pakistan. Sebbene l'esistenza di tali accordi, in alcune occasioni, non abbia mancato di attirare critiche da parte dell'opinione pubblica (si pensi, in particolare, al recente caso [Vattenfall](#)), l'avversità ai meccanismi di risoluzione delle controversie tra investitore e Stato sembra essere esplosa solo dopo che l'UE ha intrapreso le prime, concrete azioni finalizzate all'esercizio della sua nuova competenza in materia.

Le critiche generalmente mosse nei confronti degli ISDS (ed in particolare nei confronti del TTIP) possono essere così sommariamente compendiate. In primo luogo, la presenza di un tale meccanismo nell'accordo in discorso avrebbe l'effetto di limitare significativamente i poteri di regolamentazione delle parti contraenti, specialmente in alcuni settori particolarmente sensibili come la tutela dell'ambiente, della salute, del lavoro, ecc. L'esempio più significativo di simili limitazioni che asseritamente deriverebbero dalla conclusione di un accordo come il TTIP è quello relativo al caso Philip Morris. Quest'ultima, come è noto, ha in tempi recenti avviato due procedimenti arbitrari contro l'[Australia](#) e l'[Uruguay](#) per contestare l'introduzione della legislazione anti-fumo (in particolare, l'imposizione dei c.d. pacchetti anonimi, o *plain packaging*) da parte di tali paesi. Siffatti procedimenti sono fondati, rispettivamente, sul [BIT tra l'Australia ed Hong Kong](#) (dove ha sede la filiale asiatica di Philip Morris), e sul [BIT tra l'Uruguay e la Svizzera](#) (dove ha sede, invece, il quartier generale europeo). La vicenda, peraltro, rappresenta in qualche modo un caso di scuola, in quanto illustra perfettamente come le grandi imprese multinazionali, potendo contare sovente su molteplici sedi sussidiarie e succursali ubicate in paesi diversi, riescano a beneficiare della rete di BIT esistenti attraverso un oculato utilizzo dei requisiti relativi alla determinazione della giurisdizione *ratione personae* dei tribunali arbitrari ([Wisner e Gallus](#)).

In secondo luogo, le stesse caratteristiche strutturali dell'ISDS sembrano essere fonte di preoccupazione. Si fa riferimento, in particolare, al fatto che i tribunali arbitrari in materia di investimento non hanno, in genere, carattere permanente; che il sistema di nomina degli arbitri, fondato sulla scelta degli stessi effettuata caso per caso dalle parti in causa (sebbene, per lo più, sulla base di c.d. *roster* messi a punto dagli Stati) non favorireb-

be la certezza del diritto, atteso che i lodi arbitrali hanno efficacia *inter partes*; che, infine, l'indisponibilità di un meccanismo di appello renderebbe il sistema incoerente e particolarmente imprevedibile, a tutto vantaggio dei grandi investitori privati e delle imprese multinazionali (i quali potrebbero infatti contare su enormi potenzialità lobbistiche, oltre che sul supporto di agguerriti avvocati in grado di approfittare delle incertezze suddette).

Infine, la presenza di un tale meccanismo di risoluzione delle controversie non sarebbe necessaria nel contesto di un accordo concluso da due parti contraenti il cui livello di sviluppo sarebbe in grado di offrire, di per sé, sufficienti garanzie ai reciproci investitori. Sotto questo profilo, si è soliti ricordare come la ragione storica che è all'origine della creazione del sistema dei BIT fosse, in buona sostanza, quella di garantire che gli operatori economici dei Paesi sviluppati interessati ad investire in Paesi in via di sviluppo beneficiassero di un circuito di tutela giurisdizionale alternativo ai tribunali interni di tali paesi, considerati spesso inaffidabili, politicizzati e corrotti. Le medesime esigenze di tutela non troverebbero giustificazione in relazione ad un accordo per così dire simmetrico, cioè a dire stipulato tra parti contraenti dotate di un sistema amministrativo e giurisdizionale in cui la corruzione, l'inefficienza e l'imprevedibilità non superano, di regola, livelli considerati fisiologici in un contesto democratico.

Nell'ambito del dibattito concernente il TTIP, alcune proposte sono state avanzate con l'intento di emancipare tale accordo dai limiti insiti nel sistema di arbitrato internazionale in materia di investimenti. Tuttavia, anche di primo acchito, non soltanto le soluzioni proposte non sembrano poter essere risolutive. Al contrario, come si vedrà, esse potrebbero addirittura rilevarsi dannose.

In primo luogo, secondo la posizione sostenuta, ad esempio, dalla [Francia](#), risulterebbe più opportuno puntare su un (non meglio specificato) maggior coinvolgimento delle corti interne, piuttosto che creare un foro (esterno) riservato ai soli investitori stranieri. Tale proposta, peraltro, sembrerebbe di recente aver fatto breccia nella Commissione, la quale, secondo quanto riportato da [Bronckers](#), avrebbe manifestato l'intenzione di voler approfondire tale possibilità. Come giustamente osservato da tale autore, tuttavia, l'ipotesi in discorso non sembra in grado di rappresentare un'alternativa credibile. Infatti, è noto come la giurisprudenza della Corte di Giustizia, in ciò sostanzialmente soste-

nuta dalle istituzioni dell'Unione, ma anche da molti Stati membri spesso intervenuti a difesa delle stesse, abbia negli anni progressivamente ridotto le possibilità, da parte dei ricorrenti privati, di invocare in giudizio le disposizioni di accordi internazionali conclusi dall'UE (si pensi al recente caso della [Convenzione di Aarhus](#), commentato da [Pirker](#)). Per quanto non sia possibile in questa sede entrare nel merito di tale questione (si veda, per approfondire, [Cannizzaro](#)), non sembra che alle corti interne, Corte di Giustizia inclusa, possa essere attribuito alcun ruolo specifico in relazione alla risoluzione di controversie fondate su un accordo internazionale quale il TTIP. In altre parole, tale proposta potrebbe (mal)celare il tentativo di eliminare, puramente e semplicemente, qualsivoglia ISDS dal testo dell'accordo. Allo stesso modo, non sembra percorribile neanche l'ipotesi di un diverso coinvolgimento degli organi giurisdizionali dell'Unione, magari attraverso la creazione di un istituto simile al rinvio pregiudiziale. Infatti, le procedure e la tempistica di un tale meccanismo si porrebbero in radicale contrasto con l'idea di promozione degli investimenti, ed in particolare con l'obiettivo di garantire agli operatori economici l'accesso a mezzi di risoluzione delle controversie ragionevolmente rapidi ed efficienti. In buona sostanza, la proposta francese (non a caso definita «schizofrenica» dall'autore citato) equivarrebbe a nient'altro che all'eliminazione *tout court* dell'ISDS previsto dal TTIP.

Secondo un orientamento diverso, invece, sarebbe opportuno uscire dallo stallo attraverso una sorta di posizione di compromesso, che consenta di conservare le disposizioni relative alla protezione sostanziale degli investimenti previste dal TTIP, privando quest'ultimo, tuttavia, della sua componente più controversa, cioè a dire esattamente l'istituzione di un ISDS. L'uovo di Colombo sarebbe rappresentato da un sistema di risoluzione delle controversie di natura esclusivamente interstatale, ispirato al modello OMC. Come sottolineato da [Weiler](#), tuttavia, tale rimedio rischia di essere peggiore del male. Le ragioni di una tale conclusione sono tali e tante che non è possibile darne conto dettagliatamente in questa sede. In estrema sintesi, sia sufficiente notare come: a) un meccanismo di tutela riservato alle parti contraenti (e non anche alle persone fisiche e giuridiche aventi la nazionalità delle stesse) rischierebbe di favorire gli investitori e le imprese di maggiori dimensioni, in quanto in grado di esercitare una più forte pressione lobbistica sui rispettivi governi; b) non diversamente dalla maggior parte dei meccanismi di risolu-

zione delle controversie di tipo intergovernativo, non garantirebbe il ristoro (quanto meno in via diretta) di coloro che subiscono in prima persona gli effetti pregiudizievoli di una violazione dell'accordo in questione; c) non sarebbe in grado di prevenire il rischio di politicizzazione delle controversie, ponendosi in contrasto, in buona sostanza, con le ragioni che sono alla base dell'origine stessa dell'arbitrato internazionale in tema di investimenti (come dimostra la prassi del NAFTA, infatti, i sistemi amministrativi e giurisdizionali dei Paesi sviluppati non sono del tutto privi di fibre nazionalistiche – si vedano le considerazioni di [Sattorova](#), in particolare sul caso [Loewen](#)).

Sia ben chiaro: col presente contributo non si intende certo sminuire l'entità dei problemi che tradizionalmente caratterizzano il sistema dell'arbitrato internazionale nel settore degli investimenti. In linea di principio, infatti, alcune delle critiche sollevate nei confronti dello stesso appaiono motivate e del tutto condivisibili. Tuttavia, ad una più attenta analisi, appare forse ragionevole sostenere che il TTIP, e con esso, in generale, gli altri accordi d'investimento che l'UE si appresta a concludere, contengano degli importanti elementi di novità in grado di porre rimedio, almeno parzialmente, alle criticità sopra esposte. In altre parole, il TTIP *et similia*, almeno per quanto attiene agli aspetti relativi agli investimenti esteri, sembrano poter segnare un positivo passo in avanti rispetto ai trattati preesistenti.

Prima di procedere ad una breve analisi di tali elementi di novità, occorre fare una precisazione. Infatti, nonostante gli sforzi (soprattutto della Commissione) nel senso di una maggiore [trasparenza](#) dei negoziati, il testo del TTIP, e con esso degli elementi che caratterizzano il suo ISDS, non sono ancora pubblicati. Le considerazioni che seguono, pertanto, non potranno non avere un carattere almeno parzialmente speculativo. Tuttavia, come ipotesi di lavoro, appare ragionevole ritenere che il meccanismo di risoluzione delle controversie previsto dal TTIP possa essere modellato su quello del [CETA](#) (a sua volta ispirato al modello NAFTA), il cui testo è invece noto. L'analisi che segue, pertanto, prenderà le mosse dall'ISDS contenuto nel CETA, per compiere un'analisi di tipo comparativo con i BIT di origine nazionale.

Sotto questo profilo, giova ricordare come attualmente la prassi consenta di individuare due grandi modelli di accordi di investimento. Da un lato vi è il c.d. [modello OCSE](#) del 1962, cui sono ispirati i BIT maggiormente diffusi tra i paesi europei. Tale

modello, considerato tra quelli più favorevoli agli interessi degli investitori, è in un certo senso portato alle estreme conseguenze dal modello di BIT adottato dai Paesi Bassi, non a caso soprannominato *Dutch Golden Standard* (cfr. [Nelson](#), nonché [Lavranos](#)). Dall'altro lato, è possibile individuare un secondo grande modello di BIT, cioè a dire il c.d. modello NAFTA. Quest'ultimo, da taluni considerato più completo ed equilibrato rispetto al suo omologo prevalente in Europa (v. [Fontanelli e Bianco](#)), ha con gli anni finito col prevalere in maniera generalizzata sull'altra sponda dell'Atlantico, ispirando, in particolare, i nuovi modelli di BIT adottati da [Stati Uniti](#) e [Canada](#) (cfr. [Alvarez](#)). Orbene, stando alle rilevanti disposizioni del CETA, è forse possibile affermare che il modello di trattato d'investimento adottato dall'UE, cui lo stesso TTIP dovrebbe conformarsi, non solo si distanzia notevolmente dall'"Eldorado olandese" (Eldorado per gli investitori, s'intende), ma sembra, per alcuni aspetti, andare persino oltre i livelli di affidabilità ed accuratezza raggiunti dal modello NAFTA e derivati. Alcuni esempi aiuteranno ad illustrare questo punto.

Cominciamo da alcune significative disposizioni relative alla protezione sostanziale degli investimenti. In primo luogo, colpisce nel CETA (sulla falsariga del NAFTA) l'assenza totale di una c.d. *umbrella clause*, la quale, come è noto, può avere l'effetto di estendere notevolmente l'ambito di applicazione dei BIT, fino ad includere controversie di natura essenzialmente contrattuale (v. [Schill](#)). Atteso che anche il modello di BIT statunitense non contiene una clausola siffatta, non vi è ragione di ritenere che una soluzione diversa possa essere inserita nel TTIP. Al contrario, i principali BIT degli Stati membri contengono tale disposizione, salvo sparute eccezioni.

In secondo luogo, il CETA prevede la possibilità per le parti contraenti di integrare il contenuto esatto del c.d. "trattamento giusto ed equo" degli investimenti stranieri (FET, acronimo dell'inglese «Fair and Equitable Treatment»). Come è noto, la determinazione dell'esatto contenuto dello standard di protezione incluso in tale trattamento ha dato luogo ad un acceso dibattito, non ancora sopito, soprattutto nell'ambito del NAFTA. In particolare, una decisione della *Free Trade Commission* (FTC), che ai sensi di tale accordo è dotata del potere di adottare interpretazioni del testo normativo vincolanti per le parti in causa (anche in caso di contenzioso già pendente al momento dell'adozione

della decisione) ha statuito, non senza sollevare critiche ([Dumberry](#)), che ai sensi del NAFTA il FET equivale alla protezione dovuta in base al diritto internazionale generale (c.d. «international minimum standard»), non costituendo, pertanto, uno standard di protezione a sé stante. Il CETA, dal canto suo, pur non avendo esplicitamente ancorato il FET al diritto internazionale generale, prevede la possibilità per le parti contraenti di procedere ad una revisione periodica dell'esatto contenuto dello stesso, attraverso decisioni del *Trade Committee* (TC) istituito dall'accordo in discorso. Anche in tal caso, considerato che tale impostazione corrisponde ormai alla prassi consolidata dei paesi nordamericani, Stati Uniti inclusi, è ragionevole ritenere che essa possa ugualmente ispirare le rilevanti disposizioni del TTIP. Inutile sottolineare come, invece, i BIT prevalenti tra gli Stati membri dell'UE adottino di regola l'impostazione *investor-friendly*.

Infine, per concludere la rassegna delle disposizioni relative alla protezione sostanziale degli investimenti contenute nel CETA, e che appaiono in predicato di confluire nel TTIP, è opportuno osservare: a) che la nozione di *full protection and security* è riferita esclusivamente alla sicurezza fisica dell'investitore e dell'investimento, non anche a quella giuridica; b) che la clausola della nazione più favorita (MFN) non è applicabile alle disposizioni di natura procedurale, ma solo a quelle di natura sostanziale (al fine di scongiurare fenomeni di c.d. *forum shopping*); c) che, infine, la nozione di espropriazione indiretta (autentico grimaldello utilizzato spesso dagli investitori a danno dei poteri regolamentari degli Stati) appare ridimensionata rispetto a quella contenuta nei BIT nazionali. Anche in tal caso, la circostanza che il modello di BIT adottato dagli Stati Uniti contenga disposizioni molto simili al CETA, consente di ritenere che le medesime soluzioni potrebbero confluire nel TTIP.

Le innovazioni introdotte dal CETA e che, in tutta probabilità, dovrebbero essere estese al TTIP, peraltro, non si limitano alle disposizioni di natura sostanziale. Numerosi, infatti, sono i meccanismi che limitano significativamente l'accesso degli investitori all'ISDS rispetto a quanto previsto dai BIT prevalenti in Europa. In primo luogo, l'introduzione dei procedimenti arbitrali è sottoposta a termini di decadenza ben più rigorosi di quelli previsti dai BIT degli Stati membri. In secondo luogo, al contrario di questi ultimi, il CETA stabilisce il divieto per gli investitori di utilizzare qualsiasi altro mezzo di risoluzione delle controversie nella pendenza di un giudizio arbitrale, o di rinunciare a

tali altri mezzi (producendone la relativa prova) ai fini dell'avvio di un procedimento arbitrale; tale accordo, inoltre, a differenza dei BIT degli Stati membri attualmente in vigore, contiene una clausola d'importazione delle nuove [Regole sulla trasparenza recentemente approvate dall'UNCITRAL](#), le quali rappresentano, probabilmente, lo standard più elevato attualmente disponibile. In aggiunta, il contenuto del lodo arbitrale è anch'esso dettagliatamente specificato, a fronte, ancora una volta, dell'approccio minimalista seguito dai BIT nazionali. Infine, sulla scorta del modello di BIT adottato dagli Stati Uniti, il CETA prevede l'istituzione (sebbene in un momento successivo alla conclusione dell'accordo) di un meccanismo di appello, oltre alla possibilità per le parti di emanare decisioni vincolanti attraverso il già citato TC.

Insomma: un'analisi attenta ed obiettiva del dato normativo sembra suggerire che l'opposizione incontrata dal CETA e dal TTIP non sia giustificata da solide ragioni giuridiche. Il sospetto, in sostanza, è che il problema non risieda tanto nel contenuto normativo degli accordi in corso di negoziazione, quanto piuttosto nell'opportunità (politica) di concludere tali accordi. Come giustamente notato da [Weiler](#), tale situazione non sembra del tutto priva di ipocrisia. Vi è infatti un'irriducibile contraddizione nella posizione di paesi che, per anni, hanno sostenuto l'arbitrato internazionale in materia di investimenti, quanto meno nel contesto di accordi asimmetrici (ossia conclusi con paesi meno sviluppati), e che oggi si attestano su posizioni contrarie di fronte alla possibilità che tali ISDS possano essere utilizzati a proprio detrimento. L'autore citato ha efficacemente apostrofato tale contraddizione come il *NIMBY* (acronimo inglese per *not in my back yard*, letteralmente "non nel mio cortile") del diritto internazionale dell'economia. Chi scrive condivide pienamente tale affermazione.

Se l'ISDS previsto dal TTIP seguirà, com'è probabile ed auspicabile, l'esempio tracciato dal CETA, è ragionevole concludere che lo stesso costituirà possibilmente il sistema di arbitrato internazionale in materia d'investimenti più avanzato tra quelli attualmente esistenti. Con ciò non si vuole dire che esso sarà immune da critiche. In relazione ad alcuni aspetti, infatti, sembra possibile fare molto di più. In particolare, è auspicabile che le regole in materia di trasparenza e pubblicità dei procedimenti arbitrali siano spinte oltre il modello UNCITRAL; che le possibilità d'intervento dei terzi in giudizio, in special modo degli *amici*

curiae, siano estese oltre i confini (angusti) attualmente previsti dal CETA; che il meccanismo di appello non rimanga lettera morta, ma venga effettivamente istituito; che i criteri di nomina degli arbitri siano rivisti nel senso di una maggiore istituzionalizzazione; che, infine, sia presa in considerazione l'ipotesi di dotare i tribunali arbitrali di carattere permanente (ciò che potrebbe essere ottenuto con la creazione di un meccanismo di appello permanente).

L'Unione europea e gli Stati Uniti costituiscono ancora [le due più grandi economie](#) del pianeta. Le iniziative da essi intraprese finiscono, inevitabilmente, per influenzare l'intera comunità internazionale. Sotto questo profilo, l'istituzione di un ISDS da parte del TTIP assume un'importanza centrale, considerato che esso, se vedrà effettivamente la luce, finirebbe, in tutta probabilità, per rappresentare lo standard di riferimento in materia. L'eliminazione *tout court* di tale meccanismo, peraltro fondata su preoccupazioni che, come si è visto, non sembrano del tutto giustificate, rappresenterebbe senza dubbio un'occasione mancata che le parti in causa probabilmente non possono permettersi.

4 febbraio 2015

Does Investor-State Dispute Settlement (ISDS) threaten States' regulatory autonomy? Fact-checking a commonplace of the TTIP debate

FILIPPO FONTANELLI (*)

«That's right: a company was able to sue *a country* over a public health measure, through an international court [sic]. How the **** is that possible? (laughs from the audience)»(from *Last Week Tonight with John Oliver*, 14 February 2015. See the video [here](#), the bit in question starts at 8:21)

When the coolest US late-night satirical talk-show bashes investor-State dispute settlement (ISDS), it might be late to indulge in doctrinal sophistication. To be clear: I would consider it a success if this SIDIBlog focus attracts as much interest as the German metal song [Anti TTIP](#) (check the views counter). The clip from John Oliver's show has been watched 4 million times, and counting.

The appropriateness of an ISDS system in the framework of the Trans-Atlantic Trade and Investment Partnership (TTIP) is contested. [Pantaleo](#) has summarised effectively the terms of the debate, and [Nicola](#)'s discussion of how increased transparency can backfire in the negotiation is an exemplary call to caution free of conspiracy undertones. I perform here a modest and narrower task: fact-checking and assessing some of the arguments

(*) University of Edinburgh.

invoked most often to criticise the ISDS, using a sample of oft-cited awards. Much of the debate is [amateurish](#) (or [shamelessly partisan](#)). It would be unfair to retain those views as a baseline, even if some of them are statistically representative of the [anti-ISDS camp](#). To gauge the undercurrent protectionist and chauvinist sentiment of some of the most common attacks to the ISDS, just consider this passage (from [here](#)): «Grâce à ce mécanisme [the ISDS], les entreprises américaines pourraient attaquer nos règlements et nos Etats en justice s'ils se sentent *injustement discriminés*» (emphasis mine).

This is offered as a self-evident apocalypse. The authors of this statement failed to see that the logical alternative to this scenario is States' unaccountability for 'unfair discrimination'. Regardless of the *minutiae* (maybe they had in mind something more specific against arbitration), increased accountability of governments for arbitrary discrimination is presented as a dreadful notion. Hence, it is fair to say that the discussion has drifted away from level-headed moorings, carried offshore by ideology streams. The statement above betrays a worrisome implication: the rule of law, including the right to challenge public measures and invoke State liability, is reserved to 'locals'.

To circumvent the heat of the debate and ideologies, I use as template two reports ([here](#) and [here](#)) that are clearly prepared to a high professional standard. Given the quality of the research and the overt one-sidedness of the reports, my assumption is that therein it is possible to find the best possible arguments against the ISDS as we know it. Several disputes are listed there, pending or concluded. These cases are selected to illustrate how investment protection can erode host States' regulatory autonomy in matters of public interests (see thesis no. 6 of [this 'debunking' effort](#)). I will discuss the anti-sovereignty characterisation of each case (the *pitch*), and the minimum factual and legal matrix (the *facts*). I then add some remarks on its probative value towards the over-arching claim (ISDS ties the hands of responsible governments willing to pursue public interests). Although I am glad, and plan, to discuss *all* the cases mentioned (*Vattenfall I and II, Eli Lilly, Ethyl, Chevron*, etc), I have selected four for this first instalment, to minimise tedium. One is a settled case, two are pending, one is concluded. They are commonly presented among the most outrageous, and they are widely cited in public debates. I believe that the sample is representative.

Some general reflections will conclude. If you find the fol-

Following analysis bleak, you can jump to the conclusions – you won't be alone.

I) *Piero Foresti, Laura de Carli & Others v. The Republic of South Africa*, ICSID Case No. ARB(AF)/07/01

The Pitch: Foreign investors sued the host state for passing non-discrimination measures.

The Facts: In line with the Broad-Based Black Economic Empowerment legislation, South Africa passed in 2002 the Mineral and Petroleum Resources Development Act (MPRDA, in effect on 1 May 2004), providing for the development of a Mining Charter (dated 13 August 2004). The Mining Charter required that 50% of mining companies belong to Historically Disadvantaged South Africans (HDSAs). To achieve the target, owners were obligated to sell their shares to black purchasers. Foresti and others brought in 2006 an investment claim against South Africa under the Italy-South Africa and Benelux-South Africa BITs, claiming that this measure was tantamount to expropriation (and breached the fair and equitable treatment (FET) and national treatment (NT) guarantees). The case was discontinued ([a settlement in disguise](#)) in July 2010. Two months later, South Africa [amended the Mining Charter](#), lowering the HDSA minimum ownership to 26%.

Detour: In parallel to the investment dispute, other provisions of the MPRDA were challenged in domestic courts by South African investors. These norms modified existing mineral rights in the attempt to increase black people's participation in the industry. Local claimants argued that the MPRDA expropriated their rights. The South African High Court ruled that the claimants' mineral rights had indeed been «legislated out of existence» (*Agri South Africa v Minister of Minerals and Energy* 2012 (1) SA 171, para. 57). The Supreme Court of Appeal (*Minister of Minerals and Energy v Agri South Africa* 2012 (5) SA 1) reversed this decision, noting that mineral rights without right to mine cannot constitute property, therefore no expropriation could occur. The case [reached the Constitutional Court](#) (SACC). The SACC weighed the various interests involved (para. 64: «protect individual property rights as well as the facilitation of sustainable development, eradication of all forms of discriminatory practices in the mining industry and equitable access to the mineral and petroleum resources of this country, to all its people»). The inherently discriminatory nature

of MPRD, which sought to compensate black people for past inequities, was also noted (para. 65). The SACC ruled that in the specific case there had been deprivation of rights without expropriation (i.e., acquisition by the State), but refrained from «decid[ing] definitely that expropriation is ... incapable of ever being established» under the MPRDA (para. 75). Cameron J concurred with the judgment, but rejected the notion that State acquisition is a necessary component of expropriation (para. 78). Froneman J and Van der Westhuizen J also rejected this requirement and declared that expropriation had indeed occurred. They ultimately concurred with the SACC's dismissal of the appeal, arguing that adequate compensation in kind had been offered to the expropriated claimants (para. 79).

Comment: It is impossible to draw rigorous assumptions from a settled case. South Africa resolved to dilute the measures to avoid heavier liabilities: this might suggest that the State knew the unlawfulness of its conduct. That investment suits are a powerful negotiation tool is not surprising, nor is it troublesome as such. Whether this tool is used to bully governments or to restore compliance with the law is something that depends on the circumstances of each case. Incidentally, the challenged act was part of an affirmative action-type policy that has had [doubtful](#) effects (see [the Economist](#), see also [this account](#), in which «South African government's efforts to engineer social and economic change by writ» are described as meritorious but poorly designed). The MPRDA generally relied on intrusive implementation measures, which could barely pass constitutional review in one case and are open to further challenges (see domestic proceedings). In sum: foreign investors impugned a certifiably intrusive and discriminatory measure which domestic companies also resented, then dropped the claim after its expropriatory effects were reduced.

II) *Veolia Propreté v. Arab Republic of Egypt*, ICSID Case No. ARB/12/15

The Pitch: The investor blackmails the host state's government, wants the abolition of minimum wage legislation, disregards workers' rights, tries to destroy a crucial social asset, [tarnishes Europe's image abroad](#).

The Facts: Veolia and the Governorate of Alexandria (Egypt) had run together since 2001 a [private-public partnership](#) for the provision of waste-management services. After the concession

was terminated in 2011 (four years before the natural term), Veolia launched in 2012 an ICSID suit against Egypt. It claimed that the Governorate of Alexandria (whose acts are attributable to Egypt) unjustly terminated the contract and previously failed to discharge its obligations thereunder. In particular, the concession allegedly included contractual guarantees whereby Alexandria committed to «buffer the concessionaire from the financial implications of any ... legal changes» such as new labour laws (from [here](#)). In 2011, in the wake of the revolution, Egypt passed an act raising minimum wage (from circa 55\$ to 100\$ per month). In short, Veolia claimed that Alexandria arbitrarily failed to fulfil its contractual obligations to compensate Veolia for costs entailed by the new legislation. The ensuing termination of the contract caused Veolia considerable losses (see [2011 annual financial report](#)).

Comment: This case is 1) confidential and 2) pending. As such, nobody should reasonably use it as evidence for anything, because, respectively, i) nobody can claim to know exactly what the terms of the dispute are and ii) the outcome is unknown. Yet, it is widely cited as proof of multinationals' threat to responsible governments. This is perhaps a stretch, given that Veolia presents itself as a good corporate citizen (it is a member of the UN Global Compact since 2002 and has adopted internal codes of conduct supporting basic labour rights and ILO principles). Also, Egypt is currently struggling with multiple investment suits, in the wake of a re-nationalisation strategy that seeks to contain and redress the damages caused by past governmental corruption and mismanagement of public resources. If there is one usual suspect in this dispute, it is the defendant.

More to the point, though, it seems that Veolia based its claim on the guarantees contained in the concession contract, whose description recalls the standard function of “[stabilisation clauses](#)”. These clauses are a common feature in long-term governmental concessions, as they guarantee the maintenance of an economic equilibrium between the parties. Their function is to defuse the unfair effects of unexpected contingencies «including fluctuations in the exchange rate between France and Egypt, changes in Alexandria's population levels, or increased labour costs» (from [here](#)). It is worth mentioning that the 1974 [France-Egypt BIT](#) does not contain a proper umbrella clause. Therefore, the dispute will turn around the characterisation of Veolia's claim as a treaty-based one, and/or its attempts to use the most-

favoured nation (MFN) clause to reach out to another Egyptian BIT's umbrella clause (see for instance Art. 12(2) of the [Egypt-Finland BIT](#)). Alternatively, the claim could hinge on the breach of the investor's legitimate expectations, induced by the State authorities' agreement to include the alleged stabilisation clause in the concession.

Perhaps the claim is really based on an "economic equilibrium" stabilisation clause, whereby the city of Alexandria pledged to compensate the financial impact of new labour legislation. If so, the suit would not be the consequence of the investor's proneness to fabricate vexatious treaty claims out of open-ended clauses, in the hope that pro-investor arbitrators validate the claimant's construction. The suit would be the direct consequence of Alexandria's disastrous and specific commitments, which tried to monetise the comparatively poor labour standards prevailing at the time. The clause sought to attract the investment and guarantee its long-term financial viability, by entrenching the factors ensuring cheap labour. Similar clauses are a common legal device to provide insurance against the host state's political risk. According to Veolia, Egyptian authorities reneged on their contractual obligations once the triggering conditions were met (the passing of new legislation affecting the investment's profitability). Invoking labour standards to escape liabilities under an economic equilibrium stabilisation clause is like killing the parents and then plead at the murder trial «mercy, I'm an orphan» (credits to J.H.H.Weiler, who loves [this joke](#)). If the accounts I base these comments on are inaccurate, the commentary might be as well.

III) *Philip Morris Asia Limited v. The Commonwealth of Australia*, UNCITRAL, PCA Case No. 2012-12

The Pitch: the investor is suing the host state over public health measures.

The Facts: Australia passed in 2011 [a law](#) requiring cigarettes to be marketed using "plain-packaging". Namely, cigarettes packs cannot bear any brand logo or trademark (they must be "plain"). Besides gruesome pictures displaying the effects of smoke on human health, the unadorned pack must have a default colour and size, and bear the name of the brand in a default typeface. Plain packaging is, according to Australian authorities, a method to remove the appeal that brand image of tobacco manufacturers has on smokers, especially younger ones. The measure

is therefore aimed at «improv[ing] public health» (Art. 12). Philip Morris Asia challenged this measure under the [Hong Kong-Australia 1993 BIT](#). The investor [claimed](#) that the 2011 act constitutes expropriation of its intellectual property (IP) rights (trademarks, copyrights, designs), and more generally amounted to a breach of the BIT standards of fair and equitable treatment and full protection and security. The arbitration is under way. Australia's request for bifurcate proceedings was upheld by the tribunal (constituted under the UNCITRAL rules, in proceedings administered by the Permanent Court of Arbitration). Therefore, a decision on jurisdiction will precede the possible phase on the merits. According to [Procedural Order no. 9](#), the hearing for the jurisdictional phase should have just taken place in Singapore (mid-February 2015). We are, presumably, several months (maybe years) away from a potential award on the merits, even if the tribunal's [president's practice](#) of impeccable anticipation and planning has earned him the title of the "[timely arbitrator](#)". A parallel WTO dispute has been launched by several tobacco-exporting countries (plus Ukraine, not a major exporter; plausible [speculations have emerged](#) regarding a *quid pro quo* deal with Big Tobacco). The gist of the claim is the same as Philip Morris's one. Under the TRIPS, WTO members must abide by certain standards of IP protection. The claimants argue that the Plain Packaging Act breaches the TRIPS. I cannot expand on this dispute, but its relevance to the ISDS debate is incidental.

Comment: The echo of this investment dispute is disconcerting. This case has not yet even reached a determination on the jurisdiction of the tribunal, and it has already made it on John Oliver's show (see above). Whereas heightened attention on this case is very welcome and healthy, I am puzzled by all the statements regarding what this dispute epitomises, or the systemic implications it should have. As of today, this claim only shows that an investor believes that Australia unfairly took away its rights, and is convinced enough to invest a fortune in legal fees. This is not unprecedented: a similar challenge was brought before domestic courts (see the High Court of Australia's [judgment](#) of 5 October 2012) and failed. The judges found that no acquisition of property had taken place.

This is a textbook case of alleged regulatory expropriation. There is no direct taking, but there is an obvious restriction of the claimant's right, based on public policy purposes. Whereas expropriation for public policy purpose is never unlawful *per se*,

it requires compensation (not just under the BIT, but also, for instance, under Protocol 1 of the European Convention of Human Rights). The case will therefore hinge on whether the effects of the plain packaging act are expropriatory (under Art. 6 of the BIT). I can reasonably predict that the tribunal would consider, if the case reaches the merits phase, the non-discriminatory character of the impugned legislation and its statutory goals. Presumably the effectiveness of the measure would be under crossfire: the investor would try to prove that plain packaging does not work, or even harms public health (e.g., because cigarettes of all brands will look identical, consumers' preferences will be driven by price alone, encouraging manufacturers to compete by lowering the product's quality). If the investor were to succeed, then the challenged legislation would be considered unnecessary or even harmful, and it might follow that its expropriatory effects warrant compensation. In this hypothetical scenario, Australia would be happy to learn that its policy had been poorly designed and would thank the tribunal for the advice. If, however, the investor did not prove conclusively that plain packaging does not work, as many observers predict, no harm would hit Australia; the investor might even be ordered to pay legal fees (this happened in the domestic proceedings). That's the most that can be said.

A final word on the standard for expropriation. Whereas Art. 6 of the applicable BIT is remarkably concise, new generation agreements have several carve outs for public policies. For instance, the corresponding provision in [the CETA \(Canada-EU Agreement\)](#) is complemented by Annex X.9.1, guaranteeing that «[e]xcept in rare circumstances, non-discriminatory regulatory actions by a Party that are designed and applied to protect legitimate public welfare objectives, such as public health, safety and the environment, do not constitute indirect expropriations». In other words, even if Australian measures are somewhat considered expropriatory in the current investment proceedings (a very big if), a similar claim under the CETA or the TTIP would probably be rejected outright (we explain [here](#) why the CETA was drafted like this, and why the TTIP will be similar). In sum, this is a pending dispute the outcome of which might please the anti-ISDS camp after all. In any case, this is not a dispute which could be replicated lock-stock-and-barrel under the upcoming CETA and TTIP. It makes little sense to invoke it as a sign of how dangerous the TTIP would be to health policies.

IV) *Deutsche Bank AG v. Democratic Socialist Republic of Sri Lanka*, ICSID Case No. ARB/09/2

The Pitch: [The award](#) granted investment protection to a financial instrument, paving the way for claims by investors that have no physical business in the host state.

The Facts: Deutsche Bank and Sri Lanka's national oil corporation, CPC, fully owned by the government, concluded an oil hedging agreement in July 2008. Through this derivative transaction, essentially an oil future contract, CPC sought to offset the financial risk deriving from the expected increase of oil price. The parties agreed that the contract was governed by English law and would be submitted to the jurisdiction of English courts. The agreed strike price (the watershed threshold used to determine whether party should compensate the other for fluctuation in the price) was 112.5\$ per barrel, at a time when the price on the market was comfortably higher (137\$). After July 2008, [oil price dropped spectacularly by roughly 60%](#). Accordingly, CPC was bound to make massive payments to the investor, and sought to restructure the agreement in fall 2008.

In November 2008, individual petitioners had seized the Sri Lanka's Supreme Court. In their claim against CPC and government officials, they claimed that CPC had no authority to conclude the hedge agreement and that the latter was «*prima facie* iniquitous». The Supreme Court issued an emergency order enjoining CPC to suspend all payments to Deutsche Bank. The Chief Justice later confirmed that the decision was politically motivated and deprived of legal foundation. He also predicted huge liabilities at the international level, for which Sri Lanka would have «no defense» (see para. 434). In December 2008, Deutsche Bank availed itself of the power to terminate the contract for non-performance and presented a bill of approximately 60m\$.

In February 2009, Deutsche Bank filed an ICSID claim. Sri Lanka advanced several jurisdictional objections, variously related to the illegality or invalidity of the hedge agreement, and to the impossibility to consider it an investment under [the applicable BIT](#). The majority of the tribunal found that the transaction had a sufficient territorial nexus with Sri Lanka (para. 292) and qualified as investment. It ordered Sri Lanka to pay the full amount claimed (para. 573: the quantum was not disputed by the respondent) plus interest and legal costs.

Comment: I do not suppose that the outcome on the merits is suspicious: Sri Lanka's authorities appear to have made a very poor financial decision, in hindsight, and were ultimately held accountable for their debt. Standard Chartered Bank brought an identical claim before UK courts ([and succeeded](#)); Citibank did the same in a London-based international commercial tribunal ([and failed](#)). The different outcome turned on the different qualification of the contracts as hedging (risk-limiting) or speculative (increasing the exposure to risk in view of a benefit). Because the banks had agreed that speculative transactions were outside CPC's competence, their claim's success depended on the agreements being considered hedging rather than speculative. UK courts took the same view of the ICSID tribunal's majority, whereas the LCIA tribunal followed the opposite pathway. This distinction, besides being devilishly elusive, is ultimately irrelevant for the purpose of this post.

I understand the dangerous bit of the reasoning being the finding that financial contracts are investments made "in the territory" of the host state. It is worth noting that the Sri-Lanka-appointed dissenting arbitrator, [who contested virtually every finding of the majority](#), did not object the reasoning on the territorial link. He insisted rather on the thorny issue of the «economic contribution», linked to the speculation/hedging distinction, and argued that the debt was still recoverable in English courts (hence arbitration was premature).

The treatment of (intangible) contractual rights as property is commonplace [in human rights law](#). To determine the territoriality of the investment, in a case of purely financial transactions, the identification of the beneficiary State as the *locus contractus* seems at least plausible. Note that this determination did not affect the applicable law to the agreement (the parties selected English law). It only supported the finding that Deutsche Bank is investing (i.e., carrying out a long-term expenditure of resources entailing entrepreneurial risk, for an expected profit) in Sri Lanka. The only legal consequence of upholding this territorial nexus is the application of the BIT and, in turn, the jurisdiction of ICSID. In the absence of a better explanation as to whether this finding is mistaken or unfair, I must assume that this award is on the black-list for the simple reason that it confirms ICSID's competence over a category of investment disputes. In other words, if ICSID's activity is inherently bad, everytime its exercise is not hindered is a bad time. This is a *petitio principii*: I do

not think this case can be styled as a “policy space”-adverse precedent.

Interim conclusions

I apologise for the bleakness of this report. I am only partially responsible, because I did not select the cases. Public discourse fed these cases and many more into a narrative that reaches out to millions of people. Somebody grabbed them and classified them, eager to build a dossier which could provide a façade of technicality to a bias; I simply sought to perform a due diligence check. Do these cases really stand for what they are used for in the debate? It would be pretentious to demand that everyone who wants to weigh in in the debate about ISDS should have read and understood all these cases. At a certain level of abstractness, everyone is able to formulate genuine views on public policies. And the views of everyone should count towards deciding how to manage public goods, according to which priorities.

However, this is my feeling: many fewer people know anything about these cases than those who talk about them. There is a powerful *vulgata* about their detrimental impact, but a closer scrutiny makes you wonder whether it was spread in good faith. To those who are interested in knowing more about the pros and cons of ISDS, and ponder on its possible reform: do you want this debate to be conducted by somebody invoking *Veolia* and *Philip Morris* in such a twisted and self-serving way? A final word: I do not take position on whether ISDS is good overall, and I believe in the need for its reform. I certainly agree with [Alemanno](#), who noted that the disproportionate emphasis on the ISDS is affecting the possibility of a proper discussion about the TTIP, whose crucial features lie elsewhere.

I would warn against poor arguments which verge on bad faith. Certainly, investment protection instruments do limit States’ autonomy. All international obligations do precisely that, after all: the very notion of obligation implicates a reduction in one’s autonomy. If TTIP and CETA’s substantive obligations were too wide (I would doubt it), it would be appropriate to reduce their reach.

Claiming that the system of dispute resolution, in and of itself, can reduce States’ autonomy is a counterintuitive suggestion, which requires corroboration. I believe that the precedents used to support this claim are sometimes inconclusive, some-

388 Dibattiti

times contrary to it, often clearly not precedents at all (settlements and pending disputes).

3 marzo 2015

390 Interventi

INTERVENTI

12

Diritto internazionale pubblico

- LUIGI DANIELE La Palestina aderisce alla Corte Penale Internazionale: e ora?
- FEDERICA MUSSO La violenza di Boko Haram in Nigeria e la credibilità del sistema di sicurezza collettiva
- ALESSANDRA VIVIANI Il caso Paradiso e Campanelli ovvero la Corte europea contro i “pregiudizi” nazionali
- EMANUELE CIMIOTTA L’azione di contrasto agli atti di terrorismo perpetrati a Boko Haram nei rapporti tra Nazioni Unite, organizzazioni regionali e sub-regionali
- GIANCARLO ANELLO La legge cd. “Anti-Moschee” della Regione Lombardia: moniti mnesici a tutela della libertà religiosa, fra costituzione e e Convenzione europea
- BEATRICE BONAFÈ Responsabilità dello Stato e dell’individuo per il crimine di genocidio: persistenti incertezze della Corte Internazionale di Giustizia
- FRANCOIS XAVIER MILLET Full-fledged citizens v. citizens on probation. On the *Conseil Constitutionnel* judgment relating to deprivation of nationality
- MASSIMO STARITA Gli accordi di Minsk tra politica e diritto: prime considerazioni
- GIULIA BORGNA L’instostenibile leggerezza del non essere: la

392 Interventi

perdurante assenza del reato di tortura e i fatti del G8 sotto la (prevedibile) scure del giudice di Strasburgo. Prime riflessioni a margine del caso Cestaro c. Italia

- PAOLA MORI Il “predominio assilologico della Costituzione sulla CEDU: Corte Costituzionale 49/2015 ovvero della “normalizzazione” dei rapporti tra diritto interno e la CEDU
- GIULIA LANDI *Mens rea* e responsabilità dello Stato per illecito di genocidio (ancora sulla sentenza della Corte Internazionale di Giustizia)
- DUNCAN HOLLIS The fog of technology and international law
- EMANUELE NICOSIA Il caso Contrada e il concorso esterno in associazione mafiosa davanti alla Corte europea dei diritti dell’uomo
- MIRKO SOSSAI Il Consiglio di Sicurezza approva l’Accordo sul nucleare iraniano
- LUDOVICA POLI La sentenza Parrillo c. Italia e quello che la Corte (non) dice sullo status dell’embrione
- SERENA QUATTROCOLO Verso una maggiore effettività del *legal aid* in Europa

La Palestina aderisce alla Corte Penale Internazionale: e ora?

LUIGI DANIELE (*)

Con una mossa a lungo “minacciata”, ma di cui forse nessuno aveva previsto l’imminenza, il 31 dicembre il Presidente dell’Autorità Palestinese (Ap), Mahmoud Abbas, ha sottoscritto e trasmesso i documenti necessari per accedere al sistema della Corte penale internazionale (CPI). Lo stesso [Ban Ki-moon](#) ne ha confermato la ricezione. La Palestina, a partire da aprile, sarà quindi [Stato parte dello Statuto di Roma](#). Questa clamorosa iniziativa riporta in primo piano alcune questioni dibattute su questo Blog (v. gli interventi di [Gradoni](#), [Pertile](#), e ancora di [Gradoni](#), [De Sena](#) e [Della Morte](#)) a seguito dell’ultima, durissima offensiva israeliana nella Striscia di Gaza, e a commento di un [appello di esperti e difensori dei diritti umani](#) che, denunciata la commissione di gravi violazioni del diritto internazionale, auspicava, tra l’altro, un’iniziativa palestinese intesa al coinvolgimento della CPI. Nella speranza che il dibattito possa eventualmente riaprirsi alla luce di quanto accaduto nei giorni scorsi, proverò qui a offrire qualche spunto di riflessione a caldo, premettendo un breve riepilogo del tortuoso percorso che ha condotto l’Ap a compiere questo importante passo.

Un momento saliente della “lunga marcia” diplomatica della Palestina attraverso le istituzioni internazionali è senza dubbio la [dichiarazione](#) pronunciata dallo stesso Abbas nel corso dell’ultima sessione dell’Assemblea generale delle Nazioni Unite: «It is impossible and I repeat – it is impossible – to return to the cycle of negotiations that failed to deal with the substance of the matter and the fundamental question. [...] The time has come to end this settlement occupation».

(*) Università di Nottingham e Università di Napoli “Federico II”.

In tale dichiarazione non compare però alcun cenno specifico alla CPI, poiché la *leadership* palestinese era allora concentrata sulla promozione di un intervento del Consiglio di Sicurezza per l'adozione di una risoluzione che prevedesse tempi certi (entro il 2017) per il ritiro delle truppe e la fine dell'occupazione.

Dal 2009, tuttavia, giaceva presso l'Ufficio del Procuratore della CPI una dichiarazione di accettazione della giurisdizione della Corte formulata dalla Palestina in conformità all'art. 12(3) dello [Statuto di Roma](#) (la c.d. clausola di *opt-in*) e in reazione alla sanguinosa operazione "*Piombo fuso*". Posto che la dichiarazione in questione può essere sottoscritta solo da Stati, il dibattito che ne seguì si concentrò prevalentemente sulla possibilità di qualificare la Palestina come "Stato", con la contrapposizione tra chi riteneva che i criteri rilevanti dovessero desumersi dal diritto internazionale generale, e chi invece sosteneva che dallo Statuto di Roma potesse ricavarsi un'autonoma nozione di "Stato", funzionale agli scopi del sistema della CPI (per le diverse posizioni v. [qui](#)).

Contro il parere di alcuni illustri internazionalisti (v., tra gli altri, [Gowlland-Debbas](#), [Quigley](#) e soprattutto [Pellet](#)), i quali ritenevano che non vi fossero ostacoli all'apertura di un'indagine, l'allora Procuratore della CPI Moreno Ocampo decise, dopo tre lunghi anni e con [scarna motivazione](#), nell'aprile del 2012, che non vi fossero basi sufficienti per considerare valida l'accettazione della giurisdizione da parte della Palestina, proprio a causa delle incertezze gravanti sul suo *status* giuridico-internazionale, che la qualità di semplice osservatore presso le Nazioni Unite non contribuiva certo a dissipare (su tale decisione v., in chiave critica, Meloni e Tognoni, [Is There a Court for Gaza? A Test Bench for International Criminal Court](#)). Caddero quindi nel nulla i moniti del [Rapporto della Commissione d'inchiesta del Consiglio dei Diritti umani dell'ONU sul conflitto a Gaza](#) (c.d. "Rapporto Goldstone") che aveva sottolineato (ai par. 1957-66) il grave vuoto di giustizia apertosi rispetto ai crimini commessi nel conflitto, oltre al fatto che la perdurante impunità era stata un fattore chiave dell'insorgere di violenze nella regione e del riprodursi delle violazioni.

Lo scenario è però mutato in maniera decisiva in seguito al verificarsi di due eventi. *In primis* il noto "*upgrade*" dello *status* della Palestina a "Stato osservatore non-membro" delle Nazioni Unite, stabilito dalla [risoluzione 67/19](#) dell'Assemblea Generale del 29 novembre 2012, votata a larghissima maggio-

ranza, atto che tendenzialmente vanifica la riproposizione di soluzioni “pilatesche” da parte della CPI (cfr., *contra*, [Kantorovich](#)). In secondo luogo, il fallimento, con la bocciatura del [progetto di risoluzione](#) “sponsorizzato” dalla Lega Araba, dell’iniziativa diplomatica presso il Consiglio di Sicurezza, cui si è già accennato. È quest’ultimo evento ad aver spinto Abbas alla fatidica decisione.

Il progetto di risoluzione affrontava alcuni degli aspetti-cardine del conflitto israelo-palestinese: la coesistenza di due Stati sovrani, lo stabilimento capitale dello Stato palestinese a Gerusalemme Est, il ritorno a negoziati basati sulle linee di confine frutto degli accordi del giugno 1967 e recepite dalla [risoluzione 242](#) del Consiglio di Sicurezza, la soluzione della questione dei rifugiati secondo il diritto internazionale e la [risoluzione 194](#) e l’astensione da ogni azione unilaterale illegale, compresa la costruzione di nuovi insediamenti. Il “sabotaggio” del progetto di risoluzione è cominciato per tempo con la presentazione, da parte della Francia, di un progetto alternativo, contenente [significative differenze](#). Inoltre, la [stampa](#) ha reso note le pressioni che, sino all’ultimo momento utile, gli Stati Uniti e Israele hanno esercitato sulla Nigeria affinché questa si astenesse, impedendo così il raggiungimento del risultato “politico” dei nove voti a favore della [risoluzione](#) caldeggiata dalla Palestina. Essa ha dunque ottenuto otto voti favorevoli (Giordania, Francia, Lussemburgo, Russia, Cina, Cile, Argentina e Ciad) e due contrari (Stati Uniti e Australia), con cinque astensioni (Regno Unito, Lituania, Corea del Sud, Ruanda e Nigeria). Non è tuttavia escluso (l’[ipotesi](#) è anzi sempre più verosimile) che un nuovo progetto di risoluzione sarà presentato approfittando dell’ingresso nel Consiglio di cinque nuove Membri non permanenti, presumibilmente più inclini a sostenere le istanze di Ramallah (fermo restando, ovviamente, l’insuperabile ostacolo del veto americano).

Se a parere di alcuni la Palestina ha esitato fin troppo ad aderire allo Statuto di Roma (v. la [lettera delle organizzazioni palestinesi per i diritti umani](#)), tali indugi, a ben vedere, erano però tutt’altro che incomprensibili. Vi è chi, come [Kattan](#), aveva suggerito di incentrare la strategia palestinese presso le Nazioni Unite sull’Assemblea Generale, più che sul Consiglio di Sicurezza, e in particolare su una nuova richiesta di parere alla Corte internazionale di giustizia, finalizzata, questa volta, a chiarire le responsabilità internazionali degli Stati terzi rispetto

all'occupazione.

Poiché la *leadership* palestinese ha deciso di percorrere un'altra via, è ora necessario chiedersi quali scenari potranno aprirsi dopo l'ennesimo "blocco" del Consiglio di Sicurezza e il conseguente ingresso della Palestina nel sistema della CPI.

Il primo nodo, quello su cui da subito ha scelto di insistere il Governo israeliano, seguito da [Washington](#), riguarda ancora una volta la statualità della Palestina. È tuttavia lecito chiedersi quale forza possieda oggi tale argomento, non solo alla luce della risoluzione 67/19 dell'Assemblea Generale, nel frattempo intervenuta, ma anche del fatto che la Palestina ha ratificato diversi trattati "riservati" agli Stati, comprese le Convenzioni di Ginevra, per tacere della circostanza che attualmente 134 Paesi, tra cui 77 dei 122 membri della CPI, hanno ufficialmente riconosciuto lo Stato palestinese (in Europa lo hanno fatto Bulgaria, Cipro, Malta, Polonia, Romania e la Svezia e Ungheria, senza dimenticare le mozioni dei parlamenti inglese, irlandese, spagnolo, portoghese e francese, oltre che del [Parlamento europeo](#)). E che dire della [dichiarazione](#) rilasciata al *Guardian* dall'attuale Procuratore della CPI? Fatou Bensouda, infatti, nel momento di massima risonanza della protesta contro l'azione militare israeliana della scorsa estate, si è espressa chiaramente: «In November 2012, Palestine's status was upgraded by the UN general assembly to "non-member observer state" through the adoption of resolution 67/19. My office examined the legal implications of this development and concluded that while this change did not retroactively validate the previously invalid 2009 declaration, Palestine could now join the Rome statute». Il problema, dunque, appare del tutto superato, perlomeno nella prospettiva dell'Ufficio del Procuratore.

Un'altra questione problematica emerge dal testo dei complessi [Accordi di Oslo II](#). C'è da comprendere, in particolare, se l'Ap possieda la giurisdizione per crimini commessi da cittadini israeliani sul proprio territorio. Torna in questo caso il tema della trasferibilità, sulla base della c.d. "delegation theory", della giurisdizione dall'Ap alla CPI. L'allegato IV dei suddetti Accordi, contenente il *Protocol Concerning Legal Affairs*, all'art. I (2), nel tracciare i limiti della giurisdizione palestinese, la limita ai crimini commessi da Palestinesi – e contro Palestinesi – nella West Bank e nella Striscia di Gaza (a patto che i reati non interferiscano con la sicurezza di Israele), mentre attribuisce quella su reati commessi da cittadini israeliani in territorio palestinese ad

Israele. Tuttavia, contro l'ipotesi che gli Accordi di Oslo possano avere attitudine a limitare la giurisdizione della Corte, è stato giustamente segnalato che essi, in quanto accordi conclusi tra parti belligeranti relativamente a territori occupati, hanno qualità di «accordi speciali» ai sensi degli articoli 7, 8, 14, 15 e 17 della IV Convenzione di Ginevra, e dunque, come tali, non possono inficiare i diritti del popolo palestinese connessi al principio di autodeterminazione (cfr. [Azarov e Meloni](#)).

Un terzo problema riguarda la giurisdizione della CPI *ratione temporis* rispetto all'adesione di nuovi Stati. L'art.11 infatti stabilisce che, se uno Stato diventa parte dello Statuto di Roma in un momento successivo all'entrata in vigore dello stesso, la Corte può esercitare la sua giurisdizione solo rispetto a crimini commessi dopo l'entrata in vigore dello Statuto stesso rispetto allo Stato in questione, a meno che quest'ultimo non abbia effettuato una dichiarazione ex. art 12 par. 3. Si tratta della già citata clausola di *opting-in*, che permette allo Stato che aderisca allo Statuto di accettare la giurisdizione della Corte sui crimini commessi da suoi cittadini o sul suo territorio prima dell'adesione. La Palestina ha sfruttato questa possibilità depositando una [nuova dichiarazione](#) di accettazione della giurisdizione della Corte a partire dal 13 Giugno 2014. La data scelta dall'Ap come inizio della finestra temporale corrisponde a quella più volte richiamata dal Consiglio dei Diritti umani delle Nazioni Unite come data cruciale per l'indagine della nuova [Commissione indipendente d'inchiesta](#), meglio nota come Commissione Schabas, e che corrisponde anche alla data del controverso (in quanto mai rivendicato) rapimento dei tre soldati israeliani che ha provocato l'*escalation* culminata nell'operazione militare "Margine Protettivo".

Non è il primo caso in cui uno Stato compie due distinte dichiarazioni secondo l'art. 12 (3), prima come Stato non Parte, poi come Stato membro. A segnare un precedente in materia è stata la [Costa d'Avorio](#), la quale, prima di divenire Membro, qualità che possiede dal 2013, aveva accettato la giurisdizione della CPI a partire dall'aprile del 2003, il che ha reso possibile l'apertura di una *preliminary examination* relativa a fatti avvenuti a partire dal novembre del 2010. Ma c'è di più. Nel 2012, la [Pre-Trial Chamber III](#) ha esteso l'autorizzazione all'indagine a ritroso sino al settembre del 2002. Appare dunque difficile prospettare argomenti che impediscano l'accettazione della richiesta palestinese.

Tuttavia, al fine di porre i propri militari al riparo da procedimenti nei prossimi anni, Israele potrebbe compiere una contromossa decisiva, cui però ricorrerebbe verosimilmente solo come *extrema ratio*, considerata la sua generale indisponibilità nei confronti della CPI. Si tratta della possibilità di sfruttare la c.d. clausola di *opt-out* di cui all'art 124 dello Statuto, che permette allo Stato che diviene parte, per i 7 anni successivi all'adesione, di escludere la giurisdizione della Corte rispetto ai crimini di guerra commessi da suoi cittadini o sul suo territorio. Virtualmente, dunque, Israele, proprio accettando la giurisdizione della Corte, potrebbe garantirsi una lunga parentesi di immunità.

Ciò detto, i nodi giuridici più difficili da sciogliere concernono il carattere sussidiario della giurisdizione della Corte e l'esercizio dell'azione penale. Come è noto, gli Stati parte non possono riferire all'attenzione della Corte singoli crimini, ma solo "situazioni", rimanendo in capo al Procuratore la decisione sui crimini da indagare. Come qualcuno ha fatto tempestivamente notare ([Luban](#)), qualora Israele aprisse delle indagini su ufficiali dell'esercito israeliano, per il Procuratore della CPI sarebbe assai complicato, perlomeno nell'immediato e forse per anni, dimostrare la sussistenza delle condizioni di procedibilità richieste dall'art. 17(2) dello Statuto di Roma. La questione è controversa. È evidente, comunque, che le autorità giudiziarie israeliane dovranno occuparsi della questione, se lo scopo è scongiurare un intervento della CPI.

La massiccia offensiva della scorsa estate presenta infatti palesi profili di contrasto con i precetti ricavabili dallo Statuto di Roma.

Ma è possibile che, proprio sotto questo aspetto, la scelta di propiziare un intervento della CPI si riveli un'arma a doppio taglio?

Va premesso che numerose inchieste e denunce alimentano il sospetto che lo stesso pensiero strategico-militare israeliano contempra ormai spazi di abolizione del fondamentale [principio di distinzione](#) tra obiettivi militari e civili, vero e proprio pilastro consuetudinario alla base del diritto internazionale dei conflitti armati. Si pensi alla ormai nota "[dottrina Dahiya](#)" (cfr. "[Rapporto Goldstone](#)", cit., par. 1194) o al c.d. "[protocollo Hannibal](#)". E si considerino anche le numerose "[testimonianze](#)" [dirette](#) rese in occasione dell'ultima sessione del Russell Tribunal on Palestine, come quelle offerte sulla strage

di Shuja'iyya da *ex* militari israeliani (sintesi scritta [qui](#), integrale [qui](#)), da cui si apprende di prassi che sarebbero volte a stabilire c.d. “red line” policies, ovvero a perimetrare vere e proprie “kill zones”, oltrepassate le quali si impartirebbe l'ordine di «aprire il fuoco contro qualsiasi cosa si muova». Sembra, in altre parole, di trovarsi di fronte a manifestazioni precise della [definizione giuridica dell'attacco indiscriminato](#).

Gli attacchi indiscriminati rappresentano però un punto critico della disciplina internazionalpenalistica, e ciò in virtù del fatto che l'art. 8 dello Statuto di Roma, nella lunga elencazione delle condotte integranti crimini di guerra, non menziona mai esplicitamente questo tipo di attacchi. L'unico caso in cui nell'articolo si usa l'aggettivo «indiscriminato», infatti, è il paragrafo 2 (b)(xx), in relazioni alle armi, i proiettili e i metodi di guerra di natura tale da causare lesioni e sofferenze superflue («Employing weapons ... which are inherently indiscriminate in violation of the international law of armed conflict»). Che ne è dunque della punibilità degli attacchi indiscriminati come tali? La questione non è sfuggita ai consulenti legali del Comitato internazionale della Croce Rossa, che in una dettagliata [tavola di comparazione](#) tra lo Statuto e le fonti di diritto internazionale umanitario, associano la proibizione di attacchi indiscriminati delle Convenzioni di Ginevra all'art. 8 (2)(b)(iv) dello Statuto, che tuttavia parla solo di «attacchi intenzionali» lanciati «nella consapevolezza che gli stessi avranno come conseguenza la perdita accidentale di vite umane tra la popolazione civile o lesioni a civili».

Nonostante le sproporzioni nelle perdite (secondo i dati [OCHA](#) la percentuale di vittime civili e non identificate rispetto alle perdite totali tra i Palestinesi ammonta all'86% dei 2131 che hanno perso la vita, a fronte dei 66 militari tra le 71 vittime israeliane), quindi, potrebbe essere più semplice, in un ipotetico processo dinanzi alla CPI, imputare crimini di guerra ad Hamas, che a responsabili delle forze armate israeliane, visto che la prima rivendica in maniera chiara l'intenzionalità dei lanci di razzi Qassam contro i villaggi di confine (v. [Gradoni](#)), mentre i secondi negano ogni volontarietà nei molteplici episodi di fuoco diretto contro obiettivi e strutture civili (su cui v. [Pertile](#)).

Non bisogna però dimenticare che l'art. 8 dello Statuto di Roma tipizza varie altre condotte pertinenti, sia in rapporto all'ultima offensiva a Gaza, sia rispetto alle modalità dell'occupazione israeliana. Si pensi, per limitarsi a un solo

esempio, al par. 2 (b)(viii), che criminalizza «il trasferimento, diretto o indiretto, ad opera della potenza occupante, di parte della propria popolazione civile nei territori occupati o la deportazione o il trasferimento di tutta o di parte della popolazione del territorio occupato all'interno o all'esterno di tale territorio». Il rappresentante palestinese presso le Nazioni Unite, dopo essere stato invitato, in virtù del nuovo *status* della Palestina, all'[Assemblea degli Stati parte della CPI](#), ha non a caso sottolineato questa disposizione (se ne veda la [dichiarazione](#) pronunciata in occasione della XIII sessione dell'Assemblea). Pare che la norma preoccupi non poco le autorità israeliane, le quali difficilmente aprirebero procedimenti penali in merito, facendo così venire meno lo “scudo” della sussidiarietà. C'è insomma da augurarsi che, in questo senso la Corte riesca ad esercitare almeno un po' della funzione di deterrenza che si usa attribuirle, ma che, per la verità, non pare aver prodotto molti effetti nell'ultimo decennio.

Un'ultima notazione sulle reazioni all'adesione della Palestina al sistema della CPI e al clima politico che essa ha instaurato.

Le ritorsioni, infatti, non hanno tardato a [manifestarsi](#). Quanto alla diplomazia statunitense, il [portavoce del Dipartimento di Stato americano](#) ha definito l'adesione un «escalatory step», «totalmente controproducente», che «mina la fiducia in un serio impegno da parte palestinese per il negoziato di pace», mentre prende corpo l'ipotesi di annullare la quasi totalità degli aiuti economici USA all'Ap. Israele, dal canto suo, oltre ad aver definito l'adesione come espressione di una [“folle marcia”](#) della Palestina, ha reso noto che tratterrà gli [introiti delle tasse dovute al Governo palestinese](#) (circa 125 milioni di dollari). Il Primo ministro [Netanyahu](#), intanto, minaccia di “promuovere” presso vari Paesi (presumibilmente amici) l'apertura di processi penali per crimini di guerra contro i leader palestinesi. E c'è anche chi, senza troppo pudore, ha assimilato l'adesione alla Corte ad una [«dichiarazione di guerra»](#) pronunciata dalla Palestina.

Provando a capovolgere una notazione di [Gradoni](#), quindi, si potrebbe affermare che questa volta è la politica che si è messa a far la morale al diritto, lanciandosi anzi in una frontale lotta contro il diritto e contro l'idea di una giustizia amministrata in modo non discriminatorio, lotta che si manifesta, del resto, ogni qual volta le ragioni del diritto siano opponibili a quelle della forza.

Per analogia, torna in mente, oltre che la nota massima per cui la guerra sarebbe «la politica continuata con altri mezzi», anche il rovesciamento dell'assunto di von Clausewitz, operato

prima da Carl Schmitt e poi da Michel Foucault (cfr. [Romitelli](#)), per il quale anche «la politica è la guerra continuata con altri mezzi». Foucault scriveva che «se è vero che il potere politico arresta la guerra, fa regnare o tenta di far regnare una pace nella società civile, non è affatto per sospendere gli effetti della guerra o per neutralizzare lo squilibrio delle forze che si è manifestato nella battaglia finale della guerra. Il potere politico, in questa ipotesi, ha infatti il ruolo di re-iscrivere perpetuamente, attraverso una specie di guerra silenziosa, il rapporto di forze nelle istituzioni, nelle diseguaglianze economiche, nel linguaggio, fin nei corpi degli uni e degli altri [...] Definire la politica come una guerra continuata con altri mezzi significa che la politica è la sanzione e il mantenimento del disequilibrio delle forze manifestatosi nella guerra” (*Bisogna Difendere la società*, Milano, 2009, p. 23). Considerato l’allarme di Foucault contro quell’articolazione tentacolare dei meccanismi di sopraffazione da cui bisognava «difendere la società», allora forse può dirsi che spetti soprattutto al giurista la battaglia intellettuale anti-egemonica per l’uguaglianza nella tutela dei diritti dell’uomo e per capovolgere il diritto della forza in forza del diritto, il cui banco di prova è, per definizione, quello dei diritti del più debole. Una forza del diritto che proprio in Palestina incontra una delle eclissi più drammatiche dello scenario globale, in cui al «sangue seccato nei codici» di cui parlava Foucault (*op. cit.*, p. 53), si sostituisce quello seccatosi nelle pieghe delle ipocrisie e dei fallimenti della diplomazia internazionale.

Una cosa è certa: quel sangue, in Medio Oriente, è già stato versato oltre i limiti dell’accettabile. Non si può quindi fare a meno di auspicare che quella “arma spuntata” (cfr. [De Sena](#), a commento di [Della Morte](#)) contro i crimini di massa che è la Corte penale internazionale, possa diventare, quanto meno, un campo di traslazione del conflitto sul piano giuridico, affinché – ed è ciò che più conta – si fermi la strage, tacciano le bombe, si inneschi la ragione e si riaffermi quella cogenza del diritto internazionale umanitario troppe volte svilta nel conflitto israelo-palestinese.

10 gennaio 2015

La violenza di Boko Haram in Nigeria e la credibilità del sistema di sicurezza collettiva

FEDERICA MUSSO (*)

Il [recente massacro](#) compiuto nella città di Baga, nel Nordest della Nigeria, è l'ultimo di una lunga serie di gravi atti di violenza ai danni della popolazione civile imputabili al gruppo fondamentalista islamico ufficialmente denominato «People Committed to the Prophet's Teachings for Propagation and Jihad» e meglio (oltre che tristemente) noto come «Boko Haram». È a partire dal luglio del 2009, infatti, che questa fazione armata lancia offensive nella parte settentrionale del Paese, prima contro obiettivi governativi e poi anche contro la popolazione civile, commettendo violazioni dei diritti umani su larga scala (cfr. il recente [statement](#) del Presidente del Consiglio di Sicurezza delle Nazioni Unite); violazioni che, stando a [quanto ha affermato il Procuratore della Corte penale internazionale](#), lasciano supporre che siano stati commessi crimini contro l'umanità di cui all'art. 7 dello Statuto di Roma, in particolare i crimini di omicidio e di persecuzione dettata da ragioni di ordine religioso.

Non sussistono dubbi circa i legami di Boko Haram con gruppi terroristici di matrice islamica (v. la [decisione](#) assunta dal Comitato delle sanzioni del Consiglio di sicurezza delle Nazioni Unite). D'altra parte, non si deve dimenticare che gli attacchi compiuti da questa fazione armata, il cui obiettivo in ultima istanza è quello di istituire in Nigeria uno Stato islamico, si inseriscono in un [contesto](#) dove la dimensione religiosa si intreccia con l'emarginazione economica e sociale delle regioni setten-

(*) Università degli Studi di Macerata.

trionali del Paese. Ad oggi, le misure adottate dal Governo nigeriano nel tentativo di risolvere la crisi – dal dialogo instaurato con gli esponenti di Boko Haram alla creazione di reparti militari speciali per ristabilire l'ordine sui territori del Nord (v. [Agbiboa e Maiangwa](#), pp. 78-86) – si sono rivelate insufficienti. Quanto avvenuto nella città di Baga ne è una prova.

Questo drammatico scenario induce a soffermarsi sulla risposta offerta dal complesso sistema africano di sicurezza collettiva, le cui diverse componenti, continentali e sub-continentali, sono state istituite al fine di concretizzare il principio «African solutions for African problems» (cfr. [Mays](#)). Il riferimento, in questo caso, è alla Comunità economica degli Stati dell'Africa occidentale (ECOWAS) e all'Unione africana (UA). Trattasi, infatti, di organizzazioni regionali dotate di ambiziosi meccanismi volti alla prevenzione e alla risoluzione dei conflitti nel continente. La Nigeria è Membro di entrambe.

Considerati gli ampi poteri di intervento in materia di pace e sicurezza attribuiti all'ECOWAS e all'UA, desta qualche perplessità la reazione scarsamente incisiva delle due organizzazioni alle atrocità commesse da Boko Haram. Nel caso dell'UA tale perplessità è ancora maggiore, se si considera che uno dei motivi ispiratori del passaggio dall'Organizzazione dell'Unità africana all'UA è stato il desiderio di evitare che si ripetessero tragedie analoghe al genocidio ruandese.

Poche righe sono sufficienti per descrivere le iniziative assunte dall'ECOWAS e dall'UA. In entrambi i casi, infatti, non ci si è spinti al di là di una manifestazione di preoccupazione per la situazione in cui versa il Nordest della Nigeria e di una condanna dei crimini commessi da Boko Haram. L'Autorità dell'ECOWAS, in un [comunicato](#) del 15 dicembre 2014, «expresses deep concern over the continuing terrorist attacks of the Boko Haram group in Nigeria, and expresses its sympathy with the Government and people of Nigeria as well as to the families of victims of the recent terrorist attacks in the North of the country». Di analogo tenore è il [comunicato](#) adottato dal Consiglio per la pace e la sicurezza dell'UA in data 25 novembre 2014, contenente una «strong condemnation of the abhorrent terrorist attacks ... carried out by Boko Haram over the past few years, killing hundreds of people, wounding many others and leading to significant displacements of populations both within the affected areas in Nigeria and in the neighboring countries»(v. *Communiqué of the 469th meeting of the Peace and Se-*

curity Council).

Senza dubbio si potrebbe scrivere molto di più su ciò che tali organizzazioni avrebbero potuto fare – e sinora non hanno fatto – per far fronte a una situazione che lo stesso Consiglio dell'UA, nel comunicato appena menzionato, ha definito «a serious threat not only to Nigeria but also to the region and the continent as a whole». Vediamo.

Il verificarsi di una crisi umanitaria costituisce uno dei presupposti per l'attivazione dei sistemi di sicurezza collettiva dell'ECOWAS e dell'UA. Nello specifico, il ricorrere di un simile presupposto abilita le due organizzazioni ad adottare misure di carattere militare: la possibilità di intervenire in conflitti interni caratterizzati da gravi violazioni dei diritti umani è espressamente contemplata tanto dal [Protocollo dell'ECOWAS istitutivo del Meccanismo per la prevenzione, la gestione e la risoluzione dei conflitti](#) (art. 22, lett. c) quanto dall'[Atto istitutivo dell'UA](#) (art. 4, lett. h).

Non sono chiare le ragioni che sono alla base dell'inerzia delle due organizzazioni regionali. Certo è che l'intraprendenza da esse manifestata in occasione di altre crisi interne –per gestire le quali, si noti bene, i governi interessati avevano avanzato richieste di assistenza alle forze regionali o quantomeno avevano acconsentito a che operassero nel proprio territorio –lascerebbe supporre che rispetto alla crisi di cui qui ci occupiamo sia mancata, ad oggi, la volontà delle autorità territoriali di permettere l'intervento di una forza di pace dell'ECOWAS o dell'UA. Se così stanno le cose, occorre chiedersi se le due organizzazioni possano superare l'ostacolo rappresentato dall'assenza del consenso del Governo nigeriano.

Significative misure militari di natura coercitiva sono previste sia in ambito ECOWAS che in ambito UA per prevenire gravi violazioni dei diritti fondamentali. L'art. 22 del Protocollo dell'ECOWAS succitato annovera, tra le modalità di intervento dell'organizzazione, la «humanitarian intervention in support of humanitarian actions». Tale disposizione va letta congiuntamente (per mettere in luce il carattere anche potenzialmente coercitivo dell'intervento) al documento intitolato «[Ecowas Conflict Prevention Framework](#)», nel quale l'organizzazione si dichiara «imbued with the necessary supranational powers ... as well as the legitimacy to intervene to protect human security in threedistinct ways», tra cui «actions taken in response to grave and compelling humanitarian disasters» (par. 41).Certezze in

merito al carattere coercitivo che possono assumere le azioni dell'UA a difesa dei diritti umani sono offerte dalla lettera dell'art. 4, lett. h, dell'Atto istitutivo, che prevede il diritto dell'organizzazione di intervenire in uno dei suoi Stati membri in caso di commissione di crimini contro l'umanità, crimini di guerra o genocidio, ed è chiaro che non è escluso un intervento di carattere "preventivo" rispetto a qualsiasi accertamento in sede penale.

Considerata la gravità della situazione in Nigeria, dovuta agli atti di violenza di Boko Haram e ai numerosissimi sfollati, sorprende che le norme menzionate non solo non abbiano trovato alcuna applicazione ma non siano, a quanto pare, neppure evocate nei comunicati pertinenti. L'ECOWAS e l'UA avrebbero potuto chiedere a Boko Haram un immediato cessate il fuoco, con l'ammonimento che, in caso di mancato adempimento, si sarebbero adottati «all necessary means», compreso evidentemente l'uso della forza, ferme restando le prerogative del Consiglio di Sicurezza delle Nazioni Unite.

Una simile decisione, oltre che trovare un chiaro fondamento giuridico negli strumenti normativi dell'ECOWAS e dell'UA, sembrerebbe essere coerente con la presa di posizione del Consiglio di Sicurezza in merito alla crisi nigeriana, definita mediante lo *statement* presidenziale sopra citato. Il documento fornisce, infatti, qualche spunto di interesse circa il configurarsi del rapporto tra sistema di sicurezza collettiva universale (ONU) e sistemi regionali africani, ove prende nota della decisione assunta dalla Commissione del Bacino del Lago Ciad (LCBC) di istituire una «Multinational Joint Task Force» incaricata di coordinare le operazioni militari contro Boko Haram e incoraggia l'adozione delle misure necessarie a renderla operativa. In particolare, questi passaggi paiono confermare la generale consapevolezza delle Nazioni Unite in ordine alle potenzialità delle organizzazioni regionali e all'importanza del loro contributo al mantenimento della pace e della sicurezza internazionale in quanto «well positioned to understand the causes of armed conflicts owing to their knowledge of the region», quale si desume dalle risoluzioni adottate dal Consiglio di sicurezza in materia (v., da ultimo, [risoluzione n. 2167 del 2014](#)).

La mancata reazione alla crisi nigeriana e, segnatamente, agli atti di violenza di Boko Haram, non depone però a favore della credibilità dell'ECOWAS e dell'UA, per ciò che concerne l'esercizio del loro ruolo di tutori della pace e della sicurezza in

Africa, specialmente quando l'azione collettiva non è "assistita" dal consenso dello Stato territoriale. Più della scarsità di risorse finanziarie ed umane, alla quale si è soliti imputare l'inefficacia degli ambiziosi (sulla carta) meccanismi posti a tutela dei diritti umani nel continente africano, sembra che sia la difficoltà di esprimere una volontà politica precisa all'interno degli organi competenti a impedirne il funzionamento. Una volontà politica che non riesce a prendere corpo quando le crisi umanitarie hanno luogo in uno Stato che si dimostra contrario al dispiegamento nel proprio territorio di una forza regionale, tanto più se lo Stato in questione è particolarmente influente, come – è appena il caso di dirlo – la Nigeria. In ragione del suo peso economico (è la [prima economia africana](#)) e demografico (trattasi del [Paese più popoloso del continente](#)) la Nigeria rappresenta una potenza dominante in seno all'ECOWAS e all'UA. Non solo, infatti, costituisce uno dei maggiori finanziatori delle due organizzazioni, ma con le proprie forze armate contribuisce in larga misura alle missioni di pace che le organizzazioni stesse di volta in volta istituiscono negli Stati membri. Non sorprende, dunque, che la Nigeria sia in grado di condizionare le scelte di ECOWAS e UA, *a fortiori* se tali scelte la riguardino direttamente.

Infine, vale la pena soffermarsi brevemente sulle motivazioni che potrebbero essere alla base della mancata richiesta di assistenza indirizzata all'ECOWAS o all'UA da parte del Governo nigeriano. A tal proposito, non va trascurato che le forze di sicurezza nigeriane sono accusate dalle organizzazioni umanitarie della commissione di gravi violazioni dei diritti umani nell'ambito delle operazioni condotte contro Boko Haram (v. i rapporti di [Amnesty International](#) e [Human Rights Watch](#)). Si potrebbe allora supporre che la contrarietà del Governo al dispiegamento di una forza di pace regionale rifletta l'esigenza di evitare che le attività dei contingenti dell'ECOWAS o dell'UA possano essere condotte contro le stesse forze nigeriane, se e quando queste si apprestino a violare i diritti umani?

Comunque sia, la crisi umanitaria in Nigeria rivela la difficoltà delle due organizzazioni africane di imporsi agli Stati membri che rivestono il ruolo di potenze regionali. Se, sulla carta, tali organizzazioni non ritengono indispensabile il consenso del sovrano territoriale per intervenire militarmente in caso di gravi violazioni dei diritti umani, i fatti mostrano purtroppo una connessione inversamente proporzionale tra l'esercizio dei poteri sovranazionali in questione e l'importanza dello Stato membro

Diritto internazionale pubblico407

interessato. Il rischio è che il sistema africano di sicurezza collettiva perda la sua credibilità come garante della c.d. «sicurezza umana» in Africa, proprio mentre il sistema “universale” che fa capo alle Nazioni Unite – come dimostra il già citato *statement* del Presidente del Consiglio di Sicurezza – sembra incline a riconoscergli un ruolo di primissimo piano.

26 gennaio 2015

Il caso Paradiso e Campanelli ovvero la Corte europea contro i "pregiudizi" nazionali

ALESSANDRA VIVIANI (*)

La decisione [Paradiso e Campanelli](#) contro Italia del 27 gennaio 2015 si segnala come una nuova tappa del dialogo fra Corte europea dei diritti dell'uomo e giudici italiani in materia di rispetto del diritto alla vita privata e familiare, garantito dall'art. 8 CEDU. Si tratta di una decisione complessa che sfiora punti molto sensibili nell'attuale dibattito interno e internazionale in merito alle forme di genitorialità ed al diritto a divenire genitori. Tuttavia, a nostro avviso, questa decisione si segnala assai favorevolmente per aver ribadito, ancora una volta si deve purtroppo osservare, la scarsa volontà dei tribunali italiani di mettere al centro delle loro valutazioni il supremo interesse del minore, così come invece richiesto sia dalla nostra adesione alla Convenzione sui diritti dei bambini e degli adolescenti delle Nazioni Unite del 1989, sia dalla costante giurisprudenza degli stessi giudici di Strasburgo.

I fatti della causa sono abbastanza semplici. I coniugi Campanelli si rivolgono ad una clinica russa per poter procedere in Russia alla fecondazione assistita eterologa e ad una successiva gravidanza surrogata, il c.d. utero in affitto. Per la signora Paradiso non è infatti possibile concepire né portare a termine la gravidanza, come hanno dimostrato vari tentativi di fecondazione in vitro precedentemente effettuati in Italia. Ella si reca quindi in Russia portando il liquido seminale del marito. La procedura medica si svolge con successo e la madre surrogata partorisce un bambino; lo stesso giorno ella dichiara, secondo quanto previsto dalla normativa nazionale, di dare il consenso alla iscrizione nei registri dello stato civile del neonato come figlio dei signori

(*) Università degli Studi di Siena.

Campanelli. Ai coniugi Campanelli viene affidato così il bambino che, sul certificato rilasciato dalla competente autorità, risulta loro figlio senza che vi sia menzione del fatto che è stato partorito dalla madre surrogata. Con questo certificato la signora Paradiso si reca al nostro Consolato per ottenere i documenti necessari per l'espatrio del bambino e giunge in Italia il 30 aprile 2011, due mesi dopo la nascita del piccolo.

A questo punto i coniugi Campanelli chiedono la trascrizione del certificato di nascita nel registro dello stato civile del comune di residenza, ma si vedono rifiutare la richiesta. Il Consolato di Mosca ha infatti trasmesso gli atti sia al tribunale dei minori competente per territorio, sia al Comune sostenendo che il certificato contiene dati falsi. I coniugi Campanelli vengono così indagati per i reati di falso di cui agli art. 479 e 489 cp. Allo stesso tempo, il Tribunale dei minori di Campobasso inizia un procedimento per la dichiarazione dello stato di abbandono e adottabilità del minore. Nel corso del procedimento il Tribunale ordina un test del DNA, dal quale risulta che il bambino non è figlio biologico del ricorrente. A seguito di ciò il Tribunale dei minori il 20 ottobre del 2011 decideva per l'immediato allontanamento del minore dalla casa dei ricorrenti, la cessazione di qualunque relazione con questi ultimi e poneva il bambino in una casa famiglia, da cui egli uscirà solo alla fine di gennaio del 2013 per essere affidato ad una nuova famiglia. A nulla valgono i ricorsi dei Campanelli né di fronte al Tribunale dei minori né rispetto al rifiuto di trascrizione.

Nel loro ricorso alla Corte europea i coniugi Paradiso Campanelli lamentano la violazione dell'art. 8 CEDU sia nei loro confronti che in quelli del bambino. Tuttavia la Corte non ritiene che essi possano agire per conto del minore non avendo alcun titolo giuridico per rappresentarne gli interessi in giudizio, dato che non sono né genitori biologici, né adottivi né affidatari (par. 49-50). La Corte esamina, invece, le doglianze presentate rispetto, da un lato, al rifiuto delle autorità italiane di trascrivere il certificato di nascita e, dall'altro, all'allontanamento del bambino.

È interessante seguire il ragionamento della Corte soprattutto sul secondo profilo di violazione dell'art. 8. In generale possiamo osservare come la decisione risulti particolarmente convincente su entrambi gli aspetti e confermi la rilevanza di questa norma come strumento di effettiva tutela della sfera privata e delle relazioni familiari. Come vedremo, la decisione mostra anche la capacità dei giudici di Strasburgo di non lasciarsi "intimo-

rire” dall’analisi di questioni delicate e complesse, come quelle legate alle tecniche della fecondazione assistita, e di poter giudicare in quest’ambito senza che il pregiudizio influisca sull’analisi dei diritti individuali.

Per quanto attiene al primo punto, i giudici di Strasburgo confermano come la mancata trascrizione del certificato possa essere rilevante nell’ottica dell’art. 8, in quanto misura di ingerenza capace di incidere profondamente sulla vita privata dei ricorrenti. Tuttavia, la Corte ritiene che non possano dirsi esauriti i ricorsi interni, in quanto non vi è stato ricorso in Cassazione contro la decisione di rigetto della Corte d’Appello. In questo modo, in un certo senso, la Corte evita di dover entrare nel merito della valutazione della legittimità del ricorso all’ordine pubblico per impedire il riconoscimento di atti stranieri che legittimano il ricorso alla maternità surrogata. Si deve però osservare come nel corso della decisione la Corte affermi che l’uso della norma sull’ordine pubblico internazionale non è sufficiente a sanare qualsivoglia violazione dell’art. 8 della Convenzione.

L’analisi della Corte è assai più articolata per quanto attiene alla doglianza relativa all’allontanamento del bambino dalla casa dei ricorrenti. Tale misura viene infatti inquadrata quale ingerenza nella loro vita privata e familiare. In primo luogo viene ribadito l’importante principio, ormai più volte affermato nella giurisprudenza della Corte, che l’art. 8 si applica in situazioni in cui vi siano legami familiari di fatto e non solo di diritto (par. 68-69). Poiché i coniugi Campanelli hanno trascorso più di sei mesi con il piccolo, agendo come suoi genitori, è innegabile che tali legami familiari sussistano e siano degni di tutela ex art. 8. In più, secondo la Corte, il fatto che il ricorrente abbia cercato di far riconoscere il proprio legame di parentela con il bambino attraverso il test del DNA, conferma, secondo i giudici, la rilevanza della fattispecie anche sotto il profilo della tutela della vita privata. Non vi è infatti alcun motivo, da un lato, per ritenere che l’assenza di un legame genetico possa influire negativamente sull’esistenza del legame familiare, e, dall’altro, per impedire di considerare l’accertamento di tali legami genetici come rilevante sotto il profilo del diritto del singolo a sviluppare legami con i propri simili. Su questo punto la Corte si è già espressa in altre occasioni, sottolineando come nel concetto di vita privata debba intendersi ricompreso quello di identità personale, ovvero di diritto del singolo a definire se stesso attraverso le relazioni con la società (par. 70). (La Corte ricorda a questo proposito il ca-

so [Mikulic c. Croazia](#) del 2002. Viviani, *L'identità personale nel sistema della Convenzione europea dei diritti dell'uomo*, Editoriale Scientifica, Napoli, 2013).

Quanto alla questione se la misura di ingerenza sia prevista dalla legge, la Corte ritiene che possa essere considerata tale data l'applicazione da parte dei giudici italiani delle norme di conflitto nazionali, al fine di dichiarare lo stato di abbandono e l'adottabilità del minore (par. 72).

Come noto, però, le difficoltà di interpretazione dell'art. 8 risiedono piuttosto nello stabilire se la misura di ingerenza adottata dalle autorità nazionali sia in effetti "necessaria", o, meglio, operi un corretto bilanciamento fra l'esigenza di tutela dei diritti dell'individuo e gli interessi generali. È pur vero, la Corte ricorda, che in materie delicate, come quelle relative alle scelte nazionali sulla fecondazione assistita, lo Stato gode di un ampio margine di apprezzamento; tuttavia i giudici di Strasburgo fanno un'affermazione interessante sostenendo che in ogni caso, nelle situazioni in cui è coinvolto il minore, l'interesse superiore di questi deve comunque prevalere ed essere l'oggetto principale dell'opera di bilanciamento fra interesse del singolo e quello della comunità (par. 75).

Rispetto alla fattispecie oggetto del ricorso, il parametro del superiore interesse del minore doveva comunque guidare i giudici italiani in due momenti: quello in cui hanno valutato l'esistenza del legame di filiazione fra il ricorrente e il bambino e quello successivo in cui ne hanno deciso l'allontanamento dalla casa familiare. Sul primo aspetto, le modalità che hanno portato alla nascita del piccolo e al suo arrivo in Italia hanno una certa incidenza, ma la Corte, con quello che a noi pare un certo equilibrio, ha ritenuto di non dover esprimere alcun giudizio di valore o di congruità rispetto alla Convenzione europea della legge russa, che appunto consente la fecondazione eterologa e la maternità surrogata e lo sfruttamento economico di queste. Allo stesso modo la Corte non ritiene che la stretta applicazione del diritto italiano al riconoscimento di paternità da parte dei giudici interni, nella parte in cui essi negano tale riconoscimento, poiché non vi è legame biologico fra bambino e presunto padre e la buona fede di quest'ultimo non può essere considerata di valore equivalente al legame effettivo, possa considerarsi una violazione dell'art. 8 (par. 77). In questo senso l'interesse superiore del minore non può dirsi violato. Il fatto però che il diritto italiano in materia di riconoscimento della paternità, anche qualora inter-

pretato restrittivamente, non sia in contrasto con la Convenzione europea non è sufficiente a mettere al riparo da critiche l'operato dei giudici interni.

Punto centrale della decisione della Corte non è, dunque, ragionare in termini di diritto dello Stato a non trascrivere un atto di nascita contrario all'ordine pubblico, in quanto risultato di una procedura sanitaria di dubbia moralità. Non è dato sapere, infatti, leggendo la sentenza, cosa la Corte avrebbe detto se i ricorrenti avessero prodotto il rigetto della domanda di trascrizione della nostra Cassazione. Né si tratta di sindacare sull'applicazione delle norme di conflitto in ipotesi, come quella che qui si commenta, in cui era difficile effettuare una designazione della legge applicabile dato che non si conosceva la cittadinanza del minore. La vera questione è, piuttosto, quella di analizzare come il Tribunale dei minori sia giunto alla decisione dell'allontanamento familiare. Ed è proprio in questa parte della decisione che ci pare che la Corte colga veramente alcuni aspetti essenziali del "pregiudizio" che avvelena il ragionamento del nostro Tribunale.

I giudici di Strasburgo ricostruiscono con estrema lucidità i passaggi che hanno condotto alla decisione di allontanamento. La considerazione principale pare essere stata infatti che i coniugi Campanelli non potessero essere dei "buoni genitori": essi avevano, infatti, compiuto una serie di "crimini" agli occhi del Tribunale dei minori. In primo luogo, avevano cercato di eludere la normativa italiana in materia di fecondazione assistita recandosi all'estero per una procedura vietata in Italia, ed è interessante notare che la stessa Corte europea ricorda che tale normativa è stata considerata costituzionalmente illegittima proprio nella parte in cui impedisce la fecondazione assistita eterologa. In secondo luogo, i ricorrenti avevano dichiarato il falso, affermando che il bambino era loro figlio, e nessun riguardo è dato al fatto che tale era stato dichiarato dalle autorità russe e che il ricorrente era oltretutto convinto di essere il padre biologico. La Corte europea si sorprende che i giudici abbiano fatto simili affermazioni senza neppure attendere gli esiti del procedimento penale a carico dei ricorrenti. In terzo luogo, questi ultimi avevano cercato di frodare le norme in materia di adozione e, anche in questo caso, nessun rilievo è stato dato dal giudice interno al fatto che i coniugi Campanelli erano stati a suo tempo dichiarati idonei all'adozione secondo la legge italiana. Insomma, secondo i giudici italiani, i ricorrenti vedevano il bambino soltanto come un mezzo per soddisfare le loro aspettative narcisistiche. Nessuna considerazione

viene data al fatto che per anni la ricorrente aveva tentato la fecondazione *in vitro* in Italia o atteso invano l'arrivo di un bambino da adottare. In un certo senso, secondo la Corte, i giudici italiani sembrano affermare: chi va all'estero per la fecondazione eterologa o la maternità surrogata è per ciò stesso incapace e inadatto ad essere un genitore. Anzi, è talmente pericoloso che i minori devono essere immediatamente allontanati e destinati alle assai più amorevoli cure di una casa famiglia.

Questo tipo di approccio non può esser condiviso dai giudici di Strasburgo, che ribadiscono alcuni elementi essenziali in materia di interpretazione dell'art. 8, margine di apprezzamento e tutela dell'interesse del minore. In primo luogo essi affermano che considerazioni di ordine pubblico internazionale non offrono carta bianca alle giurisdizioni nazionali e non le esimono dal considerare quale sia, nel caso di specie, l'interesse superiore del minore (par. 79). In particolare, poi, l'allontanamento deve sempre essere considerato come una misura estrema e adottato quindi solo laddove vi sia un pericolo grave ed imminente per il benessere del bambino (par. 80). In quest'ottica, incombe allo Stato assicurare che anche la posizione dei genitori sia adeguatamente presa in esame, dato l'impatto che la misura di allontanamento ha sulla loro vita privata e familiare. Nel caso di specie, invece, la decisione era stata presa sul contestabile motivo che lasciare il bambino con i ricorrenti ne avrebbe reso più difficile l'allontanamento in seguito e che essi non erano adatti ad essere genitori per aver fatto scelte non consentite dal diritto italiano, senza tuttavia che alcuna valutazione di esperti sulle loro capacità e sulle relazioni stabilite con il minore fosse condotta (par. 82-84).

È evidente che, di fronte ad una decisione così motivata, la Corte non può che concludere che essa rappresenti una violazione dell'art. 8 nei confronti dei ricorrenti. La Corte sottolinea altresì come la vicenda sia stata condotta in modo da penalizzare il bambino per essere stato concepito in provetta e tramite madre surrogata. Proprio l'assenza di legami genetici con i ricorrenti, infatti, finisce per incidere negativamente sulle possibilità del bambino di crescere con loro, ponendolo in una posizione di svantaggio rispetto ad un neonato sulla cui identità o cittadinanza non esistano dubbi. E questo *obiter dictum* ci pare un passaggio interessante poiché, a nostro avviso, offre una possibile chiave di lettura della posizione che la Corte potrebbe seguire dovendo decidere nel merito di questioni relative alla natura degli obblighi

degli Stati nella tutela dell'art. 8 di fronte a casi di maternità surrogata.

La giurisprudenza italiana non è nuova a censure della Corte europea in materia di tutela dell'interesse dei minori e dei genitori nei casi di allontanamento dalla casa familiare. I giudici italiani sono stati accusati di adottare decisioni stereotipate che non valutano in maniera adeguata i vari elementi di ogni singola fattispecie; in questo senso si può ricordare il caso [Errico c. Italia](#) del 24 febbraio 2009 (Viviani, "Patologia dei rapporti familiari e tutela dei minori: l'Italia di fronte alla Corte europea dei diritti dell'uomo", in *Scritti in memoria di Maria Rita Saulle* (a cura di Marchisio *et al.*), Editoriale scientifica, Napoli, 2014, vol. II). Nel caso che qui si commenta, tuttavia, il quadro che emerge parrebbe ancora più grave perché la mancata valutazione dell'interesse del minore ad essere veramente allontanato da quel nucleo familiare non poggia su meccanismi da automatismo burocratico, ma su un pregiudizio e su una visione di "vita familiare" che non è più in linea con i tempi e certamente non è in linea con l'interpretazione che ne dà la Corte europea quando afferma, come fa correttamente in questo caso, «*La notion de "famille" visée par l'article 8 ne se borne pas aux seules relations fondées sur le mariage, mais peut englober d'autres liens "familiaux" de facto*» (par. 67).

3 febbraio 2015

L'azione di contrasto agli atti di terrorismo perpetrati a Boko Haram nei rapporti tra Nazioni Unite, organizzazioni regionali e subgionali

EMANUELE CIMIOTTA (*)

Mi perdonerà il lettore, ma non credo di potermi definire un *blogger*. Non so se sarò in grado di cogliere le potenzialità della sede destinata a ospitare questo scritto, stimolando reazioni *flash* da condividere a caldo e dare in pasto alla rete. Approfittando però di questo spazio, non senza un qualche imbarazzo, perché alcune delle suggestioni che proverò a rappresentare sono frutto di riflessioni, sganciate in realtà dalla crisi nigeriana, che credo meriterebbero di essere raffinate. Ogni critica o indicazione è seriamente benvenuta. Ad ogni modo, procederò dapprima mettendo in evidenza i fatti per sommi capi e poi tentando di esaminare i problemi giuridici che tale crisi sembrerebbe comportare, limitandomi ad affrontare un'unica prospettiva.

La barbarie che dal 2009 sta dilagando nel nord est della Nigeria, per l'imperversare del gruppo armato d'ispirazione estremista islamica *Boko Haram*, ripropone infatti il problema dei rapporti tra Nazioni Unite, organizzazioni regionali e subregionali in materia di mantenimento e ristabilimento della pace e della sicurezza. E lo fa nel settore del contrasto al terrorismo internazionale, in cui per la prima volta le organizzazioni di riferi-

(*) Università di Roma "La Sapienza".

mento – Unione africana, Comunità economica degli Stati dell’Africa occidentale (ECOWAS) e Commissione del bacino del lago Ciad – stanno provando ad assumere un ruolo di primo piano, a discapito del Consiglio di sicurezza dell’ONU, non foss’altro sul piano dell’impulso e della realizzazione delle attività militari. Dopo anni di attesa dettati in larga parte dalle retrosie del Governo nigeriano (per questioni di natura sia interna che esterna, tra l’altro legate alla diffidenza verso il Camerun con il quale, si ricorderà, la Nigeria è stata anche parte di una controversia davanti alla Corte internazionale di giustizia proprio in ordine alla delimitazione delle rispettive frontiere terrestri: cfr. [*Land and Maritime Boundary between Cameroon and Nigeria \(Cameroon v. Nigeria: Equatorial Guinea intervening\), sentenza, 10 ottobre 2002*](#)), l’attivazione di tali organizzazioni ha risentito probabilmente del particolare momento storico che si sta attraversando, caratterizzato da una certa (almeno apparente) mobilitazione collettiva verso la lotta al terrorismo, a seguito degli attentati parigini di inizio anno e del proliferare del c.d. Stato islamico in Medio oriente.

Sta di fatto che il 31 gennaio scorso l’Unione africana ha finalmente deciso il dispiegamento di una forza militare subregionale – a cui dovrebbero partecipare Benin, Ciad, Camerun, Niger e Nigeria – per contrastare l’offensiva lanciata da *Boko Haram* in Nigeria e nei Paesi limitrofi.

Dalla prima decade di gennaio assistiamo infatti a una feroce recrudescenza delle violenze, caratterizzate da uccisioni di massa, brutalità ai danni di donne e bambini, assalti e devastazioni di città e villaggi, perfino dall’utilizzo di minori come bombe umane. I miliziani sono arrivati ai confini con Camerun, Ciad e Niger. Incursioni sempre più frequenti all’interno di tali territori stanno ulteriormente complicando la situazione sul terreno e allargando l’area del conflitto. Il gruppo ha oramai acquisito il controllo di alcune province settentrionali della Nigeria. L’obiettivo è costituire uno Stato di matrice islamica. Tutto ciò ha provocato massicci flussi migratori e una vera e propria crisi umanitaria (per una prima sintesi dei principali avvenimenti si rimanda al [post](#) di Federica Musso; [Ngassam](#)). Crisi che però per varie ragioni non ha attirato l’attenzione che avrebbe meritato (Allison, “Silenzio colpevole sul massacro in Nigeria”, in *Internazionale* del 16 gennaio 2015, p. 26).

Possono distinguersi alcuni tratti di analogia, sotto profili volta a volta diversi, con i recenti conflitti in Mali (dove negli

anni 2010-2013 gruppi terroristici legati alla rete di Al-Qaeda hanno sostenuto i movimenti separatisti locali nel tentativo di conquistare il nord del Paese), in Iraq e in Siria (dove da questa estate è in corso l'avanzata dello Stato islamico, che è andato via via appropriandosi di parti sempre più estese di territorio). Nonostante le analogie tra le modalità e le finalità dei vari conflitti in discorso (per le gravi e sistematiche violazioni dei diritti umani e del diritto umanitario, le modalità terroristiche delle attività poste in essere dai gruppi armati, l'obiettivo di costituire, attraverso l'uso della forza, nuovi Stati all'interno di Stati preesistenti o comunque di acquisire il controllo di vaste zone all'interno dei medesimi), le reazioni della comunità internazionale si stanno rivelando piuttosto eterogenee. In Iraq, infatti, ha giocato un ruolo predominante l'unilateralismo (Picone, "Unilateralismo e guerra contro l'ISIS", in corso di pubblicazione in *Rivista di diritto internazionale*, 2015, p. 5 ss.), in Mali il subregionalismo, col coordinamento dell'Unione africana e l'autorizzazione all'uso della forza del Consiglio di sicurezza (v. [Cellamare](#), p. 239 ss.).

Il tema dei rapporti tra sistemi di sicurezza collettiva universali e regionali è un classico della letteratura internazionalistica, ma non ha mai cessato di suscitare l'interesse degli studiosi (v., nell'ambito di una letteratura straripante, Villani, "Les rapports entre l'ONU et les organisations régionales dans le domaine du maintien de la paix", in *Recueil des cours de l'Académie de droit international de La Haye*, 2001, vol. 290, p. 225 ss.; Abass, *Regional Organisations and the Development of Collective Security. Beyond Chapter VIII of the UN Charter*, Hart Publishing, Oxford, 2004; Boisson de Chazournes, "Les relations entre organisations régionales et organisations universelles", in *Recueil des cours de l'Académie de droit international de La Haye*, 2010, vol. 347, p. 79 ss.). A partire dalla seconda metà degli anni '90 esso è tornato di attualità per via delle novità prospettate da una prassi che è andata diversificandosi ed ampliandosi notevolmente, non soltanto nel continente africano, e che ha spinto a rivedere ruoli, competenze e rapporti tra le varie organizzazioni e a mettere in discussione l'impianto normativo originario, incentrato sul cap. VIII della Carta delle Nazioni Unite e il primato del Consiglio di sicurezza. È noto come l'intensificarsi dei conflitti di dimensioni locali sia andato di pari passo, da un lato, col progressivo ridimensionamento della centralità dell'ONU e, dall'altro, con l'acquisizione e l'estensione di competenze in tema di mantenimento e ristabilimento della pace –

sotto profili materiali e/o territoriali – da parte di organizzazioni regionali e subregionali. Nella sua prassi più recente, poi, sempre più di frequente il Consiglio di sicurezza, rivolgendosi al contempo agli Stati singolarmente considerati e agli Stati in qualità di membri di organizzazioni regionali, tende a ricorrere al cap. VII della Carta, anziché al cap. VIII, per autorizzare attività militari coercitive da parte, o nell'ambito, delle pertinenti organizzazioni. Talvolta, per giunta, nelle delibere autorizzative non si trovano riferimenti né all'uno nell'altro capitolo della Carta. Talaltra, infine, tali delibere hanno ad oggetto operazioni già avviate di loro iniziativa dalle organizzazioni regionali o subregionali, intervenendo *ex post facto* per sanare, dalla prospettiva della Carta, ogni pretesa illegittimità delle attività militari così poste in essere. Inoltre, si sono moltiplicati i modelli di cooperazione tra le Nazioni Unite e le organizzazioni regionali nella gestione delle operazioni di pace, ciascuna con propri compiti e proprie responsabilità (si pensi al c.d. *co-deployment*, alle c.d. *joint operations*, alle c.d. *hybrid operations*). Ne escono dunque nobilitati il ruolo e l'autonomia istituzionale delle organizzazioni regionali, con conseguenti fenomeni di decentramento del mantenimento e del ristabilimento della pace e della sicurezza internazionale. L'ONU, secondo alcuni, finirebbe così per utilizzare le organizzazioni regionali al fine di perseguire i propri scopi ed esercitare le proprie funzioni, nel tentativo di ovviare alle difficoltà che incontra nel reperire mezzi, strutture, capacità e risorse da destinare alle sempre più frequenti sollecitazioni di cui è oggetto in materia di prevenzione, gestione e risoluzione dei conflitti. In quest'ottica, a loro volta le organizzazioni regionali finirebbero per mettersi a disposizione dell'ONU, in via sussidiaria rispetto alle capacità di intervento autonome dell'Organizzazione (di «complémentarité organisée» parla ad esempio Kamto, “Le rôle des «accords et organismes régionaux» en matière de maintien de la paix et de la sécurité internationales à la lumière de la Charte des Nations Unies et de la pratique internationale”, in *Revue générale de droit international public*, 2007, p. 771 ss., p. 799).

È questo il quadro in cui s'inserisce la gestione della vicenda nigeriana, sintomatica del fitto intreccio esistente tra organizzazioni internazionali, regionali e subregionali nel campo della sicurezza collettiva. Pressoché tutte le organizzazioni africane con competenze in tema di mantenimento della pace, e la cui area geografica di pertinenza comprenda l'epicentro degli attacchi

lanciati da *Boko Haram*, se ne sono interessate: Unione africana (che dispone del potere di intervenire militarmente all'interno dei propri Stati membri quando si verificano gravi e sistematiche violazioni dei diritti umani e del diritto umanitario: cfr. l'art. 4, lett. *h*), dell'atto istitutivo dell'11 luglio 2000), ECOWAS (v., ad effetti simili, l'art. 22 del Protocollo del 10 dicembre 1999 relativo al meccanismo per la prevenzione, gestione e risoluzione dei conflitti), Commissione del bacino del lago Ciad (che, per la verità, non ha competenze in senso stretto nel settore indicato – come affermato anche dalla Corte internazionale di giustizia nel caso [*Land and Maritime Boundary between Cameroon and Nigeria \(Cameroon v. Nigeria\), eccezioni preliminari, sentenza, 11 giugno 1998*](#), p. 306, par. 67, la quale, pur riconoscendole i tratti tipici delle organizzazioni internazionali, non la considera un'organizzazione regionale ai sensi del cap. VIII della Carta – ma che dal 1994 ha istituito una forza militare, la *Multinational Joint Task Force* (MJTF), acquarterandola in prossimità del lago, a presidiare la pacifica convivenza degli Stati rivieraschi, giusto nella zona dove stanno avendo luogo gli scontri di queste settimane).

Ne deriva, da un lato, la complessità della rete degli enti che sono stati istituiti o potenziati nel corso del tempo, con sovrapposizioni di competenze, funzioni, poteri; dall'altro, la progressiva regionalizzazione della gestione della crisi in esame. Proviamo allora a ripercorrere le tappe salienti di quest'ultimo fenomeno, prima di rilevarne i profili giuridici che ci interessano più da vicino.

a) In un [comunicato](#) del 7 ottobre 2014, i Membri della Commissione del bacino del lago Ciad (Camerun, Ciad, Niger e Nigeria) e il Benin hanno annunciato di voler mobilitare la *Multinational Joint Task Force* (MJTF) lungo i confini degli Stati coinvolti. Tale forza subregionale avrebbe dovuto attivarsi per fronteggiare i miliziani di *Boko Haram* a partire dal 1° novembre 2014, grazie al dispiegamento di 700 militari per Paese e alla costituzione di un quartier generale comune, che avrebbe dovuto coordinare le attività militari nazionali (par. 6-9). A tal proposito, è stata ritenuta necessaria l'autorizzazione delle Nazioni Unite e dell'Unione africana (par. 11).

b) Questa decisione ha riscosso il favore del Consiglio per la pace e la sicurezza dell'Unione africana. In un [comunicato](#) del 25 novembre 2014, dopo aver considerato le attività terroristiche di *Boko Haram* una minaccia non solo per la Nigeria ma per la

regione e per l'intero continente, evidenziato l'esigenza di una reazione collettiva di portata africana (par. 5), manifestato in proposito pieno appoggio al dispiegamento della MJTF (par. 6-7), avvertendo l'urgenza della sua pronta attivazione, il Consiglio ha chiesto alla Commissione dell'Unione africana di consultarsi urgentemente con il Benin e i Membri della Commissione del bacino del lago Ciad per procurare al più presto l'auspicato appoggio internazionale: in particolare, l'adozione da parte del Consiglio di sicurezza dell'ONU di una risoluzione che autorizzasse il dispiegamento della MJTF per un periodo iniziale di un anno e l'istituzione da parte del Segretario generale dell'ONU di un fondo per finanziare le relative operazioni militari (par. 8). Infine, è stato rivolto un appello al Consiglio di sicurezza e alla comunità internazionale affinché agevolassero l'attivazione della MJTF, sostenendola sul piano logistico e finanziario (par. 9).

c) Anche l'ECOWAS ha preso parte al balletto delle iniziative e lo ha fatto il 16 gennaio 2015, tramite il suo Presidente, che ha sollecitato l'Unione africana a concentrare l'attenzione, nel corso dell'imminente sessione ordinaria della sua Assemblea, sulla minaccia terroristica in Africa occidentale per concordare un piano di azione militare. In quell'occasione, ha annunciato, egli domanderà all'Unione africana di costituire una forza subregionale per contrastare *Boko Haram*, precisando che, una volta decisa la creazione della forza, l'Unione dovrà chiedere al Consiglio di sicurezza l'autorizzazione a renderla operativa, anche attraverso l'istituzione di un fondo di finanziamento.

d) A simili sollecitazioni il Consiglio di sicurezza dell'ONU ha reagito con una certa calma. Lo ha fatto solo pochi giorni fa, forse perché in qualche modo costretto dall'*escalation* di violenza di cui s'è detto in premessa. Tuttavia, il suo intervento non è stato granché incisivo, essendosi finora concretizzato in una mera dichiarazione presidenziale: la [4 del 19 gennaio 2015](#). Sarà un caso, ma Camerun e Nigeria figuravano e figurano tuttora tra i suoi membri non permanenti. Dopo aver qualificato *Boko Haram* come un gruppo terroristico (par. 4) e chiesto l'immediata cessazione delle ostilità e degli abusi, nonché il disarmo e la smobilitazione del gruppo (par. 5), il Consiglio ha sottolineato come i ripetuti attacchi dei *jihadisti* stiano minacciando la pace e la stabilità dell'Africa occidentale e centrale (par. 7). Sul piano operativo, esso si è limitato a santificare le iniziative già prese a livello regionale e unilaterale, incoraggiandone la realizzazione senza però assumerne la direzione, nonostante abbia a più riprese

affermato che il terrorismo, in tutte le sue forme e manifestazioni, costituisce una delle più gravi minacce alla pace e alla sicurezza internazionale, come tale suscettibile di provocare un'azione di contrasto su scala globale. Al contrario, si è dunque puntato sull'opportunità di una risposta regionale alla crisi. Infatti, da un lato il Consiglio ha preso atto della predetta decisione di mobilitare la MJTF, incoraggiando l'adozione delle misure necessarie ad attivarla (par. 9-10; la missione infatti era rimasta congelata a causa delle tensioni e delle divergenze di natura diplomatica e strategica soprattutto tra Camerun e Nigeria), benedicendo il vertice regionale in programma per il giorno seguente in Niger allo scopo di concordare i termini della risposta regionale alla minaccia posta da *Boko Haram* (par. 10), infine sottolineando che tutte le operazioni della MJTF dovranno essere condotte nel rispetto del diritto internazionale (par. 11). Dall'altro, esso ha preso nota della decisione del Ciad di inviare proprie forze armate a supporto delle truppe camerunesi e nigeriane impegnate nella lotta contro i terroristi (par. 12). In effetti, in attesa che si costituisca la forza subregionale, il 17 gennaio 2015 il Ciad ha provveduto in tal senso, inviando un proprio contingente militare in Camerun, in adesione alla richiesta avanzata pochi giorni prima dalle massime autorità locali.

e) Come da programma, poi, il 20 gennaio 2015 si è tenuto a Niamey (Niger) un vertice tra i Ministri degli affari esteri e della difesa di sei Paesi africani (Benin, Camerun, Ciad, Guinea equatoriale, Niger e Nigeria), i rappresentanti di altri sette Paesi (Canada, Cina, Francia, Germania, Gran Bretagna, Spagna e Stati Uniti) e i rappresentanti di alcune organizzazioni regionali (Commissione del bacino del lago Ciad, Unione africana e Unione europea). In quella sede si è lavorato per perfezionare un progetto di risoluzione da sottoporre al Consiglio di sicurezza dell'ONU e all'Unione africana in modo da definire una volta per tutte la base giuridica dell'intervento militare collettivo dei Paesi africani contro *Boko Haram*. Il vertice ha consacrato l'approccio regionale alla gestione del conflitto. Le organizzazioni e i Paesi africani partecipanti si sono infatti impegnati a rendere al più presto operativa una coalizione subregionale la più ampia possibile, partecipando con uomini, mezzi e risorse e concordando strategie comuni per il suo effettivo dispiegamento. A tal fine, essi hanno ulteriormente ribadito di voler sollecitare l'ONU a sostenere tale coalizione sul piano logistico e finanziario ([Miranda](#)).

f) Infine, come anticipato in premessa, alla sua ventiquattresima riunione ordinaria, svoltasi ad Addis-Abeba (Etiopia) dal 23 al 31 gennaio 2015, l'Assemblea dell'Unione africana ha deciso il dispiegamento della suddetta forza subregionale (al momento in cui si scrive il testo della delibera non è ancora stato pubblicato). Con ciò l'Unione africana ha ufficializzato il proprio sostegno a tale forza, che sarà composta da contingenti in larga parte messi a disposizione dagli Stati che si affacciano sul lago Ciad (al momento si parla di 7.500 uomini). Il compito è di prevenire ulteriori espansioni di *Boko Haram* e sradicarlo dai territori che è andato occupando. Non è ancora chiaro tuttavia se i militari si assesteranno lungo i confini, per proteggere gli Stati interessati dalle incursioni del gruppo terroristico, o se invece potranno spingersi all'interno del territorio nigeriano per attaccarlo ed eliminarlo. Al più presto gli Stati che hanno manifestato l'intenzione di aderire all'iniziativa s'incontreranno per concordarne la struttura di comando e le regole di ingaggio. Da più parti si spinge per autorizzare le truppe ad attraversare i vari confini, dal momento che i terroristi sembrano non volerne riconoscere alcuno.

Ora, diversi sono i problemi e le perplessità che l'episodio in esame e la regionalizzazione della sua gestione sollevano. Proveremo qui di seguito a individuarli anche se, per motivi di spazio e per la complessità di alcuni di loro, non sarà sempre possibile risolverli.

Innanzitutto occorre verificare quali siano gli effetti giuridici della dichiarazione del Presidente del Consiglio di sicurezza n. 4/2015: in particolare, se essa possa essere assimilata alle autorizzazioni di cui al cap. VIII (o al cap. VII) della Carta, rendendo quindi superfluo un ulteriore pronunciamento del Consiglio a seguito della decisione dell'Unione africana da ultimo richiamata. Vari motivi inducono a privilegiare una risposta negativa. La dichiarazione non contiene alcun accertamento circa l'esistenza dei presupposti previsti dall'art. 39 della Carta, né è stata adottata in base al cap. VIII. Il riferimento a quest'ultimo (o eventualmente al cap. VII) non è neppure ricavabile in via implicita, dall'esame del linguaggio impiegato nel testo. Inoltre, l'autorizzazione all'uso della forza deve essere contenuta in una delibera vera e propria, un atto messo ai voti, mentre le dichiarazioni presidenziali (e la [n. 4/2015](#) del 19 gennaio 2015 non fa eccezione) non sono formalmente oggetto di votazione. La loro emanazione –

per effetto di una prassi consolidatasi nel corso del tempo, trattandosi di atti non previsti dalla Carta né dal Regolamento di procedura del Consiglio – presuppone la partecipazione di tutti i membri dell'organo alla predisposizione del testo e l'adozione per *consensus*. Infine, benché si tratti di atti formalmente attribuibili al Consiglio, non al suo Presidente, vi si ricorre quando l'approvazione di vere e proprie risoluzioni tende a complicarsi, divenendo improbabile, ad esempio per la minaccia del veto di un membro permanente o per altri motivi di natura politica. Pertanto, nonostante in principio possano avere contenuti simili a quelli delle risoluzioni, le dichiarazioni presidenziali non producono gli stessi effetti giuridici (Tavernier, "Les Déclarations du Président du Conseil de Sécurité", in *Annuaire français de droit international*, 1993, p. 86 ss.; Talmon, "The Statements by the President of the Security Council", in *Chinese Journal of International Law*, 2003, p. 419 ss.). La dichiarazione n. 4/2015 appare dunque inadatta agli scopi sopra indicati, per i quali si rende necessaria l'adozione di una vera e propria delibera da parte del Consiglio di sicurezza.

Occorre poi chiarire che tipo di rapporto si sia instaurato tra Nazioni Unite e organizzazioni regionali e subregionali nella gestione della crisi in Nigeria. Con ciò s'intende verificare, in linea più generale e almeno in via di prima approssimazione, se questo episodio della prassi sia suscettibile di confermare (anche nello specifico comparto delle misure di contrasto al terrorismo internazionale implicanti l'uso della forza) ovvero, in alternativa, di modificare l'assetto delle relazioni tra Nazioni Unite e organizzazioni africane nel campo delle attività militari di natura coercitiva, come si è andato delineando negli ultimi anni. Stando all'impostazione prevalente, nonostante si sia sviluppata una prassi di operazioni militari regionali e subregionali avallate solo *ex post* dal Consiglio di sicurezza (e in taluni casi non autorizzate affatto), la decisione di un'organizzazione regionale o subregionale di ricorrere alla forza armata – in assenza di un'esplicita richiesta o del consenso delle autorità territoriali e fuori dai casi di legittima difesa di cui all'art. 51 della Carta – deve necessariamente incontrare l'autorizzazione del Consiglio, non disponendo tali organizzazioni del potere di intraprendere azioni militari a prescindere dal sistema dell'ONU (Balmond, "La sécurité collective, du droit des Nations Unies au droit régional?", in *La sécurité collective entre légalité et défis à la légalité* (a cura di Arcari e Balmond), Giuffré, Milano, 2008, p. 45

ss., p. 62 ss.; de Wet, “The Evolving Role of ECOWAS and the SADC in Peace Operations: A Challenge to the Primacy of the United Nations Security Council in Matters of Peace and Security?”, in *Leiden Journal of International Law*, 2014, p. 353 ss., p. 356 ss.). È questo chiaramente anche l’approccio del Consiglio di sicurezza, che a più riprese negli ultimi anni ha sottolineato l’importanza, sempre nel rispetto della sua responsabilità principale, del rafforzamento della cooperazione con le organizzazioni regionali e subregionali, in particolare l’Unione africana e l’ECOWAS, nel mantenimento della pace e della sicurezza internazionale, sempreché si agisca appunto in conformità al cap. VIII della Carta e al primato del suo ruolo e dei suoi poteri (si vedano, ad esempio, le risoluzioni n. [1809](#) del 16 aprile 2008, n. [2033](#) del 12 gennaio 2012, n. [2167](#) del 28 luglio 2014; dello stesso tenore, peraltro, una [dichiarazione presidenziale](#) adottata lo stesso giorno della dichiarazione n. 4/2015). Tra i vari settori d’intervento in cui la cooperazione è ritenuta determinante, espressamente elencati nelle relative delibere consiliari, non figura il contrasto al terrorismo internazionale. In quest’ottica, può dirsi, l’episodio in esame sembra potersi considerare un ulteriore elemento della prassi a sostegno della prospettiva secondo cui, fuori dai casi di legittima difesa e da altre ipotesi eventualmente regolate dal diritto internazionale generale (inattività del Consiglio di sicurezza unita alla natura collettiva e fondamentale dei valori tutelati dalle norme violate; circostanze, queste, che andrebbero comunque accertate in concreto), affinché un’operazione militare coercitiva di portata subcontinentale, qual è la MJTF, possa essere legittimamente istituita è necessaria l’autorizzazione del Consiglio di sicurezza dell’ONU. Gli atti dell’Unione africana, dell’ECOWAS, della Commissione del bacino del lago Ciad e delle conferenze intergovernative che abbiamo riportato in precedenza muovono in tale direzione. In proposito, spicca come, sebbene l’atto istitutivo dell’Unione africana attribuisca all’Organizzazione poteri di intervento militare all’interno degli Stati membri al ricorrere di situazioni contraddistinte da *gross violations* – qual è quella provocata da *Boko Haram* – senza prevedere, nel preambolo o nel testo, riferimenti o collegamenti all’ordinamento delle Nazioni Unite, allo scopo di coordinarsi con quest’ultimo (pertanto, secondo alcuni autori, entrando in conflitto con esso e attentando al primato del Consiglio di sicurezza e del diritto dell’ONU rispetto al diritto e all’attività dell’Unione africana, la quale in determinate circo-

stanze finirebbe per godere di un potere di intervento autonomo: v. Kolb, "Article 53", in *La Charte des Nations Unies. Commentaire article par article* (a cura di Cot et al.), Economica, Paris, 2005³, p. 1403 ss., p. 1421 ss.), la stessa Unione, in occasione della recente sessione dell'Assemblea, abbia ribadito ancora una volta la necessità, affinché possa usare la forza, dell'autorizzazione del Consiglio di sicurezza. Forse solo perché si avverte, date le condizioni socio-economiche in cui versano i Paesi e le prevalenti organizzazioni africane, che l'effettiva realizzazione delle operazioni militari dipende in ultima analisi dal contributo finanziario e logistico delle Nazioni Unite e della più ampia comunità di Stati che queste rappresentano. Difficile però concludere, in queste circostanze, che il fondamento giuridico della missione in causa non risieda nella delibera che il Consiglio di sicurezza vorrà eventualmente adottare. Al momento, infatti, l'intervento del Consiglio si rende necessario per l'assenza del consenso del Governo di Abuja alla presenza di militari stranieri sul proprio territorio, il quale per vari motivi non appare granché entusiasta di tale prospettiva (non da ultimo per via, oltre che dei predetti contrasti con alcuni dei Paesi confinanti, delle imminenti elezioni presidenziali, programmate per metà febbraio, e dell'atteggiamento di una parte delle proprie forze armate). Ciò evidentemente comporta la natura coattiva dell'azione decisa dall'Unione africana e la sua riconducibilità alla disciplina prevista dal cap. VIII o – data la prassi di cui s'è detto – del cap. VII della Carta dell'ONU. Certo, lo scenario cambierebbe radicalmente di fronte all'eventuale inerzia del Consiglio e all'inasprimento dell'emergenza umanitaria. In tal caso, occorrerebbe guardare al diritto internazionale generale (nonché al diritto dell'Unione africana e delle altre organizzazioni subregionali interessate) per verificare se e che misura tali organizzazioni possano comunque godere di un potere di intervento autonomo (v., con riguardo agli interventi statali, Picone, "Interventi delle Nazioni Unite e obblighi *erga omnes*", in *Interventi delle Nazioni Unite e diritto internazionale* (a cura di Picone), CEDAM, Padova, 1995, p. 517 ss.).

Inoltre, e siamo al terzo punto, si tratta di capire se l'eventuale autorizzazione del Consiglio di sicurezza tenda ad accorparsi all'ONU l'operazione autorizzata o lasci invece un margine di autonomia all'Unione africana e, tramite questa, agli Stati partecipanti alla forza subregionale nella gestione politica e militare della missione. In particolare, occorre verificare se, in

presenza dell'autorizzazione del Consiglio (e ammettendo, per semplificare, che le attività militari non possano formalmente attribuirsi agli Stati coinvolti, singolarmente o collettivamente considerati, ipotesi questa che solleva problemi autonomi e di diverso tipo, e che pure meriterebbe di essere analizzata), l'azione dell'Unione africana si svolga per conto dell'ONU – configurandosi quella come organo decentrato delle Nazioni Unite (secondo la nota impostazione di Quadri, *Diritto internazionale pubblico*, Liguori Editore, Napoli, 1968⁵, p. 373 ss.) – o per conto proprio. In altri termini, se si tratti di un'operazione dell'ONU, imputabile all'ONU, o di un'operazione dell'Unione africana. Ciò potrebbe ricorrere qualora l'Unione non sia utilizzata né diretta dal Consiglio di sicurezza (nella logica dell'art. 53, par. 1, prima frase), ma agisca per conto proprio o della comunità internazionale. In tal caso, ancorché autorizzata, essa non eserciterebbe poteri delegati o trasferiti dal Consiglio in base alla Carta, come invece vorrebbe una parte della dottrina. In quest'ottica – in attesa di leggere il testo della delibera autorizzativa, se e quando il Consiglio di sicurezza intenderà adottarla, e fatte salve le considerazioni più sopra formulate in ordine agli effetti da ascrivere alla dichiarazione n. 4/2015 – rileva come finora il Consiglio di sicurezza non abbia voluto acquisire la direzione, il comando o il controllo politico o militare della missione, né ne abbia stabilito obiettivi o durata, né se ne sia garantito la supervisione. In principio, non sembra dunque potersi ragionevolmente parlare di un'operazione “utilizzata” dal Consiglio, ai termini dell'art. 53, par. 1, della Carta.

Infine, bisognerebbe anche chiarire che tipo di rapporti siano intercorsi tra le varie organizzazioni regionali e subregionali coinvolte nella gestione della crisi in Nigeria. L'assetto africano nel comparto della sicurezza collettiva è dato dalla coabitazione di organizzazioni con basi territoriali e competenze diverse. Tra Unione africana e pertinenti organizzazioni subregionali sembra potersi intravedere una connessione dai tratti piramidali (Balmond, *op. cit.*, p. 73). Negli anni l'Unione africana, in qualità di organizzazione continentale, è andata via via assumendo compiti di raccordo e coordinamento – quanto al comando e al controllo politico e militare delle operazioni autorizzate e alla gestione delle loro componenti e finalità anche di natura civile – tra le Nazioni Unite e le organizzazioni subregionali africane, cui, in ultima analisi, è demandato l'utilizzo della forza. Si fa sempre più viva la tendenza delle organizzazioni subregionali africane a

rivolgersi all'Unione africana perché questa domandi al Consiglio di sicurezza l'autorizzazione a ricorrere alla forza armata all'interno di uno dei loro Stati membri: sono le prime ad utilizzarla materialmente, sotto la guida e la regia della seconda, nell'esercizio di funzioni e competenze interne a quest'ultima, la quale finisce così per giocare un ruolo prevalente nella gestione della crisi. È quanto accaduto ad esempio nel caso del Mali (cfr. la risoluzione n. [2085](#) (2012) del Consiglio di sicurezza). Ebbene, questo schema sembra riproporsi anche nel caso della crisi in Nigeria, in quanto e nella misura in cui emerge il ruolo di raccordo tra Nazioni Unite e Stati africani partecipanti alla forza subregionale in via di dispiegamento contro gli estremisti di *Boko Haram* svolto dall'Unione africana, che verosimilmente assumerà anche la direzione e il coordinamento della missione, con conseguenti ripercussioni sul suo modo di essere e di operare rispetto alla risoluzione dei conflitti di dimensioni locali.

10 febbraio 2015

La legge cd. “Anti-Moschee” della Regione Lombardia: moniti mnesici a tutela della libertà religiosa, fra costituzione e Convenzione europea

GIANCARLO ANELLO (†)

Nella [seduta](#) del 27 gennaio scorso, il Consiglio Regionale della Lombardia ha approvato la [Legge regionale 3 febbraio 2015, n. 2](#) che introduce alcuni principi in materia di edificazione dei luoghi di culto delle confessioni diverse da quella cattolica, inserendosi all'interno del tessuto normativo della precedente normativa regionale in materia di governo del territorio ([Legge regionale 11 maggio 2005, n. 12](#)). Le nuove norme si applicano alle confessioni che hanno stipulato un'intesa con lo Stato e a quelle che, seppur prive di intesa, abbiano una presenza diffusa, organizzata e consistente a livello territoriale e un significativo insediamento nell'ambito dei comuni di riferimento e i cui statuti esprimano il carattere religioso delle loro finalità istituzionali e il rispetto dei principi e dei valori della Costituzione. La nuova disciplina non tocca quindi la Chiesa cattolica, la cui posizione rimane regolata dall'art. 70 della legge per il governo del territorio.

Di là dalla terminologia burocratica, si tratta di una serie di

(†) Università di Parma.

norme che riguardano, tra l'altro, il tema dell'edificazione sul territorio lombardo di nuove moschee, vale a dire dei luoghi di culto della religione islamica. Ad una prima e sommaria lettura, emerge il dubbio che il sistema di norme adottate sia in grave contrasto con il principio di libertà religiosa, come fissato nei suoi standard costituzionali e internazionali. Ciò per almeno tre ordini di argomentazioni: a) contestualizzazione storico-culturale, b) valutazione in termini sistematici di diritto interno, c) esigenza di garanzia del diritto umano di libertà di religione. A giudizio di chi scrive, simili linee argomentative, seppure astrattamente riconducibili ad ambiti disciplinari diversi, possono, guardate con l'esperienza pratica del giurista, risultare interdipendenti e interconnesse. Ad ogni modo, in un approccio interdisciplinare, le riflessioni seguenti vanno considerate come mere ipotesi di indirizzo, suscettibili di ulteriori analisi e approfondimenti.

a) La discriminazione giuridica per motivi di religione ha, purtroppo, un passato consistente e articolato, sia prossimo sia remoto. A proposito, può apparire singolare che le norme in commento siano state approvate il 27 gennaio, giorno in cui – ogni anno – si celebra la *Giornata della Memoria*. Tale ricorrenza, introdotta con la [Legge 20 luglio 2000, n. 211](#), ricorda, appunto, le discriminazioni subite per motivi religiosi dagli ebrei durante la loro storia, affinché – recita testualmente l'art. 2, comma 1, della legge istitutiva – «simili eventi non possano mai più accadere». La storia del popolo ebraico, infatti, rappresenta una sorta di manuale sulle pratiche discriminatorie e alcune delle limitazioni neo-introdotte in materia di edificazione dei luoghi di culto paiono riportare alla mente misure già sperimentate contro gli ebrei durante la loro tormentata diaspora:

– Il macchinoso procedimento amministrativo necessario per autorizzare la costruzione di nuove moschee, nonché i limiti ai cambiamenti di destinazione d'uso, richiamano alla mente le norme emanate dagli imperatori cristiani del V secolo volte a vietare la costruzione di nuove sinagoghe o la ristrutturazione delle vecchie (C. Th, XVI, 8, 25 secondo cui *Synagogae de cetero nullae protinus extruantur, veteres in sua forma permaneant*);

– la disposizione che prevede la congruità architettonica e dimensionale degli edifici di culto previsti con le caratteristiche del paesaggio lombardo (che di fatto riguarda il problema dell'edificazione dei minareti) non sembra dissimile dai decreti del medioevo islamico che vietavano alle sinagoghe di sovrasta-

re gli edifici circostanti, specialmente le moschee;

– l’obbligo di videosorveglianza del perimetro esterno, con onere a carico del richiedente con collegamento diretto con le forze dell’ordine, richiama in modo sinistro il sistema di vigilanza del Ghetto di Varsavia che, mediante l’istituzione dello *Jüdischer Ordnungsdienst* (Servizio d’Ordine Ebraico) nel 1940, imponeva ai “controllati” lo svolgimento di operazioni di polizia ausiliaria a favore dei “controllori” nazisti.

Di là dalle analogie storiche, tanto polemiche – lo si ammette – quanto angoscianti, occorre ribadire che la lotta alla discriminazione religiosa necessita di una tutela egualitaria e radiale. Alla luce delle norme da loro varate, ci si potrebbe chiedere se i legislatori lombardi fossero al corrente del principio costituzionale di uguale libertà di tutte le confessioni religiose (art. 8, comma 1, Cost.), se condividessero l’auspicio che le forme più odiose di sperequazione diretta e indiretta non debbano più realizzarsi ovvero se intendessero tali assunti applicabili “selettivamente”, ammettendo un trattamento differente tra una religione e le altre.

b) Anche nei termini più stringenti di una valutazione sistematico-giuridica, le norme appena approvate apparirebbero lesive del principio di libertà religiosa. La nuova disciplina verte sulla stipulazione di una convenzione a fini urbanistici tra enti rappresentativi e comuni. Va sottolineato che dal dato testuale della legge (art. 2 bis) pare richiedersi alle confessioni (– si badi – non agli enti rappresentativi che chiederanno la convenzione) una presenza diffusa, organizzata e consistente a livello territoriale e un significativo insediamento nell’ambito del Comune nel quale vengono effettuati gli interventi urbanistici; e che i relativi statuti esprimano il carattere religioso delle loro finalità istituzionali e il rispetto dei principi e dei valori della Costituzione. Si prevede a riguardo un parere, preventivo e obbligatorio, di una neoistituita nuova consulta regionale circa la sussistenza di simili requisiti. Ai comuni si richiede: l’acquisizione preliminare, ai fini della predisposizione del nuovo piano per le attrezzature religiose (atto separato facente parte del piano dei servizi), dei pareri di organizzazioni, comitati di cittadini, esponenti e rappresentanti delle forze dell’ordine oltre agli uffici provinciali di questura e prefettura al fine di valutare possibili profili di sicurezza pubblica; la possibilità di indire referendum; l’approvazione del piano nel termine di diciotto mesi dalla data di entrata in vigore della legge regionale. Decorso detto termine il piano è approvato uni-

tamente al nuovo PGT; l'individuazione specifica e un adeguato dimensionamento alle esigenze locali delle aree che andranno ad accogliere le attrezzature religiose o che sono destinate alle stesse; la previsione specifica, tra l'altro, di ulteriori condizioni quali strade, opere di urbanizzazione, distanze, parcheggi, impianti di videosorveglianza, servizi igienici, accessi per i disabili, e una congruità architettonica e dimensionale con le caratteristiche generali e peculiari del paesaggio lombardo.

Posto questo plesso normativo, si possono avanzare numerosi interrogativi. Dal punto di vista costituzionale, si pone preliminarmente la questione circa la competenza delle Regioni a porre in essere tali disposizioni e tali limitazioni alla libertà di culto. Sebbene, infatti, esse siano inserite formalmente in un testo in materia di "governo del territorio", tali norme paiono pienamente integrare la disciplina dei rapporti tra lo stato e le confessioni religiose, materia che la Costituzione rimette espressamente alla competenza esclusiva dello stato centrale (art. 117, comma 2, lett. c, Cost.) o incardinate su intese regionali. Inoltre, anche a voler ammettere una qualificazione urbanistica delle norme in commento, occorre riflettere su quell'impostazione tecnicistica, ricorrente (ma non prevalente) nella prassi amministrativa, che tende a recidere i nessi tra la disciplina dello spazio di culto e quella delle attività rituali in esso svolte, contribuendo a realizzare una certa "ineffettività strutturale", in questi ambiti, del diritto di libertà religiosa. Sebbene all'interno di un quadro normativo complesso e disorganico, non può certamente affermarsi che in tale settore l'ordinamento possa esimersi dall'offrire una tutela effettiva dei diritti e delle libertà, quando essi siano investiti in concreto dall'azione della Pubblica amministrazione. In ogni caso, rimanendo ancorati al principio della razionalità dell'azione amministrativa, si dovrà verificare se le nuove norme non introducano adempimenti istruttori particolarmente complessi o gravosi, termini troppo stringenti, pareri discrezionali o addirittura modalità di verifica totalmente inutili, tali da aggravare o rendere addirittura impossibile la conclusione del procedimento autorizzativo. Anche a un rapido sguardo, infatti, il percorso autorizzativo previsto pare particolarmente frastagliato e pericolosamente restrittivo. In particolare, è lecito chiedersi quali criteri e quali adempimenti istruttori possano essere richiesti a un organo amministrativo (nuova consulta regionale) per esprimere una valutazione localizzata circa i presupposti strutturali, organizzativi e quantitativi delle confessioni (– si ribadisce

– non di enti localmente rappresentativi che andranno a stipulare la convenzione coi comuni). Ci si chiede, in particolare, se sia legittimo che tale parere sia preventivo e obbligatorio: la Costituzione fissa il diritto delle confessioni di organizzarsi sulla base di propri statuti, con il solo limite dell'ordinamento giuridico italiano (art. 8, comma 2, Cost.). Tale garanzia copre sia il processo, sia il risultato del processo organizzativo. Inoltre, il superamento di tale limite deve essere accertato, concretizzarsi in violazione di norme ordinamentali e non può essere operato in termini teorici, ideologici e aprioristici. La Corte costituzionale da parte sua ha stabilito altri indici di confessionalità rispetto allo statuto religioso, quali la comune considerazione o i precedenti riconoscimenti pubblici (sentenza della Corte costituzionale n. 195 del 1993), requisiti che nel caso dell'Islam non mancherebbero. Gravoso o addirittura inutile appare il parere preliminare sulla sicurezza pubblica, posto che esso non sembrerebbe essere vincolante. Similmente dilatoria, oltretutto democraticamente aberrante, appare la prospettiva di una consultazione popolare preventiva tramite referendum comunale, non essendo chiaro su quali profili tale consultazione dovrebbe pronunciarsi. Infine, la norma che prevede la fissazione di criteri di congruità con le caratteristiche sia "generalì" sia "peculiari" del paesaggio lombardo appare suggerire una eccessiva discrezionalità dell'autorità amministrativa a riguardo.

c) Sul piano della [Convenzione europea](#), ci si può chiedere se il complesso di norme e di adempimenti previsti per il rilascio dell'autorizzazione non siano in contrasto con gli indici di tutela della libertà di religione dell'art. 9 della Convenzione medesima. Certamente, la frequentazione e, a monte, la realizzazione di luoghi dedicati alla preghiera possono essere considerate forme di manifestazione esterna e collettiva delle credenze religiose, tutelate dalla disposizione. La complessità e la tendenziale restrittività delle condizioni sostanziali e procedurali dell'autorizzazione parrebbero, infatti, sproporzionate rispetto alle esigenze di tutela della libertà di culto. In passato, una analoga disciplina, in materia di autorizzazione a costruire edifici di culto, è incorsa nella censura della Corte EDU. In quel caso, la Corte ha messo in evidenza come il rimettere l'accertamento di numerose fasi del procedimento all'ampia discrezionalità di soggetti quali l'autorità di polizia, quella comunale o di altri organi distrettuali avrebbe consentito una dilazione eccessivamente in-

determinata nell'esito del procedimento o avrebbe potuto comportare un diniego alla concessione dell'autorizzazione senza adeguata giustificazione; con l'esito di permettere all'autorità politica e amministrativa di usare tali disposizioni per imporre rigide, o addirittura proibitive, condizioni alla pratica del culto di alcune confessioni (v. la [sentenza](#) nel caso *Manoussakis and others v. Greece*, par. 45 e 48).

In aggiunta alle considerazioni precedenti, va posto poi il problema circa la portata discriminatoria di tali norme rispetto a quelle delineate nella stessa disciplina per la Chiesa cattolica. Sebbene, cioè, le modifiche appena introdotte siano apparentemente formulate in termini neutri, tuttavia il richiamo alle disposizioni di favore già contenute nella legge sul governo del territorio del 2005 e relative alla Chiesa cattolica potrebbero far pensare, fin non troppo sommessamente, ad un trattamento sperequativo nei confronti di particolari religioni rispetto ad altre (in contrasto con l'uguale libertà dinanzi alla legge di tutte le confessioni religiose, formulata dall'art. 8, comma 1, Cost.). Se le seconde, infatti, prevedono espressamente che Regioni e Comuni debbano impegnarsi in un'attività di promozione nella realizzazione delle attrezzature religiose della Chiesa (art. 70 l. r. 12/2005), le prime paiono sostanzialmente finalizzate alla restrizione delle autorizzazioni, al controllo e alla vigilanza sulle attività di culto. Tale argomento potrebbe rilevare nella valutazione della violazione, sia dell'articolo 9 in quanto tale (ancora *Manoussakis*) sia in combinato con l'art. 14 sul divieto di discriminazione, il quale a sua volta – pur non prescrivendo necessariamente un'assoluta identità di trattamento tra confessioni religiose – richiede una valutazione della ragionevolezza della eventuale disparità di trattamento.

Infine, e come estremo rimedio, vale la pena di ponderare, in termini di qualificazione normativa, la variante di prospettare il c.d. "diritto alla moschea" come ragionevolmente riferibile alla libertà di riunione ai sensi dell'art. 11 invece che all'art. 9, o in aggiunta a esso. Nella tradizione culturale islamica, infatti, l'aspetto collettivo o congregazionale del culto parrebbe prevalere rispetto a quello posizionale o spaziale. Nel Corano, la *suraintitolata al-jum'a* (il venerdì) impone ai fedeli di lasciare i loro traffici nel momento in cui viene fatto l'annuncio della preghiera del venerdì (62,9). La distinzione assiologica tra la preghiera e la moschea è scandita in diversi *ahadith* della *sunnah* di al-Bukhari, relativi, da un lato, alla va-

rietà di luoghi leciti per la preghiera individuale (sui tetti delle case, sul *minbar*, sull'impiantito, su monticelli di terra, sopra i canali di scolo, sul tetto della moschea, sulla neve, sul terreno destinato ai cammelli, in luoghi di culto non musulmani); dall'altro, alla modalità, necessariamente congregazionale, di esecuzione della preghiera del venerdì. In essa, infatti, assume fondamentale rilievo il processo collettivo, simbolizzato dal rito di disporsi su lunghe linee diritti, fianco a fianco allineati. Inoltre durante il venerdì è obbligatorio seguire il sermone dell'imam (*khutba*). La funzione dell'imam, in quanto guida religiosa, consiste in tale frangente nel suggerire ai membri della comunità condotte adeguate ai dettami religiosi, ma anche alle circostanze di vita e del contesto politico, attuale e concreto. Se, infine, i nomi sono significanti, l'etimologia delle parole e gli usi linguistici della lingua araba rendono chiarissima la priorità contenutistica e assiologica dell'attività di riunione al venerdì sul regime spaziale dell'edificio di culto: tutte le parole attinenti al culto sono composte dalla radice verbale trilittera *j-m-'a*, che indica l'azione del raccogliere ciò che è sparso. In genere, la grande moschea in cui la comunità (*jama'a*) si riunisce al venerdì (*ium al-jum'a*) prende il nome di *masgid al-jama'a* o *masgid al-jum'a* (moschea della comunità o del venerdì), oppure *masgid al-jami'* (luogo della riunione), ma più usualmente e comunemente viene chiamata *al-jami'ah*.

In conclusione, le ipotesi di una dubbia legittimità delle norme della Legge regionale lombarda n. 2 del 2015 non possono essere trascurate. Sebbene necessitino di un ulteriore approfondimento, tali perplessità devono porsi al centro di un'attenta riflessione, per il rilievo che la libertà religiosa assume in seno alla cultura giuridica europea. Ai suoi margini, pertanto, possono collocarsi questi argomenti introduttivi: come esercizi mnemonici, essi intendono ricordare che la memoria collettiva può sempre tradursi – attraverso il diritto e i diritti – in regole per l'azione.

17 febbraio 2015

Responsabilità dello Stato e dell'individuo per il crimine di genocidio: persistenti incertezze della Corte Internazionale di Giustizia

BEATRICE BONAFÈ (‡)

Con la sentenza resa il 3 febbraio 2015 nel caso dell'[applicazione della Convenzione per la prevenzione e la repressione del crimine di genocidio \(Croazia c. Serbia\)](#) la Corte internazionale di giustizia ha rigettato la domanda principale della Croazia e la domanda riconvenzionale della Serbia, concludendo che, da una parte, la Croazia non aveva fornito prove sufficienti a dimostrare che la Serbia avesse commesso atti di genocidio in territorio croato tra il 1991 e il 1995 e che, dall'altra, la Serbia non aveva sufficientemente provato che la Croazia avesse commesso atti di genocidio durante e in seguito all'operazione "tempesta" nei confronti della popolazione serba di Croazia. In entrambi i casi, la Corte ha ammesso che atti materiali rientranti nella definizione dell'articolo II (a) e (b) della Convenzione contro il genocidio fossero stati commessi, ma non è stata in grado di accertare che tali atti fossero stati commessi con il necessario intento di distruggere in tutto o in parte il gruppo oggetto di tali violazioni.

(‡) Università di Roma "La Sapienza".

Uno degli aspetti centrali del caso riguarda il rapporto tra la responsabilità dello Stato e la responsabilità dell'individuo per atti di genocidio. La questione, oltre che di rilievo teorico, si poneva soprattutto perché sui medesimi fatti si era già pronunciato in diverse occasioni il Tribunale penale internazionale per la ex-Iugoslavia (TPIY).

Al riguardo, il caso sollevava due interrogativi: a) se la responsabilità dello Stato potesse sussistere in assenza di un previo accertamento della responsabilità penale dei suoi organi, poiché il TPIY non aveva condannato nessun imputato per crimine di genocidio in relazione ai fatti oggetto della controversia, e b) quale valore andasse riconosciuto alle decisioni dei tribunali penali internazionali che si erano già pronunciati sui medesimi fatti.

Quanto al primo aspetto la Corte ha precisato che la responsabilità dello Stato per violazioni della Convenzione contro il genocidio può sussistere in relazione a condotte, imputabili allo Stato, di persone la cui responsabilità penale sia già stata accertata a livello internazionale, senza tuttavia che tale accertamento giudiziario sia necessario (par. 128). In linea di principio, uno Stato può allora essere ritenuto responsabile di genocidio anche qualora nessuna delle persone, la cui condotta sia ad esso imputabile, sia stata preliminarmente condannata per il medesimo crimine. In particolare si legge: «La responsabilité de l'Etat et la responsabilité pénale individuelle obéissent à des régimes juridiques et poursuivent des objectifs différents» (par. 129). La Corte non poteva essere più chiara nell'affermare la separazione tra i due regimi di responsabilità internazionale.

Regimi che tuttavia si caratterizzano per una parziale sovrapposizione se non altro per il fatto di originare dall'violazione delle medesime norme primarie (per maggiori approfondimenti v. [Bonafè](#)). Altrimenti il divieto di genocidio e di conseguenza l'articolo II della Convenzione dovrebbe contenere due definizioni diverse che si indirizzano rispettivamente a Stati e individui. La Corte, chiamata innanzitutto ad accertare se un genocidio fosse stato commesso dalla Serbia (la domanda principale) nonché dalla Croazia (la domanda riconvenzionale), ha infatti affermato di poter prendere in considerazione «les décisions des tribunaux pénaux internationaux, en particulier celles du TPIY, comme elle l'a fait en 2007, lorsqu'elle examinera en l'espèce les éléments constitutifs du génocide» (par. 129). La Corte ha poi precisato che, solo dopo aver accertato l'effettiva commis-

sione del genocidio, essa avrebbe affrontato la questione della responsabilità dello Stato alla luce delle pertinenti regole del diritto internazionale generale.

Alla medesima metodologia la Corte aveva già ampiamente fatto ricorso nella precedente decisione del 2007 relativa al caso dell'[*applicazione della Convenzione per la prevenzione e la repressione del crimine di genocidio \(Bosnia Erzegovina c. Serbia Montenegro\)*](#). E tale ampio rinvio agli accertamenti fattuali del TPIY ha portato, sia nel 2007 sia nel 2015, a esiti del tutto analoghi: la Corte ha ammesso che atti di genocidio fossero stati commessi *solo* in presenza di pronunce del TPIY che avessero già qualificato i medesimi fatti come genocidio. In particolare, nella decisione del 3 febbraio 2015, all'assenza di pronunce da parte del TPIY che attestassero la commissione di atti di genocidio in Croazia corrisponde l'impossibilità per la Corte di qualificare atti materiali, che pure rientrano nella definizione di genocidio, come violazioni della Convenzione del 1948.

La "fedeltà" che la Corte dimostra nei confronti della giurisprudenza del TPIY è stata oggetto di valutazioni diverse. Per alcuni giudici essa mette in luce le difficoltà della Corte nel risolvere controversie complesse che implicano l'accertamento di una grande quantità di condotte diverse ([*opinione individuale del giudice Skotnikov*](#), par. 12), per altri la Corte sarebbe invece «in a far better position than the ICTY Prosecutor, and indeed the ICTY itself, to assess whether the totality of the crimes committed amounted to genocide» ([*opinione individuale del giudice Sebutinde*](#), par. 21).

Ma, posti di fronte ad accertamenti "paralleli", l'interrogativo principale riguarda l'effettiva separazione tra i due regimi di responsabilità dello Stato e dell'individuo che, sebbene venga affermata in maniera esplicita almeno in linea di principio, non sembra sempre trovare conferma nella loro applicazione concreta.

Si è già osservato come la separazione tra i regimi di responsabilità non faccia venir meno la sovrapposizione delle norme primarie da cui originano responsabilità dello Stato e responsabilità penale individuale. Non stupisce allora che in certi casi l'accertamento della violazione della medesima norma primaria porti a conclusioni analoghe per quanto riguarda sia la responsabilità statale sia quella individuale. Non è però detto che l'identità della norma primaria implichi necessariamente tale risultato. Infatti, in relazione ai medesimi fatti, le violazioni che

danno luogo a responsabilità statale e responsabilità penale individuale possono ad esempio essere accertate in base a diversi standard della prova così come potrebbero divergere i criteri di accertamento del dolo specifico richiesto dalla definizione di genocidio nei confronti dello Stato e degli individui. Questi due aspetti, che vanno tenuti separati, meritano qui un breve approfondimento.

Quanto al primo aspetto, la sentenza della Corte rimane ambigua sullo standard della prova da applicare all'accertamento del genocidio commesso da uno Stato. Al riguardo, la pronuncia del 2007 è stata criticata per l'incertezza derivante dal riferimento a diversi criteri probatori, tra i quali quello particolarmente elevato, tipico del diritto internazionale penale, della prova «oltre ogni ragionevole dubbio» (sentenza del 2007, par. 422). La decisione resa nel caso *Croazia c. Serbia* non chiarisce però questo aspetto e si limita a rinviare a quanto affermato nella sentenza del 2007. L'adozione di una terminologia costante rivela peraltro un tentativo di fornire alla questione una soluzione uniforme: gli elementi probatori necessari per sostanziare un'accusa di genocidio devono avere «pleine force probante», ovvero la Corte deve essere «pleinement convaincue» che atti di genocidio siano stati commessi (par. 178). Ed è in base a tale criterio che la Corte può giungere alla conclusione che atti materiali rientranti nella definizione di genocidio siano stati commessi (par. 401, 499).

Tuttavia, quando la decisione passa all'esame del dolo specifico, la Corte applica il seguente criterio probatorio: l'esistenza di un *dolus specialis* deve essere «la seule [conclusion] qui puisse raisonnablement se déduire des actes en cause» (par. 148, 417). Si noti che la sentenza evita qualsiasi riferimento allo standard probatorio “oltre ogni ragionevole dubbio” per insistere su due elementi: l'unicità della deduzione che i fatti in causa permettono e la natura ragionevole della deduzione. Elementi che parrebbero applicabili in maniera congiunta nell'enunciazione di principio del criterio probatorio ma che la Corte applica anche in maniera disgiunta. Gli elementi probatori rilevanti ai fini dell'accertamento della condotta serba non permettono alla Corte di concludere, come “unica deduzione ragionevole”, che la condotta sia stata accompagnata da un intento di distruggere il gruppo croato in tutto o in parte (par. 440). Quanto all'insieme delle condotte croate rilevanti ai fini dell'accertamento della commissione di atti genocidio, la Corte ritiene sufficiente concludere che

esse non possano essere “ragionevolmente” comprese come prova di un’intenzione di distruggere in tutto o in parte il gruppo dei serbi abitanti in Croazia (par. 510-511).

Quale standard probatorio ha applicato la Corte? Almeno nel primo caso sembra che l’unicità della deduzione non faccia che tradurre con altri termini lo standard della prova tipico del diritto internazionale penale. È la stessa Corte ad affermare che «le critères appliqués par la chambre de première instance du TPIY dans le jugement rendu dans l’affaire *Tolimir* est en substance identique à celui défini par la Cour dans l’arrêt de 2007» (par. 148). Da alcune opinioni individuali dei giudici si ricava la medesima posizione per cui la Corte sarebbe tenuta ad applicare lo stesso standard probatorio dei tribunali penali internazionali ([opinione dissenziente del giudice Cançado Trindade](#), par. 467; [opinione individuale del giudice Keith](#), par. 3-4).

Anche tralasciando l’ambiguità sul diverso criterio probatorio che sembra essere applicato rispettivamente all’accertamento degli atti materiali del genocidio (“pieno convincimento”) e all’accertamento del dolo specifico (“unica deduzione ragionevole”), il problema principale resta – come nel 2007 – quello più generale della correttezza dell’applicazione nell’ambito della responsabilità dello Stato di uno standard della prova così elevato come quello richiesto in un procedimento penale. Non si vede perché nell’accertamento di una responsabilità, quella dello Stato, che non ha carattere penale, debba valere uno standard della prova che in ultima analisi riflette una garanzia specifica del diritto penale, il principio della presunzione di innocenza.

La Corte ha giustificato l’adozione di tale criterio con la natura particolarmente grave delle pretese delle parti. Per alcuni giudici la questione nemmeno si porrebbe: «it is a well-settled principle of law that the graver the offence alleged, the higher the standard of proof required for said offence to be established in a court of law» ([opinione individuale del giudice Bhandari](#), par. 2). Già la decisione del 2007 aveva richiamato il precedente del [caso dello stretto di Corfù](#) nei seguenti termini: «The Court has long recognized that claims against a State involving charges of exceptional gravity must be proved by evidence that is fully conclusive (cf. *Corfu Channel (United Kingdom v. Albania)*, Judgment, I.C.J. Reports 1949, p. 17)» (sentenza del 2007, par. 209). Bisogna ricordare però che nel caso dello *stretto di Corfù* l’affermazione non aveva portata generale; la Corte si riferiva alle affermazioni di terzi riportate da un testimone che, in assen-

za di conferma personale e diretta, dovevano essere ritenute «sans force probante suffisante» ([sentenza del 1949](#), p. 17). Quanto alla natura particolarmente grave delle accuse mosse nei confronti della Jugoslavia (che fosse responsabile per l'opera di minamento dello stretto di Corfù), la Corte si era limitata ad aggiungere che tali accuse avrebbero richiesto «un degré de certitude qui n'est pas atteint ici». Se proprio si volesse generalizzare tale affermazione, si potrebbe ritenere che il precedente del 1949 richieda una prova «suffisante» («conclusive» nella traduzione inglese). La precisazione per cui, in simili circostanze, gli elementi debbano avere «pleine force probante» («fully conclusive» nella traduzione inglese del par. 178) sarebbe allora attribuibile solo alla decisione del 2007.

Se il precedente del 1949 non imponeva l'applicazione di uno standard probatorio così rigoroso, la Corte avrebbe potuto volgere lo sguardo alla giurisprudenza di altri tribunali internazionali. Si può solo ipotizzare che non lo abbia fatto perché non è agevole dedurre un approccio comune a tale questione da pronunce internazionali che a volte hanno applicato uno standard probatorio più stringente ad accertamenti di illeciti particolarmente gravi (v. ad esempio Corte interamericana dei diritti dell'uomo, *Velásquez Rodríguez c. Honduras*, [sentenza del 29 luglio 1988](#), par. 129) mentre in altre occasioni hanno chiaramente affermato che la natura dell'illecito non giustificava alcuna differenziazione dello standard probatorio (v. al riguardo l'[opinione individuale del giudice Gaja](#), par. 4).

Senza fornire spiegazioni, la Corte ha poi ritenuto che il medesimo standard probatorio si applicasse all'attribuzione allo Stato degli atti qualificabili come genocidio (par. 178). Ammesso e non concesso, come fa parte della dottrina, che tale standard sia appropriato in relazione all'accertamento della violazione delle norme primarie, molto più arduo è ritenere che uno standard della prova così elevato riguardi anche l'applicazione di regole secondarie (così [Milanovic](#), p. 597). Si noti che la stessa Corte ha riconosciuto, seppure in un contesto diverso, che le regole in materia di imputazione sono classificabili tra le norme secondarie (par. 104). Al riguardo non è chiaro cosa significhi accertare un criterio di imputazione, quale ad esempio quello del controllo effettivo, in maniera diversa a seconda della gravità dell'illecito. Il problema è che il diverso standard probatorio finirebbe per incidere sul contenuto della stessa norma in materia di imputazione con la conseguenza che l'attribuzione di una con-

dotta allo Stato varierebbe in funzione dell'illecito commesso.

Come accennato, il secondo aspetto problematico della pronuncia concerne il criterio in base al quale la Corte deve determinare l'esistenza di un dolo specifico dello Stato. La questione non è nuova. Si tratta del dolo di singoli organi la cui condotta è imputabile allo Stato, in particolare dei suoi *leader*? Oppure quello che deve essere accertato è il dolo dello Stato nel suo complesso? In mancanza di un previo accertamento del dolo specifico di organi dello Stato, si può ammettere che il dolo specifico imputabile allo Stato sia provato in maniera indiretta? In particolare, qualora la politica dello Stato non esprima in maniera esplicita un simile intento, esso può essere dedotto dalla condotta complessiva che lo Stato ha tenuto? La posizione di Croazia e Serbia divergeva ampiamente su questi aspetti, a causa principalmente dell'assenza di precedenti condanne per genocidio dei rispettivi organi e per l'impossibilità di provare una chiara politica genocidaria dello Stato. Rimaneva la prova indiretta deducibile dal complesso delle condotte tenute in violazione dell'articolo II della Convenzione contro il genocidio.

Nella decisione del 2007 la posizione della Corte circa la possibilità di dimostrare in maniera indiretta il dolo specifico richiesto dalla definizione del genocidio era rimasta ambigua: tale possibilità non era stata esclusa (sentenza del 2007, par. 242, 373) ma la Corte era poi giunta alla conclusione che il dolo specifico non fosse stato provato (con la sola eccezione dei fatti di Srebrenica) basandosi esclusivamente sulle precedenti pronunce del TPIY (sentenza del 2007, par. 277, 373-376). La Corte avrebbe dovuto chiarire la questione nella sezione della decisione del 3 febbraio dedicata alla «manifestation du *dolus specialis*» (par. 143-145). Ma, invece di precisare i criteri per l'attribuzione del dolo specifico allo Stato, la Corte si preoccupa di un aspetto diverso – lo standard probatorio – e conclude che il dolo specifico dello Stato deve essere accertato secondo lo stesso standard fatto proprio dai tribunali penali internazionali (par. 148).

Quello che si può dedurre dalla pronuncia nel suo complesso è che la Corte ammette la prova indiretta dell'intento genocidario dello Stato. Ammette altresì che l'intento si può dedurre da una «*ligne de conduite*» («*pattern of conduct*», par. 148) ovvero da «un insieme coerente di azioni eseguite in un certo periodo di tempo» (par. 510) e che i criteri più importanti per la Corte sono quelli attinenti all'ampiezza e al carattere sistematico degli attacchi contro i membri del gruppo (par. 413, 512). In linea di prin-

cipio pertanto l'accertamento della responsabilità statale per genocidio si conferma indipendente rispetto a quello della responsabilità penale individuale per i medesimi fatti, ben potendo la Corte determinare che uno Stato ha commesso genocidio anche se, in assenza di precedenti condanne, il dolo specifico non è attribuibile a nessun organo in particolare. La situazione opposta è altrettanto immaginabile: l'impossibilità di accertare il dolo specifico dello Stato nel suo complesso non esclude che singoli autori materiali abbiano agito con l'intento richiesto ([Rapporto della Commissione internazionale di inchiesta sul Darfur](#), 25 gennaio 2005, par. 520-521).

Ma da tali principi, del tutto condivisibili, occorrerebbe anche dedurre che l'assenza di precedenti condanne non esclude che il dolo specifico sia effettivamente attribuibile a determinati individui organi e che pertanto lo Stato risulti responsabile di genocidio.

L'affermazione della Corte che sembra escludere la responsabilità dello Stato nel caso di condotte isolate ad esso imputabili sarebbe allora in contraddizione con tale assunto: «Même à considérer les agissements d'Arkan comme imputables à la Serbie, ce discours semble n'être qu'un fait isolé au cours du très long siège de Vukovar, pendant lequel [...] les assaillants ont perpétré des actes excessivement violents, et au cours duquel de graves souffrances ont été causées à la population civile, comme la Serbie l'a reconnu, du moins dans une certaine mesure. Il est difficile de déduire quoi que ce soit d'un fait isolé» (par. 438). Tenendo certo ben presente la difficoltà di provare che un singolo individuo o un gruppo ristretto di individui si renda colpevole di atti di genocidio, tale ipotesi non è tuttavia esclusa dalla definizione di genocidio (TPIY, *Procureur c. Jelisic*, [sentenza del 14 dicembre 1999](#), par. 100-101). Ammettendo allora che ciò sia possibile, per quale motivo lo Stato non dovrebbe essere responsabile? In base alle regole del regime generale di responsabilità dello Stato, non si vede come l'imputazione di singole condotte possa essere esclusa. Il fatto che la prova indiretta del dolo dello Stato si renda spesso necessaria nel caso di violazioni diffuse e commesse con il concorso di una pluralità di organi non fa venire meno la possibilità che lo Stato sia ritenuto responsabile per la condotta di singoli organi. Nel caso in cui la recente pronuncia non vada letta nel senso di escludere la possibilità di attribuire simili condotte allo Stato, la Corte avrebbe potuto quanto meno svolgere un esame più puntuale delle circostanze che l'hanno

portata ad escludere che quel particolare gruppo di individui avesse agito con dolo specifico.

Infine, anche il modo in cui in concreto la Corte ha accertato il dolo specifico può lasciare in parte insoddisfatti. Quanto alle condotte croate, la giurisprudenza del TPIY ha svolto un ruolo importante nel “confortare” la conclusione della Corte (par. 506), ma l’insussistenza del dolo specifico è stata dedotta *anche* da un esame del contesto generale, in particolare dal fatto che l’elemento materiale del genocidio non fosse stato commesso con un’ampiezza tale da dimostrare l’esistenza di un intento genocidario (par. 512).

In merito invece alle condotte serbe, esclusa la rilevanza di condotte isolate (par. 438) e del numero “poco elevato” di vittime (par. 437), la Corte ha basato le proprie conclusioni sulle pronunce del TPIY: nei casi rilevanti nessuno degli imputati era accusato di genocidio e il tribunale non era quindi stato chiamato ad accertare il relativo dolo specifico; tali pronunce concludevano che scopo delle condotte serbe fosse la rimozione forzata della popolazione croata, ma non la sua distruzione fisica. La Corte ha pertanto ritenuto che l’esistenza di un dolo specifico non fosse l’“unica deduzione” possibile da tali pronunce (par. 424-430, 435-436). Non è però chiaro quale motivo abbia impedito alla Corte almeno di chiedersi se da quelle condotte, che senz’altro avevano lo scopo di rimuovere la popolazione croata, non fosse stato possibile e ragionevole dedurre anche un intento genocidario. È verosimile pensare che nella maggior parte dei casi la Corte non disponga di precedenti decisioni di tribunali internazionali che abbiano accertato una responsabilità penale individuale per le condotte che essa deve imputare allo Stato. Si pensi semplicemente alla circostanza nella quale non ci sia alcun tribunale penale internazionale competente a pronunciarsi al riguardo.

20 febbraio 2015

Full-fledged citizens v. citizens on probation. On the *Conseil Constitutionnel* judgment relating to deprivation of nationality

FRANCOIS XAVIER MILLET (§)

Are there several categories of French citizens, namely those who got citizenship by birth and those who acquired it later? In other words, are there first-class citizens, enjoying all the rights conferred by nationality, and second-class citizens, enjoying them to a more limited extent? The *Conseil constitutionnel* seems to have taken the latter view when it comes to deprivation of nationality, in particular on the grounds of terrorism. On 23 January 2015, twelve days only after the terrorist attacks on *Charlie Hebdo*, the *Conseil* held that the Civil Code provisions allowing forfeiture of nationality on grounds of terrorist activity were in keeping with the French Constitution, especially with the equality principle ([decision n° 2014-439 QPC, Ahmed S.](#)).

The procedural background

Until 2010, it was impossible, save very limited exceptions, to challenge domestic statutes before the *Conseil constitutionnel* as constitutional review could take place only in abstract terms and a priori, between the adoption and the enactment of

(§) University of the French West Indies.

the statute. Five years ago, a new procedure was introduced in French constitutional adjudication, namely the *question prioritaire de constitutionnalité* (QPC), i.e. a priority preliminary reference mechanism on issues of constitutionality whereby a plaintiff in an actual case arising before an ordinary judge requests the examination of a statute by the *Conseil constitutionnel* as regards its compatibility with the rights and freedoms that are guaranteed by the Constitution ([Art. 61-1](#)). Upon certain conditions pertaining to the relevance and seriousness of the claims, the ordinary judge may decide to refer the case either to the *Cour de cassation* or *Conseil d'Etat* who will then determine whether a ruling of the *Conseil constitutionnel* is needed to settle the matter.

In the present case, the *Conseil d'Etat*, in its capacity of first and last instance judge, was called on to assess the lawfulness of a decree taken by the French Prime Minister on 28 May 2014 depriving the plaintiff, a Franco-Moroccan man, of the French nationality for his participation in a terrorist undertaking. In this context, the plaintiff argued that the constitutional principle of equality had been breached.

The contested legislation

The impugned provisions, namely [Art. 25](#) and [25-1](#) of the French Civil Code set out the grounds and conditions on which a citizen who acquired French citizenship could be stripped of it. It is incumbent on the Prime Minister, with the assent of the Council of State, to take such a decision, when a person has been sentenced for offences expressing disloyalty or treason towards the national community that they had decided to be part of. Among these offences, Art. 25 includes those violating the Nation's fundamental interests or constitutive of a terrorist act. One important aspect of the present case is that forfeiture of nationality may only be decided if the offence occurred prior to or within ten years after the acquisition of nationality. It can be pronounced on within ten years only after commission of the offence. These two periods can be extended to fifteen years in the case of violation of the Nation's fundamental interests or terrorist activity.

The crux of the matter is that, within these time limits, Art 25 and 25-1 of the Civil Code allow forfeiture of nationality of a specific category of French nationals only, namely those and only those who have double citizenship (in order to avoid statelessness) **and** acquired French citizenship. In other words, depri-

vation of nationality is not possible for citizens who have been French since they were born. It is only an option for those who initially had the nationality of a foreign country and became French later on. It is this very discrepancy that was challenged by the plaintiff.

The *Conseil*'s appreciation

The *Conseil d'Etat* found the claim serious enough to stay the proceedings and refer the issue of constitutionality to the *Conseil constitutionnel*. Before the latter, the plaintiff raised arguments grounded in both EU law and constitutional law. He argued that Art. 25 and 25-1 were at odds with the principle of equality protected under EU law and therefore requested the matter to be sent to the Court of Justice of the European Union (CJEU). The remaining claims were based on constitutional principles, namely equality in its domestic interpretation, necessity and proportionality of penalties, legal certainty, the right to private life and intelligibility of the law.

The *Conseil constitutionnel* dismissed all the claims, holding that the impugned legislation was in compliance with the Constitution. To reach this conclusion, the *Conseil* dwelled only on the arguments deriving from equality and from necessity and proportionality of sanctions. As to the latter, it did not find that the possibility of depriving someone of his or her nationality was either unnecessary or disproportionate. It relied on the usual stance that it was only up to the Parliament to decide on the necessity of sanctions. When it comes to proportionality, they held that the contested legislation did not provide for disproportionate sanctions «in view of the utmost gravity attached to terrorist acts» (§ 17-19). This is not entirely convincing as depriving someone of his nationality is a particularly heavy penalty that comes in addition to the condemnation for terrorism itself. However, the most interesting part of the judgment is the reasoning on equality.

Equality was put forward by the plaintiff as a principle guaranteed both under EU law and under domestic constitutional law. Addressing the European dimension of the principle of equality, the *Conseil* restated its traditional approach to the criteria used for its constitutional review (§ 7-9). Save in very specific cases where the Constitution itself refers to external norms and where a preliminary reference to the CJEU is then possible (see the Jeremy F. [judgement](#) of 4th April 2013), it has always

rejected to assess the compliance of laws with international or European treaties or secondary acts, leaving it to ordinary judges. Therefore, as expected, it did not refer the case to the CJEU and restricted itself to the examination of compatibility of Art 25 and 25-1 with the French principle of equality (§ 10-16).

The *Conseil constitutionnel* had already had the opportunity to look at the constitutionality of the impugned provisions in the past. In normal circumstances, it would merely have declared the case inadmissible. There had indeed been no changes in the law or in the facts between the first ruling delivered in [1996](#) and the present case. However, as it never formally held in the operative provisions of its judgment that Art. 25 and 25-1 were in line with the Constitution, it could have a fresh look at it again. After stressing that persons who acquired French nationality and those who enjoyed it by birth were in the same situation, it quoted the previous judgment according to which «the legislator could, in view of the aim to strengthen the fight on terror, allow the administrative authorities, within a limited time, to deprive of their French nationality those who acquired it, without it being the case that the resulting difference of treatment violated the principle of equality».

At that time already, the *Conseil* did not see any problems in treating differently «new French» and «old French» who, admittedly, were in the same legal situation and, therefore, could claim to be entitled to the application of the same rules and rights. General interest, though, allowed for a difference of treatment «within a limited time». During this period, the legislator could distinguish between full-fledged citizens and citizens that were somewhat on probation, i.e. who are being tested for a few years in order to be sure about their suitability for the job of French citizen. As long as the *Conseil* did not find any difference of situation among these citizens, the only legal issue was the determination of what is a reasonable limited time within which it is constitutional to provide for different rules.

How long shall a new citizen wait until he becomes a full-fledged citizen whose nationality can no longer be withdrawn? The *Conseil* almost gave a figure as it went on examining the two legislative changes that occurred since 1996 as to the time limits. First, it noted that the scope of the forfeiture of nationality was extended in 2003 to offences that may have occurred before (and not only after) the acquisition of nationality. However, this bore no connection with the deadline for challenging nationality.

Therefore, the *Conseil* did not find anything wrong in this. Secondly, the time period within which such a deprivation could be decided was brought in 2006 from 10 years to 15 years after the acquisition of nationality or the commission of the offence. This extension only applied in the case of terrorist acts and violation of the Nation's fundamental interests, as mentioned earlier.

The *Conseil* took the view that such an extension was in keeping with the Constitution because it only applied to facts that are of the utmost gravity, namely terrorist acts. However, it made it clear that the 15-year-limit was to be the upper limit. It could not be exceeded without violating equality in a disproportionate manner between persons having acquired French citizenship and those who received it by birth (§ 15). By placing a limit to the limit, the *Conseil constitutionnel* has been willing to balance formal equality between persons in the same situation and the general interest deriving from the need to protect public order and security in time of terror. While this is a welcomed move for the sake of equality, it is debatable whether such a breach of equality, no matter how limited in time, would be endorsed by the CJEU.

The *Rottmann* case: a precedent?

Although the *Conseil constitutionnel* remained faithful to its traditional stance towards European Union law, the latter may not be entirely irrelevant here. Member States have undoubtedly competence to decide on their nationality laws. However, the existence of EU citizenship, which is intended to be «the fundamental status of nationals of the Member States» ([Case C-184/99 Grzelczyk](#)) limits the competence of the Member States in the matter.

The now famous [Rottmann](#) ruling of 2 March 2010 insisted on the fact that a Member State retained the right to define the rules regarding nationality, yet it must respect proportionality in withdrawing nationality from a person who acquired it fraudulently, provided that such a withdrawal does not lead to statelessness. «In this respect, it is necessary to establish, in particular, whether that loss is justified in relation to the gravity of the offence committed by that person, to the lapse of time between the naturalisation decision and the withdrawal decision and to whether it is possible for that person to recover his own original nationality», said the CJEU (§ 56).

In the present case, the facts are pretty different, which ma-

kes it dubious whether *Rottmann* may be seen as a precedent. Firstly, fraud is undoubtedly a serious offence, yet it is admittedly less serious than terrorist activities. Secondly, the French provisions apply only in the case of people having double citizenship while, in *Rottmann*, there was a risk for the plaintiff to end up stateless and to be deprived of EU citizenship as a result of the loss of a Member State nationality. However, *Rottmann* still bears some relevance here. The Court stated that it was legitimate for a State to withdraw naturalization on account of deception or another reason relating to the public interest even if the consequence of that withdrawal is that the person in question loses both his nationality and citizenship of the Union (§ 54). It recalled that «it is legitimate for a Member State to wish to protect the special relationship of solidarity and good faith between it and its nationals and also the reciprocity of rights and duties, which form the bedrock of the bond of nationality» (§ 51). As stressed by Advocate General Maduro in his [opinion](#), nationality implies that «the State defines its own people. What is at stake, through the nationality relationship, is the formation of a national body politic, and it goes without saying that a Member State is free to define the limits of that body politic by determining the person whom it considers to be its nationals» (§ 17).

Nationality is not only a legal but also a political concept. That is why States shall enjoy such a great deal of discretion in deciding who can or cannot be part of the national community. When it comes to terrorist acts committed by a person against his fellow citizens, it is understandable, if not legitimate, to consider that this person does no longer belong to a community sharing the same beliefs and values. He may therefore be stripped of his nationality, unless he has got only one (here, the legal dimension of nationality shall prevail over the political aspect).

Proportionality and time limits: how long may a citizen be on probation?

When taking a far-reaching decision such as deprivation of nationality, the proportionality of the measure should be examined, although not necessarily on account of EU law. It is uncertain whether EU law would be applicable in the present case as we might be in a purely internal situation (which could not be seen as a major problem by the CJEU who increasingly tends to reduce the scope of such situations). In any case, be it under EU

law or domestic law, respect for proportionality is paramount. This actually led the *Conseil* to put a cap on the time limit within which forfeiture of nationality is permissible. Anyhow, it is doubtful that the CJEU would have decided differently. Not only does it recognize a margin of appreciation to Member States in the appreciation of proportionality, but it also gives weight, as said earlier, to the gravity of the offence that was committed and to the time that has elapsed between the decision granting nationality and the one withdrawing it. The ruling of the *Conseil* therefore seems compatible with CJEU case law.

However, it is highly debatable whether it was appropriate to distinguish between first-class and second-class citizens. It is most probably proportionate to establish such a division as long as it does not last too long. Yet, I fail to see why the legislator did not include those who became French by birth within the personal scope of application of Art. 25 and 25-1 of the Civil Code. As stated by the *Conseil* itself, both categories of citizens are in the same situation. Why is it that the “new French” would need to be on probation while the “old French” would enjoy a non-rebuttable presumption of loyalty towards their country? Is this breach of full equality legitimate while we could contemplate that all citizens who have double citizenship may be deprived of their nationality if they commit a grave wrongdoing such as indulging in terrorist activity?

Such a legislative change would have at least two positive consequences. First, it would put on an equal footing those who inherited nationality by chance and those who acquired it voluntarily. Secondly, it could then be possible to extend the time limit beyond fifteen years or perhaps to scrap it altogether. This limit might eventually impede the purpose of the contested legislation. The reason why the French Parliament decided to extend it is that network terrorists tend to exploit nationality laws in order to be able to live in any place that they would like to use as a base. They just stay quiet for some time until there is no risk for them to lose their nationality together with their right to reside and move freely in their country (and throughout Europe as EU citizens). Fifteen years might not be enough then. Still, the *Conseil constitutionnel* considers that it is the upper limit beyond which it is impossible to go unless the Constitution is amended. Even so, deprivation of nationality could be decided only in case of an extremely grave offence committed by the French national. This would still be compatible with EU law, assuming that the ele-

ments set out by *Rottmann* to evaluate the proportionality of the measure were mere indications, not criteria that must be all met. Anyhow, this is not the route that the legislator or the *Conseil* have chosen to follow.

In deciding as it did in 1996 and January 2015, the *Conseil constitutionnel*, who often underlines the necessary respect for the legislature's general power of appraisal in its judgments, may have been once again reluctant to properly act as a counterweight to the Parliament. It would however have been well advised to do so for the sake of equality among citizens. One may object that equality would not be utterly achieved as there is still one category of citizens who could never be deprived of their nationality: those who only have French citizenship, which incidentally, was the case of the authors of the Paris attacks last January. To mend this discrepancy, the Government has [suggested](#) to create a new *crime d'indignité nationale* that was established straight after World War II but was very short-lived. This could not entail the deprivation of nationality, yet the loss of several civil and political rights. We may suppose that the loss would be so severe that this status would not only equate with social death but also be close to statelessness. It is doubtful then that the *Conseil constitutionnel* or any of the European supranational courts would accept such a status.

In any case, when it comes to terrorism, it is probably better to act upstream, in particular by trying to identify who is to use French citizenship for terrorist purposes. Even though terrorists are later on deprived of their nationality, it often turns hard to expel them to the country of their other nationality, since the European Court of Human Rights prohibits the expulsion or extradition to countries, such as Algeria, where the person could be subject to torture or degrading treatments (decision n° 19576/08, [Daoudi vs. France](#)). Forfeiture of nationality is therefore deprived of effectiveness. As a highly symbolic measure that is perfectly understandable from a political and community point of view, I nevertheless doubt that it is the most useful instrument in the war on terror. Governments should rather think of other devices or merely apply the existing ones for now.

23 February 2015

Gli accordi di Minsk tra politica e diritto: prime considerazioni

MASSIMO STARITA (**)

1. Il 14 febbraio scorso, a mezzanotte, è entrato in vigore in Ucraina il cessate il fuoco previsto al primo punto di un accordo siglato a Minsk due giorni prima, recante il titolo «Pacchetto di misure per l'esecuzione degli accordi di Minsk del 5 e 19 settembre 2014» (reperibile [qui](#) in lingua ufficiale russa, [qui](#) in inglese e [qui](#) in francese). Il “cessate il fuoco” è la prima di una serie di misure contenute nel Pacchetto volte a risolvere il conflitto secessionista in corso nelle regioni orientali ucraine. Il Pacchetto, firmato dal governo ucraino, da rappresentanti dei gruppi ribelli dell'Est del Paese, dall'OSCE e dal governo russo per porre fine ai combattimenti nell'Est dell'Ucraina, costituisce un completamento di due precedenti accordi sottoscritti nella capitale bielorusa alcuni mesi fa: un Protocollo ed un Memorandum rispettivamente del 5 e del 19 settembre 2104. Al Pacchetto è collegata una dichiarazione congiunta dei Capi di Stato di Francia, Germania, Russia ed Ucraina, adottata lo stesso giorno.

Le violazioni del “cessate il fuoco” segnalate dalla [Special Monitoring Mission dell'OSCE](#) non fanno ben sperare sulla reale volontà delle parti, ed in particolare dei gruppi separatisti, di attenersi alle misure concordate. D'altra parte, già subito dopo la conclusione, il Pacchetto è stato definito *fragile* sulla stampa e in diversi blog. Un giudizio condivisibile per almeno quattro ragioni (par. 2 e 3). Tali ragioni non sono strettamente giuridiche, ma si legano a considerazioni che possono essere svolte su alcune questioni attinenti, invece, alla natura giuridica degli Accordi di

(**) Università di Palermo.

Minsk ed agli effetti che essi sembrano idonei a produrre nel diritto internazionale (par. 4-6).

2. La prima ragione di debolezza del Pacchetto sta nelle sue *modalità di funzionamento*, che sono state concepite in modo tale che, qualora le violazioni del cessate il fuoco dovessero continuare, l'intero accordo sarebbe destinato a cadere. Ci riferiamo alla circostanza che il Pacchetto è costituito da un insieme di disposizioni che non hanno vita autonoma, ma che, al contrario, si reggono l'una sull'altra, delineando una sorta di processo "a catena", in cui il rispetto della prima è condizione per il rispetto della successiva e via discorrendo.

La prima clausola a venire in rilievo in ordine cronologico consiste, come si è detto, in un cessate il fuoco «immediato e completo» nelle zone di guerra, identificate con l'espressione, già usata nel Protocollo e nel Memorandum, «certain areas of the Donetsk and Luhansk regions» (punto n. 1 del Pacchetto). In realtà, nonostante l'impressione ricavabile dalla formulazione letterale del punto n. 1, la misura non è di immediata applicazione, dato che il momento dell'entrata in vigore del cessate il fuoco è posticipato di circa due giorni rispetto al momento della firma. Ciò farebbe pensare che il termine «immediato» significhi solo che, a partire dalla mezzanotte del 14 febbraio la cessazione delle ostilità non sia graduale o a formazione progressiva, ma si applichi simultaneamente in tutti i territori interessati.

Il rispetto per un periodo di due giorni del cessate il fuoco è la condizione il cui avverarsi farebbe scattare una seconda misura di carattere militare, costituita dalla creazione di una zona di sicurezza (punto n. 2). A tal fine le parti s'impegnano a ritirare tutte le armi pesanti da un'area calcolata a partire da due diverse linee "di contatto" (la linea di contatto reale, o *de facto*, per le forze governative, e quella registrata a settembre nel Memorandum per le forze ribelli). La zona è dotata di un'ampiezza diversa a seconda della capacità di gittata delle varie armi possedute dai belligeranti. Diversamente dal cessate il fuoco, il ritiro delle armi deve essere attuato progressivamente nei quattordici giorni successivi all'entrata in vigore del cessate il fuoco.

L'esecuzione di questa seconda misura militare renderebbe a sua volta operative una serie di altre clausole dell'accordo. Si tratta sia di clausole *umanitarie* (al punto n. 6, si prevede che al più tardi entro il quinto giorno dal ritiro dovrebbe aver luogo lo scambio di ostaggi e dei detenuti) e soprattutto delle principali

clausole *politiche*. Il primo giorno dopo il ritiro (non è chiaro se debba intendersi dopo l'inizio del ritiro o dopo il suo completamento) è previsto che inizi un «dialogo politico» tra le autorità ucraine ed i ribelli sulle modalità di svolgimento di elezioni locali (al fine di rendere possibile un'amministrazione autonoma transitoria nelle regioni del Donbass) e su una riforma della costituzione ucraina improntata ad un principio di ampio decentramento. Questo «comprehensive political settlement», che è il cuore dell'accordo, andrebbe negoziato direttamente con i «representatives of certain areas of the Donetsk and Luhansk regions» e dovrebbe essere completato entro la fine del 2015 (punti 4, 11 e 12).

L'esecuzione di queste clausole nei tempi previsti permetterebbe infine di avviare il processo di ristabilimento del pieno controllo da parte del governo centrale sulla frontiera orientale. Tale processo dovrebbe, infatti, cominciare il giorno dopo le elezioni locali per completarsi dopo l'entrata in vigore della nuova costituzione (punto n. 9).

Ora, è intuitivo che il meccanismo qui rapidamente descritto rischia d'incepparsi con una certa facilità, ove non sia sorretto dalla comune volontà delle parti su tutti i passaggi del procedimento. Tuttavia, sia i diversi casi di violazione del cessate il fuoco cui prima accennavamo che la cautela manifestata sin dalle prime ore dalla Francia e dalla Germania non permettono di essere certi che esista una simile comunità d'intenti. Non è chiaro, ad esempio, se il governo e i movimenti ribelli siano già davvero d'accordo sul significato da attribuire alla formula «regime speciale di autonomia» previsto per le regioni orientali ucraine, o sui confini dei territori interessati, o sulle modalità di svolgimento delle elezioni.

3. Il secondo elemento di debolezza sta nella mancanza di precisione di alcune clausole cruciali per il processo di pace. Si pensi al fatto che non sono stabiliti tempi precisi o specifiche modalità per l'organizzazione del ritiro delle formazioni armate straniere e dei mercenari dal Paese (punto n. 10). Altre clausole sono formulate in modo ambiguo e si prestano a più interpretazioni. Ad esempio, ai fini della celebrazione delle previste elezioni locali, il parlamento ucraino è chiamato ad adottare una «risoluzione» sui confini delle regioni che beneficeranno del regime di autonomia (punto n. 4, in base al quale tale risoluzione dovrà basarsi sulla linea stabilita nel Memorandum di Minsk del

19 settembre 2014, e cioè al territorio conquistato sul campo dai ribelli in quel momento). Non è chiaro, però, quale valore debba essere riconosciuto alla risoluzione stessa, se cioè sia un atto definitivo o piuttosto una proposta da portare al tavolo dei negoziati con i gruppi separatisti.

È il caso però di aggiungere che non appare fondata l' [interpretazione che i movimenti ribelli hanno dato dell'ambito di applicazione del "cessate il fuoco"](#) stabilito all'art. 1, secondo cui la misura riguarderebbe solo il territorio tra le linee di contatto, e non anche il territorio al di qua delle linee medesime, con la conseguenza, in particolare, che le ostilità potrebbero continuare nella città di Debaltsevo dove, al momento della conclusione dell'accordo, risultavano asserragliate forze dell'esercito ucraino. Una simile interpretazione non trova fondamento nella lettera dell'art. 1, che parla, come abbiamo visto, di un cessate il fuoco «immediato e generale», ma neppure – si potrebbe aggiungere – in base ad un'interpretazione sistematica e teleologica dell'accordo medesimo. Poiché si tratta di un accordo di riconciliazione, di un accordo cioè che non prelude alla secessione, ma al contrario alla soluzione delle ragioni del conflitto entro una cornice politica unitaria, non avrebbe senso consentire ai gruppi ribelli di continuare nella lotta per il pieno controllo di un territorio il cui destino politico è quello di restare dentro i confini politici dello Stato ucraino.

Un terzo punto di debolezza è costituito dalla debolezza dei meccanismi internazionali previsti nell'accordo per garantire il rispetto delle clausole militari e politiche. In particolare, il controllo sul rispetto delle clausole militari è affidato all'OSCE, mediante l'uso di «all technical equipment necessary, including satellites, drones, radar systems, etc.» (punto 3). L'apparente generosità di quest'ultima espressione non deve trarre in inganno. Il compito assegnato all'OSCE in questo settore è soltanto di osservazione («effective monitoring and verification») e non certo di *peace-keeping*. Anche il controllo sul ritiro delle forze straniere e dei militari è affidato ad un meccanismo analogo («under monitoring of the OSCE»).

L'ultimo profilo che va sottolineato riguarda l'ambiguità della posizione assunta dalla Russia che, nonostante sia accusata dal governo ucraino e da Stati terzi (anche nell'ambito del Consiglio di sicurezza), di sostenere con proprie forze ed armi i ribelli, ha cercato di apparire nel corso dei negoziati nel ruolo di "terzo" mediatore. Tale atteggiamento ha trovato un riscontro formale

nella Dichiarazione congiunta dei Capi di Stato di Francia, Germania, Russia ed Ucraina, adottata lo stesso giorno del Pacchetto. Nella dichiarazione si legge, infatti, che il Presidente russo s'impegna, negli stessi termini degli altri Capi di Stato (e dello stesso Presidente ucraino!), ad usare la propria "influenza" sulle parti del Pacchetto medesimo per facilitarne l'esecuzione. L'ambiguità della posizione russa è un elemento che, anche più di quelli finora esaminati, potrebbe pesare sulle possibilità di successo del processo di pace, ma che deve essere valutato alla luce di alcune considerazioni più strettamente giuridiche che possono essere svolte riguardo al Pacchetto e agli accordi di Minsk nel loro insieme.

4. Dal punto di vista giuridico, gli accordi di Minsk sollevano diverse questioni interessanti. Su tre di esse vorremmo adesso concentrarci brevemente.

Il primo problema consiste nel chiedersi se la conclusione degli accordi abbia prodotto conseguenze sulla soggettività internazionale dei movimenti insurrezionali che li hanno firmati, se cioè questi gruppi siano divenuti soggetti di diritto internazionale *per effetto* della conclusione degli accordi con il governo.

A tale problema pare debba risponderci in senso negativo, per le seguenti ragioni. In primo luogo, una risposta positiva invertirebbe l'ordine logico che deve essere seguito: un movimento insurrezionale può essere considerato un soggetto internazionale – ancorché provvisorio, come si usa dire in dottrina – quando pervenga al controllo di una porzione di territorio, mantenendolo poi in modo indipendente da stati terzi. La capacità di concludere accordi è pertanto una manifestazione dello *status* acquisito e non una condizione per il suo acquisto.

Inoltre vanno considerati l'oggetto e lo scopo degli accordi di Minsk. Questi accordi mirano a risolvere la guerra civile – scatenata dalle ambizioni secessioniste dei movimenti insurrezionali del Donbass – mediante la concessione di un regime speciale di autonomia ai territori sui quali si era scatenata la ribellione. Ciò impedisce evidentemente di considerare la conclusione degli accordi in questione quale fattore che concorra all'acquisto della soggettività internazionale dei movimenti insurrezionali. Casomai potrebbe essere sostenuto il contrario, e cioè che gli accordi costituiscano un atto di disposizione da parte dei movimenti in questione di un'acquisita soggettività. Si potrebbe sostenere, in altri termini, che i gruppi stessi, dopo aver

raggiunto un livello di controllo territoriale sufficiente ai fini dell'acquisto della soggettività internazionale, avrebbero deciso di rinunciarvi, a condizione di ottenere nello Stato di origine un certo livello di autonomia.

Infine, gli accordi non sembrano utilizzabili per considerare i movimenti insurrezionali come dei comitati di liberazione o degli enti esponenziali della minoranza russa che vive nella regione in lotta per l'autodeterminazione. Anche se si volesse accedere alla tesi della "secessione rimedio", si deve tenere presente che, secondo questa tesi, un gruppo etnico minoritario avrebbe diritto alla secessione solo quando dei suoi membri siano gravemente violati i diritti fondamentali o la partecipazione all'esercizio del potere di governo.

Ora, al di là del problema della corrispondenza della dottrina della "*remedial secession*" al diritto internazionale (su cui v. in senso critico [Tancredi](#)), la conclusione degli accordi di Minsk, da un lato, non costituisce una forma di riparazione per violazioni precedentemente perpetrate dal governo ucraino nei confronti della minoranza russa delle regioni orientali del Paese, e, dall'altro, non è idonea a modificare i presupposti per l'applicazione dell'estremo rimedio della secessione. Dal primo punto di vista, non erano state riportate "gravi violazioni" del tipo e della dimensione che, secondo la dottrina stessa, costituirebbero condizione per l'esercizio del diritto di secessione rimedio. Dal secondo punto di vista, una rottura momentanea del processo di pace potrebbe difficilmente apparire quale fatto costitutivo di una grave violazione dei diritti della minoranza russa.

In conclusione, a noi sembra che gli accordi di Minsk non aggiungano elementi a favore della soggettività internazionale dei gruppi ribelli considerati, la quale va valutata, anche dopo il più recente Pacchetto, soltanto in base al principio di effettività, e dunque a considerazioni attinenti alla stabilità del controllo territoriale, ed al grado d'indipendenza mantenuto rispetto a Stati terzi (in particolare rispetto alla Russia).

5. Il secondo problema riguarda la natura giuridica degli accordi di Minsk, problema che si colloca entro la più ampia questione, oggetto di un crescente interesse della dottrina, concernente la natura giuridica dei "*peace agreements*".

A stare ad una certa impostazione, si tratterebbe di accordi di diritto interno. La tesi si basa essenzialmente sull'argomento della natura non statale di una o più parti (che in alcuni casi sareb-

bero anche prive di controllo territoriale effettivo) e sulla limitata capacità dei movimenti insurrezionali – anche una volta pervenuti al controllo di una certa porzione di territorio statale – di concludere accordi internazionali (v. per es. Schmalenbach, *Article 3*, in [Dörr e Schmalenbach](#), pp. 69-71). Secondo quest'orientamento, la firma eventualmente apposta da stati terzi e/o organizzazioni internazionali non renderebbe gli accordi degli strumenti giuridici internazionali, poiché essa sarebbe espressione solo del ruolo di “testimoni” o “garanti morali” svolto da tali soggetti. Una simile soluzione ha avuto un riscontro nella giurisprudenza internazionale. Si tratta soprattutto della [decisione del 13 marzo 2004](#) della Camera d'appello per la Corte speciale per la Sierra Leone nel caso *Prosecutor against Kallon and Kamara* e della [sentenza del tribunale arbitrale tra il Sudan e il Sudan People's Liberation Movement/Army](#) nell'affare della *Delimitazione della regione di Abey*.

Secondo una tesi opposta, questi accordi potrebbero assumere la natura di trattati internazionali. All'interno di questa posizione si può distinguere tra chi ritiene che la suddetta prospettiva possa trovare applicazione solo in relazione ad accordi di pace firmati anche da Stati terzi (per es. Kooijmans, “The Security Council and Non-State-Entities as Parties to Conflict”, in [Wellens](#), p. 333 ss.) e chi considera, invece, che ciò sia possibile, anche a prescindere dall'elemento da ultimo segnalato, purché peraltro il contraente non statale possa essere considerato un soggetto internazionale, e cioè quando esso abbia il controllo effettivo di un territorio (così [Cassese](#)).

Una ulteriore impostazione considera poi gli accordi di pace come strumenti dalla natura giuridica mista o ibrida: interni dal punto di vista delle parti; internazionali dal punto di vista delle garanzie ([Goy](#); [Corten e Klein](#)). Si tratterebbe di due tipi di garanzia. Anzitutto, tale funzione sarebbe svolta dai meccanismi di monitoraggio o di *peace keeping* che gli accordi stessi affidano all'ONU o ad altre organizzazioni internazionali. Inoltre, secondo alcuni autori, la violazione degli accordi potrebbe essere considerata una violazione della pace e, in quanto tale, atta a provocare l'esercizio dei poteri del Consiglio di sicurezza ai sensi del capitolo VII ([Roucounnas](#)). Per altri, infine, gli accordi di pace sarebbero per lo più degli accordi interni internazionalmente garantiti, salvi quelli volti a regolare la condotta delle ostilità e quelli che disciplinano certi rapporti con gli Stati terzi, i quali

andrebbero considerati dei trattati ([Vierucci](#)).

In [un lavoro di qualche anno fa](#) abbiamo sostenuto che il problema della natura giuridica degli accordi di pace può essere risolto a partire dalla considerazione del contesto in cui si collocano, che è generalmente un *processo costituente*. In tale processo, gli accordi svolgono le due funzioni tipiche delle costituzioni provvisorie, e cioè reggere lo Stato in un periodo transitorio e stabilire i valori cui l'ordinamento statale sarà poi definitivamente improntato. In quanto costituzioni provvisorie, gli accordi andrebbero in linea di principio considerati al di fuori di qualsiasi ordinamento giuridico preesistente (dunque quali fonti *extra ordinem*) e la loro garanzia riposerebbe essenzialmente sull'effettività. Il fondamento della loro validità non potrebbe essere trovato nell'ordinamento interno, posto che le riforme previste sono concordate, ed entrano in vigore secondo modalità diverse da quelle previste nella costituzione statale fino a quel momento in vigore, ma neppure nell'ordinamento internazionale. Basterebbe pensare, da questo secondo punto di vista, che la loro violazione di solito non dà origine a richieste di riparazione o a contromisure "giuridiche", cioè a violazioni di altri obblighi internazionali giustificate a titolo di autotutela. In caso di inadempimento di una delle parti, tutto ciò che la controparte tende a fare è non rispettare a sua volta l'accordo. Il ricorso al principio *inadimplenti non est adimplendum*, peraltro, *di per sé solo*, equivale ad affermare che l'accordo si regge sull'effettività e che dopo la sua violazione non c'è altro che il ritorno alla guerra.

L'impostazione proposta non intende negare, peraltro, che gli accordi di pace possano avere qualche rilievo giuridico sul piano internazionale. Tali effetti non sono sempre gli stessi, ma cambiano a seconda dei casi. In particolare, quando, come di frequente accade, Stati terzi o organizzazioni internazionali siano coinvolti nell'esercizio dei poteri di governo nel periodo transitorio, questi atti producono effetti anche sul piano del diritto internazionale. Il più importante di questi effetti è costituito dalla manifestazione del consenso, da parte del governo e delle varie forze che ad esso si oppongono, all'esercizio, da parte di organizzazioni internazionali di poteri transitori di governo, secondo le forme e nei limiti stabiliti negli accordi stessi. In un quadro concettuale di questo tipo, il rispetto delle clausole politiche dell'accordo potrebbe essere considerato una sorta di *onere* per accedere all'assistenza internazionale, di cui governo e movimenti insurrezionali hanno bisogno per il buon esito dell'intero

processo.

Ci pare che il problema della natura giuridica degli accordi di Minsk vada risolto allo stesso modo. Tali strumenti esprimono anzitutto un compromesso politico tra parti che si fronteggiano nella guerra civile e la loro funzione dovrebbe essere quella di reggere il Paese transitoriamente e, contestualmente, imprimere all'ordinamento statale le modifiche istituzionali ritenute indispensabili per la soluzione del conflitto. Anche per questi accordi, poi, sembra possibile ritenere che il valore giuridico internazionale non sia da ricondurre tanto all'idoneità a creare diritti ed obblighi reciproci per le parti, quanto, piuttosto, alla circostanza che in essi il governo e i movimenti ribelli esprimono il proprio consenso all'esercizio di alcuni poteri nel periodo transitorio da parte dell'OSCE.

Va notato, tuttavia, che l'internazionalizzazione del potere politico nel periodo di transizione costituzionale è molto limitata nel caso ucraino, dal momento che, come si è potuto vedere, all'OSCE sono affidati solo poteri molto blandi e poco intrusivi, di osservazione e monitoraggio sul rispetto delle clausole militari degli accordi. Sempre sul piano delle garanzie, è poi assai agevole rendersi conto che per gli accordi di Minsk non è neanche prospettabile una forma di garanzia *politica* del Consiglio di sicurezza, a causa del coinvolgimento nel conflitto di un suo membro permanente. Il deficit di "garanzie" internazionali rende peraltro gli accordi di Minsk ancora più dipendenti dal principio di effettività.

6. Passiamo adesso ad accennare al terzo problema, che riguarda gli aspetti giuridici della posizione assunta dalla Russia. Come abbiamo ricordato, il governo di Mosca compare tra i firmatari di tutti e tre gli accordi di Minsk. A tale riguardo si deve notare in primo luogo che la firma non sembra in grado di elevare gli accordi di Minsk al rango di trattati internazionali (come si potrebbe sostenere se si partisse dal secondo degli orientamenti dottrinali ricordati più sopra). Al di là di ogni questione teorica, è sufficiente notare, a tale riguardo, che né il Pacchetto né i precedenti accordi assegnano alla Russia specifiche funzioni di garanzia che, come abbiamo visto, sono state attribuite soltanto all'OSCE.

Ciò detto, ci si potrebbe chiedere se, per effetto della firma apposta, la Russia non abbia acquisito diritti o assunto obblighi nei riguardi dell'Ucraina. Non si tratta più di chiedersi se la fir-

ma della Russia abbia influito sulla natura degli accordi di Minsk nel loro insieme, ma se questi documenti non contengano al loro interno anche un accordo internazionale tra Russia ed Ucraina. Il Pacchetto (come già del resto il Protocollo e il Memorandum) potrebbe essere considerato, cioè, quale documento integrante due diversi accordi. Da un lato, un accordo di pace tra le parti ucraine (garantito essenzialmente dall'effettività, salvo i limitati meccanismi di controllo affidati all'OSCE) e, da un altro lato, un accordo tra due Stati (garantito dall'ordinamento internazionale). È chiaro che vagliare una simile possibilità è di un certo interesse nel caso di specie, stante le accuse rivolte alla Russia di sostegno militare agli insorti anche mediante truppe. Si potrebbe in particolare sostenere che un accordo internazionale tra la Russia e l'Ucraina si sia formato sul punto n. 10 del Pacchetto, concernente il ritiro delle forze straniere dalle regioni orientali del Paese.

La prospettiva in esame stride, però, con la volontà manifestata dalla Russia, la quale ha sempre negato di firmare gli accordi in quanto parte nel conflitto ed ha ripetutamente riportato il suo ruolo a quello di "*moral guarantor*". È bene chiarire che un simile atteggiamento sembra, peraltro, idoneo ad incidere in modo negativo più sulla posizione della Russia che su quella dell'Ucraina. Vediamo perché.

Da un lato, se, come affermato da più parti, armi e soldati russi fossero davvero presenti sul territorio orientale ucraino, il fatto che la Russia non si sia impegnata convenzionalmente al ritiro non comporterebbe conseguenze sull'obbligo di procedere in tal senso, obbligo che le sarebbe imposto dal diritto internazionale generale. L'obbligo di procedere al ritiro costituirebbe, infatti, una misura di cessazione del fatto illecito causato dalla violazione della sovranità statale ucraina e del divieto di uso della forza nei rapporti internazionali.

Da un altro lato, invece, la Russia non potrebbe sostenere che, in ragione del particolare modo di funzionamento "a catena" del Pacchetto, il governo di Kiev abbia manifestato implicitamente il suo consenso alla presenza sul suo territorio di forze armate straniere fino a quando non siano state eseguite le altre clausole politiche e militari dell'accordo. Una simile costruzione non appare prospettabile, d'altra parte, anche per un'altra ragione (diversa cioè dall'argomento in base al quale i documenti firmati a Minsk non contengono un accordo internazionale vincolante). Ci riferiamo al fatto che la disposizione concernente il ri-

tiro delle truppe straniere è una delle poche dell'accordo che non è subordinata in modo espresso alla condizione della previa esecuzione di altre clausole. Inoltre, anche se la collocazione della clausola in esame nel contesto di un "procedimento" di esecuzione in più fasi lasciasse qualche dubbio, l'atteggiamento assunto dall'Ucraina (in particolare tra la data dei primi due accordi di Minsk e quella del Pacchetto) dimostra che il governo di Kiev non ha mai acconsentito alla presenza russa sul suo territorio (elementi che, secondo la Corte internazionale di giustizia, devono essere presi in considerazione quando il testo di un accordo in *subiecta materia* sia ambiguo: v. la [sentenza del 19 dicembre 2005](#) nell'affare *Attività armate sul territorio del Congo*, par. 46). È utile ricordare a tale riguardo che secondo la Commissione di diritto internazionale (par. 6 del commento all'art 20 del [progetto di articoli sulla responsabilità degli Stati per fatto illecito](#)), tale consenso «must be clearly established. It must be actually expressed rather than merely presumed».

Ci sembra pertanto che la clausola contenuta al punto n. 10 del Pacchetto non esprima il consenso del governo ucraino a subordinare il ritiro delle truppe straniere presenti sul suo territorio alla previa esecuzione di altre clausole del Pacchetto stesso.

24 febbraio 2015

L'instostenibile leggerezza del non essere: la perdurante assenza del reato di tortura e i fatti del G8 sotto la (prevedibile) scure del giudice di Strasburgo. Prime riflessioni a margine del caso *Cestaro c. Italia*

GIULIA BORGNA (††)

Premessa

Le violenze perpetrate dalle forze di polizia nel corso dell'irruzione nella scuola Diaz-Pertini in occasione del summit del G8 di Genova «devono essere qualificate come tortura» ai sensi dell'art. 3 CEDU. Un danno (tutt'altro che metaforico), questo, cui si è aggiunta la beffa, ossia l'impunità dei colpevoli, giacché l'Italia non dispone di una legislazione penale adeguata per punire i casi di tortura. È quanto stabilito dalla Corte europea dei diritti dell'uomo che, con sentenza resa all'unanimità il 7 aprile 2015 nel caso [Cestaro](#), ha (purtroppo, assai prevedibilmente) condannato l'Italia in relazione ai fatti della Diaz-Pertini per violazione del divieto di trattamenti inumani e degradanti di cui all'art. 3 CEDU, nel suo *volet* tanto sostanziale quanto pro-

(††) Università di Palermo e Max Planck Institut für ausländisches öffentliches Recht und Völkerrecht.

cedurale. Peraltro, in ragione delle carenze strutturali della legislazione penale, la Corte ha indicato allo Stato italiano le misure generali da adottare per porre fine alle riscontrate violazioni della CEDU, ossia l'introduzione di strumenti giuridici idonei a sanzionare adeguatamente i responsabili degli atti di tortura.

La questione sottoposta alla Corte europea

Ripercorriamo brevemente una vicenda tristemente nota. Il 19, 20 e 21 luglio 2001 si svolgeva a Genova il vertice dei Capi di Stato e di Governo del G8. Tale evento fu accompagnato da numerose manifestazioni di protesta, alcune delle quali segnate da gravi disordini e da episodi di violenza su larga scala (come già constatato dalla medesima Corte in [Giuliani e Gaggio \[GC\]](#), sentenza 24 maggio 2011, par. 12-30).

Nella sera del 21 luglio 2001, la Polizia di Stato organizzava ed eseguiva – con l'impiego di un imponente numero di mezzi e uomini – una perquisizione del complesso scolastico “Diaz” finalizzata alla ricerca di armi. Vi era, infatti, il sospetto che nel complesso fossero presenti armi di vario genere e che ivi potessero trovarsi anche alcuni individui appartenenti al c.d. movimento “Black Bloc”.

Tuttavia, oltre a risultare *a posteriori* assolutamente ingiustificato, l'intervento delle forze dell'ordine fu tutt'altro che pacifico e molte delle persone coinvolte nell'operazione di polizia dovettero ricevere assistenza da parte del personale medico o essere trasferiti in strutture ospedaliere a causa delle lesioni riportate. Tra le vittime anche il ricorrente, Arnaldo Cestaro, che a seguito delle brutali percosse subite aveva riportato fratture multiple, con gravi conseguenze fisiche anche di carattere permanente.

Le modalità di esecuzione dell'operazione *de qua*, nonché le decisioni che l'avevano preceduta e seguita, sono state oggetto di indagine da parte dell'autorità giudiziaria italiana al fine di accertare l'eventuale rilevanza penale di talune condotte (i fatti del G8 sono all'esame della Corte di Strasburgo anche in relazione alle violenze perpetrate a Bolzaneto: cfr. ricorso n. 28923/09, *Azzolina e altri c. Italia*, e ricorso n. 67599/10, *Kutschkau e altri c. Italia*, [entrambi comunicati](#) al Governo italiano in data 18 dicembre 2012 e dall'esito ormai praticamente scontato).

All'esito delle indagini preliminari, la Procura della Repubblica di Genova chiedeva il rinvio a giudizio di alcuni dei presunti responsabili degli episodi di violenza, contestando loro

numerosi capi d'imputazione, fra cui i reati di lesioni personali (semplici e aggravate) e calunnia.

Al termine del giudizio di primo grado, il [Tribunale di Genova](#) aveva condannato dodici persone fra agenti e funzionari di polizia, liquidando anche risarcimenti in favore delle vittime costitutesi parti civili (compreso il ricorrente). Già in primo grado, però, la quasi totalità dei condannati aveva usufruito dell'indulto. Durante il [processo di appello](#) e di [legittimità](#), poi, la scure della prescrizione si era abbattuta sull'imponente impianto accusatorio, completamente azzerando il numero delle condanne dei soggetti responsabili per gli episodi di violenza.

Per questo motivo, il ricorrente si era rivolto alla Corte di Strasburgo lamentando la violazione dell'art. 3 CEDU, nel suo *volet* sostanziale, per aver subito atti di violenza situati ben al di là della "soglia minima di gravità" comunemente accolta nella giurisprudenza convenzionale, e nel suo *volet* procedurale, in ragione della inidoneità strutturale della legislazione penale ad offrire risposte soddisfacenti in relazione ad atti di tortura. Segnatamente, secondo il ricorrente, la perdurante assenza di un'apposita fattispecie incriminatrice nell'ordinamento italiano aveva consentito agli autori materiali delle violenze di uscire sostanzialmente indenni dal procedimento penale a loro carico, beneficiando della prescrizione e scampando all'irrogazione di qualsivoglia sanzione disciplinare.

La violazione dell'art. 3 CEDU nel suo *volet* sostanziale

La prima questione su cui la Corte è stata chiamata a confrontarsi riguardava le violenze fisiche e psichiche perpetrate dagli agenti delle forze dell'ordine nella scuola "Diaz-Pertini". In buona sostanza, i giudici di Strasburgo sono stati chiamati a valutare se lo Stato italiano – per il tramite dei suoi organi – si sia reso *direttamente* responsabile di atti qualificabili come "tortura" alla stregua dei criteri ermeneutici accolti nella sua consolidata giurisprudenza.

Francamente non ci voleva un indovino per pronosticare la condanna dell'Italia per violazione dell'art. 3 CEDU. D'altronde, in perfetta sintonia con il principio di sussidiarietà, la Corte di Strasburgo non ha dovuto far altro che richiamare i passaggi più forti delle pronunce interne che, con vivida brutalità e senza filtro alcuno nel tentativo di operare una ricostruzione sistematica della verità "storica" (oltre che processuale), hanno sollevato il velo di omertà sugli aspetti più vergognosi e brutali di quella

che [Amnesty](#) ha definito come «la più grave sospensione dei diritti democratici in un Paese occidentale dopo la Seconda guerra mondiale» (una vera e propria «macelleria messicana» secondo i nostri giudici di legittimità).

Incontestabile, agli occhi della Corte, è apparso il fatto che l'aggressione fisica e morale subita dal ricorrente ricadesse nell'alveo di protezione dell'art. 3 CEDU. D'altronde, il Governo non soltanto non ha in alcun modo provato che la causa delle violenze perpetrate nella Diaz fosse da ricercarsi *aliunde*, ma ha sostanzialmente ratificato – nell'estrema speranza di sottrarsi alla prevedibile condanna in sede europea – la ricostruzione fattuale operata dai giudici nazionali (cfr. *Cestaro*, par. 170).

Parimenti incontestabile, secondo i giudici di Strasburgo, era la sussistenza del duplice elemento costitutivo della “tortura” ai sensi dell'art. 3 CEDU, ossia: *i*) il superamento della c.d. soglia minima di gravità; e *ii*) l'intenzionalità del trattamento, il quale deve essere inflitto al precipuo scopo di «ottenere informazioni, punire o intimidire» (cfr., *ex multis*, [Ilhan c. Turchia \[GC\]](#), 27 giugno 2000, par. 85; [El-Masri c. Macedonia \[GC\]](#), 13 dicembre 2012, par. 197).

In particolare, la Corte ha rilevato come gli atti di violenza commessi dalle forze dell'ordine – circostanza già constatata dalla Cassazione – fossero stati «totalmente gratuiti» (cfr. *Cestaro*, par. 182), fonte di «dolori e sofferenze acute (...) di carattere particolarmente grave e crudele» (cfr. *ibidem*, par. 179), connotati dall'elemento dell'intenzionalità aggravato dal tentativo di nascondere l'accaduto e assolutamente privi di qualsivoglia nesso di causalità con la condotta del ricorrente. D'altronde, secondo la Corte, le modalità esecutive dell'operazione nella scuola si erano rivelate assolutamente distoniche rispetto al fine dichiarato dalle autorità di polizia di “mettere in sicurezza” il complesso scolastico. In conclusione, mutuando le parole della Suprema Corte, la violenza perpetrata alla “Diaz” è stata di una gravità inusitata e assolutamente «non giustificata (...), punitiva, vendicativa e diretta all'umiliazione e alla sofferenza fisica e mentale delle vittime» e, dunque, in patente contrasto con l'art. 3 CEDU.

In quest'ottica, peraltro, la Corte ha categoricamente respinto l'eccezione (tacita) del Governo secondo cui la gravità dei maltrattamenti avrebbe dovuto essere “relativizzata” nel più generale contesto di tensione che aveva segnato lo svolgimento del G8 (cfr. *Cestaro*, par. 185). È il ben noto (e spesso abusato) argo-

mento della “ragione di Stato”, cioè di una circostanza eccezionale che dovrebbe consentire di sfumare, comprimendoli o sospendendoli, la portata dei diritti fondamentali. Eppure, rammenta la Corte, il divieto di tortura e trattamenti inumani e degradanti rientra fra quegli obblighi convenzionali che non soffrono eccezione alcuna. Nessuna circostanza eccezionale, quale essa sia, che si tratti dello stato di guerra o della minaccia del terrorismo, giustifica una limitazione della sua messa al bando o un suo bilanciamento con interessi confliggenti (cfr. *Cestaro*, par. 188; analogamente, *El-Masri* [GC], cit., 195).

La violazione dell’art. 3 CEDU nel suo *volet* procedurale

Ma vi è di più. Nella seconda parte della pronuncia – quella indubbiamente più interessante e dalla portata innegabilmente più pervasiva, che trascende il caso concreto e giustifica addirittura l’indicazione di misure generali al Governo – la Corte di Strasburgo ha riscontrato una violazione dell’art. 3 CEDU, stavolta nel suo *volet* procedurale. Sul banco degli imputati il reato di tortura “che non c’è” e la colpevole inerzia del legislatore.

Secondo il ricorrente, contrariamente agli stringenti obblighi di carattere procedurale imposti dall’art. 3 CEDU – segnatamente, la conduzione di un’indagine celere ed effettiva, l’individuazione e la punizione dei responsabili, l’irrogazione di una pena congrua e proporzionata al fatto, l’inoperatività della prescrizione, la preclusione di accesso a benefici premiali (individuali e collettivi) e l’applicazione di sanzioni disciplinari (cfr. *Cestaro*, par. 204-212; analogamente, fra i molti, [Gäfgen c. Germania](#) [GC], 1 giugno 2010; [Darraj c. Francia](#), 4 novembre 2010) – la risposta dell’ordinamento italiano alle violenze della “Diaz” era stata assolutamente ineffettiva, parziale e inadeguata, giacché aveva consentito agli autori materiali di uscire sostanzialmente indenni dal procedimento penale a loro carico.

Ed è proprio in questa chiave che la Corte di Strasburgo ha letto la vicenda “Diaz”, emblematicamente rilevando come, all’esito del procedimento penale, «nessuno sia stato condannato per i maltrattamenti perpetrati ... in danno del ricorrente, atteso il decorso dei termini prescrizionali per il reato di lesioni semplici e aggravate» (cfr. *Cestaro*, par. 221), neppure a mere sanzioni disciplinari (cfr. *ibidem*, par. 227). Ecco allora che l’impunità dei colpevoli finisce per rappresentare l’ultimo atto (la beffa finale) dell’ingiustizia – o assenza di giustizia – riservata alle vittime di tortura.

Eppure, in questo desolante scenario di impunità – ci tiene a precisare la Corte – nulla può rimproverarsi al potere giudiziario, impotente nel fronteggiare un fenomeno criminoso senza disporre degli strumenti repressivi idonei. Il che consente alla Corte di Strasburgo di “svelare” (come se ce ne fosse stato bisogno) il vero “colpevole”: il sistema repressivo italiano. Secondo la Corte, esso risulta del tutto «inadeguato per rispondere all’esigenza di sanzionare gli atti di tortura ... e privo dell’effetto deterrente necessario per prevenire in futuro analoghe violazioni dell’art. 3 CEDU» (cfr. *ibidem*, par. 224). L’assenza di una risposta punitiva adeguata, peraltro, vanifica, ai fini della sussistenza della qualità di vittima ai sensi dell’art. 34 CEDU, l’esplicito riconoscimento della violazione da parte delle autorità statali e la liquidazione al ricorrente di un importo a titolo risarcitorio (cfr. *ibidem*, par. 229-231).

La perdurante e colpevole assenza di un reato di “tortura”

A ben vedere, però, la legislazione penale di uno Stato è nulla più che il mero riflesso dell’operato del suo legislatore e, nel caso dell’ordinamento italiano, le carenze strutturali della legislazione penale rispecchiano fedelmente la colpevole e perdurante latitanza del nostro legislatore (un «boicottaggio mascherato», come lo definisce [Pugiotto](#)) dinanzi ad un’esigenza, quella di una adeguata ed effettiva criminalizzazione della tortura, che avrebbe meritato la sua incondizionata e prioritaria attenzione.

Ad oggi, invece, nonostante gli obblighi di criminalizzazione vigenti a livello costituzionale e sovranazionale, il legislatore ha sempre evitato l’introduzione di una fattispecie incriminatrice *ad hoc*, accampano giustificazioni francamente oramai inaccettabili (su tutte, la miope convinzione che “[la tortura in Italia non esiste](#)”, tant’è che la “Diaz” sarebbe un “episodio isolato”, l’illusione circa il fatto che già viga nel nostro ordinamento “[una batteria di norme repressive](#)” e il timore di imporre, attraverso una criminalizzazione della tortura, una “[spada di Damocle](#)” sulla polizia). Un’inerzia – questa – alimentata nel corso dei decenni dalla costante prassi del Governo italiano di rispedire al mittente ogni critica rivoltagli da parte di numerosi organismi internazionali a tutela dei diritti umani (*in primis*, [Comitato contro la tortura](#), [Comitato europeo contro la tortura](#) e [Comitato ONU per i diritti umani](#)), sul cui tavolo l’annosa questione della lacuna ordinamentale italiana giace già da anni e forma oggetto di punta-

li e periodici rimproveri (cfr. *Cestaro*, par. 112-121).

Ebbene, stante la radicata refrattarietà “strutturale” del nostro legislatore a conformarsi a tali obblighi, la Corte ha ritenuto di indicare allo Stato italiano l’adozione di misure generali ai sensi dell’art. 46 CEDU, invitandolo, nella specie, ad introdurre gli «strumenti giuridici idonei a sanzionare adeguatamente i responsabili degli atti di tortura o di altri maltrattamenti ai sensi dell’art. 3 CEDU e a impedire che gli stessi possano beneficiare di istituti in contrasto con la giurisprudenza della Corte» (cfr. *Cestaro*, par. 246).

Ora, è vero che la Convenzione europea non impone esplicitamente di punire la tortura mediante un’apposita norma incriminatrice, richiedendo soltanto l’introduzione di un sistema repressivo adeguato ed effettivo in piena sintonia con l’ampia libertà di cui godono gli Stati nella scelta dei mezzi con cui conformarsi ai *dicta* della Corte e agli obblighi convenzionali. Eppure, ci pare che le criticità strutturali evidenziate nella sentenza *Cestaro* puntino tutte verso una strada “obbligata” nella fase di esecuzione: l’introduzione di una norma incriminatrice *ad hoc*.

Invero, la vicenda Diaz ha consentito di accendere i riflettori sul carattere drammaticamente deficitario del nostro sistema repressivo e al contempo di sollevare il velo di ipocrisia troppo a lungo calato sul tema. L’inadeguatezza della legislazione penale italiana ha, di fatto, costretto gli inquirenti ad articolare l’impianto accusatorio intorno a fattispecie espressive di una microcriminalità comune, assistite da cornici edittali irrisorie, incongrue e distoniche rispetto all’oggettiva gravità dei fatti, lasciando così aperta la strada a vari meccanismi di fuga (*e.g.*, breve durata dei termini prescrizionali e anomala operatività di istituti premiali). Non sorprende, allora, che i colpevoli degli atti di tortura siano usciti sostanzialmente indenni dal procedimento penale a loro carico, approfittando di una punibilità “a maglie larghe”.

Peraltro, riteniamo che la vicenda *de qua agitur* non sia soltanto espressione dell’inefficienza del nostro sistema penale, che minaccia sanzioni draconiane poi inesorabilmente destinate a restare lettera morta per la prevalenza dei numerosi “meccanismi di fuga” ivi previsti. L’inadeguatezza della risposta punitiva dinanzi a violazioni dei diritti fondamentali così gravi, macroscopiche e sistematiche costituisce anche l’ennesimo esempio di una prassi piuttosto diffusa degli organi costituzionali cui nel nostro

ordinamento è riservata la competenza a stipulare i trattati internazionali, i quali spesso procedono all'adattamento ai trattati mediante ordine di esecuzione senza curarsi di apprestare contestualmente le norme attuative o integrative che sono indispensabili affinché gli obblighi previsti dallo strumento convenzionale possano essere puntualmente adempiuti. Ratificare un trattato non basta a garantirne l'osservanza, giacché senza il necessario successivo provvedimento di attuazione molte delle sue disposizioni rischiano di restare lettera morta. E ciò è esattamente quanto avvenuto con i numerosi trattati che impongono obblighi di criminalizzazione della tortura cui l'Italia è parte (si pensi alla [Convenzione contro la tortura del 1984](#) e allo [Statuto della Corte penale internazionale](#)).

Soltanto l'introduzione di una norma incriminatrice *ad hoc*, con una dosimetria sanzionatoria proporzionata al disvalore del fatto, accompagnata da termini prescrizionali lunghi (o, meglio ancora, inoperanti) e dal diniego di benefici premiali, potrebbe esercitare una reale efficacia deterrente e al contempo sconfiggere la diffusa convinzione che, in situazioni di emergenza, sia comunque consentito il ricorso alla tortura, in totale spregio al carattere assoluto del suo divieto.

Ma l'introduzione del reato di tortura rappresenta davvero la panacea di tutti i mali? Come evidenziato dalla Cassazione e dalla stessa Corte di Strasburgo, uno dei principali ostacoli ad una risposta punitiva adeguata in casi di tortura – in questo senso, la vicenda “Diaz” ci pare emblematica (cfr. *Cestaro*, par. 214-217) – è l'impenetrabile muro di omertà frapposto dalle forze dell'ordine alla identificazione dei colpevoli. Sicché, per evitare il crearsi o anche il favorire di possibili margini d'impunità, accanto all'introduzione di una normativa adeguata, si rendono necessarie forme stringenti di controllo sull'operato delle forze dell'ordine. D'altronde, a questo riguardo, è la stessa Corte a rammentare l'obbligo, gravante in capo agli Stati ai sensi dell'art. 3 CEDU, di dotare gli agenti di polizia operanti a volto coperto di un segno distintivo, nell'ottica di un corretto bilanciamento fra l'esigenza di preservarne l'anonimato e quella di consentirne l'identificazione qualora si rendano responsabili di atti contrari alla Convenzione (cfr. *Cestaro*, par. 217).

Considerazioni conclusive

Speriamo quindi che la pronuncia nel caso *Cestaro* sia il tanto atteso giro di boa che consenta finalmente di superare il pro-

lungato stallo del nostro legislatore, facendo convergere le forze politiche verso una nozione condivisa di tortura racchiusa in una fattispecie incriminatrice *ad hoc*.

Già all'indomani della sentenza si parla di una "imminente" introduzione del reato di tortura nel nostro ordinamento e il primo passo sarebbe rappresentato dalla tempestiva approvazione in prima lettura da parte della Camera, già il 9 aprile 2015, del [disegno di legge](#) per l'introduzione del delitto di tortura nell'ordinamento italiano. Imminente? Dopo vent'anni di fallimentari iniziative legislative? Soltanto dopo l'ennesima condanna in sede sovranazionale? Sinceramente, non è facile mettere da parte lo scetticismo nei confronti di un legislatore che troppo spesso ha disatteso i propri impegni, lasciando che il divieto di tortura restasse nel nostro ordinamento un mero *flatus vocis*.

«Il *caso* non esiste. Esso non è che l'ignoranza delle *cause* che hanno prodotto un certo evento», scriveva David Hume. La vicenda "Diaz" non è un episodio isolato e sporadico, frutto del caso, sfortunato crocevia di un concorso di circostanze contingenti. In Italia si tortura, eccome. Ebbene, speriamo che ciò risulti chiaro ora anche allo Stato italiano e che questi, anziché tentare la strada del rinvio in Grande Camera nei prossimi tre mesi, sfrutti questo lasso di tempo per conformarsi senza ulteriori indugi a quegli obblighi internazionali troppo a lungo disattesi.

11 aprile 2015

Il “predominio assiologico” della Costituzione sulla CEDU: Corte Costituzionale 49/2015 ovvero della “normalizzazione” dei rapporti tra diritto interno e la CEDU

PAOLA MORI (††)

Con la [sentenza n. 49 del 2015](#) la Corte costituzionale ha dichiarato inammissibili le questioni di legittimità costituzionale sollevate dalla Corte di cassazione e dal Tribunale di Teramo sulla questione della confisca adottata nei confronti di soggetti prosciolti dal reato di lottizzazione abusiva. L'art. 44, 2° co., del [d.P.R. 380/2001](#) stabilisce che «la sentenza definitiva del giudice penale che accerta che vi è stata lottizzazione abusiva, dispone la confisca dei terreni, abusivamente lottizzati e delle opere abusivamente costruite». Secondo il «diritto vivente» risultante dall'interpretazione consolidata della Corte di cassazione la confisca ha natura di mera sanzione amministrativa e il giudice penale è tenuto a disporla anche quando debba dichiarare prescritto il reato di lottizzazione abusiva, purché il fatto costitutivo del reato sia stato in concreto accertato. Dal canto suo la Corte EDU, dopo avere qualificato nella [sentenza *Sud Fondi c. Italia* del 20 gennaio 2009](#) la confisca come una sanzione penale e pertanto in quanto tale soggetta alle garanzie che la CEDU stabilisce in materia, nella successiva [sentenza *Varvara c. Italia* del 29 ottobre 2013](#), ha ritenuto che l'applicazione della confisca mediante una sentenza che proscioglie i convenuti per prescrizione del reato violi l'art. 7 CEDU, anche alla luce della presun-

†† Università Magna Graecia di Catanzaro

zione di innocenza di cui all'art. 6, par. 2 CEDU. In altri termini, secondo la Corte di Strasburgo se la confisca è una pena, la sua applicazione presupporrà necessariamente un accertamento di responsabilità a carico del suo autore e dunque una sua condanna.

La sentenza della Consulta trae origine da due diverse questioni di legittimità costituzionale. La prima era stata sollevata dalla Corte di cassazione in un caso in cui era emersa, nei precedenti gradi di giudizio, la responsabilità degli imputati per il reato di lottizzazione abusiva, essendo peraltro ormai maturato il relativo termine di prescrizione. Secondo la Suprema Corte per effetto della sentenza della Corte europea dei diritti dell'uomo nel caso *Varvara* il citato art. 44, 2° co., del d.P.R. 380/2001 avrebbe assunto il significato che è preclusa la confisca dei beni quando non viene pronunciata una condanna per il reato di lottizzazione abusiva. Di conseguenza la misura non potrebbe essere più adottata quando il reato è prescritto e ciò nonostante sia stata, o possa venire incidentalmente, accertata la responsabilità personale di chi è soggetto alla confisca. Ritenendo tale assetto in contrasto con l'insieme delle disposizioni costituzionali invocate (artt. 2, 9, 32, 41, 42 e 117, 1° co., Cost.), in quanto esso determinerebbe «una forma di iperprotezione del diritto di proprietà» a discapito degli interessi tutelati da quelle disposizioni (il paesaggio, la salute, l'ordinato assetto urbanistico), la Cassazione ha sollevato questione di legittimità costituzionale. In sostanza, pur non facendovi esplicito riferimento, la Corte di cassazione chiedeva di azionare il meccanismo dei controlimiti.

All'origine della seconda questione era un procedimento penale pendente davanti al Tribunale di Teramo per il reato di lottizzazione abusiva nei confronti di un imputato, la cui responsabilità era stata dimostrata nel dibattimento, nel corso del quale era però maturata la prescrizione, con la conseguenza che si sarebbe dovuto pronunciare un non luogo a procedere. Il giudice rimettente ha sollevato la questione di legittimità costituzionale dell'art. 44, secondo comma, d.P.R. 380/2001, rilevando il contrasto tra il diritto vivente formatosi sulla base della giurisprudenza della Cassazione che impone in tal caso di disporre la confisca e l'art. 117, 1° comma, Cost. in relazione all'art. 7 CEDU, così come interpretato dalla sentenza *Varvara*.

Pur avendo le due ordinanze di remissione finalità contrapposte, quella della Cassazione di bloccare l'applicazione del diritto di Strasburgo quale risultante dalla senten-

za *Varvara* ritenuto in contrasto con valori costituzionali preminenti, quella del Tribunale di Teramo di portare alla declaratoria di incostituzionalità della norma di legge censurata per contrasto con la CEDU quale interpretata dalla sentenza *Varvara*, la Corte costituzionale ne ha deciso la trattazione congiunta in quanto entrambe vertenti sulla medesima disposizione.

L'interesse per l'internazionalista della sentenza 49/2015 sta nell'ampia parte dedicata ai rapporti tra il diritto della CEDU e diritto interno e al ruolo rispettivo della Corte di Strasburgo e del giudice nazionale, là dove la Corte costituzionale sembra compiere un ulteriore passo, ma forse sarebbe più appropriato dire balzo, in avanti in quella linea di diffidente contenimento della CEDU ([Ruggeri](#) parla in proposito di «un nazionalismo costituzionale esasperato») che ha da sempre e salvo sporadiche eccezioni (si pensi alla [sentenza n. 388 del 1999](#)) caratterizzato la giurisprudenza costituzionale italiana (sia consentito rinviare a Mori, *Convenzione europea dei diritti dell'uomo, Patto delle Nazioni Unite e Costituzione italiana*, in *Rivista di diritto internazionale*, 1983).

L'argomentare della Corte costituzionale è complesso e in alcuni passaggi il linguaggio appare particolarmente drastico, si pensi all'affermazione del «predominio (*sic!*) assiologico della Costituzione sulle norme della CEDU» (par. 4 *cons. dir.*). Già da una prima lettura appare dunque evidente come l'obiettivo prioritario della Consulta sia quello di ridimensionare una volta per tutte il ruolo della CEDU e della giurisprudenza della Corte di Strasburgo (in questo senso v. anche [Conti](#); [Viganò](#)).

La Consulta esordisce con l'affermazione che «ancorché tenda ad assumere un valore generale e di principio, la sentenza pronunciata dalla Corte di Strasburgo [...] resta pur sempre legata alla concretezza della situazione che l'ha originata ([n. 236 del 2011](#))» (par. 6.2 *cons. dir.*) con ciò richiamando quella giurisprudenza che tende a relegare il giudice europeo ad un ruolo circoscritto, limitato a specifici casi, competendo invece al solo giudice costituzionale la valutazione «“sistemica e non frazionata” dei diritti coinvolti dalla norma di volta in volta scrutinata» e il «necessario bilanciamento in modo da assicurare la “massima espansione delle garanzie” di tutti i diritti e i principi rilevanti, costituzionali e sovranazionali, complessivamente considerati, che sempre si trovano in rapporto di integrazione reciproca» ([n. 85 del 2013](#); [n. 264 del 2012](#))

La motivazione prosegue poi ribadendo, in prima battuta,

quanto affermato nelle sentenze “gemelle” del 2007, «ovvero che alla Corte di Strasburgo compete di pronunciare la “parola ultima” ([sentenza n. 349 del 2007](#)) in ordine a tutte le questioni concernenti l’interpretazione e l’applicazione della Convenzione e dei suoi Protocolli», allo scopo di assicurare che, «all’esito di un confronto ermeneutico, tale da coinvolgere nel modo più ampio possibile la comunità degli interpreti, sia ricavata dalla disposizione convenzionale una norma idonea a garantire la certezza del diritto e l’uniformità presso gli Stati aderenti di un livello minimo di tutela dei diritti dell’uomo». E qui la Corte costituzionale, riconoscendo la «funzione interpretativa eminente» ([sentenza n. 348 del 2007](#)) della Corte di Strasburgo, sembra sottolineare l’importanza del dialogo fra giudici che dovrebbe garantire un confronto e un arricchimento reciproco tra i vari sistemi dei diritti.

Tuttavia, subito dopo la Corte precisa che i giudici nazionali non sono «passivi ricettori di un comando esegetico impartito altrove nelle forme della pronuncia giurisdizionale». In particolare il giudice nazionale non può prescindere dall’art. 101, 2° co., Cost., con il quale si «esprime l’esigenza che il giudice non riceva se non dalla legge l’indicazione delle regole da applicare nel giudizio, e che nessun’altra autorità possa quindi dare al giudice ordini o suggerimenti circa il modo di giudicare in concreto [...] e ciò vale anche per le norme della CEDU, che hanno ricevuto ingresso nell’ordinamento giuridico interno grazie a una legge ordinaria di adattamento».

A questo punto la Corte opera una distinzione a seconda che il giudice comune torni ad occuparsi di una specifica causa rispetto alla quale la Corte di Strasburgo abbia pronunciato una sentenza ovvero al di fuori di tale presupposto. Nel primo caso «il giudice comune non potrà negare di dar corso alla decisione promanante dalla Corte di Strasburgo ... perché cessino, doverosamente, gli effetti lesivi della violazione accertata ([sentenza n. 210 del 2013](#))». Al di fuori di questa ipotesi «l’applicazione e l’interpretazione del sistema di norme è attribuito beninteso in prima battuta ai giudici degli Stati membri» i quali «non potranno ignorare l’interpretazione della Corte EDU, una volta che essa si sia *consolidata* in una certa direzione».

La Corte motiva quest’ultima affermazione con l’esigenza, che appare senza dubbio razionale, «che sia raggiunto uno stabile assetto interpretativo sui diritti fondamentali, cui è funzionale, quanto alla CEDU, il ruolo di ultima istanza riconosciuto alla

Corte di Strasburgo». Tuttavia la portata del *dictum* della Corte non può che lasciare fortemente perplessi e preoccupati per le conseguenze che ne possono derivare in ordine al rispetto del sistema convenzionale di garanzia dei diritti dell'uomo.

Il punto centrale della sentenza sta nell'affermazione che è «solo un “*diritto consolidato*”, generato dalla giurisprudenza europea, che il giudice interno è tenuto a porre a fondamento del proprio processo interpretativo, mentre *nessun obbligo esiste in tal senso, a fronte di pronunce che non siano espressive di un orientamento oramai divenuto definitivo*» (corsivi aggiunti). In altri termini, l'obbligo di interpretazione conforme alla norma convenzionale quale interpretata dalla Corte di Strasburgo e «fermo il margine di apprezzamento che compete allo Stato membro (sentenze [n. 15 del 2012](#) e [n. 317 del 2009](#))», sussiste solo in presenza di una giurisprudenza europea consolidata e non in tutti gli altri casi. Pertanto qualora il giudice comune si interroghi sulla compatibilità della norma convenzionale con la Costituzione, «va da sé che questo solo dubbio, in assenza di un “*diritto consolidato*”, è sufficiente per escludere quella stessa norma dai potenziali contenuti assegnabili in via ermeneutica alla disposizione della CEDU, così prevenendo, con interpretazione costituzionalmente orientata, la proposizione della questione di legittimità costituzionale». Dunque in queste ipotesi il giudice ordinario potrà limitarsi ad un'interpretazione costituzionalmente orientata senza necessità di sollevare la questione di legittimità costituzionale per violazione dell'art. 117, 1° co., e senza tener conto dell'interpretazione fornita dalla Corte europea dei diritti dell'uomo.

Questo passaggio della sentenza solleva un duplice ordine di problemi, il primo relativo alla definizione di «*diritto consolidato*», il secondo è quello della compatibilità di una tale giurisprudenza con gli obblighi convenzionali, in particolare con l'art. 46 CEDU, e, più in generale, con il basilare principio di buona fede nel rispetto di quegli stessi obblighi.

Sotto il primo profilo è la stessa Corte costituzionale ad ammettere che non sempre sarà «di immediata evidenza se una certa interpretazione delle disposizioni della CEDU abbia maturato a Strasburgo un adeguato consolidamento, specie a fronte di pronunce destinate a risolvere casi del tutto peculiari, e comunque formatesi con riguardo all'impatto prodotto dalla CEDU su ordinamenti giuridici differenti da quello italiano». Dopo una digressione diretta a dimostrare come sia «la stessa CEDU a postu-

lare il carattere progressivo della formazione del diritto giurisprudenziale» (a questo scopo viene anche evidenziato il carattere non vincolante dei pareri consultivi della Corte EDU *ex art. 5 del Protocollo n. 16*), la Consulta elabora una sorta di vademecum contenente gli «indici» che dimostrerebbero il carattere non consolidato della giurisprudenza di Strasburgo: «la creatività del principio affermato, rispetto al solco tradizionale della giurisprudenza europea; gli eventuali punti di distinguo, o persino di contrasto, nei confronti di altre pronunce della Corte di Strasburgo; la ricorrenza di opinioni dissenzienti, specie se alimentate da robuste deduzioni; la circostanza che quanto deciso promana da una sezione semplice, e non ha ricevuto l'avallo della Grande Camera; il dubbio che, nel caso di specie, il giudice europeo non sia stato posto in condizione di apprezzare i tratti peculiari dell'ordinamento giuridico nazionale, estendendovi criteri di giudizio elaborati nei confronti di altri Stati aderenti che, alla luce di quei tratti, si mostrano invece poco confacenti al caso italiano».

In questi casi secondo la Consulta non vi sarà «alcuna ragione che obblighi il giudice comune a condividere la linea interpretativa adottata dalla Corte EDU per decidere una peculiare controversia, sempre che non si tratti di una “sentenza pilota” in senso stretto».

In conclusione, «solo nel caso in cui si trovi in presenza di un “diritto consolidato” o di una “sentenza pilota”, il giudice italiano sarà vincolato a recepire la norma individuata a Strasburgo, adeguando ad essa il suo criterio di giudizio per superare eventuali contrasti rispetto ad una legge interna, anzitutto per mezzo di “ogni strumento ermeneutico a sua disposizione”, ovvero, se ciò non fosse possibile, ricorrendo all'incidente di legittimità costituzionale ([sentenza n. 80 del 2011](#))».

Non è però chiaro quando si sia in presenza di una giurisprudenza consolidata. Verosimilmente potrebbero ritenersi dar luogo ad un consolidamento del diritto le sentenze della Grande Camera, la quale decide in sede di riesame quando sono in gioco gravi problemi di interpretazione della Convenzione o dei suoi Protocolli (art. 43 CEDU), e in primo grado anche qualora la soluzione della questione rischi di dare luogo ad un contrasto con una sentenza pronunciata anteriormente dalla Corte (art. 30 CEDU); ma la Grande Camera pronuncia un numero esiguo di sentenze all'anno.

E nemmeno è chiaro il motivo per cui si debbano equiparare

alla giurisprudenza consolidata le sentenze pilota. Queste non riflettono necessariamente un orientamento consolidato della giurisprudenza europea quanto piuttosto l'accertamento di casi di violazioni ripetute o sistematiche della CEDU da parte dello Stato in conseguenza di un difetto strutturale dell'ordinamento giuridico o di sue prassi (e questo pone in luce un ulteriore punto di debolezza della giurisprudenza della Corte costituzionale là dove assume di essere l'unico giudice titolato alle valutazioni "sistemiche").

Resta un interrogativo: *quid* per le sentenze *definitive* delle Camere, come lo è diventata la sentenza *Varvara* (il 24 marzo 2014)? Come sottolinea [Viganò](#), evidentemente il collegio di cinque giudici previsto dall'art. 43 CEDU ha ritenuto che la richiesta del Governo italiano non presentasse profili problematici tali da imporre il riesame della sentenza da parte della Grande Camera e quindi in questo senso la sentenza della Camera ben potrebbe costituire diritto consolidato.

Rispetto ad esse l'obbligo di conformarsi sancito dall'art. 46 CEDU si pone solo per il giudice comune «che abbia definito la causa di cui ... torna ad occuparsi, quando necessario, perché cessino, doverosamente, gli effetti lesivi della violazione accertata» (par. 7) o piuttosto non grava sullo Stato e quindi su tutti i suoi organi *in primis* quelli giurisdizionali almeno ogni qualvolta si trovino ad applicare le stesse disposizioni normative? Obbligo su cui la Corte costituzionale sembra forse aver con troppa disinvoltura sorvolato, andando a inasprire un conflitto ormai non più latente che segna i rapporti con la Corte di Strasburgo. Si pensi al caso delle pensioni svizzere (sul quale la Corte EDU è ritornata nella sentenza [Stefanetti e a. c. Italia](#), 15 aprile 2014, reiterando in termini netti la decisione del caso [Maggio c. Italia](#), 31 maggio 2011, dopo la [sentenza della Corte cost. n. 264 del 2012](#)) o ancora al caso del personale ATA (tra i molti giudizi v. Corte EDU, [Agrati e a. c. Italia](#), 7 giugno 2011, [De Rosa e a.](#), 11 dicembre 2012, [Montalto e a. c. Italia](#), 14 gennaio 2014; Corte cost., [sentenza n. 311 del 2009](#); Corte GUE, 6 settembre 2011, causa C-108/10, [Scattolon](#)).

In realtà negli ultimi anni la Corte costituzionale sembra essersi decisamente e molto nettamente orientata verso l'affermazione esplicita della prevalenza del diritto interno sulla Convenzione europea dei diritti dell'uomo e più in generale sul diritto internazionale (si pensi alla [sentenza 238 del 2014](#)) attribuendosi il ruolo di cerniera di chiusura dell'ordinamento giuri-

dico italiano ai valori esterni ogni qualvolta questi siano da lei stessa, e solo da lei stessa, reputati incompatibili con limiti e controlimiti costituzionali.

Rispetto alla CEDU l'operazione di normalizzazione era già *in nuce* nelle sentenze gemelle del 2007 là dove se ne irrigidiva la dinamica normativa nell'inquadramento nell'art. 117, 1° co., Cost. e nell'esigenza «assoluta e inderogabile» che le norme che integrano il parametro di costituzionalità siano esse stesse conformi alla Costituzione. La sentenza n. 49 del 2015 va avanti nell'opera.

Non si sottovaluti però l'importanza del ruolo della Convenzione europea dei diritti dell'uomo e del suo giudice e l'ineliminabile funzione di *controllo esterno* al sistema statale che essa svolge (v. [Rodotà](#)).

15 aprile 2015

Mens rea e responsabilità dello Stato per illecito di genocidio (ancora sulla sentenza della Corte Internazionale di Giustizia)

GIULIA LANDI (§§)

Il 3 febbraio 2015 la Corte internazionale di giustizia (CIG) si è pronunciata sulla controversia tra Croazia e Serbia circa l'applicazione della Convenzione per la prevenzione e la repressione del crimine di genocidio (v. la [sentenza](#)). Il procedimento era stato riferito alla CIG dalla Croazia, che aveva richiesto alla Corte sulla base dell'art. IX della Convenzione sul genocidio di riconoscere la responsabilità internazionale della Federazione Jugoslava (Serbia e Montenegro) per gli eventi occorsi durante la guerra del 1990-1995 e rientranti nella fattispecie di atti di genocidio. In seguito alla dissoluzione della Federazione prima e alla dichiarazione di indipendenza del Montenegro poi, la Serbia è rimasta la legittima controparte. Nella propria domanda riconvenzionale, la Serbia ha per contro sostenuto il sussistere della responsabilità internazionale della Croazia per atti di genocidio compiuti il 5 agosto 1995 durante l'“Operazione tempesta”, l'offensiva militare croata messa a punto per riconquistare i territori della Krajina. La CIG ha rigettato sia la domanda croata che la domanda riconvenzionale serba. In particolare, ha ritenuto che in entrambi i casi fosse possibile verificare l'elemento materiale del genocidio ex art. II (a) (b) della Convenzione, ma che non vi fossero elementi sufficienti a comprovare l'esistenza di un intento genocidario, del c.d. *dolus specialis* che caratterizza la *mens rea* del crimine di genocidio. La sentenza si inserisce a pieno ti-

(§§) Università di Firenze.

tolo nel quadro della prassi della CIG sull'interpretazione della Convenzione sul genocidio ai fini dell'accertamento della responsabilità statale, formatasi a partire dal contenzioso Bosnia Erzegovina c. Serbia. Con [sentenza](#) resa il 26 febbraio 2007, la CIG aveva, infatti, riconosciuto il sorgere della responsabilità della Serbia per violazione dell'art. I della Convenzione, per non aver agito in modo da evitare i fatti di Srebrenica.

Prendendo spunto dal commento di [Bonafè](#) sulle persistenti incertezze della CIG in tema di rapporto tra responsabilità dello Stato e dell'individuo per il crimine di genocidio, ci concentriamo sul regime di responsabilità dello Stato per l'illecito di genocidio. Due sono le questioni di cui ci occuperemo: 1) lo *standard* della prova usato dalla CIG per l'accertamento dell'elemento psicologico del genocidio e 2) le possibilità aperte da una interpretazione della Convenzione sul genocidio quale classico trattato a tutela dei diritti umani, interpretazione che permetterebbe di seguire la prassi delle corti dei diritti umani nell'accertare la responsabilità dello Stato laddove questi non agisca per evitare azioni dolose dei suoi organi, anche nel caso in cui non sussista la responsabilità penale degli organi stessi.

1) Lo *standard* della prova per l'accertamento della *mens rea* del genocidio

Carattere peculiare dell'elemento psicologico del crimine di genocidio è la sussistenza dell'intento specifico – *dolus specialis*– di distruggere in tutto o in parte un determinato gruppo protetto (nazionale, razziale, etnico o religioso). Come riportato dalla Commissione di diritto internazionale nei commenti al [Codice dei crimini contro la pace e la sicurezza del genere umano](#), il *dolus specialis* costituisce il carattere distintivo di questo crimine internazionale. Nella sentenza resa nel caso *Bosnia c. Serbia* la CIG aveva precisato che per affermare la responsabilità statale per l'illecito di genocidio è necessario verificare tanto l'elemento materiale quanto la presenza del dolo specifico da parte degli organi di Stato. Nella presente sentenza la CIG consolida questo approccio e, seguendo la linea tracciata nel 2007, per provare il *dolus specialis* fa ampio riferimento alla prassi e agli *standard* probatori utilizzati dal Tribunale penale internazionale per la ex-Jugoslavia (TPIJ). La Corte riprende l'approccio seguito nel caso *Bosnia c. Serbia* e conferma che in assenza di chiare prove sull'esistenza di un piano statale di genocidio il *dolus specialis* può essere de-

dotto da una vasta serie di azioni poste in essere dai sospettati. Tuttavia, tale deduzione deve essere ragionevole e l'unica possibile a partire dall'analisi del caso di specie. In altre parole la Corte, pur affermando in via di principio di non adottare *standard* di stampo penalistico, sviluppa il proprio ragionamento e raggiunge le proprie conclusioni proprio sulla base di questi *standard* interpretandoli, inoltre, in senso assai rigido (par. 148). La sentenza non fa rinvio esplicito allo *standard* probatorio del diritto penale "al di là di ogni ragionevole dubbio", la cui applicazione tuttavia si intravede nell'approccio della Corte (sul punto [Bonafè](#)). In apertura la Corte respinge infatti le argomentazioni addotte dalla Croazia rispetto all'approccio al *dolus specialis* giudicato troppo restrittivo (parr. 146-148). Non solo, i giudici riprendono l'impianto del giudizio del 2007 per confermare che il *dolus specialis* è determinato da un insieme di elementi probatori solo laddove questi «could only point to the existence of such intent» (par. 148).

2) Critiche all'interpretazione consolidata dell'intento genocidiario individuale e possibili ripercussioni sul regime di responsabilità statale

Tuttavia, nel decidere di seguire nuovamente questa linea la Corte avrebbe forse potuto tenere conto che nel panorama internazionale-penalistico vanno consolidandosi sempre più forti critiche proprio verso l'utilizzo di standard probatori così alti rispetto alla *mens rea* del crimine di genocidio. L'approccio interpretativo tradizionale sviluppato dai Tribunali penali internazionali, che intende il dolo specifico come precisa volontà di distruggere in tutto o in parte un dato gruppo protetto (c.d. *purpose-based approach*) è sovente criticato a favore di un *knowledge-based approach*. Seguendo il *knowledge-based approach*, è sufficiente a dimostrare l'elemento psicologico il fatto che il perpetratore sia a conoscenza dell'obiettivo generale di distruggere un dato gruppo (sulle caratteristiche e implicazioni di ciascun approccio v. [Kress](#), pp. 304-306). Il ricorso ad un approccio meno restrittivo viene giustificato dal fatto che la Convenzione non contiene riferimenti all'uno o all'altro approccio (così [Goldsmith](#), pp. 238-257) e l'interpretazione dell'intento specifico resta controversa anche facendo riferimento ai sistemi giuridici di *civil* e *common law*. In questi ultimi infatti, nonostante siano riconosciuti degli *specific intent crimes* per i quali è necessario un obiettivo specifico -quali l'attentato, il furto o la rapina- il re-

quisito dell'intenzione è stato interpretato in senso sia volitivo che cognitivo. Nel sistema penale britannico, ad esempio, la definizione di intention include "the foresight of virtual certainty". In [R. v. Wollin](#) (1998, 1 Cr App. R 8, HL, pp. 20-21) la *House of Lords* ritenne che l'intento potesse essere provato facendo leva anche sulla virtuale certezza del perpetratore riguardo alle conseguenze della propria azione. Infine, l'[International Criminal Court Act](#) del 2001, nel definire l'intento genocidiario ai fini dell'esercizio della giurisdizione britannica, include anche la consapevolezza che le conseguenze di una data azione si inseriscano nel quadro di una serie di eventi di portata generale. Parte della dottrina ha poi messo in luce come la definizione di intento non sia del tutto cristallina neanche negli ordinamenti di *civil law*: anche quando il requisito della *mens rea* è dettagliatamente definito e incentrato sulla chiara volontà dell'agente, come nel caso dei sistemi penali spagnolo e tedesco, l'intento è derivato anche dall'essere a conoscenza di un piano criminale generale e non solo dalla manifesta volontarietà della violazione (sul punto [Ambos](#), pp. 833-858).

Merita inoltre notare che alcuni sostenitori del *purpose-based approach*, negli ultimi anni, hanno riconsiderato la propria posizione. In particolare, alcuni ritengono che il *knowledge-based approach* possa essere una valida soluzione in relazione all'accertamento della *recklessness* individuale, vale a dire della persistenza in una determinata condotta nonostante la consapevolezza del rischio che possa determinarsi un evento lesivo. In altre parole, verificare la *mens rea* attraverso la conoscenza dell'esistenza di un piano genocidiario a cui l'individuo partecipa essendo consapevole dell'obiettivo del piano generale permetterebbe di superare le difficoltà insite nell'accertamento della responsabilità penale individuale per genocidio dimostrando il dolo specifico al di là di ogni ragionevole dubbio (a questa conclusione a favore del *knowledge-based approach* è giunto [Schabas](#), pp. 254 e 264, modificando la propria precedente posizione).

Nonostante il vasto dibattito in materia, la giurisprudenza dei tribunali penali internazionali e quella della Corte penale internazionale restano per ora incentrate sulla manifesta volontarietà dell'azione. È però necessario sottolineare che il *knowledge-based approach*, pur non essendo stato ancora adottato, è stato più volte preso in considerazione. Nella prassi del TPIJ, possibili aperture interpretative rispetto al *dolus specialis* del genocidio sono state fornite dalla Camera di appello nelle sentenze rese sui

casi *Krstić* e *Jelisić*. In *Krstić* si ritenne che l'intento del genocidio potesse essere anche dedotto da «other culpable acts systematically directed against the same group. (...) Where direct evidence of genocidal intent is absent, the intent may still be inferred from the factual circumstances of the crime. The inference that a particular atrocity was motivated by genocidal intent may be drawn, moreover, even where the individuals to whom the intent is attributable are not precisely identified» (*Prosecutor v. Krstić*, 19 aprile 2004, parr. 33 e 34). In precedenza, in *Jelisić*, la Camera di appello aveva considerato che in assenza di prove inequivocabili, l'intento specifico del crimine di genocidio potesse essere dedotto da «a number of facts and circumstances, such as the general context, the perpetration of other culpable acts systematically directed against the same group, the scale of atrocities committed, the systematic targeting of victims on account of their membership of a particular group, or the repetition of destructive and discriminatory acts» (*Prosecutor v. Jelisić*, 5 luglio 2001, parr. 47-48).

La seconda Camera del Tribunale penale internazionale per il Ruanda in *Kayishema e Ruzindana* ha adottato il *purpose-based approach*, ma nel definire la *mens rea* ha precisato che può essere sufficiente che il comportamento dell'accusato sia tenuto in «furtherance of the genocidal intent» (par. 91). In altre parole, se l'individuo è a conoscenza dell'esistenza di un intento generale, si rende conto che le sue azioni possono contribuire al raggiungimento di quello scopo e persiste nell'azione criminale, il dolo può essere verificato. Anche la prima Camera preliminare della Corte penale internazionale nella decisione relativa al mandato di arresto per Al-Bashir si è pronunciata sull'approccio da adottare per verificare la *mens rea* del crimine di genocidio (*Prosecutor v. Omar Al-Bashir*, 4 marzo 2009, parr. 139-142). Il dispositivo finale non conferma l'accusa di genocidio verso Al-Bashir perché l'intento genocidario non sarebbe verificato al di là di ogni ragionevole dubbio. È interessante però notare l'opinione dissenziente sul punto del giudice Usačka, la quale ritiene che almeno in fase preliminare non sia necessario applicare uno *standard* probatorio così alto, ma sarà la Camera in fase di dibattimento a verificare la presenza del dolo specifico al di là di ogni ragionevole dubbio (parr. 84-86). Questa impostazione è stata confermata il 3 febbraio 2010 nella [sentenza](#) della Camera di appello che ha rilevato l'esistenza di un errore in diritto da parte della I Camera preliminare laddove questa non aveva ap-

plicato lo *standard* probatorio «whether there are reasonable grounds to believe» previsto per emanare un mandato di arresto, ma aveva erroneamente fatto riferimento allo *standard* più alto «beyond any reasonable doubt» previsto dall'Art. 61(7) dello Statuto di Roma per la condanna dell'accusato (parr. 30-39). La prima Camera preliminare nel luglio 2010 ha quindi reso una seconda [decisione](#) sul mandato di arresto nella quale ha stabilito che vi fossero elementi necessari per ritenere Al-Bashir responsabile del crimine di genocidio di cui all'Art. 6 (a) (b) (c) dello Statuto di Roma, in quanto *indirect perpetrator* o *indirect co-perpetrator* ex Art. 25(3) (a) dello Statuto.

In conclusione, la messa in discussione del *purpose-based approach* in diritto internazionale penale può far riflettere su quale sia lo *standard* più adatto nel quadro della responsabilità dello Stato, che ricordiamo non ha natura penale.

Nell'accertare la responsabilità statale la CIG ha deciso nel 2007 di appoggiarsi alle pronunce dei tribunali penali internazionali. Tale impostazione dal punto di vista pratico è perfettamente condivisibile, ma necessita di alcuni accorgimenti. Se da un lato infatti la Corte ha beneficiato del materiale probatorio e degli atti dei procedimenti penali internazionali, di fatto ha assegnato un ruolo centrale a prassi di tipo penale per la valutazione della responsabilità statale per fatto illecito. In questo senso, non si vede perché non si possa estendere l'analisi al di là della prassi internazional-penalistica andando a considerare anche gli elementi critici messi in luce dai giudici internazionali o le perplessità espresse da molte autorevoli voci in dottrina. In altre parole, sarebbe stato interessante avere un approccio a 360 gradi sulla disciplina penalistica, visto che su quella la CIG fa perno. Quale poteva essere l'utilità? Il dibattito in dottrina e nella giurisprudenza poteva servire alla Corte come spunto per abbassare lo *standard* della prova nel regime di responsabilità statale: se gran parte delle autorità statali è quantomeno a conoscenza della messa in pratica di atti configurabili come elemento materiale di genocidio, allora forse l'elemento psicologico di un'entità astratta qual è lo Stato può essere accertato.

In assenza di prassi sul tema, la CIG si presenta(va) come l'unica Corte in grado di poter cogliere l'opportunità di chiarire i contorni della responsabilità statale per illecito di genocidio, definendo parametri idonei all'accertamento della responsabilità dello Stato. Uno *standard* probatorio elevato come quello adottato sin qui potrebbe, in ultima analisi, far cadere il genocidio nel

paradosso giuridico di illecito tanto atroce quanto non sanzionabile; la CIG con la sentenza in esame aveva l'opportunità di scongiurare questa possibilità.

3) La Convenzione sul genocidio quale trattato a tutela dei diritti umani. Una interpretazione possibile

Venendo al secondo punto, nell'ottica di fornire un'interpretazione che consenta di accertare la responsabilità dello Stato per illecito di genocidio e nel caso in cui non vi siano problemi di attribuzione di determinate condotte dolose allo Stato, un ulteriore spunto di riflessione potrebbe venire dal considerare la Convenzione un tipico trattato a tutela dei diritti umani nel quadro della responsabilità statale. In materia di attribuzione, peraltro, merita notare che nella Sentenza la CIG utilizza i termini "forze serbe" o "Serbi" senza pregiudizio rispetto all'attribuzione della condotta dolosa allo Stato (par. 204). La Corte però precisa che, non avendo potuto verificare la sussistenza degli elementi costitutivi del genocidio, non ritiene di doversi pronunciare sulle questioni relative all'attribuzione della condotta (parr. 441-442).

In primo luogo appare necessario ricordare che nonostante la Convenzione sul genocidio abbia una chiara impostazione penale, tale impostazione non porta a configurare alcuna forma di responsabilità penale per gli Stati parte. La Convenzione si occupa principalmente di imporre obblighi di criminalizzazione, ma ciò non sottintende l'affermazione di un crimine statale. Tale ipotesi, peraltro, è stata rigettata sia durante i lavori preparatori che in linea più generale nel [Progetto di Articoli sulla responsabilità degli Stati per fatto illecito](#) del 12 dicembre 2001. La Convenzione sul genocidio può essere considerata un trattato a tutela dei diritti umani, tant'è che la [Convenzione contro la tortura](#), ad esempio, condivide la medesima struttura. Nell'ottica di favorire un approccio più ampio al regime di responsabilità statale per illecito di genocidio, è perciò utile vedere come questo viene trattato nell'ambito delle convenzioni a tutela dei diritti umani ed in particolare nella CEDU.

Il sistema CEDU pone in capo agli Stati parte obblighi positivi e negativi. Concentrandoci sull'obbligo di prevenire violazioni dei diritti umani, esso nella prassi comprende 1) il divieto per le autorità statali di porre in essere violazioni dei diritti garantiti; 2) l'obbligo per ciascuna parte contraente di astenersi da qualsiasi attività che possa contribuire ad una violazione. Gran

parte della dottrina ritiene che una interpretazione della Convenzione sul genocidio in questo senso sia possibile, tanto più che la CIG stessa ha affermato in *Bosnia c. Serbia* (par. 166) che l'obbligo di prevenire atti di genocidio previsto dall'Art. I implica necessariamente il divieto per lo Stato di commettere genocidio (cfr. sul punto e per i riferimenti Seibert-Forth, in [Gaeta](#), pp. 349-371). La giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo (Corte EDU) avrebbe potuto fornire buoni spunti di riflessione in merito agli *standard* probatori da utilizzare, in special modo quando non sia provata la responsabilità penale individuale. Nel caso [McCann c. Regno Unito](#) la Corte ha ritenuto che il Regno Unito avesse agito in violazione dell'art. 2 della CEDU (diritto alla vita) per non aver fornito in tempi ragionevoli le informazioni necessarie ad evitare che i suoi agenti uccidesse-ro erroneamente tre sospetti terroristi (parr. 173 e 200-201). Ciò indipendentemente dal fatto che gli agenti britannici non fossero penalmente responsabili, in quanto potevano ragionevolmente aspettarsi sulla base delle informazioni dell'*intelligence* che fosse necessario uccidere i tre individui per sventare un attacco a Gibilterra. Secondo la Corte EDU, quindi, l'insieme delle attività condotte dall'*intelligence* e dal Governo britannico permetteva di accertare la responsabilità dello Stato, anche quando i suoi agenti non erano ritenuti penalmente responsabili perché avevano agito in buona fede. Lo *standard* "*beyond any reasonable doubt*" è perciò interpretato nel senso di valutare gli elementi probatori nella loro generalità e forte peso è attribuito all'obbligo di astenersi da qualsiasi tipo di coinvolgimento nell'azione dolosa. Anche se la prassi consolidata della Corte prevede l'applicazione dello *standard* penalistico nella verifica della responsabilità statale, la rigidità dello *standard* può essere messa in discussione quando, ad esempio, lo Stato non abbia ottemperato al suo obbligo di condurre efficaci ed effettive indagini, portando poi alla Corte il materiale necessario ([Varnava and Others v. Turkey](#); [Tanli v. Turkey](#)). Nell'opinione dissenziente al caso [Labita c. Italia](#) è stata criticata la scelta della maggioranza di fare riferimento a requisiti tipici di alcuni sistemi penali. Tali *standard* sono stati giudicati non adatti e fuorvianti per l'accertamento della responsabilità statale, ancor più nel caso in cui gli autori delle gravi violazioni ai danni degli individui non siano individuati con certezza (cfr. l'opinione parzialmente dissenziente dei giudici Pastor Ridruejo, Bonello, Makarczyk, Tulkens, Strážnická, Butkevych, Casadevall e Zupančič, par. 1).

Una critica di questo tipo, unita all'affermazione più generale sulla necessità di guardare maggiormente alla prassi della Corte EDU e della Corte interamericana dei diritti dell'uomo per l'attribuzione della responsabilità dello Stato è stata sollevata nella Sentenza nell'[opinione dissenziente](#) del giudice Cançado Trinidad (sebbene il pilastro dell'analisi in questo caso sia il principio di umanità, parr. 96-124).

4) L'importanza di interpretare il regime di responsabilità dello Stato per evitare che il genocidio diventi un illecito non sanzionabile

Le argomentazioni sviluppate fin qui non devono far dedurre che la CIG possa essere intesa come una Corte dei diritti umani. Le giurisdizioni contenziosa e interpretativa della Corte sono ben diverse dall'operato della Corte EDU o della Corte interamericana. Tuttavia, nel caso di specie la CIG era chiamata a pronunciarsi sull'applicazione di una Convenzione adottata, nelle sue stesse parole, «for a purely humanitarian and civilizing purpose» (sentenza, par. 87, riprendendo il [Parere](#) sulle riserve alla Convenzione sul genocidio del 1951, p. 23). Riteniamo perciò che se si mette in luce l'intento *umanitario* della Convenzione, allo stesso tempo si possa prendere atto della tendenza delle corti dei diritti umani ad utilizzare lo *standard* penalistico adattandone però la rigidità alla peculiarità del regime di responsabilità statale, con particolare enfasi verso gli obblighi negativi in capo agli Stati. Tra l'altro, in termini pratici, la metodologia adoperata per accertare la responsabilità statale per illecito di genocidio non si differenzierà poi tanto da quella individuale per lo stesso crimine. Laddove non siano presenti documenti scritti che consentano di verificare l'esistenza di una politica statale – ipotesi assai diffusa – si tratta di ricostruire l'operato dei singoli organi statali. Tuttavia, il punto di riferimento per l'accertamento della responsabilità statale per fatto illecito deve restare l'interpretazione consolidata nella prassi quanto in dottrina: un illecito statale non comporta sanzioni penali, ma determina il sorgere di un obbligo di riparazione in capo allo Stato che ne è autore. È quindi auspicabile che la natura non penale della responsabilità statale e l'estrema difficoltà di verificare un crimine atroce come il genocidio possano in futuro agire da deterrenti verso l'adozione di *standard* probatori troppo alti.

12 maggio 2015

The fog of technology and international law

DUNCAN HOLLIS (***)

War is the realm of uncertainty; three quarters of the factors on which action in war is based are wrapped in a fog of greater or lesser uncertainty.

Carl von Clausewitz, *Vom Kriege* (1832), Bk. 1, Ch. 3.

It is a cruel and bitter truth that in the fog of war generally and our fight against terrorists specifically, mistakes — sometimes deadly mistakes — can occur. But one of the things that sets America apart from many other nations, one of the things that makes us exceptional is our willingness to confront squarely our imperfections and to learn from our mistakes.

U.S. President Barack Obama, April 23, 2015

I arrived in Rome for a month-long visit at LUISS Guido Carli University to find a country wrestling with the tragic news of the death of one of its own – Giovanni Lo Porto. As President Obama [himself announced](#), the United States inadvertently killed Lo Porto and Warren Weinstein, a USAID contractor, as part of a January drone strike targeting an al Qaeda compound in the Afghanistan-Pakistan border region. Both aid workers were Al Qaeda hostages; Lo Porto had been kidnapped in 2012, while Weinstein was abducted in 2011.

The story made [global headlines](#) for Obama's apology that the United States had not realized these hostages were hidden on-site, and thus their deaths were a tragic mistake:

As President and as Commander-in-Chief, I take full respon-

(***) Temple University School of Law.

sibility for all our counterterrorism operations, including the one that inadvertently took the lives of Warren and Giovanni. I profoundly regret what happened. On behalf of the United States government, I offer our deepest apologies to the families.

President Obama directed a «full review» of the strike, and there are calls for other investigations as well, including [here in Italy](#).

Amidst this tragedy – and some of the apparent missteps by the U.S. (not to mention Pakistani) governments (painfully noted [by Mr. Weinstein's family](#)) – there is something remarkable in the Obama statement. Unlike so many other reports of U.S. errors or controversial programs in recent years (think [Wikileaks](#) or [this guy](#)), here was the U.S. Government, on its own, declassifying and disclosing the facts surrounding a drone strike that by all accounts appears to have included a major mistake in its execution. For lawyers, moreover, such disclosures are critical – without them we are left with what I would call the «fog of technology» which precludes the application of the rule of law in an open and transparent way.

Clausewitz's concept of the «fog of war» is simple, and well known: it describes the situational uncertainty that military actors face, their lack of perfect information about an adversary's intentions and capabilities (not to mention incomplete knowledge of their allies' intentions and capabilities). What looks good on paper before an armed conflict may prove unworkable as the conditions of war – physical hardship, the need for immediate decision-making, emotional strains, etc. – complicate decision-making, and with it, the achievement of military objectives.

I use the term «fog of technology» to identify a similar situational uncertainty that lawyers face when confronting the deployment of new technology. Simply put, new technology can cloud how lawyers understand the content of law. Of course, lawyers can assess new technology and find it analogous to prior cases, allowing for [what I call «law by analogy»](#), where the nature or function of a new technology is regulated according to how an analogous technology or function has been regulated in the past. But the more novel the technology – the more it can function in non-analogous ways, or with effects previously unimagined – the more lawyers may (or at least should) struggle with interpreting and applying the law to it.

Now, the fog of technology can emerge in all sorts of legal

systems and all sorts of contexts from 3D printing to nanotechnology to driverless cars. But President Obama's explicit reference to Clausewitz makes me think about it in the particular context of warfare itself. We are very much in a fog of technology when it comes to applying law to modern conflicts, whether it's the remotely-piloted [drone](#) that killed Lo Porto and Weinstein, [Stuxnet](#), or rumors of [truly autonomous weapon systems](#) (or «[killer robots](#)»). Which domestic and international legal frameworks regulate the deployment of these technologies? Does international humanitarian law (IHL) govern these operations, and, if so, does it do so exclusively, or do other regimes like international human rights apply as well? To the extent a specific regime applies – IHL – how do its rules on things like distinction or neutrality apply to technologies and operations that may have no prior analogues? More specifically, how does the law treat specific cases – was the killing of Lo Porto and Weinstein tragic but legal, or was it an internationally wrongful act?

Of course, technology is not the only reason we have such questions. Indeed, several scholars (most notably [Michael Glennon](#)) have identified the idea of a «fog of law.» The rise of new types of non-state actors such as Al Qaeda continue to generate legal uncertainty; more than a decade after September 11, debates persist over whether and when U.S. counter-terrorism operations fall within a criminal law framework, or, as the U.S. insists, within the laws of armed conflict. Similarly, when the United States targets and kills a U.S. citizen abroad (such as Ahmed Farouq, the American affiliated with Al Qaeda, who died in the same strike that killed Lo Porto and Weinstein), the question is not so much how the technology did this, but whether the U.S. Constitution regulates such killing.

Still, I think there are features of technology itself that make lawyering in this context significantly more difficult. My co-blogger Ken Anderson summarized a few of the most important aspects in a [recent post](#) at the Hoover Institution. He identifies several commonalities among cyberweapons, drones, and killer robots: (i) their ability to operate remotely; (ii) their capacity for extreme precision (at least when compared to earlier weapons); and (iii) the diminished ease of attribution. Of these, I think the problem of attribution is foundational; law will have little to say if legal interpreters and decision-makers do not know how the technology has been deployed, let alone how it functions or even that it exists in the first place. In such cases, the fog of technolo-

gy is tangible.

Consider the story of drones and international law. To date, we have experienced three different layers of technological fog. The first layer was almost impenetrable. As rumors first surfaced that States had targeted and killed individuals using unmanned aerial vehicles, States such as the [United States refused to acknowledge the technology or its deployment](#). It was all classified material. In this phase, it was unclear whether international law had anything to say and, if it did, which legal frameworks might apply. Indeed, it was unclear whether States using drones were even assessing their own actions under international law (although as a former government lawyer, I assume that they did so, albeit through their interpretation of what international law requires).

As evidence of drone strikes mounted, from the deaths of wanted terrorists to stories of civilian casualties, we entered a second, slightly less foggy phase. The United States and other nations began to offer a «general defense» of the use of this technology minus operational details. As U.S. Legal Adviser, Harold Koh offered the most-well known defense of drone strikes [at the 2010 meeting of the American Society of International Law](#). Other government interpretations of the domestic and international legal bases for U.S. behavior followed, including speeches by the White House counter-terrorism adviser, John Brennan, in [2011](#) and [2012](#), [Jeh Johnson](#), the General Counsel of the Defense Department, and U.S. Attorney General [Eric Holder](#). By (partially) lifting the veil of secrecy surrounding these strikes, it became possible to have a broader conversation about when and how law (both international law and U.S. constitutional law) applied to drone strikes. Still, the U.S. government looked to avoid debating or litigating specific case, while [many facts remained unclear](#), such as how often and how many civilians had been killed via drones.

I would argue that Obama's April remarks mark a third, even less foggy, phase – one where a State is admitting responsibility for a specific attack with defined consequences. Now, we have a concrete case on which to assess the «was this legal» question, a question that was hard to answer in the second phase, and impossible in the first one. Obama himself explained the pre-conditions for the strike:

Our initial assessment indicates that this operation was fully

consistent with the guidelines under which we conduct counter-terrorism efforts in the region, which has been our focus for years because it is the home of al Qaeda's leadership.

And based on the intelligence that we had obtained at the time, including hundreds of hours of surveillance, we believed that this was an al Qaeda compound; that no civilians were present; and that capturing these terrorists was not possible. And we do believe that the operation did take out dangerous members of al Qaeda. What we did not know, tragically, is that al Qaeda was hiding the presence of Warren and Giovanni in this same compound.

Such details allow us to inquire about legal responsibility in ways that were impossible when the U.S. Government refused to concede, let alone explain, its operations. For example, what does it mean when President Obama says that he is «responsible» for Lo Pronto and Weinstein's deaths? Does it mean that the United States will concede that its operation constituted an internationally wrongful act with all that the term implies under the [Articles of State Responsibility](#)? Or, did he accept only moral responsibility, denying any legal liability on the grounds that the United States did everything international humanitarian law requires in its targeting, including compliance with the principles of distinction, proportionality, and necessity? Does it matter (legally speaking) that this was a «signature strike», launched because of the movements of military-aged males observed in suspicious activities, rather than a strike where a named target was specifically identified in advance? The United States may resist answering such questions, or push for specific positions, but it seems welcome news that we are at least able to move such discourse more into the open. Indeed, once we start to sort out *how* the law applies to these new technologies, we can ask the equally important questions about *how well* it does so.

Thus, the drone story suggests one means of lifting the fog of technology – in phases via internal, policy-level decisions. Obama [explained](#) that he directed the disclosure and declassification in this case because «even as certain aspects of our national security efforts have to remain secret in order to succeed, the United States is a democracy committed to openness in good times and in bad.» If other States followed suit, we could have a more robust dialogue on the relevant legal rules. We could even build a catalog of «State Practice» from which to draw further details

about the content and scope of international law in this context.

Of course, self-identification is not the only way to pierce the fog of technology. Indeed, we should expect it to be rare given national security concerns combined with the capacities of these technologies to hide their true origins. Other means, however, may generate the requisite information for law's application, most notably technology itself. Just as some technology facilitates discrete, anonymous behavior, other technologies push information into the open. Whatever you think of Wikileaks or Edward Snowden, their feats were a function of technology, the ability to store, leak and maintain vast troves of data in cyberspace. That information in turn allows legal analyses, discussions, and lawsuits that would not have otherwise occurred. The same is true for State actors. According to [Stewart Baker's <law>](#), «Our Security sucks, but so does theirs.» As a result, States are increasingly able to use technology to learn what other States are doing with their technology, information they appear more and more ready to publicize and act on, whether it was [U.S. cybercrime charges against 5 PLA officers](#) in 2014 or the more recent claim that [North Korea bears responsibility for the Sony Pictures hack](#). This sort of information allows further inquiries into liability and relief (for example, we only can ask whether the United States owes a remedy for the costs of cleaning Stuxnet off of civilian SCADA systems *if* we can attribute Stuxnet to the United States).

Finally, time itself is a factor here. Over time, interpretations are proffered, decisions taken, judgements rendered, that make «new» technologies less new, and confusion over their legal regulation less uncertain. Over time, the law figures out how to deal with new technology, whether to regulate it like airplanes or ban it like bioweapons. I am inclined to agree with [Martti Koskeniemi](#) that we can never fully escape the fog, whether in war, law, or technology itself. But it does seem time can make it easier to see how the law operates.

So, is the answer here to simply sit back and wait? To let States tell us what they are doing and how it's legal whenever they are ready to do so? The deaths of Warren Weinstein and Giovanni Lo Porto strongly suggest a negative answer. We cannot expect all governments to follow Obama's lead (or even that Obama will do so in future cases). But if we are to live in a world governed by law, rather than raw power, a certain amount of clarity is necessary on what States are doing with specific

technologies and why they are doing it. Governments can, and should be, pressed into more open discourse, balancing valid national security concerns with the need for law to regulate State behavior. Indeed, we need to understand how the law applies to these cases not just to regulate their operation, but to test the law's effectiveness and sufficiency. New technologies like autonomous weapons may require more than analogies to existing law; they may require entirely new frameworks. But we cannot devise such frameworks until we know where things stand at present. And so, for all the tragedy inherent in the U.S. admission that it killed Giovanni Lo Porto and Warren Weinstein, the case offers a potential bridge. This case serves as an example of the need for a more transparent environment, one where laws do not only operate as (often secret) justifications for important national security efforts, but also open and transparent mechanisms for protecting humanitarian principles in accordance with the basic concept of the rule of law itself.

14 May 2015

Il caso Contrada e il concorso esterno in associazione mafiosa davanti alla Corte europea dei diritti dell'uomo

EMANUELE NICOSIA (†††)

La lunga vicenda giudiziaria di Bruno Contrada – già dirigente della Polizia di Stato, dal 1973 capo della Squadra mobile di Palermo e poi numero tre del SISDE, arrestato nel 1992 con l'accusa di aver trasmesso a esponenti di Cosa nostra informazioni riservate sulle attività investigative in corso e infine condannato nel 1996 dal Tribunale di Palermo a dieci anni di reclusione per concorso in associazione di tipo mafioso, con sentenza divenuta poi definitiva – ha conosciuto da poco un nuovo (inaspettato?) sviluppo, che ha di fatto “riaperto” il caso: con la [sentenza](#) ([qui](#) la traduzione in italiano) Contrada c. Italia n. 3 del 14 aprile 2015, la Corte europea dei diritti dell'uomo (d'ora in poi: “Corte EDU”) ha accolto all'unanimità il ricorso di Contrada contro la condanna inflittagli dai giudici italiani e condannato lo Stato italiano a risarcire allo stesso i danni morali subiti.

La sentenza della Corte europea dei diritti dell'uomo sul caso Contrada

Contrada aveva fatto ricorso alla Corte EDU nel 2008 – dopo che la Cassazione, intervenuta all'esito di una serie di pronunce intermedie di segno diverso, aveva confermato definitivamente la condanna inflittagli in primo grado dal Tribunale di Palermo – sostenendo, in particolare, che tale condanna fosse avvenuta

(†††) Magistrato.

in violazione del principio *nulla poena sine lege* (art. 7, Convenzione europea dei diritti dell'uomo, d'ora in poi: "Cedu"); e ciò in quanto nell'ordinamento italiano la fattispecie criminosa di concorso "esterno" nel reato di associazione di tipo mafioso era stata il frutto di un'evoluzione giurisprudenziale consolidatasi solo successivamente all'epoca della commissione dei fatti contestatigli, con conseguente impossibilità per lo stesso Contrada di prevedere, all'epoca, a quali conseguenze penali sarebbe andato incontro.

Il Governo italiano si era invece difeso sostenendo che la giurisprudenza interna che aveva negato la punibilità del concorso esterno nel reato associativo era comunque pervenuta generalmente a qualificare le condotte contestate come condotte di vera e propria partecipazione all'associazione, e in ogni caso era stata sempre minoritaria, fino al definitivo consolidamento dell'opposto orientamento favorevole alla configurabilità del concorso esterno, sicché per Contrada le conseguenze penali della propria condotta erano del tutto prevedibili.

La Corte EDU ha dunque accolto la tesi di Contrada e dichiarato che la condanna di questi per concorso esterno in associazione di tipo mafioso aveva in effetti violato l'art. 7 Cedu, in quanto «all'epoca dei fatti contestati al ricorrente (1979-1988) il reato in questione non era per lui sufficientemente chiaro e prevedibile. Il ricorrente non poteva dunque conoscere nel caso di specie la pena cui sarebbe andato incontro per le condotte dallo stesso poste in essere» (par. 75).

Nel pronunciarsi sulla specifica vicenda, la Corte si è dovuta dunque confrontare con il problema generale, da sempre dibattuto in Italia, della punibilità del concorso "esterno" (eventuale) nel reato associativo: cioè di una fattispecie criminosa fondata, com'è noto, sulla combinazione tra la singola norma penale speciale che incrimina la partecipazione ad un'associazione criminale (nel caso di specie, artt. 416 e 416-bis cod. pen., rispettivamente associazione per delinquere e associazione di tipo mafioso) e, dall'altro, la norma penale generale sul concorso di persone nel reato, secondo cui quando più persone concorrono nel medesimo reato, ciascuna di esse soggiace alla pena per questo stabilita (art. 110 cod. pen.).

È noto infatti che la possibilità di applicare l'istituto di diritto penale generale del concorso di persone – oltre che ai reati tipizzati nella legislazione penale nella forma monosoggettiva (concorso "eventuale": ad es. il "palo" rispetto al furto in abitazione)

– anche a reati necessariamente plurisoggettivi (o a concorso “necessario”) come i reati associativi non è stata sempre pacifica. Con riferimento specifico alla fattispecie incriminatrice di associazione di tipo mafioso (art. 416-bis), introdotta nel 1982, la possibilità di estenderne l’applicazione, a titolo di concorso “eventuale”, a condotte che – in quanto consistenti in un contributo consapevolmente fornito al mantenimento o al rafforzamento dell’associazione – appaiono più gravi del mero favoreggiamento dei suoi membri (art. 378 cod. pen.), ma che al contempo – in quanto poste in essere da soggetti non stabilmente inseriti nell’associazione e non necessariamente interessati al raggiungimento dei suoi obiettivi – neanche paiono sussumibili all’interno della fattispecie di partecipazione piena all’associazione (fenomeno indubbiamente ricorrente sotto il profilo criminologico: politici, amministratori, imprenditori, avvocati, magistrati, ecc.), è stata da sempre controversa: prima oggetto di prese di posizione giurisprudenziali contrastanti nei primi anni di vigenza del suddetto art. 416-bis (alcune delle quali totalmente negatorie), poi prospettata con sempre maggiore frequenza, e solo a partire dal 1994 – ma non senza qualche altra successiva presa di posizione contraria – consacrata da quattro diverse sentenze delle Sezioni Unite della Corte di Cassazione, tanto da apparire oggi acquisizione pressoché pacifica.

L’oggetto specifico della sentenza Contrada

In motivazione, la Corte EDU ha richiamato innanzitutto la propria consolidata giurisprudenza in materia di art. 7 Cedu, ricordando come il principio di legalità in materia penale dallo stesso sancito possa dirsi rispettato solo allorché i reati e le pene siano chiaramente definiti dalla legge e non applicati in via analogica, in modo che ciascun individuo, nel momento in cui pone in essere una condotta, possa prevedere esattamente quali conseguenze potranno derivargli dalla stessa sul piano penale; per poi chiarire che la competenza ad interpretare la normativa interna e a qualificare i fatti alla luce della stessa appartiene ai giudici nazionali, spettando invece alla Corte il solo compito di pronunciarsi sulla compatibilità con la Cedu dei risultati di tale attività interpretativa e qualificatoria, compito che in materia di art. 7 Cedu consiste nel valutare se la condanna penale oggetto del ricorso abbia un fondamento giuridico sufficientemente chiaro.

Così facendo la Corte EDU ha inteso limitarsi a decidere se la specifica condanna a titolo di concorso esterno di Contrada fosse dallo stesso prevedibile all’epoca dei fatti a lui contesta-

ti (1979-1988), omettendo invece di pronunciarsi in generale sulla questione della compatibilità tra una condanna a titolo di concorso esterno (fondata appunto sull'interpretazione congiunta degli artt. 110 e 416-bis cod pen.), e l'art. 7 Cedu; questione che, in questi termini, potrebbe ben essere sollevata anche rispetto a fatti commessi dopo il consolidamento della giurisprudenza favorevole al concorso esterno e che sembra rimanere dunque impregiudicata dalla pronuncia in questione. Tale limitazione del campo decisionale, sebbene conforme al ruolo di giudice del caso concreto proprio della Corte EDU, nonché, probabilmente, al contenuto del ricorso di Contrada, presenta tuttavia degli aspetti critici su cui si tornerà a breve.

I motivi addotti dalla Corte EDU a sostegno della propria decisione

Così delimitato l'oggetto della propria decisione, nel caso specifico la Corte EDU è pervenuta ad affermare la violazione dell'art. 7 Cedu per difetto di prevedibilità delle conseguenze penali all'epoca dei fatti, sulla base di diverse considerazioni: a) all'epoca della commissione dei fatti contestati, l'esistenza del reato di concorso esterno in associazione mafiosa nell'ordinamento italiano era controversa in giurisprudenza, e spesso del tutto negata, essendosi profilata di tanto in tanto nei secondi anni ottanta del secolo scorso e poi consolidata solo nel 1994 con la [sentenza](#) Demitry delle Sezioni Unite della Corte di Cassazione (parr. 65-70 e 74); b) è irrilevante il richiamo del Governo italiano a talune pronunce risalenti agli anni sessanta, che avevano ammesso la configurabilità del concorso esterno con riferimento però a diverse figure di reato associativo come il reato di associazione sovversiva e simili (par. 71); c) la sentenza di condanna di Contrada della Corte d'appello di Palermo del 2006 (poi confermata definitivamente dalla Cassazione nel 2007) ha fatto leva sulla giurisprudenza delle Sezioni unite della Cassazione in tema di ammissibilità del concorso esterno, che è posteriore ai fatti contestati (par. 72); d) i giudici interni si sono limitati a trattare e risolvere affermativamente il problema dell'ammissibilità in generale del concorso esterno, ma non quello della conoscibilità di tale reato da parte del ricorrente all'epoca dei fatti (par. 73).

Considerazioni critiche

Nessuno degli argomenti utilizzati dalla Corte pare tuttavia

irresistibile. In particolare, quanto all'argomento più consistente, quello sub a), è senz'altro corretto affermare che all'epoca della commissione dei fatti da parte del ricorrente la giurisprudenza interna in materia di concorso esterno era oscillante, tra pronunce che negavano la punibilità a titolo di concorso esterno delle condotte intermedie tra la partecipazione piena all'associazione criminale e il mero favoreggiamento e pronunce che l'ammettevano, e che solo a partire dalla prima sentenza delle Sezioni Unite del 1994 il secondo orientamento si è definitivamente affermato. Ciò però non significa necessariamente che all'epoca dei fatti le conseguenze penali di una condotta consistita nel contribuire sistematicamente, attraverso il passaggio di informazioni, alle attività di un'associazione criminale non fossero in alcun modo prevedibili nel senso richiesto dall'art. 7 Cedu, considerato che l'applicazione congiunta degli artt. 110 e 416-bis cod. pen. deriva pur sempre da un'interpretazione di norme vigenti, e che tale condotta avrebbe potuto addirittura essere punita a titolo di partecipazione all'associazione criminale *tout court* (oltre che naturalmente a titolo di favoreggiamento, ma in questo caso con pena più mite).

A questo proposito va rilevato che l'art. 7 Cedu è nato con l'obiettivo minimo e formale di impedire la punizione di un fatto in assenza di previa norma incriminatrice del medesimo, ovvero in base a norma incriminatrice sopravvenuta al fatto stesso (casi ormai per lo più di scuola). La sua interpretazione, da parte della giurisprudenza europea (in ciò influenzata anche dai sistemi giuridici anglosassoni), in senso estensivo e sostanziale, incentrata sul concetto di prevedibilità delle conseguenze penali, è senz'altro meritoria nella misura in cui mira a impedire anche la punizione di un fatto sulla base di norme incriminatrici che, pur preesistenti allo stesso, siano però talmente oscure o indeterminate da rendere imprevedibile la loro applicazione, oppure siano state oggetto, almeno fino al momento della commissione del fatto, di costanti interpretazioni in *bonam partem* che hanno escluso la punibilità dell'autore (anche se eventualmente superate da interpretazioni in *malam partem* successive al fatto). La stessa interpretazione presenta però degli aspetti critici là dove, come nel caso di specie, la commissione del fatto sia avvenuta nei primi anni di vigenza di una nuova norma incriminatrice (art. 416-bis cod. pen.), in una situazione di incertezza giurisprudenziale sulla portata della nuova norma e sulle sue potenziali interazioni con altre norme (in questo caso, l'art. 110 cod. pen.): in

questi casi, considerato che qualsiasi norma incriminatrice presenta margini di incertezza interpretativa, anche nelle sue interazioni con altre norme, il rischio paradossale sarebbe quello di dover ritenere contraria all'art. 7 Cedu e al principio della prevedibilità (portato all'estremo) qualunque pronuncia sfavorevole al reo adottata in una situazione di incertezza giurisprudenziale, e quindi qualunque condanna per fatti commessi prima del "consolidamento" della giurisprudenza sfavorevole al reo, il quale però mai potrebbe verificarsi, proprio perché qualunque condanna, fino a quel momento, sarebbe preclusa dall'art. 7 Cedu.

Ecco perché sarebbe stato più logico che la Corte EDU si pronunciasse sull'eventuale intrinseca indeterminatezza (all'epoca dei fatti e a tutt'oggi) della combinazione normativa tra gli artt. 110 e 416-bis cod. pen.: o la punizione in base a tali articoli, a titolo di concorso esterno, di condotte agevolatrici dell'associazione mafiosa da parte di soggetti non appartenenti alla stessa costituisce una legittima interpretazione sistematica delle norme vigenti, pertanto non imprevedibile fin dall'introduzione dell'art. 416-bis cod. pen.; oppure la stessa costituisce un'illegittima creazione giurisprudenziale viziata dall'indeterminatezza di fondo della combinazione delle due norme, e allora non dovrebbero bastare quattro sentenze delle Sezioni unite a renderla legittima agli occhi della Corte EDU.

Quanto agli altri argomenti, in breve: quello sub b) non convince troppo, perché il problema di qualificare giuridicamente le condotte agevolative di un'associazione criminale (come partecipazione all'associazione oppure come concorso "esterno" nella stessa) è un problema che si pone in termini generali indipendentemente dal tipo di associazione criminale in questione, e anzi le conclusioni raggiunte in merito a un tipo di associazione, lungi dall'essere inapplicabili ad un'altra, ben potrebbero influenzarne l'evoluzione giurisprudenziale; quanto invece agli argomenti sub c) e d), partendo dal presupposto che il concorso esterno sia una formula di creazione giurisprudenziale ma pur sempre fondata su norme vigenti, sia il richiamo alle sentenze delle Sezioni Unite operato dalla Corte d'Appello di Palermo, sia l'analisi generale condotta dai giudici interni potrebbero ben spiegarsi con la necessità di avvalorare in generale tale interpretazione, mentre le oscillazioni relative al periodo di commissione dei fatti sarebbero irrilevanti.

Conseguenze ed effetti della sentenza Contrada

Sul piano del dibattito generale in materia concorso esterno la sentenza, proprio in quanto limitata alla compatibilità con la Cedu di una condanna per concorso esterno per fatti commessi fino al 1988, e pur in assenza di presa di posizione esplicita sul punto, potrebbe essere vista come la riprova a contrario della compatibilità con la Cedu dell'imputazione a titolo di concorso esterno ex artt. 110 e 416-bis cod. pen. a partire almeno dal 1994, data della prima pronuncia della Cassazione a Sezioni Unite, proprio perché a partire da quella data il rischio di subire una condanna a quella pena sarebbe diventato prevedibile. Si è detto, tuttavia, come tale autolimitazione dell'oggetto della decisione non appaia convincente, e come la Corte EDU avrebbe dovuto coerentemente pronunciarsi nel senso della indeterminatezza della combinazione normativa in questione.

Sul piano della concreta vicenda giudiziaria, non possono invece escludersi ulteriori sviluppi. A seguito della pronuncia della Corte EDU, Contrada ha infatti manifestato la legittima intenzione di chiedere il riconoscimento delle proprie ragioni anche da parte della giustizia italiana; e in effetti, a parte le ragioni di principio, potrebbe residuare un suo interesse concreto in questo senso, nonostante la pena detentiva principale sia già stata espiata, al fine di ottenere la revoca di pene accessorie o di far valere ulteriori pretese risarcitorie.

Al riguardo, è noto come negli ultimi anni, in assenza di rimedi normativi appositi, la giurisprudenza interna abbia cercato di dare attuazione alle pronunce della Corte EDU dichiarative di violazioni di diritti sia sostanziali che processuali avvenute nel processo penale utilizzando diversi istituti processuali idonei a modificare o paralizzare il giudicato, e scegliendo di volta in volta quello ritenuto più appropriato in base al tipo di violazione da riparare: in particolare, il ricorso al giudice dell'esecuzione (art. 670 cod. proc. pen.), il ricorso in Cassazione straordinario per errore materiale o di fatto (art. 625-bis cod. proc. pen.), o il più ampio rimedio della revisione (art. 630 cod. proc. pen.), che a seguito della [sentenza](#) 113/2011 della Corte costituzionale può essere oggi esperito anche al fine di conseguire l'eventuale riapertura del processo penale, quando ciò sia necessario per conformarsi, appunto, ad una sentenza definitiva della Corte EDU (c.d. revisione "europea").

Quale di questi rimedi risulti più appropriato in un caso come quello di Contrada, non è scontato. Peraltro, si potrebbe in que-

sto caso forse anche ipotizzare – considerato che secondo la Corte EDU il fatto «non era previsto dalla legge come reato» – un ricorso al giudice dell'esecuzione finalizzato alla revoca della sentenza ai sensi dell'art. 673 cod. proc. pen., da applicare però in via analogica (dal momento che l'articolo fa riferimento ai soli casi di abrogazione o di dichiarazione di illegittimità costituzionale della norma incriminatrice, ma non di declaratoria di non conformità alla Cedu della prassi giurisprudenziale).

Ad ogni modo, trattandosi di un caso in cui la Corte EDU ha dichiarato la violazione di un diritto sostanziale (art. 7 Cedu), al fine di dare attuazione alla pronuncia della Corte EDU non sembrerebbe necessario riaprire il processo (che la Corte EDU non ha ritenuto in alcun modo viziato), ma basterebbe piuttosto revocare la condanna a dieci anni per concorso esterno in associazione mafiosa fondata sugli artt. 110 e 416-bis cod. pen.

Peraltro, a seconda del rimedio esperito, non rimane escluso in teoria che alla revoca della sentenza di condanna si possa accompagnare un'eventuale riqualificazione delle condotte già accertate (escluso qualsiasi aggravamento del trattamento sanzionatorio già inflitto): ad esempio, a proposito della revisione "europea", la citata sentenza della Corte costituzionale ha precisato che a questa figura anomala di revisione non sarebbero applicabili le disposizioni in materia di revisione inconciliabili con l'obiettivo perseguito (porre l'interessato nelle condizioni in cui si sarebbe trovato in assenza della violazione della Cedu), prime fra tutte quelle che indicano il proscioglimento come unico esito possibile dell'accoglimento della domanda di revisione (come l'art. 637 cod. proc. pen.); sicché, alla revoca della condanna non sembrerebbe dover automaticamente conseguire il proscioglimento dell'imputato (fermo restando il divieto di reformatio in pejus derivante dal principio secondo cui la revisione può essere solo a favore del condannato, art. 629 cod. proc. pen.).

Ora, nel caso Contrada, le condotte contestate e già accertate avrebbero potuto essere astrattamente qualificate come favoreggiamento (art. 378 cod. pen.) o addirittura come partecipazione nell'associazione di tipo mafioso ai sensi del solo art. 416-bis cod. pen.: fattispecie cioè diverse da quella di concorso esterno in associazione mafiosa fondata sugli artt. 110 e 416-bis cod. pen., e soprattutto la cui applicabilità alle condotte stesse risultava verosimilmente, all'epoca dei fatti, prevedibile. Tuttavia oggi, in concreto – ammesso che il rimedio utilizzato per dare attuazione alla sentenza della Corte EDU

lasci aperta al giudice la possibilità di riqualificare le condotte in questione, anche in assenza di qualsiasi indicazione della Corte EDU in tal senso – sarebbe verosimilmente preclusa, in assenza di una vera e propria riapertura del processo (non necessitata dalla pronuncia della Corte EDU) la possibilità di procedere a simili riqualificazioni, che pure sarebbero (state) teoricamente sostenibili e perfettamente compatibili con il principio di legalità/prevedibilità di cui all'art. 7 Cedu (per l'art. 416-bis almeno per i fatti commessi dopo il 1982, data di entrata in vigore dello stesso); e ciò in quanto l'esigenza di garantire all'interessato il pieno diritto di difesa richiederebbe che tutti gli elementi costitutivi di tali diverse fattispecie criminose siano stati già accertati e dimostrati nel pieno contraddittorio (il che non appare affatto scontato).

Per concludere, resta, in ogni caso, un problema di fondo: non è tollerabile che una sentenza come questa, idonea a travolgere il giudicato formatosi sulla vicenda e a incidere in modo così rilevante sul destino giudiziario del ricorrente e, più in generale, sulla questione del concorso esterno intervenga a distanza di sette anni dalla sentenza interna definitiva (e di ventitré anni dall'arresto). A prescindere dalla questione di stabilire a chi sia imputabile questo ritardo (non necessariamente alla Corte EDU, considerata la mole di lavoro che grava sulla stessa e la scarsità di risorse umane e finanziarie a sua disposizione), è evidente infatti che un sistema integrato di tutela dei diritti fondamentali che può rimettere tutto in discussione dopo così tanti anni non garantisce né la certezza del diritto e delle soluzioni giurisprudenziali adottate, né, soprattutto, l'effettività della tutela dei diritti dei ricorrenti.

21 maggio 2015

Il Consiglio di Sicurezza approva l'Accordo sul nucleare iraniano

MIRKO SOSSAI (†††)

Il *Joint Comprehensive Plan of Action* (JCPOA), concluso lo scorso 14 luglio a Vienna tra l'Iran e i Paesi del 5+1 – o, per meglio dire, dell'E3/EU+3 (Cina, Russia, Stati Uniti, con Francia, Germania, Regno Unito, e l'Unione europea) – riguardo al programma nucleare di Teheran, rappresenta l'approdo finale di un'azione diplomatica intensa che, a partire dal novembre 2013, ha impegnato i negoziatori per 21 mesi. La complessa fase di attuazione si è aperta il 20 luglio con l'approvazione all'unanimità del Piano d'azione da parte del Consiglio di sicurezza, con l'adozione della [ris. 2231 \(2015\)](#). Immediatamente dopo, il Consiglio 'Affari esteri e relazioni internazionali' dell'UE ha pure operato il suo [endorsement](#).

Una svolta, dopo dodici anni segnati dalle accuse rivolte all'Iran di volersi dotare dell'arma nucleare. Una giornata storica quella del 14 luglio, come hanno sottolineato, pur nell'inevitabile diversità degli accenti, sia la dichiarazione congiunta dell'Alto Rappresentante dell'UE Mogherini e del Ministro degli Esteri iraniano Zarif, sia il Presidente degli Stati Uniti nel corso di una [conferenza stampa](#), irripetibilmente lunga e animata. In effetti, Obama ha colto l'occasione per rispondere alle critiche durissime rivoltegli da vari esponenti del partito repubblicano, che controlla entrambe le camere del Congresso, soprattutto rispetto alla minaccia che l'Iran continua a rappresentare per il suo sostegno al terrorismo internazionale.

Nella [stampa italiana](#), si sono salutate positivamente anche le nuove opportunità sia per l'economia reale sia per la finanza.

(†††) Università di Roma Tre.

L'Iran come ogni altro Stato non militarmente nucleare

Il contenuto dell'accordo riflette un approccio graduale (*step by step*), fondato sulla reciprocità degli impegni (*reciprocal commitments*). Si tratta essenzialmente di uno [scambio](#): l'Iran accetta una serie di limiti allo sviluppo del proprio programma nucleare – la riduzione combinata delle centrifughe, delle dotazioni di materiale fissile e dei programmi di ricerca e sviluppo – e le ispezioni della IAEA, per la revoca progressiva delle sanzioni, sia quelle adottate unilateralmente dagli Stati Uniti e dall'UE sia quelle approvate dal Consiglio di Sicurezza delle Nazioni Unite.

Questo è l'obiettivo finale del Piano d'azione: che il programma iraniano sia unicamente espressione del diritto agli usi pacifici dell'energia nucleare, riconosciuto dall'art. IV del [Trattato di non proliferazione nucleare](#), alla stregua di quello di ogni altro Stato parte, che vi abbia aderito come Stato non militarmente nucleare.

Break-out, sneak-out, and... snap-back

Per comprendere gli [impegni](#) assunti dall'Iran, non si può prescindere da tre espressioni appartenenti al gergo della non-proliferazione nucleare: *break-out*, *sneak-out*, *snap-back*. Anzi-tutto, le misure destinate a ridurre del 98% le scorte di uranio arricchito sono finalizzate ad allungare dagli attuali 2-3 mesi sino ad almeno un anno il tempo necessario all'Iran ([break-out time](#)), qualora decidesse di disattendere i termini dell'accordo, per disporre del materiale fissile qualitativamente e quantitativamente idoneo a costruire un'arma nucleare.

Né sarebbe possibile per l'Iran, a seguito dell'accordo, perseguire un programma nucleare segreto parallelo a fini militari ([sneak-out](#)), per effetto dell'accesso più libero e più ampio garantito agli ispettori della IAEA a siti non dichiarati ritenuti sospetti, compresi quelli militari.

Infine, il c.d. [snap-back](#), più volte richiamato da Obama nella sua conferenza stampa: un meccanismo [curioso](#) di reintroduzione delle sanzioni delle Nazioni Unite, nel caso una delle potenze dell'E3/EU+3 ritenga che l'Iran non stia rispettando i propri impegni. Nel quadro delineato dalla peculiare procedura prevista dal Piano d'azione e richiamata dalla ris. 2231 (2015), si staglia il potere di veto dei cinque permanenti, perché il Consiglio, a seguito della notifica di inadempimento, ha trenta giorni per votare una risoluzione sulla revoca delle sanzioni, trascorsi i quali –

senza una decisione – le disposizioni delle vecchie risoluzioni troverebbero nuovamente applicazione. In altri termini, dall'esercizio del veto da parte di uno solo dei P5 consegue la reimposizione del regime sanzionatorio. Va specificato che, secondo la risoluzione, il meccanismo non avrà effetti retroattivi.

Il calendario dell'attuazione

L'accordo è assai rigoroso quanto alle modalità di attuazione, soprattutto rispetto alla tempistica, che si caratterizza per una precisa successione di date critiche, stabilite nel [Protocollo V](#) come segue: *Finalization Day*, *Adoption Day*, *Implementation Day*, *Transition Day*, *UN Security Council Resolution Termination Day*.

Il periodo chiave per l'Iran scatterà 3 mesi dopo l'approvazione del Piano d'azione da parte del Consiglio di sicurezza (*Adoption Day*), momento a partire dal quale troverà applicazione a titolo provvisorio il [Protocollo addizionale all'accordo sulle salvaguardie](#), che l'Iran aveva firmato nel 2003 in virtù dell'art. III del TNP, ma non ancora ratificato. Il c.d. *Implementation Day* si realizzerà una volta che la IAEA avrà verificato l'adempimento da parte dell'Iran degli impegni assunti, comunicando gli esiti delle sue attività al Consiglio di sicurezza. In quel momento, che si stima possa accadere entro la metà del 2016, le sanzioni delle Nazioni Unite saranno automaticamente revocate, con l'eccezione delle restrizioni sui trasferimenti di armi e tecnologie missilistiche. La ris. 2231 stabilisce pure in 10 anni il proprio termine finale.

Anche rispetto alle [misure restrittive decise dall'UE](#), talune – quelle di carattere economico e finanziario – saranno contestualmente eliminate, altre lo saranno solo al momento del *Transition Day*, ossia verosimilmente tra otto anni: si tratta di quelle relative al settore dei trasporti, nonché di beni e tecnologie rilevanti sotto il profilo nucleare. Rimangono naturalmente in vigore le misure restrittive nei confronti delle persone responsabili di gravi violazioni dei diritti umani in Iran.

Le ispezioni 'al futuro': l'applicazione provvisoria del Protocollo addizionale

Nel quadro in esame emerge la centralità del ruolo della IAEA nell'attività di verifica del rispetto degli impegni assunti dall'Iran nel quadro del Piano d'azione, secondo quanto stabilito [dall'Allegato I](#) al punto Q. La presenza degli ispettori

dell'agenzia, specialmente nel quadro delle misure di trasparenza e di *confidence-building*, ha poi un orizzonte temporale di lungo periodo: ad esempio, la durata dei controlli sul concentrato uranifero è per 25 anni.

Occorre precisare che l'Iran notificherà all'IAEA l'applicazione a titolo provvisorio del Protocollo aggiuntivo all'accordo sulle salvaguardie, ai sensi del suo art. 17 (b). Si tratta di un passaggio decisivo, perché una delle ragioni di tensione con la IAEA in questi anni ha riguardato proprio il tema della ratifica di tale accordo, uno strumento [essenziale](#) per verificare l'assenza sia di diversione d'uso del materiale nucleare dalle attività dichiarate, sia l'inesistenza di materiale ed attività nucleari non dichiarate. Con l'applicazione del protocollo non soltanto all'Iran si richiede di fornire maggiori informazioni circa le proprie attività, ma soprattutto si consente all'IAEA un più ampio accesso anche a installazioni che non trattino o detengano materiali nucleari ma che dispongano di componenti potenzialmente utilizzabili in fasi del ciclo del combustibile nucleare.

Non è estranea al diritto della non-proliferazione e del disarmo la prassi dell'applicazione provvisoria dei trattati, [tema](#) di cui si sta notoriamente occupando la Commissione del diritto internazionale. A proposito del Trattato sulla messa al bando totale degli esperimenti nucleari del 1996, il Comitato dell'ILA sul controllo degli armamenti e il disarmo, nel suo [rapporto finale](#) del 2004, ebbe modo di riferirsi all'applicazione provvisoria come meccanismo di *confidence-building*, poiché « [it] reinforces the legal standing of the Comprehensive Nuclear-Test-Ban Treaty, encourages further ratifications, and deters any State from conducting nuclear tests in the future».

Il calendario relativo all'attuazione del Piano d'azione pare individuare in ben otto anni la durata dell'applicazione provvisoria del Protocollo aggiuntivo: [per alcuni](#), ciò si deve intendere come una concessione all'Iran, il quale intenderebbe lasciarsi aperta la possibilità in ogni momento di revocare unilateralmente gli impegni in tal modo assunti, secondo quanto previsto dall'art. 25 (2) della Convenzione di Vienna sul diritto dei trattati tra Stati e organizzazioni internazionali. Come noto, vi si stabilisce che l'applicazione provvisoria cessa a seguito della notifica dell'intenzione di non divenire parte del trattato.

Il Piano d'azione come intesa non giuridica

Con ogni probabilità la ragione dell'applicazione a titolo

provvisorio del Protocollo aggiuntivo è principalmente legata al fatto che l'intero Piano d'azione si configura come intesa non giuridica, come confermato dal testo stesso del documento, che si riferisce agli impegni assunti come *voluntary measures*. Il tema è stato ampiamente discusso negli Stati Uniti, a proposito delle conseguenze di un possibile voto negativo del Congresso sul Piano d'azione.

L'aspetto più dibattuto ha riguardato i possibili [effetti](#) della ris. 2231 (2015) sul contenuto del Piano d'azione, dato che secondo alcuni dalla decisione sarebbe derivato per gli Stati Uniti un obbligo giuridico a revocare le proprie misure unilaterali. Ma dal testo della risoluzione, in cui peraltro con singolare tecnica redazionale vengono citati sia l'art. 25 sia, più volte, l'art. 41 della Carta delle Nazioni Unite, si legge che il Consiglio ha deciso unicamente l'estinzione delle precedenti delibere relative all'Iran, mentre si ricava semplicemente un invito a tutti gli Stati membri e alle organizzazioni internazionali a sostenere l'attuazione del Piano d'azione.

E la questione della dimensione militare del programma?

La questione delle possibili dimensioni militari del programma nucleare ha segnato i rapporti dell'Iran con la IAEA negli ultimi quattro anni: lamentando la mancanza della necessaria cooperazione, il Direttore generale dell'Agenzia aveva [affermato](#) nel 2011 «di non essere nella posizione... di concludere che tutto il materiale presente in Iran è destinato ad attività pacifiche».

Dalla sommaria presentazione del suo contenuto, è già emerso che il Piano d'azione guarda ai futuri usi esclusivamente pacifici dell'energia nucleare: condizionare gli esiti del negoziato o la stessa attuazione degli impegni sottoscritti al riconoscimento da parte dell'Iran di un precedente tentativo di dotarsi dell'arma atomica avrebbe certo comportato il fallimento degli sforzi diplomatici. Potrà allora relativamente sorprendere che la questione di chiarire quanto avvenuto nel passato sia stata affidata a una [road-map](#) firmata dal governo di Teheran e dalla IAEA lo stesso 14 luglio, per sciogliere entro dicembre 2015 tutti gli aspetti principali del programma iraniano. Significativamente, il Piano d'azione sancisce che saranno le sei potenze, in quanto membri del Consiglio dei governatori dell'IAEA, a sottoporre un progetto di risoluzione, «*with a view to closing the issue*». Un altro modo ancora per annunciare che si è aperta, in ogni caso, una

510 Interventi

nuova stagione.

22 luglio 2015

La sentenza Parrillo c. Italia e quello che la Corte (non) dice sullo status dell'embrione

LUDOVICA POLI (§§§)

Con la [sentenza](#) del 27 agosto 2015, la Grande Camera della Corte europea dei diritti dell'uomo ha stabilito che il divieto di donare embrioni alla scienza, ricavabile dall'art. 13 della L. 40/2004, non viola i diritti tutelati dagli articoli 8 della Convenzione europea dei diritti dell'uomo e 1 del Protocollo 1. La Grande Camera ha così fatto salvo l'ultimo baluardo della normativa italiana in materia di fecondazione assistita, che la giurisprudenza interna (di merito e costituzionale) e la stessa Corte di Strasburgo negli anni hanno contribuito gradualmente a smantellare. (Per un riassunto degli interventi giurisprudenziali, vedi [qui](#)).

La ricorrente, Adelina Parrillo, ed il suo compagno, il regista Stefano Rollo, avevano fatto ricorso ad un trattamento di procreazione medicalmente assistita nel 2002, dunque prima dell'adozione della Legge 40/2004. Gli embrioni però non erano stati impiantati, ma erano stati sottoposti a crioconservazione. Dopo la morte del compagno (che ha perso la vita durante l'attentato di Nassiriya in Iraq, il 12 novembre 2003), la sig.ra Parrillo decideva di non procedere all'impianto e manifestava l'intenzione di donare gli embrioni alla ricerca scientifica. La donna otteneva però il rifiuto da parte della struttura sanitaria presso la quale gli embrioni erano conservati, in ragione del divieto contenuto nell'art. 13 della Legge 40/2004, che nel frattempo era entrata in vigore. Tale norma vieta infatti ogni sperimentazione sugli embrioni, disponendo, a titolo di sanzione pe-

(§§§) Università di Torino.

nale, la reclusione da due a sei anni e la multa da 50.000 a 150.000 euro. Solo la ricerca clinica e sperimentale ‘con finalità terapeutiche e diagnostiche volte alla tutela della salute e allo sviluppo dell’embrione’ è consentita dal dettato normativo, a condizione che, per perseguire i medesimi scopi, non siano disponibili metodologie alternative.

Per la Corte europea, l’impossibilità di donare gli embrioni alla scienza non violerebbe il diritto alla vita privata della ricorrente (art. 8 CEDU), dal momento che il margine di apprezzamento degli Stati risulta essere in materia particolarmente ampio, né sarebbe riconducibile ad una violazione del diritto di cui all’art. 1 del Protocollo 1, in quanto l’embrione non può essere ricondotto alla nozione di ‘bene’, di cui a tale disposizione. È utile ricordare che, con la [decisione](#) del 28 maggio 2013, la Corte aveva escluso l’ammissibilità anche della doglianza relativa all’art. 10 CEDU, non ritenendo che la ricorrente potesse considerarsi vittima, ai sensi dell’art. 35 della Convenzione, di una violazione del diritto alla libertà di ricerca scientifica, quale elemento fondamentale della libertà di espressione. Riteneva infatti la Corte che tale doglianza riguardasse «*a right vesting in the operators in the field, namely, researchers and other scientists, and not directly the applicant*».

La lettura del testo della sentenza del 27 agosto 2015 rivela gli sforzi con cui la maggioranza ha tentato di mantenere una posizione neutra sulla controversa e sensibile questione di bioetica che si pone alla base del caso: lo status dell’embrione.

Come in altri casi, infatti, ([A.](#), [B.](#) e [C. c. Irlanda](#) e [Vo c. Francia](#)) la Grande Camera ha accuratamente sorvolato sulla questione di quando la vita abbia inizio. Si è trattato, qui ancor più che altrove, di un delicato esercizio di equilibrismo, da considerarsi in linea di massima riuscito, come confermano le opinioni dei giudici Pinto de Albuquerque e Dedov, che hanno sentito l’esigenza di assumere posizioni più nette sul tema, pur sposando in linea di massima la scelta adottata in sentenza. Certo è stata un’operazione complessa, stante la molteplicità di vedute sul punto, che ben emerge dal confronto, da una parte, dell’opinione parzialmente dissenziente dei giudici Casadevall, Ziemele, Power-Forde, De Gaetano e Yudkivska – secondo i quali l’art. 8 CEDU non troverebbe applicazione nel caso di specie, non essendo in discussione il desiderio di genitorialità della ricorrente – e, dall’altra, dell’opinione dissenziente del giudice Sajò, unico componente della Grande Camera a rav-

visare una violazione di tale disposizione e a considerare che la sentenza erroneamente manchi di tenere in debita considerazione «*the important third-party interest in the health benefits arising from scientific discovery*».

In merito alla doglianza relativa all'art. 8 CEDU, la maggioranza ha stabilito che il diritto di decidere della sorte dei propri embrioni è senza dubbio compreso nel concetto di vita privata, che di per sé è molto ampio ed include il diritto all'autodeterminazione (par. 142). I giudici chiariscono poi la ragione di questa posizione, riferendosi al legame esistente tra la persona che si sottopone al trattamento di fecondazione assistita e gli embrioni così concepiti. In particolare, tale legame si concretizza nel fatto che «*the embryos contain the genetic material of the person in question and accordingly represent a constituent part of that person's genetic material and biological identity*». In questo primo passaggio, la Corte sembra in qualche modo ricondurre ad unità il genitore biologico e l'embrione, rappresentando quest'ultimo, appunto, parte integrante del materiale genetico e dell'identità biologica del primo.

Poi però, dopo aver ammesso che l'interferenza nel diritto ex art. 8 CEDU, rappresentata dalla proibizione di donare embrioni alla scienza, è prevista dalla legge, la Grande Camera riconosce che il divieto citato può essere ricondotto (testualmente, «*may be linked*») allo scopo di tutelare la morale e i diritti e le libertà di altri, «*in the terms in which the concept is meant by the Government*» (par. 167): ovvero, la protezione dell'«*embryo's potential for life*» (par. 123). La portata di una simile affermazione è chiaramente percepita dai redattori della sentenza, che si affrettano a precisare, nel medesimo paragrafo, di non intendere operare alcun accertamento «*as to wheter the word others extends to human embryos*» (par. 167).

Sebbene in modo non del tutto lineare, l'argomentazione della Corte concede spazio alle tesi di ciascuna delle due parti: da un lato, riconosce il legame (quasi di appartenenza) sussistente tra il genitore e l'embrione, dall'altro, non dimentica la particolare condizione, meritevole di tutela, in cui versa quest'ultimo.

Concludendo sul punto, però, la Corte finisce per ridimensionare la centralità del diritto di decidere della sorte dei propri embrioni nell'alveo delle posizioni giuridiche soggettive tutelate dall'art. 8 CEDU. Innanzitutto, tale diritto appare in qualche modo 'ridotto' anche nella sua formulazione: non è più presentato come diritto della ricorrente di definire il destino di

qualcosa che le appartiene, ma in termini più semplici, quale diritto di donare gli embrioni alla ricerca scientifica (par. 174). Soprattutto, però, la Grande Camera stabilisce che la pretesa sollevata dalla ricorrente non riguarda un aspetto essenziale della sua esistenza ed identità (par. 174), assumendo così una posizione che appare in contrasto con quanto affermato solo pochi paragrafi sopra. Il ridimensionamento che la Corte opera è funzionale (insieme all'assenza di consenso europeo in materia) all'individuazione dell'ampio margine di apprezzamento di cui gode lo Stato nel caso di specie (par. 175-176) e, dunque, al mancato riconoscimento di una violazione. Pur necessariamente prendendo una decisione sul merito, la Corte non tocca direttamente la delicata questione bioetica di fondo: tuttavia, una lettura più attenta rivela la posizione della maggioranza sul tema, che traspare dal testo della sentenza, più di quanto non fosse intenzione dei redattori.

Vi è infatti un passaggio in cui la Grande Camera prende apertamente posizione a favore della tesi governativa, sebbene avesse inizialmente escluso di doversi occupare di una questione sollevata dalla ricorrente a sostegno delle proprie argomentazioni. Nello specifico, la sig.ra Parrillo aveva sottolineato l'incoerenza dell'ordinamento che, a fronte del divieto di cui si dice, consente l'aborto e, soprattutto, l'utilizzo di cellule staminali di origine embrionale ricavate da embrioni distrutti all'estero.

Sul punto la Corte ha correttamente esordito rammentando che non rientra nei suoi compiti la revisione della coerenza dell'ordinamento in astratto, ma solo un'analisi delle eventuali contraddizioni che possano avere un impatto negativo sulla posizione soggettiva dell'individuo che propone il ricorso (par. 191). In effetti, il caso in esame è molto diverso da quello all'origine della [sentenza Costa e Pavan](#), in cui la Corte ha fondato l'accertamento della violazione proprio sulla contraddittorietà del nostro sistema legislativo che, pur vietando la selezione e l'impianto di embrioni non affetti dalla malattia ereditaria di cui i genitori siano portatori sani, consente l'aborto terapeutico nel caso in cui le medesime patologie vengano riscontrate nel feto attraverso tecniche di diagnosi pre-natale.

Pur avendo dunque escluso la rilevanza della questione per il caso in esame, la maggioranza non ha ommesso di convenire esplicitamente con il governo su un punto chiave dell'argomentazione di quest'ultimo, ovvero che la distruzione

deliberata di un embrione non sarebbe comparabile con l'utilizzo di cellule ottenute attraverso la distruzione, avvenuta all'estero, di embrioni ad uno stadio più prematuro (par. 194).

Si tratta di un *obiter dictum* che conferma quanto già emerso in Costa e Pavan e anzi compie un passo ulteriore: esiste cioè per la Corte una «*gradation dans le processus de procréation*» (Hervieu), che consente non solo di distinguere l'embrione, prima dell'impianto, dal feto, ma – evidentemente – anche tra embrioni a diversi stati di sviluppo.

La ricerca di una soluzione di compromesso tra le posizioni delle parti a prima vista sembrerebbe riuscita con successo anche nella parte in cui la Grande Camera dichiara l'inammissibilità della doglianza relativa al diritto garantito dall'art. 1 del Protocollo 1.

Le tesi sostenute dalle parti erano, com'è ovvio, diametralmente opposte. La ricorrente sosteneva infatti che gli embrioni non potessero considerarsi 'individui', poiché, non essendo stati impiantati, non erano destinati a divenire feti e quindi a nascere, mentre il governo affermava che gli embrioni non potessero identificarsi come "cose", considerato che nell'ordinamento italiano essi sono ritenuti soggetti di diritto, meritevoli del rispetto della dignità umana.

Sul punto i giudici hanno escluso, all'unanimità, che l'embrione possa essere descritto come "bene" ai sensi dell'art. 1 del Protocollo 1, disposizione che notoriamente implica un significato patrimoniale. Tuttavia essi hanno avuto cura di giungere ad una posizione così netta, preannunciando di non volersi esprimere sulla problematica questione di quando la vita abbia inizio, anche considerato il fatto che nel caso di specie non era in discussione l'applicazione dell'art. 2 CEDU. La Corte ha dunque tentato di assumere una posizione la più neutra possibile rispetto alla questione di fondo. Tuttavia non può negarsi che la scelta operata dalla maggioranza – che, se non ha accolto l'interpretazione del governo, ha però escluso a chiare lettere quella della ricorrente – sia di grande impatto. Certo, forse non poteva avvenire diversamente: quale che sia la posizione di ciascuno sulla necessità di dare la precedenza alla tutela della vita 'potenziale' di un embrione o, viceversa, alla speranza di cura di tanti malati, la qualificazione dell'embrione quale "bene", oggetto di diritto di proprietà di altri, è decisamente una forzatura.

Sicuramente questa decisione lascia insoddisfatti tutti coloro che rivestono grandi speranze nella ricerca scientifica per la cura

di malattie molto gravi. In realtà la questione è ancora aperta, dal momento che la Corte Costituzionale è chiamata, a seguito dell'[ordinanza](#) del Tribunale di Firenze del 7 dicembre 2012, ad esprimersi sulla questione di legittimità costituzionale del divieto di cui si dice, in relazione agli art. 9, 32 e 33 primo comma della Costituzione. Il giudice delle leggi non potrà che prendere una posizione più esplicita sulla questione bioetica di fondo. Questa volta, anzi, i termini del confronto saranno più completi: non più la sola pretesa individuale di disporre dei propri embrioni per contribuire alla scienza, ma la necessità di trovare un bilanciamento tra un “potenziale” diritto alla vita e allo sviluppo dell’embrione (in particolare, nel caso in cui sia malato o non più impiegabile per fini procreativi), con il diritto alla ricerca scientifica collegato alla tutela della salute individuale e collettiva.

22 settembre 2015

Verso una maggiore effettività del *legal aid* in Europa

SERENA QUATTROCOLO (****)

1. Nella sentenza [Konstantin Stefanov](#) c. Bulgaria, del 27 ottobre 2015, l'attenzione della Corte europea dei diritti dell'uomo (IV sez.) è stata portata, ancora una volta, sulla figura e sul ruolo del difensore nel processo penale. È noto, infatti, che nel catalogo di garanzie processuali penali, sancite dall'art. 6 §§ 2 e 3 CEDU – tutte egualmente rilevanti – il diritto dell'accusato all'assistenza difensiva riveste un carattere spesso strumentale rispetto alla effettiva fruibilità delle altre tutele ivi indicate. Proprio sotto tale angolazione, il tema è stato oggetto di importantissime pronunce dei Giudici di Strasburgo, non soltanto in relazione al basilare diritto di accesso al difensore – in particolare da parte dei soggetti privati della libertà personale (si pensi alla “storica” decisione nel caso [Salduz](#) c. Turchia e di alcune successive pronunce “collegate”, come [Panovits](#) v. Cipro e [Dayanan](#) c. Turchia) – ma anche alla necessaria effettività che deve accompagnare tale diritto. Proprio in questa prospettiva, il tema del patrocinio dei non abbienti era stato, fin qui, più volte oggetto di pronunce della Corte europea, tendenzialmente, però, sotto il profilo del rispetto dell'art. 6 § 3 lett. c CEDU. Nel caso qui segnalato, invece, la questione del corrispettivo del difensore del non abbiente è venuta in rilievo con riguardo al diritto del professionista di essere adeguatamente remunerato per le prestazioni offerte.

La comprensione dei fatti richiede, tuttavia, una doverosa premessa, che sottolinea l'eclatante assenza di armonizzazione tra gli ordinamenti del Consiglio d'Europa in relazione ad un profilo tanto fondamentale del sistema di garanzie difensive nel

(****) Università di Torino.

processo penale. Alla luce della norma convenzionale di riferimento (art. 6 § 3 lett. C CEDU: [right to] «*to defend himself in person or through legal assistance of his own choosing or, if he has not sufficient means to pay for legal assistance, to be given it free when the interests of justice so require*»), infatti, tre profili colpiscono particolarmente l'attenzione dell'operatore italiano. In primo luogo, in forza del testo riportato nell'ambito convenzionale, la difesa tecnica non riveste carattere necessario – paradigma che, invece, nel nostro ordinamento, la Corte costituzionale ha invariabilmente desunto dall'art. 24 Cost. (si veda già, C. Cost. [46/1957](#)) – ed è astrattamente rinunciabile da parte dell'imputato. In secondo luogo, data tale premessa, l'assistenza del non abbiente non è incondizionatamente garantita, ma assicurata soltanto quando ritenuta necessaria ai fini degli interessi della giustizia. Da ultimo, nomina *ex officio* e beneficio del patrocinio a spese dello Stato si confondono in una previsione che sembra mescolare due istituti che nel nostro ordinamento sono ben distinti: la prima è una modalità di nomina del difensore – *ex art. 97 c.p.p.*, che scatta ogniqualvolta l'indagato/imputato sia privo di un difensore di fiducia e la partecipazione di quest'ultimo all'atto sia necessaria – mentre la seconda è, semplicemente, una modalità di remunerazione, non di nomina, del professionista. All'interno di questa cornice si collocano i fatti oggetto della recente decisione europea.

2. Il ricorrente, cittadino bulgaro e avvocato ivi esercente la professione, era stato nominato *ex officio* come difensore di un imputato non abbiente, tratto a giudizio per reati puniti con pena detentiva elevata. Al momento della nomina, correttamente operata per il tramite del locale consiglio dell'ordine degli avvocati, la normativa nazionale rilevante era rappresentata da un intreccio di disposizioni. Per un verso, due articoli del previgente codice di procedura penale (sostituito poco dopo i fatti dal nuovo codice, entrato in vigore nel 2006), l'art. 70 e l'art. 269, disciplinavano, rispettivamente, i casi in cui l'autorità dovesse procedere alla nomina del difensore *ex officio*, e le ipotesi in cui il rinvio dell'udienza dovesse ritenersi imputabile alla condotta dilatoria di una parte, per questo sanzionabile con il versamento di una somma di denaro. Per altro verso, il § 44 della legge forense stabiliva che la remunerazione del difensore così incaricato dovesse essere determinata, sin dall'atto di nomina, non al di sotto del limite fissato da altro provvedimento, l'ordinanza (annuale) del

Consiglio nazionale forense sulla retribuzione minima dei difensori, diversificata sulla base della distinzione, tra l'altro, fra giudizio ordinario e riti negoziali. Poiché il giudice del procedimento in cui il ricorrente era stato nominato escludeva di poter fissare anticipatamente il corrispettivo minimo delle prestazioni – prima del loro effettivo svolgimento – quest'ultimo si rifiutava di rappresentare l'assistito e abbandonava l'aula. L'autorità giudiziaria era costretta a rinviare l'udienza e infliggeva perciò al medesimo la sanzione pecuniaria prevista dall'art. 269 del codice di procedura penale, che veniva poi confermata dalla Corte regionale, alla quale questi aveva proposto impugnazione. Ne seguiva il ricorso dell'avvocato alla Corte europea dei diritti dell'uomo, per lamentare l'illegittima privazione del proprio compenso professionale e l'altrettanto illegittima sanzione pecuniaria, in pretesa violazione dell'art. 1 prot. I CEDU e, in particolare, del diritto dei singoli al rispetto dei propri beni.

In primo luogo, la Corte ha escluso l'ammissibilità (art. 35 §§ 3a e 4 CEDU) della prima doglianza, incentrata sulla pretesa illegittima privazione del corrispettivo professionale, poiché per libera scelta il difensore non ha prestato alcuna attività difensiva a favore dell'assistito, facendo venire meno il rapporto sinallagmatico tra compenso e prestazione. Ammissibile, invece, anche ai sensi del parametro di recente introduzione (art. 35 § 3b CEDU) del «pregiudizio significativo», la doglianza incentrata sull'imposizione della sanzione pecuniaria, il cui importo – sulla base di uno studio socio-economico bulgaro – è stato ritenuto dalla Corte di impatto rilevante sulla condizione patrimoniale del ricorrente. La questione, però, pur ammissibile, è stata ritenuta infondata. A fronte di un'apparente contraddizione normativa tra la previsione della legge forense che imponeva la fissazione del tetto minimo di retribuzione contestualmente alla nomina e la tariffa professionale, che stabiliva valori minimi differenziati con riguardo, ad esempio, ai riti negoziali, la Corte ha assunto una posizione netta. Stante la prevalenza della disposizione del codice di procedura, che contemplava, appunto, la conseguenza sanzionatoria per il comportamento eventualmente dilatorio delle parti, il ricorrente poteva facilmente prevedere le conseguenze in cui sarebbe incorso abbandonando la difesa, seppur come reazione a un atteggiamento del giudice precedente, non compatibile con il § 44 della legge forense. Posto che non spetta alla Corte, ma ai giudici nazionali, pronunciarsi sul rispetto dei presupposti per l'applicazione di una sanzione prevista

dall'ordinamento interno, i giudici di Strasburgo hanno sottolineato come nessuna questione relativa alla remunerazione del difensore nominato *ex officio* possa sovrapporsi al regolare svolgimento del procedimento. Le conseguenze in cui l'avvocato è incorso non sono da considerarsi arbitrarie, poiché conoscibili, chiare e prevedibili, essendo peraltro interesse della collettività l'ordinato e puntuale svolgimento dei procedimenti penali, senza ingiustificati ritardi. Tale interesse rappresenta, quindi, l'adeguato bilanciamento al sacrificio imposto al singolo tramite l'inflizione della sanzione (§ 55). E' stata pertanto esclusa ogni violazione dell'art. 1 Prot. I CEDU.

3. Le conclusioni cui è giunta la Corte nel caso di specie non stupiscono, né sorprende – operata la iniziale premessa *sub 1* – che il tema del *legal aid* sia stato affrontato sotto il profilo dell'art. 1 Prot. I. Appunto, la giurisprudenza della Corte europea è ricchissima di riferimenti alla necessità che il diritto di difesa garantito all'accusato dall'art. 6 CEDU sia effettivo e non virtuale. In questo senso, sin dalla risalente (e stigmatizzante: si richiama l'indimenticata reazione di A. Pizzorusso, *Rossi di vergogna, anzi paonazzi*, in *FI* 1980, IV, c. 150 ss.) pronuncia [Artico c. Italia](#), la Corte ha ribadito l'obbligo dei legislatori interni, e il vincolo gravante sui giudici nazionali, di vigilare affinché l'assistenza difensiva, anche del non abbiente, sia sempre efficace (da ultimo ripresa, sotto questo profilo da [Dvorski c. Croazia](#), § 111), fino a stabilire la responsabilità di uno Stato membro per il mancato intervento, imperativo, a favore di un imputato non adeguatamente assistito (Artico c. Italia, § 33: «*Article 6 par. 3 (c) (art. 6-3-c) speaks of “assistance” and not of “nomination”. Again, mere nomination does not ensure effective assistance since the lawyer appointed for legal aid purposes may die, fall seriously ill, be prevented for a protracted period from acting or shirk his duties. If they are notified of the situation, the authorities must either replace him or cause him to fulfil his obligations*»).

L'obbligo di garantire diritti effettivi per gli accusati, si incrocia evidentemente con quello di assicurare agli individui presenti sul proprio territorio il diritto alla proprietà, nelle tre componenti che congiuntamente costituiscono il tessuto dell'art. 1 Prot. 1 Cedu (come ricorda la sentenza qui in commento, al § 53: pacifico godimento dei propri beni; presupposti tassativi a cui l'eventuale spossessamento è sottoposto; condizioni per

l'interferenza del potere statale, a garanzia del rispetto dell'interesse collettivo nello sfruttamento della proprietà privata da parte dei singoli). È ormai ben noto, infatti, che una delle principali cause dell'inefficienza dei sistemi di *legal aid* nel contesto europeo (pur molto variegato), è proprio quella della insufficiente remunerazione dei professionisti che – su base volontaria o meno – vengono chiamati a rappresentare e difendere i non abbienti (v., tra gli altri, [Cape, Namoradze, Smith, Sponken, *Effective Criminal Defence in Europe*](#), 591 s.). Il tema è stato recentemente portato alla ribalta dalle maggiori organizzazioni internazionali di avvocati penalisti, in occasione dei lunghi lavori preparatori poi sfociati nell'approvazione della [Direttiva UE 2013/48](#), in materia di diritto dell'accusato e del sospettato di accedere all'assistenza difensiva. Infatti, la bozza originariamente elaborata dalla Commissione, riferendosi alla lettera *c* della Roadmap per il potenziamento dei diritti difensivi, conteneva anche disposizioni attinenti al patrocinio dei non abbienti. Già in quell'occasione, la reazione dei professionisti (si veda la [posizione](#) espressa dal CCBE, a favore della netta separazione delle due tematiche, in modo da garantire al *legal aid* una disciplina completa ed articolata), aveva messo in luce l'importanza di intervenire anche sul profilo della retribuzione delle prestazioni di *legal aid*, al fine di garantire ai cittadini un servizio effettivo ed efficiente. Efficienza ed effettività della garanzia sembrano, del resto, essere i profili che più marcatamente caratterizzano tanto la [raccomandazione](#) adottata dalla Commissione in materia nel 2013, nonché la [proposta di direttiva](#) attinente proprio al *provisional legal aid* (definito dall'art. 3 della stessa bozza come assistenza difensiva a carico dello Stato richiesto per i soggetti attinti da un provvedimento limitativo della libertà – anche un mandato d'arresto europeo – in attesa della decisione definitiva sull'ammissione al beneficio). Il [documento](#) recentemente diffuso dal LEAP (*Legal Experts Advisory Panel*) congiuntamente a Fair Trials International proprio come reazione alla predetta proposta (pubblicato il 13.5.2015, v. specialmente pagg. 13 s.), sottolinea l'importanza di introdurre nel testo dell'approvanda direttiva sia un riferimento a tutte le spese e a tutte le incombenze che il difensore del non abbiente deve concretamente affrontare, sia la previsione di meccanismi correttivi per adeguare la retribuzione minima del *legal aid* all'effettiva complessità di ogni singolo caso. Del resto, l'importanza di un adeguato meccanismo di finanziamento

del patrocinio dei non abbienti è universalmente avvertito ed è stato anche recentemente ribadito dalla risoluzione [67/187](#) dell'Assemblea generale delle Nazioni Unite con cui sono stati adottati i Principi fondamentali e linee guida in materia di accesso al *legal aid* nei sistemi di giustizia penale (20.12.2012). Nel principio n. 2 si afferma che i sistemi di patrocinio dei non abbienti debbono essere «*accessible, effective, sustainable and credible*» e che, allo scopo, gli Stati debbono «*allocate the necessary human and financial resources to the legal aid system*». Nelle linee guida, poi, al punto 12, si stabilisce a chiare lettere che le spese anticipate dallo Stato debbono coprire tutta la gamma delle prestazioni difensive e che i «*payments should be timely*».

4. Alla luce di queste considerazioni pare verosimile attendersi che nel futuro prossimo la Corte possa accogliere doglianze vertenti sulla incompatibilità di certe situazioni concrete con l'art. 1 prot. I CEDU: diversamente da quanto accaduto nel caso di specie, infatti, laddove la prestazione da parte del difensore del non abbiente sia stata comunque realizzata, ma l'autorità giudiziaria si sia rifiutata di liquidarne il corrispettivo nei termini stabiliti dalla legge, oppure quando, a causa del ritardo dell'amministrazione erariale, la somma liquidata a favore del professionista non sia mai stata corrisposta, o versata con irragionevole ritardo, la Corte potrebbe ritenere effettivamente violato il parametro convenzionale, soprattutto sotto il primo dei profili enunciati nell'art. 1. Anche nella prospettiva dell'auspicabile approvazione della proposta di direttiva in materia di *legal aid*, la Corte europea rimarrà attenta guardiana del rispetto dei parametri convenzionali – dell'equo processo e della tutela del diritto di proprietà – in tutti i casi in cui l'eventuale, timida, armonizzazione operata dalla direttiva dovesse mostrare il fianco. Per un verso, infatti, occorrerà riscontrare se e come gli auspici del LEAP saranno accolti e integrati nel testo attualmente sotto esame. Per altro verso, poi, le stesse premesse da cui prende le mosse il ricordato documento riconoscono l'estrema differenziazione dei sistemi nazionali di patrocinio per i non abbienti, escludendo *a priori* spazi significativi di armonizzazione a livello di legislazione interna, pur attraverso una direttiva specificamente dedicata alla questione. Sembra difficile, quindi, che la Corte di Strasburgo, sempre più vittima del suo successo, possa sottrarsi all'onere di intervenire anche su questo complementare, ma

Diritto internazionale pubblico 523

non secondario, aspetto dell'effettività dei diritti difensivi nel processo penale.

11 novembre 2015

524 Interventi

Diritto internazionale privato

ELENA D'ALESSANDRO La Corte di Giustizia e la *Anti-Suits Injunction*
a protezione dell'arbitrato (osservazioni sul
caso Gazprom)

La Corte di Giustizia e la *Anti-Suits Injunction* a protezione dell'arbitrato (osservazioni sul caso Gazprom)

ELENA D'ALESSANDRO (*)

Con [sentenza](#) 13 maggio 2015 la Grande sezione della Corte di giustizia ha deciso il caso *Gazprom*, nell'ambito del quale era stata sollecitata a valutare la compatibilità, con il sistema del [Regolamento n. 44/2001](#) concernente la competenza giurisdizionale, il riconoscimento e l'esecuzione delle decisioni in materia civile e commerciale, di un provvedimento inibitorio emesso da un collegio arbitrale e finalizzato a far sì che una delle parti tenute della convenzione di arbitrato (il Ministero dell'energia lituano), in ossequio alla medesima, riducesse l'oggetto della controversia proposta dinanzi ad un'autorità giurisdizionale di uno Stato membro.

In precedenza, dapprima nella [causa *Turner c. Grovit*](#), la Corte del Lussemburgo aveva reputato incompatibile con il sistema della Convenzione di Bruxelles del 1968 l'emissione, da parte di un giudice di uno Stato membro, *i.e.* inglese, di un provvedimento inibitorio diretto a vietare ad una persona di iniziare o proseguire un procedimento dinanzi alle autorità giurisdizionali di altro Stato membro a vantaggio della giurisdizione inglese. Successivamente, pur essendo l'arbitrato materia esclusa dall'ambito di applicazione del Regolamento n. 44/2001, con la [sentenza *West Tankers*](#) la Corte di giustizia aveva affermato che una *anti-suit injunction* pronunciata dal giudice inglese a

(*) Università di Torino.

protezione non già di un locale giudizio nazionale ma, piuttosto, di un arbitrato avente sede in tale Stato membro confligge con l'effetto utile del Regolamento, in quanto incide sulla libertà delle autorità giurisdizionali nazionali di valutare liberamente la sussistenza della propria *potestas decidendi*.

La vicenda *Gazprom* concerne, anch'essa, un arbitrato. Vi sono, però, due elementi che differenziano il caso *Gazprom* dalla vicenda *West Tankers* e che, pertanto, hanno originato il nuovo rinvio pregiudiziale: 1) nel caso *Gazprom*, l'inibitoria non era stata emessa da un'autorità giurisdizionale di altro Stato membro ma, viceversa, da un tribunale arbitrale, costituito nel contesto di un arbitrato amministrato dalla camera di Stoccolma; 2) nel caso *Gazprom*, l'inibitoria non era una *anti-suit injunction* disciplinata dal diritto inglese, la cui caratteristica, come ricordato dalla Corte di giustizia al punto 40 della sentenza che qui si commenta, consiste: i) nel fatto di essere destinata alle parti del procedimento straniero, comunque soggette (anche) alla giurisdizione inglese; ii) nel fatto che la sua effettività è garantita dalla sanzione, parimenti emessa dal giudice anglosassone, del contempt of court, come rilevato sia dall'Avvocato generale Kokott nelle [conclusioni relative al caso West Tankers](#), sia dall'Avvocato generale Wathelet nelle [conclusioni relative al caso Gazprom](#).

Nel caso di specie il provvedimento arbitrale (così risulta dal testo della sentenza *Gazprom*) era destinato al Ministero dell'energia lituano, parte del procedimento arbitrale, ma risultava privo della possibilità di essere assistito da un provvedimento giurisdizionale coercitivo emesso da un giudice di altro Stato membro e finalizzato a garantirne l'attuazione (come nota [Layton](#), p. 144: «of course, an arbitrator's anti-suit award will only have contractual force and hence will not have the same teeth as a court injunction, which can be enforced by processes of contempt»). Almeno stando agli atti del procedimento pregiudiziale, l'attuazione dell'inibitoria restava rimessa alla libera volontà della parte destinataria, ossia, come ricordato, il Ministero dell'energia lituano. Invero, essendo tale parte quella che aveva instaurato il procedimento giurisdizionale, in mancanza di una efficace sanzione per il suo inadempimento, un volontario abbandono del giudizio lituano (ovvero una riduzione dell'oggetto della controversia là proposta, come richiesto dal lodo reso a Stoccolma) era difficilmente immaginabile.

Nelle proprie conclusioni, l'Avvocato generale Wathelet ha

colto l'occasione per tentare di superare la lettura che dei rapporti tra *anti-suit injunctions* a tutela dell'arbitrato e spazio giudiziario europeo ha dato la pronuncia *West Tankers*, in considerazione delle critiche avanzate nei confronti di tale *dictum* da parte della dottrina, in specie quella inglese. Il tentativo, ispirato ad un *favor arbitrati*, fa leva sul sopraggiunto testo del [Regolamento n. 1215/2012](#) (non applicabile, però, *ratione temporis* alla vicenda *Gazprom*) il quale, pur escludendo l'arbitrato dall'ambito di applicazione del regolamento, senza soluzione di continuità rispetto alla Convenzione di Bruxelles ed al Regolamento n. 44/2001, per un verso precisa – al suo art. 73, par. 2, – che il Regolamento n. 1215/2012 lascia impregiudicata l'operatività della [Convenzione di New York del 1958](#) e, per altro verso, al suo considerando n. 12, prevede che la decisione dell'autorità giurisdizione di uno Stato membro relativa alla nullità, inoperatività o inapplicabilità di una convenzione arbitrale non dovrebbe essere assoggettata alle disposizioni del Regolamento n. 1215/2012. Secondo l'Avvocato generale tale inciso sta a significare che «fatta salva la nullità o inapplicabilità manifesta della convenzione arbitrale, le parti debbono essere tenute a rispettarla» e, pertanto, debbono essere rinviate davanti al tribunale arbitrale.

In base a tale argomentazione, Wathelet afferma che, sia le autorità giurisdizionali, nella loro qualità di giudici di sostegno dell'arbitrato, sia gli arbitri, possono pronunciare *anti-suit injunctions*, in quanto trattasi di misure finalizzate a garantire il rispetto della convenzione di arbitrato, senza che a ciò ostino le norme sulla cooperazione giudiziaria in materia civile. Inoltre, secondo l'Avvocato generale, nel caso di misure inibitorie pronunciate nel contesto di un arbitrato, un ulteriore argomento a sostegno della conclusione *de qua* è costituito dal fatto che gli arbitri non possono essere vincolati al principio della reciproca fiducia sancito dal regolamento (*i.e.* dal Regolamento n. 44/2001 e, attualmente, dal Regolamento n. 1215/2012), posto che quest'ultimo riguarda unicamente le autorità giurisdizionali. Per Wathelet, nel caso di specie, il testo del Regolamento n. 44/2001 avrebbe dovuto essere applicato alla luce delle novità contenute nel Regolamento n. 1215/2012.

La Corte di giustizia non ha ritenuto di fare propria questa interpretazione *pro arbitrato* che si sarebbe sostanziata in un *revirement* rispetto alla decisione *West Tankers*. I giudici del Lussemburgo hanno preferito risolvere il quesito interpretativo

in modo più semplice, ossia, per un verso, valorizzando le differenze sussistenti tra la vicenda *West Tankers* e quella *Gazprom*, *in primis* la mancanza di un provvedimento coercitivo emesso dal giudice di un altro Stato membro a sostegno dell'inibitoria pronunciata dagli arbitri, il quale avrebbe in tal modo indirettamente inciso sulla *potestas decidendi* delle autorità giurisdizionali lituane; per altro verso, valorizzando la circostanza per cui il lodo arbitrale reso a Stoccolma non era concretamente idoneo a limitare la possibilità di conoscere la causa da parte del giudice lituano e non soltanto per mancanza di strumenti coercitivi finalizzati a rendere effettiva l'inibitoria, ma anche perché il lodo, per sortire un siffatto risultato, avrebbe dovuto essere in primo luogo dichiarato produttivo di effetti in Lituania. Segnatamente, il riconoscimento e l'esecuzione in territorio lituano del lodo emanato a Stoccolma risultano subordinati alla mancata integrazione di alcuno dei requisiti ostativi di cui all'art. V della Convenzione di New York del 1958. Ed è verosimile affermare che la corte di legittimità lituana, davanti alla quale proseguirà il giudizio di riconoscimento ed esecuzione del lodo, confermerà la precedente pronuncia di diniego di efficacia, a tacer d'altro a causa dell'integrazione del requisito di cui all'art. V, paragrafo 2, lettera *a*, di detta Convenzione, ossia per invalidità del patto compromissorio, in quanto relativo a materia non compromettibile ai sensi della legge lituana. Non a caso, proprio in considerazione di questo aspetto, l'Avvocato generale Wathelet aveva espresso dubbi a proposito della concreta rilevanza nel giudizio *a quo* del quesito interpretativo sottoposto alla Corte di giustizia.

Pertanto, in base a questi due soli argomenti, i giudici del Lussemburgo sono giunti alla condivisibile conclusione per cui il riconoscimento di un siffatto lodo è questione indifferente al sistema della cooperazione giudiziaria in materia civile, in quanto totalmente riservata alla Convenzione di New York del 1958. Gli arbitri, cioè, non sono tenuti a rispettare il principio della reciproca fiducia contenuto, ad oggi, nel Regolamento n. 1215/2012, inapplicabile alla fattispecie *de qua*. Ne risulta, come è evidente, che, nella vicenda *Gazprom*, il giudice lituano non soltanto non avrebbe dovuto applicare alcuna disposizione di diritto dell'Unione europea per decidere della riconoscibilità nel foro del lodo reso a Stoccolma, ma, in concreto, non avrebbe avuto neppure a che fare con il c.d. effetto utile su cui si fondava la pronuncia *West Tankers*. *Ex post*, pertanto, non si può che con-

statare che si verteva al di fuori dell'ambito di operatività dell'art. 267 TFUE.

Non v'è dubbio che la vicenda che ha dato origine al rinvio pregiudiziale si differenziasse dal caso *West Tankers* e, dunque, giustificasse un *distinguishing*. Qualcos'altro, però, è cambiato rispetto al momento storico in cui fu pronunciata la sentenza *West Tankers* e, pertanto, ben al di là di quel *distinguishing*, forse i tempi potrebbero essere maturi per un futuro *overruling* della decisione concernente i rapporti tra *anti-suit injunction* pronunciata da un giudice statale ed arbitrato. In primo luogo è stato emanato ed è divenuto applicabile il Regolamento n. 1215/2012, il quale, con soluzione di continuità rispetto a quanto previsto dal Regolamento n. 44/2001, cerca anche di evitare che una delle parti, sfruttando l'operare della norma sulla litispendenza, ostacoli il pratico funzionamento di un precedente patto attributivo della giurisdizione ad un determinato giudice statale ubicato in uno Stato membro in precedenza siglato. Il riferimento è all'art. 31, par. 2, del Regolamento n. 1215/2012. Secondo l'Avvocato generale, un analogo atteggiamento protettivo nei confronti della comune volontà delle parti sarebbe tenuto dal considerando n. 12 nei confronti della convenzione arbitrale.

In secondo luogo, per effetto della emanazione della [sentenza Gothaer](#) non è più vero che – come affermato nella pronuncia *West Tankers* – ciascun giudice ubicato in uno Stato membro è in ogni caso libero di valutare in autonomia la sussistenza della propria *potestas decidendi*. Ciò proprio in considerazione della idoneità a circolare nello spazio comune (con vincolo anche sui motivi portanti della decisione) delle decisioni declinatorie della giurisdizione per sussistenza di una valida clausola attributiva della giurisdizione disciplinata vuoi dai Regolamenti n. 44/2001 o n. 1215/2012, vuoi dalla [Convenzione di Lugano](#), clausola che condivide con la convenzione di arbitrato la natura di negozio processuale ed inoltre (se esclusiva) la circostanza per cui attribuisce la *potestas decidendi* ad una determinata autorità che in quel caso è giurisdizionale (ed è invece privata, nell'ipotesi dell'arbitrato).

La Corte di giustizia ha limitato la portata della pronuncia *Gothaer* agli accordi attributivi della giurisdizione (e, del resto, non avrebbe potuto fare diversamente, in primo luogo in considerazione del tenore del quesito rimessole) e la ha basata sul principio della fiducia reciproca che deve sussistere tra giudi-

ci di differenti Stati membri, valorizzando la circostanza per cui gli accordi attributivi della giurisdizione sono disciplinati in maniera uniforme dai Regolamenti n. 44/2001 o n. 1215/2012, ovvero dalla Convenzione di Lugano. Tuttavia, l'argomentazione non è di quelle "a tenuta stagna", considerato che i due Regolamenti (e parimenti la Convenzione) non disciplinano in modo "euro-unitario" i requisiti di validità (sostanziale) dell'accordo, *i.e.* i requisiti di efficacia diversi da quelli formali e da quello consistente nella elezione di un foro ubicato in uno Stato membro. In proposito, segnatamente, il Regolamento n. 44/2001 taceva (e la materia è altresì esclusa dalla sfera di operatività del [Regolamento n. 593/2008](#) – c.d. "Roma I"), mentre il Regolamento n. 1215/2012, al suo art. 25, espressamente stabilisce che la validità sostanziale dell'accordo è disciplinata dalla legge dell'ordinamento in cui è ubicata la corte a cui è attribuita giurisdizione esclusiva. Dimodoché, per fare operare il dispositivo della sentenza *Gothaer*, ossia al fine di ammettere, senza eccezione alcuna, la vincolatività per gli altri giudici dell'Unione di sentenze declinatorie della giurisdizione fondate sulla sussistenza di un valido accordo attributivo della potestà decisionale, occorre necessariamente postulare che la regola del *mutual trust* non riguardi soltanto il modo con cui i giudici dei singoli Stati membri applicano le norme uniformi contenute (oggi) nell'art. 25 del Regolamento n. 1215/2012 ovvero nella Convenzione di Lugano, ma, piuttosto, si estenda anche all'applicazione che il giudice adito ha fatto della legge sostanziale dell'ordinamento al quale appartiene l'autorità giurisdizionale menzionata dalla clausola attributiva della giurisdizione, al fine di vagliarne la validità sotto il profilo sostanziale.

Ne risulta che, ad oggi, una pronuncia declinatoria della giurisdizione per sussistenza di un accordo attributivo della giurisdizione non emessa per effetto dell'applicazione di sole norme uniformi di diritto europeo e che impedisce al giudice di altro Stato membro di valutare autonomamente la sussistenza della propria giurisdizione è compatibile con il sistema di Bruxelles, in virtù della prevalente esigenza di evitare conflitti negativi di giurisdizione. Viceversa, con un risultato che sembra peccare un poco di incoerenza, non è considerata compatibile con il sistema di Bruxelles – per contrasto con il c.d. effetto utile del regolamento – la decisione (non già arbitrare, poiché essa, come coerentemente sostenuto dalla decisione in epigrafe è in linea di principio ammissibile ma, invece, giurisdizionale) che reputa valido un

accordo compromissorio e che, sulla base di tale presupposto, invita le parti a non continuare un procedimento giurisdizionale pendente in altro Stato membro. Anche in questo secondo caso si priva il giudice di altro Stato membro della facoltà di valutare autonomamente la sussistenza della propria *potestas decidendi* in base alla applicazione di una normativa non uniforme ed anche in questo secondo caso la finalità è quella di evitare un diniego di giustizia e, parimenti, di salvaguardare l'effettività di un accordo negoziale, ossia quello compromissorio.

3 giugno 2015

Diritto dell'Unione europea

- GIUSEPPE MELIS Luxleaks: fine del “coordinamento fiscale” o (ri)avvio dell’armonizzazione?
- CHIARA SISLER The Court of Justice rules on the power of the European Commission to withdraw legislative proposals
- LUCIA SERENA ROSSI Un nuovo *soft instrument* per garantire il rispetto della *Rule of Law* nell’Unione europea
- DAVIDE DIVERIO Armonizzare stanca? Forse, ma conviene
- CHIARA AMALFITANO Da un’impunità di fatto ad un’imprescrittibilità di fatto della frode in materia di imposta sul valore aggiunto?

Luxleaks: fine del “coordinamento fiscale” o (ri)avvio dell’armonizzazione?

GIUSEPPE MELIS (*)

La recente rivelazione dei c.d. rulings fiscali “confidenziali” stipulati dal Lussemburgo con numerose società multinazionali, finalizzati a definire anticipatamente il regime fiscale loro applicabile con effetti vincolanti per l’amministrazione finanziaria, ha provocato grande indignazione nell’opinione pubblica e persino posto in dubbio l’opportunità che la Commissione continui ad essere presieduta da J.C. Juncker.

Sotto il profilo giuridico, la vicenda ha comportato, come noto, l’avvio di una indagine formale da parte della Commissione per appurare se questi rulings siano stati o meno “selettivi”, secondo lo schema proprio della disciplina sugli aiuti di Stato; indagine estesa anche al sistema dei rulings olandese ed irlandese.

Tuttavia, nulla di nuovo: una prospettiva di “contrasto” ben nota ad una pratica pure ben nota (prima nella sua esistenza e adesso, sia pure limitatamente ai rulings stipulati in Lussemburgo con l’assistenza di Price Waterhouse Coopers, anche nella sua consistenza).

La non desiderabilità (se non l’illegittimità tout court) dei rulings non trasparenti è invero affermata da almeno un ventennio.

(*) LUISS Guido Carli .

Risale infatti alla Comunicazione della Commissione al Consiglio [“Verso il coordinamento fiscale nell’Unione Europea: un pacchetto di misure volte a contrastare la concorrenza fiscale dannosa”](#) (COM [97] 495 del 1° ottobre 1997), l’introduzione, sotto il “cappello” del “coordinamento fiscale”, della distinzione tra una concorrenza fiscale “legittima” ed una “dannosa” (harmful tax competition), per impedire agli Stati membri di adottare o mantenere misure fiscali che siano tali da falsare in modo “sleale” il gioco della concorrenza, attraendo in modo non trasparente capitali ed imprese di altri Stati membri in pregiudizio dei relativi interessi finanziari.

Da un lato, la Comunicazione si rivolgeva agli investimenti di origine finanziaria, rispetto ai quali proponeva l’introduzione di un’aliquota di ritenuta alla fonte non inferiore al 20% sugli interessi corrisposti a non residenti o, in alternativa, di un sistema di scambio di informazioni diretto allo Stato di residenza del percettore. Dall’altro, guardava agli investimenti di origine produttiva, con l’introduzione di un Code of conduct per imporre agli Stati di astenersi dall’adottare, ovvero di eliminare, tutte le misure fiscali, di carattere non generalizzato (ergo, selettive), in grado di incidere sensibilmente sulla localizzazione delle attività produttive all’interno dell’Unione europea.

L’importanza di questo nuovo approccio sta nel fatto che l’intervento europeo in materia fiscale non viene più visto come rivolto al solo obiettivo di eliminare gli ostacoli al raggiungimento del mercato interno, ma anche a quello di tutelare gli interessi finanziari dei singoli Stati membri. L’integrazione in materia di imposizione diretta non rappresenta, dunque, solo più un elemento (negativo) di perdita di sovranità fiscale per gli Stati membri, bensì, in un certo senso, anche uno strumento (positivo) per preservarla.

L’attenzione si rivolge così alle politiche tributarie sleali e dannose, finalizzate ad attrarre investimenti produttivi e finanziari dei soggetti non residenti che, indebolendo le finanze degli Stati membri con pressione fiscale più elevata, ne condizionano la politica economica e sociale e, in definitiva, le scelte politiche sui livelli di welfare ritenuti più soddisfacenti.

Il progetto in materia di fiscalità del risparmio si è tradotto nella c.d. “Direttiva risparmio” (2003/48/CE). Da allora, tuttavia, il contrasto del trasferimento illegale di capitali all’estero ha conosciuto uno straordinario sviluppo, al punto da comportare ormai la rinuncia all’anonimato anche da parte di quei Paesi euro-

pei (Austria, Belgio e Lussemburgo) cui, nell'ambito della direttiva medesima, era stata concessa la possibilità di "sostituire" la comunicazione del nominativo del percettore dei redditi finanziari con una ritenuta alla fonte da versare allo Stato di residenza e così preservare l'anonimato; rinuncia che si inquadra nella prospettiva di avviare, già dal 2016, un meccanismo di scambio automatico di informazioni tra Stati e così garantire la piena disclosure sui titolari dei capitali esteri.

Quanto al Codice di condotta, la soppressione dei regimi ritenuti nocivi alla concorrenza dell'Unione – tra i quali, appunto, i rulings non trasparenti – è passata talvolta, ove ne ricorrevano i presupposti, attraverso le disposizioni del Trattato in materia di aiuti di Stato, altre volte ha formato oggetto di eliminazione spontanea, ed altre volte ancora, infine, di negoziazione con le istituzioni europee in vista dell'ottenimento di una proroga al termine per la loro eliminazione.

Perché, allora, dopo quasi venti anni, ci troviamo nuovamente di fronte a tali fenomeni?

La realtà è che mentre il contrasto ai regimi di attrazione degli investimenti finanziari è sensibilmente avanzato, quello ai regimi di attrazione degli investimenti produttivi – almeno a livello europeo – si è sostanzialmente arrestato. E' ben vero che a livello internazionale il contrasto ai meccanismi di erosione ed elusione fiscale si sta adesso concretizzando con il c.d. "BEPS" (Base Erosion and Profit Shifting), ma a livello europeo si è rimasti fermi al concetto di "concorrenza fiscale dannosa" e – ove il soft law non conduca alla spontanea soppressione di tali regimi – all'approccio in termini di aiuti di Stato. Con tutti i limiti che ne conseguono, tra cui appunto la "selettività" della misura – la cui esistenza i governi indagati ovviamente negano ostinatamente nel caso dei rulings da essi concessi – e che, comunque, legittima la previsione di aliquote fiscali anche modeste, purché generalizzate.

C'è allora da chiedersi se il "coordinamento fiscale" abbia sostanzialmente esaurito (se non fallito) la sua "doppia" missione, consistente, da un lato, nel costituire una valida alternativa al meccanismo di armonizzazione – arenatosi nel vincolo della decisione all'unanimità – e, dall'altro, nel tutelare gli interessi finanziari degli Stati membri e con ciò consentire loro di mantenere livelli adeguati di welfare.

In effetti, le prime dichiarazioni della Commissione all'indomani della rivelazione dei rulings sono state proprio nel

senso del riavvio del percorso di armonizzazione della tassazione delle società.

Ma i dubbi sulla reale perseguibilità di questa strada sono davvero molti; basta pensare che l'esigenza di un'armonizzazione nel settore delle imposte dirette, già avvertita nel lontano 1962 in seno al c.d. "Comitato Neumark", si è concretizzata negli anni in poche iniziative, di cui soltanto alcune si sono concluse in modo positivo e peraltro con una forte discontinuità temporale.

Non hanno tra l'altro trovato attuazione, per quanto di nostro interesse, né la proposta di direttiva del 1975 riguardante l'armonizzazione dei sistemi di imposizione societaria, dei regimi di ritenuta alla fonte sui dividendi, dei sistemi di integrazione della tassazione tra società ed azionisti e delle aliquote (in particolare, mediante la previsione di una relativa "forchetta"), né quella relativa all'armonizzazione delle regole per la determinazione del reddito d'impresa, né quella sull'armonizzazione del trattamento delle perdite nazionali.

Quanto sopra è, dunque, alla base dell'esistenza, allo stato attuale, di sensibili differenze in ordine alla determinazione della base imponibile del reddito delle persone fisiche e delle imprese, nei sistemi di tassazione di società ed azionisti e nelle aliquote societarie, che finiscono per riflettersi sulle condizioni concorrenziali e le relative scelte di localizzazione delle imprese operanti all'interno dell'Unione.

In questa prospettiva, merita sicuramente di essere portata a compimento l'azione intrapresa dalla Commissione Europea sin dal 2001 ([Comunicazione COM\(2001\)582](#)), in vista dell'adozione di un sistema di tassazione "unitario" delle imprese articolate su più Stati membri, che ha condotto ad una Proposta di direttiva presentata il 16 marzo 2011. Si tratta di una proposta non scevra da problematiche soprattutto in relazione al formulary apportionment, ma anche di una scelta non ulteriormente differibile, sia per migliorare la competitività delle aziende europee, sia per ridurre i sempre più frequenti fenomeni di delocalizzazione all'interno della stessa Unione europea. Poiché, tuttavia, questi ultimi sono ad oggi appannaggio di alcuni Stati europei, pare legittimo ipotizzare che detti Stati difficilmente presteranno il consenso necessario a raggiungere l'unanimità. Il problema, pertanto, rischia di rimanere tale.

Per legittimare un intervento più incisivo in materia fiscale mi pare allora necessario ripartire dalla relazione esistente tra la

sottrazione agli Stati di entrate fiscali determinata dai fenomeni di evasione ed elusione fiscale internazionale, agevolati dai processi di globalizzazione, e la stessa possibilità di garantire sistemi di welfare adeguati, che è stata alla base della “rivoluzione” nell’approccio alle politiche fiscali adottate dagli Stati membri sopra evidenziata, posto che la medesima relazione inizia ormai ad essere ben chiara anche alla Comunità internazionale.

E’ in questa prospettiva che si inquadra infatti il [documento dell’International Bar Association dell’ottobre 2013 denominato “Tax abuses, Poverty and Human Rights”](#), che rinviene il fondamento della lotta ai fenomeni elusivi ed evasivi internazionali nell’obbligo – contenuto nell’art. 2(1) del [Patto internazionale sui diritti economici, sociali e culturali](#) – che gli Stati hanno assunto di destinare alla progressiva, ma piena, realizzazione dei diritti umani previsti dalla medesima Convenzione, le massime risorse disponibili («to the maximum of its available resources»).

Si tratta di una posizione che trova peraltro dei precedenti, anche qui recentissimi, in quelle assunte, in tema di evasione fiscale e diritti umani, da associazioni e gruppi di pressione di carattere internazionale quali il [Business and Human Rights Resource Centre](#) e il [Tax Justice Network](#).

Il predetto art. 2(1) non coinvolge solo gli Stati, ma anche il settore privato e le società in particolare, atteso l’impatto che le loro azioni possono avere sul godimento dei diritti economici, sociali e culturali. Il Comitato delle NU sui diritti economici, sociali e culturali ha individuato varie ipotesi relative al ruolo delle corporations e/o del settore privato in generale, di dimensione sia nazionale che sovranazionale, quale il lavoro dei minori, le condizioni di lavoro insalubri, gli effetti della produzione sul diritto alla salute o i comportamenti corruttivi. In questo senso, pertanto, nulla vieta di estendere questa line of reasoning anche a quei comportamenti evasivi ed elusivi riferibili ai soggetti privati e al ruolo che gli Stati, sotto la cui giurisdizione ricadono, hanno nel prevenire siffatti comportamenti.

Si tratta di un profilo del più generale tema della Corporate Social Responsibility (CSR), affrontato sia dalle NU (cfr. i noti [UN Guiding Principles on Business and Human Rights](#)), sia dall’OCSE (cfr. le [Guidelines for Multinational Enterprises](#)). In quest’ultimo documento viene peraltro dedicato un intero capitolo all’importanza dell’adempimento degli obblighi tributari da parte delle multinazionali (Chapter XI-Taxation) le quali, come noto, sono tra i principali “protagonisti” della discussione in se-

de BEPS.

Anzi, proprio quest'ultima discussione finisce per evidenziare le strette "interrelazioni" tra le scelte di localizzazione compiute dai soggetti multinazionali e le politiche fiscali perseguite da quegli Stati che incentivano, a vario titolo, il trasferimento nel loro territorio della residenza fiscale o di funzioni fondamentali.

Come dimostra il recentissimo caso della Apple – che ha visto l'avvio di una indagine formale da parte della Commissione sui rulings emessi dall'amministrazione finanziaria irlandese relativamente ai profitti attribuibili alle sue branches locali – si tratta di politiche che, sotto il profilo del diritto europeo, si pongono spesse volte, appunto, "al confine" tra quelle che costituiscono legittimo esercizio delle prerogative di ciascuno Stato membro in materia di imposizione sui redditi e quelle, invece, che in considerazione della loro "selettività" sconfinano negli aiuti di Stato.

Mentre, tuttavia, come detto, a livello europeo la fissazione di aliquote fiscali ridottissime, ma generalizzate, viene considerata, in assenza di ulteriori elementi selettivi, quale legittimo esercizio della sovranità statale, altrettanto non accade a livello internazionale, dove l'UN Independent Expert on Extreme Poverty and Human Rights ha evidenziato il rischio connesso alla diminuzione del livello di protezione dei diritti sociali (IBA, Report, cit., p. 115-116). In altri termini, a livello internazionale, la questione delle risorse disponibili sembra "trascendere" il profilo dell'evasione ed elusione e valorizzare il livello impositivo in sé considerato. Ciò potrebbe rappresentare lo spunto per rimeditare, a livello europeo, la legittimità di aliquote fiscali fortemente ridotte, ma generalizzate, certamente produttive anch'esse di gravi distorsioni nella localizzazione delle attività d'impresa.

È dunque dall'esistenza di un collegamento tra il mancato pagamento dei tributi dovuti a politiche fiscali intese a favorire fenomeni di elusione ed evasione fiscale internazionali – o, al limite, semplicemente finalizzate ad attrarre investimenti produttivi con aliquote modeste – e il pregiudizio che esso è suscettibile di recare alla possibilità di assicurare un'efficace tutela dei diritti economici, sociali e culturali, che mi pare si debba ripartire per impostare e risolvere diversamente il "problema fiscale" nell'Unione europea.

In una prospettiva, cioè, che guardi con maggiore attenzione ai valori sociali, superando quella logica economico-mercantistica

che per lungo tempo ha ispirato le dinamiche dell'ordinamento europeo, "costringendo" la rilevanza della fiscalità di favore all'interno della disciplina degli aiuti di Stato, e che può trovare una sponda importante nello stesso Trattato di Lisbona, specie, ma non solo, in virtù del suo richiamo alla realizzazione in ambito europeo di un'economia sociale di mercato.

9 gennaio 2015

The Court of Justice rules on the power of the European Commission to withdraw legislative proposals

CHIARA SISLER (*)

In its [judgment](#) of 14 April 2015, the CJEU ruled, for the first time, on the scope and limits of the Commission power to withdraw a legislative proposal. In particular, it held that «where an amendment planned by the Parliament and the Council distorts the proposal for a legislative act in a manner which prevents achievement of the objectives pursued by the proposal and which, therefore, deprives it of its *raison d'être*, the Commission is entitled to withdraw it». The Court also stated that the exercise of such a power must be subject to certain conditions aimed at safeguarding the role of the legislator and other fundamental principles of the EU legal system.

The normative framework

Although European Treaties do not contain any explicit references to the power of the Commission to withdraw its legislative proposals, legal scholars generally regard such a power as an essential corollary of the Commission right of legislative initiative and its role of promoter of the Union interest. On the one hand, it is argued that the Commission possesses the power to withdraw legislative proposals when the legislator is planning to amend the act to the point that it would no longer express the spirit of the original proposal; otherwise, the adoption of the act

(*) University of Trento.

would amount to a denial of the Commission right of initiative, since the Parliament and the Council would be practically allowed to proceed regardless of the proposal. On the other hand, the Commission is considered to have the power to withdraw legislative proposals that no longer match the Union interest, for example due to a change in the factual situation or the availability of new data.

In the practice, the existence of a withdrawal power is not controversial. Both the Parliament and the Council recognize it. Its existence emerges also from legal texts such as the [Framework Agreement on relations between the European Parliament and the European Commission](#), according to which «[t]he Commission shall provide a detailed explanation in due time before withdrawing any proposals on which Parliament has already expressed a position at first reading». However, there is a conflict of views among the Commission and the Council on the scope and limits of such a power. While the Commission claims the right to withdraw its proposal when it has become obsolete or when it is being distorted by the legislator, the Council objects to the latter option, maintaining that such a power would clash with its right to amend a legislative proposal, enshrined in [Article 293\(1\) TFEU](#).

The background of the case

The case originated from an action brought by the Council against the Commission decision to withdraw a proposal for a framework regulation laying down general provisions for macro-financial assistance to third countries.

Macro-financial assistance (MFA) is financial aid aimed at helping third countries to deal with short-term balance-of-payments difficulties. According to [Article 212 TFEU](#), the decision to grant MFA is adopted by the Parliament and the Council in accordance with the ordinary legislative procedure. Noting that the decision-making process set out in the Treaty had resulted in significant delays in the disbursement of the assistance, while situations such as balance-of-payments difficulties would require a swifter response, in 2011, the Commission presented a [proposal](#) for a framework regulation meant to streamline the procedure for granting MFA in order to speed it up. More specifically, the proposal aimed at specifying the criteria for granting MFA and at conferring on the Commission the competence to adopt MFA decisions on the basis of the examination procedure

established by the new [comitology regulation](#).

Basically, the proposal aimed at replacing the ordinary legislative procedure with the attribution of an implementing power to the Commission. However, neither the Parliament nor the Council supported the Commission proposal. The Council was keen to maintain the ordinary legislative procedure, while the Parliament proposed the use of delegated acts. After a number of informal trilogues, the Parliament agreed with the Council on the maintenance of the ordinary legislative procedure. During the sixth trilogue, the Commission representative expressed his disagreement, based on the fact that such an approach might constitute an infringement of the Commission right of initiative, since it frustrated the very aim of the proposal, i.e. to accelerate the MFA decision-making process. Eventually, after the Parliament and the Council formalized their understanding in an agreement, the college of Commissioners decided to withdraw the proposal.

Following the Commission decision, the Council brought an annulment action before the CJEU, challenging such a decision on several grounds, namely an alleged violation of the principles of conferral and institutional balance, sincere cooperation and the obligation to state reasons. According to the Council, the power of the Commission to withdraw legislative proposals is limited to specific cases, such as the lack of progress in the procedure of adoption of the act or the obsolescence of the proposal. Such limits should be seen as safeguards aimed at protecting the legislative power of the Council and, in particular, its right to amend the Commission proposal.

The judgment of the Court

According to the Court, the power of the Commission to withdraw a legislative proposal is a corollary of its right of legislative initiative set out in [Article 17\(2\) TEU](#). Such a provision, read in conjunction with [Article 293\(2\) TFEU](#), that empowers the Commission to alter its proposal, and [Article 293\(1\) TFEU](#), according to which the Council may amend the proposal only by acting unanimously, clarifies that the role of the Commission within the legislative procedure is not limited to its initiation. It consists in promoting the general interest of the EU and taking all appropriate initiatives to that end, including the withdrawal of the proposal, if need be.

According to the Court, «where an amendment planned by the Parliament and the Council distorts the proposal for a legisla-

tive act in a manner which prevents achievement of the objectives pursued by the proposal and which, therefore, deprives it of its *raison d'être*, the Commission is entitled to withdraw it». However, according to the Court, the exercise of the power of withdrawal must be subject to precise limits, meant to ensure that it does not amount to a Commission right of veto, which would be contrary to the principle of institutional balance and conferral of powers. First of all, the decision to withdraw a legislative proposal must state its grounds, that need to be supported by cogent evidence or arguments and can be subject to judicial review. However, according to the Court, the Commission is not required to explicitly state its reasons in the withdrawal decision, being it possible to derive them from the context in which the decision has been adopted. In particular, the obligation to state reasons is deemed to be respected if the Commission has disclosed the grounds for withdrawal during a Council working party or a trilogue committee meeting.

Furthermore, when exercising its power of withdrawal, the Commission must act in compliance with the principle of sincere cooperation. In particular, it «must take into account the concerns of the Parliament and the Council underlying their intention to amend that proposal» by trying to reach a compromise solution. In other words, the power of withdrawal must be conceived as a last resort instrument, to be used only when it is apparent that the co-legislators are willing to amend the proposal in a manner that would totally deprive it of its *ratio*.

In the case at issue, the Court considered that all the above-mentioned conditions had been respected. As to the grounds for withdrawal, it concluded that the decision of the Parliament and the Council to replace implementing powers with the ordinary legislative procedure would have distorted an essential element of the proposal, by frustrating its aim of accelerating and improving the effectiveness of the MFA decision-making process. With regard to the obligation to state reasons, it noted that, although the grounds for withdrawal had not been explicitly stated by the Commission in its decision, they had been sufficiently brought to the attention of the other institutional actors, namely during Council working party and trilogue committee meetings. Finally, as far as the principle of sincere cooperation is concerned, it acknowledged that the Commission had striven to reach a compromise solution and that such a solution had been rejected by the other institutional actors. As a consequence, the Court di-

smitted the action for annulment.

Remarks

The judgment in comment represents the first case in which the Court rules on the scope and limits of the Commission power to withdraw a legislative proposal. In its decision, the Court recognized the link between the power of withdrawal and the Commission right of legislative initiative and has subjected its exercise to a number of guarantees aiming at preserving the role of the legislators.

As to the content of the judgment, it can be argued that the Court will be called upon to better specify the circumstances under which an amendment planned by the Parliament and the Council may distort the Commission proposal, thus enabling the institution to withdraw it. In fact, while in the case at issue the distortion of the proposal's *raison d'être* was quite evident, there might be cases in which the assessment of such a distortion can be far more complex.

With regard to the obligation to state reasons, it is questionable whether it can be deemed to be respected, as stated by the Court, in a case where the grounds for withdrawal had been disclosed only during a Council working party or a trilogue committee meeting. In fact, as it has been [noted](#), informing such bodies should not be sufficient, since there are many MEPs and Member States not represented there.

Furthermore, the part of the judgment devoted to the principle of sincere cooperation provides food for thought. According to the Court, the Commission is under a duty to take into account the concerns of the Parliament and the Council underlying their intention to amend that proposal. But what about the co-legislators? Are they under a duty to avoid a distortion of the Commission proposal and to try to reach a compromise solution? If so, to what extent?

Finally, it should be noted that the hypothesis of distortion of the Commission proposal does not represent the only case in which the power of withdrawal should be admitted. In particular, in line with a well-established practice, also the obsolescence of the proposal represents a suitable ground for withdrawal. Other cases of withdrawal, such as the ones performed by a newly-appointed Commission on the basis of a change in its legislative priorities, are still controversial, and it will be interesting to see if the Court will ever be called upon to rule on them.

Diritto dell'Unione Europea 545

4 maggio 2015

Un nuovo *soft instrument* per garantire il rispetto della *Rule of Law* nell'Unione europea

LUCIA SERENA ROSSI (*)

Le recenti ed inquietanti dichiarazioni pubbliche del premier ungherese Victor Orban ripropongono in maniera urgente all'Unione europea di vigilare sul rispetto della *Rule of Law*. Orban ha dichiarato di ispirarsi ad un modello di “democrazia non liberale”, focalizzata non sui diritti individuali ma su quelli della “comunità”, e addirittura ha evocato necessità di un dibattito sull'introduzione della pena di morte. Tali dichiarazioni hanno provocato sdegnate reazioni dei Presidenti della Commissione e del PE e di alcuni leader come Angela Merkel. Il tema della *Rule of Law* è centrale per la sicurezza dei diritti, per l'identità europea ed in ultima analisi anche per la credibilità dell'Unione.

Un dibattito sul pericolo che alcuni Stati dell'Unione europea non rispettino la *Rule of Law* si è instaurato ormai da tempo, prima di tutto a causa della situazione ungherese (sulla quale vedi il post di [F. Casolari](#)), ma anche in vista di possibili degenerazioni del tessuto democratico in altri Stati membri, in un periodo in cui la crisi economica incoraggia populismo e razzismo. Il controllo “interno” all'UE sul rispetto della *Rule of Law* diviene sempre più necessario ora che la prospettiva del controllo “esterno” della Consiglio d'Europa e della Corte europea dei Diritti dell'Uomo sembra indebolirsi a livello dell'UE, a seguito del [parere 2/13 della CGUE](#) (su cui v. i post di [S. Vezzani](#) e della [sottoscritta](#)). Segni di insofferenza verso la CEDU affiorano peraltro anche all'interno di alcuni Stati membri: se da un lato il Regno Unito ad esempio parla addirittura di uscire dalla CEDU,

(*) Università di Bologna.

l'ordinamento italiano, dall'altro, tende a ridimensionare il valore di quest'ultima (v. [la sentenza 49/2015](#) della Corte Costituzionale italiana, su cui il post di [P. Mori](#)).

In tale contesto assumono deciso rilievo le [Conclusioni sul rispetto della Rule of Law](#) adottate dal Consiglio Affari Generali del 16 dicembre 2014, a seguito di una nota della Presidenza italiana. Il documento mira appunto ad ampliare il quadro degli strumenti che possono essere utilizzati nell'ipotesi che uno Stato membro violi la *Rule of Law*. Si tratta della conclusione di un percorso che era iniziato nel 2013 (sul suo sviluppo v. [qui](#)), sotto presidenza irlandese, con una lettera di Danimarca, Finlandia, Germania e Paesi Bassi che chiedevano di riflettere su un nuovo e più efficace meccanismo per garantire i valori fondamentali negli Stati membri, ed aveva interessato le principali istituzioni europee. Fra i molti documenti adottati da queste ultime merita soprattutto ricordare la nota del Consiglio del 29 maggio 2013, le risoluzioni del PE del 3 luglio 2013 sul "[caso Ungheria](#)" e del 12 marzo 2014 sulla [valutazione della giustizia in relazione alla giustizia penale e allo stato di diritto](#), la [comunicazione](#) della Commissione del 19 marzo 2014 (sulla quale v. [qui](#) e [qui](#)).

Nel diritto internazionale non esiste un'univoca definizione di *Rule of Law*, ma essa viene usualmente a coincidere con lo Stato di Diritto, che comprende l'ordinamento politico e giuridico, la separazione dei poteri, l'indipendenza della magistratura e più in generale l'assetto costituzionale degli Stati. Nell'ambito del Consiglio d'Europa, la c.d. Commissione di Venezia, nel suo *Report on the Rule of Law*, elenca fra i principi dello Stato di diritto quelli di legalità, certezza del diritto, divieto di arbitrarietà del potere esecutivo, indipendenza e imparzialità del giudice, controllo giurisdizionale effettivo, uguaglianza davanti alla legge.

Nel diritto dell'UE, la definizione di *Rule of Law* che emerge dal Trattato di Lisbona è più ampia; essa si evince dall'art. 2 TUE, che elenca i valori fondativi dell'Unione: rispetto della dignità umana, della libertà, della democrazia, dell'uguaglianza, dello Stato di diritto e del rispetto dei diritti umani, compresi i diritti delle persone appartenenti a minoranze. Pertanto lo Stato di diritto è solo una parte dei valori che devono essere comuni all'UE e ai suoi Stati membri. La promozione di tali valori rientra fra gli obiettivi dell'UE (art. 3 TUE), e ne guida la sua azione sul piano internazionale (artt. 21, 32, 42 TUE) e la politica di vicinato (art. 8 TUE).

Il rispetto di tali valori è dovuto non solo dalle istituzioni dell'UE ma anche dagli Stati membri. Infatti, secondo il citato art. 2 TUE, «questi valori sono comuni agli Stati membri in una società caratterizzata dal pluralismo, dalla non discriminazione, dalla tolleranza, dalla giustizia, dalla solidarietà e dalla parità tra donne e uomini». Il rispetto di tali valori è inoltre imposto come preconditione per divenire membri dell'UE (art. 49 TUE), che riprende e si aggiunge ai c.d. [criteri di Copenaghen](#). La nota del 14 novembre indirizzata dalla Presidenza italiana al Consiglio ha definito la *Rule of Law* come un «elemento essenziale dell'identità europea».

A tali valori si aggiunge, con il Trattato di Lisbona, la Carta dei diritti fondamentali dell'UE. Anch'essa vincola tanto le istituzioni, quanto gli Stati membri, ma per questi ultimi solo quando essi attuano il diritto dell'UE (o, come ha detto la Corte di Giustizia nel caso [Åklagaren](#), anche quando, più in generale, le norme o prassi di questi ultimi ricadano “nel campo di applicazione” del diritto dell'UE).

Nell'ordinamento dell'UE il concetto di *Rule of Law* attinge dunque da più fonti, cui si aggiungono le costituzioni nazionali. Nel 2013 il Consiglio GAI, a seguito di una conferenza tenutasi a Dublino e di una lettera congiunta di alcuni Stati membri, aveva però rilevato che non vi era ancora fra i membri dell'Unione un “*common understanding*” del concetto di *Rule of Law*. Quest'ultimo infatti si presta a due diverse interpretazioni *thin* (meramente formale o procedurale) o *thick* (che guarda al contenuto sostanziale e agli effetti concreti delle norme). La Presidenza irlandese riteneva che questa seconda concezione è inerente all'art. 2 TUE e all'intesa che ha guidato la missione storica dell'UE. Il documento concludeva sottolineando l'importanza di promuovere un concetto condiviso di *Rule of Law* fra gli Stati membri, pur nel rispetto delle tradizioni costituzionali di questi ultimi.

Allo stato attuale, i Trattati dell'UE prevedono due diversi tipi di strumenti, uno giurisdizionale e l'altro politico, che possono essere utilizzati per sanzionare lo stato che viola i diritti fondamentali o i principi della *Rule of Law*. Entrambi gli strumenti trovano però limiti alla loro applicazione.

a) Strumenti giurisdizionali. Il ricorso di infrazione (artt. 258-260 TFUE) può essere promosso dalla Commissione, o (ipotesi assai rara) da un altro Stato membro, contro uno Stato che viola gli obblighi imposti dal diritto UE. Ciò significa che le vio-

lazioni dei diritti fondamentali e delle regole democratiche possono essere colpite solo se non vi è una connessione con il diritto materiale dell'UE. Lo stesso vale anche per quanto riguarda il rinvio pregiudiziale di interpretazione, che talvolta viene usato dalla Corte di giustizia per dichiarare che la normativa o la prassi di uno Stato contravviene a specifiche norme dell'UE (è successo, ad esempio, con riferimento a talune norme dell'ordinamento ungherese). Questi strumenti possono talvolta avere una funzione indiretta per colpire Stati che violano la *Rule of Law*, come è accaduto in talune pronunce contro l'Ungheria, ma ovviamente esso deve rimanere nei confini stabiliti dai Trattati e dunque all'interno delle competenze dell'Unione. La Commissione può anche promuovere ricorsi di infrazione per violazione dell'art 6 TUE e della Carta dei diritti fondamentali, ad esso collegata, ma dovrà pur sempre limitarsi a violazioni che ricadano nel campo di applicazione del diritto dell'UE (il che è ribadito dall'art. 51 della Carta).

b) Strumenti politici. Per le violazioni non connesse all'applicazione di norme dei Trattati o del diritto derivato dell'UE vi è lo strumento di cui all'art. 7.2 TUE, che prevede che in caso di violazione grave e persistente (c.d. "minaccia sistemica") dei valori di cui all'art.2 TUE da parte di uno Stato membro, il Consiglio europeo possa decidere di sospendere quest'ultimo dai diritti che gli derivano dai Trattati europei, inclusi quelli di voto, restando tuttavia soggetto agli obblighi da essi imposti. Il Consiglio europeo delibera all'unanimità su proposta di un terzo degli Stati membri o della Commissione europea e previa approvazione del Parlamento europeo, dopo aver invitato tale Stato membro a presentare osservazioni.

Tale norma, inizialmente introdotta dal Trattato di Amsterdam in vista di una possibile adesione della Turchia, non è mai stata usata. Ciò è dovuto sia alla complessa procedura e alle maggioranze richieste, sia alla ritrosia, da parte degli Stati, a utilizzare una sanzione così pesante politicamente. L'art. 7 è una specie di arma atomica, troppo distruttiva per essere utilizzata. L'unico caso in cui si è avuta una reazione, addirittura preventiva, contro possibili violazioni della *Rule of Law* si colloca al di fuori dell'art. 7. Ci si riferisce a quanto accaduto nel c.d "caso Haider", nel 2000. Tale misura, di carattere politico-diplomatico, ebbe però il carattere non di una misura dell'UE, ma di una "reazione comune" degli Stati membri di cui si fece portavoce la Presidenza di turno.

Il Trattato di Lisbona ha cercato di rimediare a tale situazione introducendo all'art 7.1 TUE una sorta di *early warning*: su proposta motivata di un terzo degli Stati membri, del Parlamento europeo o della Commissione, il Consiglio, deliberando alla maggioranza dei quattro quinti previa approvazione del PE, può constatare che esiste "un evidente rischio di violazione grave", ascoltando lo Stato coinvolto e rivolgendogli delle raccomandazioni. Solo dopo aver espletato questa fase preventiva si passa alla fase sanzionatoria di cui sopra. Le procedure relative all'applicazione dell'art. 7 TUE sono precisate dall'art. 354 TFUE. La Corte di giustizia è competente (art 269 TFUE) a pronunciarsi sulla legittimità di un atto adottato dal Consiglio europeo o dal Consiglio a norma dell'articolo 7 su domanda dello Stato membro oggetto di una constatazione del Consiglio europeo o del Consiglio unicamente per quanto riguarda le prescrizioni di carattere procedurale.

Tuttavia, nemmeno la procedura di *early warning* è stata mai utilizzata, nonostante le occasioni non mancassero. Sin dal 2013, infatti, il Parlamento europeo ha ventilato l'applicazione dell'art. 7 TUE al caso dell'Ungheria, in cui sono state adottate una serie di norme e prassi che limitano l'autonomia della magistratura e della stampa.

Un'obiezione che potrebbe essere sollevata da un Governo "sotto inchiesta" è quella del rispetto della propria identità costituzionale, previsto dall'art 4.2 TUE. In risposta a tale obiezione si può affermare che all'interno dei Trattati vi sono alcuni valori, indicati dagli stessi come supremi, fra cui rientra il rispetto della *Rule of Law*, e che di conseguenza prevalgono su tutti gli altri contenuti negli stessi Trattati. In proposito si può poi citare la [risoluzione](#) del Parlamento europeo del 3 luglio 2013 sulla situazione dei diritti fondamentali: norme e pratiche in Ungheria, che afferma esplicitamente che «una violazione dei principi e dei valori comuni dell'Unione da parte di uno Stato membro non può essere giustificata in nome di tradizioni nazionali o dell'espressione dell'identità nazionale nel caso in cui tale violazione comporti il deterioramento dei principi e dei valori cardine della costruzione europea, ad esempio i valori democratici, lo Stato di diritto o il principio di mutuo riconoscimento, e che, di conseguenza, uno Stato membro può appellarsi all'articolo 4, paragrafo 2, del TUE, soltanto nella misura in cui esso rispetta i valori sanciti dall'articolo 2 del TUE». Gli Stati membri sono del resto vincolati anche al rispetto del principio di leale cooperazio-

ne con l'UE, previsto dallo stesso art. 4 TUE, al paragrafo 3.

La [Comunicazione](#) della Commissione del 19 marzo 2014 prevedeva un nuovo quadro in tre fasi: la Commissione avrebbe svolto una valutazione preventiva della situazione e in caso ritenesse vi fosse una situazione di minaccia sistemica della *Rule of Law* avrebbe instaurato un dialogo con lo Stato interessato inviandogli un parere motivato, per consentire allo Stato di rispondere; se ciò non fosse stato sufficiente, avrebbe indirizzato a detto Stato una raccomandazione di specifiche e concrete misure da prendere entro un certo termine; infine, essa avrebbe verificato il *follow up* della raccomandazione.

Solo dopo aver esperito questi tre passi la Commissione avrebbe esercitato il suo potere di avviare le procedure di cui all'art. 7 TUE. Essa avrebbe tenuto costantemente informati il Consiglio ed il PE ed avrebbe utilizzato l'expertise e l'assistenza della Agenzia dei Diritti Fondamentali e delle reti giudiziarie europee. Un parere del Servizio giuridico del Consiglio del 27 maggio 2014 aveva tuttavia escluso che nei Trattati vi fosse una base giuridica per la creazione di un nuovo meccanismo di sorveglianza sullo stato di diritto diverso da quelli esistenti.

La [Presidenza italiana](#) ha però deciso di non lasciare cadere la questione e ha rilanciato la possibilità di introdurre un nuovo strumento di carattere politico, che persegua le stesse finalità dell'art. 7, ma ne renda meno arduo l'impiego, secondo «un metodo sistematico e basato sulla collaborazione». Si tratta di uno strumento “*soft*”, che non prevede procedure sanzionatorie, ma è basato sul dialogo in seno al Consiglio. Grazie all'approccio dialogico, più “amichevole” rispetto all'esame che era previsto nella Comunicazione della Commissione, la Presidenza è riuscita a trovare il consenso e l'approvazione da parte del Consiglio Affari Generali del 16 dicembre 2015.

Nelle Conclusioni sopra citate, il Consiglio si impegna a stabilire un dialogo, che potremmo definire “strutturato”, fra tutti i membri per promuovere e salvaguardare la *Rule of Law* nel quadro dei Trattati. Si noti che, in questi termini, il dialogo può assumere la forma di una consultazione reciproca e paritaria fra gli Stati membri, senza necessariamente assumere toni accusatori nei confronti di un particolare Stato membro.

Tale dialogo dovrà essere basato sui principi di obiettività, non discriminazione e pari trattamento degli Stati membri. Esso dovrà esser condotto con un approccio imparziale e basato su prove, nel rispetto delle competenze dell'Unione e delle identità

costituzionali degli Stati membri secondo quanto stabilito dall'art. 4 TUE e basarsi sul principio di leale cooperazione. Il nuovo strumento dovrebbe poi porsi in termini di complementarietà rispetto a quelli delle altre istituzioni europee e internazionali e si cercherà di evitare duplicazioni.

Il dialogo strutturato, basato sulla “*peer review*” in seno al Consiglio, risulta assai “ammorbidito” e più consensuale rispetto alla procedura che era stata suggerita dalla Commissione. Il nuovo strumento costituisce uno *step* procedurale che di fatto può porsi anteriormente anche rispetto all'applicazione dell'*early warning* di cui all'art. 7.1 TUE. Pur non potendo in alcun modo modificare l'art. 7 del Trattato, il Consiglio può, tuttavia, in pratica anteporre il nuovo strumento al ricorso all'art. 7.1, dato che è lo stesso Consiglio a promuovere il meccanismo di *early warning* previsto da tale articolo, il quale a sua volta precede il ricorso alla sanzione da parte del Consiglio europeo.

Naturalmente nulla impedisce alla Commissione o al Parlamento europeo (o ad un terzo degli Stati membri) di avviare, con un parere motivato, le procedure di cui all'art. 7 TUE, anche se è verosimile pensare che tali istituzioni attenderanno di capire se il Consiglio voglia muoversi attraverso il nuovo strumento. È auspicabile che si tragga profitto dal nuovo strumento per superare l'immobilismo e la ritrosia che hanno sempre frenato il ricorso all'art. 7. Il nuovo strumento presenta rispetto alla situazione preesistente il vantaggio di essere più facilmente utilizzabile (essendo “arma leggera” e non “arma atomica”) e di svolgersi con frequenza regolare. Il nuovo dialogo prevede, infatti, salvo eventi particolari che richiedano riunioni più ravvicinate, una verifica annuale, da tenersi nel Consiglio Affari generali e che sarà istruita dal Coreper sotto la guida delle presidenze di turno (la prima verifica è prevista alla fine del 2016). Si tratta di una caratteristica importante, in quanto la regolarità e predeterminazione del dialogo dovrebbe finalmente rendere il rispetto della *Rule of Law* un “normale” argomento di discussione fra i Governi. Una sorveglianza continua e reciproca fra gli Stati membri, grazie alla *peer pressure*, potrebbe avere il vantaggio di prevenire le violazioni, senza la necessità di ricorrere al meccanismo sanzionatorio dell'art. 7.

Per dare concretezza al nuovo strumento il Governo italiano dovrebbe tenere viva l'attenzione sulla scadenza del 2016, sollecitando tutti i passi preparatori che possano rendere tale dialogo effettivo e fruttuoso. Sarebbe ad esempio importante utilizzare il

dialogo strutturato per dare seguito alle Relazioni annuali della Commissione sull'applicazione della Carta dei diritti fondamentali. In un leale rapporto di collaborazione interistituzionale, i due strumenti potrebbero rafforzarsi reciprocamente in utile sinergia. La verifica annuale in seno al Consiglio dovrebbe inoltre tenere conto delle pronunce della Corte europea dei Diritti dell'Uomo e dei rapporti della Commissione di Venezia. Gli Stati membri dell'UE, in quanto anche membri della CEDU, potranno naturalmente essere colpiti nei ricorsi di fronte alla Corte di Strasburgo. La *Rule of Law* rientra fra le aree di cooperazione prioritaria fra l'UE ed il Consiglio d'Europa, come stabilito nel [Memorandum of Understanding](#) fra le due organizzazioni.

Occorre tuttavia risolvere questi problemi a livello politico e non solo giurisdizionale e preferibilmente nel quadro dell'Unione, anche perché al momento, dopo il parere 2/13, i due sistemi non sembrano poter convergere, pur rimanendo l'adesione dell'UE alla Cedu una strada prescritta dai Trattati. Per tale ragione sembrerebbe opportuno che i risultati del dialogo strutturato fossero sistematicamente portati a conoscenza dei Parlamenti nazionali, in modo da coinvolgere e corresponsabilizzare questi ultimi.

È evidente che, se neppure il nuovo meccanismo dialogico fosse in grado di produrre risultati soddisfacenti, occorrerebbe riflettere nuovamente, in vista di una prossima riforma dei Trattati, su soluzioni che affidino indagini così delicate ad un organo politicamente indipendente, quale la Commissione, sicuramente più attento ai fatti e meno influenzabile politicamente rispetto al Consiglio. Non sembra invece condivisibile l'idea di delegare il controllo su questo tipo di violazioni, che spesso coinvolgono questioni politico-costituzionali assai delicate, ad un organo tecnico quale l'Agenzia dei diritti fondamentali, anche perché, essendo in essa rappresentati tutti i Governi, difficilmente potrebbe evitare i blocchi che si verificano nel Consiglio. Quest'ultima, naturalmente, potrà assistere la Commissione nel suo lavoro di indagine istruttoria, ma non sembra avere un'autorità sufficiente per spingersi oltre tali funzioni collaterali.

Alcuni [studiosi](#) hanno indicato diverse strade, che presuppongono la revisione dei Trattati: riformulare l'art. 2 in modo da garantirgli effetto diretto o rimuovere l'art. 51 dalla Carta dei diritti fondamentali, estendendone il campo di applicazione a tutte le attività degli Stati membri, quand'anche non connesse con il diritto dell'Unione, o istituire un'apposita "Commissione di Co-

penaghen". Si tratta di indicazioni interessanti, ma che forse faticherebbero a trovare un consenso politico.

Si potrebbe suggerire una soluzione più semplice: inserire, in una prossima riforma dei Trattati, una nuova base giuridica, all'interno dell'art. 7 TUE, che consenta l'adozione, da parte del Consiglio europeo a maggioranza qualificata e su proposta della Commissione o di un terzo degli Stati membri, di decisioni vincolanti, che indichino agli Stati misure concrete da adottare per migliorare l'applicazione della *Rule of Law*. Proprio quella base giuridica la cui mancanza non ha consentito di percorrere la strada indicata dalla comunicazione della Commissione. Se vi fosse la competenza dell'Unione ad adottare atti che mirino ad imporre agli Stati membri il rispetto sostanziale dei valori dell'art. 2 TUE (o, in altre parole, della *Rule of Law* in versione *thick*), a quel punto anche il "normale" ricorso di infrazione sarebbe applicabile: la Commissione potrebbe esercitare il suo ruolo di "guardiano dei Trattati" e la Corte di Giustizia potrebbe condannare gli Stati che non li rispettano. L'attribuzione di tale nuova competenza alle istituzioni dell'UE d'altro canto non sembra così peregrina: essa sarebbe speculare a quella che compete loro nella valutazione dell'adesione di nuovi Stati.

Si potrebbe anche arrivare, in una futura revisione, a prevedere, oltre al recesso volontario, anche l'espulsione di uno Stato membro che violi sistematicamente la *Rule of Law*. Se il rispetto dei valori dell'art. 2 TUE è condizione necessaria per l'adesione di un nuovo Stato membro, non si vede perché tale rispetto non possa essere configurato come requisito necessario per la perdurante *membership*. Naturalmente situazioni di conflitto così estreme non potrebbero essere gestite solo dalle istituzioni dell'UE, ma dovrebbero anche vedere il coinvolgimento dei Parlamenti nazionali.

11 maggio 2015

Armonizzare stanca? Forse, ma conviene

DAVIDE DIVERIO (*)

Lo scorso 16 giugno, la Corte di giustizia dell'Unione europea ha sancito l'illegittimità, per incompatibilità con la direttiva relativa ai servizi nel mercato interno, dell'obbligo imposto dalla normativa italiana agli organismi di attestazione di disporre della loro sede legale nel territorio nazionale. La [sentenza](#) è in apparenza di agevole lettura e forse perfino scontata nelle conclusioni cui giunge. In effetti, a ricordare, anche solo superficialmente, qualche [precedente](#) in tema di libertà economiche di circolazione e disposizioni interne che impongono l'obbligo di stabilirsi nel Paese della prestazione oltre che il dettato, del tutto chiaro, dell'art. 14 della [direttiva 2006/123/CE](#), il dispositivo della decisione in commento non può senz'altro sorprendere. A una lettura ancora affrettata può poi stupire la circostanza che la Corte si sia pronunciata a grande sezione per rispondere in via pregiudiziale a un quesito dalla soluzione tutto sommato piuttosto evidente. A un esame solo un poco più attento, la pronuncia offre, invece, rilevanti spunti di interesse che, toccando anche questioni di rilievo generale nell'ambito dell'ordinamento dell'Unione, si spingono ben oltre la mera risposta al dubbio sollevato in via pregiudiziale dal Consiglio di Stato.

Nella sostanza, il giudice amministrativo italiano domanda alla Corte di giustizia se sia conforme al diritto di stabilimento (artt. 49 ss. TFUE), alla libera prestazione dei servizi (artt. 56 ss. TFUE) e alla direttiva 2006/123/CE la previsione, di cui all'art. 64, par. 1, del [d.p.R. n. 207/2010](#) di esecuzione e attuazione del «Codice dei Contratti pubblici» (decreto legislativo n. 163/2006), secondo cui le società che svolgono la funzione di organismi di attestazione (SOA) debbono disporre della sede le-

(*) Università di Milano.

gale in Italia. Si tratta, in estrema sintesi, degli enti che certificano il possesso di specifici requisiti di qualità, professionalità e correttezza da parte dei soggetti esecutori a qualsiasi titolo di lavori pubblici. Le SOA, dunque, costituiscono tassello fondamentale nel quadro della piena applicazione della disciplina italiana sugli appalti pubblici, rappresentando elemento imprescindibile del sistema di qualificazione unico per gli esecutori di lavori pubblici di importo superiore a 150.000 Euro. Risulta così comprensibile che l'ordinamento italiano si preoccupi di imporre una lunga serie di requisiti per poter svolgere tale delicata attività di attestazione, quali, ad esempio, quelli che attengono al capitale sociale minimo posseduto così come ai regimi di incompatibilità. Il Consiglio di Stato si chiede però (e lo chiede ai giudici di Lussemburgo) se sia compatibile con il diritto dell'Unione anche imporre a tali società di avere una sede legale in Italia.

La [sentenza di rinvio](#) ex art. 267 TFUE sottopone, innanzitutto, all'attenzione della Corte di giustizia una questione preliminare che suscita, invero, qualche perplessità. Il giudice *a quo* domanda infatti se le attività di attestazione svolte dalle SOA possano essere incluse nell'ambito di applicazione dell'art. 51 TFUE e, dunque, per tale via essere sottratte alla sfera di influenza delle disposizioni del TFUE sul mercato interno. Come noto, tale articolo afferma che sono escluse dall'applicazione della disciplina sul diritto di stabilimento le attività che «partecipino, sia pure occasionalmente, all'esercizio dei pubblici poteri». Sulla medesima questione, i giudici di Lussemburgo si erano però già pronunciati in maniera del tutto chiara soltanto un anno e mezzo fa quando, con la [sentenza](#) del 12 dicembre 2013, nella causa C-327/12, *SOA Nazionale Costruttori*, avevano negato l'applicabilità dell'art. 51 TFUE alle attività svolte in Italia dalle SOA. A parere dei giudici di Lussemburgo, infatti, tali attività sono, da un lato, «prive dell'autonomia decisionale propria dell'esercizio di prerogative dei pubblici poteri» (punto 53), e anzi adottate proprio nell'ambito di una vigilanza statale diretta, dall'altro lato, di carattere ausiliario e preparatorio e dunque inidonee a essere considerate, come invece richiesto dalla consolidata giurisprudenza della Corte, «partecipazione diretta e specifica all'esercizio dei pubblici poteri» (*ibidem*). Nella sentenza in commento, dunque, i giudici europei hanno buon gioco nel concludere che, non avendo il Consiglio di Stato dato atto di nessuna modifica nella natura delle attività svolte dalle SOA intervenuta dall'epoca dei fatti relativi alla precedente pronuncia, non vi

è motivo per discostarsi da una presa di posizione già così chiaramente assunta, escludendo l'applicazione dell'art. 51 TFUE. Da qui le nostre perplessità, alla luce anche del fatto che, al di là di tale precedente, che avrebbe probabilmente dovuto far desistere il Consiglio di Stato dal (ri)proporre in termini di fatto identici la questione alla Corte, a identiche conclusioni era giunto anche il T.a.R. per il Lazio nella [sentenza](#) che, poi impugnata, ha di fatto messo in condizione il Consiglio di Stato di sollevare il rinvio pregiudiziale di cui ora si discute.

Venendo così al merito del quesito pregiudizialmente sollevato dal giudice italiano, la Corte di giustizia constata che i servizi di attestazione rientrano nell'ambito di applicazione della direttiva 2006/123/CE e dunque, per quanto il Consiglio di Stato facesse riferimento (anche) agli artt. 49 e 56 TFUE, è solo sulla base di tale atto che occorre valutare se la normativa italiana di cui alla causa sia o meno conforme al diritto dell'Unione. Diversamente dall'Avvocato generale Cruz Villalón, i giudici di Lussemburgo non si sono espressamente domandati se la direttiva sui servizi abbia o meno attuato un'armonizzazione esaustiva delle pertinenti disposizioni degli Stati membri. Dubbio senz'altro rilevante posto che, soltanto laddove una direttiva determini quel grado di armonizzazione, tale atto diviene il solo parametro di riferimento per accertare la conformità delle discipline nazionali all'ordinamento europeo. Con l'espressa considerazione che i servizi in parola sono compresi nell'ambito di applicazione della direttiva la Corte pare, in effetti, aver dato per presupposta la realizzazione di una armonizzazione completa.

Avuto riguardo, perciò, alla sola direttiva 2006/123/CE, la Corte giudica che il requisito relativo al luogo in cui è situata la sede legale degli organismi di attestazione rientri nell'ambito di applicazione del suo art. 14, ai sensi del quale è fatto divieto agli Stati membri di subordinare l'accesso a un'attività di servizi e il suo esercizio sul loro territorio al rispetto di una lunga serie di requisiti. Al punto 1) di tale art., infatti, e dunque fra i requisiti espressamente «vietati» secondo la rubrica della disposizione in parola, figurano i «requisiti discriminatori fondati direttamente o indirettamente sulla cittadinanza o, per quanto riguarda le società, sull'ubicazione della sede legale» (e del resto in maniera identica si esprime l'art. 11, par. 1, lett. a), del decreto legislativo n. 59/2010).

A fronte di un disposto normativo così chiaro, il vero nodo da sciogliere è rappresentato dalla possibilità o meno – qui per la

Repubblica italiana ma, in generale, per gli Stati membri – di giustificare l'imposizione di un requisito vietato da un atto di diritto derivato. Su tale specifico aspetto, indubbiamente, la sentenza in commento si rivela di particolare interesse. Alle obiezioni del governo italiano, che si appuntano sostanzialmente sulla circostanza che il requisito della sede legale in Italia risponderebbe alla necessità di garantire l'efficacia del controllo esercitato dalle amministrazioni pubbliche sulle attività delle SOA, la Corte risponde, di fatto, con un duplice ordine di argomentazioni: il primo fondato sull'art. 14 della direttiva; il secondo, di respiro più generale, sul rapporto fra diritto derivato e diritto primario.

Quanto al primo profilo, i giudici di Lussemburgo ricordano che, tanto dalla lettera dell'art. 14 quanto dall'impianto sistemico della direttiva stessa, i requisiti di cui all'art. 14 della direttiva 2006/123/CE non possono in alcun modo essere giustificati. In effetti, da un lato, tale disposizione non contempla nessuna facoltà per gli Stati membri di giustificare il mantenimento di questi requisiti (del resto esplicitamente qualificati come «vietati») nelle loro normative interne; dall'altro lato, con riferimento al diritto di stabilimento, la direttiva *de qua* distingue nettamente fra requisiti vietati e requisiti soggetti a valutazione. Solo questi ultimi, contemplati però dall'art. 15, possono essere giustificati dagli Stati membri ove risultino in concreto non discriminatori, necessari e proporzionati. Analogamente, anche con riferimento alla libera prestazione dei servizi, all'art. 16, par. 3, la direttiva ammette una tale facoltà di giustificazione per gli Stati membri. Secondo la Corte di giustizia, tuttavia, la libertà di circolazione qui in gioco non è la libera prestazione dei servizi bensì il diritto di stabilimento, dovendosi perciò ritenere inapplicabile l'art. 16, par. 3.

Diversa impostazione è invece quella dell'[Avvocato generale](#). Egli ha infatti valutato che l'obbligo imposto dalla normativa italiana incidesse sulla libera prestazione dei servizi di un operatore economico che, stabilito in altro Stato membro, intendesse svolgere la propria attività a partire da un'infrastruttura stabile all'interno del territorio italiano (ritenendo perciò applicabile l'art. 16 della direttiva). Tale differente prospettiva non ha tuttavia impedito all'Avvocato generale di giungere, nella sostanza, alle medesime conclusioni cui è pervenuta la Corte seppure sulla base, ovviamente, di un diverso ragionamento. Una volta am-

messa la facoltà per l'Italia di giustificare il requisito in discorso, Cruz Villalón ha poi negato che in concreto sussistessero motivi di ordine pubblico o di pubblica sicurezza tali da giustificare, nel rispetto del principio di proporzionalità, l'obbligo di disporre di una sede legale sul territorio italiano.

Sul secondo dei menzionati profili, quello attinente al rapporto fra diritto derivato e diritto primario, la Corte di giustizia è poi condotta dall'art. 3, par. 3, della direttiva 2006/123/CE, secondo cui gli Stati membri sono tenuti ad applicare le disposizioni di quest'ultima «nel rispetto delle norme del trattato che disciplinano il diritto di stabilimento e la libera circolazione dei servizi». Può una simile clausola generale consentire di superare il chiaro dettato di un atto di diritto derivato permettendo agli Stati membri di invocare direttamente una disposizione del diritto primario a sostegno delle proprie ragioni? Più in concreto, posto che, come noto, l'art. 52, par. 1, TFUE consente agli Stati membri di mantenere, in presenza di determinate ragioni e nel suo rispetto, una restrizione al diritto di stabilimento e alla libera prestazione dei servizi, il citato art. 3, par. 3, abilita gli Stati membri a giustificare sulla base di tale norma del TFUE l'imposizione di requisiti espressamente qualificati come «vietati» dalla direttiva 2006/123/CE?

La risposta dei giudici di Lussemburgo a un tale dubbio, che ben potremmo definire “di sistema” e che, forse, ha giustificato l'intervento della Corte nella composizione a grande sezione, è oltremodo chiara e perentoria e fa leva su due distinte, seppur coordinate, considerazioni. In primo luogo, ammettere che attraverso le norme del TFUE sul mercato interno possano di fatto (re)introdursi negli ordinamenti nazionali ostacoli al diritto di stabilimento vietati dalla direttiva condurrebbe, pacificamente, a privare di effetto utile la direttiva stessa. In secondo luogo, interpretare l'art. 14 della direttiva sui servizi in modo da non consentire di apportare a esso deroghe costituisce il solo modo «per garantire la soppressione sistematica e rapida» (punto 39) delle restrizioni alle libertà economiche di circolazione, obiettivo sì della direttiva ma, soprattutto, dello stesso TFUE. Da tali premesse la Corte di giustizia conclude che, per quanto una disposizione del diritto primario consenta agli Stati membri di giustificare, per le ragioni che la stessa elenca, misure contrarie al diritto di stabilimento, il legislatore di diritto derivato dell'Unione può escludere tale facoltà, in particolare, come nel caso qui in discussione, quando adotta una direttiva al fine di garantire proprio

tale diritto sancito dal TFUE e con tale atto si limita nella sostanza a codificare la consolidata giurisprudenza in materia.

Paiono almeno due le implicazioni della pronuncia in commento. Da un punto di vista pratico, la sentenza conduce potenzialmente all'apertura del mercato italiano dei servizi di attestazione; obiettivo, del resto, che si sarebbe dovuto raggiungere già con una adeguata attuazione della direttiva 2006/123/CE o, se si preferisce, con un'applicazione effettiva del decreto legislativo che ne ha disposto il recepimento. Sul piano generale, la Corte di giustizia ha colto qui l'occasione per ribadire il principio secondo cui, in presenza di un'armonizzazione completa, la legittimità europea della condotta del legislatore nazionale va scrutinata alla sola luce di tale armonizzazione e, dunque, dell'atto di diritto derivato che l'ha realizzata.

Quanto a quest'ultimo profilo, è significativo che l'esigenza di confermare tale principio, pacifico nella [giurisprudenza](#) dei giudici di Lussemburgo, sia stata avvertita proprio con riferimento alla direttiva sui servizi e nella prima pronuncia in cui, in pratica, essa ha costituito oggetto di specifica attenzione. Possono qui soltanto essere citate le tormentate vicende che hanno accompagnato l'adozione di questa direttiva e le difficoltà di conciliare armonizzazione e mutuo riconoscimento in vista del definitivo completamento del mercato interno. Quasi dieci anni fa, l'attuale giudice della Corte costituzionale Giuliano Amato intitolava un suo articolo [«L'errore Bolkestein. Armonizzare stanca»](#) (da cui lo spunto per il titolo della presente nota). Volgendo ora in senso interrogativo quella affermazione, la sentenza in commento potrebbe farci rispondere che se è vero che armonizzare richiede indubbi sforzi (sia in sede di elaborazione della legislazione europea che all'atto dei suoi recepimenti nazionali), questi si rivelano tuttavia necessari per l'effettivo conseguimento degli obiettivi sanciti dai Trattati istitutivi. Armonizzare, allora, conviene. La pronuncia dimostra tuttavia chiaramente come convenga per l'Unione e non certo per i suoi Stati membri, irrimediabilmente destinati a smarrire sempre più, e in ambiti sempre più rilevanti, la propria discrezionalità legislativa anche quando tale discrezionalità pare posta al riparo, a prima vista del tutto sicuro, dagli stessi Trattati. Del resto, una simile conclusione suona del tutto ovvia; ma forse non per gli Stati membri ora riportati bruscamente alla dura realtà dalla Corte di giustizia.

6 luglio 2015

Da un'impunità di fatto ad un'imprescrittibilità di fatto della frode in materia di imposta sul valore aggiunto?

CHIARA AMALFITANO (*)

1. Qualche riflessione a caldo sulla [sentenza Taricco e a.](#) della Corte di giustizia (Grande Sezione), dello scorso 8 settembre 2015 (causa C-105/14), pare opportuna, nel tentativo di evidenziare i limiti della sua portata applicativa e di analizzare il suo possibile impatto sul regime della prescrizione vigente nel nostro ordinamento (per un primo commento v. anche [Viganò 2015](#)).

Modificato dalla [legge](#) 5 dicembre 2005, n. 251 (nota come ex Cirielli), l'istituto è stato oggetto di ripetuti tentativi di riforma, tra cui si ricorda lo [studio](#) presentato nell'aprile 2013 dalla Commissione Fiorella, finalizzato a proporre soluzioni idonee a più correttamente bilanciare le due esigenze, contrapposte, sottese al regime della prescrizione. Come ben evidenziato in tale studio, da un lato, occorre che i tempi del processo siano adeguati per consentire un'indagine completa e un accertamento giudiziale pienamente rispettoso delle garanzie processuali: soltanto trascorso un certo lasso temporale si può infatti ritenere che sia ragionevolmente venuto meno l'interesse dello Stato all'esercizio dell'azione punitiva, anche a fronte della crescente difficoltà di ricostruzione probatoria dei reati e, quindi, di accertamento dell'eventuale responsabilità dell'imputato. Dall'altro lato, occorre assicurare anche la "ragionevole durata del processo" nel rispetto dell'art. 111 Cost. (nonché dell'art. 6 CEDU e,

(*) Università di Milano.

quando rileva il diritto dell'Unione europea, dell'art. 47 Carta dei diritti fondamentali dell'Unione), contenendolo entro tempi non eccessivamente dilatati: sotto questo profilo la prescrizione svolge "una funzione acceleratoria" dei procedimenti, sollecitando l'amministrazione giudiziaria ad una rapida definizione del processo ed evitando che la sua durata (insieme con le inefficienze della giustizia) gravi indebitamente sull'imputato.

Previsione tra le più criticate e problematiche – che rileva anche nella fattispecie al vaglio della Corte di giustizia – è quella di cui all'art. 161, 2° c., c.p. Essa – per la pluralità delle fattispecie criminose, tra cui rientrano anche quelle contestate agli imputati nel giudizio *a quo* da cui scaturisce il rinvio pregiudiziale – vieta, anche in presenza di eventi interruttivi della prescrizione *ex art.* 160 c.p., un aumento di più di un quarto del c.d. "termine prescrizionale base" definito dall'art. 157 c.p., secondo cui «[l]a prescrizione estingue il reato decorso il tempo corrispondente al massimo della pena edittale stabilita dalla legge e comunque un tempo non inferiore a sei anni se si tratta di delitto e a quattro anni se si tratta di contravvenzione, ancorché puniti con la sola pena pecuniaria».

Così, in ragione del combinato disposto delle due disposizioni, per reati puniti con pena detentiva non superiore nel massimo a 7 anni e 6 mesi – come quelli rilevanti nel caso esaminato dal giudice di Lussemburgo (ovvero promozione di e partecipazione ad un'associazione per delinquere finalizzata all'emissione di fatture per operazioni inesistenti e di dichiarazioni IVA fraudolente) – il termine massimo della prescrizione (anche in presenza di eventi interruttivi) è, rispettivamente, di 8 anni e 9 mesi e di 7 anni e 6 mesi. E si tratta di termini che, specie rispetto a fattispecie che richiedono indagini particolarmente complesse (come i reati associativi finalizzati a conseguire indebiti vantaggi fiscali, contestati agli imputati nel procedimento *a quo*), rischiano di essere troppo limitati e, pertanto, di «vanificare l'efficacia general-preventiva delle norme penali» (così [Viganò 2013](#), p. 19), non assicurando un tempo sufficiente per giungere ad una sentenza definitiva, anche qualora sia stato possibile pronunciare una sentenza di condanna in primo grado.

Anche il testo della [proposta di legge](#) modificativa della disciplina della prescrizione, approvato alla Camera lo scorso 24 marzo 2015, è stato definito da autorevole dottrina «un sistema ibrido, che allunga [sì] i tempi di prescrizione, senza [però] porre rimedio alle attuali disfunzioni di sistema» ([Pulitano](#), p. 20). Un

interventodavvero risolutivo del legislatore pare oggi più che mai opportuno e necessario ormai in tempi rapidi: ciò anche per “rispondere” adeguatamente alla pronuncia in esame, evitando che il giudice – chiamato ad assicurare conseguenza pratica ai *dicta* della Corte di giustizia – si trovi ad affrontare dubbi e problemi concreti di incerta soluzione.

2. A dire il vero, qualche perplessità la pone già la scelta “preliminare” operata dal giudice del Kirchberg di dichiarare ricevibili i quesiti pregiudiziali sollevati dal Tribunale di Cuneo (v. già [Rossi Dal Pozzo](#) nel commento all'[ordinanza di rinvio](#); e [Capotorti](#) nel commento alle [conclusioni](#) dell'avvocato generale Kokott del 30 aprile 2015).

Può anche, infatti, condividersi la conclusione cui la Corte di giustizia giunge là dove afferma che è (tutto sommato) chiara l'intenzione del giudice del rinvio di verificare la sostanziale compatibilità della normativa nazionale in tema di prolungamento massimo dei termini prescrizionali con il diritto dell'Unione europea (punto 32). Tale normativa rischia, infatti, di assicurare nella pluralità di fattispecie come quelle contestate agli imputati nel giudizio *a quo* un'impunità di fatto (quella che Pulitanò, cit., p. 22, definisce «immeritabilmente guadagnata (o astutamente conquistata) per obiettivo decorso del tempo»), imponendo la chiusura del procedimento penale prima di giungere a sentenza definitiva, appunto per intervenuta prescrizione dei reati; la sua applicazione sistematica frustrerebbe, dunque, l'efficace lotta contro la frode in materia di IVA (che è risorsa dell'Unione), impedendo l'irrogazione di sanzioni effettive e dissuasive *ex art.* 325 TFUE, che obbliga gli Stati membri a perseguire con misure siffatte le attività illecite lesive degli interessi finanziari dell'Unione. Dalla risposta della Corte alle questioni pregiudiziali dipende, pertanto, la futura decisione che il giudice *a quo* è chiamato ad adottare nel procedimento principale: quella di rinviare o meno a giudizio gli imputati, con la consapevolezza che un rinvio non consentirebbe comunque di giungere all'adozione di una sentenza definitiva, poiché tutti i reati contestati si prescriverebbero, al più tardi, nel febbraio 2018; qualora, invece, fosse possibile disapplicare il regime nazionale controverso sull'allungamento dei termini prescrizionali perché ritenuto sostanzialmente contrario al diritto dell'Unione, sarebbe possibile, con il rinvio a giudizio, proseguire il processo e, in caso di responsabilità degli imputati, assicurare l'effettività della discipli-

na sovranazionale.

Non è, invece, pienamente condivisibile il ragionamento che la Corte segue per giungere a tale conclusione, che sembra peccare di eccessivo sostanzialismo e di un vizio di contraddizione, almeno rispetto a 3 dei 4 quesiti pregiudiziali sollevati. Non è certo una novità che la Corte, nell'ampia discrezionalità di cui gode, segua un approccio sostanzialistico nella valutazione della ricevibilità dei quesiti e che le questioni inerenti all'interpretazione del diritto dell'Unione beneficino di una «presunzione di rilevanza» (punti 29-30) e richiedano, quindi, di regola una pronuncia della Corte. Ciò che stupisce, tuttavia, è che le norme di diritto dell'Unione di cui il giudice *a quo* chiede l'interpretazione (almeno 3 su 4, come detto: gli art. 101, 107, 119 TFUE) non sono davvero “determinanti” per la decisione che questi deve assumere nel giudizio principale, come invece la Corte afferma (punto 32). E tale irrilevanza è di fatto confermata dalla stessa Corte che – dopo aver risolto il dubbio sostanziale del giudice *a quo*, rispondendo al terzo quesito pregiudiziale – dichiara che *il regime di prescrizione oggetto di esame «non può essere valutato alla luce» delle tre disposizioni menzionate* (punto 65 e punto 2 dispositivo): se anche nei fatti poco o nulla cambia, più lineare, rigorosa e corretta sarebbe stata una soluzione che dichiarasse irricevibili 3 questioni, risolvendone nel merito solo una.

Ad ogni modo, anche con riguardo alla sola questione pregiudiziale che si ritiene valutabile, non può non notarsi come essa sia completamente riformulata (*rectius*, integrata) dalla Corte di giustizia; e solo in quanto e nei termini in cui viene “rimodulata” la sua soluzione diventi davvero determinante per il giudice *a quo*: ciò in linea con quanto suggerito dall'avvocato generale che, dopo aver riscontrato come, in realtà, nessuna delle disposizioni richiamate dal giudice del rinvio «osta ad una disciplina della prescrizione dei reati come quella introdotta nel diritto penale italiano» (punto 72 conclusioni), rileva che la «domanda di pronuncia pregiudiziale solleva – perlomeno implicitamente – la questione supplementare se una normativa sulla prescrizione come quella italiana sia compatibile con l'obbligo di diritto dell'Unione che incombe agli Stati membri di applicare sanzioni [effettive e dissuasive] per irregolarità nel settore dell'IVA», la risposta alla quale è indispensabile per consentire al giudice *a quod* prendere la decisione sul rinvio a giudizio (punto 78 conclusioni). E, ancora, si deve evidenziare come la normati-

va di cui il giudice nazionale chiede l'interpretazione – la [direttiva 2006/112/CE](#) relativa al sistema comune d'imposta sul valore aggiunto – sia sì richiamata dalla Corte (diversamente, come detto, dall'avvocato generale, che ritiene invece irrilevante anche tale atto) nei primi passaggi del suo ragionamento, ma poi progressivamente “abbandonata”, “a vantaggio” di una valutazione della sostanziale compatibilità delle regole nazionali controverse con l'art. 325, par. 1 e 2, TFUE (e con il principio di leale cooperazione, di cui all'art. 4, par. 3, TUE), che diventa l'unico parametro interpretativo di riferimento (v. punto 58 e punto 1 dispositivo) per la soluzione del quesito pregiudiziale: ciò, nonostante il giudice nazionale – in ben 29 pagine di ordinanza di rinvio – mai menzioni la norma del trattato, la cui interpretazione è senza dubbio più rilevante per fornire una risposta utile al suo dubbio ermeneutico. Benché la riformulazione della questione pregiudiziale, anche con riguardo al parametro di diritto dell'Unione di riferimento, risponda ad una pratica invalsa nell'applicazione dell'art. 267 TFUE, non si può non constatare come, in questo caso, la Corte vi abbia fatto ricorso in maniera particolarmente ampia.

3. Così come integrato, il (terzo) quesito su cui la Corte di giustizia concentra la propria attenzione concerne, come anticipato, la verifica della sostanziale inidoneità della controversa normativa nazionale ad assicurare una lotta efficace contro le frodi in materia di IVA (punto 35): se l'istituto della prescrizione, *rectius* il regime dei termini prescrizionali massimi, implica *in un numero considerevole di casi l'impunità di fatto per i reati in esame*, viene pregiudicato l'effetto utile del diritto dell'Unione nella misura in cui impone di combattere efficacemente la frode lesiva dei suoi interessi finanziari ed occorre, pertanto, *disapplicare la normativa controversa per garantire una repressione effettiva di tali reati*.

La menzionata direttiva del 2006, in combinato disposto con il principio di leale cooperazione, obbliga gli Stati membri a riscuotere l'IVA, ma anche a lottare contro le frodi (già Corte giust., sentenza 26 febbraio 2013, causa C-617/10, [Åkerberg Fransson](#), punto 25); essi sono altresì obbligati, *ex art.* 325 TFUE, ad adottare misure dissuasive ed effettive per combattere le attività illecite che ledono gli interessi finanziari dell'Unione (par. 1) e, a tal fine, a disporre le «stesse misure» che adottano per lottare contro la frode che lede gli interessi

finanziari nazionali (par. 2; che, di fatto, codifica il principio della “assimilazione”, di cui al noto caso del *mais greco*). Pur ricordando – come già rilevato nella sentenza da ultimo citata – la discrezionalità di cui gli Stati godono nella scelta del tipo (amministrativa o penale) e del *quantum* di sanzione (fatte salve le indicazioni più stringenti di cui alla Convenzione sulla protezione degli interessi finanziari del 1995), la Corte di giustizia rileva come, trattandosi nel caso di specie di reati che costituiscono casi di “frode grave” lesivi degli interessi finanziari dell’Unione (la frode contestata è di vari milioni di euro), siano necessarie sanzioni di tipo penale, che soddisfino le due prescrizioni di cui ai menzionati par. 1 e 2 dell’art. 325 TFUE (punti 42-43).

La verifica del rispetto dei due requisiti in parola relativamente alle sanzioni previste dalla legislazione italiana è rimessa al giudice *a quo* (punto 44). Con la conseguenza – se non fossero rispettati – della disapplicazione della normativa nazionale contrastante (punti 49 e 58); e con la precisazione che la valutazione del carattere dissuasivo ed effettivo delle sanzioni non deve riguardare le sanzioni in sé (astrattamente considerate), né il conseguente regime prescrizione di base (sulla cui conformità al diritto dell’Unione né il giudice del rinvio, né gli interessati *ex art. 23* Statuto della Corte, che hanno presentato osservazioni nel giudizio dinanzi alla Corte, hanno sollevato dubbi: punto 45), quanto piuttosto il regime inerente al prolungamento massimo dei termini di prescrizione.

Le sanzioni non potranno, perciò, considerarsi dissuasive ed effettive ai sensi dell’art. 325, par. 1, TFUE se il giudice *a quo* riscontrasse che dall’applicazione *in concreto* delle disposizioni nazionali controverse «consegue, in un *numero considerevole di casi*, l’impunità penale a fronte di fatti costitutivi di una *frode grave*, perché tali fatti risulteranno generalmente prescritti prima che la sanzione penale prevista dalla legge possa essere inflitta con decisione giudiziaria definitiva»(punto 47). Ancora, si avrebbe una violazione dell’art. 325, par. 2, TFUE se, per reati di natura e gravità comparabili a quelli rilevanti nel caso di specie, che ledano gli interessi finanziari della Repubblica italiana, si applicassero termini di prescrizione più lunghi (punto 48). E siffatto diverso regime pare riscontrabile – secondo quanto evidenziato in giudizio dalla Commissione e circostanza che spetta al giudice nazionale verificare – rispetto al *reato di associazione allo scopo di commettere delitti in materia di accise sui prodotti del tabacco*. In relazione ad esso non pare infatti sussi-

stere, di fatto, alcun termine assoluto di prescrizione (il *raddoppio* del termine prescrizione base *ex art. 157 c.p. non è assistito dall'allungamento massimo sino ad un quarto* in caso di eventi interruttivi), in virtù di quanto disposto dall'art. 161, 2° c., c.p., che fa salvo l'art. 51, c. 3 *bis*, c.p.p. ,che a sua volta richiama, tra l'altro, all'art. 291 *quater* del [TU doganale](#) (che sanziona, appunto, il reato di associazione per delinquere finalizzata al contrabbando di tabacchi lavorati esteri); e tale differente regime sarebbe tendenzialmente idoneo ad escludere l'impunità *de facto* e, pertanto, capace di soddisfare l'obbligo di assicurare una repressione dissuasiva ed effettiva delle frodi agli interessi finanziari dell'Unione *ex art. 325, par. 1, TFUE*.

Nel corso del suo ragionamento, la Corte di giustizia parrebbe far discendere l'obbligo di disapplicazione della normativa nazionale che il giudice *a quo* ritenesse contraria alle prescrizioni del diritto dell'Unione dalla presenza contestuale, cumulativa, delle violazioni degli obblighi di cui al par. 1 e al par. 2 dell'art. 325 TFUE (in questo senso v. l'avverbio «inoltre» come *incipit* del punto 48 sentenza). In realtà, in base a quanto sancito a chiusura del ragionamento (v. punto 58 e punto 1 dispositivo, dove si impiega la disgiunzione «o»), anche la violazione di una sola delle due prescrizioni – e quindi tanto il fatto che le sanzioni non possano considerarsi in concreto dissuasive ed effettive, quanto il fatto che per reati “corrispondenti” lesivi di interessi finanziari nazionali sia previsto un termine prescrizione più lungo (che consenta di giungere a sentenza definitiva, evitando l'impunità dei colpevoli e, dunque, assicurando una repressione efficace dei reati in parola) – è idonea a determinare l'incompatibilità (e quindi la disapplicazione) della normativa nazionale che abbia per effetto di impedire allo Stato membro il rispetto, appunto, degli obblighi di cui all'art. 325, par. 1 e 2, TFUE.

Si tratta, del resto, di due obblighi distinti, la cui violazione anche separata conduce, quindi, correttamente alla “sanzione” della disapplicazione. Anche se non può non riscontrarsi come essi possano anche essere, in un certo qual modo, sovrapponibili: sarebbe interessante verificare se sanzioni per reati corrispondenti nazionali corredate da un termine prescrizione identico a quello previsto per i reati lesivi dell'IVA implicherebbero il venir meno della violazione del par. 2 dell'art. 325 TFUE o se, al contrario, esse potrebbero confermare – laddove anche rispetto ai reati lesivi di interessi finanziari nazionali si verificasse

l'impunità di fatto dei colpevoli, di cui si è detto – il carattere non dissuasivo né effettivo delle sanzioni previste per i reati lesivi degli interessi finanziari dell'Unione, *ex art.* 325, par. 1, TFUE. E, ancora, non può non notarsi come l'impiego della disgiunzione (e, quindi, la configurazione di due distinte violazioni) potrebbe forse dipendere dal fatto che, nella mente del giudice di Lussemburgo, le conseguenze della disapplicazione potrebbero variare a seconda dell'obbligo in sostanza violato, e concretarsi nella imprescrittibilità di fatto in caso di violazione dell'art. 325, par. 1, e nel "prolungamento" del termine di prescrizione, equivalente a quello disposto per reati lesivi di interessi finanziari dello Stato membro, in caso di violazione dell'art. 325, par. 2. Tuttavia, come meglio si dirà *infra* (§ 6), non paiono riscontrabili effettive differenze quanto al comportamento che il giudice nazionale dovrebbe tenere, una volta che decidesse di disapplicare la normativa controversa, a seconda che l'obbligo violato sia quello disposto dal par. 1 o, invece, dal par. 2 dell'art. 325 TFUE (o anche, cumulativamente, da entrambe le disposizioni).

4. La Corte di giustizia pone, peraltro, al giudice del rinvio un ulteriore *caveat*, prima di "consentirgli" (*rectius*, imporgli) la disapplicazione delle misure nazionali di cui abbia riscontrato la concreta inidoneità ad assicurare una repressione efficace delle frodi dell'IVA. Questi, infatti, dovrà assicurarsi che i diritti fondamentali degli imputati siano rispettati, poiché essi «potrebbero vedersi infliggere sanzioni alle quali, con ogni probabilità, sarebbero sfuggiti in caso di applicazione delle suddette disposizioni di diritto nazionale» (punto 53).

A ben vedere, tuttavia, pur formalmente demandata al giudice *a quo*, la verifica del rispetto di tali diritti è effettuata dalla stessa Corte, che esamina la possibile violazione dell'art. 49 Carta (che sancisce i principi di legalità e di proporzionalità dei reati e delle pene, secondo cui nessuno può essere condannato per un'azione o un'omissione che, al momento in cui è stata commessa, non costituiva reato secondo il diritto interno o il diritto internazionale; e, parimenti, non può essere inflitta una pena più grave di quella applicabile al momento in cui il reato è stato commesso) e conclude nel senso che essa non è ravvisabile. Il giudice dell'Unione, infatti, ritiene che la *disapplicazione delle disposizioni nazionali controverse non implicherebbe* una condanna degli imputati per un'azione o un'omissione che, al mo-

mento in cui è stata commessa, non costituiva un reato punito dal diritto nazionale, né l'applicazione di una sanzione che, allo stesso momento, non era prevista da tale diritto, poiché i fatti contestati agli imputati nel procedimento principale integravano, alla data della loro commissione, gli stessi reati ed erano passibili delle stesse sanzioni penali ancora vigenti oggi nell'ordinamento italiano (punto 56). La menzionata *disapplicazione avrebbe per effetto "solo"* quello «di non abbreviare il termine di prescrizione generale nell'ambito di un procedimento penale pendente, di consentire un effettivo perseguimento dei fatti incriminati nonché di assicurare, all'occorrenza, la parità di trattamento tra le sanzioni volte a tutelare, rispettivamente, gli interessi finanziari dell'Unione e quelli della Repubblica italiana» (punto 55). E per avvalorare la propria conclusione, la Corte di giustizia richiama anche la giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo (punto 57), che rileva nell'interpretazione delle previsioni della Carta ai sensi della clausola di omogeneità di cui al suo art. 52, par. 3: già nella [sentenza Coëme e. a c. Belgio](#) del 22 giugno 2000, la Corte di Strasburgo ha dichiarato (ai par. 148-149) che – a prescindere dalla natura sostanziale o processuale che la prescrizione riveste nei singoli ordinamenti nazionali – la proroga del termine di prescrizione e la sua immediata applicazione non comportano una lesione dei diritti garantiti dall'art. 7 CEDU, non ostando tale disposizione ad un allungamento dei termini di prescrizione quando i fatti addebitati non si siano ancora prescritti in base al precedente regime.

Non può, però, non notarsi come nel caso di specie non sembra configurabile una “mera” proroga dei termini di prescrizione, quanto piuttosto una imprescrittibilità di fatto, come si vedrà (§ 6), dei reati contestati agli imputati. E se forse l'impostazione della Corte di giustizia potrebbe essere condivisibile – in un'ottica funzionale alla tutela degli interessi finanziari dell'Unione – qualora la prescrizione venisse intesa come garanzia solo “oggettiva”, che attesta il venire meno dell'interesse statale alla repressione di determinate fattispecie criminose, più difficile è da accogliere laddove si rilevi anche il suo *côté* di garanzia soggettiva, non assumendo alcun rilievo, nel bilanciamento di interessi effettuato dalla Corte di giustizia, l'interesse dell'imputato alla prevedibilità della sua effettiva punizione. Eppure, come ricordato dalla Commissione Fiorella ed evidenziato da autorevole dottrina (Viganò 2013, cit., p. 20) la prescrizione è anche una «forma di tutela dell'imputato contro l'irragionevole

durata del processo che lo vede coinvolto», potendo essa ricondursi, ed in un qualche modo considerarsi dunque coperta, dal «principio di libertà e di sicurezza delle scelte di azione [...] (voltare pagina significa, anche, impostare le proprie scelte esistenziali e programmare il proprio futuro al riparo dall'incubo di una persecuzione penale tardiva) [nonché d]al diritto individuale alla tranquillità e alla serenità individuale [...], sussumibile a sua volta tra i diritti inviolabili della persona umana ex art. 2 Cost.» (sempre Viganò 2013, cit., p. 26 s.). Se non è così scontato che il regime della prescrizione sia invocabile come controlimite, come pure prospettato (v., ad es., [Canestrini](#); Viganò 2015, cit., p. 11), ci si chiede se la Corte di giustizia non avrebbe potuto essere più cauta nella ponderazione di interessi contrapposti, assicurando una tutela più effettiva ai diritti degli imputati che, in caso di disapplicazione della normativa nazionale controversa resterebbero privi (almeno pare, ad un primo esame) di protezione contro un'applicazione sostanzialmente retroattiva ed *in malam partem* del regime di imprescrittibilità dei reati commessi, a fronte di un ben diverso quadro prescrizionale vigente al momento della commissione dell'illecito. Del resto, la stessa clausola di omogeneità sopra richiamata – se impedisce di ridurre la tutela al diritto rilevante (corrispondente) quale offerta in ambito CEDU – legittima un innalzamento del livello di protezione; ed anche in base all'art. 53 Carta, la Corte di giustizia avrebbe forse potuto indirizzare diversamente la propria discrezionalità interpretativa.

5. Evidente è, tuttavia, come anticipato, l'approccio funzionale del giudice di Lussemburgo finalizzato a garantire la repressione efficace dei reati che ledono gli interessi finanziari dell'Unione, con la conseguente compressione – secondo una soluzione peraltro non nuova – dell'autonomia processuale degli Stati membri (v., *inter alia*, [Santex](#), [Elchinov](#), ma anche, di fatto, [El Dridi](#)). Approccio che, a tratti, potrebbe risultare anche un po' "sbrigativo", perché non sembra tenere in reale considerazione le fondamenta e le conseguenze effettive della eventuale disapplicazione della normativa controversa rispetto ai procedimenti nazionali pendenti, ivi compreso quello *a quo*.

La disapplicazione – che (verificata l'incompatibilità delle regole nazionali controverse) dovrebbe essere immediata, senza quindi possibilità alcuna di chiedere o attendere la previa rimozione di dette disposizioni in via legislativa o mediante qualsiasi altro procedimento costituzionale (secondo giurisprudenza con-

solidata a partire dal noto caso *Simmenthal* e “recepita” dalla nostra Corte costituzionale con la sentenza *Granital* – deriverebbe dalla riscontrata violazione di una norma pattizia – l’art. 325, par. 1 e 2, TFUE – cui la Corte di giustizia riconosce, in sostanza, effetto diretto (punto 52). E se consolidata può dirsi anche quella giurisprudenza che ammette l’invocabilità dell’effetto diretto di una norma del trattato anche nei confronti di privati (v., per tutte, *Defrenne*) e non solo dello Stato membro (come accade, invece, rispetto alle previsioni chiare, precise ed incondizionate contenute nelle direttive), non può non rilevarsi come, trattandosi di materia penale, la conseguenza di tale invocabilità nel caso di specie è del tutto peculiare. Gli imputati, infatti, in virtù del siffatto effetto diretto e della conseguente (eventuale) disapplicazione della normativa nazionale contrastante, subirebbero le conseguenze della violazione imputabile allo Stato (cui, solo, del resto, l’art. 325 TFUE pone obblighi specifici), risultando sostanzialmente “aggravata” la loro posizione nel procedimento penale.

Non ci si può allora non chiedere se, proprio per giungere a questa conclusione decisamente coraggiosa, la Corte abbia volontariamente “abbandonato” la menzionata direttiva 2006/112/CE come parametro interpretativo nel proprio ragionamento: la violazione da parte degli Stati membri di obblighi imposti da una direttiva, infatti, come noto, non può ripercuotersi negativamente sui singoli, l’effetto diretto delle direttive essendo solo verticale (v., per tutte, *Marshall*) e unilaterale (v., per tutte, *Ratti* e *Berlusconi e a.*). Vero che l’avvocato generale, per superare siffatta eventuale contestazione, ricorda come il caso di specie differisce dal richiamato caso *Berlusconi e a.*, dove si discuteva della possibile disapplicazione di una norma penale sostanziale: nella vicenda ora sottoposta alla Corte di giustizia, si discute invece della disapplicazione di un istituto che ha natura “processuale” e regola le condizioni per la perseguibilità di reati che erano e restano definiti dalla legge nazionale; infatti, ricorda l’avvocato generale, «i requisiti attinenti alla legalità delle pene sono interamente soddisfatti, dal momento che la punibilità della condotta addebitata agli imputati e la pena massima e minima che la reprimono si evincono in maniera immutata dalla legge penale italiana» già vigente al momento della commissione dei reati (punto 117 conclusioni). Tuttavia, questa differente ricostruzione non è pienamente convincente, specie alla luce della nostra giurisprudenza costituzionale, secondo cui le norme in

tema di prescrizione rientrano nel complessivo trattamento sanzionatorio dell'imputato, rivestendo carattere sostanziale ([sentenza n. 393/2006](#); [sentenza n. 236/2011](#)) ed essendo pertanto riconducibili nella sfera di operatività del principio di legalità in materia penale sancito dall'art. 25, 2° c., Cost. ([sentenza n. 324/2008](#)). E sotto questo profilo si potrebbe forse anche rilevare, a ben vedere, una intrinseca contraddizione nel ragionamento della Corte: essa infatti – pur formalmente considerando la prescrizione come istituto processuale non coperto dall'art. 49 Carta – nella sostanza lo correla funzionalmente al trattamento sanzionatorio, nel senso che solo la disapplicazione del regime prescrizionale controverso potrebbe consentire l'effettiva irrogazione delle sanzioni (di per sé già dissuasive ed effettive) agli imputati di cui si attesti la colpevolezza. In tal modo, come detto, nel complesso e di fatto la posizione penale di tali soggetti sarebbe inevitabilmente aggravata, con effetto diretto dell'art. 325 TFUE invocato sostanzialmente contro il singolo.

6. Eppure, come anticipato, quest'ultima sarebbe *la sola possibile conseguenza* della disapplicazione, se il giudice *a quo* riscontrasse che il regime prescrizionale allungato non è idoneo, in un *numero considerevole* di *casi gravi di frode agli interessi finanziari dell'Unione*, ad assicurare una repressione dissuasiva ed effettiva di tali reati, eventualmente (anche) in considerazione del fatto che per reprimere reati lesivi degli interessi finanziari del nostro Stato si applicano sanzioni, *rectius*, regimi prescrizionali (più effettivi e) non equivalenti a quelli previsti per i corrispondenti reati lesivi di interessi finanziari dell'Unione.

Si può porre certo qualche difficoltà per il giudice *a quo* che deve dimostrare che la neutralizzazione dell'effettività del diritto dell'Unione sussiste non solo nel caso dinanzi ad esso pendente, ma in un numero considerevole di procedimenti. A tal fine potrebbe avvalersi, ad esempio, di ricerche e statistiche dotate di ufficialità e attendibilità, come potrebbero essere quelle ministeriali o di forze di polizia giudiziaria. Tuttavia, una volta fornita la prova richiesta (se non si considerasse già soddisfatta, nel caso di specie, dai dati riprodotti nell'ordinanza di rinvio pregiudiziale), il giudice sarebbe tenuto alla disapplicazione e, disapplicata la normativa controversa, il solo scenario plausibile sembra quello della imprescrittibilità dei reati contestati agli imputati. Se viene

meno la normativa rilevante, per contrasto con il diritto dell'Unione, resta una lacuna normativa, che non pare possibile colmare (come suggerito dall'avvocato generale: v. punti 124 ss. conclusioni) per il tramite di un'applicazione analogica della normativa sul diverso regime prescrizione che si riscontrasse effettivamente operante rispetto a reati lesivi di interessi finanziari dello Stato italiano (ovvero quelli di cui al menzionato art. 291 *quater* TU doganale): si tratterebbe, infatti, di un'applicazione *contra legem* e retroattiva *in malam partem*, vietata al giudice nazionale. Anche se certo, come visto, ad un aggravamento retroattivo della posizione degli imputati si giunge comunque se viene caducata la normativa relativa ai termini di prescrizione allungati per i reati rilevanti nella specie, che restano non più assistiti da alcun regime prescrizione e diventano, di fatto, appunto, imprescrittibili.

Indubbiamente, l'interesse che la Corte di giustizia vuole tutelare nel caso in esame è del tutto peculiare e diverse sono le circostanze che devono sussistere (e la cui verifica è rimessa al giudice *a quo*) perché si possa effettivamente giungere alla disapplicazione della normativa nazionale controversa. Altrettanto indiscutibilmente, però, la conseguenza ultima cui può condurre la pronuncia è pregiudizievole per gli imputati, data l'applicazione retroattiva ed *in malam partem* del "nuovo" regime prescrizione; imputati che sarebbero anche privi di qualsiasi mezzo di tutela giurisdizionale rispetto all'aggravamento "indebito" della loro posizione processuale. Non pare, infatti, ammissibile un'azione di responsabilità contro lo Stato per violazione del diritto dell'Unione, dal momento che, come visto, la disapplicazione di fatto ripristina la liceità del comportamento statale, illegittimo laddove invece si mantenesse il regime della prescrizione contestato; né probabilmente sarebbe fondato un eventuale ricorso alla Corte europea dei diritti dell'uomo che, come visto, ritiene legittima la proroga dei termini di prescrizione in pendenza del procedimento, a meno di "giocare", in questo caso, sul fatto che non siamo di fronte ad un mero allungamento dei termini prescrizione in corso di causa, bensì ad una sopravvenuta imprescrittibilità dei reati contestati agli imputati. Ed anche un intervento della Corte costituzionale – cui peraltro dovrebbe ricorrere un giudice diverso da quello *a quo* (che ha le mani legate da quanto disposto, come visto, dalla Corte di giustizia al punto 49 della pronuncia in esame) – non sembra destinato ad innovare significativamente rispetto alle conseguenze che il

giudice nazionale è tenuto a trarre dalla sentenza della Corte di Lussemburgo (a meno che non si faccia ricorso alla menzionata teoria dei controlimiti: in tal senso v. Viganò 2015, cit., p. 13 s.).

In attesa di conoscere la decisione che il giudice *a quo* adotterà sul rinvio a giudizio o meno degli imputati, e quella di altri giudici che si trovino a decidere di situazioni analoghe a quella rilevante nella specie, seguendo anch'essi i *dicta* della Corte di giustizia, risulta pertanto indispensabile, come anticipato (§ 1), un intervento sollecito del legislatore, a garanzia (*in primis*) della certezza del diritto. Questi – chiamato a rivedere in modo complessivo il regime della prescrizione e ad affrontare le altre carenze di funzionamento del nostro sistema giudiziario che hanno ripercussioni sull'impunità *de facto* (nel senso che quest'ultima si verifica anche per carenze strutturali del sistema v. Viganò 2013, cit., p. 19 ed ivi ulteriori riferimenti bibliografici) – dovrà, innanzitutto, colmare la lacuna normativa (pur eventuale) delineata dalla pronuncia del giudice di Lussemburgo: anche disponendo un regime prescizionale più severo e, dunque, un allungamento dei termini (massimi) di prescrizione per reati gravi lesivi degli interessi finanziari dell'Unione, idonei ad evitare un'impunità di fatto e ad assicurare, quindi, una loro repressione efficace; ma un regime che non potrebbe che operare per il futuro (nel senso che l'irretroattività di regimi prescizionali, in caso di riforma, discenderebbe pacificamente dai principi generali v., per tutti, Pulitanò, cit., p. 28 s.).

Nell'intervenire nella direzione indicata, l'occasione potrebbe essere propizia, per il nostro legislatore, anche per verificare la congruenza con il diritto dell'Unione del regime prescizionale rispetto a tutte le altre fattispecie criminose la cui punibilità è imposta da norme di tale ordinamento, per evitare ulteriori "incursioni" del giudice di Lussemburgo nell'autonomia processuale nazionale. Anche se, a dire il vero, il potenziale espansivo della pronuncia in esame pare limitato, sia per le condizioni alla cui sussistenza si subordina la disapplicazione, sia per il fatto che, in ultima analisi, quest'ultima è imposta dalla contrarietà della normativa nazionale con una previsione pattizia, la sola che impone obblighi specifici di repressione direttamente in capo agli Stati membri. Certo, l'art. 83 TFUE (come già l'art. 34, par. 2, lett. *b*), TUE prima di Lisbona) riconosce al legislatore dell'Unione la competenza ad adottare direttive (decisioni quadro, nel sistema pre-Lisbona) per il ravvicinamento sostanziale delle legislazioni penali nazionali, idonee a definire i reati

(transnazionali gravi o lesivi di altre politiche dell'Unione) da perseguire e le sanzioni da applicare (eventualmente anche armonizzando i regimi prescrizionali). Gli obblighi per gli Stati membri discenderebbero, tuttavia, in questi casi, dalle direttive (o dalle decisioni quadro, rispetto a cui opera, per quanto qui rileva, lo stesso regime applicabile alle direttive) e non da una norma primaria; e non è assolutamente scontato (per non dire, che è improbabile) che la Corte di giustizia – venendo in rilievo interessi diversi da quelli finanziari dell'Unione e, soprattutto, non essendo l'obbligo di repressione imposto da una previsione pattizia, bensì da un atto di diritto derivato – giungerebbe ad una soluzione analoga a quella qui esaminata, non fosse altro perché non è ammissibile un effetto diretto “a rovescio”, e dunque *in malam partem*, delle direttive ed occorrendo, pertanto, costruire in modo più articolato e ragionato (e forse non sostenibile) l'obbligo di disapplicazione.

15 settembre 201

576 Interventi

Amministrazione

Editoriale Scientifica srl

80138 Napoli via San Biagio dei Librai, 39 tel./fax 081.5800459

info@editorialescientifica.com

www.editorialescientifica.com

Direttore responsabile

Pasquale De Sena

Legale rappresentante

Pasquale De Sena

Rivista semestrale gratuita pubblicata esclusivamente on-line su

<http://www.sidi-isil.org/sidiblog/>

www.editorialescientifica.com

Registrazione

Tribunale di Napoli n. 3134/15 del 29 luglio 2015

scritti di

Stefania Bariatti • Nicolò Nisi • Giulia
Vallar • Fabrizio Marongiu Buonaiuti • Luca
Pasquet • Antonino Ali • Emanuele Sommario •
Enrico Milano • Susanna Cafaro • Salvatore D'Acunto •
Giuseppe Bianco • Michael Ioannidis • Francesco Martucci
• Pasquale De Sena • Massimo Starita • Marco Inglese • Marco
Borraccetti • Pietro Pustorino • Angelo Schillaci • Chiara Vitucci
• Graziella Romeo • Matteo Winkler • Francesca De Vittor • Chiara
Favilli • Gabriella Carella • Alessandra Annoni • Francesco Cherubini
• Giuseppe Morgese • Stefano Montaldo • Luca D'Amborsio • Daniela
Vitiello • Tommaso Natoli • Alberto Oddenino • Michele Nino • Irini
Papanicolopulu • Massimo Lando • Roberto Virzo • Marina Castellaneta
• Livio Cosenza • Flavia Zorzi Giustiniani • Eugenio Zaniboni • Lucas
Carlos Lima • Loris Marotti • Fernanda Nicola • Alberto Alemanno
• Luca Pantaleo • Filippo Fontanelli • Luigi Daniele • Federica
Musso • Alessandra Viviani • Emanuele Cimiotta • Giancarlo
Anello • Beatrice Bonafé • Francois Xavier Millet • Giulia
Borgna • Paola Mori • Giulia Landi • Duncan Hollis •
Emanuele Nicosia • Mirko Sossai • Ludovica Poli •
Serena Quattrocolo • Elena D'Alessandro •
Giuseppe Melis • Chiara Sisler • Lucia
Serena Rossi • Davide Diverio •
Chiara Amalfitano