

La tutela dei diritti umani in Europa, a cura di A. CALIGIURI, G. CATALDI, N. NAPOLETANO.

LA TUTELA DEI DIRITTI UMANI IN EUROPA

TRA SOVRANITÀ STATALE E ORDINAMENTI SOVRANAZIONALI

a cura di

ANDREA CALIGIURI
GIUSEPPE CATALDI
NICOLA NAPOLETANO



CASA EDITRICE DOTT. ANTONIO MILANI
2010

PROPRIETÀ LETTERARIA RISERVATA

Copyright 2010 Wolters Kluwer Italia Srl

ISBN 978-88-13-30976-3

I diritti di traduzione, di memorizzazione elettronica, di riproduzione e di adattamento totale o parziale, con qualsiasi mezzo (compresi i microfilm e le copie fotostatiche), sono riservati per tutti i Paesi.

Le fotocopie per uso personale del lettore possono essere effettuate nei limiti del 15% di ciascun volume/fascicolo di periodico dietro pagamento alla SIAE del compenso previsto dall'art. 68, commi 4 e 5 della legge 22 aprile 1941, n. 633.

Le riproduzioni diverse da quelle sopra indicate (per uso non personale – cioè, a titolo esemplificativo, commerciale, economico o professionale – e/o oltre il limite del 15%) potranno avvenire solo a seguito di specifica autorizzazione rilasciata da AIDRO, Corso di Porta Romana, n. 108, 20122 Milano, e-mail segreteria@aidro.org e sito web www.aidro.org

L'elaborazione dei testi, anche se curata con scrupolosa attenzione, non può comportare specifiche responsabilità per eventuali involontari errori o inesattezze.

Stampato in Italia - Printed in Italy

Stampa: Grafiche TPM S.r.l. - Padova

Indice

<i>Notizie sugli Autori</i>	IX
<i>Elenco delle principali abbreviazioni</i>	XI
<i>Premessa</i>	XIII

<i>Prefazione</i>	
BENEDETTO CONFORTI.....	XV

PARTE PRIMA

LA PLURALITÀ DEI SISTEMI DI TUTELA DEI DIRITTI FONDAMENTALI NEL CONTINENTE EUROPEO: LA COESISTENZA TRA AUTARCHIA E INTERDIPENDENZA

<i>L'evoluzione della tutela dei diritti fondamentali nell'Unione europea</i>	
NICOLA NAPOLETANO.....	3
<i>Modelli costituzionali a confronto: la specificità della tutela dei diritti fondamentali nel processo di adattamento al diritto dell'Unione europea</i>	
ANDREA CALIGIURI.....	51
<i>Origine e sviluppo della Convenzione europea dei diritti umani</i>	
ANNAMARIA VITERBO.....	75

PARTE SECONDA

I DIRITTI FONDAMENTALI E L'AZIONE ESTERNA DELL'UNIONE EUROPEA

Sezione I - L'incidenza della PESC sul sistema di protezione dei diritti

<i>Il principio d'attribuzione e la tutela dei diritti fondamentali nelle decisioni di politica estera: quid iuris se la lacuna non fosse stata sanata?</i>	
M. EUGENIA BARTOLONI.....	111
<i>Gli effetti e l'esecuzione delle decisioni del Consiglio di sicurezza al vaglio della Corte di giustizia dell'Unione europea</i>	
NICOLA NAPOLETANO.....	133

Sezione II - L'“azione” dell'Unione a favore dello sviluppo e del consolidamento della democrazia, dello Stato di diritto e del rispetto dei diritti umani

Oltre la politica di condizionalità: l'azione esterna della Unione europea e il rispetto delle norme imperative di diritto internazionale

EMANUELE REBASTI 173

I diritti umani nelle relazioni economiche esterne dell'Unione europea: il Sistema di preferenze generalizzate

LORENZA MOLA 217

L'azione esterna dell'Unione europea per la promozione dello Stato di diritto nel settore della giustizia penale: la missione EULEX in Kosovo

GIANLUCA SERRA 245

PARTE TERZA

**PROBLEMATICHE ATTUALI IN MATERIA DI TUTELA DEI DIRITTI
FONDAMENTALI DEI MIGRANTI E DEI RICHIEDENTI ASILO**

Sezione I - Rifugiati e asilanti: problemi di definizione

La nozione di persecuzione nel diritto dell'Unione europea in materia di rifugiati e la responsabilità internazionale dello Stato

BEATRICE I. BONAFÉ 277

Il diritto d'asilo nell'ordinamento italiano: struttura, garanzie, effettività

ELISA CAVASINO 297

Sezione II - Politiche dell'Unione europea in materia di immigrazione e asilo

Le condizioni d'ingresso e la tutela dei migranti nell'ordinamento dell'Unione europea

SELINE TREVISANUT 337

Le operazioni di contrasto dell'immigrazione clandestina alle frontiere marittime dell'Unione europea e la tutela dei richiedenti asilo

ANDREA CALIGIURI 359

Il diritto dei migranti all'unità familiare nella giurisprudenza della Corte europea dei diritti umani e nell'ordinamento dell'Unione europea

ADELE DEL GUERCIO 387

PARTE QUARTA

I NUOVI AMBITI DELLO SVILUPPO DELLA TUTELA DEI DIRITTI UMANI***Sezione I - La dimensione economica, sociale, culturale ed ambientale***

<i>The collocation of 'social' and 'market' in the economy and Europe's elusive social identity in the stardust of the economic constitution</i>	
MEL J. MARQUIS.....	419
<i>La responsabilità delle società multinazionali per la violazione dei diritti fondamentali nell'Unione europea</i>	
MARCO FASCIGLIONE	449
<i>Spazio pubblico e diritti individuali. Pluralismo culturale e società democratica nel sistema della Convenzione europea dei diritti umani</i>	
ADRIANA DI STEFANO	475
<i>La protezione dell'ambiente nella giurisprudenza della Corte europea dei diritti umani</i>	
ANDREA SACCUCCI.....	493

Sezione II - Questioni particolari

<i>La Convenzione europea dei diritti umani e i conflitti di civilizzazione</i>	
GIANLUCA CONTALDI.....	535
<i>Diritti umani e diritto umanitario nella giurisprudenza dei tribunali interni e della Corte europea dei diritti umani</i>	
GIOVANNI CARLO BRUNO.....	549

PARTE QUINTA

**ASPETTI PARTICOLARI RELATIVI ALL'APPLICAZIONE DELLA
CONVENZIONE EUROPEA DEI DIRITTI UMANI**

<i>La natura self-executing delle norme della Convenzione europea dei diritti umani e l'applicazione delle sentenze della Corte europea negli ordinamenti nazionali</i>	
GIUSEPPE CATALDI	565
<i>La CEDU nell'ordinamento italiano</i>	
MARCO PEDRAZZI.....	595

<i>L'incorporation della Convenzione europea dei diritti umani nell'ordinamento britannico attraverso lo Human Rights Act del 1998</i> ROSARIO SAPIENZA.....	609
<i>La France et la Cour européenne des droits de l'homme, variations sur les amours d'un couple tumultueux</i> JEAN-MARC SOREL	621
<i>La Convenzione europea dei diritti umani nel sistema giuridico albanese</i> LEDI BIANKU	655

Notizie sugli Autori

M. EUGENIA BARTOLONI

Ricercatore di Diritto internazionale, Università degli Studi di Macerata

LEDI BIANKU

Giudice della Corte europea dei diritti umani

BEATRICE I. BONAFÉ

Ricercatore di Diritto internazionale, Università degli Studi di Macerata

GIOVANNI CARLO BRUNO

*Ricercatore presso l'Istituto di Studi Giuridici Internazionali,
Consiglio Nazionale delle Ricerche*

ANDREA CALIGIURI

Ricercatore di Diritto internazionale, Università degli Studi di Macerata

GIUSEPPE CATALDI

*Professore ordinario di Diritto internazionale, Università degli Studi di Napoli
"L'Orientale"*

ELISA CAVASINO

Ricercatore di Diritto costituzionale, Università degli Studi di Palermo

BENEDETTO CONFORTI

*Professore emerito di Diritto internazionale, Università degli Studi di Napoli "Federico II"
Giudice emerito della Corte europea dei diritti umani*

GIANLUCA CONTALDI

Professore ordinario di Diritto internazionale, Università degli Studi di Macerata

ADELE DEL GUERCIO

*Dottore di ricerca in Diritti umani: evoluzione, tutela e limiti,
Università degli Studi di Palermo*

ADRIANA DI STEFANO

Assegnista di ricerca in Diritto internazionale, Università degli Studi di Catania

MARCO FASCIGLIONE

*Assegnista di ricerca presso l'Istituto di Studi Giuridici Internazionali,
Consiglio Nazionale delle Ricerche*

MEL J. MARQUIS

Assegnista di ricerca in Diritto dell'Unione europea, Università degli Studi di Verona

LORENZA MOLA

Dottore di ricerca in Diritto internazionale dell'economia, Università Bocconi

NICOLA NAPOLETANO

Ricercatore di Diritto internazionale, Università Unitelma Sapienza

MARCO PEDRAZZI

Professore ordinario di Diritto internazionale, Università degli Studi di Milano

EMANUELE REBASTI

*Assegnista di ricerca in Diritto dell'Unione europea, Università degli Studi di Roma
"La Sapienza"*

ANDREA SACCUCCI

Ricercatore di Diritto internazionale, Seconda Università degli Studi di Napoli

ROSARIO SAPIENZA

Professore ordinario di Diritto internazionale, Università degli Studi di Catania

GIANLUCA SERRA

*Dottorando di ricerca in Diritto pubblico interno e comunitario,
Seconda Università degli Studi di Napoli*

JEAN-MARC SOREL

Professeur de Droit public, Université de Paris I Panthéon-Sorbonne

SELINE TREVISANUT

Borsista post dottorato di Diritto internazionale, Università degli Studi di Cagliari

ANNAMARIA VITERBO

Ricercatore di Diritto internazionale, Università degli Studi di Torino

Elenco delle principali abbreviazioni

CE	Comunità europea
CEE	Comunità economica europea
COE	Consiglio d'Europa
CEDU	Convenzione europea dei diritti umani
CPE	Cooperazione politica europea
EUROJUST	Unità di cooperazione giudiziaria dell'Unione europea
EULEX	Missione dell'Unione europea per lo Stato di diritto in Kosovo
FAO	Organizzazione per l'alimentazione e l'agricoltura
FRONTEX	Agenzia europea per la gestione della cooperazione operativa alle frontiere esterne degli Stati membri dell'Unione europea
GATT	Accordo generale sulle tariffe e il commercio
ICTY	Tribunale penale internazionale per l'ex-Jugoslavia
IMO	Organizzazione marittima internazionale
ILO	Organizzazione internazionale del lavoro
NATO	Organizzazione del Trattato dell'Atlantico del Nord
OSCE	Organizzazione per la sicurezza e la cooperazione in Europa
OCSE	Organizzazione per la cooperazione e lo sviluppo economico
OMC	Organizzazione mondiale per il commercio
ONU	Organizzazione delle Nazioni Unite
PESC	Politica estera e di sicurezza comune dell'Unione europea
PESD	Politica europea di sicurezza e difesa
UE	Unione europea
UNCTAD	Conferenza delle Nazioni Unite per il commercio e lo sviluppo
UNHCR	Alto Commissariato delle Nazioni Unite per i rifugiati
UNMIK	Missione di Amministrazione Interinale delle Nazioni Unite in Kosovo

Nota redazionale

In seguito all'entrata in vigore del *Trattato di Lisbona che modifica il trattato sull'Unione europea e il trattato che istituisce la Comunità europea*, firmato a Lisbona il 13 dicembre 2007, nei contributi di questo *Volume*, il numero dell'articolo dei testi convenzionali è seguito immediatamente dall'abbreviazione del Trattato di riferimento secondo il modello di seguito riportato.

- UE per il Trattato sull'Unione europea (prima di Lisbona)
- CE per il Trattato che istituisce la Comunità europea
- TUE per il Trattato sull'Unione europea (dopo Lisbona)
- TFUE per il Trattato sul funzionamento dell'Unione europea

In particolare, per quanto attiene alla corrispondenza tra la numerazione degli articoli del Trattato sull'Unione europea e del Trattato sul funzionamento dell'Unione europea rispetto a quella contenuta nelle versioni precedenti del Trattato sull'Unione europea e del Trattato che istituisce la Comunità europea, nel presente *Volume* si prede in considerazione la “Tabella di corrispondenza” di cui all’art. 5 del Trattato di Lisbona. Per quanto riguarda le modifiche apportate al Trattato che istituisce la Comunità europea, si tiene conto delle “Modifiche orizzontali” riportate nell’art. 2 del Trattato di Lisbona. Infine, si precisa che nei contributi di questo *Volume*, la locuzione “Unione europea” viene utilizzata anche in senso generico, per indicare nel loro complesso l’Unione europea e la Comunità europea prima dell’entrata in vigore del Trattato di Lisbona.

I Trattati istitutivi, i trattati di adesione, gli atti delle istituzioni e ogni altro documento ufficiale dell’Unione europea citati nel presente *Volume* sono reperibili sul sito *eur-lex.europa.eu*.

La giurisprudenza delle Corti e dei Tribunali internazionali citata nei contributi del *Volume* è reperibile sui portali ufficiali di dette giurisdizioni.

- Corte di giustizia dell’Unione europea: *curia.europa.eu*
- Corte europea dei diritti umani: *www.echr.coe.int*
- Corte interamericana dei diritti umani: *www.corteidh.or.cr*
- Corte internazionale di giustizia: *www.icj-cij.org*
- Organo di soluzione delle controversie dell’OMC: *www.wto.org*
- Tribunale penale internazionale per la ex-Iugoslavia: *www.icty.org*

Premessa

Questo *Volume* si propone di offrire una visione dei sistemi di tutela dei diritti umani esistenti a livello europeo, pur nella consapevolezza che gli argomenti trattati non permettono di delineare un quadro esaustivo delle diverse problematiche. Nella scelta degli argomenti si è comunque tenuto conto di alcune delle principali questioni che animano l'attuale dibattito scientifico.

L'obiettivo principale dell'opera è quello di illustrare i rapporti esistenti tra i diversi livelli di tutela dei diritti umani, esaminando le interazioni che esistono tra ordinamento dell'UE, ordinamento della CEDU e ordinamenti nazionali, sia in un'ottica sistemica sia in un'ottica settoriale.

Il risultato che emerge dai diversi contributi è il ruolo fondamentale che la Convenzione europea dei diritti umani riveste quale parametro di riferimento utile ad assicurare una tutela minima ma comune a livello europeo, condizionando il modo d'essere degli ordinamenti giuridici dei singoli Stati contraenti ma anche l'ordinamento sopranazionale rappresentato dall'Unione europea. In questo senso il carattere di "strumento costituzionale dell'ordine pubblico europeo" proprio della Convenzione sembra acquistare un nuovo e più ampio contenuto rispetto al passato, trovando un coronamento ideale nella possibile adesione dell'Unione europea alla CEDU.

Non sembra inutile rilevare, tuttavia, che dal complesso dei contributi riuniti in questo *Volume* emerge significativamente anche la contraddizione in atto tra l'alto livello di codificazione ed elaborazione degli strumenti di tutela dei diritti umani raggiunto nel continente europeo e le attuali iniziative politico-amministrative degli stessi Stati, che tendono spesso ad una eccessiva compressione, se non alla negazione, di questo "patrimonio" sulla spinta di eventi quali la crisi economica globale, le migrazioni, la minaccia del terrorismo transnazionale.

Nella redazione dell'opera si è perseguito l'intento di coniugare il rigore dell'indagine critica ad una attenzione particolare per le esigenze della didattica, al fine di offrire uno strumento rivolto non solo agli operatori giuridici, ma anche agli studenti universitari che per la prima volta si avvicinano allo studio di queste tematiche. Allo scopo di agevolare l'uso didattico del *Volume*, la cui idea è maturata nell'ambito delle attività della Cattedra *Jean Monnet* "La tutela dei diritti umani nell'Unione europea" (Università degli Studi di Napoli "L'Orientale"), si è ritenuto opportuno articolare l'opera in cinque parti distinte, impiegabili indipendentemente l'una dall'altra ovvero secondo differenti combinazioni.

Macerata-Napoli-Roma, giugno 2010

Andrea Caligiuri, Giuseppe Cataldi, Nicola Napoletano

Prefazione

La materia della protezione internazionale dei diritti umani è ormai da qualche tempo al centro dell'attenzione della scienza giuridica, particolarmente di quella del diritto internazionale, come attestano i numerosi studi e le impegnative ricerche aventi ad oggetto l'argomento. Sembrerebbe dunque che tutto sia già stato detto, almeno sulla disciplina di diritto internazionale e di diritto dell'Unione europea, salvo aggiornamenti relativi all'intervento di norme nuove e di una giurisprudenza che, soprattutto nel caso della Corte europea dei diritti umani, presenta uno sviluppo costante nella direzione di una protezione sempre maggiore. Eppure, anche sul piano dottrinale, questo *Volume* si presenta ricco di spunti nuovi e di inviti alla riflessione. Tutti gli aspetti della protezione dei diritti umani in Europa, o promossi dall'Europa nel mondo, vengono esaminati con queste caratteristiche.

Per cercare di trovare una linea di confine tra la tutela dei diritti umani nel Consiglio d'Europa e nella giurisprudenza della Corte di Strasburgo, da un lato, e nell'Unione europea, dall'altro, è forse il caso di riferirsi all'interessante saggio che apre la Sezione I della Parte IV, relativa alla "dimensione economica sociale, culturale ed ambientale", saggio che pone, in termini teorici ed ovviamente con riferimento alla protezione dei diritti umani, l'alternativa tra il "sociale" ed il "mercato". Senza dubbio il diritto dell'Unione europea è dominato dalle esigenze del libero mercato. Ma che questo, come l'autore del saggio sostiene, sia il miglior regime economico possibile, non ci sembra molto convincente. Vero è che la necessità dell'intervento statale per correggere le universalmente constatabili, e a volte disastrose, deviazioni del mercato, non può essere disconosciuta. Per quanto riguarda l'UE, a parte le politiche comunitarie che qui non vengono in discussione, la materia dei diritti umani, per tanti anni alimentata dall'attività pretoriana della Corte di giustizia di Lussemburgo e poi sancita dai trattati che si sono susseguiti fino a quello di Lisbona, è un chiaro esempio di interventi nel "sociale". Lo dimostrano del resto proprio il saggio, contenuto nella stessa sezione, sulla violazione delle norme dei diritti umani da parte delle imprese multinazionali operanti nell'Unione europea. Lo dimostrano altresì gli studi sull'azione esterna dell'UE, che sono contenuti nella Sezione II della Parte II e che offrono un panorama completo ed aggiornato della prassi dell'Unione tendente a condizionare la sua azione al rispetto dei diritti umani ed all'affermazione della democrazia nei Paesi con i quali l'UE ha rapporti economici. Assai interessante, in questa sezione, è peraltro lo studio di apertura, che si potrebbe intitolare alle "luci ed ombre" delle relazioni esterne dell'UE, per la parte in cui si mette in luce come non sempre gli accordi conclusi dalla Unione con Paesi terzi sono in regola con lo *jus cogens* internazionale.

Se la tutela dei diritti umani è attuata nell'UE esclusivamente nei casi in cui essa venga in rilievo in relazione a rapporti regolati dal diritto dell'Unione, e quindi a rapporti di natura prevalentemente economica, la sua piena sfera di applicazione è data dalla Convenzione europea dei diritti umani e dall'interpretazione, via via sempre più "progressista", che ne forniscono le sentenze della Corte di Strasburgo. Numerosi sono gli studi in argomento, sparsi nelle varie parti del libro, ed è qui difficile dare un'idea della loro ricchezza. Per limitarsi a qualche spunto tra quelli che inducono alla riflessione, è il caso di sottolineare il tema dell'interpretazione da dare alla parola "jurisdiction", indicato dall'art. 1 come limite alla competenza della Corte. Il tema è trattato nello studio dedicato a "Lo sviluppo del sistema di tutela previsto dalla CEDU". Giustamente l'autrice sostiene che la giurisprudenza della Corte di Strasburgo, nell'interpretare l'art. 1 CEDU, non riesce a trovare un convincente equilibrio tra la nozione di sovranità territoriale e quella di sovranità personale. Anche a nostro avviso, non è facile capire dove la Corte intende fermarsi: certamente una visione esclusivamente territorialistica del termine "jurisdiction" è esclusa dalla sua giurisprudenza; ma del tutto incerta è poi la sua opinione quando si esce dalla sfera territoriale e si è di fronte ad azioni di un organo di uno degli Stati contraenti che si sviluppano all'estero e che producono la lesione di un diritto previsto dalla Convenzione. Vero è che la Corte non se la sente di arrivare alla soluzione estrema, ma coerente, secondo cui qualsiasi azione di un organo statale che, ovunque avvenga, violi la Convenzione, potrebbe essere sottoposto alla Corte; se così facesse l'art. 1 verrebbe a coincidere con l'art. 34 CEDU che genericamente accorda il diritto di ricorso a chiunque si consideri vittima. D'altro canto la Corte non è nuova ad interpretazioni forzate della Convenzione, come ha fatto ad es. in tema di divieto della pena di morte o di obbligatorietà delle misure cautelari.

Un altro spunto si ricava dal saggio su "Diritti umani e protezione dell'ambiente nella giurisprudenza della Corte di Strasburgo e della Corte di Lussemburgo", là dove si auspica che la Corte si apra ai ricorsi delle associazioni che rappresentano interessi collettivi. Non ci pare che i tempi siano maturi, ma non è escluso che l'interpretazione progressista della Corte arrivi anche a questo!

Un gruppo assai compatto di saggi è quello della Parte III sui diritti degli immigrati. Ciò ovviamente si spiega con l'attualità della materia e la continua evoluzione della sua disciplina. Trattasi di una materia in cui la lacunosità della disciplina di diritto dell'Unione europea, l'insufficienza della giurisprudenza della Corte di Strasburgo, il razzismo strisciante che caratterizza molti Stati europei, sono la causa delle continue violazioni di norme internazionali. Basti ricordare ad es. le norme sul diritto di richiedere asilo, reso spesso impraticabile vuoi per il respingimento immediato nei Paesi di origine o in Paesi inaffidabili, vuoi per gli intralci burocratici frapposti alla richiesta, vuoi per le insufficienze dei ricorsi giurisdizionali contro le decisioni negative delle autorità amministrative. O ricordare, per quanto riguarda l'immigrazione via mare, le norme del di-

ritto internazionale marittimo sulla salvaguardia della vita umana in mare. Insomma, è questa una materia in cui fondamentali diritti umani spesso non vengono rispettati, prima di tutti il diritto alla vita.

Nel trattare dei diritti umani non bisogna dimenticare che, se le norme e la giurisprudenza internazionali sono assai importanti, altrettanto importante è la circostanza che esse trovino piena e completa attuazione all'interno dei singoli Stati attraverso i meccanismi di adattamento. Anche su questo argomento vari saggi, aventi ad oggetto quanto avviene in Italia, ma anche con delle comparazioni con alcuni ordinamenti stranieri, sono da segnalare. Sull'argomento si sa non tutto è chiaro, come dimostra l'esame della giurisprudenza costituzionale ed in particolare le famose sentenze nn. 348 e 349 del 2007 le quali, secondo l'opinione più diffusa, hanno lasciato aperta tutta una serie di problemi. D'altro canto le norme internazionali vanno coordinate con le norme nazionali ed è quindi significativo che proprio sul tema del diritto di asilo vengano approfondite nel *Volume* la struttura, le garanzie e l'effettività di questo istituto nell'ordinamento italiano.

Nell'impossibilità di dar qui conto dell'intero contenuto del *Volume*, che ci costringe a rinviare chi ha interesse per la materia trattata ad una lettura diretta dei vari saggi, non possiamo non complimentarci vivamente con il gruppo di studiosi che ha contribuito ad un'utilissima opera.

Benedetto Conforti

PARTE PRIMA

**LA PLURALITÀ DEI SISTEMI DI TUTELA DEI DIRITTI FONDAMENTALI
NEL CONTINENTE EUROPEO:
LA COESISTENZA TRA AUTARCHIA E INTERDIPENDENZA**

L'evoluzione della tutela dei diritti fondamentali nell'Unione europea*

Nicola Napolitano

SOMMARIO: 1. La nascita e l'evoluzione della prassi giurisprudenziale della Corte di giustizia in materia di diritti fondamentali. – 1.1. I diritti fondamentali in quanto “principi generali di diritto”. – 1.2. Le restrizioni all'esercizio dei diritti fondamentali introdotte in ragione degli obiettivi di interesse generale riconosciuti dall'Unione. – 1.3. La competenza della Corte di giustizia a verificare la conformità con i diritti fondamentali della normativa interna agli Stati membri rientrante nell'ambito di applicazione del diritto dell'Unione. – 2. Dall'Atto unico europeo al Trattato di Lisbona: l'evoluzione della disciplina sulla tutela dei diritti fondamentali. – 3. Il controllo preventivo, l'accertamento e il meccanismo sanzionatorio per le gravi violazioni dei valori fondanti l'Unione da parte degli Stati membri. – 4. La Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea. – 5. I rapporti tra l'Unione europea e la CEDU. – 5.1. Il controllo del giudice di Strasburgo sugli atti dell'Unione e sugli atti di esecuzione degli Stati membri. – 5.2. La questione dell'adesione dell'Unione europea alla CEDU.

1. La nascita e l'evoluzione della prassi giurisprudenziale della Corte di giustizia in materia di diritti fondamentali

1.1. I diritti fondamentali in quanto “principi generali di diritto”

Nella versione originaria, il Trattato istitutivo della Comunità europea¹ non conteneva alcuna disposizione diretta al riconoscimento o alla protezione dei diritti umani e delle libertà fondamentali, al di là di quelle che erano le garanzie a tutela della persona strumentali alla realizzazione degli obiettivi della stessa Comunità². Si riteneva, infatti, che i diritti fondamentali fossero già garantiti da-

* Per quanto attiene all'*incidenza della PESC sul sistema di protezione dei diritti* e all'*“azione” dell'Unione a favore dello sviluppo e del consolidamento della democrazia, dello Stato di diritto e del rispetto dei diritti umani*, si rinvia ai contributi di M.E. BARTOLONI, N. NAPOLETANO, E. REBASTI, L. MOLA, G. SERRA contenuti nella *Parte Seconda - I diritti fondamentali e l'azione esterna dell'Unione europea* di questo Volume. In riferimento alle questioni connesse con la protezione dei diritti dei migranti, dei rifugiati e dei richiedenti asilo nell'ambito dell'ordinamento giuridico dell'Unione europea si rinvia ai contributi di B.I. BONAFÉ, S. TREVISANUT, A. CALIGIURI, A. DEL GUERCIO contenuti nella *Parte Terza - Problematiche attuali in materia di tutela dei diritti fondamentali dei migranti e dei richiedenti asilo* di questo Volume.

¹ Trattato che istituisce la Comunità economica europea, firmato a Roma il 25 marzo 1957 ed entrato in vigore il 1° gennaio 1958.

² Strumentali alle finalità del Trattato CEE, quindi alla realizzazione del mercato unico erano, ad esempio, alcune libertà individuali, come la libertà di circolazione ed il diritto a non essere discriminato in base alla nazionalità, ovvero in base al sesso. Le stesse considerazioni fatte circa l'assenza di dispo-

gli ordinamenti costituzionali degli Stati membri e, su un piano regionale, dalla Convenzione europea dei diritti umani³

Tuttavia, sin dalle prime pronunce della Corte di giustizia è emersa con vigore l'importanza della protezione dei diritti fondamentali all'interno dell'ordinamento giuridico delle Comunità⁴, principalmente in funzione della necessità di garantirne l'autonomia e lo sviluppo. In proposito, due sono gli aspetti che devono essere presi in considerazione. In primo luogo, già nella sentenza *Stork* del 1959, la Corte ha escluso la possibilità di sindacare la violazione dei diritti fondamentali da parte degli atti adottati dalle istituzioni alla luce delle costituzioni degli Stati membri, essendo, tra l'altro, l'applicazione e l'interpretazione del diritto nazionale sottratte alle sue competenze⁵. In secondo luogo, con la sentenza *Van*

sizioni relative alla tutela di diritti fondamentali valgono anche per il Trattato che istituisce la Comunità europea dell'energia atomica del 1957 e per il Trattato che istituisce la Comunità europea del carbone e dell'acciaio, firmato a Parigi il 18 aprile 1951 ed entrato in vigore il 24 luglio 1952.

³ Convenzione europea dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali, firmata a Roma il 4 novembre 1950, entrata in vigore il 3 settembre 1953. In proposito, cfr. il contributo di A. VITERBO, *Origine e sviluppo della Convenzione europea dei diritti umani*, in questo Volume.

⁴ Cfr. M.H. MENDELSON, *The European Court of Justice and Human Rights*, *Yearbook of European Law*, 1981, p. 125 ss.; G.L. TOSATO, *La tutela dei diritti fondamentali nella giurisprudenza della Corte delle Comunità europee*, in *Studi in onore di Giuseppe Sperduti*, Milano, 1984, p. 717 ss.; M.A. DAUSES, *The protection of fundamental rights in the community legal order*, in *European Law Review*, p. 398 ss.; G.F. MANCINI, V. DI BUCCI, *La développement des droits fondamentaux en tant que partie du droit communautaire*, in *Collected Courses of the Academy of European Law*, vol. I, 1990, p. 29 ss.; H.G. SCHERMERS, *The European Communities Bound by Fundamental Human Rights*, in *Common Market Law Review*, 1990, p. 249 ss.; G. TESAURO, *I diritti fondamentali nella giurisprudenza della Corte di giustizia*, in *Rivista internazionale dei diritti dell'uomo*, 1992, p. 426 ss.; J. COPPEL, A. O'NEILL, *The European Court of Justice: Taking Rights Seriously?*, in *Common Market Law Review*, 1992, p. 669 ss.; G. STROZZI, *La tutela dei diritti fondamentali tra diritto comunitario e ordinamenti degli Stati membri*, in *Scritti degli allievi in memoria di Giuseppe Barile*, 1995, Padova, 677 ss.; L. SCUDIERO, *Comunità europea e diritti fondamentali: un rapporto ancora da definire?*, in *Rivista di diritto europeo*, 1996, p. 263 ss.; J. RIDEAU, *Le rôle de l'Union européenne en matière de protection des droits de l'homme*, in *Recueil des Cours de L'Académie de Droit International de la Haye*, vol. 265, 1997, p. 9 ss.; P. ALSTON, *The EU and Human Rights*, Oxford, 1999; F. ZAMPINI, *La Cour de justice des Communautés européennes, gardienne des droits fondamentaux dans le cadre du droit communautaire*, in *Revue trimestrielle de droit européen*, 1999, p. 659 ss.; K. LENAERTS, *Fundamental Rights in the European Union*, in *European Law Review*, 2000, p. 575 ss.; F.G. JACOBS, *Human Rights in the European Union: the role of the Court of Justice*, in *European Law Review*, 2001, p. 331 ss.; M. FRAGOLA, *Profili della sovranità degli Stati membri con riguardo alla protezione dei diritti umani nell'ordinamento comunitario*, in *Annali della Facoltà di Economia di Benevento*, Napoli, 2002, p. 105 ss.; A. FERRARO, *Il ruolo della Corte di giustizia delle Comunità europee nell'elaborazione ed evoluzione comunitaria dei diritti fondamentali dell'uomo*, in *Rivista italiana di diritto pubblico comunitario*, 2003, p. 1355 ss.; P. MENGOZZI, *La tutela dei diritti umani nella giurisprudenza comunitaria*, in L.S. ROSSI (a cura di), *Carta dei diritti fondamentali e Costituzione dell'Unione europea*, Milano, 2002, p. 43 ss.; M. CARTABIA, *L'ora dei diritti fondamentali nell'Unione europea*, in ID. (a cura di), *I diritti umani in azione. Universalità e pluralismo dei diritti fondamentali nelle Corti europee*, Bologna, 2007, p. 14 ss.

⁵ V. Corte di giustizia, *Stork c. Alta Autorità*, causa 1/58, sentenza del 4 febbraio 1959, punto 4.

Gend en Loos del 1963⁶, la Corte di giustizia ha stabilito che l'instaurazione di un mercato interno, il cui funzionamento incide direttamente sui soggetti della Comunità, implica che il Trattato, andando al di là di un accordo internazionale unicamente destinato a creare obblighi reciproci tra gli Stati contraenti, ha costituito un "ordinamento giuridico di nuovo genere nel diritto internazionale, a favore del quale gli Stati hanno rinunciato, anche se in settori limitati, ai loro poteri sovrani, ordinamento che riconosce come soggetti, non soltanto gli Stati membri ma anche i loro cittadini". Pertanto, come la Corte ha ulteriormente precisato nella successiva sentenza *Costa* del 1964⁷, essendo "scaturito da una fonte autonoma, il diritto nato dal Trattato ... non potrebbe, in ragione appunto della sua specifica natura, trovare un limite in qualsiasi provvedimento interno senza perdere il proprio carattere comunitario e senza che ne risultasse scosso il fondamento giuridico della stessa Comunità".

Dalla giurisprudenza della Corte è derivato che la validità e l'efficacia delle norme che discendono dagli atti adottati dalle istituzioni in esercizio dei poteri normativi loro attribuiti dai Trattati, comprese quindi quelle cui è riconosciuta capacità di incidere immediatamente e direttamente sulla posizione giuridica dei singoli, non possono essere sottoposte al sindacato di legittimità alla luce dei diritti umani o dei principi fondamentali garantiti dagli ordinamenti costituzionali degli Stati membri. D'altro canto, la mancanza all'epoca di un parametro di riferimento contenuto nei Trattati aveva implicazioni rilevanti sulla tutela dei diritti fondamentali degli individui, i quali, anche in sede di controllo di legittimità degli atti normativi adottati dalle istituzioni della Comunità, erano privati di qualsiasi rimedio giurisdizionale nel caso in cui quegli stessi atti avessero violato i diritti fondamentali. Si poneva, allora, il problema di evitare che gli Stati membri, e principalmente i giudici supremi nazionali, ben consapevoli dell'assenza in ambito comunitario, oltre che di un catalogo scritto, di un effettivo sistema di garanzia dei diritti umani, fossero indotti a verificare l'illegittimità di norme di diritto comunitario derivate ritenute lesive dei diritti fondamentali alla luce del proprio ordinamento costituzionale. Ciò avrebbe determinato, infatti, l'ancor più grave conseguenza di minare l'applicazione uniforme ed immediata del diritto della Comunità, frantumando quindi l'unitarietà del suo ordinamento giuridico.

Solo alla fine degli anni Sessanta del secolo scorso, con la sentenza *Stauder* del 1969 la Corte di giustizia si è ritenuta competente a valutare la legittimità delle disposizioni di diritto comunitario derivato alla luce dei diritti fondamentali, che fanno parte dei principi generali del diritto comunitario di cui garantisce l'osservanza⁸. La Corte ha così posto un rimedio all'originario silenzio del Trattato, ricavando la propria competenza in materia da quello che è il suo ruolo principale, ossia assicurare "il rispetto del diritto nell'interpretazione e

⁶ Corte di giustizia, *Van Gend en Loos*, causa 26/62, sentenza del 5 febbraio 1963.

⁷ Corte di giustizia, *Costa*, causa 6/64, sentenza del 15 luglio 1964.

⁸ V. Corte di giustizia, *Stauder*, causa 29/69, sentenza del 12 novembre 1969, punto 7.

nell'applicazione" dei Trattati (art. 164 del Trattato CEE, poi art. 220 CE, ora art. 19 TUE), una competenza che il giudice di Lussemburgo ha peraltro ritenuto far parte dei fondamenti stessi della Comunità⁹.

La Corte, tuttavia, nella sentenza *Stauder* non si è espressa sulla natura di tali principi generali, né su quale sia la fonte per poter ricostruire il contenuto dei diritti da essi garantiti. Con la successiva sentenza *Internationale Handelsgesellschaft* del 1970¹⁰, la Corte ha aggiunto che la salvaguardia dei diritti fondamentali, pur essendo informata alle tradizioni costituzionali comuni agli Stati membri, va garantita nell'ambito della struttura e delle finalità della Comunità. È alla luce dell'ordinamento giuridico di quest'ultima che si deve accertare se qualsiasi normativa adottata dalle istituzioni sia o meno lesiva dei diritti fondamentali previsti dai principi giuridici generali¹¹. Un'ulteriore specificazione è contenuta nella sentenza *Nold* del 1974¹², in cui la Corte di giustizia, ribadendo che i diritti fondamentali fanno parte integrante dei principi generali del diritto comunitario, ha affermato che, nel garantirme, essa è tenuta non solo ad ispirarsi alle tradizioni costituzionali comuni – e non potrebbe, quindi, ammettere provvedimenti incompatibili con i diritti fondamentali riconosciuti e garantiti dalle costituzioni degli Stati membri¹³ –, ma anche a prendere in considerazione i trattati internazionali relativi alla tutela dei diritti umani a cui gli Stati hanno aderito. Implicitamente, si ricava da questa precisazione che anche la Convenzione europea

⁹ V. Corte di giustizia, parere 1/91 del 14 dicembre 1991, punti 35 e 71; parere 1/00 del 18 aprile 2002, punti 11 e 12; *Commissione c. Irlanda*, causa C-459/03, sentenza del 30 maggio 2006, punto 123; *Kadi e Al Barakaat c. Consiglio*, cause riunite n. C-402/05 P e C-415/05 P, sentenza del 3 settembre 2008, punto 282.

¹⁰ Corte di giustizia, *Internationale Handelsgesellschaft*, causa 11/70, sentenza del 17 dicembre 1970, punto 4.

¹¹ Cfr. A. ADINOLFI, *I principi generali nella giurisprudenza comunitaria e la loro influenza sugli ordinamenti degli Stati membri*, in *Rivista italiana di diritto pubblico comunitario*, 1994, p. 521 ss.; J.A. USHER, *General principles of EC Law*, Londra, 1998; G. TESAURO, *Il ruolo della Corte di giustizia nell'elaborazione dei principi generali dell'ordinamento europeo e dei diritti fondamentali*, in *La costituzione europea, Atti del XIV Convegno Annuale dell'Associazione italiana dei costituzionalisti*, Perugia, 7-9 ottobre 1999, Padova, 2000, p. 297 ss.; A. ARNULL, *The European Union and its Court of Justice*, Oxford, 2003, p. 190 ss.; T. TRIDIMAS, *The general principles of EC Law*, II ed. Oxford, 2006, p. 298 ss.

¹² Corte di giustizia, *Nold c. Commissione*, causa 4/73, sentenza del 14 maggio 1974, punto 13.

¹³ Si tratta di una precisazione ripresa di rado dalla giurisprudenza successiva della Corte di giustizia (*Schröder*, causa 265/87, sentenza dell'11 luglio 1989, punto 14; *Wachauf*, causa 5/88, sentenza del 13 luglio 1989, punto 17) e del Tribunale di primo grado (*Dubois c. Consiglio*, causa T-113/96, sentenza del 29 gennaio 1998, punto 73), che invece hanno fatto in genere riferimento alle tradizioni costituzionali comuni agli Stati membri. Tuttavia, è probabile che questa precisazione sia stata operata dalla Corte anche in risposta alla Corte costituzionale italiana (*Frontini*, sentenza del 27 dicembre 1973, n. 183) che aveva rivendicato il proprio ruolo nel garantire il rispetto dei principi supremi del proprio ordinamento costituzionale, potendo giungere fino al punto di rendere inapplicabile in Italia il diritto di matrice sovranazionale. In proposito, anche per gli sviluppi giurisprudenziali successivi, v. il contributo di A. CALIGIURI, *Modelli costituzionali a confronto: la specificità della tutela dei diritti fondamentali nel processo di adattamento al diritto dell'Unione europea*, in questo Volume.

dei diritti umani, al pari di qualsiasi altro accordo internazionale, si pone accanto alle tradizioni costituzionali comuni come ulteriore fonte da cui rilevare elementi importanti per la definizione dei principi generali. A tal fine, la CEDU viene, infatti, espressamente richiamata per la prima volta nella sentenza *Rutili* del 1975¹⁴ e, successivamente, nella sentenza *Hauer* del 1979¹⁵.

Dalla fine degli anni Settanta ad oggi, anche a seguito delle modifiche che a partire da Maastricht sono via via state apportate ai Trattati istitutivi¹⁶, il ruolo della Corte di giustizia quale garante dei diritti fondamentali si è rafforzato, trovando conferma in numerosissime sentenze¹⁷, in cui è più volte ribadito che il rispetto dei diritti umani è una condizione di legittimità degli atti delle istituzioni e che, pertanto, nell'Unione non possono essere consentite misure con essi incompatibili¹⁸. In proposito, il giudice di Lussemburgo ha affermato che i Trattati hanno istituito una “comunità di diritto” basata sul controllo della conformità degli atti delle istituzioni dell'Unione con la “carta costituzionale fondamentale” rappresentata dai medesimi Trattati e su un sistema completo di rimedi giuridici e di procedimenti inteso ad affidare alla Corte il controllo della legittimità di tali atti¹⁹ alla luce dei diritti fondamentali che fanno parte integrante dei principi generali del diritto dell'Unione²⁰. A ciò si aggiunga che, come di recente precisato nella sentenza *Kadi* del 2008, il controllo ad opera della Corte della legittimità degli atti delle istituzioni quanto alla loro conformità ai diritti fondamentali è incluso direttamente nel principio del rispetto di tali diritti, ovvero in un principio che fa parte dei fondamenti stessi dell'Unione²¹. Pertanto, considerato che anche il diritto ad una tutela giurisdizionale effettiva rientra tra i principi generali, i

¹⁴ V. Corte di giustizia, *Rutili*, causa 36/75, sentenza del 28 ottobre 1975, punto 32

¹⁵ V. Corte di giustizia, *Hauer*, causa 44/79, sentenza del 13 dicembre 1979, punto 15.

¹⁶ V. *infra* paragrafo 2.

¹⁷ V., tra le tante, Corte di giustizia, *ERT*, causa C-260/89, sentenza del 18 giugno 1991; *Kremzow*, causa C-299/95, sentenza del 29 maggio 1997; *Annibaldi*, causa C-309/96, sentenza del 18 dicembre 1997; *Steffensen*, causa C-276/01, sentenza del 10 aprile 2003. V., inoltre, Tribunale di primo grado, *Mayr-Melnhof c. Commissione*, causa T-347/94, sentenza del 14 maggio 1998; *Enso Española c. Commissione*, causa T-348/94, sentenza del 14 maggio 1998; *Aristrain c. Commissione*, causa T-156/94, sentenza dell'11 marzo 1999; *Mannesmannröhren-Werke c. Commissione*, causa T-112/98, sentenza del 20 febbraio 2001; *LR AF 1998 c. Commissione*, causa T-23/99, sentenza del 20 marzo 2002; *SCK e FNK c. Commissione*, cause riunite T-213/95 e T-18/96, sentenza del 10 aprile 2003.

¹⁸ V. Corte di giustizia, *Wachauf*, causa 5/88, sentenza del 13 luglio 1989, punto 19; *ERT*, cit., punto 41; *Kremzow*, cit., punto 14; *Schmidberger*, causa C-112/00, sentenza del 12 giugno 2003, punto 73; *Kadi e Al Barakaat c. Consiglio*, cit., punto 284.

¹⁹ V. Corte di giustizia, *Les Verts c. Parlamento*, causa 294/83, sentenza del 23 aprile 1986, punto 23; *Weber c. Parlamento*, causa C-314/91, sentenza del 23 marzo 1993, punto 8; *Commissione c. Francia*, causa C-232/05, sentenza del 5 ottobre 2006; *Kadi e Al Barakaat c. Consiglio*, cit., punto 281.

²⁰ V. Corte di giustizia, *Unión de Pequeños Agricultores c. Consiglio*, causa C-50/00 P, sentenza del 25 luglio 2002, punto 38.

²¹ V. Corte di giustizia, *Kadi e Al Barakaat c. Consiglio*, cit., punto 304.

singoli devono poter beneficiare di detta tutela in riferimento ai diritti loro riconosciuti dall'ordinamento dell'Unione²².

Per quanto riguarda la definizione della portata e del contenuto dei diritti fondamentali, la Corte di giustizia – come sopra anticipato – ha tenuto conto sia della CEDU sia degli accordi internazionali in materia a cui gli Stati membri hanno aderito, quali, ad esempio, il Patto internazionale sui diritti civili e politici del 1966²³, la Convenzione sui diritti dell'infanzia del 1989²⁴, la Carta sociale europea del 1961 e la Convenzione OIL n. 87 del 1948 relativa alla libertà sindacale e alla protezione del diritto sindacale²⁵. In particolare, i riferimenti alla CEDU sono divenuti sempre più frequenti, tanto da portare la Corte ad attribuirle “un significato particolare”²⁶, ossia a considerarla una fonte di ispirazione privilegiata da cui ricavare i principi che integrano i diritti fondamentali. Inoltre, pur senza giungere a ritenere la Convenzione europea quale parametro diretto di riferimento per valutare la legittimità degli atti delle istituzioni, la Corte ha precisato anche che le norme di diritto dell'Unione vanno “lette alla luce” dei diritti da essa garantiti²⁷. Inoltre, il giudice di Lussemburgo ha tenuto conto in maniera sempre più ricorrente anche della giurisprudenza evolutiva elaborata dalla Corte di Strasburgo²⁸. Non mancano, tuttavia, le occasioni in cui la Corte di giustizia si è comple-

²² V. Corte di giustizia, *Johnston*, causa 222/84, sentenza del 15 maggio 1986, punto 18; *Commissione c. Austria*, causa C-424/99, sentenza del 27 novembre 2001, punto 45; *Unión de Pequeños Agricultores c. Consiglio*, cit., punto 39; *Kadi e Al Barakaat c. Consiglio*, cit., punto 335.

²³ V. Corte di giustizia, *Orkem c. Commissione*, causa 374/87, sentenza del 18 ottobre 1989, punto 31; *Dzodzi*, cause riunite C-297/88 e C-197/89, sentenza 18 ottobre 1990, punto 68; *Grant*, causa C-249/96, sentenza del 17 febbraio 1998, punto 44; *Parlamento c. Consiglio*, causa C-540/03, sentenza del 27 giugno 2006, punto 37; *Dynamic Medien Vertriebs*, causa C-244/06, sentenza del 14 febbraio 2008, punto 39.

²⁴ V. Corte di giustizia, *Parlamento c. Consiglio*, cit., punto 37; *Dynamic Medien Vertriebs*, cit., punti 39-40.

²⁵ V., in riferimento ad entrambi gli strumenti menzionati, Corte di giustizia, *Viking*, causa C-438/05, sentenza dell'11 dicembre 2007, punto 43; *Laval*, causa C-341/05, sentenza del 18 dicembre 2007, punto 90.

²⁶ V. Corte di giustizia, *Johnston*, cit., punto 18; *Kremzow*, cit., punto 14; *ERT*, cit., punto 41; *Krombach*, causa C-7/98, sentenza del 28 marzo 2000, punto 25; *Connolly c. Commissione*, causa C-274/99 P, sentenza del 6 marzo 2001, punto 37; *LVM c. Commissione*, cause riunite C-238/99 P, C-244/99 P, C-245/99 P, C-247/99 P, C-250/99 P a C-252/99 P e C-254/99 P, sentenza del 15 ottobre 2002, punto 167; *Roquette Frères*, causa C-94/00, sentenza del 22 ottobre 2002, punto 23; *ASML*, causa C-283/05, sentenza del 14 dicembre 2006, punto 26; *Ordre des barreaux francophones et germanophone*, causa C-305/05, sentenza del 26 giugno 2007, punto 29.

²⁷ V. Corte di giustizia, *Carpenter*, causa C-60/00, sentenza dell'11 luglio 2002, punto 46. Per un commento, cfr. S. ACIERNO, *La sentenza Carpenter: i diritti fondamentali e i limiti all'ordinamento comunitario*, in *Il Diritto dell'Unione Europea*, 2002, p. 653 ss.

²⁸ V., tra le altre, Corte di giustizia, *Grant*, cit., punti 33 ss.; *Hüls c. Commissione*, causa C-199/92 P, sentenza dell'8 luglio 1999, punto 150; *Montecatini c. Commissione*, causa C-235/92 P, sentenza dell'8 luglio 1999, punto 176; *Connolly c. Commissione*, cit., punti 37 ss.; *LVM c. Commissione*, cit., punti 274 ss.

tamente discostata dalla giurisprudenza della Corte europea²⁹ e quelle in cui ha invece scelto in maniera strumentale gli elementi di tale giurisprudenza da valorizzare, al fine di adattarli alla valutazione delle circostanze specifiche dei casi sottoposti al suo giudizio in funzione degli interessi generali dell'ordinamento dell'Unione e del funzionamento del mercato interno nel suo complesso³⁰.

In via giurisprudenziale, il giudice di Lussemburgo ha, dunque, elaborato un vero e proprio catalogo "non scritto" di diritti fondamentali³¹. Tuttavia, avendo

²⁹ V., ad esempio, in relazione al diritto all'inviolabilità domiciliare (art. 8 CEDU), Corte di giustizia, *Hoechst c. Commissione*, cit., e Corte europea dei diritti umani, *Chapell c. Regno Unito*, ricorso n. 10461/83, sentenza del 30 marzo 1989, nonché *Niemietz c. Germania*, ricorso n. 13710/88, sentenza del 16 dicembre 1992; sui diritti della difesa (art. 6 CEDU), *Orkem c. Commissione*, cit., e Corte europea dei diritti umani, *Funke c. Francia*, ricorso n. 10828/84, sentenza del 25 febbraio 1993; sulla libertà di espressione (art. 10 CEDU), Corte di giustizia, *Society for the Protection of Unborn Children Ireland*, causa C-159/90, sentenza del 4 ottobre 1991, e Corte europea dei diritti umani, *Open door and Dublin Well Woman c. Irlanda*, ricorsi n. 14234/88; 14235/88, sentenza del 29 ottobre 1992; in riferimento alla possibilità di replicare alle conclusioni dell'avvocato generale, Corte di giustizia, *Emesa Sugar*, C-17/98, ordinanza del 4 febbraio 2000, e Corte europea dei diritti umani, *Lobo Machado v. Portugal*, sentenza del 20 febbraio 1996, nonché *Vermuelen v. Belgium*, sentenza 20 febbraio 1996.

³⁰ Cfr., sul tema, R. LAWSON, *Confusing and Conflict? Diverging Interpretations of the European Convention on Human Rights in Strasbourg and Luxembourg*, in *The Dynamics of the Protection of Human Rights in Europe – Essays in honour of Henry G. Schermers*, vol. III, 1994, p. 219 ss.; M. WAELBROECK, *La Cour de justice et la Convention européenne des droits de l'homme*, in *Cahiers de droit européen*, 1996, p. 549 ss.; G.C. RODRÍGUEZ IGLESIAS, A. VALLE GÁLVEZ, *El Derecho comunitario y las relaciones entre el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos y los Tribunales Constitucionales nacionales*, in *Revista de derecho comunitario europeo*, 1997, p. 329 ss.; E. GUILD, G. LESIEUR, *The European Court of Justice on the European Convention of Human Rights. Who said what, when?*, Londra, 1998; D. SPIELMANN, *Human Rights Case Law in the Strasbourg and Luxembourg Courts: Conflicts, Inconsistencies, and Complementarities*, in P. ALSTON, *op. cit.*, p. 757 ss.; J. M. LARRALDE, *Convention Européenne des Droits de l'Homme et jurisprudence communautaire*, in S. LECLERC, JF. AKANDJI-KONBE, M.-J. REDOR, *L'Union Européenne et le Droits Fondamentaux*, Bruxelles, 1999, p. 105 ss.; C. TURNER, *Human Rights Protection in the EC: Resolving Conflict and Overlap Between the European Court of Justice and the European Court of Human Rights*, in *European Public Law*, 1999, p. 454 ss.; B. CONFORTI, *Note sui rapporti tra diritto comunitario e diritto europeo dei diritti fondamentali*, in *Rivista internazionale dei diritti dell'uomo*, 2000, p. 423 ss.; E.F. DEFEIS, *Human Rights and the European Union: Who decides? Possible conflicts between the European Court of Justice and the European Court of Human Rights*, in *Dickinson Journal of International Law*, 2001, p. 301 ss.; J.R. WETZEL, *Improving Fundamental Rights Protection in the European Union: Resolving the Conflict and Confusion between the Luxembourg and Strasbourg Courts*, in *Fordham Law Review*, 2003, p. 2823 ss.; S. DOUGLAS-SCOTT, *A Tale of two Courts: Luxembourg, Strasbourg and the Growing European Human Rights Acquis*, in *Common Market Law Review*, 2006, p. 629 ss. G. HARPAZ, *The European Court of Justice and Its Relations with the European Court of Human Rights: The Quest for Enhanced Reliance, Coherence and Legitimacy*, in *Common Market Law Review*, 2009, p. 105 ss.

³¹ Cfr. G. TESAURO, *I diritti fondamentali ...*, cit., 431 ss.; B. NASCIBENE, C. SANNA, *Articolo 6*, in A. TIZZANO (a cura di), *Trattati dell'Unione europea e della Comunità europea*, Milano, 2004, p. 52 ss. Tra i diritti fondamentali che hanno trovato riconoscimento nella giurisprudenza della Corte di giustizia rientrano: il principio di uguaglianza (*Kühn*, causa C-177/90, sentenza del 10 gennaio 1992, punto 18; *Herbrink*, causa C-98/91, sentenza del 27 gennaio 1994, punto 27; in proposito, cfr. G. TESAURO, *Uguaglianza e legalità nel diritto comunitario*, in *Il Diritto dell'Unione Europea*, 1999, p. 1 ss); il

ancorato l'individuazione di tali diritti e la ricostruzione dei principi generali alle tradizioni costituzionali comuni agli Stati membri e agli accordi internazionali di cui questi ultimi sono parti, e non avendo chiarito in termini precisi il significato e le modalità di utilizzo dei criteri di rilevazione, la Corte, da un lato, ha conservato un ampio margine di discrezionalità in relazione al riconoscimento e alla definizione della portata e del contenuto dei diritti fondamentali, e, dall'altro, ha lasciato un margine di incertezza su quale sia il livello effettivo di tutela di tali diritti garantito nell'ambito dell'ordinamento dell'Unione.

1.2. Le restrizioni all'esercizio dei diritti fondamentali introdotte in ragione degli obiettivi di interesse generale riconosciuti dall'Unione

È opportuno precisare che, come chiarito già nella sentenza *Internationale Handelsgesellschaft*, lo standard di tutela dei diritti umani, pur essendo informato alle tradizioni costituzionali comuni agli Stati membri, ai trattati internazionali relativi alla tutela dei diritti umani a cui questi ultimi hanno aderito, tra cui la CEDU, va tuttavia definito “nell'ambito della struttura e delle finalità”

principio della tutela giurisdizionale effettiva (*Johnston*, cit., punto 18; *Heylens*, causa 222/86, sentenza del 15 ottobre 1987, punto 14); il diritto all'equo processo (*Pecastaing*, causa 98/79, sentenza del 5 marzo 1980, punto 21; *Dufay c. Parlamento*, causa 257/85, sentenza del 1° aprile 1987, punto 10); il diritto alla difesa (*Hoffmann-La Roche*, causa 85/76, sentenza del 13 febbraio 1979, punto 9; *Hoechst c. Commissione*, cit., punti 55-57; *Dow Benelux c. Commissione*, causa 85/87, sentenza del 17 ottobre 1989); il principio dell'irretroattività della legge penale (*Kirk*, causa 63/83, sentenza del 10 luglio 1984, punto 22; *Fedesa*, causa 331/88, sentenza del 13 novembre 1990, punto 42; *Groupe Danone c. Commissione*, causa C-3/06 P, sentenza dell'8 febbraio 2007, punto 87); il principio del *ne bis in idem* (*Boehringer c. Commissione*, causa 7/72, sentenza del 14 dicembre 1972, punti 2-4; *Commissione c. Italia*, causa C-127/99, sentenza dell'8 novembre 2001, punti 27-29; *Gözütok e Brügger*, cause riunite C-187/01 e C-385/01, sentenza dell'11 febbraio 2003, punti 27-33 e 47-48); il diritto al rispetto della vita privata e familiare, nonché all'inviolabilità del domicilio (*National Panasonic*, causa 136/79, sentenza del 26 giugno 1980, punti 18-19; *Dow Chemical Ibérica c. Commissione*, cause riunite 97-99/87, sentenza del 17 ottobre 1989, punti 14 ss.; *Carpenter*, cit., punto 41; *Baumbast*, causa C-413/99, sentenza del 17 settembre 2002, punto 72); la libertà di espressione (*Oyowe e Traore c. Commissione*, causa 100/88, sentenza del 13 dicembre 1989, punto 16; *Collectieve Antennevoorziening Gouda*, causa C-288/89, sentenza del 25 luglio 1991, punto 23; *Connolly c. Commissione*, cit., punto 37 ss.); il diritto di proprietà (*Nold*, cit., punti 12-14; *Hauer*, cit., punto 17; *National Federation of Fishermen's Organisations*, causa C-44/94, sentenza del 17 ottobre 1995, punto 55; *Francia e Irlanda c. Commissione*, cause riunite C-296/93 e C-307/93, sentenza del 29 febbraio 1996, punto 64; *The Irish Farmers Association*, causa C-22/94, sentenza del 15 aprile 1997, punto 27; *Metronome Musik*, causa C-200/96, sentenza del 28 aprile 1998, punto 21; *Demand*, causa C-186/96, sentenza del 17 dicembre 1998, punto 40); la libertà di scegliere e praticare una professione o di svolgere un'attività economica (*Wachauf*, cit., punto 18; *Zuckerfabrik Süderdithmarschen e Zuckerfabrik Soest*, cause riunite C-143/88 e C-92/89, sentenza del 21 febbraio 1991, punti 72 ss.; *Kühn*, cit., punto 16; *Germania c. Consiglio*, causa C-280/93, sentenza del 5 ottobre 1994, punto 78); il diritto di intraprendere un'azione collettiva, ivi compreso il diritto di sciopero (*Viking*, cit., punto 44; *Laval*, cit., punto 91).

dell'Unione³², ossia sulla base degli obiettivi di interesse generale riconosciuti dal suo ordinamento giuridico. Sin dalla sentenza *Rutili*, e ancor più marcatamente dalla sentenza *Hauer*, la Corte si riferisce alla CEDU quale fonte di ispirazione diretta non solo al fine di definire il contenuto e la portata del diritto da tutelare³³, ma anche per individuare i limiti entro i quali tale diritto sia meritevole di protezione, ovvero le eventuali restrizioni che possono legittimamente comprimerne l'esercizio. In proposito, la Corte ha affermato in diverse occasioni la possibilità di prevedere, in ragione degli obiettivi d'interesse generale riconosciuti dall'Unione, delle limitazioni all'esercizio dei diritti fondamentali, dal momento che tali diritti non costituiscono "prerogative assolute", ma devono piuttosto essere considerati in relazione alla "funzione sociale" da essi svolta³⁴. Tuttavia, poiché siffatte limitazioni sono legittime solo nella misura in cui non costituiscano, rispetto ai fini perseguiti, un intervento sproporzionato ed inaccettabile tale da ledere la sostanza stessa dei diritti garantiti³⁵, la Corte ha precisato che occorre "effettuare un bilanciamento tra gli interessi ... [rilevanti] e accertare, con riferimento a tutte le circostanze di ciascuna fattispecie, se sia stato osservato un giusto equilibrio tra tali interessi"³⁶. Dal bilanciamento degli interessi generali con i diritti e le libertà fondamentali, la Corte ricava i valori che definiscono lo standard di tutela garantito dall'ordinamento dell'Unione. Tuttavia, dalla giurisprudenza di Lussemburgo sembra emergere che l'aver ammesso la possibilità di restringere la portata dei diritti garantiti in funzione delle finalità di interesse generale dell'Unione e l'aver fatto rientrare nella sua esclusiva competenza la valutazione della legittimità di tali restrizioni non sia altro che un mezzo utilizzato dalla Corte per assicurare uno standard di tutela dei diritti fondamentali funzionale alle "superiori" esigenze derivanti dall'instaurazione e dal funzionamento del mercato interno e dalla realizzazione di una più stretta integrazione economica tra gli Stati membri³⁷.

Il problema di "conciliare" le esigenze di tutela dei diritti umani con quelle derivanti dalla necessità di garantire una libertà fondamentale del mercato sancita

³² V. Corte di giustizia, *Internationale Handelsgesellschaft*, cit., punto 4.

³³ Cfr. G. TESAURO, *I diritti fondamentali ...*, cit., p. 430.

³⁴ V. Corte di giustizia, *Nold*, cit., punto 14; *Hauer*, cit., punto 32; *Schräder*, causa 265/87, sentenza dell'11 luglio 1989, punto 15; *Wachauf*, cit., punto 18; *Kühn*, cit., punto 16; *The Irish Farmers Association*, cit., punto 27; *Germania c. Consiglio*, cit., punto 78; *National Federation of Fishermen's Organisations*, cit., punto 55; *Pye Phyto Tay Za c. Consiglio*, causa T-181/08, sentenza del 19 maggio 2010, punto 156.

³⁵ V., in aggiunta alle pronunce indicate nella precedente nota, anche Corte di giustizia, *Commissione c. Germania*, causa C-62/90, sentenza dell'8 aprile 1992, punto 23; *Dokter*, causa C-28/05, sentenza del 15 giugno 2006, punto 75; *Alassini*, cause riunite C-317/08, C-318/08, C-319/08 e C-320/08, sentenza del 18 marzo 2010, punto 63.

³⁶ Corte di giustizia, *Schmidberger*, cit., punto 81.

³⁷ Cfr. G.L. TOSATO, *op. cit.*, p. 725 e 741; G. GAJA, *Aspetti problematici della tutela dei diritti fondamentali nell'ordinamento comunitario*, in *Rivista di diritto internazionale*, 1988, p. 588 ss.; J. COPPEL, A. O'NEILL, *op. cit.*, p. 692; M. CARTABIA, *Principi inviolabili ed integrazione europea*, Milano, 1995, p. 39 ss.

dal Trattato è emerso in maniera rilevante nel caso *Schmidberger* del 2003³⁸, nel momento in cui la Corte si è trovata a dover valutare se le libertà di espressione e di riunione, garantite dalla Convenzione europea dei diritti umani, costituissero delle “prerogative assolute” o se, al contrario, esse potessero essere soggette ad alcune restrizioni. Nel caso di specie, prendendo in considerazione la formulazione degli articoli 10 e 11 CEDU, la Corte ha escluso che si trattasse di diritti fondamentali “assoluti”, ammettendo la possibilità che il perseguimento di obiettivi di interesse generale, ossia la garanzia della libera circolazione delle merci nel mercato interno, ne potesse limitare l’esercizio. In termini simili, nel successivo caso *Omega*, la Corte ha valutato la legittimità delle misure nazionali restrittive alla libera prestazione dei servizi introdotte al fine di garantire il rispetto della dignità umana quale principio generale di diritto, escludendo quindi implicitamente il carattere assoluto di tale principio. In entrambe le occasioni, la Corte ha assunto un atteggiamento più favorevole alle esigenze legate alla tutela dei diritti fondamentali che agli interessi del mercato interno, riconoscendo la legittimità delle restrizioni introdotte alle libertà del mercato garantite dai Trattati.

Nella sentenza *Bosphorus*³⁹, inoltre, la Corte di giustizia ha ritenuto che anche il ristabilimento della pace e della sicurezza internazionale e la cessazione di gravi violazioni dei diritti umani e del diritto umanitario rappresentano obiettivi di interesse generale fondamentale per la comunità internazionale che possono essere fatti propri e perseguiti dall’Unione e che legittimano l’introduzione nel suo ordinamento giuridico e, di conseguenza, direttamente ed immediatamente in quelli nazionali di una disciplina attuativa limitativa del godimento di alcuni diritti fondamentali. La Corte ha stabilito che eventuali restrizioni all’esercizio di taluni diritti, quali il diritto al rispetto della proprietà e il diritto al libero esercizio di un’attività commerciale, che come tali non possono essere considerati “prerogative assolute”, si giustificavano con il fatto che il regolamento n. 990/93⁴⁰, adottato dal Consiglio per dare esecuzione alla risoluzione 820 (1993) del Consiglio di sicurezza, perseguiva l’obiettivo di interesse generale “di porre fine allo stato di guerra nella regione della ex-Iugoslavia ed alle massicce violazioni dei diritti umani e del diritto umanitario internazionale nella Repubblica di Bosnia-Erzegovina”.

Tale impostazione, che ha trovato conferma anche in alcune pronunce successive⁴¹, sembra oggi essere stata in parte superata dalla sentenza *Kadi* del 2008⁴², in

³⁸ Corte di giustizia, *Schmidberger*, cit., punti 78-80. Per un commento, cfr. A. TANCREDI, *L’emersione dei diritti fondamentali «assoluti» nella giurisprudenza comunitaria*, in *Rivista di diritto internazionale*, p. 644 ss.

³⁹ Corte di giustizia, *Bosphorus*, causa C-84/95, sentenza del 30 luglio 1996.

⁴⁰ Nello specifico, si trattava del regolamento (CEE) n. 990/93 del Consiglio, del 26 aprile 1993, relativo agli scambi tra la Comunità economica europea e la Serbia e Montenegro (GU L 102 del 28 aprile 1993), che dava esecuzione alla risoluzione 820 del 17 aprile 1993 del Consiglio di sicurezza con cui si imponevano misure di embargo commerciale contro la Repubblica federale di Iugoslavia.

⁴¹ V., nello stesso senso, Corte di giustizia, *The Queen, ex parte Centro-Com c. HM Treasury e Bank of England*, causa C-124/95, sentenza del 14 gennaio 1997; *Ebony Maritime e Loten Naviga-*

cui la Corte è stata chiamata a pronunciarsi sulla legittimità del regolamento n. 881/2002⁴³, che imponeva, nell'ambito delle azioni di contrasto al terrorismo internazionale, il congelamento dei capitali e delle risorse economiche appartenenti a persone ed entità associate a Osama bin Laden, alla rete Al-Qaeda e ai talebani. Il regolamento è stato adottato dal Consiglio al fine di dare attuazione ad alcune delle misure restrittive indicate nella posizione comune 2002/402/PESC⁴⁴, che a sua volta dava esecuzione all'interno dell'Unione alle risoluzioni 1267 (1999), 1333 (2000) e 1390 (2002) adottate dal Consiglio di Sicurezza ex capitolo VII della Carta ONU. La Corte, pur affermando che alcune considerazioni imperative relative alla sicurezza o alla conduzione delle relazioni internazionali dell'Unione e dei suoi Stati membri possono portare alla compressione di alcuni diritti⁴⁵, ha stabilito che le disposizioni dei Trattati non possono essere intese nel senso di autorizzare, anche laddove si tratti di dare esecuzione a decisioni del Consiglio di sicurezza, "una deroga ai principi di libertà, di democrazia nonché di rispetto dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali sanciti dall'art. 6, par. 1, UE [ora, art. 2 TUE] quale fondamento dell'Unione", né potrebbero "in alcun caso consentire di mettere in discussione i principi che fanno parte dei fondamenti stessi dell'ordinamento giuridico ... [dell'Unione], tra i quali quello della tutela dei diritti fondamentali, che include il controllo, ad opera del giudice ... [di Lussemburgo], della legittimità degli atti ... [adottati dalle istituzioni] quanto alla loro conformità a tali diritti fondamentali"⁴⁶.

1.3. La competenza della Corte di giustizia a verificare la conformità con i diritti fondamentali della normativa interna agli Stati membri rientrante nell'ambito di applicazione del diritto dell'Unione

Affermata la sua piena competenza a valutare la legittimità delle norme adottate dalle istituzioni dell'Unione in funzione dei diritti fondamentali, la Corte di giustizia si è più volte trovata, in sede di rinvio pregiudiziale, a dover risolvere questioni che avevano ad oggetto disposizioni nazionali che il giudice remittente riteneva potessero essere in contrasto con i principi generali di diritto e,

tion, causa C-177/95, sentenza del 27 febbraio 1997. V., inoltre, Tribunale di primo grado, *Dorsch Consult c. Consiglio e Commissione*, causa T-184/95, sentenza del 28 aprile 1998.

⁴² Corte di giustizia, *Kadi e Al Barakaat c. Consiglio*, cit. Per un'analisi più ampia e per i riferimenti bibliografici, si rinvia al contributo di N. NAPOLETANO, *Gli effetti e l'esecuzione delle decisioni del Consiglio di sicurezza al vaglio della Corte di giustizia dell'Unione europea*, in questo Volume.

⁴³ Regolamento (CE) n. 881/2002 del Consiglio del 27 maggio 2002, che impone specifiche misure restrittive nei confronti di determinate persone ed entità associate a Osama bin Laden, alla rete Al-Qaeda e ai talebani, in GU L 139 del 29 maggio 2002.

⁴⁴ V., in particolare, l'art. 3 ed il nono considerando del preambolo della posizione comune 2002/402/PESC del 27 maggio 2002, in GU L 139 del 29 maggio 2002.

⁴⁵ V. Corte di giustizia, *Kadi e Al Barakaat c. Consiglio*, cit., punto 342.

⁴⁶ V. Corte di giustizia, *Kadi e Al Barakaat c. Consiglio*, cit., punti 303-304.

quindi, incompatibili con i diritti fondamentali tutelati in ambito UE. Del resto, è ragionevole ritenere che il rispetto dei diritti umani costituisce non solo un limite all'esercizio delle competenze delle istituzioni dell'Unione, ma anche un vincolo per gli stessi Stati membri.

Nelle sentenze *Cinéthèque* del 1985⁴⁷ e *Demirel* del 1987⁴⁸, la Corte ha escluso la possibilità di esaminare la compatibilità con la CEDU di una disciplina interna che riguarda una materia di competenza del legislatore nazionale e che, quindi, non rientra nell'ambito dell'ordinamento giuridico dell'Unione. Con una tale affermazione si ammetteva indirettamente un controllo della Corte sulla normativa interna degli Stati nella situazione contraria. Infatti, nella successiva sentenza *ERT* del 1991, la Corte ha precisato che, nel caso in cui la normativa nazionale rientri nel campo di applicazione del diritto dell'Unione, quindi anche in ipotesi che vanno al di là delle misure interne di mera esecuzione⁴⁹, essa è competente, adita in via pregiudiziale, anche a “fornire tutti gli elementi d'interpretazione necessari alla valutazione, da parte del giudice nazionale, della conformità di detta normativa con i diritti fondamentali di cui garantisce il rispetto, tali quali risultano, in particolare, dalla Convenzione europea”⁵⁰. Per contro, la Corte non ha tale competenza qualora la normativa nazionale non si collochi nell'ambito del diritto dell'Unione e l'oggetto della controversia non presenti “alcun elemento di collegamento con una qualsiasi delle situazioni considerate dalle disposizioni del Trattato”⁵¹. Sulla base delle indicazioni fornite dalla Corte di giustizia, anche al giudice nazionale è, di conseguenza, riconosciuto indirettamente il compito di garantire all'interno degli Stati membri la tutela dei diritti che trovano fondamento nell'ordinamento dell'Unione.

La conclusione cui giunge la Corte, più volte ribadita in successive pronunce⁵², oltre ad essere stata ampiamente preannunciata dalle sentenze *Cinéthèque* e *Demirel*, si innesta su quello che era un orientamento giurisprudenziale già deli-

⁴⁷ V. Corte di giustizia, *Cinéthèque*, cause riunite 60 e 61/84, sentenza dell'11 luglio 1985, punto 26.

⁴⁸ V. Corte di giustizia, *Demirel*, causa 12/86, sentenza del 30 settembre 1987, punto 28.

⁴⁹ V., sul punto, N. NAPOLETANO, *La nozione di “campo di applicazione del diritto comunitario” nell'ambito delle competenze della Corte di giustizia in tema di tutela dei diritti fondamentali*, in *Il Diritto dell'Unione Europea*, 2004, p. 679 ss. V., ad esempio, le conclusioni dell'Avv. gen. Tizzano del 19 settembre 2002, nel caso *Lindqvist*, causa C-101/01, punti 35, 39-42 e 44, e, del 14 novembre 2002, nel caso *Österreichischer Rundfunk*, cause riunite C-465/00, C-138/01 e C-139/01, punti 48-49, 51-54, 56, e la diversa posizione assunta dalla Corte di giustizia nelle successive sentenze del 6 giugno 2003 e del 20 maggio 2003, rispettivamente.

⁵⁰ V. Corte di giustizia, *ERT*, cit., punto 42.

⁵¹ V. Corte di giustizia, *Kremzow*, cit., punti 15 e 16; *Vajnai*, causa C-328/04, ordinanza del 6 ottobre 2005, punto 13.

⁵² V. Corte di giustizia, *Society for the Protection of Unborn Children Ireland*, cit., punto 31; *Perfili*, causa C-177/94, sentenza del 1° febbraio 1996, punto 20; *Maurin*, causa C-144/95, sentenza del 13 giugno 1996, punto 12; *Kremzow*, cit., punto 19; *Familiapress*, causa C-368/95, sentenza del 26 giugno 1997, punto 24; *Annibaldi*, cit., punto 13; *Roquette Frères*, cit., punto 25; *Steffensen*, cit., punto 70; *Schmidberger*, cit., punto 75.

neato in precedenza. Da un lato, infatti, la Corte aveva precisato che, nell'ambito della collaborazione giudiziaria instaurata con il meccanismo del rinvio pregiudiziale, essa può fornire al giudice nazionale gli elementi d'interpretazione del diritto dell'Unione utili per la valutazione degli effetti della disposizione interna⁵³. Dall'altro, la Corte di giustizia aveva stabilito che il rispetto dei principi generali di diritto si impone agli Stati membri⁵⁴ e che quindi essi sono tenuti a dare esecuzione al diritto dell'Unione in maniera conforme alle esigenze di tutela dei diritti fondamentali garantiti nell'ordinamento UE⁵⁵.

Sulla base della giurisprudenza della Corte di giustizia è possibile individuare alcune ipotesi specifiche in cui sia configurabile l'esistenza di un "fattore di collegamento" che faccia rientrare la normativa nazionale nel "campo di applicazione" del diritto dell'Unione⁵⁶: a) qualora essa sia stata adottata in esecuzione di una qualsiasi disposizione di diritto dell'Unione, anche nel caso in cui sia previsto per il legislatore nazionale un ampio margine di discrezionalità⁵⁷; b) nel caso in cui tale normativa dia esecuzione in via esclusiva a disposizioni di accordi internazionali, ancorché misti, conclusi dall'Unione ma che incidano in un settore disciplinato dai Trattati⁵⁸; c) nel momento in cui essa venga a restringere in maniera legittima la portata di un diritto riconosciuto dall'ordinamento giuridico UE⁵⁹, oppure, in funzione delle "esigenze imperative" invocate dallo Stato membro, impedisca o limiti l'esercizio di una libertà fondamentale del mercato

⁵³ V. Corte di giustizia, *Gauchard*, causa 20/87, sentenza dell'8 dicembre 1987, punto 5. V., nello stesso senso, Corte di giustizia, *Reisch*, cause riunite C-515/99, da C-519/99 a C-524/99 e da C-526/99 a C-540/99, sentenza del 5 marzo 2002, punto 22; *Anomar c. Portogallo*, causa C-6/01, sentenza dell'11 settembre 2003, punto 37.

⁵⁴ V. Corte di giustizia, *Eridania*, causa 230/78, sentenza del 27 settembre 1979, punto 31; *Krücken*, causa 316/86, sentenza del 26 aprile 1988, punto 22; *Cornée*, cause riunite 196/88, 197/88 e 198/88, sentenza dell'11 luglio 1989, punto 14. In seguito, lo stesso principio è stato ribadito dalla Corte di giustizia nelle pronunce: *Wachauf*, cit., punto 19; *Spronk*, causa C-16/89, sentenza del 12 luglio 1990, punti 13, 17 e 28; *Graff*, causa C-351/94, sentenza del 14 luglio 1994, punto 17; *Duff*, causa C-63/93, sentenza del 15 febbraio 1996, punto 29; *Karlsson*, causa C-292/97, sentenza del 13 aprile 2000, punto 37; *Marks & Spencer*, causa C-62/00, sentenza dell'11 luglio 2002, punto 44.

⁵⁵ V. Corte di giustizia, *Gauchard*, causa 20/87, sentenza dell'8 dicembre 1987, punto 5. V., inoltre, Corte di giustizia, *T. Port*, causa 68/95, sentenza del 26 novembre 1996, punti 39-40; *Atlanta*, causa C-104/97 P, sentenza del 14 ottobre 1999, punto 42; *Reisch*, cause riunite C-515/99, da C-519/99 a C-524/99 e da C-526/99 a C-540/99, sentenza del 5 marzo 2002, punto 22; *Anomar*, causa C-6/01, sentenza dell'11 settembre 2003, punto 37.

⁵⁶ Cfr., sul punto, ancora N. NAPOLETANO, *La nozione di "campo di applicazione del diritto comunitario" ...*, cit., p. 698 ss.

⁵⁷ V. Corte di giustizia, *Wachauf*, cit., punti 18-19; *Bostock*, causa C-2/92, sentenza del 24 marzo 1994, punti 14 e 16; *Graff*, cit., punto 17; *Duff*, cit., punti 31 e 34; *Karlsson*, cit., punti 35-37; *Lindqvist*, cit., punti 41-42, 44 e 97-99.

⁵⁸ V. Corte di giustizia, *Demirel*, cit., punto 28.

⁵⁹ V. Corte di giustizia, *Cinéthèque*, cit., punto 26; *Society for the Protection of Unborn Children Ireland*, cit., punto 31.

interno⁶⁰; d) infine, quando, pur essendo stata adottata dagli Stati membri nell'esercizio di una loro competenza esclusiva, essa venga ad restringere la portata o a ledere un diritto fondamentale incondizionato e direttamente applicabile riconosciuto e garantito da una norma adottata dalle istituzioni dell'Unione⁶¹.

In tali situazioni, dunque, che sia o meno strettamente attuativa del diritto dell'Unione⁶², la norma nazionale – anche qualora dia applicazione ad una disposizione interna di rango costituzionale, come emerge dalla sentenza *Kreil* del 2000⁶³ – va interpretata ed applicata alla luce dei diritti fondamentali garantiti dall'ordinamento giuridico dell'Unione, in maniera tale da evitare che l'intervento del legislatore nazionale possa pregiudicare la tutela di tali diritti⁶⁴. La Corte non si è mai preoccupata né di definire chiaramente cosa si debba intendere per campo/ambito di applicazione del diritto dell'Unione, né di stabilire un parametro attraverso cui poterne individuare i confini. Allo stesso modo, la Corte non ha mai fornito indicazioni precise su quale sia il criterio per stabilire se l'oggetto della controversia nazionale presenti un "elemento di collegamento con una qualsiasi delle situazioni considerate dalle disposizioni del Trattato". Ciò dimostra che, anche in questa circostanza, nel riaffermare il suo ruolo di garante dei diritti fondamentali, la Corte ha voluto conservare un'ampia discrezionalità, oltre che indipendenza ed autonomia, nel decidere se procedere o meno alla valutazione della conformità della normativa nazionale con tali diritti.

⁶⁰ V. Corte di giustizia, *Schmidberger*, cit., punto 74. V., altresì, Corte di giustizia, *ERT*, cit., punti 43 e 44; *Familiapress*, cit., punto 24.

⁶¹ V. Corte di giustizia, *Steffensen*, cit., punto 71.

⁶² V., in aggiunta ai casi citati *supra* in note 57-61, Corte di giustizia, *K.B.*, causa C-117/01, sentenza del 7 gennaio 2004, punti 30-34, in cui la Corte si pronuncia sul divieto, previsto dalla legislazione del Regno Unito, di modificare i dati anagrafici contenuti nel registro degli atti di nascita in caso di cambiamento di sesso, stabilendo che tale divieto determinando, in violazione alla CEDU, l'impossibilità per i ricorrenti di contrarre matrimonio ed eventualmente di godere della pensione di reversibilità è incompatibile con il principio di non discriminazione sulla base del sesso. In proposito, v. anche *Richards*, causa C-423/04, sentenza del 26 aprile 2006, punto 31.

⁶³ V. Corte di giustizia, *Kreil*, causa C-285/98, sentenza dell'11 gennaio 2000, in cui risultavano contrapposti il divieto per le donne di svolgere un servizio che comporti l'impiego delle armi, previsto dalla Costituzione tedesca, e il principio della parità di trattamento che implica l'assenza di qualsiasi discriminazione fondata sul sesso, garantito dal diritto dell'Unione. Differente era stato in precedenza l'atteggiamento della Corte di giustizia nel caso *Groener*, causa C-379/87, sentenza del 28 novembre 1989, in cui emergeva il contrasto tra la valorizzazione dell'identità linguistica nazionale, prevista dalla Costituzione irlandese, e la libera circolazione dei lavoratori nel mercato interno, e nel caso *Society for the Protection of Unborn Children Ireland*, cit., in cui il conflitto riguardava la tutela del diritto alla vita del nascituro, da cui derivava il divieto di interruzione volontaria della gravidanza, e la libera prestazione dei servizi.

⁶⁴ V. Corte di giustizia, *Schmidberger*, cit., punto 80. Inoltre v., in tal senso, *Commissione c. Germania*, cit., punto 23; *X c. Commissione*, causa C-404/92, sentenza del 5 ottobre 1994, punto 18.

2. Dall'Atto unico europeo al Trattato di Lisbona: l'evoluzione della disciplina sulla tutela dei diritti fondamentali

Su impulso della giurisprudenza della Corte di giustizia, anche le altre istituzioni si resero conto dell'importanza che i diritti fondamentali rivestivano all'interno dell'Unione, soprattutto come base sulla quale far evolvere l'intero sistema giuridico europeo. Nel 1977, il Parlamento, il Consiglio e la Commissione adottarono una dichiarazione comune⁶⁵ con cui affermarono l'impegno a rispettare, nell'esercizio delle loro competenze e nel raggiungimento degli obiettivi previsti dai Trattati, i diritti fondamentali quali erano garantiti dalle tradizioni costituzionali comuni agli Stati membri e dalla Convenzione europea dei diritti umani, riconoscendo quindi implicitamente l'orientamento giurisprudenziale della Corte di giustizia.

Tuttavia, fu solo a partire dalla metà degli anni Ottanta del secolo scorso che l'integrazione nei Trattati di riferimenti specifici ai diritti fondamentali ha iniziato la sua lenta evoluzione. Dapprima, un semplice richiamo è stato introdotto nel Preambolo dell'Atto unico europeo (AUE) del 1986⁶⁶, nel quale gli Stati, "consapevoli della responsabilità che incombe all'Europa ... di far valere in particolare i principi della democrazia e il rispetto del diritto e dei diritti dell'uomo", si dichiararono decisi a promuovere insieme la democrazia, e in particolare la libertà, l'uguaglianza e la giustizia sociale, basandosi sui diritti fondamentali sanciti dalle costituzioni e dalle leggi degli Stati membri, dalla CEDU e dalla Carta sociale europea⁶⁷. In seguito, il Trattato di Maastricht del 1992⁶⁸ ha previsto, richiamando espressamente la giurisprudenza della Corte di giustizia, all'art. F, par. 2, del Trattato sull'Unione europea (divenuto art. 6, par. 2, UE; ora art. 6, par. 3, TUE) che l'Unione rispetta i diritti fondamentali quali sono garantiti dalla CEDU e quali risultano dalle tradizioni costituzionali comuni, in quanto principi generali del diritto⁶⁹. L'importanza di tale disposizione risiede nel fatto che con essa il rispetto dei diritti fondamentali si configura come un vero e proprio obbligo nei confronti dell'Unione, laddove il precedente AUE faceva ancora semplicemente riferimento ad un generico impegno degli Stati a promuoverne il rispetto. Tuttavia, l'art. F, par. 2, del Trattato sull'Unione europea non fu inserito tra quelle disposizioni che l'art. L del Trattato sull'Unione europea (divenuto art. 46 UE; ora abrogato dal Trattato di Lisbona) aveva sottoposto alla giurisdizione

⁶⁵ Dichiarazione comune del Parlamento europeo, del Consiglio e della Commissione sui diritti fondamentali del 5 aprile 1977, in GU C 103 del 27 aprile 1977.

⁶⁶ Atto unico europeo, firmato a Lussemburgo il 17 e il 28 febbraio 1986 ed entrato in vigore il 1° luglio 1987.

⁶⁷ Cfr. G.M. UBERTAZZI, *Atto unico e tutela dei diritti dell'uomo*, p. 296 ss.

⁶⁸ Trattato di Maastricht sull'Unione europea, firmato il 7 febbraio 1992 ed entrato in vigore il 1° novembre 1993.

⁶⁹ Cfr. E. PAGANO, *Diritti fondamentali nella Comunità europea dopo Maastricht*, in *Il Diritto dell'Unione Europea*, 1996, p. 163 ss.

della Corte di giustizia⁷⁰. Si trattò di una scelta, operata dagli Stati in sede di revisione dei Trattati, abbastanza singolare dal momento che la Corte di giustizia – come sopra indicato – sin dal 1969 aveva sviluppato una propria giurisprudenza esattamente orientata in senso contrario, ovvero aveva affermato la propria competenza a verificare che gli atti adottati dalle istituzioni non si dimostrassero lesivi dei principi generali di diritto che integrano i diritti fondamentali. Nondimeno, va considerato che dietro tale scelta vi era la volontà di evitare che la Corte di giustizia estendesse le proprie competenze anche al controllo di legittimità alla luce dei diritti fondamentali degli atti adottati nell’ambito del secondo e del terzo pilastro dell’Unione, concernenti la politica estera e di sicurezza comune (PESC)⁷¹ e la cooperazione nei settori della giustizia e degli affari interni.

Il successivo Trattato di Amsterdam del 1997⁷² è intervenuto proprio su questo specifico punto estendendo, con l’art. 46, lett. d), UE (ora abrogato dal Trattato di Lisbona), le competenze della Corte di giustizia anche all’art. 6, par. 2, UE (art. 6, par. 3, TUE)⁷³, e formalizzando in tal modo il suo ruolo di controllo sul rispetto dei diritti fondamentali da parte delle istituzioni europee, sia pur con i limiti previsti nell’ambito della PESC e della cooperazione di polizia e giudiziaria in materia penale⁷⁴.

Il Trattato di Amsterdam ha rafforzato le disposizioni del Trattato UE in materia di protezione dei diritti fondamentali⁷⁵. L’art. 6, par. 1, UE (art. 2 TUE), infatti, introduce l’indicazione espressa dei principi – definiti “comuni agli Stati membri” – su cui si fonda l’Unione, ovvero quelli di “libertà, democrazia, rispetto dei diritti dell’uomo e delle libertà fondamentali, e dello Stato di diritto”, richiamando in tal senso l’“attaccamento” a tali principi di cui gli Stati membri danno conferma nel Preambolo del Trattato. A ciò si aggiunga che, ai sensi dell’art. 49 UE, il rispetto dei principi sanciti nell’art. 6, par. 1, UE è divenuto un

⁷⁰ Cfr. G. TESAURO, *I diritti fondamentali ...*, cit., p. 430; G. GAJA, *Aspetti problematici della tutela dei diritti fondamentali ...*, cit., p. 574 ss.

⁷¹ In riferimento all’azione esterna dell’Unione europea, il Trattato di Maastricht ha inserito il rispetto e la promozione dei diritti umani tra gli obiettivi generali della PESC (art. J.1., par. 2, del Trattato sull’UE, divenuto art. 11, par. 1, UE), così come della politica di cooperazione e sviluppo europea (art. 130 U, par. 2, del Trattato CE, divenuto art. 177, par. 2, CE). Per le modifiche introdotte dal Trattato di Lisbona, v. *infra* nota 83.

⁷² Trattato che modifica il Trattato sull’Unione europea, i trattati che istituiscono le Comunità europee e alcuni atti connessi, firmato il 2 ottobre del 1997 ed entrato in vigore il 1° maggio 1999.

⁷³ B. NASCIBENE, *Tutela dei diritti umani e competenze della Corte di giustizia nel Trattato di Amsterdam*, in *Scritti in onore di Giuseppe Federico Mancini*, vol. II, Milano, 1998, p. 267 ss.

⁷⁴ Su tali aspetti Cfr. R. MASTROIANNI, *La tutela dei diritti nell’ordinamento comunitario: alcune osservazioni critiche*, in *Il Diritto dell’Unione Europea*, 2008, p. 851 ss. Cfr., inoltre, il contributo di E. BARTOLONI in questo *Volume*.

⁷⁵ Cfr. S. NEGRI, *La tutela dei diritti fondamentali nell’ordinamento comunitario alla luce del Trattato di Amsterdam*, in *Il Diritto dell’Unione europea*, 1997, p. 779 ss.; L.S. ROSSI, *Con il Trattato di Amsterdam l’Unione è più vicina ai suoi cittadini?*, in *Il Diritto dell’Unione Europea*, 1998, p. 339 ss.; P. GALLAGHER, *The Treaty of Amsterdam and fundamental rights*, in *Irish Journal of European Law*, 1998, p. 21 ss.

requisito essenziale per ogni Stato europeo che voglia domandare di divenire membro dell'Unione (ora, l'art. 49 TUE prevede insieme al rispetto dei "valori" di cui all'art. 2 TUE anche l'impegno alla loro promozione da parte degli Stati che presentano richiesta di adesione). Tale valutazione sarà effettuata al momento della discussione sull'accoglimento della richiesta di adesione da parte del Consiglio, che si pronuncerà all'unanimità, previa consultazione della Commissione e previo parere conforme (ora, previa "approvazione") del Parlamento europeo. A partire dal Trattato di Amsterdam, dunque, il rispetto dei principi/valori posti a fondamento dell'Unione si impone indistintamente alla stessa Unione, quindi alle sue istituzioni nell'esercizio di qualsiasi competenza disciplinata dai Trattati, agli Stati membri, i quali potranno anche essere oggetto di misure sanzionatorie in caso di violazione in maniera grave tali principi (art. 7 UE; ora, art. 7 TUE)⁷⁶, nonché agli Stati che intendano aderire all'Unione europea.

Per quanto riguarda le modifiche introdotte nel Trattato CE, il Trattato di Amsterdam ha ampliato la portata del principio di non discriminazione⁷⁷. In primo luogo, il Trattato ha esteso i poteri del Parlamento in relazione all'applicazione del principio di non discriminazione in base alla nazionalità, prevedendo l'utilizzo della procedura di codecisione (art. 251 CE; ora, "procedura legislativa ordinaria" di cui all'art. 294 TFUE) ai fini dell'adozione della delibera con cui si stabiliscono le regole volte a vietare tali discriminazioni (art. 12, par. 2, CE; ora, art. 18 TFUE). In secondo luogo, con l'inserimento dell'art. 13 CE (ora, art. 19, par. 1, TFUE)⁷⁸, il Trattato ha previsto che il Consiglio, deliberando all'unanimità, su proposta della Commissione e previa consultazione del Parlamento europeo (ora, "secondo una procedura legislativa speciale e previa approvazione del Parlamento europeo") possa prendere i provvedimenti opportuni per combattere le discriminazioni fondate sul sesso, la razza o l'origine etnica, la religione o le convinzioni personali, la disabilità, l'età o l'orientamento sessuale. Infine, all'art. 136 CE (ora, art. 151 TFUE), il Trattato ha introdotto un riferimento espresso ai "diritti sociali fondamentali, quali quelli definiti nella Carta sociale europea firmata a Torino il 18 ottobre 1961 e nella Carta comunitaria dei diritti sociali fondamentali dei lavoratori del 1989", ribadendo quell'attaccamento ai di-

⁷⁶ In proposito, v. *infra* paragrafo 3.

⁷⁷ Cfr., sul tema, anche in riferimento alla disciplina precedente alla riforma, G. CHITI, *Il principio di non discriminazione ed il Trattato di Amsterdam*, in *Rivista italiana di diritto pubblico comunitario*, 2000, p. 851 ss.

⁷⁸ In proposito va precisato che il Trattato di Nizza – Trattato che modifica il Trattato sull'Unione europea, i Trattati che istituiscono le Comunità europee e alcuni atti connessi, firmato il 26 febbraio 2001 ed entrato in vigore il 1° febbraio 2003 – ha introdotto un secondo paragrafo all'art. 13 CE (ora, art. 19, par. 2, TFUE) il quale prevede che il Consiglio e il Parlamento, deliberando secondo la procedura di codecisione di cui all'art. 251 CE (ora, "procedura legislativa ordinaria" di cui all'art. 294 TFUE), possano adottare "misure di incentivazione comunitarie [ora, "i principi di base delle misure di incentivazione dell'Unione"]", ad esclusione di qualsiasi armonizzazione delle disposizioni legislative e regolamentari degli Stati membri, destinate ad appoggiare le azioni degli Stati membri volte a contribuire alla realizzazione degli obiettivi di cui al paragrafo 1".

ritti sociali fondamentali definiti nei due strumenti ora citati che gli Stati hanno affermato nel Preambolo del Trattato UE. Tuttavia, senza configurare una vera e propria competenza dell'Unione ad intervenire direttamente con proprie iniziative al fine di introdurre un migliore sistema di garanzia, i diritti sociali fondamentali sono solo identificati come le linee direttive che devono guidare l'attività sia dell'Unione sia degli Stati membri che abbiano come obiettivi "la promozione dell'occupazione, il miglioramento delle condizioni di vita e di lavoro, che consenta la loro parificazione nel progresso, una protezione sociale adeguata, il dialogo sociale, lo sviluppo delle risorse umane atto a consentire un livello occupazionale elevato e duraturo e la lotta contro l'emarginazione".

Il Trattato di Lisbona del 2007⁷⁹, in aggiunta alle modifiche ai Trattati già sopra indicate, ha introdotto alcune novità importanti in relazione ai valori, ai principi ed alla normativa di riferimento in materia di diritti fondamentali⁸⁰.

Il nuovo richiamo ai diritti fondamentali presente nel Preambolo del Trattato precisa che gli Stati hanno deciso di istituire l'Unione europea "ispirandosi alle eredità culturali, religiose e umanistiche dell'Europa, da cui si sono sviluppati i valori universali dei diritti inviolabili e inalienabili della persona, della libertà, della democrazia, dell'uguaglianza e dello Stato di diritto". In tal senso, sembra che gli Stati abbiano voluto ribadire il definitivo superamento dell'ottica essenzialmente economica su cui si è incentrata la nascita e lo sviluppo del sistema di integrazione europeo, sottolineandone invece l'insieme delle tradizioni e dei valori comuni cui essi hanno fatto riferimento nella creazione della "nuova" Unione europea, maggiormente orientata ad offrire ai suoi cittadini uno "spazio di libertà, sicurezza e giustizia", che non all'instaurazione ed al mantenimento del "mercato interno" (art. 3 TUE).

L'art. 2 TUE ha ampliato la gamma dei "valori" – non più "principi" – su cui l'Unione si fonda, menzionando, unitamente a quelli indicati nel precedente art.

⁷⁹ Trattato che modifica il Trattato sull'Unione europea e il Trattato che istituisce la Comunità europea, firmato il 13 dicembre 2007 ed entrato in vigore il 1° dicembre 2009.

⁸⁰ Cfr. J. RIDEAU, *La protection des droits fondamentaux dans l'Union européenne. Perspectives ouvertes par le traité de Lisbonne*, in *Revue des Affaires Européennes*, 2007-2008, p. 185 ss.; R. BARATTA, *Le principali novità del Trattato di Lisbona*, in *Il diritto dell'Unione Europea*, 2008, p. 36 ss.; M. DOUGAN, *The Treaty of Lisbon 2007: Winning Minds, not Hearts*, in *Common Market Law Review*, 2008, p. 661 ss.; M. FUMAGALLI MERAVIGLIA, *La tutela dei diritti dell'uomo oltre la Costituzione europea*, in U. DRAETTA, A. SANTINI, *L'Unione europea in cerca di identità. Problemi e prospettive dopo il fallimento della "Costituzione"*, Milano, 2008, p. 101 ss.; I. PERNICE, *The Treaty of Lisbon and Fundamental Rights*, S. GRILLER, J. ZILLER (ed.), *The Lisbon Treaty. EU Constitutionalism without a Constitutional Treaty?*, 2008, Vienna, p. 235 ss.; F. SEATZU, *La tutela dei diritti fondamentali nel nuovo Trattato di Lisbona*, in *La Comunità internazionale*, 2009, p. 43 ss.; L.S. ROSSI, *How Fundamental Are Fundamental Principles? Primacy of the EU Law, Principles of National Constitutions and Fundamental Rights after Lisbon*, in G. VENTURINI, S. BARIATTI (a cura di), *Liber Fausto Pocar. Diritti individuali e giustizia internazionale*, Milano, 2009, p. 813 ss.; L. DANIELE, *La protezione dei diritti fondamentali nell'Unione europea dopo il Trattato di Lisbona: un quadro d'insieme*, in *Il Diritto dell'Unione Europea*, 2009, p. 645 ss.

6, par. 1, UE, ossia il rispetto dei diritti umani, della libertà, della democrazia⁸¹, e dello Stato di diritto, anche il rispetto della dignità umana, dell'uguaglianza, dei diritti delle persone appartenenti a minoranze, e definendoli quali valori "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"⁸². Inoltre tali valori, insieme alla pace ed al benessere dei popoli, sono menzionati all'art. 3 TUE quali obiettivi che l'Unione si prefigge di promuovere (par. 1), anche nelle relazioni con il resto del mondo (par. 5)⁸³. Infine, come sopra già accennato, il rispetto dei valori di cui all'art. 2 TUE conserva la caratteristica di parametro in relazione al quale stabilire sia un eventuale intervento, anche di natura sanzionatoria, dell'Unione nei confronti dello Stato membro che rischi di violarli gravemente o che li abbia violati in maniera grave e persistente (art. 7 TUE)⁸⁴, sia l'idoneità di un nuovo Stato ad aderire all'Unione (art. 49 TUE)⁸⁵.

⁸¹ Il Trattato di Lisbona ha introdotto nel Trattato sull'Unione europea il nuovo titolo II recante le "Disposizioni relative ai principi democratici", in cui sono sanciti il principio dell'uguaglianza dei cittadini (art. 9 TUE, che riproduce anche la classica definizione di cittadinanza dell'Unione; sulla cittadinanza dell'Unione e sui diritti dei cittadini ad essa connessi, v. anche gli articoli 20-25 TFUE, nonché gli articoli 39-46 contenuti nel titolo V "Cittadinanza" della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea), il principio della democrazia rappresentativa (art. 10 TUE), e il principio della democrazia partecipativa (articoli 10, par. 3, e 11 TUE). Cfr., in proposito, U. DRAETTA, *I principi democratici nell'Unione europea dopo Lisbona*, in G. VENTURINI, S. BARIATTI (a cura di), *op. cit.*, p. 309 ss.; V. CUESTA LOPEZ, *The Lisbon Treaty's Provisions on Democratic Principles: A Legal Framework for Participatory Democracy*, in *European Public Law*, 2010, p. 123 ss.

⁸² A partire dal Trattato di Amsterdam del 1997, la promozione della parità tra uomini e donne è indicata tra gli obiettivi di carattere generale che l'Unione ha il compito di promuovere (art. 3, par. 2, CE; ora, art. 3 TUE e art. 8 TFUE). V., anche, art. 137, par. 1, CE (ora, art. 153, par. 1, TFUE), in riferimento alla parità tra uomini e donne per quanto riguarda le opportunità sul mercato del lavoro ed il trattamento sul lavoro, e art. 141, par. 3, CE (ora, art. 157, par. 3, TFUE), relativo alla parità di trattamento tra uomini e donne in materia di occupazione e impiego, ivi compreso il principio della parità delle retribuzioni per uno stesso lavoro o per un lavoro di pari valore.

⁸³ V., in proposito, l'art. 21 TUE, il quale specifica, al par. 1, che l'azione esterna dell'Unione ha l'obiettivo di promuovere nel resto del mondo la democrazia, lo Stato di diritto, l'universalità e l'indivisibilità dei diritti umani e delle libertà fondamentali, il rispetto della dignità umana, i principi di uguaglianza e di solidarietà e il rispetto dei principi della Carta delle Nazioni Unite e del diritto internazionale, e, al par. 2, che la cooperazione dell'Unione in tutti i settori delle relazioni internazionali ha il fine di consolidare e sostenere la democrazia, lo Stato di diritto, i diritti umani e i principi del diritto internazionale.

⁸⁴ In proposito, v. *infra* paragrafo 3.

⁸⁵ L'art. 49 TUE, stabilisce non solo che il Parlamento europeo e i parlamenti nazionali (v. anche art. 12, lett. e), TUE) debbano essere informati della domanda di adesione all'Unione europea presentata da uno Stato, ma anche che nella procedura di valutazione di tale domanda si tenga conto dei criteri di ammissibilità convenuti dal Consiglio europeo. I criteri di adesione, fissati dal Consiglio europeo tenutosi a Copenhagen nel 1993 e in seguito modificati a Madrid nel 1995, prevedono, tra l'altro, che per aderire all'Unione uno Stato candidato abbia l'obbligo di assicurare la presenza di istituzioni stabili che garantiscano la democrazia, lo stato di diritto, i diritti dell'uomo, il rispetto delle minoranze e la loro tutela. Inoltre, il rispetto di tale criterio – c.d. criterio politico – è considerato requisito necessario affinché il Consiglio possa aprire i negoziati di adesione

Le innovazioni più significative introdotte dal Trattato di Lisbona in materia di diritti fondamentali risultano senza dubbio quelle previste dall'art. 6 TUE. Tale articolo, infatti, oltre a ribadire al par. 3 che i diritti fondamentali, garantiti dalla CEDU e risultanti dalle tradizioni costituzionali comuni agli Stati membri, fanno parte del diritto dell'Unione in quanto principi generali, ha stabilito, in primo luogo, che l'Unione "riconosce i diritti, le libertà e i principi sanciti nella Carta dei diritti fondamentali ..., che ha lo stesso valore giuridico dei trattati" (par. 1)⁸⁶ e, in secondo luogo, che l'Unione "aderisce" alla Convenzione europea dei diritti umani (par. 2)⁸⁷.

Il richiamo alla Carta, cui è attribuito rango primario nell'ordinamento giuridico dell'Unione, segna dunque un ulteriore passo in avanti nel processo, iniziato a Maastricht con l'introduzione dell'art. F, par. 2, nel Trattato sull'Unione europea, tendente a risolvere l'assenza originaria nei Trattati di disposizioni dirette alla tutela dei diritti umani. Benché si possa affermare che a Lisbona tale processo abbia segnato una tappa importante, tuttavia esso potrà ritenersi compiuto solo quando un catalogo scritto di diritti fondamentali effettivamente sarà incorporato – non tanto per il suo valore giuridico, visto che già oggi ha quello dei Trattati, quanto per il suo valore simbolico – nel testo di base dell'Unione europea. Inoltre, può destare alcune perplessità il riferimento operato dall'art. 6 TUE ad una pluralità di fonti – ovviamente, in relazione alla CEDU occorrerà attendere l'entrata in vigore del trattato di adesione alla Convenzione – attraverso cui definire il contenuto, la portata e le limitazioni ai diritti fondamentali tutelati dall'ordinamento dell'Unione. Sarà dunque compito della Corte di giustizia ricavare da tali fonti la norma che, in relazione al caso di specie, assicuri il maggiore standard di protezione dei diritti fondamentali⁸⁸.

3. Il controllo preventivo, l'accertamento e il meccanismo sanzionatorio per le gravi violazioni dei valori fondanti l'Unione da parte degli Stati membri

Il Trattato sull'Unione europea, sulla base di una modifica introdotta ad Amsterdam, stabilisce una procedura di controllo volta ad accertare e a sanzionare le violazioni gravi e persistenti dei valori su cui si fonda l'Unione poste in essere dagli Stati membri⁸⁹. Il Consiglio europeo, dopo aver invitato lo Stato interessato a presentare osservazioni, deliberando all'unanimità su proposta di un terzo degli

⁸⁶ V. *infra* paragrafo 4.

⁸⁷ V. *infra* paragrafo 5, in particolare 5.2.

⁸⁸ Cfr. L. DANIELE, *La protezione dei diritti fondamentali ...*, p. 652.

⁸⁹ Cfr. P.-Y. MONJAL, *Le traité d'Amsterdam et la procédure en constatation politique de manquement aux principes de l'Union*, in *Revue du Marché Unique Européen*, 1998, n. 3, p. 69 ss.; T. VIARENGO, *Articolo 7*, in F. POCAR (a cura di), *Commentario breve ai Trattati della Comunità e dell'Unione europea*, Padova, 2001, p. 26 ss.

Stati membri o della Commissione e previa approvazione del Parlamento europeo, può constatare l'esistenza di una "violazione grave e persistente" da parte di uno Stato membro dei "valori" di cui all'art. 2 TUE (art. 7, par. 2, TUE). Effettuata tale constatazione, il Consiglio, con delibera a maggioranza qualificata, può decidere di sospendere alcuni dei diritti dello Stato membro interessato derivanti dall'applicazione dei Trattati, ivi compresi i diritti di voto del rappresentante del Governo di tale Stato in seno al Consiglio. È importante notare che il Consiglio, nel sospendere i diritti dello Stato membro, deve tener conto delle possibili conseguenze di una tale sospensione sui diritti e sugli obblighi dei singoli, al fine quindi di evitare che gli effetti delle sanzioni adottate si ripercuotano in maniera pregiudizievole sulle persone fisiche e giuridiche (art. 7, par. 3, TUE).

Si tratta, dunque, di un procedimento di natura politica, in cui è ovviamente esclusa la partecipazione al voto dello Stato membro interessato (art. 354 TFUE), che mira a sanzionare i comportamenti altamente lesivi dei valori fondanti l'Unione posti in essere da uno Stato attraverso una sospensione parziale dei diritti che gli derivano dalla sua partecipazione all'UE⁹⁰. Occorre tuttavia precisare che, anche qualora una tale sospensione sia decisa dal Consiglio, lo Stato interessato continuerà ad essere vincolato dagli obblighi che discendono dai Trattati (art. 7, par. 3, TUE). Inoltre, laddove il Consiglio constati che la situazione sia mutata o che sia cessata la "violazione grave e persistente" che ha portato all'imposizione delle misure sanzionatorie, può, a maggioranza qualificata, decidere di modificare o revocare tali misure per rispondere ai cambiamenti in atto (art. 7, par. 4, TUE). Tuttavia, la complessità della procedura sanzionatoria di cui all'art. 7 TUE e la circostanza che possa trovare applicazione solo in ipotesi eccezionali caratterizzate da una "violazione grave e persistente", i cui caratteri risultano ancora indefiniti, hanno fatto sì che, ad oggi, non si sia ancora ricorso ad essa.

Con una modifica introdotta dal Trattato di Nizza del 2001⁹¹, si è inoltre provveduto a completare il meccanismo di controllo sul rispetto da parte degli Stati membri dei valori di cui all'art. 2 TUE, prevedendo, al par. 1 dell'art. 7 TUE, una procedura che consente all'Unione di intervenire anche in via preventiva⁹². Il Consiglio, su proposta motivata di un terzo degli Stati membri, del Parlamento europeo o della Commissione, deliberando a maggioranza dei quattro quinti dei suoi membri, previa approvazione del Parlamento europeo può constatare che esiste "un evidente rischio di violazione grave" dei valori su cui si fonda

⁹⁰ Cfr. S. NEGRI, *op. cit.*, p. 781; P.-Y. MONJAL, *op. cit.*, p. 72 ss.

⁹¹ Cfr. G. GORI, F. KAUFF-GAZIN, *Les droits de l'Homme à Nice*, in D. SIMON, Y. GAUTIER, V. CONSTANTINESCO (dir.), *Le traité de Nice: premières analyses*, Strasburgo, 2001, p. 231 ss.; M. WATHELET, S. VAN RAEPENBUSCH, *La protection des droits fondamentaux au sein de l'Union européenne après le Traité de Nice*, in *Mélanges offerts à Silvio Marcus Helmons. Avancées et confins actuels des droits de l'homme aux niveaux international, européen et national*, Bruxelles, 2003, p. 345 ss.

⁹² B. NASCIBENE, *Le sanzioni ex art. 7 TUE*, in *Il Diritto dell'Unione Europea*, 2002, p. 192 ss.

l'Unione⁹³. La constatazione deve essere effettuata dal Consiglio dopo aver sentito lo Stato membro interessato e dopo avergli eventualmente rivolto delle raccomandazioni. Anche in questo caso lo Stato interessato non partecipa al voto. Il Consiglio è, infine, tenuto a verificare con regolarità il permanere dei motivi che hanno condotto alla constatazione di “evidente rischio di violazione grave” e, se del caso, adottare una constatazione contraria con cui dichiarare la cessazione del rischio. In tale fase, anche se non espressamente previsto dal Trattato, non è escluso che il Consiglio possa rivolgere allo Stato interessato raccomandazioni al fine di risolvere la situazione di potenziale violazione grave. Ove invece la situazione evolva in “violazione grave e persistente” si applicherà la procedura sanzionatoria precedentemente descritta.

Il Trattato di Nizza aveva stabilito, all'art. 46, lett. e), UE (ora, abrogato dal Trattato di Lisbona), la competenza della Corte di giustizia a pronunciarsi “unicamente” sulle “disposizioni di carattere procedurale” di cui all'art. 7 UE⁹⁴. In tal caso, la Corte poteva deliberare, su richiesta dello Stato membro interessato, entro un termine di un mese a decorrere dalla data in cui il Consiglio aveva proceduto alla constatazione dell'esistenza di un “evidente rischio di violazione grave” o di una “violazione grave e persistente”. La competenza della Corte risultava dunque limitata al controllo del rispetto della procedura di cui all'art. 7 UE da parte del Consiglio, senza potersi spingere fino alla valutazione delle questioni di merito che avevano portato tale organo alla constatazione e, se del caso, alla decisione di sospensione dei diritti dello Stato membro interessato. Al contrario, per quanto concerneva la Comunità europea, la delibera del Consiglio con la cui sospensione dei diritti derivanti dall'applicazione del Trattato CE era sottoposta alla giurisdizione della Corte. Infatti, mentre la sospensione dei diritti di voto deliberata ex art. 7 UE operava automaticamente anche in ambito CE, le ulteriori sanzioni dovevano essere eventualmente decise dal Consiglio con un atto *ad hoc* adottato ai sensi dell'art. 309 CE. Quest'ultimo, pertanto, poteva essere soggetto al sindacato di legittimità della Corte, la quale, nel pronunciarsi sulle conseguenze che da tali sanzioni sarebbero potute discendere sull'applicazione del Trattato CE ed in particolare sui diritti e sugli interessi dei singoli, avrebbe

⁹³ L'art. 7, par. 1, UE prevedeva anche la possibilità per il Consiglio, prima di procedere alla constatazione di “un evidente rischio di violazione grave”, di chiedere a delle personalità indipendenti di presentare un rapporto sulla situazione nello Stato membro interessato. Tale previsione, come del resto l'intera procedura di cui al par. 1 dell'art. 7 UE, trova una chiara ispirazione nella “reazione comune” dell'Unione europea, adottata il 31 gennaio 2000 per conto dei suoi Stati membri, contro l'Austria nel c.d. caso Heider, ossia allorché si prospettò la possibilità, poi concretizzata, di una partecipazione alla formazione del Governo austriaco del partito di estrema destra FPÖ (Partito austriaco della libertà) guidato da Jörg Heider, ritenuto razzista e xenofobo. Cfr., in proposito, L.S. ROSSI, *La reazione comune degli Stati membri dell'Unione europea nel caso Heider*, in *Rivista di diritto internazionale*, 2000, p. 145 ss.. Per i testi dei provvedimenti relativi alle misure adottate dagli Stati membri dell'UE nei confronti dell'Austria, cfr. S. FORTUNATO, *Il caso delle sanzioni all'Austria*, in *Il Diritto dell'Unione Europea*, 2000, p. 703 ss.

⁹⁴ Cfr. B. NASCIBENE, *Le sanzioni ex art. 7 TUE*, cit., p. 193 ss.

anche potuto estendere indirettamente, sulla base degli articoli 46 e 47 UE⁹⁵, il suo controllo sulla precedente “constatazione” del Consiglio, al fine di verificare che essa non pregiudicasse le competenze che i Trattati attribuiscono alle Comunità europee⁹⁶ o che la stessa non risultasse incompatibile con il rispetto dei diritti fondamentali garantiti dall’ordinamento dell’Unione⁹⁷.

A seguito delle modifiche introdotte dal Trattato di Lisbona, è venuta meno la necessità di una doppia delibera del Consiglio per decidere nei confronti di uno Stato la sospensione dei diritti derivanti dall’appartenenza all’Unione. L’art. 354 TFUE (precedente art. 309 CE), infatti, ora disciplina solo le modalità di voto che, ai fini dell’art. 7 TUE, si applicano al Parlamento europeo, al Consiglio europeo e al Consiglio. Per quanto riguarda la Corte di giustizia, l’art. 269 TFUE confermando in sostanza la precedente disciplina, prevede che essa è competente a pronunciarsi, su esclusivo ricorso dello Stato membro oggetto di una “constatazione”, sulla “legittimità di un atto” adottato dal Consiglio europeo o dal Consiglio a norma dell’art. 7 TUE⁹⁸ “per quanto concerne il rispetto delle sole prescrizioni di carattere procedurale” previste da tale articolo. La Corte non potrà quindi entrare nel merito delle valutazioni operate dal Consiglio o dal Consiglio europeo circa l’esistenza sia di un evidente rischio di violazione grave sia di una violazione grave e persistente, mentre potrà pronunciarsi sull’adeguatezza della motivazione della proposta di constatazione, sull’esistenza della previa approvazione del Parlamento europeo, sul rispetto da parte del Consiglio e del Consiglio europeo delle modalità di voto per l’adozione della delibera e sui motivi su cui quest’ultima si fonda, nonché sul fatto che lo Stato interessato sia stato ascoltato o invitato a presentare le proprie osservazioni.

Ai sensi dell’art. 269 TFUE, il ricorso dello Stato interessato deve essere formulato entro un mese a decorrere dalla “constatazione”. Ciò non sembra escludere la competenza della Corte a verificare il rispetto delle regole procedurali anche in riferimento alle decisioni con cui il Consiglio adotti le misure sanzionatorie riguardanti la sospensione dei diritti oppure modifichi o revochi tali misure (art. 7, par. 2 e 3, TUE). Come sopra già indicato, va infatti considerato che la competenza della Corte prevista dall’art. 269 TFUE si estende a qualsiasi “atto” adottato dal Consiglio sulla base dell’art. 7 TUE. Anche qualora la delibera di adozione delle misure sanzionatorie sia adottata a più di un mese di distanza dalla constatazione del Consiglio europeo di cui al par. 2 dell’art. 7 TUE, è logico presupporre che essa debba essere comunque accompagnata e fondata su una

⁹⁵ V. Corte di giustizia, *Commissione c. Consiglio*, causa C-170/96, sentenza del 12 maggio 1998.

⁹⁶ Cfr. B. NASCIBENE, *Le sanzioni ex art. 7 TUE*, cit., p. 194 ss.

⁹⁷ Cfr., inoltre, M. PEDRAZZI, *Articolo 309*, in F. POCAR (a cura di), *op. cit.*, p. 1026, che ritiene che il controllo sulla “constatazione” del Consiglio possa estendersi alla verifica della sua compatibilità con i principi di cui all’art. 6, par. 1, UE.

⁹⁸ Cfr., in proposito, A. ADINOLFI, *La Corte di giustizia dell’Unione europea dopo il Trattato di Lisbona*, in *Rivista di diritto internazionale*, 2010, p. 52 ss.

ulteriore “costatazione” del Consiglio che verifichi ed accerti il permanere dell’esistenza di una violazione grave e persistente, che di conseguenza riapre i termini per la presentazione del ricorso da parte dello Stato interessato, di cui al secondo comma dell’art. 269 TFUE. Quanto detto a maggior ragione sembra essere valido nel caso in cui il Consiglio decida di deliberare la modifica o la revoca delle sanzioni sulla scorta di una “constatazione” dei cambiamenti nella situazione che ha portato alla loro imposizione.

4. La Carta dei diritti fondamentali dell’Unione europea

La Carta dei diritti fondamentali dell’Unione europea è stata firmata e proclamata solennemente dai Presidenti del Consiglio, della Commissione e del Parlamento europeo a Nizza il 7 dicembre 2000⁹⁹.

Per quanto attiene al suo contenuto, in aggiunta alle disposizioni generali che ne disciplinano l’interpretazione e l’applicazione riportate nel titolo VII, la Carta, sulla base del principio della indivisibilità ed universalità dei diritti umani richiamato nel Preambolo, elenca i diritti da essa sanciti raggruppandoli all’interno di sei titoli, espressione di altrettanti valori fondamentali: Dignità (in cui, all’art. 1, trova affermazione il diritto al rispetto, alla tutela ed alla inviolabilità della dignità della persona umana, che le Spiegazioni identificano quale valore fondamentale su cui si basano tutti gli altri diritti riconosciuti dalla Carta); Libertà, Uguaglianza, Solidarietà; Cittadinanza (in cui sono ripresi i diritti connessi con la cittadinanza dell’Unione già contenuti nei Trattati), e Giustizia. In aggiunta ai classici diritti civili e politici che risultano enunciati dagli strumenti convenzionali richiamati nel Preambolo, o che sono stati ricavati dalla giurispru-

⁹⁹ La procedura che ha portato all’elaborazione della Carta è senz’altro originale. La nascita della Carta si fa risalire al Consiglio europeo di Colonia del 3-4 giugno 1999, durante il quale i Capi di Stato e di Governo dell’Unione europea hanno ritenuto necessario, a fini di maggiore visibilità, riunire in un unico strumento i diritti fondamentali garantiti dalla CEDU e risultanti dalle tradizioni costituzionali comuni degli Stati membri, in quanto principi generali di diritto dell’Unione. La Carta, inoltre, avrebbe dovuto contenere i diritti fondamentali riservati ai cittadini dell’Unione e prendere in considerazione i diritti economici e sociali enunciati nella Carta sociale europea firmata il 18 ottobre 1961, rivista il 3 maggio 1996, e nella Carta comunitaria dei diritti sociali fondamentali dei lavoratori del 9 dicembre 1989. Così come era stato indicato nelle Conclusioni di Colonia, il Consiglio europeo di Tampere del 15-16 ottobre 1999 ha stabilito le modalità di composizione, il metodo di lavoro e le modalità pratiche concernenti l’organo preposto all’elaborazione di un progetto di Carta dei diritti fondamentali. Tale organo, denominato la Convenzione, composto da quindici rappresentanti dei Capi di Stato o di Governo degli Stati membri, un rappresentante del Presidente della Commissione europea, sedici membri del Parlamento europeo designati da quest’ultimo, e trenta membri dei Parlamenti nazionali (due per ciascun Parlamento nazionale) designati dagli stessi Parlamenti, è stato costituito il 17 dicembre del 1999, ha predisposto il progetto della Carta e lo ha adottato il 2 ottobre 2000. Il Consiglio europeo di Biarritz del 13-14 ottobre 2000 ha approvato all’unanimità il progetto e lo ha trasmesso al Parlamento europeo e alla Commissione.

denza della Corte di Strasburgo¹⁰⁰ e della Corte di giustizia¹⁰¹, la Carta sancisce anche diritti "nuovi": il divieto delle pratiche eugenetiche, in particolare di quelle aventi come scopo la selezione delle persone, il divieto di fare del corpo umano e delle sue parti in quanto tali una fonte di lucro e il divieto della clonazione riproduttiva degli esseri umani, quali divieti specifici introdotti a tutela del diritto all'integrità della persona (art. 3); la libertà delle arti e delle scienze (art. 13); la protezione della proprietà intellettuale (art. 17, par. 2); i diritti del minore (art. 24), il diritto ad un livello elevato di tutela dell'ambiente e al miglioramento della sua qualità, garantiti conformemente al principio dello sviluppo sostenibile (art. 37); il diritto dei consumatori ad essere protetti (art. 38). Importante, infine, risulta l'inserimento nella Carta dei diritti ricavati dalle Carte sociali adottate nell'ambito dell'Unione europea e del Consiglio d'Europa, tra cui, oltre ai diritti dei lavoratori, risultano i diritti degli anziani (art. 25), i diritti relativi all'inserimento delle persone con disabilità (art. 26), il divieto del lavoro minorile e protezione dei giovani sul luogo di lavoro (art. 32).

In occasione della sua proclamazione, alla Carta non è stato esplicitamente attribuito un valore giuridico vincolante e, di conseguenza, non poteva essere considerata, da un punto di vista formale, come un parametro di riferimento per la valutazione della legittimità degli atti adottati dalle istituzioni dell'UE né della normativa nazionale rientrante nel campo di applicazione del diritto dell'Unione¹⁰². Ciononostante, la Carta non ha mancato di produrre alcuni effet-

¹⁰⁰ Ad esempio, il diritto alla protezione dei dati di carattere personale (art. 8).

¹⁰¹ Per citarne alcuni, la libertà ed il pluralismo dei media (art. 11, par. 2), la libertà professionale (art. 15, par. 1); la libertà d'impresa (art. 16), il principio dell'uguaglianza davanti alla legge (art. 20), il diritto ad una buona amministrazione (art. 41), il diritto di un individuo a non essere giudicato o punito due volte per lo stesso reato per il quale è già stato assolto o condannato nell'Unione (art. 50) –

¹⁰² Sulla Carta e sulla questione del suo valore giuridico, cfr., tra i tanti, R. ADAM, *Da Colonia a Nizza: la Carta dei diritti fondamentali dell'Unione - Introduzione*, in *Rivista italiana di diritto pubblico comunitario*, 2000, p. 882 ss.; F. BENOIT-ROHMER (ed.), *La charte des droits fondamentaux de l'Union européenne, Actes des Journées d'études, Strasbourg 16-17 juin 2000*, in *Revue universelle des droits de l'homme*, 2000, p. 2 ss.; J. DUTHEIL DE LA ROCHÈRE, *La Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne: quelle valeur ajoutée, quel avenir?*, in *Revue du Marché Commun et de l'Union européenne*, 2000, p. 674 ss.; A. VON BOGDANDY, *The European Union as a Human Rights Organization? Human Rights and the Core of the European Union*, in *Common Market Law Review*, 2000, p. 1307 ss.; M. WATHELET, *La Charte des droits fondamentaux: un bon pas dans une course qui reste longue*, in *Cahiers de droit européen*, 2000, p. 585 ss.; L. FERRARI BRAVO, F.M. DI MAJO, A. RIZZO, *Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea*, Milano, 2001; G. TELESE, *Dal Trattato di Amsterdam alla proclamazione della Carta dei diritti dell'Unione europea: recenti sviluppi nella codificazione dei diritti fondamentali in ambito comunitario*, in *Diritto pubblico comparato ed europeo*, 2001, p. 100 ss.; J. BERING LIISBERG, *Does the EU Charter of Fundamental Rights Threaten the Supremacy of Community Law?*, in *Common Market Law Review*, 2001, p. 1171 ss.; A. BARBERA, *La Carta europea dei diritti: una fonte di ri-cognizione?*, in *Il Diritto dell'Unione Europea*, 2001, p. 241 ss.; A. VITORINO, *La Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne*, in *Revue du droit de l'Union européenne*, 2001, p. 27 ss.; G. DE BÚRCA, *The drafting of the European Union Charter of fundamental rights*, in *European Law Review*, 2001, p.

ti, soprattutto a seguito dei diversi richiami che – anche a breve distanza dalla sua proclamazione¹⁰³ – ad essa sono stati effettuati dal giudice dell'Unione¹⁰⁴, nonché dalla Corte europea dei diritti umani¹⁰⁵. Tali riferimenti, oltre a costituire un momento di forte valorizzazione dell'importanza del ruolo e della funzione della Carta dei diritti fondamentali, sono stati operati sia dal Tribunale¹⁰⁶ che dalla Corte di giustizia¹⁰⁷ a supporto e/o a conferma del riconoscimento dei dirit-

126 ss.; A. RIZZO, *L'Unione europea e la Carta dei diritti fondamentali. Un Rapporto ancora da definire*, in *La Comunità Internazionale*, 2001, p. 103 ss.; L.M. DIEZ-PICAZO, *Notes sur la nouvelle Charte des droits fondamentaux de l'Union Européen*, in *Rivista italiana di diritto pubblico comunitario*, 2001, p. 665 ss.; K. LENAERTS, E. DE SMIJTER, *A «Bill of Rights» for the European Union*, in *Common Market Law Review*, 2001, p. 273 ss.; R. BIFULCO, M. CARTABIA, A. CELOTTO (a cura di), *L'Europa dei diritti. Commento alla Carta dei diritti fondamentali dell'Unione Europea*, Il Mulino, Bologna, 2001; A. MANZELLA, P. MELOGRANI, E. PACIOTTI, S. RODOTÀ, *Riscrivere i diritti in Europa. La Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea*, Bologna, 2001; M. PANEBIANCO, *Repertorio della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea*, Milano, 2001; L.S. ROSSI (a cura di), *Carta dei diritti fondamentali ...*, cit.; M. LUGATO, *La rilevanza giuridica della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea*, in *Rivista di diritto internazionale*, 2001, p. 1009 ss.; M.P. CHITI, *La Carta europea dei diritti fondamentali: una carta di carattere funzionale?*, in *Rivista trimestrale di diritto pubblico*, 2002, p. 1 ss.; A. WEBER, *Il futuro della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea*, in *Rivista italiana di diritto pubblico comunitario*, 2002, p. 31 ss.; R. MASTROIANNI, *Il contributo della Carta europea alla tutela dei diritti fondamentali nell'ordinamento comunitario*, in *Cassazione penale*, 2002, p. 1873 ss.; F.M. DI MAJO, A. RIZZO, *Carta dei diritti fondamentali UE*, in A. TIZZANO (a cura di), *Trattati ...*, cit., p. 12 ss.; U. VILLANI, *I diritti fondamentali tra Carta di Nizza, Convenzione europea dei diritti dell'uomo e progetto di Costituzione europea*, in *Il Diritto dell'Unione Europea*, 2004, 72 ss.

¹⁰³ Un primo riferimento alla Carta è stato operato nella pronuncia *Mannesmannröhren-Werke c. Commissione* (causa T-112/98, sentenza del 20 febbraio 2001, punto 76); in tale circostanza il Tribunale ha tuttavia ritenuto che la Carta non potesse avere alcuna conseguenza sulla valutazione dell'atto impugnato in quanto adottato anteriormente. Cfr., per un commento, L. MONTANARI, *Una decisione del Tribunale di prima istanza fra la CEDU e la Carta di Nizza*, in *Diritto pubblico comparato ed europeo*, 2001, p. 670 ss.

¹⁰⁴ Cfr. C. DI TURI, *La prassi giudiziaria relativa all'applicazione della Carta di Nizza*, in *Il Diritto dell'Unione Europea*, 2002, p. 671 ss.

¹⁰⁵ V., per citare i primi casi in cui la Carta è stata richiamata dalla Corte europea dei diritti umani, *I. c. Regno Unito*, ricorso 25680/94, sentenza dell'11 luglio 2002, punto 41; *Goodwin c. Regno Unito*, ricorso 28957/95, sentenza del 11 luglio 2002, punto 58.

¹⁰⁶ V., tra quelle adottate immediatamente dopo la proclamazione della Carta, Tribunale di primo grado, *max.mobil c. Commissione*, causa T-54/99, sentenza del 30 gennaio 2002, punti 48 e 57, in cui si fa riferimento agli articoli art. 41, par. 1, e 47 della Carta a conferma, rispettivamente, dei diritti ad una buona amministrazione e ad un ricorso effettivo dinanzi ad un giudice che rientrano tra i principi generali comuni alle tradizioni costituzionali degli Stati membri (cfr., per un commento, A. RIZZO, *La Carta di Nizza viene applicata per la prima volta dalla giurisprudenza comunitaria (?)*, in *Diritto pubblico comparato ed europeo*, 2002, 762 ss.); *Jégo-Quéré c. Commissione*, causa T-177/01, sentenza del 3 maggio 2002, punti 41-42, in cui l'art. 47 della Carta è richiamato a sostegno del diritto ad un ricorso giurisdizionale effettivo fondato sulle tradizioni costituzionali comuni agli Stati membri e sugli artt. 6 e 13 della CEDU.

¹⁰⁷ V., tra le altre, Corte di giustizia, *Advocaten voor de Wereld*, causa C-303/05, sentenza del 3 maggio 2007, punto 46, in cui si afferma che gli articoli 49, 20 e 21 della Carta ribadiscono i principi di legalità dei reati e delle pene, nonché il principio di uguaglianza e non discriminazione, che

ti fondamentali e della ricostruzione e definizione del contenuto dei principi generali di diritto, sebbene in alcune occasioni si abbia l'impressione che il giudice di Lussemburgo voglia dare alla Carta un'applicazione diretta¹⁰⁸.

Inoltre, la Corte di giustizia, pur ribadendone il carattere giuridico non vincolante, ha fatto riferimento alla Carta anche nell'ambito dei giudizi di validità sugli atti di diritto derivato contenenti nel preambolo un espresso richiamo ad essa¹⁰⁹. In tali occasioni, sottolineando l'importanza che il legislatore dell'Unione ha inteso riconoscere ai diritti della Carta di volta in volta richiamati

fanno parte dei principi generali di diritto; *Viking*, cit., punti 43-44, e, nello stesso senso, *Laval*, cit., punti 90-91, in cui l'art. 28 della Carta è richiamato, insieme agli altri "svariati strumenti internazionali ai quali gli Stati membri hanno cooperato o aderito, come la Carta sociale europea ..., e la Convenzione [OIL] n. 87 del 9 luglio 1948, relativa alla libertà sindacale e alla tutela del diritto sindacale, ... [e agli altri] strumenti elaborati dai citati Stati membri ... nell'ambito dell'Unione europea, come la Carta comunitaria dei diritti sociali fondamentali dei lavoratori", a conferma del fatto che "il diritto di intraprendere un'azione collettiva, ivi compreso il diritto di sciopero, deve essere riconosciuto quale diritto fondamentale facente parte integrante dei principi generali del diritto ... di cui la Corte garantisce il rispetto ... [e] che il suo esercizio può essere sottoposto a talune restrizioni"; *Masdar c. Commissione*, causa C-47/07 P, sentenza del 16 dicembre 2008, punto 50, in cui l'art. 47 della Carta è richiamato a conferma del principio di tutela giurisdizionale effettiva sancito dalla giurisprudenza della Corte.

¹⁰⁸ V., tra le altre, Tribunale di primo grado, *Jégo-Quéré c. Commissione*, cit., punto 47, in cui afferma che "i procedimenti previsti agli artt. 234 CE, da un lato, e 235 CE e 288, secondo comma, CE, dall'altro, non possono più essere considerati, alla luce degli artt. 6 e 13 della CEDU e dell'art. 47 della Carta dei diritti fondamentali, idonei a garantire ai singoli un diritto di azione effettivo che permetta loro di contestare la legittimità di disposizioni comunitarie di portata generale direttamente incidenti sulla loro sfera giuridica". V., anche, Tribunale di primo grado, *TV 2/Danmark c. Commissione*, cause riunite T-309/04, T-317/04, T-329/04 e T-336/04, sentenza del 22 ottobre 2008, punto 118. V., inoltre, Corte di giustizia, *Parlamento c. Consiglio*, cit., punti 56-58, in cui, dopo aver richiamato la relativa giurisprudenza della Corte europea dei diritti umani e le pertinenti disposizioni della Convenzione sui diritti dell'infanzia del 1989, si stabilisce che "[l]'art. 7 della Carta riconosce parimenti il diritto al rispetto della vita privata o familiare. Tale disposizione dev'essere letta in correlazione con l'obbligo di prendere in considerazione il superiore interesse del minore, sancito dall'art. 24, par. 2, della Carta medesima, tenendo conto parimenti della necessità per il minore di intrattenere regolarmente rapporti personali con i due genitori, necessità affermata dal medesimo art. 24, par. 3".

¹⁰⁹ V., tra gli altri, quali esempi di atti che nel preambolo richiamano espressamente la Carta: la direttiva 2003/86/CE del Consiglio del 22 settembre 2003, relativa al diritto al ricongiungimento familiare (GU L 251 del 3 ottobre 2003), il cui secondo 'considerando' è così formulato: "[l]a presente direttiva rispetta i diritti fondamentali ed i principi riconosciuti in particolare ... dalla Carta dei diritti fondamentali dell'Unione"; il regolamento (CE) n. 1/2003 del Consiglio del 16 dicembre 2002, concernente l'applicazione delle regole di concorrenza di cui agli articoli 81 e 82 CE (GU L 1 del 4 gennaio 2003), il cui trentasettesimo 'considerando' precisa: "[i]l presente regolamento ottempera ai diritti fondamentali e osserva i principi sanciti in particolare nella Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea". V., inoltre, Corte di giustizia, *Rinau*, causa C-195/08 PPU, sentenza dell'11 luglio 2008, punti 51-55. Circa i richiami alla Carta operati dalle istituzioni dell'Unione, cfr., in particolare, U. VILLANI, *op. cit.*, p. 83 ss.; N. PARISI, *Funzione e ruolo della Carta dei diritti fondamentali nel sistema delle fonti alla luce del Trattato di Lisbona*, in *Il Diritto dell'Unione europea*, 2009, p. 665 ss.

e precisando che l'obiettivo principale della Carta, come emerge dal suo Preambolo, è quello di riaffermare i diritti fondamentali che già risultano tutelati dal diritto dell'Unione¹¹⁰, la Corte sembra quasi identificare – ma senza giungere ad affermarlo – nelle disposizioni della Carta un parametro ulteriore in relazione al quale esercitare il suo controllo di legittimità¹¹¹. Tuttavia, non sono mancate le occasioni in cui anche il Tribunale ha avuto modo di precisare che la Carta, benché sia stata richiamata in numerose occasioni quale fonte di ispirazione per il riconoscimento e la protezione dei diritti fondamentali e quale criterio di riferimento per i diritti garantiti nell'ordinamento giuridico dell'UE, andava considerata come “dichiarazione priva di forza giuridica vincolante”¹¹², e che, pertanto, una sua violazione, anche se dimostrata, non poteva comportare l'illegittimità di un atto di diritto dell'Unione¹¹³.

Nonostante la sua semplice proclamazione e la sua mancata integrazione nei Trattati decisa a Nizza, all'interno del quadro istituzionale dell'Unione europea si è mantenuto vivo il dibattito sulla possibilità di attribuire un valore giuridico vincolante alla Carta dei diritti fondamentali. In proposito, la Dichiarazione (n. 23) relativa al futuro dell'Unione, allegata all'Atto finale della Conferenza intergovernativa che ha adottato il Trattato di Nizza, demandava al successivo Consiglio europeo di Laeken del 14-15 dicembre 2001 il compito di prendere le iniziative appropriate per affrontare, tra l'altro, la questione del suo *status*. La Dichiarazione sul futuro dell'Unione europea, adottata dal Consiglio europeo di Laeken e allegata alle sue Conclusioni, ha ribadito la necessità “di riflettere sull'opportunità di inserire la Carta dei diritti fondamentali nel trattato di base”. Il compito di sviluppare una riflessione in tal senso è stato affidato alla Convenzione sul futuro dell'Unione europea. Dai lavori di detta Convenzione¹¹⁴ ha avuto origine il Trattato che adotta una Costituzione per l'Europa, firmato dai Capi di Stato e di Governo degli Stati membri dell'Unione a Roma il 29 ottobre 2004, che contiene il

¹¹⁰ V. Corte di giustizia, *Parlamento c. Consiglio*, cit., punto 38. V., inoltre, Tribunale di primo grado, *Alrosa c. Commissione*, causa T-170/06, sentenza dell'11 luglio 2007, punto 188.

¹¹¹ Cfr., sul punto, R. BARATTA, *op. cit.*, p. 37; N. PARISI, *op. cit.*, p. 666.

¹¹² V. Tribunale di primo grado, *Philip Morris International c. Commissione*, cause riunite T-377/00, T-379/00, T-380/00, T-260/01 e T-272/01, sentenza del 15 gennaio 2003, punto 122; *Lutz Herrera c. Commissione*, cause riunite T-219/02 e T-337/02, sentenza del 28 ottobre 2004, punto 88; *Pyres c. Commissione*, causa T-256/01, sentenza del 15 febbraio 2005, punto 66.

¹¹³ V. Tribunale di primo grado, *Campoli c. Commissione*, causa T-135/05, sentenza del 29 novembre 2006, punto 150.

¹¹⁴ L'incorporazione della Carta nella Costituzione europea, attraverso una decisione politica da prendersi da parte della Convenzione in sessione plenaria, è stata raccomandata da parte di tutti i membri del Gruppo di lavoro II, cui la stessa Convenzione aveva affidato il compito di occuparsi del tema specifico “Integrazione della Carta/Adesione alla CEDU”. Inoltre, al fine di rendere “maggiore leggibilità” al Trattato “costituzionale”, la maggioranza dei membri del Gruppo II si è anche espressa in favore di un suo inserimento nella parte iniziale del testo di quest'ultimo. V. la Relazione finale del Gruppo II, doc. CONV 354/02 del 22 ottobre 2002, che riporta in allegato anche le “Proposte del Gruppo relative agli adeguamenti redazionali degli articoli orizzontali della Carta”.

primo tentativo concreto volto a conferire alla Carta dei diritti fondamentali un “carattere giuridicamente vincolante e *status* costituzionale”. Tale Trattato – che non è entrato mai in vigore – stabiliva, infatti, che “l’Unione riconosce i diritti, le libertà e i principi sanciti nella Carta dei diritti fondamentali” e ne prevedeva l’inserimento nella parte II della Costituzione per l’Europa (art. I-9, par. 1)¹¹⁵.

Il Trattato di Lisbona, infine, pur rinunciando all’incorporazione della Carta nei Trattati o al suo inserimento in un Protocollo ad essi allegato¹¹⁶, le ha attribuito lo stesso valore giuridico dei Trattati¹¹⁷ e ha stabilito che l’Unione “riconosce” i

¹¹⁵ Cfr. G. DE BURCA, J.B. ASCHENBRENNER, *The Development of European Constitutionalism and the Role of the EU Charter of Fundamental Rights*, in *Columbia Journal of European Law*, 2002-2003, p. 355ss.; G. GAJA, *L’incorporazione della Carta dei diritti fondamentali nella Costituzione per l’Europa*, in *I diritti dell’uomo, cronache e battaglie*, 2003, p. 5 ss.; F. TURPIN, *L’intégration de la Charte des droits fondamentaux dans la Constitution européenne*, in *Revue trimestrielle de droit européen*, 2003, p. 615 ss.; F.C. MAYER, *La Charte européenne des droits fondamentaux et la Constitution européenne*, in *Revue trimestrielle de droit européen*, 2003, p. 175 ss.; A. BERRAMDANE, *Les droits fondamentaux dans la Constitution européenne : la constitutionnalisation de la Charte des Droits fondamentaux*, in *Revue du droit de l’Union européenne*, 2003, p. 613 ss.; I. PERNICE, *Integrating the Charter of Fundamental Rights into the Constitution of the European Union: Practical and Theoretical Propositions*, in *Columbia Journal of European Law*, 2003-2004, p. 5 ss.; U. VILLANI, *op. cit.*, p. 105 ss.; L. BURGORGUE-LARSEN, *Ombres et lumières de la constitutionnalisation de la Charte des droits fondamentaux de l’Union européenne*, in *Cahiers de droit européen*, 2004, p. 663 ss.; S. DOUGLAS-SCOTT, *The Charter of Fundamental Rights as a Constitutional Document*, in *European Human Rights Law Review*, 2004, p. 37 ss.; P. CARETTI, *La tutela dei diritti fondamentali nel nuovo trattato che istituisce una Costituzione per l’Europa*, in *Il Diritto dell’Unione Europea*, 2005, p. 371 ss.; R. GARABELLO, *La Carta dei diritti fondamentali dell’Unione europea*, in L. PINESCHI, *La tutela internazionale dei diritti umani*, Milano, 2006, p. 547 ss.

¹¹⁶ La decisione di non includere la Carta nei Trattati è stata concordata nell’ambito del Consiglio europeo del 21-22 giugno 2007, il quale nel Mandato conferito alla conferenza intergovernativa convocata al fine di procedere ad una riforma dei Trattati (Allegato I alle sue Conclusioni) ha stabilito che il nuovo “articolo [del TUE] sui diritti fondamentali conterrà un rinvio alla Carta dei diritti fondamentali ... che le conferisce valore giuridicamente vincolante e ne stabilisce il campo di applicazione”, indicando quale nuovo testo di tale articolo quello che è poi stato inserito all’art. 6, par.1, TUE dal Trattato di Lisbona (v. Allegato 1 del Mandato).

¹¹⁷ Cfr. J. ZILLER, *Il nuovo Trattato europeo*, Bologna, 2007, spec. p. 49 ss. e 135 ss.; L. DANIELE, *Carta dei diritti fondamentali dell’Unione europea e Trattato di Lisbona*, in *Il Diritto dell’Unione Europea*, 2008, p. 655 ss.; A. MORICEAU, *Le Traité de Lisbonne et la Charte des droits fondamentaux*, in *Revue du marché commun et de l’Union européenne*, 2008, p. 361 ss.; E. PAGANO, *Dalla Carta di Nizza alla Carta di Strasburgo dei diritti fondamentali*, in *Diritto pubblico comparato ed europeo*, 2008, p. 94 ss.; J. BAQUERO CRUZ, *What’s Left of the Charter? Reflections on Law and Political Mythology*, in *Maastricht Journal of European and Comparative Law*, 2008, p. 65 ss.; O. POLLICINO, V. SCARABBA, *La Carta di Nizza oggi, tra “sdoganamento giurisprudenziale” e Trattato di Lisbona*, in *Diritto pubblico comparato ed europeo*, 2008, p. 101 ss.; M.C. BARUFFI, *I diritti fondamentali nel Trattato di riforma*, in *Sud in Europa*, febbraio 2008, p. 26 ss.; D. DENMAN, *The Charter of Fundamental Rights*, in *European Human Rights Law Review*, 2010, p. 349 ss.

diritti, le libertà e i principi da essa sanciti (art. 6, par. 1, TUE)¹¹⁸. La lettera della disposizione sembrerebbe voler porre in evidenza che i diritti fondamentali, indipendentemente dal riferimento alla Carta, risultano già garantiti e tutelati nell'ordinamento giuridico dell'Unione. Tale impressione sembrerebbe trovare conferma nel par. 3 dell'art. 6 TUE, in cui si ribadisce che i diritti fondamentali, garantiti dalla CEDU e risultanti dalle tradizioni costituzionali comuni agli Stati membri, fanno parte del diritto dell'Unione in quanto principi generali. Peraltro, anche il Preambolo della Carta precisa che essa "riafferma"¹¹⁹ i diritti derivanti in particolare dalle tradizioni costituzionali e dagli obblighi internazionali comuni agli Stati membri, nonché dalla giurisprudenza della Corte di giustizia. Nello stesso senso, infine, l'art. 53 della Carta specifica che nessuna disposizione in essa contenuta può essere interpretata come limitativa o lesiva dei diritti fondamentali "riconosciuti" dal diritto dell'Unione all'interno del suo ordinamento giuridico.

Ciononostante, la Carta offre l'indubbio vantaggio di conferire visibilità e conoscibilità e, di conseguenza, maggiore certezza e fruibilità ai diritti fondamentali in essa codificati, configurandosi in tal modo come una fonte interna all'ordinamento, cui è attribuito rango primario, da cui ricavare il contenuto e la portata dei diritti garantiti dall'Unione¹²⁰. Inoltre, il carattere giuridicamente vincolante della Carta evita l'applicazione selettiva dei diritti in essa enunciati che poteva derivare dalla sua semplice proclamazione, almeno con riferimento a quei diritti che Corte di giustizia non ha ancora fatto rientrare tra i principi generali del diritto dell'Unione di cui garantisce l'osservanza¹²¹. La Carta non priva, tuttavia, la Corte di giustizia della possibilità di continuare ad assicurare il rispetto dei diritti fondamentali in quanto principi generali, configurati dall'art. 6, par. 3, TUE come una fonte autonoma di tali diritti¹²². La formulazione dell'art. 6 TUE, inoltre, sembra lasciare alla Corte la discrezionalità sulla scelta della fonte da utilizzare tra quelle in esso indicate, anche se si può sostenere che la Corte debba scegliere quella che garantisce il livello di tutela più elevato. A conferma di ciò, nella recente sentenza *Küçükdeveci*, la Corte, dopo aver rilevato che il divieto di discriminazione in base all'età è sancito sia dall'art. 21, par. 1, della Carta che da un principio generale di diritto dell'Unione¹²³, ha espressamente affermato che è

¹¹⁸ La Carta dei diritti fondamentali, a cui sono stati apportati alcuni adeguamenti redazionali, è stata nuovamente proclamata da parte dei Presidenti del Parlamento europeo, del Consiglio e della Commissione il 12 dicembre 2007 a Strasburgo.

¹¹⁹ La Dichiarazione (n. 1) relativa alla Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea, allegata all'Atto finale della Conferenza intergovernativa che ha adottato il Trattato di Lisbona, invece più semplicemente afferma che la Carta "conferma" i diritti fondamentali garantiti dalla CEDU e quali risultano dalle tradizioni costituzionali comuni degli Stati membri.

¹²⁰ Cfr. N. PARISI, *op. cit.*, p. 663.

¹²¹ Cfr. U. VILLANI, *op. cit.*, p. 92.

¹²² Cfr. R. BARATTA, *op. cit.*, p. 36 ss.

¹²³ V., in tal senso, Corte di giustizia, *Mangold*, causa C-144/04, sentenza del 22 novembre 2005, punto 75.

in base al principio generale che va verificata la compatibilità con l'ordinamento giuridico dell'UE della normativa nazionale rientrando nell'ambito di applicazione del diritto dell'Unione¹²⁴. A ciò si aggiunga che in alcune recenti pronunce, la Corte sembra riferirsi alla Carta attribuendole ancora un ruolo “confermativo” dei diritti tutelati dall'ordinamento giuridico dell'Unione in quanto principi generali. Nella sentenza *Allassini*, in linea con la giurisprudenza precedente all'entrata in vigore del Trattato di Lisbona¹²⁵, la Corte infatti afferma che “il principio della tutela giurisdizionale effettiva costituisce un principio generale del diritto dell'Unione che deriva dalle tradizioni costituzionali comuni agli Stati membri e che è stato sancito dagli artt. 6 e 13 della CEDU, *oltre ad essere stato ribadito anche dall'art. 47 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea*”¹²⁶.

Il riferimento contenuto nel par. 3 dell'art. 6 TUE sembra anche garantire alla Corte la possibilità di ampliare, attraverso l'individuazione e la definizione dei principi generali, la portata dei diritti garantiti dalla Carta e di introdurre nell'ordinamento giuridico dell'Unione nuovi diritti sulla base della CEDU o delle tradizioni costituzionali comuni¹²⁷. In proposito, da un lato, la stessa Carta stabilisce che i diritti “per i quali i Trattati prevedono disposizioni si esercitano alle condizioni e nei limiti dagli stessi definiti” (art. 52, par. 2) e che nessuna delle disposizioni in essa contenute può pregiudicare i diritti fondamentali riconosciuti dal diritto dell'Unione, nel proprio ambito di applicazione (art. 53). Dall'altro lato, anche a seguito della nuova collocazione dell'art. 19 TUE (art. 220 CE), il ruolo di garante del “rispetto del diritto nell'interpretazione e nell'applicazione” dei Trattati – competenza che la Corte ha stabilito essere parte dei fondamenti stessi dell'UE¹²⁸ – si estende chiaramente a tutto il diritto dell'Unione¹²⁹, quindi anche alla Carta, ivi comprese le sue disposizioni generali.

L'art. 6, par. 1, TUE, al terzo comma, prevede che “i diritti, le libertà e i principi della Carta sono interpretati in conformità delle disposizioni generali del titolo VII della Carta che disciplinano la sua interpretazione e applicazione e tenendo in debito conto le Spiegazioni cui si fa riferimento nella Carta, che indicano le fonti di tali disposizioni”. Nello specifico, al di là del richiamo alle disposi-

¹²⁴ V. Corte di giustizia, *Kücükdeveci*, causa C-555/07, sentenza del 19 gennaio 2010, punto 27. Cfr., in proposito, A. ADINOLFI, *La Corte di giustizia ...*, p. 64.

¹²⁵ V., in particolare, Corte di giustizia, *Unibet*, causa C-432/05, sentenza del 13 marzo 2007, punto 37; *Kadi e Al Barakat c. Consiglio*, cit., punto 335; *Mono Car Styling*, causa C-12/08, sentenza del 16 luglio 2009, punto 47.

¹²⁶ V. Corte di giustizia, *Allassini*, cause riunite C-317/08, C-318/08, C-319/08 e C-320/08, sentenza del 18 marzo 2010, punto 61 (corsivo aggiunto).

¹²⁷ Cfr. S. AMADEO, *Il Protocollo n. 30 sull'applicazione della Carta a Polonia e Regno Unito e la tutela “asimmetrica” dei diritti fondamentali: molti problemi, qualche soluzione*, in *Il Diritto dell'Unione Europea*, 2009, p. 740 ss.

¹²⁸ V. *supra* nota 21.

¹²⁹ Cfr. R. MASTROIANNI, *La tutela dei diritti nell'ordinamento comunitario: alcune osservazioni critiche*, in *Il Diritto dell'Unione Europea*, 2008, p. 856 ss.

zioni generali della Carta che potrebbe anche apparire superfluo¹³⁰, non risultano immediatamente chiari quali siano gli effetti che derivano dal riferimento alle Spiegazioni¹³¹ operato dall'art. 6, par. 1, TUE. In proposito, oltre al fatto che le stesse Spiegazioni affermano il loro carattere giuridicamente non vincolante, l'art. 52, par. 7, della Carta, nel ribadire che i giudici dell'Unione e degli Stati membri le devono tenere nel debito conto, precisa che esse sono state elaborate al fine di fornire "orientamenti" per la sua interpretazione. In sostanza, non sembra che alle Spiegazioni possa essere riconosciuta una valenza ermeneutica maggiore di quella che deriva dalla loro capacità di fornire una prospettiva interpretativa di carattere generale, senza poter vincolare o condizionare ulteriormente l'attività dell'interprete, che deve invece essere svolta in conformità alle specifiche regole contenute nelle disposizioni generali della Carta (articoli 51-54)¹³².

Per quanto attiene all'ambito di applicazione della Carta, il rispetto dei diritti fondamentali da essa sanciti si impone sia alle "istituzioni, organi e organismi" dell'Unione sia agli Stati membri, ma esclusivamente nell'"attuazione del diritto dell'Unione" (art. 51, par. 1)¹³³. Da un lato, la Carta diviene quindi parametro diretto per la valutazione della legittimità degli atti di diritto derivato dell'Unione¹³⁴. Dall'altro, come indicato anche dalle Spiegazioni, riprendendo chiaramente quanto in precedenza già affermato dalla giurisprudenza di Lussemburgo, la Carta ribadisce che l'obbligo di rispettare i diritti fondamentali vale per gli Stati membri quando agiscono nell'"ambito di applicazione del diritto dell'Unione". In tal senso, non sembra che l'utilizzo del termine "attuazione"

¹³⁰ Cfr. L. DANIELE, *Carta dei diritti fondamentali ...*, cit., p. 659.

¹³¹ Le *Spiegazioni relative alla Carta dei diritti fondamentali* (in GU C 303 del 14 dicembre 2007) (2007/C 303/02), elaborate, nella versione iniziale, sotto l'autorità del *Praesidium* della Convenzione che aveva redatto la Carta, sono state in seguito aggiornate sotto la responsabilità del *Praesidium* della Convenzione europea, ed infine adattate in funzione delle modifiche ai Trattati introdotte con il Trattato di Lisbona. Cfr., S. SCIARABBA, *Le "spiegazioni" della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione*, in *Diritto pubblico comparato ed europeo*, 2005, p. 59 ss.

¹³² Cfr. R. ALONSO GARCÍA, *Le clausole orizzontali della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea*, in *Rivista italiana di diritto pubblico comunitario*, 2002, p. 1 ss.; P. CAVICCHI, *Preambolo e disposizioni generali della Carta dei diritti: una riaffermazione della specificità dell'ordinamento comunitario*, in *Rivista italiana di diritto pubblico comunitario*, 2002, p. 599 ss.

¹³³ Al fine di fornire all'Unione e agli Stati membri, nell'attuazione del diritto comunitario, assistenza e consulenza in materia di diritti fondamentali quando essi adottano misure o definiscono iniziative nei loro rispettivi settori di competenza, il regolamento n. 168/2007, adottato dal Consiglio il 15 febbraio 2007 (GU L 53 del 22 febbraio 2007), ha istituito Agenzia dell'Unione europea per i diritti fondamentali (in proposito, cfr. A. DEL GUERCIO, *L'Agenzia europea per i diritti fondamentali: un'occasione perduta?*, in *Diritti umani e diritto internazionale*, 2008, p. 136 ss.; M. CARTABIA, E. LAMARQUE, D. TEGA, *L'Agenzia dei diritti fondamentali dell'Unione europea. Uno sguardo all'origine di un nuovo strumento di promozione dei diritti*, in *Il Diritto dell'Unione Europea*, 2009, p. 531 ss.).

¹³⁴ Cfr., sul punto, Cfr. F. SEATZU, *La Carta dei diritti fondamentali: un nuovo parametro di legittimità degli atti comunitari?*, in *Studi sull'integrazione europea*, 2007, p. 377 ss.

nell'art. 51, par. 1, della Carta introduca una restrizione al ruolo di controllo che la Corte di giustizia, in collaborazione con i giudici nazionali, svolge sulla normativa interna degli Stati membri "collegata" al diritto dell'Unione¹³⁵.

La Carta, inoltre, sancisce l'obbligo per l'Unione e per gli Stati membri di promuovere l'applicazione dei diritti fondamentali in essa contenuti, nel rispetto dei principi di attribuzione e sussidiarietà attinenti rispettivamente alla delimitazione e all'esercizio delle competenze conferite all'Unione dai Trattati. In tal senso, anche per venire incontro alle esigenze espresse dagli Stati membri all'epoca dell'elaborazione della Carta proclamata a Nizza, il secondo comma dell'art. 6, par.1, TUE e il par. 2 dell'art. 51 della Carta stabiliscono che essa non può determinare in alcun modo un ampliamento, una modifica o l'introduzione di nuove competenze per l'Unione rispetto a quelle definite dai Trattati, né può estendere l'ambito di applicazione del diritto dell'Unione¹³⁶. Inoltre, il par. 5 dell'art. 52 indica che alle disposizioni della Carta che contengono dei "principi" "può" essere data attuazione sia dall'Unione, in esercizio delle competenze che le sono conferite dai Trattati, sia dagli Stati membri, quando questi ultimi danno esecuzione al diritto dell'Unione. Poiché l'art. 51, par. 5, della Carta prevede solo una mera possibilità, da esso non scaturisce alcun obbligo positivo nei confronti dell'Unione o degli Stati membri di dare applicazione a detti "principi". A ciò si aggiunga che i "principi" possono essere invocati dinanzi ad un giudice solo ai fini dell'interpretazione e del controllo di legittimità degli atti di esecuzione adottati dall'Unione o dagli Stati membri. È palese dunque che l'obiettivo di tale previsione è quello di evitare che in via interpretativa si possa riconoscere la diretta applicabilità di detti "principi". Il problema è che identificare quali disposizioni contengono "diritti" e quali "principi" non risulta affatto semplice, dal momento che la Carta e le Spiegazioni né prevedono una distinzione chiara tra "diritti" e "principi", né indicano un criterio che possa essere utilizzato a tal fine¹³⁷.

Nonostante le clausole di salvaguardia dei diritti fondamentali riconosciuti dagli ordinamenti degli Stati membri previste dalla Carta, il Regno Unito e la Po-

¹³⁵ V. *supra* paragrafo 1.3.

¹³⁶ V., nello stesso senso, la Dichiarazione (n. 1) relativa alla Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea, allegata all'Atto finale della Conferenza intergovernativa che ha adottato il Trattato di Lisbona.

¹³⁷ Le Spiegazioni indicano che in base alla distinzione fra "diritti" e "principi" sancita nella Carta, "i diritti soggettivi sono rispettati, mentre i principi sono osservati ... [Questi ultimi] non danno tuttavia adito a pretese dirette per azioni positive da parte delle istituzioni dell'Unione o delle autorità degli Stati membri". Inoltre, le Spiegazioni indicano, a titolo illustrativo, gli art. 25 (diritti degli anziani), 26 (diritti delle persone con disabilità) e 37 (tutela dell'ambiente) quali esempi di principi riconosciuti nella Carta, e gli art. 23 (parità tra donne e uomini), 33 (diritto alla vita familiare e professionale) e 34 (diritto alla sicurezza sociale e all'assistenza sociale) quali esempi di articoli della Carta che contengono elementi sia di un diritto che di un principio. Cfr., sul tema, C. HILSON, *Rights and Principles in EU Law: A Distinction Without Foundation*, in *Maastricht Journal of European and Comparative Law*, 2008, p. 193 ss.

lonia, a cui si è aggiunta la Repubblica ceca¹³⁸, hanno introdotto alcuni limiti agli effetti che discendono dall'applicazione della Carta con il Protocollo n. 30 allegato ai Trattati¹³⁹. Tale Protocollo, infatti, prevede che la Carta “non estende la competenza della Corte di giustizia ... o di qualunque altro organo giurisdizionale” di detti Stati “a ritenere che le leggi, i regolamenti o le disposizioni, le pratiche o l'azione amministrativa” nazionali “non siano conformi ai diritti, alle libertà e ai principi fondamentali che essa riafferma” (art. 1, par. 1). Il Protocollo n. 30 stabilisce, inoltre, che nulla nel titolo IV, Solidarietà, della Carta crea “diritti azionabili dinanzi a un organo giurisdizionale applicabili alla Polonia o al Regno Unito”, e quindi alla Repubblica ceca, salvo nella misura in cui questi ultimi abbiano previsto tali diritti nel rispettivo ordinamento giuridico (art. 1, par. 2) e che i diritti e i principi sanciti dalla Carta, nel caso in cui facciano “riferimento a leggi e pratiche nazionali”, si applicano a detti Stati soltanto nella misura in cui essi sono “riconosciuti nel diritto e nelle pratiche” dei medesimi Stati (art. 2)¹⁴⁰. In sostanza, accogliendo le preoccupazioni espresse da suddetti Stati, il Protocollo n. 30 mira prevalentemente ad evitare che l'eventuale ampliamento degli effetti che discendono dalle disposizioni della Carta – il quale potrebbe conseguire da una giurisprudenza evolutiva della Corte di giustizia tendente ad affermarne la diretta applicabilità – si estenda anche ai loro ordinamenti giuridici interni, determinando come conseguenza che i diritti enunciati dalla Carta vengano fatti valere direttamente dinanzi ai giudici nazionali. Inoltre, la previsione contenuta nell'art. 1, par. 1, ha l'obiettivo di limitare l'attività di controllo della Corte di giustizia, oltre che dei giudici interni, sulla compatibilità della normativa nazionale alla luce dei diritti tutelati dalla Carta. Ad ogni modo, l'espreso riferimento a quest'ultima esclude che l'applicazione della disciplina contenuta nel Protocollo possa essere

¹³⁸ Per agevolare la ratifica del Trattato di Lisbona, il Consiglio europeo del 29-30 ottobre 2009 ha stabilito che il Protocollo n. 30 si applica anche alla Repubblica ceca. I capi di Stato o di governo degli Stati membri dell'Unione europea hanno inoltre precisato che quanto da loro convenuto sarà inserito in un protocollo allegato ai Trattati. In proposito, v. anche la Dichiarazione (n. 53) della Repubblica ceca sulla Carta dei diritti fondamentali e le Dichiarazioni della Polonia (n. 61) relativa alla Carta dei diritti fondamentali e (n.62) relativa al Protocollo n. 30, tutte allegata all'Atto finale della Conferenza intergovernativa che ha adottato il Trattato di Lisbona.

¹³⁹ Cfr. C. BARNARD, *The “Opt-Out” for the UK and Poland from the Charter of Fundamental Rights: Triumph of Rhetoric over Reality?*, in S. GRILLER, J. ZILLER (ed.), *op. cit.*, p. 257 ss.; M. DOUGAN, *op. cit.*, p. 665 ss.; S. AMADEO, *op. cit.*, p. 720 ss.; P. SIMONE, *Gli accordi internazionali di salvaguardia dei diritti sociali e del lavoro e il Protocollo n. 30 sull'applicazione della Carta dei diritti fondamentali alla Polonia e al Regno Unito*, *ivi*, p. 742 ss.

¹⁴⁰ Anche in questo caso per consentire l'entrata in vigore del Trattato di Lisbona, l'applicazione di una disciplina di natura simile è stata decisa dal Consiglio europeo del 18-19 giugno 2009 anche in relazione all'Irlanda, per quanto riguarda i diritti alla vita, all'istruzione e alla famiglia sanciti dalla Costituzione irlandese. I capi di Stato o di governo degli Stati membri dell'Unione europea hanno inoltre precisato che la loro decisione è giuridicamente vincolante e prenderà effetto alla data di entrata in vigore del Trattato di Lisbona, e che, essendo pienamente compatibile con tale Trattato, essa non ne richiederà una nuova ratifica. In maniera identica a quanto stabilito per la Repubblica ceca, la decisione sarà inserita in un protocollo allegato ai Trattati.

estesa anche ai principi generali di diritto dell'Unione¹⁴¹. Pertanto, anche qualora vi sia corrispondenza tra i diritti fondamentali contenuti nella Carta e quelli di cui la Corte di giustizia garantisce l'osservanza in quanto principi generali, il Protocollo non appare idoneo a costituire un limite alla competenza del giudice di Lussemburgo a verificare se la normativa nazionale che rientra nell'ambito di applicazione del diritto dell'Unione determini una violazione dei diritti fondamentali sanciti da detti principi generali¹⁴². Quest'ultima sembra rappresentare un'ulteriore ragione a sostegno della tendenza che la Corte ha da ultimo dimostrato prediligendo l'applicazione del principio generale rispetto alla norma della Carta laddove essa si è trovata a dover valutare la compatibilità della normativa interna degli Stati membri con il diritto dell'Unione. Tale soluzione, infatti, rappresenta un mezzo che la Corte potrà utilizzare per continuare a garantire uno standard uniforme di tutela dei diritti fondamentali, che sfugga alle restrizioni previste dal Protocollo n. 30.

La Carta, in linea generale, si limita ad enunciare i diritti da essa riconosciuti; di conseguenza, per ricostruire con maggiore certezza la portata e le limitazioni che possono essere imposte all'esercizio di tali diritti, occorre fare riferimento anche alle fonti a cui essi sono ispirati, ed in particolare, alla CEDU ed alla giurisprudenza interpretativa della Corte di Strasburgo, ai Trattati dell'Unione europea, nonché ai diritti che risultano dalle tradizioni costituzionali comuni agli Stati membri. Le regole volte a definire la portata e l'interpretazione dei diritti fondamentali contenuti nella Carta sono previste nell'art. 52¹⁴³. Il par. 1 di tale articolo prevede la possibilità di stabilire in via normativa eventuali limitazioni all'esercizio dei diritti sanciti dalla Carta, sempreché, in chiaro riferimento alla giurisprudenza della Corte di giustizia¹⁴⁴, tali restrizioni siano "necessarie e rispondano effettivamente a finalità di interesse generale riconosciute dall'Unione o all'esigenza di proteggere i diritti e le libertà altrui" e, dunque, rispettino il contenuto essenziale degli stessi, ossia non si risolvano, considerato lo scopo perseguito, in un intervento sproporzionato ed inammissibile che ne pregiudicherebbe la sostanza.

I diritti fondamentali che, oltre ad essere riconosciuti dalla Carta, sono espressamente garantiti dai Trattati – in particolare, si possono citare i diritti connessi con la cittadinanza dell'Unione – si esercitano nel rispetto dei limiti e delle condizioni stabiliti da questi ultimi (art. 52, par. 2).

¹⁴¹ Cfr. L. DANIELE, *La protezione dei diritti fondamentali ...*, p. 652; S. AMADEO, *op. cit.*, p. 738 ss.; P. SIMONE, *op. cit.*, p. 766.

¹⁴² V., *mutatis mutandis*, Corte di giustizia, *Küçükdeveci*, cit., punti 21-27.

¹⁴³ Cfr. T. GROPPI, *Art. 52*, in R. BIFULCO, M. CARTABIA, A. CELOTTO (a cura di), *op. cit.*, Bologna, 2001, p. 351 ss.; P. MANZINI, *La portata dei diritti garantiti dalla Carta dell'Unione europea: problemi interpretativi posti dall'art. 52*, in L.S. ROSSI, *Carta dei diritti fondamentali e Costituzione dell'Unione europea*, Milano, 2002, p. 127 ss.

¹⁴⁴ Per i riferimenti alle pronunce della Corte di giustizia, v. *supra* note 34-35.

Il significato e la portata dei diritti contenuti nella Carta che corrispondono ai diritti garantiti dalla CEDU¹⁴⁵ sono “uguali” a quelli conferiti da quest’ultima (art. 52, par. 3); inoltre, come precisato dall’art. 53, nessuna disposizione della Carta deve essere interpretata come limitativa o lesiva dei diritti fondamentali riconosciuti dalla Convenzione europea¹⁴⁶. In altri termini, ferma restando la possibilità che il diritto dell’Unione offra una protezione più estesa (art. 52, par. 3), il livello di tutela dei diritti fondamentali previsto dalla CEDU, così come interpretata dalla Corte di Strasburgo, costituisce lo standard minimo che deve essere garantito sia dall’Unione che dagli Stati membri (in tal senso dispone anche l’art. 53 CEDU)¹⁴⁷.

Ciò non toglie, tuttavia, che un grado di tutela più basso rispetto a quello della Convenzione europea possa di fatto affermarsi all’interno dell’Unione, specialmente nel caso in cui il legislatore europeo, ai sensi dell’art. 52, par. 1, decida di introdurre restrizioni all’esercizio dei diritti fondamentali sanciti dalla Carta. Peraltro, non è detto che tale contrasto sia necessariamente risolto in via giurisdizionale dalla Corte di giustizia, considerato che, come già accaduto¹⁴⁸, non è affatto escluso che possano continuare a verificarsi divergenze nell’applicazione dei diritti della Carta rispetto ai corrispondenti diritti garantiti dalla CEDU sulla base delle diverse interpretazioni che di tali diritti la Corte di Lussemburgo e la Corte di Strasburgo elaboreranno nella rispettiva giurisprudenza.

Non va sottovalutato il fatto che, nell’esercizio del suo ruolo di garante dei diritti fondamentali, la Corte di giustizia ha sempre tenuto conto di elementi che sono propri dell’ordinamento giuridico dell’Unione, interpretando e garantendo tali diritti in maniera funzionale alle finalità di interesse generale dell’Unione nel suo complesso ed alle caratteristiche del contesto economico, politico e giuridico

¹⁴⁵ Le Spiegazioni relative alla Carta indicano l’art. 2 (diritto alla vita), l’art. 4 (proibizione della tortura e delle pene o trattamenti inumani o degradanti), l’art. 6 (diritto alla libertà e alla sicurezza) quali esempi di diritti il cui significato e portata corrispondono a quelli della CEDU, e l’art. 9 (diritto di sposarsi e di costituire una famiglia), l’art. 14 (diritto all’istruzione), par. 1 e 3, l’art. 47 (diritto a un ricorso effettivo e a un giudice imparziale), par. 2 e 3 quali esempi di diritti che hanno significato identico ma la cui portata è più ampia di quelli della CEDU.

¹⁴⁶ Cfr., sui rapporti tra la Carta e la CEDU, G. GAJA, *Carta dei diritti fondamentali e Convenzione europea: una relazione complessa*, in U. DE SIERVO (a cura di), *La difficile Costituzione europea*, Bologna, 2001, p. 211 ss.; B. CONFORTI, *La Carta dei diritti fondamentali dell’Unione europea e la Convenzione europea dei diritti umani*, in L.S. ROSSI (a cura di), *Carta dei diritti fondamentali ...*, cit., p. 3 ss.; O. LE BOT, *Charte de l’UE et la Convention de sauvegarde des droits de l’homme: la coexistence de deux catalogues de droits fondamentaux*, in *Revue trimestrielle des droits de l’homme*, 2003, p. 781 ss.; U. VILLANI, *op. cit.*, p. 93 ss.; S. SCJARABBA, *Rapporto tra Corti e tra rapporti tra Carte: le clausole orizzontali della Carta dei diritti fondamentali dell’Unione europea*, in N. ZANON (a cura di), *Le Corti dell’integrazione europea e la Corte costituzionale italiana*, Napoli, 2006, p. 389 ss.; G. HARPAZ, *op. cit.*, p. 113 ss.; A. BULTRINI, *I rapporti tra la Carta dei diritti fondamentali e la Convenzione europea dei diritti dell’uomo dopo Lisbona: potenzialità straordinarie per lo sviluppo della tutela dei diritti umani in Europa*, in *Il Diritto dell’Unione Europea*, 2009, p. 700 ss.

¹⁴⁷ V. A. BULTRINI, *I rapporti tra la Carta dei diritti fondamentali e la Convenzione europea ...*, cit., 707 ss.

¹⁴⁸ V. *supra* nota 29.

nel quale opera. Nella sentenza *Kadi* del 2008, la Corte ha infatti ribadito che il controllo sulla validità di qualsiasi atto di diritto dell'Unione sotto il profilo dei diritti fondamentali deve essere considerato come l'espressione, in una "comunità di diritto", di una "garanzia costituzionale" derivante dai Trattati quale "sistema giuridico autonomo", la quale, ponendosi "in un contesto radicalmente diverso", non può essere compromessa da un accordo internazionale¹⁴⁹. In senso contrario – ed è questa la caratteristica principale insita nel carattere sussidiario che, per ciò che qui interessa, va maggiormente presa in considerazione – la Corte di Strasburgo, nell'ambito di applicazione della Convenzione, si pone come garante dei diritti umani in un contesto che prescinde da finalità contingenti e concrete che possono essere alla base delle scelte di opportunità politica funzionali agli obiettivi connessi con il processo di integrazione europea¹⁵⁰.

In ultima analisi, considerate le differenze che intercorrono tra le caratteristiche, le finalità e le priorità proprie del sistema di protezione dei diritti fondamentali dell'Unione europea e di quello stabilito dalla CEDU, le previsioni di cui agli articoli 52, par. 3, e 53 della Carta non appaiono da sole idonee a risolvere in maniera definitiva i possibili contrasti a cui si è accennato, almeno fintanto che non si realizzi l'adesione dell'Unione alla Convenzione europea prevista dall'art. 6, par. 2, TUE¹⁵¹, ossia non si attribuisca alla Corte di Strasburgo il compito di controllare in via sussidiaria che all'interno dell'Unione sia effettivamente garantito lo standard minimo di salvaguardia offerto dalla CEDU.

I diritti fondamentali riconosciuti dalla Carta che risultano dalle tradizioni costituzionali comuni agli Stati membri sono interpretati in "armonia" con dette tradizioni (art. 52, par. 4). In proposito, va sottolineato che dalla giurisprudenza della Corte di giustizia non emerge in maniera chiara – anche perché è difficile rinvenire nelle sue sentenze riferimenti diretti alle costituzioni o alla giurisprudenza dei giudici costituzionali nazionali – quale sia la modalità operativa di funzionamento del criterio di rilevamento dei diritti fondamentali basato sulle tradizioni costituzionali comuni¹⁵². A differenza di quanto previsto in relazione alla CEDU, per la definizione dei rapporti tra lo standard di tutela dei diritti fondamentali assicurato dall'ordinamento dell'Unione e quello garantito dagli ordinamenti costituzionali degli Stati membri, la Carta sembra riprendere l'orientamento delineato dalla Corte sin dalla sentenza *Hauer*, in funzione del quale è da escludere un "richiamo a criteri di valutazione speciali, propri della legislazione o del sistema costituzionale di uno Stato membro" dal momento che ciò comprometterebbe la coesione della

¹⁴⁹ V. Corte di giustizia, *Kadi*, cit., punti 315-316

¹⁵⁰ Cfr. B. CONFORTI, *Note sui rapporti ...*, cit., p. 426 ss.

¹⁵¹ Cfr. G. HARPAZ, *op. cit.*, p. 140 ss. Sulla questione dell'adesione dell'Unione alla CEDU, v. *infra* paragrafo 5, in particolare 5.2.

¹⁵² Cfr., sul tema, L. COZZOLINO, *Le tradizioni costituzionali comuni nella giurisprudenza della Corte di giustizia delle Comunità europee*, in P. FALZEA, A. SPADARO E L. VENTURA (a cura di), *La Corte costituzionale e le Corti d'Europa*, Torino, 2003, p. 3 ss.

stessa Unione, giacché “menomerebbe l’unità e l’efficacia” del suo ordinamento giuridico. In altri termini, pur affermando che nessuna delle disposizioni in essa contenute deve essere interpretata come limitativa o lesiva del grado di tutela dei diritti fondamentali garantiti dalle costituzioni degli Stati membri all’interno degli ordinamenti giuridici nazionali (art. 53), la Carta sembra prediligere, rispetto ad un modello basato su un approccio minimalista o su uno massimalista¹⁵³, un modello basato sul bilanciamento degli interessi generali riconosciuti dall’Unione con i diritti fondamentali che emergono come valori costituzionali comuni agli Stati membri, i quali d’altronde fanno anche parte del diritto dell’Unione in quanto principi generali (art. 6, par. 3, TUE).

L’art. 54 della Carta, infine, sancisce il divieto di abuso di diritto, in base al quale nessuna delle sue disposizione deve essere interpretata nel senso di imporre ai diritti o alle libertà in essa riconosciuti limitazioni più ampie di quelle previste dalla medesima Carta, né di esercitare un’attività o compiere un atto che miri a distruggere tali diritti e libertà.

5. I rapporti tra l’Unione europea e la CEDU

5.1. Il controllo del giudice di Strasburgo sugli atti dell’Unione e sugli atti di esecuzione degli Stati membri

Ben prima che si concretizzasse, attraverso le modifiche introdotte a Lisbona, la prospettiva dell’adesione dell’Unione alla CEDU, sono stati operati diversi tentativi al fine di sottoporre al vaglio del giudice di Strasburgo gli atti di diritto comunitario, proponendo alcuni ricorsi contro la Comunità europea e, in via subsidiaria, i suoi Stati membri, considerati separatamente e congiuntamente, oppure solo contro questi ultimi¹⁵⁴. Tali ricorsi, che facevano riferimento ad atti i cui effetti erano limitati all’ordinamento comunitario, nella parte in cui erano diretti contro la Comunità, sono sempre stati ritenuti incompatibili *ratione personae* con la CEDU, in considerazione del fatto che la Comunità non era Parte contraente della Convenzione, godendo di una personalità giuridica distinta da quella

¹⁵³ Cfr. L. BESSELINK, *Entrapped by the maximum standard on fundamental rights, pluralism and subsidiarity in the European Union*, in *Common Market Law Review*, 1998, p. 629 ss.

¹⁵⁴ Cfr. A. BULTRINI, *Il controllo degli atti comunitari nella giurisprudenza degli organi della Convenzione europea dei diritti dell’uomo*, in *Comunicazioni e Studi*, vol. XXI, 1997, p. 279 ss.; B. CONFORTI, *Note sui rapporti tra diritto comunitario e diritto europeo dei diritti fondamentali*, *cit.*, p. 427 ss.; R. HARMSSEN, *National Responsibility for European Community Acts under the European Convention on Human Rights: Recasting the Accession Debate*, in *European Public Law*, 2001, p. 625 ss.; U. VILLANI, *cit.*, p. 98 ss.; A. BULTRINI, *La responsabilité des États membres de l’Union européenne pour les violations de la Convention européenne des droits de l’homme imputables au système communautaire*, in *Revue trimestrielle des droits de l’homme*, 2002, p. 5 ss.

degli Stati membri e di un'autonoma soggettività internazionale¹⁵⁵. Per quanto riguarda, invece, il fatto che i ricorsi erano diretti anche contro gli Stati membri in quanto Parti contraenti della CEDU, il giudice di Strasburgo, pur accogliendo in via di principio l'eventualità di una loro responsabilità separata o congiunta, non è mai giunto a pronunciarsi su tale questione, o perché si trattava di un atto formalmente imputabile alla Comunità, che dunque non poteva ritenersi adottato in esercizio della "giurisdizione" degli Stati membri di cui all'art. 1 CEDU¹⁵⁶, oppure perché il ricorso era incompatibile *ratione materiae* con la Convenzione o non rispettava altre condizioni di ricevibilità¹⁵⁷.

Diverso è stato l'atteggiamento che il giudice di Strasburgo ha tenuto verso le disposizioni interne adottate dagli Stati per dare attuazione al diritto della Comunità (ora, dell'Unione)¹⁵⁸. In alcune occasioni, infatti, la Corte non ha mancato di verificare la compatibilità con la CEDU delle misure nazionali di esecuzione di atti adottati nell'ambito comunitario (ora, dell'Unione), almeno nei casi in cui gli Stati membri sembravano conservare un certo margine di discrezionalità nel dare ad essi applicazione. Nel caso *Cantoni c. Francia*¹⁵⁹, ad esem-

¹⁵⁵ V., ad esempio, Commissione europea dei diritti umani, *CFDT c. le Comunità europee e, in via sussidiaria, gli Stati membri della Comunità, considerati collettivamente e singolarmente*, ricorso n. 8030/77, decisione del 10 luglio 1978; *Associazione spirituale per l'unificazione del mondo cristiano c. Italia*, ricorso n. 11574/85, decisione del 5 ottobre 1987; *Dufay c. le Comunità europee e, in via sussidiaria, gli Stati membri della Comunità, considerati collettivamente e singolarmente*, ricorso n. 13539/88, decisione del 19 gennaio 1989; *Dalfino c. Belgio e le Comunità europee*, ricorso n. 11055/84, decisione dell'8 maggio 1985.

¹⁵⁶ V. Commissione europea dei diritti umani, *CFDT*, cit., paragrafi 5-7; *Connolly c. 15 Stati membri dell'Unione europea*, ricorso 73247/01, decisione del 9 dicembre 2008. V. altresì, *mutatis mutandis*, *Boivin c. 34 Stati membri del Consiglio d'Europa*, ricorso n. 73250/01, decisione del 9 settembre 2008, par. 2.

¹⁵⁷ V. Commissione europea dei diritti umani, *Dufay*, cit., par. 2, e *Garzilli c. gli Stati membri dell'Unione europea*, ricorso n. 32384/95, decisione del 22 ottobre 1998, nonché Corte europea dei diritti umani, *Soc. Guerin Automobiles c. i 15 Stati membri dell'Unione europea*, ricorso n. 51717/99, decisione del 4 luglio 2000, in cui la Corte dichiara irricevibile il ricorso in quanto incompatibile *ratione materiae* con la CEDU, non mancando di sottolineare che, in caso contrario, un'analisi della questione della sua compatibilità *ratione personae* con la Convenzione sarebbe stata necessaria essendo "il ricorso diretto non contro l'Unione europea (la quale non è parte della Convenzione) ma contro i 15 Stati contraenti, che al tempo stesso sono membri dell'Unione europea"; *Segi and Gestoras Pro-Amnistia e al. c. i 15 Stati membri dell'Unione europea*, ricorsi n. 6422/02 e 9916/02, decisione del 25 maggio 2002; *Senator Lines c. Stati membri dell'Unione europea*, ricorso n. 56672/00, decisione del 10 marzo 2004 (cfr., per un commento, A. PASTOR PALOMAR, *Senator Lines ante los tribunales europeos: Los frutos de las acciones procesales paralelas ante las jurisdicciones de Luxemburgo y Estrasburgo*, in *Revista española de derecho internacional*, 2004, p. 193 ss.; F. KRENC, *La décision Senator Lines ou l'ajournement d'une question délicate*, in *Revue trimestrielle des droits de l'homme*, 2005, p. 121 ss.)

¹⁵⁸ Cfr. S. DOUGLAS-SCOTT, *A Tale of two Courts ...*, cit. p. 636 ss., nonché e i riferimenti indicate *supra* in nota 154.

¹⁵⁹ V. Corte europea dei diritti umani, *Cantoni c. Francia*, ricorso n. 17862/91, sentenza del 15 novembre 1996. V., su casi simili, *Van De Hurk c. Olanda*, ricorso n. 16034/90, sentenza del 19 aprile 1994; *Procola c. Lussemburgo*, ricorso n. 14570/89, sentenza del 28 settembre 1995; S.A.

pio, la Corte ha ritenuto che le misure nazionali adottate per dare esecuzione alla direttiva n. 65/65¹⁶⁰, nonostante ne riproducessero quasi letteralmente il testo, determinavano la violazione del principio *nulla poena sine lege* di cui art. 7 CEDU. Nello stesso senso, nel successivo caso *Matthews c. Regno Unito*¹⁶¹, la Corte, dopo aver affermato che “il Regno Unito, insieme a tutte le altre Parti contraenti del Trattato di Maastricht, è responsabile *ratione materiae* ai sensi dell’art. 1 della Convenzione e, in particolare, dell’art. 3 del Protocollo n. 1, per le conseguenze che derivano da tale Trattato”¹⁶², ha stabilito che l’esclusione dei cittadini di Gibilterra dalla partecipazione alle elezioni del Parlamento europeo prevista – peraltro proprio su iniziativa del Regno Unito – dall’Atto del 1976, allegato alla decisione n. 76/787 del Consiglio¹⁶³, costituisce una violazione del diritto a libere elezioni sancito dall’art. 3 di detto Protocollo.

Per quanto riguarda il caso in cui lo Stato non ha alcun margine di autonomia nel dare esecuzione ad un atto della Comunità (ora, dell’Unione), la Corte europea dei diritti umani, nelle sentenze *M. & Co.* del 1990¹⁶⁴ prima e *Bosphorus*¹⁶⁵ poi, ha

Dangeville c. France, ricorso n. 36677/97, sentenza del 16 aprile 2002; *T.I. c. Regno Unito*, ricorso n. 43844/98, decisione del 7 marzo 2000.

¹⁶⁰ Direttiva 65/65/CEE del Consiglio del 26 gennaio 1965, per il ravvicinamento delle disposizioni legislative, regolamentari ed amministrative relative alle specialità medicinali, in GU L 369 del 9 febbraio 1965.

¹⁶¹ V. Corte europea dei diritti umani, *Matthews c. Regno Unito*, ricorso n. 24833/94, sentenza 18 febbraio 1989. Cfr., per un commento, E. RADIGHIERI, *Recenti prospettive nei rapporti tra Comunità europea e Convenzione europea dei diritti dell’uomo*, in *Il Diritto dell’Unione europea*, 1999, p. 527 ss.; A. MARZANATI, *La responsabilità per atti comunitari nel sistema della Convenzione europea dei diritti dell’uomo*, in *Rivista italiana di diritto pubblico e comunitario*, 1999, p. 1092 ss.

¹⁶² V. Corte europea dei diritti umani, *Matthews c. Regno Unito*, cit., par. 33. La Corte europea dei diritti umani, dopo aver ribadito che gli Stati continuano ad essere responsabili per eventuali violazioni della CEDU anche nel caso in cui abbiano trasferito proprie competenze ad un’organizzazione internazionale, precisa che sia l’Atto del 1976 sia il Trattato di Maastricht costituiscono “international instruments which were freely entered into by the United Kingdom”, e pertanto – quasi a voler indicare l’elemento decisivo che l’ha condotta ad esercitare il suo controllo – che tale Atto “cannot be challenged before the European Court of Justice for the very reason that it is not a “normal” act of the Community, but is a treaty within the Community legal order”.

¹⁶³ Decisione n. 76/787 del 20 settembre 1976, concernente l’Atto relativo all’elezione dei rappresentanti del Parlamento europeo a suffragio universale diretto, in GU L 278 dell’8 ottobre 1976.

¹⁶⁴ Commissione europea dei diritti umani, *M. & Co. c. Germania*, decisione 9 febbraio 1990, n. 13258/87 (per un commento cfr. G. GAJA, *Gli atti comunitari alla Commissione europea dei diritti dell’uomo: di nuovo Solange?*, in *Rivista di diritto internazionale*, 1990, p. 388 ss.). Anche se non in riferimento alla Comunità/Unione, la dottrina della protezione equivalente è in seguito richiamata sia dalla Commissione europea dei diritti umani (*Heinz c. Gli Stati contraenti della Convenzione sul brevetto europeo*, decisione del 10 gennaio 1994, ricorso n. 21090/92; *Lenzing c. Regno Unito*, ricorso n. 38817/97, decisione del 9 settembre 1998) che dalla Corte europea dei diritti umani (*Waite e Kennedy c. Germania*, n. 26083/94, sentenza del 18 febbraio 1999; *Beer e Regan c. Germania*, ricorso n. 28934/95, sentenza del 18 febbraio 1999).

¹⁶⁵ Corte europea dei diritti umani, *Bosphorus c. Irlanda*, ricorso n. 45036/98, sentenza del 30 giugno 2005. Su questa sentenza, cfr., tra i tanti, E. CANNIZZARO, *Sulla responsabilità internazionale per condotte di Stati membri dell’Unione europea: in margine al caso Bosphorus*, in *Rivista di dirit-*

elaborato la dottrina della “protezione equivalente”. In primo luogo, sulla base di quanto affermato nelle precedenti pronunce, la Corte ribadisce che la CEDU non vieta alle Parti contraenti di trasferire i propri poteri sovrani ad una organizzazione internazionale o sovranazionale quale l’Unione europea, la quale, tuttavia, non essendo una Parte contraente, non può essere ritenuta responsabile ai sensi della Convenzione¹⁶⁶. In secondo luogo, la Corte afferma che, al contrario, in virtù dell’art. 1 CEDU gli Stati parti sono responsabili per qualsiasi comportamento attivo o omissivo tenuto dai propri organi in violazione della Convenzione, anche quando tale comportamento sia determinato dalla necessità di dare esecuzione ad un obbligo internazionale derivante dalla partecipazione all’Unione¹⁶⁷, ribadendo in tal modo la propria competenza a pronunciarsi anche su tali atti di esecuzione.

Ciononostante, considerate le finalità di interesse generale che lo Stato persegue nel conformarsi agli obblighi che derivano dalla partecipazione ad all’Unione¹⁶⁸, il suo comportamento può essere “giustificato” fintanto che essa garantisca una tutela dei diritti umani almeno “equivalente” a quella offerta dalla Convenzione, sia per quanto riguarda i diritti “sostanziali” protetti sia per quanto attiene ai meccanismi giurisdizionali volti ad assicurarne l’effettivo rispetto¹⁶⁹. In una tale circostanza, infatti, la Corte ritiene che si possa presumere che il comportamento dello Stato parte, laddove si limiti a dare esecuzione agli obblighi che derivano dal diritto dell’Unione, non sia incompatibile con la CEDU. La presunzione di compatibilità, che va accertata di volta in volta, potrebbe essere rovesciata

to internazionale, 2005, p. 762 ss.; F. BENOIT-ROHMER, *A propos de l’arrêt Bosphorus Airlines du 30 juin 2005: l’adhésion contrainte de l’Union à la Convention*, in *Revue trimestrielle des droits de l’homme*, 2005, p. 827 ss.; A. CIAMPI, *L’Union Européenne et le respect des droits de l’homme dans la mise en œuvre des sanctions devant la Cour européenne des droits de l’homme*, in *Revue Générale de Droit International Public*, 2006, p. 85 ss.; C. COSTELLO, *The Bosphorus Ruling of the European Court of Human Rights: Fundamental Rights and Blurred Boundaries in Europe*, in *Human Rights Law Review*, 2006, p. 87 ss.; B. CONFORTI, *Le principe d’équivalence et le contrôle sur les actes communautaires dans la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l’homme*, in S. BREITENMOSER et al. (eds), *Droits de l’homme, démocratie et Etat de droit. Liber amicorum Luzius Wildhaber*, Zurigo, Baden-Baden, 2007, p. 173 ss.; G. GAJA, *The Review by the European Court of Human Rights of Member States’ Acts Implementing European Union law: “Solange” Yet Again?*, in P.-M. DUPUY et al. (eds), *Common Values in International Law. Essays in Honour of Christian Tomuschat*, Kehl, 2006, p. 517 ss.; F. HOFFMEISTER, *European Convention on Human Rights – Reviewability of National Actions to Implement EU Law – Impounding Aircraft – Right to Property*, in *American Journal of International Law*, 2006, p. 442 ss.; C. ECKES, *Does the European Court of Human Rights provide protection from the European Community? – The Case of Bosphorus Airways*, in *European Public Law*, 2007, p. 47 ss.; I. BARRETO CABRAL, *La Cour européenne des droits de l’homme et le droit communautaire: (Quelques réflexions à propos de l’arrêt Bosphorus)*, M.G. KOHEN (ed), *Promoting Justice, Human Rights and Conflict Resolution through International Law. Liber Amicorum Lucius Caflisch*, Leiden, 2007, p. 55 ss.

¹⁶⁶ V. Corte europea dei diritti umani, *Bosphorus*, cit., par. 152; *Matthews*, cit., par. 32. V. altresì Commissione europea dei diritti umani, *CFDT*, cit. par. 3; *Dufay*, cit., par. 1; *M. & Co.*, cit.

¹⁶⁷ V. Corte europea dei diritti umani, *Bosphorus*, cit., par. 153.

¹⁶⁸ *Ivi*, par. 150.

¹⁶⁹ *Ivi*, par. 155.

se, in un caso specifico, si accertasse che la protezione dei diritti umani offerta dall'Unione sia manifestamente inadeguata¹⁷⁰. Tuttavia, tale accertamento, come in seguito specificato dalla Corte, è necessariamente meno esteso rispetto al controllo che essa esercita sui comportamenti degli Stati, in considerazione del fatto che questi ultimi sono tenuti a rispettare le disposizioni convenzionali laddove l'Unione ha una propria personalità giuridica e non è parte della CEDU¹⁷¹.

Oltre ai timori relativi ad un livellamento verso il basso del grado di tutela garantito dalla Convenzione europea quando entrano in gioco atti nazionali di mera esecuzione del diritto dell'Unione, le maggiori perplessità che la sentenza *Bosphorus* ha suscitato riguardano il fatto che la Corte europea ha accertato l'equivalenza della protezione su un piano puramente astratto ed in riferimento al sistema di tutela previsto dall'ordinamento dell'Unione nel suo complesso, e non in riferimento alla violazione lamentata dal ricorrente nel caso concreto¹⁷². Sarebbe invece stato opportuno che la Corte sviluppasse un'analisi più puntuale, sia su un piano sostanziale che procedurale, per accertare l'equivalenza della protezione, anche tenendo conto del carattere restrittivo dei requisiti di ricevibilità previsti dai Trattati in relazione all'accesso dei singoli alla Corte di giustizia, soprattutto qualora – come nel caso di specie – la violazione della Convenzione trovi origine in un atto di diritto dell'Unione avente portata generale.

In una tale direzione, infatti, sembra essersi mossa la Corte europea nel caso *Kokkelvisserij*¹⁷³, nel quale il giudice di Strasburgo è stato chiamato a pronunciarsi sulla compatibilità con l'art. 6 CEDU di una decisione con cui la Corte di giustizia, nell'ambito di giudizio in via pregiudiziale, aveva negato alla ricorrente la possibilità di presentare le proprie osservazioni sulle conclusioni dell'avvocato generale. La Corte europea, dopo aver affermato che la presunzione di equivalenza non si applica solo agli atti degli Stati membri ma, come corollario, anche alle procedure seguite dalla Corte di giustizia, anziché limitarsi ad affermare in astratto l'equivalenza tra i sistemi di protezione, in maniera più specifica prende in considerazione le regole procedurali e l'applicazione che alle stesse ha dato il giudice di Lussemburgo al fine di decidere sul rigetto dell'istanza di replica.

Anche se relativo alla NATO e non all'Unione europea, il successivo caso *Gasparini*¹⁷⁴ offre ulteriori spunti per meglio chiarire la dottrina della protezione

¹⁷⁰ Ivi, par. 156.

¹⁷¹ V. Corte europea dei diritti umani, *Gasparini c. Italia e Belgio*, ricorso n. 10750/03, decisione del 12 maggio 2009.

¹⁷² V. Corte europea dei diritti umani, *Bosphorus*, cit., par. 159-166.

¹⁷³ V. Corte europea dei diritti umani, *Coöperatieve Producentenorganisatie van de Nederlandse Kokkelvisserij U.A. c. Paesi Bassi*, ricorso n. 13645/05, decisione del 20 gennaio 2009, par. 3. Cfr., per un commento, D. RUSSO, *Una decisione della Corte di Strasburgo verso l'affermazione di un controllo sull'operato della Corte di giustizia*, in *Rivista di diritto internazionale*, 2009, p. 1119 ss.

¹⁷⁴ V. Corte europea dei diritti umani, *Gasparini*, cit. Cfr. E. REBASTI, *Corte europea dei diritti dell'uomo e responsabilità degli Stati per trasferimento di poteri ad una organizzazione internazionale: la decisione nel caso Gasparini*, in *Rivista di diritto internazionale*, 2010, p. 65 ss.

equivalente. La Corte europea, infatti, dopo aver richiamato la sua precedente giurisprudenza, aggiunge che gli Stati sono obbligati, quando trasferiscono una parte dei propri poteri sovrani ad un'organizzazione internazionale, ad assicurarsi che i diritti garantiti dalla CEDU ricevano all'interno di tale organizzazione una "protezione equivalente". Essi, infatti, potranno essere ritenuti responsabili ai sensi della Convenzione qualora la tutela offerta dall'organizzazione cui hanno trasferito i poteri sia "manifestamente insufficiente". Di contro, gli Stati non saranno responsabili se la violazione degli obblighi convenzionali dovesse discendere da un atto autonomamente adottato dalle istituzioni dell'organizzazione, a meno che essi non abbiano preso una qualche misura interna di esecuzione di tale atto. Sulla scorta di quanto indicato dalla Corte, da un lato si potrebbe ricostruire un obbligo degli Stati di verificare, nel momento in cui procedono alla sua istituzione, se l'organizzazione sia in grado di garantire la "protezione equivalente", dall'altro si riafferma l'astrattezza quale elemento caratterizzante l'accertamento dell'equivalenza. Non essendo responsabili per gli atti che le istituzioni adotteranno in esercizio dei poteri che sono stati loro conferiti, gli Stati si limiteranno infatti ad una valutazione dell'equivalenza prendendo in considerazione su un piano puramente astratto il funzionamento dell'organizzazione nel suo complesso. Non è plausibile, peraltro, che gli Stati, nel momento in cui procedono alla sua istituzione, possano valutare aprioristicamente quale sarà il grado effettivo di protezione che l'organizzazione avrà la capacità di garantire.

Ciò che in linea generale emerge dalla sua giurisprudenza è che la Corte di Strasburgo, anche per non acuire i contrasti con la Corte di giustizia ed in attesa degli ulteriori sviluppi in materia di diritti fondamentali che si preannunciavano nell'Unione europea, ha adottato un atteggiamento di *self-restraint*, a volte volutamente ambiguo, che tuttavia non le ha precluso la possibilità di esercitare, in occasioni future, un controllo più puntuale sulla compatibilità con la CEDU degli atti nazionali di mera esecuzione del diritto dell'Unione.

5.2. La questione dell'adesione dell'Unione europea alla CEDU

L'adesione dell'Unione europea alla CEDU è prevista dall'art. 6, par. 2, TUE¹⁷⁵. Una disposizione simile è contenuta anche nella Convenzione europea a seguito delle modifiche introdotte dall'art. 17 del Protocollo n. 14, adottato il 12

¹⁷⁵ Cfr. A. GIANELLI, *L'adesione dell'Unione europea alla CEDU secondo il Trattato di Lisbona*, in *Il Diritto dell'Unione Europea*, 2009, p. 678 ss. V., inoltre, *The accession of the European Union/European Community to the European Convention on Human Rights*, Rapporto elaborato dal Committee on Legal Affairs and Human Rights dell'Assemblea parlamentare del Consiglio d'Europa, doc. 11533 del 18 marzo 2008. Cfr., altresì, P. MANIN, *L'adesione dell'Unione europea alla Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali*, in L.S. ROSSI (a cura di), *Il Progetto di Trattato-Costituzione*, Milano, 2004, p. 255 ss.

maggio 2004 ed entrato in vigore il 1 giugno 2010¹⁷⁶. L'art. 59, par. 2, CEDU prevede, infatti, espressamente la possibilità – letteralmente “può” – per l'Unione europea di divenire parte contraente della Convenzione. La Convenzione sembra quindi indicare una generica disponibilità degli Stati parti ad adoperarsi affinché l'Unione aderisca alla CEDU. Ciò trova conferma nel Rapporto esplicativo al Protocollo n. 14, laddove è chiarito che la previsione è stata introdotta in considerazione degli sviluppi in materia di diritti fondamentali che si sono verificati nell'ambito dell'Unione europea, demandano le ulteriori modifiche tecnico-giuridiche al testo della CEDU necessarie per realizzare l'adesione¹⁷⁷ ad un nuovo Protocollo di emendamento o ad un eventuale trattato concluso tra le Parti contraenti e l'Unione.

Per quanto riguarda l'Unione europea, ai sensi dell'art. 218, par. 6, TFUE, l'accordo di adesione sarà concluso dal Consiglio, con delibera adottata all'unanimità, previa approvazione del Parlamento europeo. A differenza degli altri accordi internazionali dell'Unione, quello di adesione alla CEDU entrerà in vigore solo dopo che sarà stato anche ratificato dagli Stati membri, sulla base delle rispettive norme costituzionali (art. 218, par. 8, TFUE)¹⁷⁸. In considerazione del fatto che si tratta dell'adesione dell'Unione ad una convenzione di cui gli Stati membri sono già Parti contraenti, dell'unanimità prevista per la delibera del Consiglio e dei termini perentori in cui è formulato l'art. 6, par. 2, TUE (l'“Unione aderisce”), sembra abbastanza singolare l'aver previsto come necessaria anche la ratifica degli Stati membri perché l'accordo di adesione entri in vigore, a meno di non volerla considerare come un ulteriore strumento che gli Stati hanno mantenuto per esprimere l'ultima parola sulle modalità di accesso dell'Unione alla CEDU. Peraltro, una tale procedura non può che avere un'incidenza negativa sui tempi dell'adesione dell'Unione, ritardando l'entrata in vigore dell'accordo concluso a tal fine.

Il Trattato di Lisbona, quindi, ha rimosso quegli ostacoli di natura formale che in passato avevano portato la Corte di giustizia a negare la possibilità di un'eventuale adesione alla CEDU da parte dell'allora Comunità europea. La Corte, infatti, intervenendo su una questione che già all'epoca aveva suscitato molto interesse sia nelle istituzioni dell'Unione e del Consiglio d'Europa che

¹⁷⁶ Sul Protocollo n. 14 alla CEDU, cfr. il contributo di A. VITERBO in questo *Volume*.

¹⁷⁷ Per le proposte di revisione della CEDU in relazione all'adesione dell'Unione, v. *Study of Technical and Legal Issues of a Possible EC/EU Accession to the European Convention on Human Rights*, predisposto dallo Steering Committee for Human Rights del Consiglio d'Europa, doc. DG-II(2002)006 del 28 giugno 2002, disponibile su www.coe.int/T/e/com/files/events/2002-09-Symposium-Judges_V_, inoltre, *Opinion no. 256/2003 on the Implications of a Legally-binding EU Charter of fundamental rights on Human Rights Protection in Europe* della Commissione di Venezia, doc. CDL-AD(2003)022 del 18 dicembre 2003, disponibile su [www.venice.coe.int/docs/2003/CDL-AD\(2003\)022-e.html](http://www.venice.coe.int/docs/2003/CDL-AD(2003)022-e.html).

¹⁷⁸ Cfr., sul punto, R. BARENTS, *The Court of Justice After the Treaty of Lisbon*, in *Common Market Law Review*, 2010, p. 722.

nella dottrina¹⁷⁹, con il parere 2/94 del 1996¹⁸⁰, aveva stabilito che l'adesione della Comunità alla Convenzione europea avrebbe potuto essere realizzata solo attraverso una modifica del Trattato, attraverso cui introdurre norme specifiche in materia di diritti umani – all'epoca assenti – su cui le istituzioni comunitarie avrebbero potuto fondare la propria competenza a concludere un accordo internazionale in tale settore. La partecipazione della Comunità alla CEDU, a giudizio della Corte, non poteva peraltro essere basata neanche sull'art. 308 CE (ora, art. 352 UE), dal momento che essa avrebbe comportato una modifica sostanziale di "rilevanza costituzionale" al sistema comunitario di protezione dei diritti umani, inserendo la Comunità in una struttura istituzionale internazionale nonché integrando il complesso delle disposizioni della CEDU nel suo ordinamento giuridico. Va tuttavia rilevato che la Corte, nel formulare il suo parere, ha adottato un'interpretazione riduttiva dell'art. F, par. 2, del Trattato sull'Unione europea (divenuto art. 6, par. 2, UE; ora, art. 6, par. 3, TUE), attribuendogli una scarsa rilevanza ai fini dell'individuazione degli obiettivi perseguiti dalla Comunità, laddove, invece, ha lasciato più chiaramente trasparire un atteggiamento orientato a salvaguardare l'indipendenza e l'autonomia del suo ruolo, in particolare, e dell'ordinamento della Comunità, in generale¹⁸¹. Nonostante le modifiche introdotte dal Trattato di Lisbona, in considerazione della delicata natura dell'accordo

¹⁷⁹ Cfr., tra gli altri, G. SPERDUTI, *Le rattachement des Communautés Européennes à la Convention de Rome pour la sauvegarde des droits de l'homme e des libertés fondamentales*, in *Revue du marché commun*, 1980, p. 170 ss.; F. CAPOTORTI, *Sull'eventuale adesione della Comunità alla Convenzione europea dei diritti dell'uomo*, in *Rivista di diritto internazionale*, 1980, p. 5 ss.; R. ADAM, *La prospettata adesione della Comunità alla Convenzione di Roma: si devono modificare anche i trattati comunitari?*, ivi, p. 883 ss.; H.G. SCHERMERS, *The European Community Bound by Fundamental Human Rights*, in *Common Market Law Review*, 1990, p. 249 ss.; J. PIPKORN, *La Communauté européenne et la Convention européenne des droits de l'homme*, in *Revue trimestrielle des droits de l'homme*, 1993, p. 221; G. GAJA, *L'adesione delle Comunità europea alla Convenzione europea dei diritti dell'uomo: obiettivi e problemi*, in P. UNGARI e M.P. PIETROSANTI MALINTOPPI (a cura di), *L'Unione europea e i diritti dell'uomo. L'adesione dell'Unione europea alla Convenzione di Roma*, Roma, 1995, p. 29 ss.

¹⁸⁰ Cfr. L.S. ROSSI, *Il parere 2/94 sull'adesione della Comunità europea alla Convenzione europea dei diritti dell'uomo*, in *Il Diritto dell'Unione europea*, 1996, p. 839 ss.; G. GAJA, *Opinion 2/94, Accession by the Community to the European Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms*, in *Common Market Law Review*, 1996, p. 973 ss.; O. DE SCHUTTER, Y. LEJEUNE, *L'adhésion de la Communauté à la Convention européenne des droits de l'homme*, in *Cahiers de droit européen*, 1996, p. 555 ss.; P. WACHSMANN, *L'avis 2/94 de la Cour de justice relatif à l'adhésion de la Communauté européenne à la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales*, in *Revue trimestrielle de droit européen*, 1996, p. 467 ss.; G. TIBERI, *La questione dell'adesione della Comunità alla Convenzione europea dei diritti dell'uomo al vaglio della Corte di giustizia*, in *Rivista italiana di diritto pubblico comunitario*, 1997, p. 437 ss.; C. ZANGHÌ, *Un'altra critica al parere 2/94 della Corte sull'adesione della Comunità alla Convenzione europea dei diritti dell'uomo*, in *Scritti in onore di Giuseppe Federico Mancini*, Milano, vol. I, 1998, p. 1101 ss.

¹⁸¹ Cfr., sul punto, L.S. ROSSI, *Il parere 2/94 ...*, cit., p. 854 ss.; P. WACHSMANN, *op. cit.*, p. 456 ss.; G. TIBERI, *op. cit.*, p. 457 ss.

di adesione alla Convenzione europea e delle implicazioni che esso avrà sui rapporti tra l'Unione, la CEDU e gli Stati membri, sembra probabile che sulla questione torni nuovamente ad esprimersi la Corte di giustizia attraverso un parere sulla compatibilità del medesimo accordo con i Trattati richiesto dalle istituzioni dell'Unione o da uno Stato membro ai sensi dell'art. 218, par. 11, TFUE.

L'art. 6, par. 2, TUE, stabilisce che l'adesione alla CEDU non deve determinare una modifica delle competenze dell'Unione definite nei Trattati, e, come specifica il Protocollo n. 8, allegato ai Trattati, l'adesione non incidere "sulle competenze dell'Unione e sulle attribuzioni delle sue istituzioni" (art. 2). Inoltre, l'adesione alla Convenzione europea deve garantire che siano "preservate le caratteristiche specifiche dell'Unione e del diritto dell'Unione"¹⁸² (art. 1), in particolare per quanto attiene alla sua eventuale partecipazione agli organi di controllo della CEDU – l'adesione alla CEDU non implica, infatti, anche la partecipazione dell'Unione al Consiglio d'Europa – e ai meccanismi necessari per garantire che i ricorsi presentanti dagli Stati non membri e o dagli individui siano indirizzati correttamente, a seconda dei casi, agli Stati membri e/o all'Unione. Il Protocollo n. 8 stabilisce altresì che l'adesione alla CEDU non deve avere effetti sull'art. 344 TFUE, ossia non può introdurre una deroga all'obbligo per gli Stati membri di non sottoporre una controversia relativa all'interpretazione o all'applicazione dei Trattati ad una procedura di regolamento diversa da quelle previste dai medesimi Trattati (art. 3). Il Protocollo n. 8, infine, contiene anche una clausola di salvaguardia per gli Stati, prevedendo che l'adesione dell'Unione non deve incidere sulla "situazione" degli Stati membri nei confronti della CEDU, in maniera specifica per quanto riguarda la ratifica dei Protocolli addizionali, le riserve formulate ai sensi dell'art. 57 CEDU e il diritto di adottare le deroghe specifiche in virtù dell'art. 15 CEDU (art. 2).

Sia il Trattato che il Protocollo contengono, in sostanza, alcune previsioni ispirate alle preoccupazioni¹⁸³ che l'adesione determini l'introduzione di una competenza generale dell'Unione in materia di diritti fondamentali, motivo per cui esse prevedono che l'Unione dovrà continuare ad agire nel rispetto dei limiti previsti dai Trattati anche qualora di tratti di dare esecuzione agli "obblighi positivi" che discendono dalla Convenzione europea. Inoltre, le stesse previsioni appaiono chiaramente indirizzate ad evitare che l'adesione alla Convenzione incida sul ruolo che la Corte di giustizia svolge sia in relazione al controllo di legittimità sugli atti delle istituzioni, anche alla luce dei diritti fondamentali, sia nell'ambito della controversie che coinvolgono gli Stati membri e che abbiano

¹⁸² Nello stesso senso si esprime anche la Dichiarazione (n. 2) relativa all'art. 6, par. 2, TUE, allegata all'Atto finale della Conferenza intergovernativa che ha adottato il Trattato di Lisbona.

¹⁸³ Cfr. U. VILLANI, *op. cit.*, p. 112 ss.; A. GIANELLI, *op. cit.*, p. 683 ss. Si tratta di timori che, tra l'altro, non sono molto diversi dai quelli che si erano già manifestati all'epoca del parere 2/94 (cfr. sul punto, in particolare, L.S. ROSSI, *Il parere 2/94 ...*, p. 844 ss.).

ad oggetto l'interpretazione o l'applicazione del diritto dell'Unione¹⁸⁴. In proposito, pur considerando l'influenza e gli effetti che la Convenzione europea e le sentenze della Corte di Strasburgo produrranno sia nell'ordinamento giuridico dell'Unione sia sulla giurisprudenza della Corte di giustizia, appare eccessivo ritenere che esse possano spingersi fino al punto di pregiudicare l'autonomia o il carattere esclusivo del controllo di legittimità svolto dalla Corte, una funzione peraltro sottratta alla Corte europea dei diritti umani. Diversamente, appaiono più concreti i timori relativi alle interferenze che la Corte di Strasburgo potrebbe avere sulle procedure di soluzione delle controversie e sulla ripartizione di competenze tra l'Unione e gli Stati membri. La Corte europea, infatti, ai sensi dell'art. 33 CEDU, potrebbe essere investita di una controversia tra l'Unione e gli Stati membri o tra Stati membri la quale, pur riguardo la CEDU, è ben possibile che coinvolga anche aspetti direttamente connessi con il diritto dell'Unione, e in particolare la ripartizione delle competenze stabilita dai Trattati. Inoltre, la Corte europea potrebbe trovarsi in una situazione simile laddove debba valutare quale sia il soggetto responsabile di una violazione della CEDU e a cui spetti il compito di intervenire per dare esecuzione alla sua sentenza, specie nel caso in cui la violazione della Convenzione derivi da una disciplina nazionale adottata in applicazione di atti dell'Unione in relazione ai quali gli Stati conservano pochi margini di autonomia o che risulti essere "collegata" al diritto dell'Unione.

Quelli finora indicati rappresentano problemi, ai quali si uniscono le questioni relative alla partecipazione del rappresentante dell'Unione al Comitato dei Ministri cui l'art. 46 CEDU affida il compito di vigilare sull'esecuzione delle sentenze della Corte europea e alla nomina del giudice dell'Unione presso la medesima Corte¹⁸⁵, che, sia pur delicati, non appaiono insormontabili e in relazione ai quali sono già state prospettate alcune soluzioni¹⁸⁶. Si pensi ad esempio all'esclusione dell'applicazione dell'art. 33 CEDU nei rapporti tra l'Unione e gli Stati membri o la possibilità per l'una o per gli altri di presentarsi in qualità di "secondo convenuto" dinanzi alla Corte di Strasburgo laddove sia in discussione

¹⁸⁴ V. Corte di giustizia, *Commissione c. Irlanda*, causa C-459/03, sentenza del 30 maggio 2006, punto 133, in cui la Corte ha ribadito che un accordo internazionale non può pregiudicare il sistema delle competenze definito dai Trattati e, di conseguenza, l'autonomia dell'ordinamento giuridico dell'Unione di cui assicura il rispetto a norma dell'art. 19 TUE, in esercizio di una competenza esclusiva che trova conferma nell'art. 344 TFUE.

¹⁸⁵ V. A. GIANELLI, *op. cit.*, p. 690 ss.

¹⁸⁶ V. la Relazione finale del Gruppo II "Integrazione della Carta/Adesione alla CEDU", cit. V., inoltre, quanto segnalato *supra* in nota 177. V., inoltre, "Accession of the EU to the ECHR and the preservation of the ECJ's monopoly on the interpretation of EU law: options under discussion" e "Co-respondent mechanism. Basic principles", allegati alla Draft Council Decision authorising the Commission to negotiate the Accession Agreement of the European Union to the European Convention for the protection of Human Rights and Fundamental Freedoms (ECHR), rispettivamente doc. 10568/10 e 10569/10 del 2 giugno 2010.

una questione che possa chiamare in causa la ripartizione delle competenze prevista dai Trattati.

Si tratta, tuttavia, di questioni la cui analisi non deve far passare in secondo piano quello che rappresenta l'aspetto più importante connesso con l'adesione alla CEDU, ossia il rafforzamento del sistema di tutela dei diritti fondamentali predisposto dall'Unione ed il miglioramento delle garanzie offerte agli individui che sono soggetti alla sua "giurisdizione". L'adesione alla CEDU, infatti, garantirà ai singoli la possibilità di sottoporre al controllo sussidiario della Corte di Strasburgo non solo le disposizioni nazionali di attuazione degli atti di diritto dell'Unione, che lasciano o meno un margine di autonomia al legislatore interno, ma anche gli atti adottati dalle istituzioni che si ritengono violare i diritti garantiti dalla Convenzione europea, facendo sì che, al di là dei richiami che ad essa sono contenuti nella Carta dei diritti fondamentali e nella giurisprudenza della Corte di giustizia, lo standard di protezione offerto dalla CEDU si configuri effettivamente come il livello minimo di tutela che deve essere garantito anche nell'ordinamento dell'Unione. L'adesione alla Convenzione determinerà, inoltre, un ampliamento degli strumenti di tutela a disposizione dei singoli rispetto alle violazioni imputabili ad atti dell'Unione a portata generale, anche qualora questi non li riguardino "direttamente e individualmente". In merito a questo specifico punto, infatti, occorre notare che i requisiti di ricevibilità dei ricorsi proposti dagli individui, nonostante le modifiche introdotte dal Trattato di Lisbona relative alla parziale estensione della legittimazione ad impugnare dei singoli (art. 263 TUE), continuano ad essere più restrittivi delle condizioni di ricevibilità previste dalla Convenzione, con riferimento specifico alla qualità della vittima della violazione. In proposito, si può ipotizzare che il dialogo regolare tra la Corte di giustizia e la Corte europea, evidenziato dalla Dichiarazione (n. 2), allegata all'Atto finale della Conferenza intergovernativa che ha adottato il Trattato di Lisbona, potrebbe portare ad un avvicinamento in via interpretativa delle condizioni di accesso dei singoli alla Corte di giustizia e alla Corte europea dei diritti umani. Tuttavia, per il momento, si tratta di ipotesi che, sia pur ricche di sviluppi interessanti, possono essere considerate solo in prospettiva futura, in attesa dell'adesione dell'Unione alla CEDU, la quale, essendo complementare al conferimento del valore giuridico vincolante alla Carta, è auspicabile avvenga in tempi rapidi.

Modelli costituzionali a confronto: la specificità della tutela dei diritti fondamentali nel processo di adattamento al diritto dell'Unione europea

Andrea Caligiuri

SOMMARIO: 1. Premessa. – 2. Le diverse formulazioni della *dottrina dei controlimiti* al primato del diritto dell'UE. – 2.1. La concezione italiana dei controlimiti. – 2.2. La giurisprudenza del *Bundesverfassungsgericht* tedesco e l'evoluzione della c.d. *dottrina Solange*. – 2.3. La Corte costituzionale ceca e la formulazione *soft* dei controlimiti. – 3. Il controllo preventivo di costituzionalità del diritto dell'UE: modello francese. – 4. La supremazia della Costituzione nazionale sul diritto dell'UE: modello polacco. – 5. La clausola costituzionale di subordinazione al diritto dell'UE: modello estone. – 6. Considerazioni conclusive.

1. Premessa

A partire dalla sentenza *Internationale Handelsgesellschaft*¹, in cui la Corte di giustizia ebbe modo di affermare che “il fatto che siano menomati vuoi i diritti fondamentali sanciti dalla costituzione di uno Stato membro, vuoi i principi di una costituzione nazionale, non può sminuire la validità di un atto della Comunità né la sua efficacia nel territorio dello stesso Stato”, i giudici costituzionali degli Stati membri dell'Unione europea hanno definito in modo sempre più preciso i limiti del primato del diritto dell'Unione sul diritto nazionale, ponendo, di fatto, delle condizioni allo sviluppo progressivo dell'integrazione europea. Come si avrà modo di esaminare, questi limiti e queste condizioni sono state elaborate in periodi differenti, quasi accompagnando le diverse tappe di modifica o di riforma dei trattati istitutivi delle Comunità europee e dell'Unione europea.

L'obiettivo della nostra indagine è quello di evidenziare i più significativi elementi di convergenza tra le posizioni assunte dalle diverse corti costituzionali in relazione al contenuto materiale delle riserve costituzionali al primato assoluto del diritto dell'UE proclamato dalla Corte di giustizia. Seguendo una logica che tende ad individuare differenti modelli esplicativi della rappresentazione dei rapporti tra ordinamenti interni e ordinamento UE, com'è ovvio, sarà presa in considerazione solo la giurisprudenza di alcune corti costituzionali degli Stati membri.

¹ Corte di giustizia delle Comunità europee, *Internationale Handelsgesellschaft*, causa 11/70, sentenza del 17 dicembre 1970. Si veda anche la precedente pronuncia *Stork*, causa 1/58, sentenza 4 febbraio 1959, pronunciata dalla Corte di giustizia nell'ambito dell'ordinamento CECA.

2. Le diverse formulazioni della *dottrina dei controlimiti* al primato del diritto dell'UE

Il primo modello a cui si farà riferimento è quello noto come *dottrina dei controlimiti*, la quale, principalmente frutto dell'elaborazione giurisprudenziale delle corti costituzionali italiana e tedesca, stabilisce l'esistenza di limiti al trasferimento di poteri dallo Stato nazionale all'ente sovranazionale; limiti che sono individuati nella stessa costituzione nazionale e che vanno, in particolare, identificati nelle norme a tutela dei diritti fondamentali della persona. Questo comporta che, nonostante sia assicurato il riconoscimento del primato del diritto dell'UE sul diritto interno, rimanga un ambito spaziale entro il quale le corti costituzionali mantengono la propria giurisdizione di legittimità sul diritto dell'UE, al fine di verificare che i limiti costituzionali posti al processo di integrazione europea non siano intaccati. Come si avrà modo di osservare, in base a questa dottrina, la funzione delle corti costituzionali è essenzialmente quella di stimolare l'attività della Corte di giustizia – alla quale è riconosciuta la funzione principale di tutela dei diritti umani nell'ambito dell'UE – secondo un parametro di legittimità quantomeno analogo a quello che opera negli ordinamenti interni. Si noterà, infine, alla luce della sempre più marcata sensibilità della Corte di giustizia verso la salvaguardia dei diritti fondamentali della persona, che le corti costituzionali non hanno avuto mai modo di applicare i controlimiti.

2.1. La concezione italiana dei controlimiti

La sentenza n. 183/1974, *Frontini*², con cui in Italia, per la prima volta, la Corte costituzionale ha accolto il principio del primato del diritto dell'UE sul diritto interno, si caratterizza per l'affermazione secondo cui il giudice costituzionale è competente ad esercitare il sindacato di legittimità “sulla perdurante compatibilità del trattato [CEE] con i ... principi fondamentali e i diritti inalienabili della persona”. Con questa enunciazione, la Corte sembra essersi riservata un controllo,

² Si rammenta che nella sentenza, la Corte costituzionale afferma che: “La legge 14 ottobre 1957, n. 1203, con cui il Parlamento italiano ha dato piena ed intera esecuzione al Trattato istitutivo della C.E.E., trova sicuro fondamento di legittimità nella disposizione dell'art. 11 della Costituzione, in base alla quale ‘l'Italia consente, in condizioni di parità con gli altri Stati, alle limitazioni di sovranità necessarie ad un ordinamento che assicuri la pace e la giustizia fra le Nazioni’, e quindi ‘promuove e favorisce le organizzazioni internazionali rivolte a tale scopo’. Questa disposizione, che non a caso venne collocata tra i ‘principi fondamentali’ della Costituzione, segna un chiaro e preciso indirizzo politico: il costituente si riferiva, nel porla, all'adesione dell'Italia alla Organizzazione delle Nazioni Unite, ma si ispirava a principi programmatici di valore generale, di cui la Comunità economica e le altre Organizzazioni regionali europee costituiscono concreta attuazione”. Le decisioni della Corte costituzionale italiana, citate nel testo, sono reperibili sul sito ufficiale della Corte: www.cortecostituzionale.it.

non già sulle singole norme del Trattato CEE, ma sull'evoluzione del processo di integrazione europea, prospettando il caso in cui un esercizio dei poteri normativi delle istituzioni comunitarie avesse prodotto una violazione sistematica dei diritti fondamentali della persona. In questa linea, la sentenza n. 170/1984, *Granital*, ribadiva la riserva di costituzionalità, facendo rinvio espresso al principio stabilito nella sentenza Frontini³; nella sentenza, inoltre, la Corte aveva avuto modo di considerare in termini diversi i rapporti tra ordinamento UE e ordinamento interno, riconoscendo il ruolo precipuo del giudice ordinario nell'assicurare l'efficacia immediata del diritto dell'UE nell'ordinamento italiano.

Un elemento di novità nella ricostruzione dei rapporti tra ordinamento UE e ordinamento interno sembra, piuttosto, essere stato introdotto dalla sentenza n. 232/1989, *Fragd*⁴, la quale amplierebbe considerevolmente il potere di controllo della Corte costituzionale in materia di rispetto dei diritti fondamentali da parte dell'ordinamento comunitario. In questa occasione, infatti, attraverso l'esame di costituzionalità della legge di ratifica del Trattato CEE, la Corte si è pronunciata sulla compatibilità con la Costituzione (art. 24) di una norma del Trattato comunitario (art. 177 CEE, poi art. 234 CE, ora art. 267 TFUE), così come interpretata dalla Corte di giustizia⁵. In sostanza, si può ragionevolmente ritenere

³ La formulazione della dottrina dei controlimiti è stata giustificata, nell'ottica della Corte costituzionale, sulla considerazione che l'ordinamento UE e quello nazionale "sono configurati come autonomi e distinti, ancorché coordinati, secondo la ripartizione di competenza stabilita e garantita dal Trattato" (par. 4, sent. *Granital*). Una tale concezione non sembra essere stata messa in discussione dalla Corte con le sentenze nn. 348/2007 e 349/2008, in cui si è affermato che "[c]on l'adesione ai Trattati comunitari, l'Italia è entrata a far parte di un "ordinamento" più ampio, di natura sopranazionale, cedendo parte della sua sovranità" (par. 3.3 della sentenza n. 348/2007 e par. 6.1 della sentenza n. 349/2007). Una parte della dottrina, invece, ha ritenuto di rinvenire in questa frase una innovativa ricostruzione dei rapporti tra i due ordinamenti da parte della Corte, nel senso dell'incorporazione dell'ordinamento nazionale in quello comunitario; sul punto, si veda M. E. BARTOLONI, *Un nuovo orientamento della Corte costituzionale sui rapporti fra ordinamento comunitario e ordinamento italiano?*, in *Il Diritto dell'Unione europea*, 2008, p. 511 ss. Tuttavia, una lettura sistematica della giurisprudenza costituzionale in materia di rapporti tra ordinamento UE e ordinamento interno, nonché la recente affermazione fatta dalla stessa Corte costituzionale nella sentenza n. 102/2008 (par. 8.2.8.1: "con la ratifica dei Trattati comunitari, l'Italia è entrata a far parte di un ordinamento giuridico autonomo, integrato e coordinato con quello interno, ed ha trasferito, in base all'art. 11 Cost., l'esercizio di poteri, anche normativi, nelle materie oggetto dei Trattati medesimi") sembrano smentire questa interpretazione.

⁴ In merito alle conclusioni della sentenza, si veda G. GAJA, *New Developments in a Continuing Story: the Relationship between EEC law and Italian Law*, in *Common Market Law Review*, 1990, p. 83 ss., spec. p. 93 ss., e E. CANNIZZARO, *Tutela dei diritti fondamentali nell'ambito comunitario e garanzie costituzionali secondo le corti costituzionali italiana e tedesca*, in *Rivista di diritto internazionale*, 1990, p. 372 ss., spec. pp. 375-378.

⁵ Nel caso di specie, tuttavia, la Corte costituzionale ha dichiarato inammissibile per difetto di rilevanza la questione di legittimità, in quanto la sentenza della Corte di giustizia, che avrebbe applicato la norma dell'UE ed operato una compressione dei diritti costituzionali della parte nel processo *a quo*, si era in effetti limitata a richiamare le conclusioni di una pronuncia antecedente rispetto all'instaurazione del processo.

che la Corte, avendo esercitato il controllo su una norma del Trattato istitutivo, così come interpretata dalla Corte di giustizia, si ritenga altresì competente ad esercitare il proprio sindacato di legittimità anche in relazione ai singoli atti dell'UE qualora producano effetti nel nostro ordinamento e possano contrastare con i principi costituzionali fondamentali⁶.

Il controllo di legittimità sulla legge di ratifica dei trattati istitutivi dell'UE, previsto dalla dottrina dei controlimiti, porta in sé un rischio. Qualora si constataste l'incompatibilità tra una norma dell'UE e un principio fondamentale della Costituzione, la Corte si troverebbe a dover dichiarare incostituzionale la legge di ratifica nella parte in cui dà esecuzione a quella specifica norma dell'UE, il che potrebbe assumere il significato di una revoca del consenso libero e consapevole prestato a suo tempo dalla Repubblica italiana ai trattati istitutivi⁷. Tuttavia, nel corso degli anni, la Corte costituzionale ha cercato di precisare i termini della propria riserva attraverso una serie di pronunce che ne hanno puntualizzato e definito meglio l'operatività, con il fine di ridurre i casi di possibile attrito tra ordinamento UE e principi fondamentali della Costituzione.

In particolare, nella sentenza n. 509/1995, la Corte ha stabilito che, in caso di dubbio circa la violazione dei diritti fondamentali costituzionalmente garantiti da parte di una norma dell'UE, il giudice nazionale si deve rivolgere alla Corte di giustizia per ottenere un'interpretazione del diritto dell'UE. Solo qualora permanesse un contrasto con i principi fondamentali della Costituzione, il giudice potrebbe proporre un ricorso incidentale alla Corte costituzionale⁸. Con questa

⁶ In tal senso, G. GAJA, *La sentenza della Corte costituzionale n. 232 del 1989 e i "controlimiti" alle superiorità del diritto comunitario*, in G. CATTURINO (a cura di), *La Corte costituzionale tra diritto interno e diritto comunitario. Atti del seminario svoltosi in Roma, Palazzo della Consulta, nei giorni 15 e 16 ottobre 1990*, Milano 1991, p. 81 ss.

⁷ Sull'importanza di questa conseguenza, si veda da ultimo G. TESAURO, *Sovranità degli Stati e integrazione comunitaria*, in *Il Diritto dell'Unione europea*, 2006, p. 235 ss.

⁸ Il principio è stato erroneamente interpretato dal Consiglio di Stato che, nella sentenza n. 4207 del 5 agosto 2005, ha escluso una questione pregiudiziale di interpretazione ai sensi dell'art. 234 CE (ora art. 267 TFUE), in quanto la norma nazionale da interpretare "non scaturisce dall'attività del potere legislativo, ma è il frutto di un giudizio di legittimità costituzionale ai sensi dell'art. 134 della Costituzione", cosa che precluderebbe alla Corte di giustizia di pronunciarsi sulla sua conformità al diritto dell'UE. Il Consiglio di Stato ha, infatti, ritenuto che al giudice nazionale non sia consentito, in presenza di una statuizione della Corte costituzionale che lo vincola alla applicazione della norma appositamente modificata in funzione della tutela di un diritto fondamentale, prospettare alla Corte di giustizia un quesito pregiudiziale della cui soluzione non potrebbe comunque tenere conto, perché assorbita dalla decisione della Corte costituzionale, incidente nell'area della tutela dei diritti ad essa riservata. Rimane, tuttavia, da constatare che nella consolidata giurisprudenza della Corte costituzionale il controllo del rispetto dei controlimiti è riservato in via esclusiva alla Corte stessa, senza che residui spazio per una sorta di sindacato diffuso da parte dei giudici ordinari. In tal senso, si veda a conferma Corte costituzionale, ordinanza del 28 dicembre 2006, n. 454. Per un'illustrazione dei profili di maggiore criticità presenti nella sentenza del Consiglio di Stato, si veda, tra gli altri, A. BARONE, *A proposito della sentenza Federfarma: fra tutela comunitaria e tutela costituzionale dei diritti fondamentali il Consiglio di Stato smarrisce la retta via?* (con postilla di A. TIZZANO, *A volte ritornano...*), in *Il Diritto dell'Unione europea*, 2006, p. 201 ss.

pronuncia, la Corte non ha, dunque, rinunciato al suo sindacato di legittimità nel caso di un conflitto tra principi fondamentali della Costituzione e diritto dell'UE, ma ha semplicemente spostato temporalmente in avanti il momento in cui tale sindacato può essere attivato.

Più di recentemente la Corte costituzionale, cambiando la sua precedente posizione⁹, ha riconosciuto anche l'importanza di un dialogo diretto con la Corte di giustizia. Nell'ordinanza n. 103/2008, infatti, la Corte ha affermato che “nei giudizi di legittimità costituzionale promossi in via principale è legittimata a proporre questione pregiudiziale davanti alla Corte di giustizia”. Il ricorso al meccanismo del rinvio pregiudiziale è l'unico mezzo attraverso cui la Corte costituzionale può rappresentare le esigenze fondamentali del proprio sistema nazionale in sede sovranazionale, influenzando positivamente la ricostruzione dei principi generali in materia di diritti fondamentali della persona da parte della Corte di giustizia, principi che pur se non “comuni”, si possano almeno ritenere “condivisi”¹⁰. L'ordinanza sottolinea che, pur nella sua peculiare posizione di supremo organo di garanzia costituzionale nell'ordinamento interno, “in tali giudizi..., a differenza di quelli promossi in via incidentale, [la] Corte è l'unico giudice chiamato a pronunciarsi sulla controversia”. Pertanto, i giudici costituzionali prendono atto che ove nei giudizi di legittimità costituzionale promossi in via principale non fosse possibile effettuare il rinvio pregiudiziale di cui all'art. 267 TFUE (vecchio art. 234 CE), risulterebbe leso il generale interesse alla uniforme applicazione del diritto dell'UE, quale interpretato dalla Corte di giustizia. Dal ragionamento della Corte emerge, inoltre, come essa abbia escluso la possibilità di proporre un rinvio pregiudiziale nell'ambito di un giudizio incidentale di legittimità¹¹. In questa ipotesi, infatti, l'eventuale conflitto tra norme dell'UE e leggi interne contrastanti dovrebbe essere sanato direttamente dal giudice di merito, mediante la disapplicazione del diritto interno nel caso di una norma dell'UE che espliciti effetti diretti o ponendo un ricorso in via pregiudiziale alla

⁹ Corte costituzionale, ordinanza del 29 dicembre 1995, n. 536. In alternativa, parte della dottrina (A. PACE, *La sentenza Granital, ventitré anni dopo* in *Studi sull'integrazione europea*, 2007, p. 451 ss.) aveva prospettato una soluzione diversa, affermando la possibilità di una tutela “indiretta” dei controlli costituzionali davanti alla Corte di giustizia. In particolare, la tutela dei diritti inviolabili e dei principi fondamentali della Costituzione, che siano stati eventualmente pregiudicati da un atto dell'UE, sarebbero dovuti essere fatti valere dal Governo della Repubblica davanti alla Corte di giustizia, incorrendo l'atto in uno dei vizi elencati dall'art 230, par. 2, CE (ora art. 263, par. 2, TFUE).

¹⁰ In tal senso, si veda A. TIZZANO, *Ancora sui rapporti tra Corti europee: principi comunitari e c.d. controlli costituzionali*, in *Il Diritto dell'Unione europea*, 2007, p. 734 ss.

¹¹ Sul punto, si veda E. CANNIZZARO, *La Corte costituzionale come giudice nazionale ai sensi dell'art. 234 del Trattato CE: l'ordinanza n. 103 del 2008*, in *Rivista di diritto internazionale*, 2008, p. 789 ss. L'A. pone l'attenzione sull'incongruenza del ragionamento della Corte costituzionale. Quest'ultima, infatti, pur accogliendo la nozione di giurisdizione nazionale formulata dalla Corte di giustizia, ai sensi dell'art. 234 CE (ora art. 267 TFUE), detterebbe poi delle “condizioni assai stringenti, tratte dal modo di essere dell'ordinamento italiano per limitare i casi in cui una giurisdizione nazionale, quale la Corte costituzionale, può effettuare un rinvio pregiudiziale” (p. 790).

Corte di giustizia negli altri casi. In merito a quest'ultima ipotesi, qualora permanesse un contrasto tra il diritto dell'UE e il diritto interno, dopo la sentenza della Corte di giustizia, al giudice di merito resterebbe, comunque, la possibilità di sollevare una questione di legittimità costituzionale in via incidentale "per motivi di non conformità del diritto interno all'ordinamento costituzionale e non per motivi di non conformità all'ordinamento comunitario"¹².

In ultimo, resta da considerare quali siano i contenuti della riserva di costituzionalità individuati dalla giurisprudenza costituzionale. Infatti, quest'ultima, fino ad ora, non ha individuato in concreto i principi della Costituzione che non possono essere sacrificati in nome del processo di integrazione europea, fatta eccezione per il cenno al diritto alla difesa nella sentenza *Fragd*¹³ e l'ulteriore indicazione fornita nella sentenza n. 1146/1988 sui limiti alla revisione costituzionale¹⁴, che, in quanto tali, è ragionevole ritenere si oppongano anche nei confronti del "costituente" dell'UE. La dottrina generalmente individua questi principi nei "diritti inviolabili dell'uomo" cui fa riferimento l'art. 2 Cost. e in tutti quei principi che la Costituzione stessa prescrive come inviolabili. D'altronde, quand'anche i principi costituzionali si esaurissero soltanto in una tutela dei diritti fondamentali della persona, pur se tali diritti sono oggi tutelati nell'ordinamento UE, la funzione della dottrina dei controlimiti non si esaurirebbe, in quanto la tutela dei diritti fondamentali non si sovrappone necessariamente alla tutela dei diritti assicurata dall'ordinamento UE e questo perché un principio avente carattere fondamentale nell'ordinamento italiano potrebbe non

¹² Il ragionamento della Corte costituzionale era stato criticato in quanto non si preoccupava di prendere in considerazione il diverso funzionamento del rinvio pregiudiziale ex art. 68 CE (ora abrogato), in cui solo i giudici di ultima istanza erano legittimati a presentare un ricorso in via pregiudiziale alla Corte di giustizia. In tal senso, E. CANNIZZARO, *La Corte costituzionale come giudice nazionale ai sensi dell'art. 234 del Trattato CE: l'ordinanza n. 103 del 2008*, cit., pp. 791-792. L'A. sottolinea come, a ben vedere, la Corte costituzionale non escludesse espressamente l'eventualità di porre un rinvio pregiudiziale nell'ambito di un giudizio incidentale di legittimità, eventualità che si sarebbe potuta presentare qualora un giudice di merito avesse sollevato una questione di legittimità costituzionale in relazione all'efficacia di un atto dell'UE, adottato sulla base del vecchio Titolo IV CE e privo di effetti diretti, che fosse in contrasto con il diritto interno.

¹³ Nella citata sentenza, la Corte costituzionale ha affermato che l'art. 24 della Costituzione enuncia "un principio fondamentale del nostro ordinamento" e che "il diritto alla tutela giurisdizionale, già annoverato fra quelli inviolabili dell'uomo, va ascritto tra i principi supremi del nostro ordinamento costituzionale, in cui è intimamente connesso con lo stesso principio di democrazia l'assicurare a tutti e sempre, per qualsiasi controversia, un giudice e un giudizio".

¹⁴ Nella sentenza richiamata, la Corte costituzionale ha afferma quanto segue: "La Costituzione italiana contiene alcuni principi supremi che non possono essere sovvertiti o modificati nel loro contenuto essenziale neppure da leggi di revisione costituzionale o da altre leggi costituzionali. Tali sono tanto i principi che la stessa Costituzione esplicitamente prevede come limiti assoluti al potere di revisione costituzionale, quale la forma repubblicana (art. 139 Cost.), quanto i principi che, pur non essendo espressamente menzionati fra quelli non assoggettabili al procedimento di revisione costituzionale, appartengono all'essenza dei valori supremi sui quali si fonda la Costituzione italiana".

essere un “principio comune” agli altri ordinamenti degli Stati membri dell’UE e in quanto tale non essere tutelato dalla Corte di giustizia¹⁵.

L’entrata in vigore della Carta dei diritti fondamentali dell’Unione europea non sembra far venir meno la perdurante validità della dottrina dei controlimiti; anzi, proprio l’art. 53 della Carta specifica che “Nessuna disposizione della presente Carta deve essere interpretata come limitativa o lesiva dei diritti dell’uomo e delle libertà fondamentali riconosciuti, nel rispettivo ambito di applicazione, dal diritto dell’Unione, dal diritto internazionale, dalle convenzioni internazionali delle quali l’Unione o tutti gli Stati membri sono parti contraenti, in particolare la Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell’uomo e delle libertà fondamentali, e dalle costituzioni degli Stati membri”. Questa previsione, dunque, sembra configurarsi come una clausola di legittimazione della stessa dottrina dei controlimiti. Questi ultimi, però non sarebbero più visti come un mezzo estremo posto a difesa dell’ordinamento nazionale, quanto piuttosto quale strumento finalizzato a garantire uno *standard* elevato di tutela dei diritti umani. In questa ottica, i diritti riconosciuti nelle costituzioni degli Stati membri possono essere indicatori di alcune lacune presenti nell’ordinamento UE, ponendosi sia in termini di supplenza rispetto al sistema di tutela offerto a livello dell’UE e, dall’altra parte sia in termini di stimolo per l’attività di tutela di quei diritti da parte della Corte di giustizia.

2.2. Il Bundesverfassungsgericht tedesco e l’evoluzione della c.d. dottrina Solange

La definizione di controlimiti al primato del diritto dell’UE nella giurisprudenza del *Bundesverfassungsgericht* tedesco¹⁶ segue un percorso in parte analogo a quello della Corte costituzionale italiana.

L’appartenenza della Repubblica federale tedesca (RFT) all’Unione europea si fonda, dal punto di vista del diritto costituzionale, sull’art. 24 della Legge fondamentale, divenuto art. 23 dopo la revisione costituzionale in seguito alla firma del Trattato di Maastricht nel 1992¹⁷. Pertanto, i trattati istitutivi si inseriscono

¹⁵ Sul punto, si veda G. GAJA, *Aspetti problematici della tutela dei diritti fondamentali nell’ordinamento comunitario*, in *Rivista di diritto internazionale*, 1988, p. 574 ss., spec. p. 588 ss. Per una rassegna delle potenziali aree di contrasto tra diritto dell’UE e principi fondamentali della Costituzione, si veda U. DRAETTA, *Diritto dell’Unione europea e principi fondamentali dell’ordinamento costituzionale italiano: un contrasto non più solo teorico*, in *Il Diritto dell’Unione europea*, 2007, p. 13 ss.

¹⁶ Le decisioni del *Bundesverfassungsgericht*, citate nel testo, sono reperibili, anche nella versione inglese, nel sito ufficiale della corte: www.bundesverfassungsgericht.de.

¹⁷ Art. 23 Legge fondamentale della repubblica federale tedesca: “(1) Per la realizzazione di un’Europa unita la Repubblica federale di Germania collabora allo sviluppo dell’Unione Europea che è fedele ai principi federativi, sociali, dello Stato di diritto e democratico nonché al principio di sussidiarietà e che garantisce una tutela dei diritti fondamentali sostanzialmente paragonabile a quella

nell'ordinamento interno attraverso una norma costituzionale. Tuttavia, sebbene il *Bundesverfassungsgericht* concepisca i rapporti tra l'ordinamento interno e l'ordinamento UE secondo un approccio dualista e riconosca la superiorità del diritto dell'UE sul diritto interno contrastante, alla luce dell'art. 24 (ora art. 23) della Legge fondamentale¹⁸, con l'ordinanza 29 marzo 1974, *Solange I*¹⁹, esso specificava che la citata clausola costituzionale, che consente le limitazioni di sovranità in favore dell'UE, doveva essere letta in rapporto all'insieme della Legge fondamentale, nella quale si individua un catalogo dei diritti fondamentali quale nucleo intangibile tanto per la revisione costituzionale quanto per l'integrazione europea. Di conseguenza, il Tribunale affermava che, fino a quando l'UE non si fosse dotata di un catalogo dei diritti analogo per contenuti e garanzie a quello della Legge fondamentale il giudice costituzionale, su ricorso di un giudice nazionale, avrebbe esercitato il proprio sindacato sull'applicazione degli atti dell'UE nella RFT, in qualità di ulteriore istanza di controllo rispetto alla Corte di giustizia, anche dopo che il giudice nazionale avesse adito la Corte di giustizia ex art. 177 CEE (poi art. 234 CE, ora art. 267 TFUE). Questa posizione è stata innovata nella sentenza del 22 ottobre 1986, *Solange II*²⁰, in quanto è stato riconosciuto che l'UE, in particolare attraverso la giurisprudenza della Corte di giustizia, è ormai in grado di fornire un livello sufficiente di tutela dei diritti fondamentali dell'individuo e che pertanto il giudice costituzionale non avrebbe più esercitato la propria competenza sull'applicazione degli atti dell'UE, fino a quando fosse stata garantita la protezione equivalente dei diritti fondamentali dei cittadini tedeschi nell'ambito dell'UE. In sostanza, in relazione alla tutela dei diritti fondamentali, il *Bundesverfassungsgericht* ha rinunciato a esercitare il proprio sindacato in favore della Corte di giustizia. Tuttavia, tale rinuncia non è stata concepita in termini di irrevocabilità, ma sempre condizionata all'effettiva protezione che la Corte di giustizia assicura ai diritti fondamentali. Il *Bundesverfassungsgericht* non si è quindi precluso la possibilità di disapplicare un singolo atto dell'UE, qualora nell'ambito dell'UE si riscontri un arretramento nello *standard* di equivalenza nella tutela dei diritti fondamentali rispetto al livello di protezione garantito dalla Legge fondamentale.

della presente Legge fondamentale. La Federazione può a questo scopo, mediante legge approvata dal Bundesrat, trasferire diritti di sovranità. (...)».

¹⁸ Si noti che la concezione dualista era stata già espressa nella sentenza del 18 ottobre 1967 e nell'ordinanza del 9 giugno 1971; in quelle occasioni, tuttavia, il *Bundesverfassungsgericht* aveva lasciata aperta la questione di sapere se, nell'ambito delle procedure validamente introdotte davanti ad esso, avesse la competenza di apprezzare il diritto delle allora Comunità europee in funzione di disposizioni della Legge fondamentale enuncianti diritti fondamentali.

¹⁹ Per un commento all'ordinanza citata, si veda C. D. EHLERMANN, *Primaute du droit communautaire mise en danger par la Cour constitutionnelle fédérale allemande*, in *Revue du marché commune*, 1975, p. 10 ss.

²⁰ Per un commento alla sentenza citata, si veda E. CANNIZZARO, *Un nuovo indirizzo della Corte costituzionale tedesca sui rapporti fra ordinamento interno e norme comunitarie derivate*, in *Rivista di diritto internazionale*, 1988, p. 24 ss.

L'elaborazione della definizione dell'assetto dei rapporti tra l'ordinamento UE e la tutela costituzionale dei diritti fondamentali dell'individuo è proseguita con la decisione del 12 ottobre 1993, relativa al Trattato di Maastricht²¹. In questa pronuncia, pur riconoscendo che la Corte di giustizia ha il compito di garantire la protezione dei diritti fondamentali in ogni singolo caso per l'intero ambito di competenza dell'UE, il *Bundesverfassungsgericht* ha affermato che, poiché gli atti di un'autorità sovranazionale possono incidere sulle garanzie individuali riconosciute dalla Legge fondamentale, esso può esercitare il controllo di costituzionalità sugli atti dell'UE per quanto riguarda "la garanzia generale del livello intangibile dei diritti fondamentali nazionali" ("*eine generelle Gewährleistung des unabdingbaren Grundrechtsstandards*") secondo un "rapporto di cooperazione" ("*Kooperationsverhältnis*") con la Corte di giustizia. In questo senso, il controllo di costituzionalità sugli atti dell'UE sarebbe ammissibile nei casi in cui il Trattato di Maastricht escluda una competenza giurisdizionale della Corte di giustizia²². Il *Bundesverfassungsgericht*, inoltre, ha messo in rilievo le sue funzioni di sorveglianza non solo verso la Corte di giustizia, ma anche verso gli altri organi dell'UE, configurando la possibilità di controllare che l'esercizio dell'azione dell'UE avvenga entro i limiti del trasferimento di competenze effettuato in base ai trattati istitutivi, ed evidenziando che, in caso di violazione, motivi di costituzionalità impedirebbero agli organi statali di applicare nella RFT le norme dell'UE.

Successivamente, il Tribunale costituzionale ha individuato un criterio per valutare "in blocco" la compatibilità degli atti dell'UE con i principi fondamentali dell'ordinamento costituzionale; in particolare, il giudice costituzionale ha l'obbligo di astenersi da un singolo caso di violazione di diritti fondamentali da parte del diritto dell'UE, a meno che si dimostri che il caso dedotto in giudizio palesa un rifiuto "generale" dell'ordinamento UE di assicurare uno *standard* di protezione dei diritti fondamentali equivalente a quello fornito dalla costituzione nazionale²³.

La riserva di costituzionalità che il giudice costituzionale ammette in merito alla primizia del diritto dell'UE derivato sul diritto interno ha trovato una preci-

²¹ Per un commento alla decisione, si veda J. SCHWARZE, *La ratification du traité de Maastricht en Allemagne, l'arrêt de la Cour constitutionnelle de Karlsruhe*, in *Revue du Marché commun et de l'Union européenne*, 1994, p. 293 ss.

²² Il *Bundesverfassungsgericht* faceva espresso riferimento ai casi previsti dall'art. L UE (poi art. 46 UE, ora abrogato), il quale escludeva i Titoli V e VI UE dalla sfera di competenza della Corte di giustizia. Si ricordi che la nuova formulazione dell'art. 46, adottata con il Trattato di Amsterdam, aveva poi previsto al par. 1, lett. b, la competenza della Corte di giustizia sul Titolo VI UE. Attualmente, in base all'art. 275 TFUE, le disposizioni relative alla politica estera e di sicurezza comune e gli atti adottati in base a dette disposizioni rimangono escluse dalla sfera di competenza della Corte di giustizia, salvo per quanto concerne i ricorsi, proposti secondo le condizioni fissate all'art. 263, par. 4, TFUE riguardanti il controllo della legittimità delle decisioni che prevedono misure restrittive nei confronti di persone fisiche o giuridiche adottate dal Consiglio in base al Titolo V, Capo 2, TUE.

²³ In tal senso, si veda *Bundesverfassungsgericht*, Order 7 June 2000, *The judicial referral concerns the question whether the application of the common organisation of the market in bananas of the European Community in the Federal Republic of Germany is constitutional* (2 BvL 1/97).

sazione in relazione all'esecuzione delle direttive. Infatti, con l'ordinanza del 12 maggio 1989, il *Bundesverfassungsgericht* ha sottolineato che, mentre la competenza a garantire i diritti fondamentali nell'ambito dell'UE appartiene alla Corte di giustizia, ad esso spetta invece la competenza di assicurare il rispetto dei diritti inviolabili garantiti dalla Legge fondamentale da parte delle norme interne che si propongono di attuare la direttiva. I giudici costituzionali hanno fondato il loro ragionamento sull'assunto che l'esecuzione di una direttiva comporta un margine più o meno ampio di discrezionalità nella predisposizione dei mezzi per il raggiungimento del risultato fissato nella direttiva stessa, e quindi hanno rilevato come sia possibile che una dichiarazione di illegittimità degli atti interni di esecuzione non comporti necessariamente l'impossibilità di eseguire la direttiva. Piuttosto, in presenza di diverse modalità di esecuzione, il legislatore nazionale deve scegliere quella che meglio si concilia con la tutela dei diritti fondamentali garantiti dalla costituzione. Il *Bundesverfassungsgericht*, comunque, ha ribadito che la disapplicazione di una direttiva segue necessariamente alla constatazione che il raggiungimento del risultato da questa posto comporta un contrasto con i diritti individuali tutelati dalla Legge fondamentale²⁴. In questo filone giurisprudenziale si inseriva anche la sentenza del 18 luglio 2005 sull'attuazione del mandato d'arresto europeo²⁵.

²⁴ In dottrina è stato sottolineato che la differenza tra questa ordinanza e l'ordinanza *Solange II*, relativa ai regolamenti, va spiegata, sul piano tecnico, con l'assenza di effetti diretti delle direttive, oltre che per la rinnovata volontà dei giudici costituzionali di stimolare la Corte di giustizia ad una sempre maggiore attenzione nella tutela dei diritti fondamentali nell'ambito dell'UE; in tal senso, cfr. E. CANNIZZARO, *Tutela dei diritti fondamentali nell'ambito comunitario e garanzie costituzionali secondo le corti costituzionali italiana e tedesca*, in *Rivista di diritto internazionale*, 1990, p. 372 ss., spec. pp. 372-375.

²⁵ Con questa sentenza il *Bundesverfassungsgericht* annullava la legge federale del 21 luglio 2004 di attuazione della decisione-quadro, giudicandola in contrasto con l'art. 16, co. 2, della Legge fondamentale, che pone il divieto di estradare un cittadino tedesco. In questa pronuncia, oggetto di critica non era la decisione-quadro (adottata a norma dell'art. 34 UE, ora abrogato), bensì la legge federale che non aveva sfruttato il margine di discrezionalità lasciato al legislatore nazionale nell'esecuzione dell'atto normativo dell'UE. Attraverso l'annullamento dell'intera legge di attuazione, i giudici costituzionali avevano quindi voluto ammonire il legislatore tedesco, inducendolo a recepire la disciplina dell'UE nel modo più conforme possibile ai principi e ai diritti fondamentali sanciti dalla costituzione. Tuttavia, a ben vedere, pur senza impostare il loro ragionamento nella logica tradizionale dei rapporti tra ordinamenti, i giudici facevano emergere chiaramente le peculiarità del processo di integrazione europea attuato attraverso il vecchio Terzo pilastro. In particolare, si sottolineava che, sebbene in presenza dell'art. 6 UE (ora art. 6 TUE), di un meccanismo sanzionatorio a garanzia dei principi strutturali (art. 7 UE, ora art. 7 TUE) e di uno *standard* comune europeo di tutela dei diritti fondamentali attraverso la CEDU, non fosse giustificabile l'assunto secondo il quale le strutture dello stato di diritto degli Stati membri dell'UE fossero "sincronizzate", come ad esempio in merito al contenuto del diritto sostanziale. Pertanto, l'entrata in vigore di uno stretto principio di mutuo riconoscimento, e la connessa dichiarazione di fiducia reciproca tra gli Stati membri dell'UE, contenuti nella decisione-quadro, sono stati considerati come insufficienti a comprimere la garanzia costituzionale dei diritti fondamentali, proprio perché ci si muoveva in una logica che non era sopranazionale. In merito alla sentenza, si veda, tra gli altri, C.

L'adozione del Trattato di Lisbona, che ridisegna il quadro istituzionale e le competenze dell'Unione europea, non ha inciso in modo radicale sui principi regolatori dei rapporti tra ordinamento UE e ordinamento costituzionale tedesco, così come messi a punto dalla consolidata giurisprudenza del *Bundesverfassungsgericht*²⁶. Nella sentenza del 30 giugno 2009, relativa al Trattato di Lisbona, la sola novità di rilievo emersa riguarda il controllo che il *Bundesverfassungsgericht* si riserva di svolgere per la verifica del rispetto da parte dell'UE della "identità costituzionale" degli Stati membri, garantita dall'art. 4, par. 2, TUE. In questi termini, la sentenza arricchisce la dottrina *Solange*, in base alla quale un diritto di sindacato esiste per la salvaguardia dei diritti fondamentali e per il possibile eccesso di potere delle istituzioni dell'UE.

I giudici affermano che l'identità costituzionale tedesca è equiparata al nucleo costituzionale non emendabile di cui all'art. 79, par. 3, della Legge fondamentale (c.d. clausola di eternità)²⁷; ne consegue che il *Bundesverfassungsgericht* sarà il solo competente a poter controllare l'eventuale rispetto di tale identità costituzio-

TOMUSCHAT, *Inconsistencies: The German Federal Constitutional Court on the European Arrest Warrant*, in *European Constitutional Law Review*, 2006, p. 209 ss.; H. SATZGER, T. POHL, *The German Constitutional Court and the European Arrest Warrant. 'Cryptic Signals' from Karlsruhe*, in *Journal of International Criminal Justice*, 2006, p. 686 ss.

²⁶ Il *Bundesverfassungsgericht*, nella sentenza del 30 giugno 2009, pur avendo dichiarato la legittimità della legge di ratifica del Trattato di Lisbona e della legge costituzionale di emendamento agli articoli 23, 45 e 93 della Legge fondamentale tedesca, ha accertato la parziale incostituzionalità della Legge di ampliamento e rafforzamento dei diritti del Bundestag e del Bundesrat nelle materie concernenti l'Unione europea per violazione dell'art. 38, par. 1, della Legge fondamentale in relazione all'art. 23, par. 1. In particolare, per la corte la legge non avrebbe garantito in modo efficace la partecipazione dei due rami del parlamento federale alla preparazione della posizione tedesca in sede di Consiglio europeo e di Consiglio, nei casi in cui essi possono decidere di precisare o integrare le competenze attribuite all'UE. Il ragionamento della corte, pur nel confermare l'ampia apertura dell'ordinamento costituzionale verso il processo di integrazione europea, si basa sul nesso imprescindibile che esiste tra principio di sovranità e garanzia del principio di democrazia. Pertanto, secondo i giudici costituzionali, in ragione del fatto che gli Stati membri sono i "signori dei trattati" e che tale signoria appartiene non al potere esecutivo ma al potere costituente, cioè al parlamento federale, i diritti di codecisione dei due rami del parlamento federale, così come delineati dalla legge, sarebbero insufficienti ad influire sul processo di formazione delle decisioni a livello dell'UE e sulle procedure di emendamento del Trattato, vanificando l'efficacia del diritto di voto del cittadino tedesco. Ne è conseguito, che i diritti di codecisione del parlamento federale dovessero essere chiaramente iscritti in una nuova legge federale al fine di garantire l'efficacia del diritto di voto dei cittadini tedeschi e che l'UE non oltrepassi le competenze che le sono state attribuite. Il Tribunale ha imposto che la nuova legge fosse adottata prima del deposito dello strumento di ratifica del Trattato di Lisbona da parte del Governo federale. Per un approfondimento in merito ai contenuti della decisione si veda il commento dei diversi autori nella *Special Section: The Federal Constitutional Court's Lisbon Case*, in *German Law Journal*, 2009, p. 1201 ss. e L. S. ROSSI, *I principi enunciati dalla sentenza della Corte costituzionale tedesca sul Trattato di Lisbona: un'ipoteca sul futuro dell'integrazione europea?*, in *Rivista di diritto internazionale*, 2009, p. 993 ss.

²⁷ Art. 79, par. 3, della Legge fondamentale tedesca: "Non è consentita alcuna modifica della presente Legge fondamentale che riguardi l'articolazione della Federazione in Länder, il principio della partecipazione dei Länder alla legislazione o i principi enunciati agli articoli 1 e 20".

nale da parte di un atto delle istituzioni dell'UE. La sentenza, tuttavia, non specifica cosa accade nel caso in cui un atto dell'UE dovesse violare l'identità costituzionale tedesca. La sola certezza è che il sindacato di controllo non può essere esercitato dal giudice ordinario, il quale deve operare un rinvio al giudice costituzionale. Sarà poi quest'ultimo a dover decidere se a) operare direttamente il controllo di legittimità, rendendo eventualmente inapplicabile in Germania un atto dell'UE, in contrarietà con i trattati istitutivi; oppure, b) operare un rinvio pregiudiziale alla Corte di giustizia, rimettendo ad essa la questione e limitandosi a indicare gli elementi di contrarietà dell'atto dell'UE alla Legge fondamentale. Un'ultima ipotesi, compatibile peraltro con il Trattato di Lisbona, potrebbe prevedere un controllo di legittimità effettuato direttamente dal *Bundesverfassungsgericht* e, in caso di riscontro di incompatibilità con la normativa dell'UE, un'intimazione al Governo federale di richiedere la modifica della norma in sede europea o, in caso estremo, di attivare la procedura di recesso dall'Unione prevista dall'art. 50 TUE.

2.3. *La Corte costituzionale ceca e la formulazione soft dei controllimiti*

Nella decisione Pl. US 50/04, *Sugar Quota Regulation II*²⁸, dell'8 marzo 2006, la Corte costituzionale ceca, prima tra le corti supreme degli Stati dell'Europa dell'Est membri dell'UE, ha affrontato la questione del ruolo del primato del diritto dell'UE e degli effetti diretti degli atti dell'UE nell'ordinamento giuridico nazionale. Il risultato a cui la corte è giunta sembra potersi valutare come di grande apertura verso l'ordinamento UE, sebbene non senza individuare nel rispetto dei requisiti e dei fondamenti dello Stato democratico il limite al primato del diritto dell'UE, di cui la stessa Corte costituzionale rimane la garante.

Due sono le affermazioni nella citata decisione che sono rilevanti ai fini della nostra analisi.

In primo luogo, si afferma che “There is no doubt that, as a result of the Czech Republic's accession to the EC, or EU, a fundamental change occurred within the Czech legal order, as at that moment the Czech Republic took over into its national law the entire mass of European law”. In particolare, è stato sottolineato che nell'ambito delle competenze trasferite all'UE, è la Corte di giustizia a dover valutare il rispetto del riparto delle competenze tra Unione europea e Stati membri; ne consegue che la Corte costituzionale non ha la competenza per controllare la validità degli atti dell'UE. Inoltre, i giudici costituzionali hanno statuito che, nell'ambito delle competenze esclusive dell'UE, il principio del primato del diritto dell'UE vale non solo in relazione alle norme nazionali ordinarie, ma anche a quelle di natura costituzionale. Tuttavia, essi hanno precisato che ciò avviene “naturally on the condition that the factors which influence the

²⁸ Le decisioni della Corte costituzionale ceca, citate nel testo, sono reperibili, nella versione inglese, nel sito ufficiale della corte: www.concourt.cz.

national legal environment are not, in and of themselves, in conflict with the principle of the democratic law-based state or that the interpretation of these factors may not lead to a threat to the democratic law-based state”²⁹.

La definizione dei rapporti tra ordinamento UE e ordinamento ceco sembra riproporre, in termini quasi analoghi, le argomentazioni sviluppate dal *Bundesverfassungsgericht* tedesco nella sentenza *Solange II*. Tuttavia, il limite posto dalla Corte costituzionale ceca sembra avere soltanto il valore di una enunciazione di principio, in quanto la corte stessa riconosce che “the current standard within the Community for the protection of fundamental rights cannot give rise to the assumption that this standard for the protection of fundamental rights, through the assertion of principles arising therefrom, is of a lower quality than the protection accorded in the Czech Republic, or that the standard of protection markedly diverges from the standard up till now provided in the domestic setting by the Constitutional Court”.

Questa posizione è stata sostanzialmente ribadita nella decisione Pl. US 19/08, *Treaty of Lisbon*, del 26 novembre 2008. La novità della pronuncia è rinvenibile invece nella soluzione che la corte prospetta in merito ad un possibile conflitto tra la Carta dei diritti fondamentali dell’UE, allegata al Trattato di Lisbona, e il catalogo dei diritti fondamentali tutelato dalla costituzione nazionale. Infatti, la corte afferma che “[i]n the event of a conflict of sources governing the rights and freedoms of individuals under the CFREU and the CFRF the applying bodies will naturally proceed according to the one that provides individuals the higher standard of protection”. In sostanza, i giudici costituzionali aprono la strada all’ipotesi che, in futuro, la Carta dei diritti fondamentali dell’UE possa prevalere sulle norme costituzionali in materia di diritti fondamentali, qualora un diritto fondamentale riceva un grado di tutela più elevato in ambito europeo che non in ambito nazionale, magari in seguito ad un’interpretazione evolutiva delle norme della Carta da parte della Corte di giustizia³⁰.

²⁹ La Corte costituzionale invoca, in particolare, l’art. 9 Cost. ceca: “... 2) Any change of fundamental attributes of the democratic law-observing state is inadmissible. 3) Legal norms cannot be interpreted as warranting the removal or threatening of the foundations of the democratic state”.

³⁰ Si noti che nell’interpretazione della Corte costituzionale, l’apertura dell’ordinamento costituzionale ceco alle ragioni del diritto dell’UE era emerso anche in merito al livello di vincolatività da attribuire alle decisioni-quadro adottate, a norma dell’art. 34 UE (ora abrogato), in tema di cooperazione giudiziaria in materia penale. In particolare, con la decisione Pl. US. 66/04, *European Arrest Warrant*, del 3 maggio 2006, si era posta la questione della compatibilità tra la decisione-quadro e l’art. 14, par. 4, della Carta dei diritti e delle libertà fondamentali della Costituzione ceca che afferma che nessun cittadino può essere forzato a lasciare la madrepatria. I giudici risolvevano la questione facendo riferimento ai principi enunciati dalla Corte di giustizia nella sentenza *Pupino* che, com’è noto, attraverso il richiamo al principio di leale cooperazione ex art. 10 CE (ora abrogato) e ad un conseguente obbligo di interpretazione conforme delle decisioni-quadro da parte dei giudici nazionali, aveva attenuato la rigidità dell’art. 34 UE (ora abrogato), laddove esso esplicitamente specificava che le decisioni-quadro non producono effetti diretti negli ordinamenti degli Stati membri. Di conseguenza, tra le varie interpretazioni possibili del parametro costituzionale

La Corte costituzionale ha ritenuto di non smentire questa conclusione neanche con la decisione Pl. US 29/09, *Treaty of Lisbon II*, del 3 novembre 2009, sebbene la pronuncia sia stata emanata in un momento storico particolare, nel quale il governo ceco ricercava e, pochi giorni dopo la decisione, otteneva la garanzia della salvaguardia dei diritti fondamentali costituzionali rispetto all'applicazione della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea, mediante l'inclusione di un Protocollo apposito allegato al Trattato di Lisbona³¹.

3. Il controllo preventivo di costituzionalità del diritto dell'UE: modello francese

L'individuazione dei principi fondamentali della Costituzione quali elementi di riferimento per il controllo di costituzionalità degli impegni assunti dallo Stato nell'ambito del processo di integrazione europea si ritrova anche nella giurisprudenza del *Conseil Constitutionnel* francese³². Tuttavia, al contrario di quanto visto in precedenza, il modello francese si caratterizza per un controllo preventivo di costituzionalità dei trattati istitutivi o degli atti dell'UE. Pertanto, qualora si riveli un'incompatibilità con la Costituzione, il primato del diritto dell'UE sul diritto interno è assicurato solo attraverso una procedura di revisione

relevante, la Corte costituzionale aveva ricercato quella che non si scontrasse con i principi del diritto dell'UE. I giudici costituzionali avevano pertanto ricavato dal combinato disposto dell'art. 1, par. 2, Cost. e dell'art. 10 CE (ora abrogato) l'obbligo di interpretazione conforme al diritto dell'UE della norma costituzionale in questione³⁰. Nella sua decisione, infatti, la Corte costituzionale aveva ritenuto che, ove il parametro di costituzionalità fosse stato letto nel senso di proibire la consegna di un cittadino ceco ad un'autorità giurisdizionale di un altro Stato membro ai fini della sua sottoponibilità ad un giudizio penale per un crimine commesso in quello Stato, sarebbe venuto meno il principale presupposto alla base della decisione-quadro, vale a dire l'equivalenza del livello di protezione dei diritti fondamentali offerta negli Stati membri dell'Unione europea, la quale si riflette anche in una sostanziale convergenza tra le varie discipline nazionali di diritto penale sostanziale e processuale. Questa affermazione aveva comportato, quale ulteriore conseguenza, l'accettazione da parte dei giudici costituzionali del principio di *mutual trust* tra i differenti Stati membri, anche in un settore così delicato quale quello penale. Questa conclusione è indicativa del fatto che il sistema ceco, al contrario di quanto avvenuto in Germania nell'analoga circostanza, mostrava di avere una maggiore sensibilità verso le esigenze dettate dal processo di integrazione europea; un'apertura che, in una logica oramai integrazionista, non era più solo verso l'ordinamento UE in quanto tale, ma anche verso gli ordinamenti nazionali degli altri Stati membri. In questa ottica, il limite posto dalla Corte costituzionale ceca al primato del diritto dell'UE sembrava non avere mai *chance* di essere invocato, almeno fino a quando l'Unione europea e gli altri Stati membri avessero garantito il "*principle of the democratic law-based state*".

³¹ Cfr. per il testo del Protocollo sull'applicazione della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea alla Repubblica ceca, v. Conclusioni della Presidenza del Consiglio europeo del 1° dicembre 2009. Il Protocollo rinvia al contenuto normativo del Protocollo n. 30 sull'applicazione della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea alla Polonia e al Regno Unito.

³² Le decisioni del *Conseil Constitutionnel*, citate nel testo, sono reperibili nel sito ufficiale della corte: www.conseil-constitutionnel.fr.

della Costituzione stessa³³. Questo modello sembra eliminare, in principio, eventuali contrasti tra il diritto dell'UE e il diritto interno; tuttavia, come si avrà modo di vedere permane un'area di potenziale conflittualità tra i due ordinamenti nel momento in cui l'ordinamento interno deve assicurare il recepimento degli atti emanati dalle istituzioni dell'UE.

I presupposti teorici di questo modello sono stati espressi, ad esempio, nella decisione n. 2004-505 DC del 19 novembre 2004, relativa al Trattato sulla Costituzione europea³⁴. Il *Conseil Constitutionnel* ha affermato la diversità degli obblighi internazionali assunti dalla Francia in seguito alla ratifica di trattati e accordi ex art. 55 Cost. rispetto agli obblighi dell'UE cui la Repubblica è vincolata in virtù dell'art. 88-1 Cost.³⁵, così come modificato in vista della ratifica del Trattato di Maastricht, sottolineando come “[l]e constituant a ainsi consacré l'existence d'un ordre juridique communautaire intégré à l'ordre juridique interne et distinct de l'ordre juridique international”³⁶. Tuttavia, sebbene la Costituzione sancisce il primato del diritto dell'UE sul diritto interno, i giudici costituzionali hanno individuato un limite a tale primato allorquando le modifiche dei

³³ Si noti che, a questo punto, la ratifica potrà avvenire o con legge o con referendum popolare. Nel primo caso si riapre la possibilità di impugnare il progetto di legge di ratifica davanti al Consiglio costituzionale cui spetterà di verificarne la compatibilità rispetto al testo costituzionale modificato; nel secondo caso, per giurisprudenza costante, l'approvazione popolare sottrae la ratifica ad ogni possibilità di controllo costituzionale.

³⁴ Per un ampio commento alla decisione, si vedano, tra gli altri, V. CHAMPEIL-DESPLATS, *Commentaire de la décision du Conseil constitutionnel n° 2004-505 DC du 19 novembre 2004 relative au Traité établissant une Constitution pour l'Europe*, in *Revue trimestrielle de droit européen*, 2005, p. 557 ss.; L. BURGORGUE-LARSEN, *El Tratado por el que se establece una Constitución para Europa ante el Consejo constitucional francés: entre lo novedoso y lo ortodoxo, Francia resiste*, in *Revista española de derecho europeo*, 2005, p. 257 ss.; L. AZOULAY, F. RONKES AGERBEEK, *Conseil constitutionnel (French Constitutional Court), Decision n° 2004-505 DC of 19 november 2004, on the Treaty establishing a Constitution for Europe*, in *Common Market Law Review*, 2005, p. 871 ss.

³⁵ Art. 88-1, co. 1: “La République participe aux Communautés européennes et à l'Union européenne, constituées d'États qui ont choisi librement, en vertu des traités qui les ont instituées, d'exercer en commun certaines de leurs compétences”.

³⁶ Prima di allora, il primato del diritto dell'UE sul diritto interno era stato affermato dal *Conseil Constitutionnel*, nella decisione 9 aprile 1992, n. 92-308 DC, relativa al Trattato di Maastricht, in base al fatto che “le respect de la souveraineté nationale ne fait pas obstacle à ce que, sur le fondement des dispositions [de la quatorzième alinéa, et, de la quinzième alinéa] du préambule de la Constitution de 1946, la France puisse conclure, sous réserve de réciprocité, des engagements internationaux en vue de participer à la création ou au développement d'une organisation internationale permanente, dotée de la personnalité juridique et investie de pouvoirs de décision par l'effet de transferts de compétences consentis par les États membres”. Tuttavia, il *Conseil* sottolineava che “au cas où des engagements internationaux souscrits à cette fin contiennent une clause contraire à la Constitution ou portent atteinte aux conditions essentielles d'exercice de la souveraineté nationale, l'autorisation de les ratifier appelle une révision constitutionnelle”. Sul punto, si veda anche la decisione n. 97-394 DC del 31 dicembre 1997, *Trattato di Amsterdam* e, per un commento, A. PELLET, *Le Conseil constitutionnel, la souveraineté et les traités. À propos de la décision du Conseil constitutionnel du 31 décembre 1997 (traité d'Amsterdam)*, in *Les Cahiers du Conseil constitutionnel*, 1998, p. 113 ss.

trattati istitutivi “portent atteinte aux conditions essentielles d’exercice de la souveraineté nationale”.

Sulla base di questo principio, nel caso di specie, il *Conseil Constitutionnel* ha ritenuto che si dovesse chiedere al Parlamento una revisione costituzionale perché il nuovo Trattato potesse essere applicato, avendone giudicato incostituzionali le norme che stabiliscono un cambiamento di metodo nell’esercizio delle preesistenti competenze dell’UE, il trasferimento ad essa di nuove competenze sovrane e l’attribuzione al parlamento nazionale di competenze che gli vengono assegnate direttamente dalla Costituzione europea.

La corte è invece pervenuta, sulla base dello stesso principio, ad un risultato di conformità della Costituzione francese con la Carta dei diritti fondamentali dell’Unione europea, allegata al Trattato costituzionale. In particolare, il potenziale contrasto riguardava la compatibilità tra il riconoscimento, a livello dell’UE, di diritti collettivi in capo a gruppi e il principio costituzionale di *unicité* del popolo francese e tra il riconoscimento, sempre a livello dell’UE, del diritto di manifestare in pubblico la propria convinzione religiosa e il principio costituzionale di *laïcité* dello Stato. La corte ha risolto la questione fornendo una interpretazione restrittiva dei contenuti e degli effetti della Carta, evocando, a proprio supporto, la giurisprudenza della Corte europea dei diritti umani in materia. Il risultato così ottenuto è stato quello di salvaguardare, da un lato, la specificità dei principi costituzionali in gioco e, dall’altro, di stabilire una sorta di limite all’interpretazione che della Carta stessa avrebbe potuto fornire, in futuro, la Corte di giustizia, cercando di condizionarne in tal modo l’attività.

Sulla base della decisione in esame, è evidente come il ruolo del *Conseil Constitutionnel*, ogni qualvolta vi sia una modifica dei trattati istitutivi dell’UE, sia quello di mettere in rilievo le eventuali difformità tra la Costituzione e l’ordinamento sovranazionale, e, al verificarsi di tale ipotesi, rinviare al potere costituente ogni decisione relativa all’armonizzazione della Costituzione con i nuovi obiettivi posti dall’integrazione europea.

Il limite imposto al primato del diritto dell’UE dalle “conditions essentielles d’exercice de la souveraineté nationale” è stato riaffermato nella decisione n. 2007-560 DC del 20 dicembre 2007, sul *Trattato di Lisbona*³⁷.

Di diversa portata sembra essere la riserva di costituzionalità dichiarata con riguardo al recepimento delle direttive nell’ordinamento interno. Il *Conseil*, a partire dalla decisione n. 2004-496 DC del 10 giugno 2004³⁸, ha avuto modo di affermare che l’attuazione del diritto dell’UE è un adempimento non eludibile

³⁷ Per un commento alla decisione, si veda J. ROUX, *Le Conseil constitutionnel et le contrôle de constitutionnalité du Traité de Lisbonne: bis repetita?*, in *Revue trimestrielle de droit européen*, 2008, p. 5 ss.

³⁸ Per un commento alla decisione, si veda A. SEGURA SERRANO, *La primacia y el control de constitucionalidad del derecho comunitario en Francia*, in *Revista de Derecho Comunitario Europeo*, 2005, p. 93 ss.

per il legislatore francese, il quale risulta vincolato al rispetto degli obblighi derivanti dall'appartenenza della Francia all'ordinamento UE, in virtù del disposto dell'art. 88-1 Cost. Pertanto, non spetta al giudice costituzionale, bensì alla Corte di giustizia, sindacare la legittimità di direttive, con riferimento tanto ad eventuali vizi di forma, quanto ad eventuali vizi sostanziali, segnatamente in ordine alla lamentata violazione di diritti fondamentali, o al mancato rispetto del riparto delle competenze tra Unione europea e Stati membri stabilito dai Trattati. Così statuendo, i giudici costituzionali hanno implicitamente riconosciuto che i trattati istitutivi, e non le costituzioni degli Stati membri, sono i soli legittimati a definire le competenze dell'UE e, inoltre, che la tutela e la portata dei diritti fondamentali sono determinati nell'ambito del diritto dell'UE.

Tuttavia, il *Conseil* ha rilevato che la piena effettività del diritto dell'UE può trovare un limite insormontabile in una "disposition expresse contraire de la Constitution". Una tale affermazione si caratterizza per la sua rigidità, in quanto, se portata alle estreme conseguenze, non permetterebbe di trovare una soluzione ai conflitti che possono sorgere tra l'ordinamento UE e il diritto interno di rango costituzionale. Essa inoltre è formulata in termini più ampi di quanto accade nell'ambito di quei sistemi che hanno posto dei controlimiti al primato del diritto dell'UE; infatti, la riserva di costituzionalità fornisce una garanzia ad ogni norma della Costituzione contrastante con il diritto dell'UE e non già ai soli principi supremi dell'ordinamento costituzionale, come accade, ad esempio, in Italia e Germania.

Nella giurisprudenza successiva, la corte ha però precisato il suo pensiero in merito alla riserva di costituzionalità, facendo riferimento al carattere di specificità di cui deve essere dotata la disposizione costituzionale contrastante con il diritto dell'UE, nel senso di una disposizione che non ha un equivalente nell'ordinamento sovranazionale³⁹. Infine, nella decisione n. 2006-540 DC del 27 luglio 2006, il *Conseil* ha adottato una formulazione più precisa della nozione di riserva di costituzionalità, affermando che "la transposition d'une directive ne saurait aller à l'encontre d'un règle ou d'un principe inhérent à l'identité constitutionnelle de la France, sauf à ce que le constituant y ait consenti"⁴⁰.

³⁹ Cfr. *Conseil Constitutionnel*, decisione n. 2004-498 DC del 29 luglio 2004, *Legge relativa alla bioetica*.

⁴⁰ Il ragionamento sviluppato dal *Conseil Constitutionnel* è seguito anche dal *Conseil d'Etat*, che nella decisione dell'8 febbraio 2007, n° 287110, *Societe Arcelor Atlantique et Lorraine et autres*, ha avuto modo di affermare che "il appartient au juge administratif, saisi d'un moyen tiré de la méconnaissance d'une disposition ou d'un principe de valeur constitutionnelle, de rechercher s'il existe une règle ou un principe général du droit communautaire qui, eu égard à sa nature et à sa portée, tel qu'il est interprété en l'état actuel de la jurisprudence du juge communautaire, garantit par son application l'effectivité du respect de la disposition ou du principe constitutionnel invoqué; que, dans l'affirmative, il y a lieu pour le juge administratif, afin de s'assurer de la constitutionnalité du décret, de rechercher si la directive que ce décret transpose est conforme à cette règle ou à ce principe général du droit communautaire; qu'il lui revient, en l'absence de difficulté sérieuse, d'écarter le moyen invoqué, ou, dans le cas contraire, de saisir la Cour de justice des Communautés européennes d'une question préjudicielle, dans les conditions prévues par l'article 234 du Trai-

Dunque, in linea di principio, la corte mantiene un potere residuale di sindacabilità del diritto dell'UE che la potrebbe condurre ad una rottura con lo stesso ordinamento UE. Questo rischio di rottura, inoltre, è amplificato dal fatto che, per questioni meramente procedurali dettate dall'art. 61 Cost., il *Conseil Constitutionnel* prima di emanare la propria decisione non può sottoporre alla Corte di giustizia un ricorso in via pregiudiziale e quindi non può entrare in un dialogo diretto con la Corte di giustizia stessa⁴¹.

Tuttavia, gli stessi giudici costituzionali, prima di ricorrere alla richiesta di revisione della Costituzione, hanno individuato un margine d'azione rispetto all'applicazione della riserva di costituzionalità: ricorrere ad una interpretazione conforme al diritto dell'UE delle regole e dei principi “*inhérent[s] à l'identité constitutionnelle de la France*”⁴².

4. La supremazia della Costituzione nazionale sul diritto dell'UE: modello polacco

Una prospettiva nuova, rispetto a quelle sino ad ora illustrate, delle dinamiche che interessano l'ordinamento UE e gli ordinamenti nazionali viene dalla giurisprudenza del Tribunale costituzionale polacco⁴³. Nella decisione dell'11 maggio 2005, K 18/04, relativa al Trattato di adesione, la corte sembra aver fornito un quadro completo di tali dinamiche⁴⁴. Il punto centrale della decisione è

té instituant la Communauté européenne ; qu'en revanche, s'il n'existe pas de règle ou de principe général du droit communautaire garantissant l'effectivité du respect de la disposition ou du principe constitutionnel invoqué, il revient au juge administratif d'examiner directement la constitutionnalité des dispositions réglementaires contestées”.

⁴¹ In base all'art. 61, co. 3, Cost., il *Conseil Constitutionnel* deve deliberare entro il termine di un mese, che, in caso di urgenza, si riduce a otto giorni su richiesta del Governo.

⁴² Un esempio in tal senso è fornito nella decisione n. 2006-543 DC del 30 novembre 2006, *Legge relativa al settore dell'energia*. Nella pronuncia, il *Conseil Constitutionnel* interpreta il concetto di “servizio pubblico nazionale” contenuto nell'alinéa 9 della Preambolo della Costituzione del 1946 conformemente al diritto dell'UE.

⁴³ Le decisioni del Tribunale costituzionale polacco, citate nel testo, sono reperibili sul sito ufficiale della corte: www.trybunal.gov.pl/eng.

⁴⁴ Si ricordi, che il Tribunale costituzionale polacco aveva avuto modo di pronunciarsi, una prima volta, sui rapporti tra ordinamento costituzionale e ordinamento UE nella sentenza del 27 aprile 2005, relativa all'applicazione del mandato d'arresto europeo ai cittadini polacchi (P 1/05). Nel caso di specie, si era posto un problema di compatibilità tra la decisione-quadro sul mandato d'arresto europeo e l'art. 55, par. 1, Cost. che vieta l'estradizione di cittadini polacchi. Nella sua pronuncia, la corte aveva sottolineato che, sebbene l'obbligo di esecuzione della decisione quadro avesse il suo fondamento giuridico nell'art. 9 Cost., “the fact that a domestic statute was enacted for the purpose of implementing secondary EU law does not per se guarantee the substantive conformity of this statute with the norms of the Constitution”. La corte era dunque competente a valutare la compatibilità della norma interna di esecuzione della decisione-quadro con la norma costituzionale contrastante. La norma della legge di attuazione che permette l'estradizione del cittadino polacco è stata così dichiarata incostituzionale e la corte ha suggerito al legislatore di procedere ad

l'affermazione che “the Constitution enjoys precedence of binding force and precedence of application within the territory of the Republic of Poland” e che questo principio, espresso nell'art. 8, par. 1, Cost., non sia stato intaccato in alcun modo dall'adesione della Polonia all'Unione europea. Questa conclusione è stata giustificata alla luce del contenuto dell'art. 90, par. 1, Cost.⁴⁵, che ha costituito la base per l'accessione all'Unione europea. Infatti, secondo la corte, la norma in questione “do not authorise the delegation of competences to such an extent that it would signify the inability of the Republic of Poland to continue functioning as a sovereign and democratic State”. La corte ha pertanto affermato che, sebbene alla luce dell'art. 90, par. 1, Cost., le norme emanate da un'organizzazione internazionale, quale è l'Unione europea, il cui trattato è stato ratificato dalla Polonia, abbiano diretta applicabilità e precedenza, in caso di conflitto con le norme nazionali di livello sub-costituzionale, ciò non possa accadere in relazione alle norme di rango costituzionale.

Il Tribunale costituzionale ha focalizzato il suo ragionamento sul fatto che l'ordinamento interno e quello UE sono autonomi, coesistono e operano simultaneamente. Tuttavia, autonomia non vuol dire che i due ordinamenti non interagiscano, anzi è proprio dall'esistenza di questa interazione che possono sorgere conflitti tra il diritto dell'UE e la costituzione nazionale. Un tale conflitto, qualora si presenti come non componibile attraverso gli strumenti interpretativi, comporta che “the Nation as the sovereign, or a State authority organ authorised by the Constitution to represent the Nation, would need to decide on: amending the Constitution; or causing modifications within Community provisions; or, ultimately, on Poland's withdrawal from the European Union”. Contestualmente, la corte ha indicato i limiti al principio, da essa formulato, di interpretazione del diritto interno “in a manner sympathetic to European law”, individuando, in particolare, nelle norme della Costituzione a tutela dei diritti e delle libertà individuali “a minimum and unsurpassable threshold which may not be lowered or questioned as a result of the introduction of Community provisions”.

La decisione citata sembra dunque affermare l'assoluta supremazia della

una modifica dell'art. 55, par. 1, Cost. al fine di renderlo conforme ai vincoli discendenti dalla decisione-quadro. Infine, sulla base dell'art. 190, par. 8, Cost., la corte ha stabilito lo slittamento degli effetti della sua sentenza di 18 mesi. Come è stato osservato, la corte sembra aver mostrato una certa sensibilità in merito alla necessità per la Polonia di adempiere all'obbligo dell'UE, lasciando quindi al legislatore un congruo lasso di tempo per la modifica costituzionale, così che i vincoli discendenti dalla decisione-quadro non fossero disattesi (in tal senso, K. KOWALIK-BAŃCZYK, *Should We Polish It Up? The Polish Constitutional Tribunal and the Idea of Supremacy of EU Law*, in *German Law Journal*, 2006, p. 1355 ss.; D. LECZYKIEWICZ, *Case Note*, in *Common Market Law Review*, 2006, p. 1181 ss.).

⁴⁵ Art. 90, par. 1, Cost.: “The Republic of Poland may, by virtue of international agreements, delegate to an international organization or international institution the competence of organs of State authority in relation to certain matters”.

Costituzione nazionale sul diritto dell'UE⁴⁶.

In questa scia si è inserita l'ordinanza del 19 dicembre 2006, che ha completato la costruzione teorica elaborata dal Tribunale costituzionale, delineando una divisione di competenze con la Corte di giustizia in merito all'interpretazione del diritto dell'UE. Infatti, valorizzando la posizione della Corte di giustizia come garante dell'interpretazione uniforme del diritto dell'UE, il Tribunale costituzionale ha affermato che, in caso di dubbio circa l'interpretazione del diritto dell'UE, in ragione di un conflitto dello stesso con la legislazione polacca, il giudice nazionale debba decidere la questione direttamente o proporre un ricorso in via pregiudiziale alla Corte di giustizia⁴⁷. Posta in questi termini, la decisione sembrerebbe inserita nell'ambito della ortodossia dei rapporti tra ordinamenti enunciata dalla Corte di giustizia. Tuttavia, facendo riferimento all'art. 8, par. 1, Cost., il Tribunale costituzionale ha aggiunto che ad esso spetta l'ultima parola in merito alle questioni di interpretazione del diritto dell'UE, ogni qualvolta quest'ultimo si ponga in conflitto con la Costituzione, ribadendo, ancora una volta in modo inequivocabile, il valore supremo della carta costituzionale polacca sulle norme dell'UE.

5. La clausola costituzionale di subordinazione al diritto dell'UE: modello estone

Da ultimo, particolare attenzione merita la soluzione offerta dall'ordinamento costituzionale estone in merito ai rapporti con il diritto dell'UE. Al momento dell'adesione dell'Estonia all'UE, si decise di non modificare direttamente la Costituzione, ma di adottare un atto di rilevanza costituzionale, il c.d. *Constitution of Estonia Amendment Act* del 2003, in cui si prevedeva espressamente, all'art. 2, che, dal momento dell'adesione, la Costituzione andasse applicata alla luce dei diritti e degli obblighi previsti in capo agli Stati membri dal Trattato di adesione, firmato ad Atene il 16 ottobre 2003.

In una sentenza dell'11 maggio 2006, la sezione di giustizia costituzionale della Corte suprema estone si è trovata a dover risolvere una questione di compatibilità tra il diritto dell'UE e il diritto interno di rango costituzionale. In particolare, in previsione della futura adesione del paese alla zona dell'euro, un potenziale conflitto sarebbe potuto sorgere tra l'art. 111 Cost., che prevede che la Banca di Estonia goda della prerogativa esclusiva di emettere moneta nel territorio naziona-

⁴⁶ Sul punto, si vedano le parole del giudice costituzionale polacco M. GZYBOWSKI, *The Competent of the Constitutional Tribunal and the 2003 Treaty of Accession*, in "Position of Constitutional Courts Following Integration into the European Union, International Conference 30 September - 2 October 2004, Bled, Slovenia", disponibile su www.us-rs.si/pceeu/index.php?sv_path=589.

⁴⁷ Per un approfondito commento in merito alla citata ordinanza, si veda A. ŁAZOWSKI, *Poland: Constitutional Tribunal on the Preliminary Ruling Procedure and the Division of Competences Between National Courts and the Court of Justice*, in *European Constitutional Law Review*, 2008, p. 187 ss.

le, e l'art. 106 CE (ora art. 128 TFUE), in base al quale la Banca centrale europea è la sola competente ad emettere banconote all'interno dell'Unione europea⁴⁸.

I giudici costituzionali hanno rilevato in modo chiaro che “art. 111 of the Constitution is not compatible with the European Union Law, which means that art. 111 of the Constitution and European Law cannot be applied simultaneously” e, preso atto dell'incompatibilità, hanno richiamato l'art. 2 del *Constitutional Amendment Act* per determinare la fonte prevalente. Infatti, a giudizio della Corte, questa norma, avendo costituzionalizzato il Trattato di adesione, comporta che “European Union Law became one of the grounds for the interpretation and application of the Constitution”. Inoltre, la Corte ha aggiunto che, l'ordinamento dell'UE avendo acquisito, in ragione di tale costituzionalizzazione, un carattere vincolante anche nei confronti delle disposizioni costituzionali, “only that part of Constitution is applicable, which is in conformity with the European Union law or which regulates the relationship that are not regulated by the European Law”. Pertanto, “the effect of those provisions of the Constitution that are not compatible with the European Law and thus inapplicable, is suspended”.

Questa sentenza dunque sembra accertare una subordinazione del diritto costituzionale estone al diritto dell'UE. Pertanto, sia all'interno della sfera di competenza esclusiva dell'UE, sia di quella concorrente tra la stessa Unione e gli Stati membri, al diritto dell'UE deve essere sempre accordata la prevalenza in caso di conflitto con le fonti di diritto estone, ivi compresa la Costituzione.

La portata di tale pronuncia potrebbe essere teoricamente dirompente se solo si pensa che da essa discenderebbe la conseguenza che anche le norme costituzionali a tutela dei diritti fondamentali della persona debbano essere sospese se in contrasto con il diritto dell'UE. Più in particolare, qualora la Corte costituzionale estone dovesse confermare questa giurisprudenza senza porre dei limiti al primato del diritto dell'UE, al contrario di altre corti costituzionali degli Stati membri, essa rinunciarebbe ad interrogarsi sul grado di tutela dei diritti fondamentali della persona nell'ambito dell'ordinamento sovranazionale e sulle conseguenze che potrebbero derivare dall'ipotesi, pur remota, di violazioni sistematiche dei diritti fondamentali tutelati dalla Costituzione nazionale nell'ambito dell'ordinamento UE.

6. Considerazioni conclusive

Il dato rilevante che emerge da questa, sia pur parziale, rassegna della giurisprudenza delle corti costituzionali degli Stati membri è costituito dalla tendenza ad individuare nella tutela dei diritti fondamentali della persona, più che nel pa-

⁴⁸ La sentenza è pubblicata in *East European Case Reporter of Constitutional Law*, 2006, p. 193 ss.

rametro della sovranità nazionale, l'elemento di potenziale conflitto con l'ordinamento UE. Questo si spiega, principalmente, in base al fatto che il processo di integrazione europeo, attraverso una continua e sempre maggiore cessione di competenze sovrane all'entità sovranazionale, procede secondo meccanismi che si pongono anche al di fuori della legittimazione democratica che caratterizza gli Stati nazionali europei⁴⁹. In questa ottica, la tutela dei diritti fondamentali assurge a parametro imprescindibile per definire i rapporti tra gli ordinamenti nazionali e l'ordinamento UE, nell'ottica della creazione di un'unione sempre più stretta tra i popoli europei. Una prova in tal senso è il sostanziale fallimento, nella prevenzione dei conflitti tra ordinamenti, del controllo preventivo di costituzionalità sui trattati istitutivi o di modifica dei testi costituzionali nel senso di una maggiore apertura degli ordinamenti nazionali al processo di integrazione europea.

Tuttavia, le riserve di costituzionalità individuate nell'ambito degli ordinamenti di diversi Stati membri non vanno lette come un ostacolo al processo di integrazione, bensì quale espressione dell'istaurarsi di un dialogo costruttivo tra corti nazionali e Corte di giustizia. Esse devono essere considerate uno stimolo alla costruzione del progetto europeo, che metta al suo centro anche la tutela dei diritti inalienabili della persona. D'altra parte, si deve evidenziare che in altre circostanze, le stesse corti costituzionali non si sono mostrate chiuse alla contaminazione positiva del loro sistema costituzionale di tutela dei diritti umani proveniente dall'ordinamento sovranazionale. Tutt'al più, si deve sottolineare che nell'ottica dell'impostazione dualistica dei rapporti tra ordinamenti, da parte dei giudici costituzionali, la contaminazione è stata accettata attraverso l'uso di tecniche interpretative che dilatano i contenuti dei diritti costituzionalmente protetti secondo il nuovo parametro di provenienza sovranazionale. Dal canto suo, anche la Corte di giustizia, probabilmente stimolata da questo attivismo delle corti costituzionali, sembra essere attenta ad una maggiore valorizzazione delle "tradizioni costituzionali comuni" nell'ambito dell'ordinamento dell'Unione, fino ad arrivare ad interpretare le norme dei trattati istitutivi alla luce delle specifiche sensibilità costituzionali dei singoli Stati membri⁵⁰.

Prospettive nuove potrebbero aprirsi, anche attraverso la valorizzazione delle "identità nazionali" degli Stati membri, che l'Unione riconosce in base all'art. 4, par. 1, TUE⁵¹, nei limiti in cui esse effettivamente si differenziano dalle tradi-

⁴⁹ In tal senso, si veda E. CANNIZZARO, *Esercizio di competenze e sovranità nell'esperienza giuridica dell'integrazione europea*, in *Rivista di diritto costituzionale*, 1996, p. 75 ss.

⁵⁰ Si veda ad esempio, Corte di giustizia delle Comunità europee, *Omega*, causa C-36/02, sentenza 14 ottobre 2004.

⁵¹ Art. 4, par. 2, TUE: "L'Unione rispetta l'uguaglianza degli Stati membri davanti ai trattati e la loro identità nazionale insita nella loro struttura fondamentale, politica e costituzionale, compreso il sistema delle autonomie locali e regionali. Rispetta le funzioni essenziali dello Stato, in particolare le funzioni di salvaguardia dell'integrità territoriale, di mantenimento dell'ordine pubblico e di

zioni costituzionali comuni. In particolare, la clausola sul riconoscimento delle identità costituzionali potrebbe essere letta come un'apertura dell'ordinamento UE alle singole visioni costituzionali degli Stati membri, anche per ciò che riguarda le peculiarità inerenti alla salvaguardia dei diritti fondamentali, con la possibilità per la Corte di giustizia di tenerne maggiormente conto nella propria giurisprudenza. Non a caso la nuova norma è stata percepita come una "europeizzazione" dei "controlimiti"⁵².

tutela della sicurezza nazionale. In particolare, la sicurezza nazionale resta di esclusiva competenza di ciascuno Stato membro".

⁵² Cfr. A. RUGGERI, *Trattato costituzionale, europeizzazione dei "controlimiti" e tecniche di risoluzione delle antinomie tra diritto comunitario e diritto interno (profili problematici)*, in S. STAIANO (a cura di), *Giurisprudenza costituzionale e principi fondamentali. Alla ricerca del nucleo duro delle Costituzioni*, Torino 2006, p. 827 ss.

Origini e sviluppo della Convenzione europea dei diritti umani

Annamaria Viterbo

“Les droits de l’homme constituent
un des fondements des sociétés humaines
et en même temps les mettent en cause”
Luzius Wildhaber

SOMMARIO: 1. Introduzione. – 2. Il catalogo di diritti della Convenzione europea dei diritti umani e delle libertà fondamentali ed i Protocolli addizionali e di emendamento. – 3. I criteri di interpretazione della Convenzione adottati dalla Corte – 4. Lo spazio giuridico della CEDU. – 5. Il sistema di protezione come originariamente previsto dalla CEDU e come modificato dal Protocollo n. 11. – 6. Condizioni di ricevibilità. – 7. L’adozione di misure provvisorie. – 8. L’esecuzione delle sentenze della Corte europea dei diritti umani negli ordinamenti interni. – 9. La riforma prevista dal Protocollo n. 14. – 10. La riforma “strisciante” della Convenzione europea dei diritti umani: le funzioni quasi-costituzionali della Corte.

1. Introduzione

Gli orrori della seconda guerra mondiale resero evidente la necessità di perseguire a livello multilaterale i valori della pace, della giustizia e della dignità umana. Nel 1945, con l’introduzione della tutela dei diritti fondamentali tra i principali scopi delle Nazioni Unite (art. 1, par. 3, della Carta ONU) veniva inaugurata una nuova era del diritto internazionale¹. La tutela dei diritti umani veniva sottratta al dominio riservato degli Stati e innalzata al di sopra di questi.

Nell’Europa ancora lacerata dalla tragedia della guerra vennero istituite organizzazioni internazionali volte a creare una più stretta unione fra i popoli ed a garantire la pace e il rispetto dei diritti inalienabili: il Consiglio d’Europa e le Comunità europee.

¹ Per tutti v. J.A. CARRILLO SALCEDO, *Algunas reflexiones sobre la subjetividad internacional del individuo y el proceso de humanización del derecho internacional*, in R. ZEBINI RIBEIRO LEO, A.A. CANÇADO TRINIDADE, A. DRZEMCZEWSKI (eds.), *Liber Amicorum Cançado Trindade*, Porto Alegre, 2005, p. 279 ss.

Il compito di elaborare un catalogo dei diritti – che si era scelto di non inserire nella Carta di San Francisco – venne affidato alla Commissione dei diritti umani; il 10 dicembre 1948, l’Assemblea Generale delle Nazioni Unite adottava la *Dichiarazione universale dei diritti umani* predisposta dalla Commissione (UN Doc. A/RES/217 (III)). Nel 1966 sarebbero stati adottati i Patti delle Nazioni Unite sui diritti civili e politici e sui diritti economici, sociali e culturali.

Il Trattato di Londra istitutivo del *Consiglio d'Europa* (COE)² entrò in vigore il 5 maggio 1949 tra dieci Stati fondatori³. Da allora, la *membership* dell'organizzazione si è allargata a 47 Stati⁴, grazie anche all'adesione – a partire dagli anni '90 – delle democrazie sorte a seguito della dissoluzione dell'URSS⁵.

Rientrano tra gli obiettivi del Consiglio d'Europa la tutela e la promozione del patrimonio di ideali, principi e diritti fondamentali comune agli Stati membri, della *rule of law* e della democrazia. A tali fini il COE predispone convenzioni internazionali, sostiene le riforme legislative e la stabilità democratica dei paesi membri e li sottopone al controllo del Comitato dei Ministri, il suo organo decisionale ed esecutivo⁶.

La prima e senz'altro la più significativa realizzazione del Consiglio d'Europa è stata la *Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti umani e delle libertà fondamentali* (CEDU), entrata in vigore il 3 settembre 1953⁷ e via via ratificata da tutti i suoi Stati membri⁸.

² Il testo del Trattato di Londra istitutivo del Consiglio d'Europa è reperibile sul sito web *conventions.coe.int/Treaty/ita/Treaties/Html/001.htm*.

³ I dieci Stati fondatori del COE furono Belgio, Danimarca, Francia, Gran Bretagna, Irlanda, Italia, Lussemburgo, Olanda, Norvegia e Svezia. Il Trattato di Londra è stato ratificato dall'Italia con legge 23 luglio 1949, n. 433, in *Gazzetta Ufficiale* n. 168 del 25 luglio 1949.

⁴ Per un elenco aggiornato delle ratifiche si consulti la pagina web *conventions.coe.int/Treaty/Commun/QueVoulezVous.asp?NT=001&CM=8&DF=1/6/2009&CL=ENG* (ultimo accesso 20 febbraio 2009).

⁵ Tra queste la Bielorussia ancora non soddisfa le condizioni minime di democrazia e rispetto dei diritti umani necessarie per l'adesione.

⁶ La struttura istituzionale del Consiglio d'Europa è articolata nel Comitato dei Ministri, nell'Assemblea Parlamentare – forum di discussione politica rappresentativo dei Parlamenti nazionali – e nella Segreteria. Il Comitato dei Ministri può adottare misure sanzionatorie contro gli Stati membri che non rispettino gli obblighi assunti con il Trattato di Londra (art. 8). Sul tema v. tra i molti K. SCHLÜTER, *The Council of Europe, the Standard Setter*, in M. BROSIG (ed.), *Human Rights in Europe: A Fragmented Regime?*, Frankfurt am Main, 2006, pp. 30-56; O. PORCHIA, *Consiglio d'Europa (voce)*, in *Digesto delle discipline pubblicistiche, Aggiornamento*, Torino, 2005, pp. 190-199.

⁷ L'Italia ha ratificato la CEDU con legge 4 agosto 1955, n. 848, in *Gazzetta Ufficiale* n. 221 del 24 settembre 1955. Sui rapporti tra l'ordinamento italiano e la CEDU, v. M. PEDRAZZI, *La CEDU nell'ordinamento italiano*, in questo *Volume*.

⁸ Tra la vasta bibliografia in argomento si segnalano: M. JANIS, *European Human Rights Law: Text and Materials*, Oxford, 2008; F. SUDRE, *Droit international et européen des droits de l'homme*, Parigi, 2008; G. RAIMONDI, *Il Consiglio d'Europa e la Convenzione europea dei diritti dell'uomo*, Napoli, 2008; L. CAFLISCH, J. CALLEWAERT, R. LIDDELL, P. MAHONEY, M. VILLIGER (eds.), *Liber Amicorum Luzius Wildhaber: Human Rights – Strasbourg Views*, The Hague, 2007; A. MOWBRAY, *Cases and Materials on the European Convention on Human Rights*, Oxford, 2007; M. PEDRAZZI, *La Convenzione europea sui diritti umani e il suo sistema di controllo*, in L. PINESCHI (a cura di), *La tutela internazionale dei diritti umani*, Milano, 2006, pp. 281-312; C. RUSSO, P. QUAINI, *La Convenzione europea dei diritti dell'uomo e la giurisprudenza della Corte di Strasburgo*, Milano, 2006; C. ZANGHÌ, *La protezione internazionale dei diritti dell'uomo*, Torino, 2006; B. NASCIBENE, *La Convenzione europea dei diritti dell'uomo: profili ed effetti nell'ordinamento italiano*, Milano 2002; A. SACCUCCI, *Profili di tutela dei diritti umani: tra Na-*

La CEDU contiene il catalogo dei diritti che, ai sensi dell'art. 1, gli Stati si impegnano a riconoscere ad ogni persona soggetta alla loro giurisdizione (e non solo ai propri cittadini) ed attribuisce alla Corte europea dei diritti umani la competenza ad accertare, su ricorso interstatale o individuale, l'eventuale responsabilità degli Stati parte per la violazione di tali diritti.

La CEDU va quindi ben oltre la tradizionale assunzione per via pattizia di impegni reciproci tra Stati ed istituisce un *sistema di protezione e garanzia collettiva* dei diritti fondamentali⁹. Negli anni '50, l'attribuzione di un seppur limitato diritto di azione all'individuo¹⁰ poneva il sistema CEDU all'avanguardia rispetto allo stato del diritto internazionale del tempo.

2. Il catalogo di diritti della Convenzione europea dei diritti umani e delle libertà fondamentali ed i Protocolli addizionali e di emendamento

L'originario catalogo dei diritti della Convenzione europea comprendeva prevalentemente diritti civili e politici¹¹. L'ambito di protezione è stato poi gradualmente ampliato grazie all'attività interpretativa svolta dalla Corte¹² e tramite l'adozione di *Protocolli addizionali* alla Convenzione. Lo spettro dei diritti tutelati è stato in tal modo allargato a diritti di seconda generazione, come il diritto di proprietà sancito all'art. 1 del Primo Protocollo addizionale¹³. Poiché però agli Stati

zioni Unite e Consiglio d'Europa, Padova, 2002; S. BARTOLE, B. CONFORTI, G. RAIMONDI (a cura di), *Commentario alla Convenzione europea dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali*, Padova, 2001; M. DE SALVIA, *La Convenzione europea dei diritti dell'uomo*, Napoli, 2001; L.-E. PETTITI, P.-H. IMBERT, E. DECAUX, *La Convention européenne des droits de l'homme: commentaire article par article*, Paris, 1999.

⁹ Corte europea dei diritti umani, *Mamatkulov e Askarov c. Turchia* [GC], ricorsi nn. 46827/99 e 46951/99, sentenza del 4 febbraio 2005, par. 100.

¹⁰ Sulla ripartizione originaria della funzione di tutela giurisdizionale tra Commissione europea dei diritti umani e Corte europea dei diritti umani v. *infra*, par. 5.

¹¹ Si trattava di alcuni soltanto dei diritti riconosciuti nella Dichiarazione universale: il diritto alla vita (art. 2); il diritto a non essere sottoposti a tortura e a trattamenti inumani e degradanti (art. 3); il diritto a non essere ridotti in schiavitù e costretti al lavoro forzato (art. 4); un gruppo di diritti relativi alla corretta amministrazione della giustizia tra cui il diritto a non subire detenzioni arbitrarie (art. 5); il diritto all'equo processo (art. 6); il principio di legalità e di irretroattività dei delitti e delle pene (*nullum crimen, nulla poena, sine lege*) (art. 7) e il diritto a un ricorso effettivo (art. 13); il diritto al rispetto della vita privata e familiare (art. 8); il diritto alla libertà di pensiero, coscienza e religione (art. 9); il diritto alla libertà di espressione (art. 10); il diritto alla libertà di riunione (art. 11).

¹² Nel campo dei diritti sociali v. ad esempio Corte europea dei diritti umani, *Demir e Baykara c. Turchia* [GC], ricorso n. 34503/97, sentenza del 12 novembre 2008 (in tema di libertà sindacale).

¹³ Il catalogo europeo non è stato ancora ampliato sino a ricomprendere tutti i cd. diritti di seconda generazione enunciati nel Patto delle Nazioni Unite sui diritti economici, sociali e culturali adottato in seno all'Assemblea Generale nel 1966.

parte della CEDU è lasciata facoltà di decidere se ratificare o meno detti Protocolli, ne possono risultare delle difformità di protezione tra le Parti contraenti¹⁴.

Diversamente dai Protocolli addizionali, i *Protocolli di emendamento* – come ad esempio i Protocolli nn. 11 e 14¹⁵, ma non il Protocollo n. 14 *bis*¹⁶ – apportano modifiche alla procedura di tutela giurisdizionale di fronte alla Corte ed entrano in vigore solo con la ratifica di tutti gli Stati parte della Convenzione.

I diversi diritti protetti sono da ritenersi indivisibili ed interdipendenti e tra essi non è individuabile alcun ordine gerarchico. La Convenzione stessa distingue peraltro tra diritti derogabili e inderogabili. “In caso di guerra o di altro pericolo pubblico che minacci la vita della nazione”, l’art. 15 CEDU consente alle Parti contraenti l’adozione di misure in deroga agli obblighi previsti dalla Convenzione “nella stretta misura in cui la situazione lo richieda e a condizione che tali misure non siano in conflitto con gli altri obblighi derivanti dal diritto internazionale”¹⁷. Lo stesso art. 15 sancisce però che in nessun caso potranno essere autorizzate limitazioni per un gruppo di diritti che rappresenta il cd. *nocciolo duro* della CEDU. Appartengono a tale nucleo di *diritti inderogabili* il diritto alla vita¹⁸ (art. 2), il divieto di tortura¹⁹ e di pene o trattamenti inumani e degradanti

¹⁴ I Protocolli aggiuntivi (come il Primo Protocollo ed i Protocolli nn. 4, 6, 7, 12, 13) entrano in vigore al raggiungimento di un numero minimo di ratifiche. Tra questi merita di essere ricordato il Protocollo n. 12, entrato in vigore il 1° aprile 2005, il cui art. 1 contiene un divieto *generale* di discriminazione (che estende quindi la protezione offerta dall’art. 14 CEDU). Il Protocollo n. 12 non è ancora stato ratificato dall’Italia. Sul tema v. L. LOUCAIDES, *The Prohibition of Discrimination under Protocol 12 of the European Convention of Human Rights*, in L. LOUCAIDES, *The European Convention on Human Rights: Collected Essays*, Leiden, 2007, pp. 55-72; COE, *Non-Discrimination: A Human Right – Seminar to Mark the Entry into Force of Protocol n. 12*, Strasburgo, 11 ottobre 2005; R. WINTEMUTE, *Filling the Article 14 “Gap”: Government Ratification and Judicial Control of Protocol n. 12 ECHR*, in *European Human Rights Law Review*, 2004, pp. 484-499.

¹⁵ Sul Protocollo n. 11 v. *infra*, par. 5. Sul Protocollo n. 14 v. *infra*, par. 9. Sono di emendamento anche i Protocolli nn. 2, 3, 5, 8, 9 e 10.

¹⁶ Il Protocollo n. 14 *bis*, aperto alla firma il 27 maggio 2009, rappresenta un’eccezione (v. *infra*, par. 10). Nonostante apporti delle modifiche sostanziali alla procedura della Corte, il Protocollo n. 14 *bis* è strutturato come un protocollo addizionale: i ricorsi pendenti nei confronti degli Stati che procederanno man mano alla sua ratifica saranno trattati secondo la nuova procedura.

¹⁷ Sul tema v. G. CATALDI, *Le deroghe ai diritti umani in stato di emergenza*, in L. PINESCHI (a cura di), *La tutela internazionale dei diritti umani*, cit., pp. 752-772. Sull’applicazione dell’art. 15 v., ad esempio, Corte europea dei diritti umani, *Irlanda c. Regno Unito* [GC], ricorso n. 5310/71, sentenza del 18 gennaio 1978 (sull’adozione da parte del Regno Unito di misure volte a contrastare gli atti terroristici dell’IRA).

¹⁸ L’applicazione della pena di morte, inizialmente consentita dall’art. 2 CEDU, è stata dapprima vietata in tempo di pace dal Protocollo n. 6 e successivamente in qualsiasi circostanza dal Protocollo n. 13.

¹⁹ La Corte europea dei diritti umani ha inoltre espressamente riconosciuto al divieto di tortura natura di *jus cogens*: *Al-Adsani c. Regno Unito* [GC], ricorso n. 35763/97, sentenza del 21 novembre 2001, paragrafi 60-61. V. G. CATALDI, *Osservazioni sulla giurisprudenza della Corte europea dei diritti umani in materia di tortura*, in *Diritti umani e diritto internazionale*, 2008, p. 51 ss.

(art. 3), la proibizione della schiavitù e del lavoro forzato (art. 4), il principio di legalità dei delitti e delle pene²⁰ (art. 7).

Un'ulteriore distinzione può essere tracciata tra i diritti dai quali discendono a carico degli Stati soltanto obblighi di astensione e i diritti da cui discendono anche obblighi positivi. La dottrina degli *obblighi positivi*²¹ ha origine giurisprudenziale: a partire dalla fine degli anni '70²², la Corte ha riconosciuto che alcuni dei diritti enunciati dalla CEDU (in particolare gli articoli 2, 3, 4 e 8) obbligano gli Stati membri non solo ad astenersi dall'interferire nel godimento dei diritti e delle libertà garantite, ma anche ad adottare misure volte ad assicurare il rispetto di quegli stessi diritti e libertà.

Tali obblighi positivi di prevenzione, protezione e sanzione possono avere carattere sostanziale²³ (come l'adozione di determinate misure o sanzioni, anche tramite attività legislativa) o procedurale²⁴ (come gli obblighi di inchiesta e di identificazione). La giurisprudenza della Corte contribuisce a stabilire quando gli Stati sono tenuti ad intraprendere attività specifiche per garantire il livello minimo di tutela richiesto²⁵.

²⁰ Ai sensi dell'art. 7, par. 2 CEDU i responsabili di *crimina juris gentium* non beneficiano del principio di non retroattività dei delitti e delle pene.

²¹ Sul tema, tra i molti, v. B. CONFORTI, *Exploring the Strasbourg Case-law: Reflections on State Responsibility for the Breach of Positive Obligations*, in M. FITZMAURICE, D. SAROOSHI (eds.), *Issues of State Responsibility before International Judicial Institutions*, Oxford, 2004, pp. 129-137; A. MOWBRAY, *The Development of Positive Obligations under the European Convention on Human Rights by the European Court of Human Rights*, Oxford, 2004; F. SUDRE, *Les "obligations positives" dans la jurisprudence européenne des droits de l'homme*, in P. MAHONEY, F. MATSCHER, H. PETZOLD, L. WILDHABER (eds.), *Protecting Human Rights: The European Perspective - Studies in Memory of Rolv Ryssdal*, Colonia, 2000, p. 1359 ss.; P. VAN DIJK, "Positive Obligations" Implied in the European Convention on Human Rights: Are the States Still the "Masters" of the Convention?, in M. CASTERMANS-HOLLEMAN, F. VAN HOOF, J. SMITH (eds.), *The Role of the Nation-State in the 21st Century: Human Rights, International Organisations and Foreign Policy - Essays in Honour of Peter Baehr*, The Hague, 1998, pp. 17-33.

²² Il *leading case* in tema di obblighi positivi riguarda il diritto all'educazione di cui all'art. 2 del Primo Protocollo addizionale: Corte europea dei diritti umani, *Caso relativo a certi aspetti del regime linguistico di insegnamento in Belgio c. Belgio* [GC], ricorsi nn. 1474/62, 1677/62, 1691/62, 1769/63, 1994/63, 2126/64, sentenza del 23 luglio 1968. V. anche Corte europea dei diritti umani: *Marckx c. Belgio* [GC], ricorso n. 6833/74, sentenza del 13 giugno 1979, par. 31; *Lopez Ostra c. Spagna*, ricorso n. 16798/90, sentenza del 9 dicembre 1994, par. 51; *Mastromatteo c. Italia* [GC], ricorso n. 37703/97, sentenza del 24 ottobre 2002, paragrafi 67-68, 89; *Öneryildiz c. Turchia* [GC], ricorso n. 48939/99, sentenza del 30 novembre 2004, paragrafi 91-96.

²³ Da ultimo, ad esempio, la Corte ha ritenuto la responsabilità della Russia per non aver adottato tutte le misure necessarie per proteggere i civili contro l'esplosione di mine antiuomo ai sensi dell'art. 2 che garantisce il diritto alla vita (Corte europea dei diritti umani, *Albekov et al. c. Russia*, ricorso n. 68216/01, sentenza del 9 ottobre 2008, paragrafi 78-79).

²⁴ In tal modo la Corte ha individuato obblighi procedurali ulteriori rispetto a quelli previsti dagli articoli 6 e 13 e da questi indipendenti.

²⁵ V. in particolare il cd. *Osman test* in base al quale lo Stato sarà considerato responsabile di una violazione dell'obbligo positivo di proteggere la vita di un individuo quando "the authorities knew or ought to have known at the time of the existence of a real and immediate risk to the life of an

Facendo ricorso alla teoria degli obblighi positivi, la Corte ha potuto dare maggiore effettività alla tutela prevista dalla CEDU ed estendere la portata di alcuni diritti sino a ricomprendervi anche fattispecie non originariamente previste (così ad esempio è stato fatto confluire nell'ambito della tutela del diritto al rispetto della vita privata e familiare, di cui all'art. 8 CEDU, anche il diritto a vivere in un ambiente salubre²⁶).

Recentemente, inoltre, la Corte sembra aver intrapreso la strada di fondare la sussistenza di obblighi positivi sul congiunto operare dell'art. 1 CEDU e di un altro articolo del catalogo: l'art. 1 viene interpretato come una fonte di obblighi generali – anche di natura positiva – complementare alle altre disposizioni della Convenzione, venendo così a costituire il cuore dell'intero sistema di protezione CEDU²⁷.

Il dovere di proteggere derivante dall'esistenza di obblighi positivi ha portato inoltre ad un superamento degli effetti verticali della CEDU – limitati ai rapporti tra individui e Stato – e ad una parallela estensione della sua efficacia anche nei rapporti orizzontali tra privati²⁸.

3. I criteri di interpretazione della Convenzione adottati dalla Corte

Alla Corte è stato attribuito il compito di interpretare ed applicare le norme generali ed astratte della Convenzione²⁹. Nello svolgere la propria attività di in-

identified individual or individuals from the criminal acts of a third party and they failed to take measures within the scope of their powers which, judged reasonably, might have been expected to avoid that risk” (Corte europea dei diritti umani, *Osman c. Regno Unito* [GC], ricorso n. 23452/94, sentenza del 28 ottobre 1998, par. 116).

²⁶ Per un caso di violazione dell'art. 8 per inquinamento dell'ambiente ed un interessante riferimento al *principe de précaution* v. Corte europea dei diritti umani, *Tatar c. Romania*, ricorso n. 67021/01, sentenza del 27 gennaio 2009. Sulla giurisprudenza della Corte in tema di protezione dell'ambiente, v. A. SACCUCCI, *La protezione dell'ambiente nella giurisprudenza della Corte europea dei diritti umani*, in questo Volume.

²⁷ Sul punto J.-F. AKANDJI-KOMBE, *Positive Obligations under the European Convention on Human Rights: A Guide to the Implementation of the European Convention on Human Rights*, in COE, *Human Rights Handbooks n. 7*, Strasburgo, 2007, pp. 8-9. Sull'utilizzo dell'art. 1 per fondare l'esistenza di obblighi positivi, v. Corte europea dei diritti umani: *Assanidzé c. Georgia* [GC], ricorso n. 71503/01, sentenza dell'8 aprile 2004, par. 147; *Ilaşcu e al. c. Moldavia e Russia* [GC], ricorso n. 48787/99, sentenza dell'8 luglio 2004, paragrafi 332-335; *Markovic e al. c. Italia* [GC], ricorso n. 1398/03, sentenza del 14 dicembre 2006, par. 54.

²⁸ V. ad esempio Corte europea dei diritti umani, *Öneriyildiz c. Turchia*, cit., par. 97 e ss. La Corte ha inoltre recentemente riconosciuto che ai sensi dell'art. 8 lo Stato è tenuto ad adottare tutte le misure necessarie a salvaguardare la reputazione degli individui sottoposti alla sua giurisdizione, anche nei rapporti interindividuali (Corte europea dei diritti umani, *Pfeifer c. Austria*, ricorso n. 12556/03, sentenza del 15 novembre 2007, par. 37).

²⁹ Sul processo interpretativo della Convenzione europea si rinvia a G. LETSAS, *A Theory of Interpretation of the European Convention on Human Rights*, Oxford, 2007; G. LETSAS, *The Truth in Autonomous Concepts: How to Interpret the ECHR*, in *European Journal of International Law*, 2004, pp. 279-305.

interpretazione, la Corte ha adottato il *principio di autonomia* secondo cui la definizione dei diritti CEDU deve ritenersi autonoma e indipendente dalle qualificazioni giuridiche adottate negli ordinamenti nazionali³⁰. Alla luce del *principio evolutivo*, inoltre, la CEDU è da considerarsi strumento vivo da interpretare alla luce delle concezioni e delle condizioni di vita attuali³¹. Particolare rilievo è dato dalla Corte alle norme del diritto internazionale come strumento interpretativo della Convenzione³². L'opera ermeneutica della Corte porta così alla formazione di un ordinamento comune europeo che evolve con il mutare della società³³.

Laddove previsto – e quindi esclusi i diritti appartenenti al cd. nocciolo duro – la Corte riconosce agli Stati membri un ampio *margin di apprezzamento* e discrezionalità nell'adottare misure restrittive di un diritto o di una libertà garantita a fronte di un bisogno sociale imperativo. Tali limitazioni ed ingerenze sono però legittime soltanto qualora trovino nel diritto nazionale una propria base giuridica, accessibile e a cui corrisponda un rimedio effettivo (*requisito di legalità*), siano adottate nel pubblico interesse (*requisito dello scopo legittimo*), e si configurino come necessarie e proporzionate allo scopo perseguito (*principi di necessità e proporzionalità*). Deve quindi essere raggiunto un *giusto equilibrio* tra le esigenze di interesse generale della comunità e gli imperativi di salvaguardia dei diritti fondamentali del singolo.

La dottrina del margine di apprezzamento è dunque volta a permettere la realizzazione di un giusto contemperamento tra i diritti individuali e le esigenze dell'interesse generale della collettività, contemperamento su cui veglia la Corte³⁴.

³⁰ Le prime applicazioni del principio di autonomia hanno riguardato l'art. 6; v. Corte europea dei diritti umani, *Konig c. Germania* [GC], ricorso n. 6232/73, sentenza del 28 giugno 1978, par. 88.

³¹ Sul principio evolutivo tra le molte v. Corte europea dei diritti umani: *Tyrer c. Regno Unito*, ricorso n. 5856/72, sentenza del 25 aprile 1978, par. 31; *Van der Musselle c. Belgio* [GC], ricorso n. 8919/80, sentenza del 23 novembre 1983, par. 32; e, da ultimo, *E.B. c. Francia* [GC], ricorso n. 43546/02, sentenza del 22 gennaio 2008, par. 46 (si tratta di un caso relativo all'adozione da parte di un *single* discriminato per la sua omosessualità, in cui la Corte ritiene esserci stata violazione dell'art. 14 congiuntamente all'art. 8).

³² V. da ultimo Corte europea dei diritti umani, *Varnava e al. c. Turchia* [GC], ricorso n. 16064/90, sentenza del 18 settembre 2009, per il riferimento al diritto internazionale umanitario nell'interpretazione dell'art. 2 CEDU (par. 185), alla Corte interamericana dei diritti umani (paragrafi 93-98) e agli atti adottati dal Comitato dei diritti umani delle nazioni unite; Corte europea dei diritti umani, *Demir e Baykara c. Turchia* [GC], ricorso n. 34503/97, sentenza del 12 novembre 2008, particolarmente interessante per il riferimento al diritto internazionale (paragrafi 69-73) e agli atti – per quanto non vincolanti – degli organi del COE (paragrafi 74-75) a fini di interpretazione della Convenzione (anche paragrafi 76-86).

³³ È interessante notare come recentemente, in tema di informazione sull'aborto, la Corte abbia riscontrato all'unanimità una violazione del diritto alla libertà di espressione (art. 10) (Corte europea dei diritti umani, *Women on Waves et al. c. Portogallo*, ricorso n. 31276/05, sentenza del 3 febbraio 2009), mentre nel 1992 su una fattispecie simile essa aveva adottato un'assai contrastata sentenza (Corte europea dei diritti umani, *Open Door e Dublin Well Woman c. Irlanda* [GC], ricorsi nn. 14234/88 e 14235/88, sentenza del 29 ottobre 1992).

³⁴ V. tra i molti, Corte europea dei diritti umani, *Handyside c. Regno Unito* [GC], ricorso n. 5493/72, sentenza del 7 dicembre 1976, par. 49. Il margine di valutazione lasciato alle autorità na-

Detta dottrina è anche espressione del *principio di sussidiarietà*: il sistema CEDU fornisce una protezione complementare a quella degli Stati membri, che restano i principali responsabili del rispetto e della tutela del catalogo europeo di diritti.

4. Lo spazio giuridico della CEDU

L'ambito di applicazione della Convenzione è definito dall'art. 1 CEDU: gli Stati parte sono tenuti a riconoscere i diritti e le libertà garantiti ad ogni persona sottoposta alla loro *giurisdizione*³⁵. La definizione di "giurisdizione" degli Stati membri è stata oggetto di numerose pronunce e di accesi dibattiti. Tale concetto delimita sia la competenza *ratione loci* della Corte che quella *ratione personae*. La questione della giurisdizione è inoltre preliminare rispetto alla verifica di merito inerente l'attribuzione di una determinata condotta allo Stato.

In una prima fase, la Corte aveva ritenuto che il concetto di "giurisdizione" non dovesse essere limitato al territorio nazionale degli Stati parte e che, in linea con l'impostazione tradizionale del diritto internazionale, la responsabilità di questi ultimi potesse derivare anche da "acts of their authorities producing effects outside their own territory"³⁶.

zionali varia a seconda delle circostanze e delle singole fattispecie. La Corte tende ad esercitare il proprio controllo con *self-restraint*, per lo più in casi palesi di abuso di potere e di adozione di misure arbitrarie. Sul tema del margine di apprezzamento si rinvia a G. LETSAS, *op. cit.*, p. 80 ss.; LORD MACKAY OF CLASHFERN, *The Margin of Appreciation and the Need for Balance*, in P. MAHONEY, F. MATSCHER, H. PETZOLD, L. WILDHABER (eds.), *Protecting Human Rights*, cit., p. 837; H.C. YOURROW, *The Margin of Appreciation Doctrine in the Dynamics of European Human Rights Jurisprudence*, The Hague, 1996.

³⁵ Diversamente dall'art. 2 del Patto sui diritti civili e politici, l'art. 1 CEDU non contiene un riferimento esplicito alla giurisdizione territoriale. Tale scelta dei padri fondatori della CEDU si rivela oggi, in un'epoca di sempre maggiori attività extraterritoriali, importante elemento di flessibilità. Sul tema, tra i molti, v.: O. DE SCHUTTER, *Globalization and Jurisdiction: Lessons from the European Convention on Human Rights*, NYU School of Law, Center for Human Rights and Global Justice Working Paper, n. 9, 2005; M. MILANOVIC, *From Compromise to Principle: Clarifying the Concept of State Jurisdiction in Human Rights Treaties*, in *Human Rights Law Review*, 2008, pp. 411-448; C. ROZAKIS, *How Far Can We Go? Recent Developments of Strasbourg Case-law on the Concept of Jurisdiction*, in L. CAFLISCH, R. BERMEJO GARCIA, J. DIEZ-HOCHLEITNER, C. GUTIÉRREZ ESPADA (eds.), *El derecho internacional: normas, hechos y valores: Liber amicorum José Antonio Pastor Ridruejo*, Madrid, 2005, p. 209-227; M. O'BOYLE, *The European Convention on Human Rights and Extraterritorial Jurisdiction*, in F. COOMANS, M.T. KAMMINGA (eds.), *Extraterritorial Application of Human Rights Treaties*, Oxford, 2004, p. 125-139; P. DE SENA, *La nozione di giurisdizione statale*, Torino, 2002; R. LAWSON, *The Concept of Jurisdiction and Extraterritorial Acts of State*, in G. KREIJEN, *State, Sovereignty, and International Governance*, Oxford, 2002, pp. 281-197.

³⁶ Corte europea dei diritti umani, *Drozd e Janousek c. Francia e Spagna* [GC], ricorso n. 12747/87, sentenza del 26 giugno 1992, par. 91. Per casi relativi ad atti di estradizione ed espulsione aventi per natura effetti extraterritoriali, ma riguardanti persone che si trovano nella giurisdizione di uno Stato membro v. Corte europea dei diritti umani: *Soering c. Regno Unito* [GC], ricorso n. 14038/88, sen-

In seguito, la Corte aveva specificato che qualora uno Stato avesse esercitato un controllo effettivo su un territorio straniero occupandolo militarmente esso sarebbe stato responsabile delle violazioni ivi occorse (caso *Loizidou*)³⁷.

La presentazione di un ricorso da parte di cittadini della Repubblica Federale di Jugoslavia in relazione al bombardamento delle forze NATO su Belgrado nella primavera 1999 ha indotto la Corte a ritornare sulla questione (caso *Bankovic*)³⁸. La Corte ha considerato che al concetto di “giurisdizione” debba essere riconosciuta natura principalmente territoriale³⁹ e che eventuali altri titoli di giurisdizione possano trovare applicazione soltanto in circostanze eccezionali⁴⁰. La Corte ha quindi escluso di poter ricostruire la nozione in termini di nesso di causalità; se così fosse “anyone adversely affected by an act imputable to a Contracting State, wherever in the world that act may have been committed or its consequences felt, is thereby brought within the jurisdiction of that State for the purpose of Article 1 of the Convention”⁴¹. La Corte ha argomentato ancora sta-

tenza del 7 luglio 1989, paragrafi 86-91; *Cruz Varas et al. c. Svezia* [GC], sentenza del 20 marzo 1991, paragrafi 69-70; *Vilvarajah et al. c. Regno Unito*, sentenza del 30 ottobre 1991, par. 103.

³⁷ Corte europea dei diritti umani, *Loizidou c. Turchia* [GC], ricorso n. 15318/89, sentenza del 23 marzo 1995, par. 62 (in cui la Corte fa riferimento al criterio dell’“effective control”). V. inoltre Corte europea dei diritti umani, *Cipro c. Turchia* [GC], ricorso n. 25781/94, sentenza del 10 maggio 2001, paragrafi 75-81, in cui il controllo effettivo è un dato fattuale che prova la giurisdizione dello Stato turco sul territorio cipriota occupato; solo in un secondo tempo deve essere affrontata la questione dell’attribuzione della condotta allo Stato.

³⁸ Corte europea dei diritti umani, *Bankovic et al. c. Belgio, Danimarca, Francia, Germania, Grecia, Islanda, Italia, Lussemburgo, Norvegia, Olanda, Polonia, Portogallo, Regno Unito, Repubblica Ceca, Spagna, Turchia, Ungheria* [GC], ricorso n. 52207/99, decisione del 12 dicembre 2001.

³⁹ *Ibidem*, paragrafi 59-65. Altra questione riguarda il fatto se uno Stato parte può essere esonerato da responsabilità qualora le violazioni della CEDU siano avvenute in una zona del territorio nazionale su cui esso non esercita un controllo effettivo. In tale ipotesi la Corte ha dimostrato una rigida attinenza al dato formale geografico, presumendo il dovere dello Stato di garantire il rispetto della CEDU in tutto il territorio nazionale (Corte europea dei diritti umani, *Assanidzé c. Georgia*, cit., paragrafi 137-143). Ed anzi: lo stato nazionale rimane responsabile anche se la porzione di territorio è *de facto* sotto il controllo di un altro Stato parte della CEDU (Corte europea dei diritti umani, *Ilascu et al. c. Moldavia e Russia* [GC], ricorso n. 48787/99, sentenza dell’8 luglio 2004, paragrafi 310-321). Nel caso di specie, nonostante la Russia esercitasse di fatto un “overall control” sulla regione moldava della Transnistria, la Corte ha ritenuto la coesistenza della giurisdizione dei due Stati convenuti e – per evitare vuoti di protezione all’interno dell’ “*espace juridique*” della Convenzione – ha dichiarato entrambi gli Stati responsabili di violazioni della CEDU. La Moldavia, in particolare, è stata ritenuta responsabile di non aver adempiuto i propri obblighi positivi di garantire l’applicazione della CEDU in tutto il territorio nazionale (paragrafi 336-339). Si rinvia a G. COHEN-JONATHAN, *A propos des arrêts Assanidzé, Ilascu et Issa: quelques observations sur les notions de “jurisdiction” et d’“injonction”*, in *Revue trimestrielle des droits de l’homme*, 2005, pp. 767-785.

⁴⁰ Corte europea dei diritti umani, *Bankovic*, cit., par. 67. V. anche Corte europea dei diritti umani, *Assanidzé c. Georgia*, cit., par. 137.

⁴¹ Corte europea dei diritti umani, *Bankovic*, cit., par. 75.

tuendo che “the Convention was not designed to be applied throughout the world, even in respect of the conduct of Contracting States”⁴².

Tale interpretazione restrittiva dell’art. 1 è stata fortemente criticata⁴³, per quanto essa sia comprensibile nelle sue ragioni politiche (evitare la proliferazione dei ricorsi, non prendere posizioni che potrebbero incidere sulla lotta al terrorismo e sulla decisione degli Stati di partecipare a missioni di pace): sulla base di *Bankovic*, infatti, uno Stato parte potrebbe commettere sul territorio di uno Stato terzo atti che non sarebbe autorizzato a compiere nel proprio territorio e ciò senza incorrere necessariamente in una violazione della Convenzione; la Corte non ha inoltre delineato i criteri per individuare quali circostanze eccezionali possano giustificare l’applicazione extraterritoriale della Convenzione riservandosi un potere discrezionale in materia.

Solo recentemente, la Corte ha esteso il concetto di giurisdizione anche a casi in cui lo Stato esercita, legalmente o illegalmente, la propria autorità o controllo su di un individuo al di fuori del proprio territorio: “a State may also be held accountable for violation of the Convention rights and freedoms of persons who are in the territory of another State but who are found to be under the former State’s authority and control through its agents operating – whether lawfully or unlawfully – in the latter State” (caso *Issa*)⁴⁴.

La verifica sull’esistenza di giurisdizione *ratione loci* non dispensa infatti la Corte dal valutare la propria competenza *ratione personae* nei confronti di una Parte contraente. La responsabilità dello Stato convenuto sorge qualora la violazione – avvenuta all’interno o, eccezionalmente, all’esterno del proprio territorio – gli sia imputabile ai sensi delle norme di diritto internazionale.

In *Issa* non compare alcun riferimento al fatto che la responsabilità per atti extraterritoriali sorga soltanto qualora tali atti siano compiuti su di un territorio comunque coperto dalla Convenzione (cioè di un altro Stato parte). Anzi, la Corte “does not exclude the possibility that, as a consequence of this military action, the respondent State could be considered to have exercised, temporarily, effective overall control over a particular portion of the territory of Northern Iraq”⁴⁵.

⁴² *Ibidem*, par. 80. La Corte ha incentrato il proprio ragionamento sull’esercizio di giurisdizione sulle vittime, evitando così di pronunciarsi sull’attribuzione delle azioni delle forze NATO agli Stati parte. Si noti che in un caso riguardante bombardamenti russi in Cecenia la Corte ha riconosciuto violato l’art. 2 (diritto alla vita) anche applicando standards di diritto internazionale umanitario: Corte europea dei diritti umani, *Isayeva, Yusupova, Basayeva c. Russia*, ricorsi nn. 57947/00, 57948/00, 57949/00, sentenza del 24 febbraio 2005, paragrafi 168-200.

⁴³ Per una critica alla sentenza *Bankovic*, v., per tutti, L. LOUCAIDES, *Determining the Extraterritorial Effect of the European Convention: Facts, Jurisprudence and the Bankovic Case*, in *European Human Rights Law Review*, 2006, p. 391-407.

⁴⁴ Corte europea dei diritti umani, *Issa et al. c. Turchia*, ricorso n. 31821/96, sentenza del 16 novembre 2004, par. 71, nel caso relativo all’uccisione di cittadini iracheni da parte di soldati turchi operanti oltre i confini. V. anche Corte europea dei diritti umani, *Isaak c. Turchia*, ricorso n. 44587/98, decisione del 28 settembre 2006.

⁴⁵ Corte europea dei diritti umani, *Issa*, cit., par. 74.

L'art. 1 CEDU dovrebbe quindi essere interpretato nel senso di vietare agli Stati membri la commissione di atti in violazione della Convenzione anche sul territorio di Stati terzi come l'Iraq. Ogni altra interpretazione ben potrebbe infatti ritenersi contraria allo scopo e all'oggetto della CEDU.

Inoltre, se normalmente lo Stato non è responsabile degli atti compiuti da privati, esso "cannot absolve itself from responsibility *ratione personae* by delegating its obligations to private bodies or individuals"⁴⁶. Su queste basi la Corte può ritenere la violazione della CEDU in caso di *extraordinary renditions*⁴⁷ ed anche in casi in cui lo Stato deleghi a *private contractors* lo svolgimento di attività sovrane.

Peraltro, nei casi *Behrami e Saramati*⁴⁸, la Corte ha ritenuto necessario valutare in via preliminare la sua competenza *ratione personae*: essa ha escluso che gli atti compiuti da forze di *peacekeeping* nell'ambito di missioni UNMIK e KFOR fossero imputabili agli Stati parte ritenendoli, invece, ricadere sotto "the UN ultimate authority and control". Questa pronuncia ha riaperto il dibattito sulla responsabilità delle forze di *peacekeeping* e sull'eventuale doppia imputabilità sia agli Stati parte che alle NU della condotta del personale impiegato in operazioni di mantenimento della pace⁴⁹.

Interessante è, inoltre, una recente sentenza sul tema dell'applicazione della CEDU nell'alto mare (caso *Medvedyev*⁵⁰): nel caso di specie la Corte ha ritenuto sussistente, ai sensi dell'art. 1 CEDU, la giurisdizione della Francia sull'equipaggio di una nave battente bandiera cambogiana intercettata in alto mare da forze militari francesi e posta sotto il controllo effettivo di queste ultime.

⁴⁶ Corte europea dei diritti umani, *Wos c. Polonia*, ricorso n. 22860/02, decisione del 1° marzo 2005, par. 60, sentenza dell'8 giugno 2006, par. 51.

⁴⁷ Sul tema v. Corte europea dei diritti umani, *Öcalan c. Turchia* [GC], ricorso n. 46221/99, sentenza del 12 maggio 2005, par. 91 (in relazione all'arresto di Öcalan in Kenia da parte di forze militari turche); Assemblea Parlamentare del Consiglio d'Europa, *Alleged Secret Detentions in Council of Europe Member States, Information Memorandum II (Rapporteur: Mr Dick Marty)*, AS/Jur (2006) 03 rev, 22 gennaio 2006; N. NAPOLETANO, *Extraordinary renditions e detenzioni segrete alla luce degli strumenti di tutela dei diritti umani in Europa*, in *Diritti umani e diritto internazionale*, 2007, p. 412-419.

⁴⁸ Corte europea dei diritti umani, *Behrami e Behrami c. Francia e Saramati c. Francia, Germania e Norvegia* [GC], ricorsi nn. 71412/01 e 78166/01, sentenza del 2 maggio 2007, paragrafi 144-152.

⁴⁹ A. SARI, *Jurisdiction and International Responsibility in Peace Support Operations: The Behrami and Saramati Cases*, in *Human Rights Law Review*, 2008, pp. 151-170. V. anche Corte europea dei diritti umani, *Dusan Beric et al. c. Bosnia ed Erzegovina*, ricorsi nn. 36357/04, 36360/04, 38346/04, 41705/04, 45190/04, 45578/04, 45579/04, 45580/04, 91/05, 97/05, 100/05, 101/05, 1121/05, 1123/05, 1125/05, 1129/05, 1132/05, 1133/05, 1169/05, 1172/05, 1175/05, 1177/05, 1180/05, 1185/05, 20793/05 and 25496/05, decisione del 16 ottobre 2007, paragrafi 26-30.

⁵⁰ Corte europea dei diritti umani, *Medvedyev et al. c. Francia*, ricorso n. 3394/03, sentenza del 10 luglio 2008 (commentata da S. TREVISANUT, *Lotta al traffico di sostanze stupefacenti e tutela dei diritti umani in mare: il caso Medvedyev dinanzi alla Corte europea dei diritti umani*, in *Diritti umani e diritto internazionale*, 2009, pp. 192-195) e sentenza della Grande Camera del 29 marzo 2010.

In conclusione, ci sembra che la Corte non abbia ancora trovato un equilibrio nel delimitare lo spazio giuridico CEDU: spinta dalla necessità di contenere il proprio carico di lavoro e da scelte di *policy*, la Corte rischia di creare aprioristicamente “a gap or vacuum in human rights protection”⁵¹. La CEDU dovrebbe invece essere applicata a tutte le fattispecie che ricadono nella giurisdizione di una Parte contraente, intendendosi l’esercizio di giurisdizione proporzionale al grado di controllo o autorità dello Stato su un territorio o un individuo, secondo i principi di diritto internazionale relativi alla responsabilità degli Stati e all’attribuzione della condotta⁵².

Si deve dare conto, infine, della terza dimensione dello *spazio giuridico europeo*, quella relativa all’applicazione della CEDU nel tempo.

In applicazione della norma consuetudinaria di diritto internazionale che sancisce la irretroattività dei trattati⁵³, *ratione temporis* gli avvenimenti che precedono l’entrata in vigore della CEDU per ciascuno Stato parte non possono essere portati all’attenzione della Corte. La data rilevante è quella della ratifica della Convenzione (o dei Protocolli addizionali)⁵⁴. La questione deve essere analizzata dalla Corte *motu proprio* e in qualunque fase della procedura⁵⁵.

Al fine di determinare l’applicabilità della Convenzione a fattispecie antecedenti l’entrata in vigore della CEDU si deve effettuare una distinzione tra le violazioni istantanee e le violazioni continue iniziate prima della ratifica della CEDU da parte dello Stato convenuto e proseguite successivamente⁵⁶.

La Corte ha provato ad apportare una chiarificazione sui criteri utilizzati per distinguere tra violazioni istantanee e *violazioni continue* nel caso *Teren Aksakal*⁵⁷: qualora la CEDU imponga agli Stati parte un obbligo negativo o di astensione, come nel caso di divieto di tortura o di omicidio, la data rilevante ai fini

⁵¹ Corte europea dei diritti umani, *Bankovic*, cit., par. 80.

⁵² Interessante sarà la decisione della Corte in *Al-Saadoon e Mufdhi c. Regno Unito*, ricorso n. 61498/08; nell’attuale stadio della procedura, la Corte ha emanato *interim measures* (su cui v. *infra*, par. 7) per impedire la consegna di prigionieri di nazionalità irachena detenuti dalle forze britanniche alle autorità dell’Iraq (l’ordinanza non è stata resa pubblica); il Regno Unito non ha dato esecuzione alle misure provvisorie ordinate dalla Corte.

⁵³ V., anche, l’art. 28 Convenzione di Vienna sul diritto dei trattati.

⁵⁴ Ovvero la data in cui, nel sistema previgente al Protocollo n. 11 (su cui v. *infra*, par. 5), lo Stato parte avesse dichiarato di accettare la giurisdizione della Corte e la presentazione di ricorsi individuali.

⁵⁵ Corte europea dei diritti umani, *Blecic c. Croazia* [GC], ricorso n. 59532/00, sentenza dell’8 marzo 2006, par. 63 e ss.

⁵⁶ Sul concetto di violazioni continue si rinvia a N. VAJIC, *Before... and After: Ratione Temporis Jurisdiction of the (New) European Court of Human Rights and the Blecic Case*, in L. CAFLISCH, J. CALLEWAERT, R. LIDDELL, P. MAHONEY, M. VILLIGER (eds.), *Liber Amicorum Luzius Wildhaber*, cit., pp. 483-505; A. BUYSE, *A Lifeline in Time: Non-Retroactivity and Continuing Violations Under the ECHR*, in *Nordic Journal of International Law*, 2006, pp. 63-88; L. LOUCAIDES, *The Concept of “Continuing” Violations of Human Rights*, in P. MAHONEY, F. MATSCHER, H. PETZOLD, L. WILDHABER (eds.), *Protecting Human Rights*, cit., pp. 803-815.

⁵⁷ Corte europea dei diritti umani, *Teren Aksakal c. Turchia*, ricorso n. 51967/99, sentenza non definitiva dell’11 settembre 2007, par. 61 e ss. (è pendente la richiesta di rinvio alla Grande Camera).

della determinazione della giurisdizione della Corte è quella della commissione dei fatti (la violazione si ritiene quindi istantanea)⁵⁸; qualora, invece, dalla CEDU discendano obblighi positivi, il criterio temporale determinante è quello del perdurare di una situazione di violazione anche dopo l'entrata in vigore della Convenzione (la violazione è continua)⁵⁹.

Così, ad esempio, nel caso *Cipro c. Turchia*⁶⁰, la Corte ha ritenuto la Turchia responsabile di non aver condotto indagini adeguate ed efficaci in relazione alle sparizioni⁶¹ di cittadini ciprioti avvenute molto prima che la Turchia riconoscesse la giurisdizione della Corte.

La "costruzione" delle violazioni continue ha permesso inoltre alla Corte di estendere la propria giurisdizione ad alcuni casi riguardanti violazioni del diritto di proprietà di cui all'art. 1 del Primo Protocollo avvenute prima dell'entrata in vigore della CEDU, ma i cui effetti si sono protratti nel tempo⁶².

5. Il sistema di protezione come originariamente previsto dalla CEDU e come modificato dal Protocollo n. 11

Il sistema di protezione collettiva dei diritti fondamentali originariamente previsto dalla CEDU si basava sul congiunto operare della Commissione europea dei diritti umani e della Corte europea dei diritti umani. La loro giurisdizione non era però obbligatoria e agli Stati membri era lasciata facoltà di accettare o

⁵⁸ In tal caso non rileva il permanere di conseguenze negative dopo l'entrata in vigore della Convenzione.

⁵⁹ La Corte ritiene, in particolare, che l'obbligo positivo di natura procedurale di aprire un'inchiesta derivante dagli articoli 2 e 3 CEDU sussiste purché già all'epoca della commissione dei fatti esistessero indizi sufficienti (Corte europea dei diritti umani, *Teren Aksakal c. Turchia*, cit., par. 76).

⁶⁰ Corte europea dei diritti umani, *Cipro c. Turchia* [GC], ricorso n. 25781/94, sentenza del 10 maggio 2001, paragrafi 123-136.

⁶¹ Recentemente la Corte ha specificato che le sparizioni devono essere tenute distinte dagli atti di omicidio o tortura: le prime sono caratterizzate, infatti, da una perdurante incertezza circa la sorte della persona e sono spesso oggetto di un'attività di occultamento da parte delle autorità (Corte europea dei diritti umani, *Varnava e al. c. Turchia*, ricorso n. 16064/90, sentenza del 10 gennaio 2008, paragrafi 108-113; sentenza della Grande Camera del 18 settembre 2009, par. 148). V. A. BRETSCHNEIDER, *Illeciti a carattere continuo e giurisdizione ratione temporis della Corte europea dei diritti umani: il caso Varnava e al. c. Turchia*, in *Diritti umani e diritto internazionale*, 2008, pp. 377-382.

⁶² Corte europea dei diritti umani: *Papamichalopoulos et al. c. Grecia*, ricorso n. 14556/89, sentenza del 24 giugno 1993, paragrafi 40-46; *Loizidou c. Turchia* [GC], ricorso n. 15318/89, sentenza del 18 dicembre 1996, paragrafi 46-47; *Hutten-Czapska c. Polonia* [GC], ricorso n. 35014/97, sentenza del 19 giugno 2006, paragrafi 152-153; *Broniowski c. Polonia* [GC], ricorso n. 31443/96, decisione del 19 dicembre 2002, paragrafi 74-77; e, *mutatis mutandi*, *Preussische Treuhand GmbH c. Polonia*, ricorso n. 47550/06, sentenza del 7 ottobre 2008, par. 61.

meno sia la competenza della Commissione a ricevere ricorsi individuali⁶³ che la giurisdizione della Corte⁶⁴ (in entrambi i casi tramite dichiarazioni depositate presso il Segretario generale del COE).

La Commissione europea dei diritti umani, istituita nel 1954, era composta da un cittadino per Stato membro che vi sedeva a titolo personale⁶⁵; ai sensi del previgente art. 27, essa era competente a esaminare in prima istanza la ricevibilità e la non manifesta infondatezza dei ricorsi statali e individuali, svolgendo funzione di filtro. Dichiarato ricevibile il ricorso, la Commissione procedeva con una prima istruttoria accertando i fatti di causa ed emettendo un rapporto nel quale, constatati i fatti, essa esprimeva il proprio parere sull'esistenza o meno della violazione.

Detto rapporto della Commissione veniva poi trasmesso al Comitato dei Ministri, momento da cui iniziava a decorrere il termine di tre mesi entro cui le parti legittimate⁶⁶ potevano adire la Corte.

I ricorsi non deferiti alla Corte erano decisi, a maggioranza dei due terzi, dal Comitato dei Ministri⁶⁷, organo politico che svolgeva in tale ipotesi una funzione quasi-giudiziaria.

La Corte europea dei diritti umani, istituita nel 1959, emetteva su ogni questione a lei sottoposta una sentenza definitiva e vincolante le parti.

Tale procedimento si dimostrava all'avanguardia rispetto allo stato del diritto internazionale dell'epoca che non riconosceva all'individuo la capacità di agire di fronte alle giurisdizioni internazionali: nonostante il filtro operato dalla Commissione, ai singoli era attribuito *in nuce* un diritto di azione.

Il Protocollo n. 11, entrato in vigore nel 1998, ha profondamente innovato il sistema di protezione sovranazionale della CEDU nella struttura e procedura⁶⁸.

Innanzitutto, dalla ratifica del Protocollo n. 11 discende automaticamente sia l'accettazione degli Stati parte della giurisdizione della Corte – che diviene *com-*

⁶³ Art. 25 del testo previgente al Protocollo n. 11. Soltanto in tal caso gli individui erano legittimati ad agire davanti alla Commissione per lamentare la violazione di un diritto protetto.

⁶⁴ Art. 46 del testo previgente al Protocollo n. 11.

⁶⁵ Il Protocollo n. 8 aveva ampliato l'autonomia e l'indipendenza della Commissione consolidando una prassi già esistente che escludeva la nomina di rappresentanti di Governo.

⁶⁶ Ai sensi dell'art. 48 del testo previgente erano legittimati ad adire la Corte: la stessa Commissione, lo Stato di cui la parte lesa era cittadino, lo Stato che aveva presentato ricorso, ogni altro Stato chiamato in causa. Generalmente, dopo aver ritenuto commessa una violazione della Convenzione, era la Commissione stessa a trasmettere il ricorso alla Corte. L'art. 48 era stato peraltro emendato con il Protocollo n. 9 al fine di includere tra i soggetti legittimati ad adire la Corte anche l'individuo; in tale ipotesi, un collegio di 3 giudici avrebbe deciso se trattare il caso.

⁶⁷ Il Comitato dei Ministri è l'organo decisionale ed esecutivo del Consiglio d'Europa. Esso è composto dai Ministri degli Esteri degli Stati membri (o dai loro rappresentanti diplomatici permanenti a Strasburgo).

⁶⁸ Sulla procedura davanti alla Corte si rinvia, per tutti, a K. REID, *A Practitioner's Guide to the European Convention on Human Rights*, London, 2008 e a P. LEACH, *Taking a Case to the European Court of Human Rights*, Oxford, 2005.

pulsory ipso facto – che l’obbligo degli stessi di garantire l’esercizio del ricorso individuale alle persone fisiche e giuridiche sottoposte alla loro giurisdizione.

Con il Protocollo n. 11 viene sottratto al Comitato dei Ministri il potere di decidere alcuni ricorsi nel merito. Esso resta deputato a sorvegliare l’esecuzione delle sentenze della Corte da parte dello Stato membro ritenuto responsabile di una violazione della CEDU; a tal fine, tuttavia, il Comitato è unicamente competente ad emettere raccomandazioni non vincolanti che, qualora non trovino seguito, non vengono sanzionate⁶⁹.

Le funzioni prima ripartite tra Commissione e Corte vengono affidate ad un organo giurisdizionale unico, la “nuova” Corte. La “nuova” Corte, composta da un numero di giudici uguale a quello degli Stati parte della Convenzione⁷⁰, ha competenze istruttorie, di accertamento dei fatti, cautelari, di conciliazione amichevole e decisorie (sia in relazione alla verifica dei criteri di ricevibilità – competenza prima affidata alla Commissione – che nel merito).

La Corte può conoscere sia *ricorsi interstatali* che *ricorsi individuali* con cui si lamenta la violazione di una delle disposizioni della Convenzione o dei suoi Protocolli aggiuntivi.

Ai sensi dell’art. 33 CEDU ogni Stato parte può, a sua discrezionalità, deferire alla Corte qualunque “inosservanza” della Convenzione imputabile ad un altro Stato. Ogni Stato parte può quindi farsi promotore dell’attivazione del sistema di protezione sovranazionale: la tutela dell’ordine pubblico europeo diviene preminente rispetto al divieto di ingerenza negli affari interni di un’altra parte contraente⁷¹.

⁶⁹ V. in merito, da ultimo, L. ZWAAK, *The Role of the Council of Europe and its Committee of Ministers: Analysing the Efficiency of Measures Taken Under Art. 46(2) of the ECHR*, in I. BOEREFIJN, J. GOLDSCHMIDT (eds.), *Changing Perceptions of Sovereignty and Human Rights*, Antwerpen, 2008, pp. 355-380. V. inoltre la bibliografia citata in nota 95.

⁷⁰ I giudici sono eletti a maggioranza semplice dall’Assemblea parlamentare del COE sulla base di una lista di tre candidati individuati da ciascuno Stato parte tra giureconsulti di riconosciuta competenza. Essi siedono alla Corte a titolo individuale e nel rispetto delle esigenze di indipendenza per un mandato di 6 anni (possono però essere rieletti fino all’età limite di 70 anni).

⁷¹ In questa prospettiva, v. Commissione europea dei diritti umani: *Danimarca, Norvegia, Olanda, Svezia c. Grecia*, ricorsi nn. 3321/67, 3322/67, 3323/67, 3324/67, decisione del 24 gennaio 1968 (ricorso relativo alle violazioni compiute dal regime dei colonnelli); *Danimarca, Francia, Norvegia, Olanda, Svezia c. Turchia*, ricorsi nn. 9940/82, 9941/82, 9942/82, 9943/82, 9944/82, decisione del 6 dicembre 1983 (ricorso relativo alle violazioni commesse dal regime militare). Nella maggior parte dei casi i ricorsi interstatali sono stati presentati per la difesa dei diritti di individui appartenenti alla stessa “etnia” dello Stato ricorrente, ma considerati minoranze nello Stato convenuto (ad esempio Commissione europea dei diritti umani, *Austria c. Italia*, decisione dell’11 gennaio 1961). L’ultimo ricorso interstatale su cui si è pronunciata la Corte è stato: *Cipro c. Turchia*, cit., sentenza del 10 maggio 2001. V. inoltre il ricorso presentato dalla Georgia contro la Russia nel 2007 (ricorso n. 13255/07) e la richiesta di *interim measures* presentata dalla Georgia nell’agosto 2008 durante il conflitto in Ossezia del Sud. Sul tema si rinvia a K. ROGGE, *Inter-State Cases Under art. 33 of the ECHR*, in HANNO HARTIG (ed.), *Trente ans de droit européen des droits de l’homme: études à la mémoire de Wolfgang Strasser*, Bruxelles, 2007, pp. 289-306; S.C. PREBENSEN, *Inter-State Complaints Under Treaty Provisions: The Experience Under the ECHR*, in A. GUDMUNDUR, J. TH.

Ai sensi dell'art. 34 CEDU sono legittimati ad agire di fronte alla Corte le "persone fisiche, le organizzazioni non governative o i gruppi di privati che sostengano di essere vittime di una violazione da parte di una delle Alte Parti contraenti dei diritti riconosciuti nella Convenzione o nei suoi protocolli"⁷².

Tramite il ricorso individuale diretto, gli individui sono posti su un piano di parità processuale rispetto allo Stato nei cui confronti fanno valere i propri diritti.

Le persone giuridiche e gli *shareholders* possono agire a tutela solo dei diritti di cui sono rispettivamente titolari⁷³. Possono inoltre essere costituite associazioni allo scopo di difendere un interesse comune⁷⁴. Alle "organizzazioni governative" come gli enti pubblici territoriali – le cui azioni sono imputabili allo Stato – non è riconosciuta capacità d'agire⁷⁵.

Il ricorrente deve avere interesse ad agire, dimostrando il nesso causale tra l'atto imputabile allo Stato convenuto e la pretesa violazione della CEDU di cui si dichiara vittima⁷⁶. Perché il ricorso sia ricevibile è sufficiente il *fumus boni juris*. Non è invece prevista la possibilità di presentare un'*actio popularis* al fine di ottenere dalla Corte una pronuncia su una questione astratta⁷⁷.

Nella giurisprudenza della Corte il termine "vittima" è stato oggetto di interpretazione estensiva. La Corte ha distinto tra *vittime potenziali* (il cui diritto potrebbe essere in futuro violato per effetto dell'esistenza di una norma naziona-

MÖLLER (eds.), *International Human Rights Monitoring Mechanisms: Essays in Honour of Jakob Th. Möller*, The Hague, 2001, pp. 533-559.

⁷² L'art. 34 definisce quindi anche la competenza *ratione materiae* della Corte: la protezione garantita dalla Corte si estende unicamente ai diritti ed alle libertà enumerati nella Convenzione e nei suoi Protocolli. Data l'ampiezza e l'indeterminazione di alcune definizioni adottate dalla Convenzione sono spesso sorti delicati problemi di interpretazione (si pensi ad esempio alla nozione di "diritti e doveri di carattere civile" ovvero a quella di "accusa penale" di cui all'art. 6.1 CEDU).

⁷³ In questo senso, Corte europea dei diritti umani, *Agrotexim et al. c. Grecia*, ricorso n. 14807/89, sentenza del 24 ottobre 1995, paragrafi 62-64. Per quanto riguarda ad esempio il diritto di proprietà, il diritto d'agire appartiene normalmente alla persona giuridica, mentre gli azionisti possono presentare ricorso soltanto qualora la società sia impossibilitata ad agire (perché ha cessato di esistere o in altre circostanze eccezionali). Sul punto, Corte europea dei diritti umani, *Credit and Industrial Bank c. Repubblica Ceca*, ricorso n. 29010/95, sentenza del 21 ottobre 2003, paragrafi 50-52.

⁷⁴ Sul punto, Corte europea dei diritti umani, *Gorraiz Lizarraga e al. c. Spagna*, ricorso n. 62543/00, sentenza del 27 aprile 2004, par. 38.

⁷⁵ Per le "organizzazioni governative" e le "*public corporations*" v. Corte europea dei diritti umani: *The Holy Monasteries c. Grecia*, ricorsi nn. 13092/87 e 13984/88, sentenza del 9 dicembre 1994, par. 49; *Radio France c. Francia*, ricorso n. 53984/00, decisione del 23 settembre 2003, par. 26; *Islamic Republic of Iran Shipping Lines c. Turchia*, ricorso n. 40998/98, sentenza del 13 dicembre 2007, paragrafi 78-82.

⁷⁶ Sul punto, Corte europea dei diritti umani, *Klass et al. c. Germania* [GC], ricorso n. 5029/71, sentenza del 6 settembre 1978, par. 33.

⁷⁷ Sul punto e sull'assenza della qualità di vittima v. Corte europea dei diritti umani, *Ada Rossi et al. c. Italia*, ricorso n. 55185/08, decisione del 16 dicembre 2008, che dichiara l'irricevibilità del ricorso presentato da alcune associazioni per impedire l'interruzione dell'alimentazione forzata di persona in coma irreversibile (il caso è relativo alla vicenda Englaro).

le contrastante con la Convenzione⁷⁸) e *vittime indirette* (coloro che, come parenti prossimi ed eredi, subiscono gli effetti e i danni della violazione patita dalla vittima principale⁷⁹).

Della trattazione dei ricorsi è normalmente investita una Camera di 7 giudici di cui fa parte di diritto il giudice eletto per lo Stato convenuto (art. 29).

Tuttavia, l'esame dei ricorsi che possono essere dichiarati irricevibili o cancellati dal ruolo⁸⁰ senza ulteriori accertamenti è affidato ad un Comitato di 3 giudici che svolge funzione di filtro. Il Comitato può pronunciarsi soltanto all'unanimità; in caso contrario sarà la Camera a decidere.

Quando sorgano "gravi problemi di interpretazione" della Convenzione o dei suoi Protocolli o la soluzione del caso rischi di dar luogo ad un "contrasto con una sentenza pronunciata anteriormente dalla Corte", la Camera può rimettere il ricorso all'attenzione della Grande Camera composta da 17 giudici prima di pronunciarsi sul merito (art. 30); ad entrambe le parti è attribuito diritto di veto sulla remissione.

La Grande Camera può inoltre essere chiamata a pronunciarsi su richiesta di una delle parti dopo che una Camera abbia già emesso una sentenza di merito (articoli 43 e 44). Il doppio grado di giudizio è stato introdotto con il Protocollo n. 11 (è peraltro criticabile, dal punto di vista dell'imparzialità, la scelta di permettere la partecipazione al secondo grado di giudizio del Presidente della Camera e del giudice "nazionale" che già hanno esaminato il caso).

La sentenza di una Camera diviene definitiva dopo 3 mesi dalla pronuncia se le parti non chiedono il rinvio alla Grande Camera o se tale richiesta viene respinta. La sentenza emessa dalla Grande Camera è definitiva.

6. Condizioni di ricevibilità

La ricevibilità del ricorso è subordinata alle condizioni previste nell'art. 35 CEDU: "la Corte non può essere adita se non dopo l'esaurimento delle vie di ricorso interne, come inteso secondo i principi di diritto internazionale generalmente

⁷⁸ V., tra le molte, Corte europea dei diritti umani, *Dudgeon c. Regno Unito* [GC], sentenza del 22 ottobre 1981, caso relativo ad una legge sul reato di omosessualità. Ciò che conta infatti è l'esistenza di una violazione della Convenzione, il fatto che la vittima abbia concretamente subito un danno rileva essenzialmente ai fini dell'art. 41 CEDU (Corte europea dei diritti umani, *Inze c. Austria*, ricorso n. 8695/79, sentenza del 28 ottobre 1987, par. 32).

⁷⁹ Tra i molti Corte europea dei diritti umani: *McCann et al. c. Regno Unito* [GC], ricorso n. 18984/91, sentenza del 27 settembre 1995 (ricorso della moglie della vittima); *Kurt c. Turchia*, ricorso n. 24276/94, sentenza del 25 maggio 1998 (ricorso della madre della vittima); *contra, Çakici c. Turchia* [GC], ricorso n. 23657/94, sentenza dell'8 luglio 1999 (in cui non è stato riconosciuto *jus standi* al fratello di persona scomparsa).

⁸⁰ La cancellazione può avvenire per diversi motivi, tra cui, ad esempio, la mancata comunicazione da parte del ricorrente di informazioni necessarie per il giudizio.

riconosciuti ed entro un periodo di sei mesi a partire dalla data della decisione interna definitiva”. Il ricorso inoltre non può essere anonimo, né “essenzialmente identico ad uno precedentemente esaminato dalla Corte o già sottoposto ad un’altra istanza internazionale di inchiesta o di risoluzione e non contiene fatti nuovi”. In mancanza di questi presupposti la Corte dichiarerà la domanda irricevibile. Quando il ricorso appaia *prima facie* privo di ogni fondamento o temerario, la Corte ne dichiarerà – anche d’ufficio – la manifesta infondatezza o abusività.

La regola del *previo esaurimento dei ricorsi interni*⁸¹ è espressione del carattere sussidiario della funzione svolta dalla Corte rispetto agli organi giudiziari nazionali, ai quali deve essere data l’opportunità di porre rimedio alla violazione. L’illecito, infatti, si perfeziona solo una volta esauriti i rimedi interni. L’assunto è quello di cui all’art. 13 CEDU: il singolo deve poter disporre di un rimedio effettivo alla violazione subita. Non è peraltro necessario che davanti al giudice nazionale sia formalmente eccepita la violazione di uno specifico articolo della Convenzione: è sufficiente che sia stata sollevata la questione sostanziale, così da permettere al giudice di rimediare alla presunta violazione⁸².

La Corte ha applicato il requisito del previo esaurimento con una certa flessibilità, tenendo conto delle specifiche circostanze del singolo caso, dello stato del sistema giudiziario e del contesto politico. Inoltre, la Corte ha chiarito che le vie di ricorso interno da esperire sono quelle ordinarie, non quelle straordinarie come la domanda di grazia o di revisione. I ricorsi interni devono essere disponibili ed effettivi, ovvero devono garantire concrete possibilità di successo; laddove esista un consolidato orientamento giurisprudenziale ovvero una prassi amministrativa o di tolleranza da parte delle autorità che rende futili le vie di ricorso in astratto disponibili, la regola del previo esaurimento non trova applicazione⁸³.

Ricade sullo Stato convenuto l’onere di provare il mancato esaurimento dei ricorsi interni, così come la loro disponibilità ed efficacia. Una volta che lo Stato abbia assolto a tale onere, spetta al ricorrente dimostrare di aver esaurito i ricorsi interni ovvero che alcune specifiche circostanze legate al caso rendevano il ricorso inadeguato o non effettivo.

⁸¹ Sul tema si rinvia per tutti a R. PISILLO MAZZESCHI, *Esaurimento dei ricorsi interni e diritti umani*, Torino, 2004.

⁸² Nei ricorsi interstatali la regola del previo esaurimento si applica soltanto quando lo Stato ricorrente intenda far valere una violazione contro un individuo specifico, non quando si riferisce a fatti e prassi generalizzati o ad una legislazione (Corte europea dei diritti umani, *Irlanda c. Regno Unito* [GC], ricorso n. 5310/71, sentenza del 18 gennaio 1978, par. 159). Le altre condizioni di ricevibilità elencate all’art. 35 CEDU riguardano esclusivamente i ricorsi individuali.

⁸³ Sul punto, Corte europea dei diritti umani: *Akdivar et al. c. Turkey* [GC], ricorso n. 21893/93, sentenza del 16 settembre 1996, paragrafi 65-67; *Selmouni c. Francia* [GC], ricorso n. 25803/94, sentenza del 28 luglio 1999, paragrafi 74-77; *Kudla v. Poland* [GC], ricorso n. 30210/96, sentenza del 26 ottobre 2000, par. 152; *Radio France c. Francia*, cit., par. 33; *Khashiyev e Akayeva c. Russia*, ricorsi nn. 57942/00 e 57945/00, sentenza del 24 febbraio 2005, paragrafi 116-117.

Infine, qualora lo Stato abbia introdotto un nuovo rimedio – adeguato ed effettivo – dando esecuzione ad una sentenza della Corte (eventualmente una “sentenza pilota”⁸⁴), questo dovrà essere esperito prima di adire la Corte a pena di irricevibilità del ricorso⁸⁵. Anche coloro che hanno già depositato un ricorso di cui non sia ancora iniziata la trattazione sono tenuti ad esperire il nuovo rimedio⁸⁶.

7. L'adozione di misure provvisorie

L'adozione di *misure provvisorie* da parte della Corte non è espressamente prevista dalla Convenzione⁸⁷.

La Corte (e la Commissione prima) si è tuttavia dotata di tale potere tramite il proprio regolamento di procedura⁸⁸ (art. 39). In caso di necessità ed urgenza di evitare un pregiudizio grave ed irreparabile originato dalla presunta violazione della Convenzione, il ricorrente può chiedere alla Corte di adottare *interim measures*. Le misure cautelari sono state per lo più applicate a fattispecie relative ad espulsioni o estradizioni verso paesi in cui il ricorrente correva il rischio di essere condannato a morte (art. 2), sottoposto a torture o trattamenti inumani o degradanti⁸⁹ od anche in presenza di condizioni di salute precarie durante periodi di detenzione (art. 3).

A partire dal caso *Mamatkulov e Askarov c. Turchia*⁹⁰, la Corte ha ritenuto – con un radicale *revirement* giurisprudenziale⁹¹ – che lo Stato cui le misure provvi-

⁸⁴ Sulle “sentenze pilota” v. *infra*, par. 8.

⁸⁵ Sul punto, Corte europea dei diritti umani, *Broniowski c. Polonia* [GC], ricorso n. 31443/96, sentenza del 22 giugno 2004, par. 191; *Scordino c. Italia* (n. 1) [GC], ricorso n. 36813/97, sentenza del 29 marzo 2006, paragrafi 141-149 (caso relativo all'applicazione della legge Pinto per garantire il diritto all'equa riparazione per la durata irragionevole dei processi).

⁸⁶ In questo senso, Corte europea dei diritti umani, *Brusco c. Italia*, ricorso n. 69789/01, decisione del 6 settembre 2001 (sulla legge Pinto).

⁸⁷ L'adozione di misure provvisorie è invece ad esempio prevista all'art. 41 dello Statuto della Corte Internazionale di Giustizia e all'art. 63, par. 2 della Convenzione americana sui diritti umani.

⁸⁸ Il nuovo regolamento di procedura della Corte è entrato in vigore il 1° gennaio 2009.

⁸⁹ Nel 1971, l'Assemblea parlamentare invitò il Comitato dei ministri ad adottare un protocollo addizionale a riguardo, ma quest'ultimo non ritenne la misura opportuna. Solo con la Raccomandazione R(1980)9 del 27 giugno 1980, il Comitato ha invitato gli Stati membri a non estradare verso uno Stato terzo individui con il rischio che essi subiscano trattamenti inumani o degradanti.

⁹⁰ Corte europea dei diritti umani, *Mamatkulov e Askarov c. Turchia* [GC], ricorsi nn. 46827/99 e 46951/99, sentenza del 4 febbraio 2005, paragrafi 124-129. Con tale pronuncia la Corte sembra volersi allineare alla soluzione adottata dalla Corte internazionale di giustizia nella sentenza del 27 giugno 2001 nel caso *LaGrand (Germania c. Stati Uniti)*. Sul tema si rinvia a A. SACCUCCI, *Le misure provvisorie nella protezione internazionale dei diritti umani*, Torino, 2006 e alla bibliografia ivi citata, nonché a Y. HAECK, C. BURBANO HERRERA, L. ZWAAK, *Non-Compliance with a Provisional Measure Automatically Leads to a Violation of the Right of Individual Application ... Or Doesn't It?*, in *European Constitutional Law Review*, 2008, pp. 41-63; N. VAJIC, *Interim Measures and the Mamatkulov Judgment of the ECHR*, in M.G. KOHEN (ed.), *Promoting Justice, Human Rights and Conflict Resolution through International Law: Liber Amicorum Lucius Caflisch*, Lei-

sorie sono dirette ha il dovere di ottemperarvi. Tale dovere discende dall'obbligo che ricade sugli Stati parte di non ostacolare l'esercizio effettivo del diritto al ricorso individuale *ex art. 34*, nonché dagli obblighi previsti agli articoli 1 e 46⁹².

Un'analisi della prassi recente attesta un alto grado di osservanza ad opera degli Stati delle *interim measures* decise dalla Corte⁹³.

8. L'esecuzione delle sentenze della Corte europea dei diritti umani negli ordinamenti interni

Ai sensi dell'art. 46 CEDU, gli Stati sono tenuti a conformarsi alle sentenze definitive della Corte nelle controversie di cui sono parte e a porre termine alla violazione della Convenzione constatata dalla Corte nel caso di specie.

Alle sentenze definitive della Corte è quindi attribuita autorità relativa di cosa giudicata⁹⁴, conformemente al diritto internazionale classico. Esse possono peraltro esercitare autorità di cosa interpretata⁹⁵ sugli Stati terzi alla controversia, pur senza assurgere a possedere efficacia *erga omnes*⁹⁶.

Non rientra tra i poteri della Corte quello di annullare le normative nazionali incompatibili con gli obblighi convenzionali.

den, 2007, pp. 601-622; A. MOWBRAY, *A New Strasbourg Approach to the Legal Consequences of Interim Measures*, in *Human Rights Law Review*, 2005, pp. 377-386.

⁹¹ Infatti, nel caso *Cruz Varas et al. c. Svezia* [GC] (ricorso n. 15576/89, sentenza del 20 marzo 1991, paragrafi 94-105), la Corte aveva negato efficacia giuridica vincolante alle misure cautelari: dall'art. 25 CEDU (testo previgente al Protocollo n. 11) non poteva farsi discendere l'obbligo degli Stati parte di conformarsi alle misure provvisorie ordinate dalla Commissione sulla base del suo regolamento di procedura. V., inoltre, dopo l'entrata in vigore del Protocollo 11, Corte europea dei diritti umani, *Conka c. Belgio*, ricorso n. 51564/99, decisione del 13 marzo 2001.

⁹² Corte europea dei diritti umani, *Mamatkulov e Askarov c. Turchia*, cit., paragrafi 125-126.

⁹³ Nel caso *Olaechea Cahuas c. Spagna* (ricorso n. 24668/03, sentenza del 10 agosto 2006, paragrafi 81-83), la Corte – dopo un'accurata ricostruzione della giurisprudenza in materia – ha affermato che la mancata ottemperanza alle misure cautelari configura di per sé una violazione dell'art. 34, non importa se nel caso di specie al ricorrente sia stato effettivamente impedito l'esercizio del suo diritto d'agire.

⁹⁴ Tale obbligo comprende anche quello di adeguarsi all'interpretazione delle disposizioni della Convenzione data dalla Corte in riferimento al caso di specie.

⁹⁵ Sul valore di precedente delle sentenze della Corte nei confronti di tutti gli Stati parte v. V. ESPOSITO, *La libertà degli Stati nella scelta dei mezzi attuativi delle sentenze della Corte europea dei diritti dell'uomo*, in U. LA ROCCA (a cura di), *La Corte europea dei diritti dell'uomo e l'esecuzione delle sue sentenze*, Napoli, 2003, pp. 50-76. V. anche J. FROWEIN, *The Binding Force of ECHR Judgments and Its Limits*, in S. BREITENMOSER, L. WILDHABER (eds.), *Human Rights, Democracy and the Rule of Law: Liber Amicorum Luzius Wildhaber*, Baden-Baden, 2007, pp. 261-269.

⁹⁶ Sull'applicazione delle sentenze della Corte negli ordinamenti nazionali, v. G. CATALDI, *La natura self-executing delle norme della Convenzione europea dei diritti umani e l'applicazione delle sentenze della Corte europea negli ordinamenti nazionali*, in questo *Volume*.

Quando vi sia stata violazione della Convenzione o dei suoi protocolli e il diritto interno della Parte contraente non permetta “se non in modo imperfetto di rimuovere le conseguenze di tale violazione”, la Corte può accordare alla vittima un’*equa soddisfazione ex art. 41 CEDU*⁹⁷. Quando dunque la *restitutio in integrum* non è possibile, al ricorrente viene generalmente riconosciuto un indennizzo consistente in una somma di denaro (comprensiva di pregiudizio materiale e morale, spese e interessi)⁹⁸.

La Corte ha ripetutamente osservato che “it is for the respondent State, and the respondent State alone, to take the measures it considers appropriate to assure that its domestic law is coherent and consistent”⁹⁹. Nonostante quindi il dovere di esecuzione sia configurabile come un obbligo di risultato, la Corte sembra aver gradualmente assunto una posizione più determinista.

La Corte ha innanzitutto affermato che a fronte di un’accertata violazione della Convenzione, l’obbligo principale dello Stato è quello di eliminarne le conseguenze in forma specifica (laddove possibile), mentre il pagamento dell’*equa soddisfazione* deve considerarsi sussidiario alla *restitutio in integrum* (caso *Papamichalopoulos c. Grecia*)¹⁰⁰. Il pagamento dell’equo indennizzo non assolve quindi lo Stato dal suo dovere di adottare misure individuali per porre termine alla violazione e cancellarne gli effetti: i due obblighi sono anzi cumulabili¹⁰¹.

Nella stessa pronuncia *Papamichalopoulos*, la Corte ha, per la prima volta, indicato direttamente allo Stato convenuto quali fossero le misure idonee a ri-

⁹⁷ E. LAMBERT-ABDELGAWAD, *The Execution of Judgments of the European Court of Human Rights*, Council of Europe, Strasbourg, 2008; L. LOUCAIDES, *Reparation for Violations of Human Rights Under the European Convention and Restitutio in Integrum*, in *European Human Rights Law Review*, 2008, pp. 182-192; C. BIRSAN, *Les aspects nouveaux de l’application des articles 41 et 46 de la Convention dans la jurisprudence de la Cour Européenne des Droits de l’Homme*, in HANNO HARTIG (ed.), *Trente ans de droit européen des droits de l’homme – Etudes à la mémoire de Wolfgang Strasser*, Bruxelles, 2007, pp. 19-44; L. WILDHABER, *The Execution of Judgments of the European Court of Human Rights: Recent Developments*, P.-M. DUPUY C. THOMUSCHAT (eds.), *Common Values in International Law: Essays in Honour of Christian Tomuschat*, Engel, 2006, pp. 671-680; P. PIRRONE, *L’obbligo di conformarsi alle sentenze della Corte europea dei diritti dell’uomo*, Milano, 2004; F. CRISAFULLI, *Il pagamento dell’equa soddisfazione*, in U. LA ROCCA (a cura di), *La Corte europea*, cit., pp. 79-95; C. TOMUSCHAT, *Just Satisfaction Under Art. 50 of the European Convention on Human Rights*, in P. MAHONEY, F. MATSCHER, H. PETZOLD, L. WILDHABER (eds.), *Protecting Human Rights*, cit., pp. 1407-1430.

⁹⁸ Corte europea dei diritti umani, *De Wilde, Ooms, Versyp c. Belgio* [GC], ricorsi nn. 2832/66, 2835/66, 2899/66, sentenza del 10 marzo 1972 (vecchio art. 50), paragrafi 20-21.

⁹⁹ Corte europea dei diritti umani, *Marckx c. Belgio* [GC], ricorso n. 6833/74, sentenza del 13 giugno 1979 (vecchio art. 50), par. 42.

¹⁰⁰ Corte europea dei diritti umani, *Papamichalopoulos c. Grecia* [GC], ricorso n. 14556/89, sentenza del 31 ottobre 1995 (vecchio art. 50), par. 34.

¹⁰¹ Corte europea dei diritti umani, *Scozzari e Giunta c. Italia* [GC], ricorsi nn. 39221/98 e 41963/98, sentenza del 13 luglio 2000, par. 249. V. V. COLANDREA, *On the Power of the European Court of Human Rights to Order Specific Non-Monetary Measures: Some Remarks in Light of the Assanidze, Broniowski and Sejdicovic Cases*, in *Human Rights Law Review*, 2007, p. 396-411.

muovere la violazione (nel caso di specie si trattava della restituzione della proprietà di terreni)¹⁰².

Occorre peraltro distinguere le *misure individuali* (come il riesame e la riapertura del processo¹⁰³, la revoca di provvedimenti amministrativi, la restituzione della proprietà), dalle *misure generali* i cui effetti travalicano quelli del caso di specie (come la modifica di leggi o regolamenti che la Corte ha rilevato essere in concreto contrari alla Convenzione¹⁰⁴). Non sempre infatti la violazione è del tutto episodica e singolare ovvero riguarda strettamente il caso portato all'attenzione della Corte; al contrario, la violazione può essere generata dalla normativa nazionale o da una prassi amministrativa o giurisprudenziale che la fattispecie individuale portata all'attenzione della Corte mette in evidenza. In tal caso, l'adozione di una misura individuale può non essere sufficiente a porre termine alla violazione¹⁰⁵.

In particolare, nel caso di *violazioni sistematiche e strutturali* della Convenzione, la Corte – per evitare la proliferazione di ricorsi che traggono origine dalla stessa problematica – ha adottato la prassi di pronunciare “*sentenze-pilota*” cui

¹⁰² Corte europea dei diritti umani, *Papamichalopoulos c. Grecia*, cit., par. 38. Nel caso, *Aleksanyan c. Russia* (ricorso n. 46468/06, sentenza del 22 dicembre 2008, par. 239 – sulla vicenda Yukos) la Corte precisa che “exceptionally, with a view to helping the respondent State to fulfil its obligations under Article 46, the Court will seek to indicate the type of measure that might be taken in order to put an end to a systemic situation it has found to exist. [...] In other exceptional cases, the nature of the violation found may be such as to leave no real choice as to the measures required to remedy it and the Court may decide to indicate only one such measure” (corsivi aggiunti).

¹⁰³ Il Comitato dei Ministri, con Raccomandazione R(2000)2 adottata il 19 gennaio 2000, ha invitato gli Stati parte ad introdurre nel proprio ordinamento una procedura volta a garantire il riesame o la riapertura dei procedimenti a seguito di una sentenza della Corte, sentenza che prevale sull'autorità di *res judicata* della sentenza nazionale. Per quanto riguarda la revisione dei processi in Italia a seguito della pronuncia “*Dorigo*” (Corte europea dei diritti umani, *Dorigo c. Italia*, ricorso n. 46520/99, sentenza del 16 novembre 2000; Corte di Cassazione (Sezione I penale), sentenza del 25 gennaio 2007, n. 2800 e Corte Costituzionale, sentenza del 30 aprile 2008, n. 129), si rinvia a A. CIAMPI, *Processo non equo secondo la Corte europea dei diritti dell'uomo e rinnovazione del giudizio secondo la Corte costituzionale*, in *Rivista di diritto internazionale*, 2008, pp. 793-800. Sulla riapertura dei processi in seguito a condanne della Corte relative all'utilizzo di prove illecitamente ottenute v. Corte europea dei diritti umani, *Jalloh c. Germania* [GC], ricorso n. 54810/00, sentenza dell'11 luglio 2006.

¹⁰⁴ Sul tema F. SUDRE, *L'effectivité des arrêts de la Cour européenne des droits de l'homme*, in *Revue trimestrielle des droits de l'homme*, 2008, pp. 917-947; B. NASCIBENE, *Violazione “strutturale”, violazione “grave” ed esigenze interpretative della Corte europea dei diritti dell'uomo*, in *Rivista di diritto internazionale privato e processuale*, 2006, pp. 645-656; V. ZAGREBELSKY, *I mutamenti legislativi o regolamentari e di prassi amministrative volti ad impedire il riprodursi della violazione*, in U. LA ROCCA (a cura di), *La Corte europea*, cit., pp. 108-117.

¹⁰⁵ Sugli obblighi che discendono dall'art. 46 di pagare un equo indennizzo e di adottare misure individuali e generali v. la *Recommendation of the Committee of Ministers to Member States on Efficient Domestic Capacity for Rapid Execution of Judgments of the European Court of Human Rights*, CM/Rec(2008)2, adottata dal Comitato dei Ministri il 6 febbraio 2008.

segue l'obbligo dello Stato di adottare misure a carattere generale (con effetto retroattivo laddove necessario) con cui prevenire la ripetizione dell'illecito.

La Corte ha pronunciato la prima sentenza-pilota nel caso *Broniowski c. Polonia*¹⁰⁶, sotto la presidenza di Luzius Wildhaber. La scelta di seguire questa nuova procedura è seguita di poco all'apertura alla firma del Protocollo n. 14¹⁰⁷ e all'adozione da parte del Comitato dei Ministri della Risoluzione n. 3 del 2004¹⁰⁸, con cui la Corte viene invitata a identificare le problematiche sistemiche suscettibili di dar luogo a numerosi ricorsi.

Secondo la *pilot-procedure* delineata dalla prassi della Corte, la Grande Camera, dopo aver individuato le cause all'origine delle violazioni strutturali ai diritti protetti dalla Convenzione ed aver indicato quali misure generali possano porre rimedio alla violazione, sospende la trattazione degli altri ricorsi simili in attesa che lo Stato adegui il proprio ordinamento. Il Comitato dei Ministri vigila sull'esecuzione della sentenza e può adottare *interim resolutions* per indurre lo Stato ad ottemperare. In un secondo tempo, una volta verificata l'adeguatezza delle misure generali adottate dallo Stato, la Corte procede alla cancellazione dal

¹⁰⁶ Corte europea dei diritti umani, *Broniowski c. Polonia* [GC], ricorso n. 31443/96, sentenza del 22 giugno 2004, paragrafi 192-194 (violazione del diritto di proprietà). In proposito, tra i molti, v. L. GARLICKI, *Broniowski and After: On the Dual Nature of "Pilot Judgments"*, in L. CAFLISCH, J. CALLEWAERT, R. LIDDELL, P. MAHONEY, M. VILLIGER (eds.), *Liber Amicorum Luzius Wildhaber: Human Rights, Strasbourg Views*, cit., pp. 177-192; V. ZAGREBELSKY, *Questions autour de Broniowski*, in L. CAFLISCH, J. CALLEWAERT, R. LIDDELL, P. MAHONEY, M. VILLIGER (eds.), *Liber Amicorum Luzius Wildhaber*, cit., pp. 521-535. L'adozione di un *compensation scheme* in ottemperanza alla sentenza-pilota *Broniowski* da parte della Polonia e la sua compatibilità con la Convenzione sono stati oggetto di valutazione nel caso *Wolkenberg et al. c. Polonia* (ricorso n. 50003/99, decisione del 4 dicembre 2007), a cui è conseguita la cancellazione dal ruolo della causa. Interessante è il fatto che la Corte abbia riconosciuto che "in a situation involving a wide-reaching but controversial legislative scheme with significant economic impact for the country as a whole, the national authorities must have considerable discretion in selecting not only the measures to secure respect for property rights but also the appropriate time for their implementation. The choice of measures may necessarily involve decisions restricting compensation for the taking or restitution of property to a level below its market value" (paragrafi 60-62). Il 6 ottobre 2008 la Corte ha disposto la cancellazione dal ruolo delle residue 176 cause simili instaurate contro la Polonia.

¹⁰⁷ Nel Protocollo n. 14 (su cui v. *infra*) non è però confluita la proposta della Corte di inserire una disposizione dedicata alla "*pilot-judgment procedure*". V. *Position Paper on Proposals for Reform of the ECHR and other Measures as Set Out in the Report of the Steering Committee for Human Rights of 4 April 2004, adopted by the Court on 12 September 2003*, paragrafi 43-46 (CDDH-GDR(2003)024).

¹⁰⁸ *Resolution Res(2004)3 of the Committee of Ministers on judgments revealing an underlying systemic problem*, adottata dal Comitato dei Ministri il 12 maggio 2004. V. anche Comitato dei Ministri del Consiglio d'Europa, *Recommendation Rec(2004)6 of the Committee of Ministers to Member States on the Improvement of Domestic Remedies*, *The Right Honourable The Lord Woolf, Review of the Working Methods of the European Court of Human Rights, December 2005* ed il *Report of the Group of Wise Persons to the Committee of Ministers*, CM(2006)2003, 15 novembre 2006, paragrafi 100-105. Nello svolgere la sua funzione di sorveglianza il Comitato dei Ministri darà priorità all'esecuzione dei *pilot-judgments* (Rule 4, *Rules for the supervision of the execution of judgments*, CM(2006)90, 10 maggio 2006).

ruolo dei ricorsi analoghi ancora pendenti¹⁰⁹. Eventuali nuovi ricorsi potranno essere dichiarati inammissibili. Peraltro, nel caso in cui lo Stato non ottemperi, i ricorsi la cui trattazione è stata sospesa dovranno essere riaperti.

La novità della procedura delle sentenze-pilota non sembra peraltro stare nell'indicazione di misure generali, quanto piuttosto nella decisione della Corte di aggiornare la trattazione dei casi simili nell'intento di limitare l'espandersi del proprio carico di lavoro a ritmi insostenibili¹¹⁰.

La prassi dei *pilot-judgments* sembra mettere in luce un nuovo ruolo *quasi-costituzionale* della Corte¹¹¹, “departing from a purely individualized justice limited to prescribing in a mandatory way a just remedy to a particular victim of a

¹⁰⁹ La Corte ha pronunciato altri *pilot-judgments*, ad esempio, in Corte europea dei diritti umani: *Scordino c. Italia* (n. 1) [GC], ricorso n. 36813/97, sentenza del 29 marzo 2006, paragrafi 234-235; *Hutten-Czapska c. Polonia* [GC], ricorso n. 35014/97, sentenza del 19 giugno 2006, paragrafi 231-234. Sebbene la competenza a pronunciarsi sui *pilot cases* spetti in principio alla Grande Camera, violazioni sistematiche sono state recentemente identificate anche dalle Camere apportando alcune novità alla procedura. Nel caso, *Xenides-Arestis c. Turchia* (ricorso n. 46347/99, sentenza del 22 dicembre 2005, par. 40), la Corte ha per la prima volta fissato un termine (di 3 mesi) per l'adozione delle misure generali appropriate da parte dello Stato. Nel caso *Lukenda c. Slovenia* (ricorso n. 23032/02, sentenza del 6 ottobre 2005, paragrafi 91-93), la Corte seppur ritenendo presente una violazione strutturale, non ha proceduto ad aggiornare la trattazione dei casi simili (v. anche la *Dissenting Opinion del giudice V. Zagrebelsky*). Nel caso *Viasu c. Romania* (ricorso n. 75951/01, sentenza del 9 dicembre 2008, paragrafi 77-78), la Corte evidenzia come sulla fattispecie di causa siano già state adottate un certo numero di pronunce senza che lo Stato convenuto abbia adottato le misure necessarie a porre termine alla violazione: “C'est là non seulement un facteur aggravant quant à la responsabilité de l'État au regard de la Convention à raison d'une situation passée ou actuelle, mais également une menace pour l'effectivité à l'avenir du dispositif de contrôle mis en place par la Convention, compte tenu de la surcharge de travail que cette situation engendre”. Da ultimo, nel caso *Burdov c. Russia* (n. 2) (ricorso n. 33509/04, sentenza del 15 gennaio 2009), il Giudice di Strasburgo ha fondato il ricorso alla *pilot procedure* sulla sistematica mancata o ritardata esecuzione delle sentenze emanate sia dai giudici nazionali che dalla stessa Corte, tra l'altro rilevando *motu proprio* una violazione dell'art. 13, oltre alla violazione dell'art. 6 CEDU e dell'art. 1 del Protocollo n. 1 (paragrafi 136-141). La Corte ha sottolineato che, pur mancando una “*identifiable class of citizens*” (paragrafi 129 e 133), la questione tocca la struttura stessa del sistema giudiziario russo configurando una “*persistent structural dysfunction*” (par. 134).

¹¹⁰ Sul punto V. ZAGREBELSKY, *Violazioni strutturali e Convenzione europea dei diritti umani: interrogativi a proposito di Broniowski*, in *Diritti umani e diritto internazionale*, 2008, p. 17. Si è detto tuttavia che il congelamento dei ricorsi pendenti possa essere una misura efficace solo nel caso in cui lo Stato dia esecuzione alla sentenza-pilota; in caso contrario potrebbe risultare in un mero posporre la trattazione dei ricorsi.

¹¹¹ Nella loro formulazione – ma non nei loro effetti – le sentenze-pilota possono essere paragonate ad alcune sentenze sia di accoglimento che di rigetto della nostra Corte Costituzionale, con cui la Corte rivolge moniti al legislatore e lo invita ad intervenire per rendere la disciplina vigente conforme a Costituzione. Tali moniti possono avere diversa incisività e contenere, in particolare, un'indicazione delle linee minime alle quali la nuova disciplina dovrà uniformarsi a pena di risultare incostituzionale: in tal caso si distingue ulteriormente tra moniti “condizionati” (qualora il legislatore decida di legiferare, esso è invitato a seguire le indicazioni della Corte) e moniti “assoluti” (è assolutamente necessario che il legislatore legiferi al più presto secondo le indicazioni date dalla Corte: cd. “sentenze delega”).

violation of the Convention towards a generalized justice in which a State is required to reform its law and practice in response to the finding of a violation by the Court”¹¹². Le sentenze-pilota hanno così l’effetto di “pierce the veil” della “fiction that the ECHR does not scrutinize the objectionable laws of COE Member States, but merely corrects bad individual decisions”¹¹³.

9. La riforma prevista dal Protocollo n. 14

L’allargamento ai paesi dell’Est ed il successo del sistema di protezione CEDU a dieci anni dall’entrata in vigore del Protocollo n. 11 hanno determinato un costante incremento del carico di lavoro della Corte. Essendo tuttavia rimaste immutate sia la struttura della Corte che le regole sul procedimento, i tempi di trattazione delle cause si sono considerevolmente allungati, tanto che si teme che presto la stessa Corte non sarà in grado di rispettare gli standard di durata ragionevole del processo per la violazione dei quali tanto spesso l’Italia ed altre Parti contraenti sono state condannate.

Nel solo 2008, ad esempio, sono stati presentati circa 50000 nuovi ricorsi (il 20% in più rispetto all’anno precedente), mentre le cause pendenti hanno raggiunto quota 97300. A gestire tale continua affluenza di ricorsi non sembra sufficiente la maggiore produttività dimostrata dalla Corte nel 2008, anno in cui sono stati chiusi 32000 ricorsi (+23% rispetto all’anno precedente, di cui però ben il 93% dichiarati irricevibili o cancellati dal ruolo)¹¹⁴.

Al fine di migliorare l’efficienza del sistema di protezione CEDU, di semplificare ed accelerare le procedure e di diminuire il carico di lavoro della Corte, già nel maggio 2004 era stato aperto alla firma un nuovo protocollo di emendamento, il *Protocollo n. 14*¹¹⁵. Il Protocollo è tuttavia entrato in vigore solo il 1°

¹¹² W. SADURSKI, *Partnering with Strasbourg: Constitutionalization of the European Court of Human Rights, the Accession of Central and East European States to the Council of Europe, and the Idea of Pilot Judgments*, Sydney Law School, Legal Studies Research Paper n. 08/135, p. 25. L. WILDHABER, *A Constitutional Future for the European Court of Human Rights?*, in *Human Rights Law Journal*, 2002, pp. 161-165

¹¹³ W. SADURSKI, *op. cit.*, p. 46.

¹¹⁴ Dati tratti dal Rapporto annuale 2008 reperibile sul sito web della Corte www.echr.coe.int.

¹¹⁵ L’Italia l’ha ratificato con legge 15 dicembre 2005, n. 280, in *Gazzetta Ufficiale* n. 4 del 5 gennaio 2006. Sul tema, cfr. B. NASCIMBENE, *Le Protocole n° 14 à la Convention Européenne des droits de l’homme à la lumière de ses travaux préparatoires*, in *Revue Trimestrielle de droits de l’homme*, 2006, pp. 531-546; G. COHEN-JONATHAN, J.-F. FLAUS, *La réforme du système de contrôle contentieux de la Convention européenne des droits de l’homme (le Protocole n° 14 et les Recommandations et Résolutions du Comité des ministres)*, *Actes du séminaire organisé à Strasbourg le 7 juillet 2004 par l’Institut international des droits de l’homme (Institut René Cassin)*, Bruxelles, 2005; M. EATON, J. SCHOKKENBROEK, *Reforming the Human Rights Protection System Established by the European Convention of Human Rights. A new Protocol No.14 to the Convention and Other Measures to Guarantee the Long-term Effectiveness of the Convention System*, in *Human Rights Law*

giugno 2010 a causa della iniziale mancanza di volontà politica della Russia di procedere alla ratifica.

In attesa che entrasse in vigore il Protocollo n. 14, il dibattito sul ruolo e sulla riforma della Corte non si è arrestato¹¹⁶.

Il Comitato dei Ministri, già a partire dal 2004, perseguiva l'obiettivo di rafforzare l'efficienza del sistema CEDU indirizzando agli Stati membri raccomandazioni non vincolanti¹¹⁷. Si trattava, in particolare, della raccomandazione n. 4 del 2004 per la divulgazione dei contenuti della CEDU e la formazione dei giuristi¹¹⁸, della raccomandazione n. 5 del 2004 sulla verifica della compatibilità di progetti di legge, leggi in vigore e prassi amministrative con gli standard previsti dalla Convenzione¹¹⁹ e della raccomandazione n. 6 del 2004 per il miglioramento delle vie di ricorso interne¹²⁰. Dal punto di vista del Comitato, il proliferare dei ricorsi poteva essere prevenuto grazie all'utilizzo degli strumenti tradizionali del diritto internazionale che lasciano agli Stati membri la scelta dei tempi e dei mezzi per conformare il loro ordinamento agli standard CEDU. L'ottica era quindi quella della sussidiarietà e della complementarietà del sistema CEDU rispetto agli ordinamenti nazionali.

Nel 2005, due gruppi di esperti furono incaricati – l'uno dal Presidente della Corte, l'altro dai capi di Stato e di Governo del COE – di analizzare i metodi di lavoro della Corte e di presentare nuove proposte per migliorarne l'efficienza in attesa dell'entrata in vigore del Protocollo n. 14. Tra le misure prese in conside-

Journal, 2005, pp. 1-17; P. LEMMENS, W. VANDENHOLE (eds.), *Protocol 14 and the Reform of the European Court of Human Rights*, Antwerpen, 2005; E. SAVARESE, *Il Protocollo n. 14 alla Convenzione europea dei diritti dell'uomo*, in *Rivista di diritto internazionale*, 2004, p. 714 ss; U. VILLANI, *Il Protocollo 14 alla Convenzione europea dei diritti dell'uomo*, in *La comunità internazionale*, 2004, pp. 487-501; L.-A. SICILIANOS, *La "réforme de la réforme" du système de protection des droits de l'homme*, in *Annuaire Français de Droit International*, 2003, p. 626.

¹¹⁶ Sul tema v. S. GREER, *What's Wrong with the European Convention on Human Rights?*, in *Human Rights Quarterly*, 2008, pp. 680-702; L. HELFER, *Redesigning the European Court of Human Rights: Embeddedness as a Deep Structural Principle of the European Human Rights Regimen*, in *European Journal of International Law*, 2008, pp. 125-159; M. O'BOYLE, *On Reforming the Operation of the European Court of Human Rights*, in *European Human Rights Law Review*, 2008, pp. 1-11; L. CAFLISCH, M. KELLER, *Le Protocole additionnel n. 15 à la Convention européenne des droits de l'homme*, in L. CAFLISCH, J. CALLEWAERT, R. LIDDELL, P. MAHONEY, M. VILLIGER (eds.), *Liber Amicorum Luzius Wildhaber: Human Rights, Strasbourg Views*, cit., pp. 91-113; A. MOWBRAY, *Beyond Protocol 14*, in *Human Rights Law Review*, 2006, pp. 578-584.

¹¹⁷ Tali raccomandazioni sono state adottate nello stesso periodo in cui il Protocollo n. 14 è stato aperto alla firma (13 maggio 2004).

¹¹⁸ COE, *Recommendation Rec(2004)4 of the Committee of Ministers to member states on the European Convention on Human Rights in university education and professional training* del 12 maggio 2004.

¹¹⁹ COE, *Recommendation Rec(2004)5 of the Committee of Ministers to member states on the verification of the compatibility of draft laws, existing laws and administrative practice with the standards laid down in the European Convention on Human Rights* del 12 maggio 2004.

¹²⁰ COE, *Recommendation Rec(2004)6 of the Committee of Ministers to member states on the improvement of domestic remedies* del 12 maggio 2004.

razione nel Rapporto di Lord Woolf¹²¹ e nel Rapporto del Gruppo di saggi¹²² si può segnalare innanzitutto quella di dare avvio ad un processo di delocalizzazione del sistema di protezione tramite la creazione di Corti regionali, emanazioni della Corte di Strasburgo, presso gli Stati grandi violatori; tale proposta è stata fortemente criticata poiché avrebbe messo in pericolo l'indipendenza e l'unità della giurisdizione della Corte.

Era stata inoltre configurata l'ipotesi di introdurre una procedura di rinvio pregiudiziale facoltativa, attraverso la quale i giudici nazionali avrebbero potuto chiedere alla Corte di pronunciarsi in via preliminare sull'interpretazione della CEDU.

Interessanti erano le opzioni che attribuivano al Comitato dei Ministri il potere di modificare all'unanimità la struttura organizzativa della Corte, introducendo quindi una procedura di emendamento semplificata; di redigere uno Statuto della Corte in cui trasferire la regolamentazione di alcune fasi della procedura; di costituire un "judicial committee attached to, but separate from the Court" cui affidare una funzione di filtro dei ricorsi inammissibili e ripetitivi; nonché di rinviare il calcolo dell'equa soddisfazione a costituendo organi giudiziari nazionali tenuti ad applicare i criteri definiti dalla Corte.

Successivamente, in attesa che in Russia maturasse una volontà politica che portasse alla ratifica del Protocollo n. 14, si aprì un dibattito su quale metodo utilizzare per incrementare la capacità della Corte nel trattare il crescente numero di ricorsi¹²³.

Il Comitato dei Ministri del COE scelse di adottare il nuovo Protocollo n. 14 *bis*¹²⁴ al fine di anticipare l'introduzione delle principali riforme procedurali già previste dal Protocollo n. 14 ed inerenti il Giudice unico ed il Comitato di 3 giudici¹²⁵. Tali modifiche alla procedura hanno trovato applicazione per tutti i ricorsi pendenti nei confronti degli Stati membri che hanno proceduto alla ratifica del Protocollo n. 14 *bis*, a cui è stata attribuita la natura di protocollo addizionale.

¹²¹ LORD WOOLF, *Review of the Working Methods of the European Court of Human Rights*, 2005, disponibile su www.echr.coe.int/ECHR/Resources/Home/LORDWOOLFREVIEWONWORKINGMETHODS.pdf.

¹²² Comitato dei Ministri del Consiglio d'Europa, *Report of the Group of Wise Persons to the Committee of Ministers*, CM(2006)203 del 15 novembre 2006. V. anche da ultimo: Comitato dei Ministri del Consiglio d'Europa, *Steering Committee for Human Rights (CDDH-GDR(2007)001), Interim Report: Enhancing the Control System of the European Convention on Human Rights (follow-up to the Wise Persons' report)*, CM(2008)51 del 7 maggio 2008; particolare attenzione è posta alle misure che possono essere adottate senza ricorrere alla procedura di emendamento.

¹²³ È stato, ad esempio, escluso di procedere ad un'applicazione provvisoria (ed eventualmente parziale) del Protocollo n. 14 sulla base dell'art. 25 della Convenzione di Vienna sul diritto dei trattati.

¹²⁴ Il Protocollo n. 14 *bis* è stato aperto alla firma il 27 maggio 2009 ed è entrato in vigore il 1° ottobre 2009.

¹²⁵ Per un'analisi di tali disposizioni – considerate "the most rapidly effective in increasing the Court's case-processing capacity" – v. *infra*.

Detto Protocollo non è più applicabile più applicabile dopo l'entrata in vigore del Protocollo n. 14¹²⁶.

Il Protocollo n. 14 modifica profondamente la procedura davanti la Corte con l'obiettivo di sveltire la trattazione dei ricorsi, senza però incrementare il numero dei giudici che rimane pari a quello degli Stati parte¹²⁷.

Viene innanzitutto istituito il *Giudice unico* con funzione di filtro dei ricorsi privi di fondamento: esso è competente a dichiarare irricevibili i ricorsi e a cancellarli dal ruolo con decisione definitiva e senza contraddittorio quando non sono necessari ulteriori accertamenti. Al Giudice unico non è però attribuito il potere di adottare una decisione "positiva" di ricevibilità, né di pronunciarsi sul merito; esso, inoltre, non può esaminare i ricorsi in cui lo Stato convenuto è quello di cui ha la nazionalità¹²⁸. Il fine è quello di permettere alla Corte di concentrarsi sui casi più complessi e meritevoli di attenzione. Qualora il Giudice unico non ritenga di dichiarare il ricorso irricevibile lo trasmette al Comitato di 3 giudici oppure ad una Camera.

Per i ricorsi "ripetitivi" è istituita una procedura più snella e la relativa competenza è affidata ad un *Comitato di 3 giudici*, invece che alla Camera di 7 giudici. È da sottolinearsi che non siede nel Comitato il giudice di nazionalità dello Stato convenuto, a meno che lo stesso Comitato all'unanimità lo ritenga opportuno¹²⁹. Poiché la sua decisione non è suscettibile di riesame, il Comitato può decidere nel merito soltanto all'unanimità e se la questione è oggetto di una giurisprudenza "ben consolidata" (cd. casi ripetitivi o seriali¹³⁰); alternativamente esso può dichiarare – sempre all'unanimità – irricevibile il ricorso e cancellarlo dal ruolo.

Qualora il Giudice unico lo ritenga, ovvero il Comitato non sia in grado di decidere all'unanimità, il ricorso è trasmesso ad una Camera composta da 7 giudici¹³¹. La *Camera di 7 giudici* mantiene competenza su ricevibilità e merito, su casi che non sono ancora oggetto di una giurisprudenza ben consolidata.

Alla *Grande Camera*, composta da 17 giudici¹³², sono attribuite nuove funzioni, oltre a quelle già previste dagli articoli 31, 43 e 47. Tra le innovazioni più

¹²⁶ Cfr. art. 9 del Protocollo 14 *bis*.

¹²⁷ È, peraltro, esteso da 6 a 9 anni il mandato dei giudici, che diviene anche non rinnovabile. V., su questi punti, G. GAJA, *Quale nuovo filtro per i ricorsi individuali a Strasburgo?*, in *Diritti umani e diritto internazionale*, 2010, p. 315 ss.; A. SACCUCCI, *L'entrata in vigore del Protocollo n. 14 e le nuove regole procedurali per la sua applicazione*, ivi, p. 319 ss.

¹²⁸ Per questo motivo il Giudice unico rappresenta una configurazione inusuale nelle giurisdizioni internazionali permanenti.

¹²⁹ In tal caso viene nominato un giudice *ad hoc*, scelto in una lista predeterminata.

¹³⁰ Il Comitato sarà quindi competente a pronunciarsi sui ricorsi ancora pendenti dopo una sentenza-pilota.

¹³¹ Su domanda dell'Assemblea Plenaria della Corte, il Comitato dei Ministri può decidere all'unanimità che le Camere siano composte da 5 giudici soltanto.

¹³² La composizione della Grande Camera include sia il giudice nazionale che il Presidente della Camera; poiché entrambi si sono già pronunciati sul ricorso in primo grado, non è garantita l'autonomia della seconda fase del giudizio.

rilevanti del Protocollo n. 14 deve, infatti, essere annoverata l'introduzione all'art. 46, par. 4, CEDU di una "*procedura di infrazione*" per far valere la mancata ottemperanza di uno Stato membro ad una sentenza della Corte: il Comitato dei Ministri, a maggioranza di due terzi e dopo aver messo in mora lo Stato inadempiente, può chiedere alla Grande Camera di pronunciarsi sulla mancata esecuzione del giudicato; la Grande Camera pronuncerà in tal caso una sentenza dichiarativa, mentre eventuali misure sanzionatorie (quelle previste dal Trattato di Londra istitutivo del Consiglio d'Europa) potranno essere decise solo dal Comitato dei Ministri. Le nuove competenze della Grande Camera sono dunque volte a rendere più efficace la fase esecutiva del giudizio e a garantire l'adeguatezza delle misure adottate dallo Stato in ottemperanza al giudicato.

Nell'intento di ridurre il carico di lavoro della Corte, il Protocollo n. 14 incentiva il raggiungimento di un regolamento amichevole in qualsiasi fase della procedura. Il controllo sul rispetto dei termini della conciliazione è affidato al Comitato dei Ministri.

Tra le modifiche apportate dal Protocollo n. 14, sicuramente la più discussa¹³³ è quella relativa all'introduzione della nuova condizione di ricevibilità del "*pregiudizio importante*": la Corte ha facoltà di dichiarare irricevibile il ricorso individuale in cui il ricorrente non ha subito alcun danno rilevante (secondo il principio *de minimis non curat praetor*)¹³⁴. Questo nuovo requisito appare particolarmente problematico alla luce delle seguenti osservazioni: la Corte ha sempre ritenuto che potesse esserci violazione anche in assenza di pregiudizio¹³⁵; l'assenza di gerarchia tra i diritti tutelati potrà essere superata qualora la Corte ritenga che tutte le violazioni del cd. nocciolo duro della Convenzione non possano non essere "importanti"¹³⁶; il Rapporto esplicativo non indica alcun criterio per individuare la soglia di rilevanza del pregiudizio; infine, occorrerà coordina-

¹³³ V. il parere dell'Assemblea parlamentare del Consiglio d'Europa 251(2004) del 28 aprile 2004.

¹³⁴ L'*Explanatory Report to Protocol n. 14* (CETS n. 194) prevede peraltro una disposizione transitoria ai sensi della quale per 2 anni sul nuovo criterio di irricevibilità potranno pronunciarsi solo Camere e Grande Camera al fine di meglio definirne l'esatta portata. Sul tema, cfr. X.-B. RUEDIN, *De Minimis Non Curat the European Court of Human Rights: The Introduction of a New Admissibility Criterion (art. 12 of Protocol 14)*, in *European Human Rights Law Review*, 2008, pp. 80-105; V. BERGER, *Le "préjudice important" selon le Protocole n. 14 à la Convention européenne des droits de l'homme: questions et réflexions*, in M.G. KOHEN (ed.), *Promoting Justice*, cit., pp. 81-91; M.L. PADELLETTI, *Una nuova condizione di ricevibilità del ricorso individuale: il danno significativo subito dalla vittima*, in *Rivista di diritto internazionale*, 2006, pp. 47-67.

¹³⁵ La nuova condizione di ricevibilità potrà pertanto incidere sulla definizione di vittima, ed in particolare sul concetto di vittima potenziale e di vittima indiretta. Sulla qualità di vittima v. *supra*, par. 5.

¹³⁶ Ad esempio, nel caso *Mamatkulov e Askarov c. Turchia* (cit., par. 108), la Corte ha ritenuto che i requisiti di necessità ed urgenza necessari all'adozione di *interim measures* potesse farsi discendere *ipso facto* dall'appartenenza del diritto in causa ai *core rights* della Convenzione. Occorrerebbe forse invece identificare il nocciolo duro di ciascun diritto protetto dalla CEDU.

re il nuovo requisito di ricevibilità con il calcolo dell'equo indennizzo *ex art. 41 CEDU* e con la regola del previo esaurimento dei ricorsi interni¹³⁷.

Occorre peraltro rilevare che accompagnano la nuova *exceptio de minimis* due “*clausole di salvaguardia*”: il ricorso non potrà essere dichiarato irricevibile se il rispetto dei diritti umani esige un esame nel merito (in caso ad esempio di *massive violations* o di violazioni sistematiche e strutturali) qualora i tribunali interni non abbiano debitamente o adeguatamente esaminato il caso. Tale seconda clausola di salvaguardia parrebbe rendere necessario un esame preliminare sull'adeguatezza del ricorso interno, spostando tale analisi dal piano del merito a quello procedurale: l'esistenza di un ricorso effettivo nell'ordinamento interno potrà quindi venire valutata ai fini della ricevibilità¹³⁸.

Nella nuova procedura davanti alla Corte è, inoltre, attribuito un autonomo diritto di intervento al Commissario ai diritti umani del Consiglio d'Europa (istituito nel 1999)¹³⁹: l'attribuzione di questo potere al Commissario rafforza la garanzia collettiva dei diritti e potrà contribuire a portare alla luce nuove violazioni strutturali della Convenzione.

Infine, si devono sottolineare due importanti novità: l'introduzione di una “procedura di interpretazione” (tramite la quale il Comitato dei Ministri, ove ritenga che la sorveglianza sull'esecuzione di una sentenza definitiva sia ostacolata dalla difficoltà d'interpretare tale sentenza, può investire la Corte della questione¹⁴⁰), nonché la previsione al par. 2 dell'art. 59 di una norma che consente l'adesione dell'Unione europea alla CEDU¹⁴¹.

¹³⁷ Su quest'ultimo punto si rinvia a R. PISILLO MAZZESCHI, *La coordination entre la nouvelle condition de recevabilité prévue par le Protocole n. 14 à la Convention européenne et la règle de l'épuisement préalable des recours internes*, in F. SALERNO (ed.), *La nouvelle procédure*, cit., pp. 115-133.

¹³⁸ Sul punto si rinvia a R. SAPIENZA, *L'interprétation de la clause “si l'affaire n'a pas été dûment examinée par un tribunal interne”*, in F. SALERNO (ed.), *La nouvelle procédure*, cit., pp. 107-113.

¹³⁹ Il Commissario ai diritti umani del Consiglio d'Europa è stato istituito dal Comitato dei Ministri del Consiglio d'Europa con Risoluzione (99)50 del 7 maggio 1999.

¹⁴⁰ In tal caso, il Comitato dei Ministri non potrà però richiedere alla Corte di valutare se le modifiche apportate alla legislazione nazionale siano congrue rispetto alla sentenza precedentemente emessa. Sul punto F. SALERNO (a cura di), *La nouvelle procédure devant la Cour européenne des droits de l'homme après le Protocole n° 14: actes du colloque tenu à Ferrara les 29 et 30 avril 2005*, Bruxelles, 2007; F. SALERNO, *Le modifiche strutturali apportate dal Protocollo n. 14 alla procedura della Corte europea dei diritti dell'uomo*, in *Rivista di diritto internazionale privato e processuale*, 2006, p. 392-393.

¹⁴¹ L'adesione dell'Unione europea alla CEDU è parallelamente prevista dall'art. 6, par. 2, TUE. Sul tema dell'adesione dell'Unione europea alla CEDU e sulla protezione equivalente dei diritti umani garantita dall'Unione europea, v. N. NAPOLETANO, *L'evoluzione della tutela dei diritti fondamentali nell'Unione europea*, in questo *Volume*.

10. La riforma “strisciante” della Convenzione europea dei diritti umani: le funzioni quasi-costituzionali della Corte

Come già rilevato, la Corte si trova oggi a dover affrontare un tale flusso di ricorsi da mettere a rischio la stessa sopravvivenza del sistema di protezione.

Le maggiori problematiche con cui la Corte si deve confrontare non sono però soltanto legate al carico di lavoro, ma anche all’effettività dell’esecuzione delle sentenze negli ordinamenti giuridici interni, al rapporto di collaborazione con i giudici nazionali e al superamento del limite di offrire una protezione strettamente legata al caso di specie.

In ultimo, occorre sottolineare come la Corte, nella fase di fase di transizione precedente all’entrata in vigore del Protocollo n. 14, abbia dato prova di grande autonomia e capacità di innovazione. Da un lato, trainata dalla visione del suo precedente Presidente Luzius Wildhaber, la Corte ha avuto il coraggio non solo di adottare la *pilot procedure* nonostante la proposta di inserirne la disciplina nel Protocollo n. 14 non fosse stata a suo tempo recepita, ma anche di farne un uso crescente e non limitato alla Grande Camera¹⁴².

Si è quindi manifestata una tensione tra “constitutional vs. individual justice”¹⁴³: tra il continuare a fornire un rimedio al singolo il cui diritto è stato violato e l’agire come una *Corte quasi-costituzionale* competente a interpretare la Convenzione e ad indicarne il contenuto attuale al di là del caso di specie¹⁴⁴.

Con la *pilot procedure* la Corte sembra aver individuato una prima soluzione per contemperare la giustizia del caso di specie con nuove funzioni costituzionali. Giustificata dal “flood of applications”, la Corte seleziona casi pilota esemplari¹⁴⁵ per evidenziare le violazioni strutturali della Convenzione esistenti in uno Stato parte e per indicare le misure (individuali e generali) da adottare.

Si potrebbe obiettare che non è questo il ruolo che compete alla Corte. E forse a ragione si potrebbe ritenere che essa abbia voluto assumere l’iniziativa a fronte del venir meno della sinergia originariamente prevista dai padri fondatori tra il Consiglio d’Europa e la stessa Corte e dello scarso peso del Comitato dei Ministri in sede di sorveglianza sull’esecuzione.

¹⁴² V. *supra*, nota 94. Altre minori modifiche organizzative riguardano la creazione di una quinta sezione sin dal 2006; per quanto riguarda la formazione del Comitato di 3 giudici, l’affidamento dei ricorsi manifestamente irricevibili o infondati ad un funzionario, in genere non avente la nazionalità dello Stato convenuto, e non ad un giudice relatore; la prassi di valutare ricevibilità e merito congiuntamente e non in due fasi separate del giudizio, in ciò anticipando quanto previsto dal Protocollo n. 14.

¹⁴³ S. GREER, *What’s Wrong*, cit., p. 684.

¹⁴⁴ Sull’argomento sempre S. GREER, *Protocol 14 and the Future of the European Court of Human Rights*, in *Public Law*, 2005, p. 92 e P. MAHONEY, *Speculating on the Future of the Reformed European Court of Human Rights*, in *Human Rights Law Journal*, 1999, pp. 1-4.

¹⁴⁵ In tale operazione la Corte potrà essere aiutata dal Commissario ai diritti umani del Consiglio d’Europa.

Se una soluzione si vorrà trovare, essa non potrà prescindere da una maggiore cooperazione tra il Consiglio d'Europa e la Corte di Strasburgo, tornando il primo a svolgere quella essenziale funzione di "assistenza tecnica" e di "pressione" sugli Stati membri affinché il rispetto dei diritti umani venga uniformemente assicurato in tutti gli ordinamenti interni¹⁴⁶.

Consiglio d'Europa e Corte potranno così promuovere insieme la convergenza verso una maggiore aderenza a quel "european constitutional public order"¹⁴⁷ che ruota intorno al rispetto dei diritti umani ed ai principi di democrazia e *rule of law*.

Con la creazione della Corte europea dei diritti umani si è assistito ad un cambiamento epocale: si è dato vita ad una giurisdizione permanente a salvaguardia dell'ordine pubblico europeo dei diritti umani e delle libertà fondamentali.

Oggi la Convenzione offre il più evoluto meccanismo di protezione dei diritti umani. L'incredibile rapporto tra i potenziali ricorrenti, pari a circa 800 milioni di cittadini soggetti alla giurisdizione di 47 Stati, da un lato, e l'esiguo numero dei giudici della Corte, dall'altro, mette in luce – tutto considerato – l'efficienza della stessa Corte.

¹⁴⁶ In questa direzione sembra andare la decisione del Comitato dei Ministri di istituire la *European Commission for the Efficiency of Justice* (CEPEJ) cui è affidato il compito di collaborare con gli Stati membri per risolvere le problematiche relative alla eccessiva durata dei processi.

¹⁴⁷ Nel caso *Loizidou c. Turchia* [GC] (ricorso n. 15318/89, decisione sulle eccezioni preliminari del 23 marzo 1995, par. 75), la Corte – recependo la definizione già usata dalla Commissione nella decisione sull'ammissibilità del ricorso *Loizidou* del 4 marzo 1991 – ha per la prima volta descritto la Convenzione europea come "a constitutional instrument of European public order".

PARTE SECONDA

**I DIRITTI FONDAMENTALI E L'AZIONE ESTERNA
DELL'UNIONE EUROPEA**

Sezione I

L'incidenza della PESC sul sistema di protezione dei diritti

Il principio d'attribuzione e la tutela dei diritti fondamentali nelle decisioni di politica estera: *quid iuris* se la lacuna non fosse stata sanata?

M. Eugenia Bartoloni

SOMMARIO: 1. Premessa. – 2. La sentenza della Corte di giustizia nel caso *Segi*. – 3. La nozione di “effetti giuridici nei confronti di terzi”. – 4. Applicazione della soluzione della Corte agli atti PESC. – 5. La soluzione dell’Avvocato generale Mengozzi: il ricorso dinanzi ai giudici nazionali. – 6. La soluzione di impugnare provvedimenti nazionali relativi all’elaborazione di un atto UE. – 7. La tutela dei diritti fondamentali come titolo di competenza autonomo? – 8. Considerazioni conclusive.

1. Premessa

Ad eccezione della limitata competenza attribuita alla Corte al fine di vigilare che le decisioni di politica estera non pregiudichino le politiche materiali dell’Unione¹, il Trattato UE, nella versione antecedente al Trattato di Lisbona, aveva escluso dal sindacato giurisdizionale ogni atto adottato nell’ambito della PESC².

¹ Sulla base del combinato disposto degli articoli 46 (ora abrogato) e 47 UE (ora 40 TUE), la Corte è stata considerata competente a controllare che “nessuna disposizione del presente trattato pregiudic[hi] i trattati che istituiscono le Comunità europee né i trattati e atti successivi che li hanno modificati o completati”. Cfr., al riguardo, Corte di giustizia delle Comunità europee: *Commissione c. Consiglio*, causa C-170/96, sentenza del 12 maggio 1998; *Commissione c. Consiglio*, causa C-176/03, sentenza del 13 settembre 2005; *Commissione c. Consiglio*, causa C-440/05, sentenza del 23 ottobre 2007; *Commissione c. Consiglio*, causa C-91/05, sentenza del 20 maggio 2008. L’attuale art. 40 TUE – oltre a riaffermare che le competenze in materia di politica estera non possono pregiudicare le altre politiche dell’Unione (“L’attuazione della politica estera e di sicurezza comune lascia impregiudicata 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”) – al par. 2 bilaterizza l’obbligo di salvaguardia stabilendo che l’attuazione delle politiche materiali “lascia parimenti impregiudicata l’applicazione delle procedure e la rispettiva portata delle attribuzioni delle istituzioni previste dai trattati per l’esercizio delle competenze dell’Unione a titolo del presente capo”. Riguardo l’attuale competenza della Corte in relazione agli atti di politica estera v. gli articoli 24 TUE e 275 TFUE.

² Questa esclusione non appare tuttavia del tutto giustificata posto che gli atti PESC, al pari di quelli adottati sulla base delle politiche materiali, potrebbero, se non altro, perseguire finalità non espressamente conferite dal Trattato UE. Infatti, ancorché il principio dei poteri attribuiti sia sottoposto nel sistema PESC ad un’applicazione attenuata ed incompleta (cfr. E. CANNIZZARO, *Art. 11 TUE*, in A. TIZZANO (a cura di), *Trattati dell’Unione europea e della Comunità europea*, Milano, 2004, p. 64) rispetto a quanto avviene per le altre competenze dell’Unione, esso, ciononostante, potrebbe risultare violato ogniqualvolta le attività PESC siano volte a realizzare obiettivi ulteriori e

Peraltro, la sottrazione degli atti deliberati in sede di politica estera al giudizio di legittimità avrebbe potuto essere spiegata, prima che una prassi cospicua dimostrasse l'esatto contrario, con la scarsa incidenza che decisioni PESC possono esercitare, in linea di principio, sulle posizioni giuridiche di soggetti individuali. Le attività svolte in questo ambito, sia che si concretizzino nella definizione di orientamenti, di obiettivi o di strategie, sia che si manifestino attraverso misure operative che necessitano di iniziative concrete, esprimono, in genere, l'atteggiamento dell'Unione riguardo situazioni, questioni o problemi di natura internazionale. Tali azioni dovrebbero pertanto essere destinate a svolgersi e ad avere efficacia esclusivamente nella sfera delle relazioni internazionali³. In questa prospettiva, la loro attitudine a regolare aspetti che trascendono questioni di rilevanza puramente interna dovrebbe far escludere la loro idoneità ad interferire sulle posizioni giuridiche soggettive di persone fisiche e giuridiche. L'inadeguatezza degli atti PESC a produrre effetti nei confronti di individui deriverebbe, inoltre, dalla loro incapacità a ricevere diretta applicazione all'interno dell'ordinamento dell'Unione⁴. Che si tratti di linee strategiche o di orientamenti generali⁵, di generiche decisioni⁶, oppure di decisioni che definiscono azioni⁷ o posizioni⁸ che l'Unione deve intraprendere, gli atti PESC sono strutturalmente inadeguati ad essere applicati direttamente all'interno dell'ordinamento dell'Unione o nazionale⁹. Essi, piuttosto, necessitano, a seconda dei casi, di successivi provvedimenti d'attuazione da parte degli Stati membri oppure delle istituzioni UE¹⁰.

diversi da quelli stabiliti all'art. 24 TUE (ex art. 11 UE). V., in generale, M.G. GARBAGNATI-KETVEL, *The Jurisdiction of the European Court of Justice in respect of the Common Foreign and Security Policy*, in *International Comparative Law Quarterly*, 2006, p. 77 ss.

³ Cfr. E. DENZA, *The Intergovernmental Pillars of the European Union*, Oxford, 2002, p. 311.

⁴ In questo senso v. M. NETTESHEIM, *U.N. Sanctions, against individuals – A challenge to the Architecture of European Union Governance*, in *Common Market Law Rev.*, 2007, p. 596 e A. HINAREJOS, *Judicial Control of CFSP in the Constitution: A Cherry Worth Picking?*, in *Yearbook of European Law*, Oxford, 2006, p. 365.

⁵ V. l'art. 26 TUE.

⁶ V. l'art. 26, par. 2, TUE.

⁷ V. l'art. 28, par. 1, TUE.

⁸ V. l'art. 29 TUE.

⁹ Più precisamente, se gli orientamenti generali e le linee strategiche esigono per la loro attuazione l'adozione di ulteriori decisioni del Consiglio europeo (V. l'art. 26, par. 1, TUE secondo cui “[I]l Consiglio europeo individua gli interessi strategici dell'Unione, fissa gli obiettivi e definisce gli orientamenti generali della politica estera e di sicurezza comune, ivi comprese le questioni che hanno implicazioni in materia di difesa. Adotta le decisioni necessarie”) o del Consiglio (V. l'art. 26, par. 2 TUE che stabilisce che “[I]l Consiglio elabora la politica estera e di sicurezza comune e prende le decisioni necessarie per la definizione e l'attuazione di tale politica in base agli orientamenti generali e alle linee strategiche definiti dal Consiglio europeo”), l'attuazione delle decisioni che stabiliscono azioni e posizioni è delegata agli Stati membri (cfr., rispettivamente, l'art. 28, par. 2, TUE, ai sensi del quale le decisioni che definiscono azioni dell'Unione “vincolano gli Stati membri nelle loro prese di posizione e nella conduzione della loro azione”, e l'art. 29 TUE secondo cui “gli Stati membri provvedono affinché le loro politiche nazionali siano conformi alle posizioni dell'Unione”).

¹⁰ V. nota precedente.

Gli individui o gli enti che si sentissero pregiudicati da decisioni che trovano la loro fonte in atti di politica estera avrebbero quindi la possibilità di impugnare, a seconda dei casi, il provvedimento nazionale d'attuazione, oppure il regolamento UE, come nell'ipotesi delle sanzioni economiche stabilite con una decisione di politica estera ed attuate con atto legislativo dell'Unione¹¹. Di conseguenza, prima della riforma apportata da Lisbona – che stabilisce la sindacabilità delle decisioni di politica estera che prevedono misure restrittive nei confronti di soggetti privati – la limitata competenza dei giudici comunitari ad esaminare gli atti PESC non avrebbe dovuto, in teoria, precludere alle persone fisiche e giuridiche che avessero invocato una presunta violazione dei propri diritti la possibilità di ricorrere a forme di garanzia alternative¹².

Senonché, decisioni PESC che individuano, *ad personam*, i soggetti cui s'applicano certi provvedimenti potrebbero produrre effetti pregiudizievoli nella sfera giuridica dei rispettivi destinatari nonostante l'assenza di misure d'attuazione. Il problema si pone, in particolare, riguardo all'attuale prassi di indicare in "liste" allegate all'atto PESC i soggetti che si considerano collegati con attività terroristiche¹³. A tal riguardo, non sembra necessaria l'adozione di concrete misure d'attuazione per pregiudicare diritti fondamentali diversi da quelli di contenuto strettamente patrimoniale: la semplice menzione di una persona fi-

¹¹ È noto che, sulla base del meccanismo disciplinato all'art. 215, par.1, TFUE (ex articoli 301 e 60 CE), l'Unione, in attuazione di una delibera di politica estera, è competente ad adottare provvedimenti sanzionatori di natura economica nei confronti di Stati terzi. Ancorché siffatti provvedimenti, in quanto destinati all'interruzione o alla riduzione delle relazioni economiche con uno o più Paesi terzi, sono volti a produrre i propri effetti nell'ambito delle relazioni internazionali, è altrettanto vero che la loro efficacia riposa, il più delle volte, sulla capacità di incidere sui rapporti economici interindividuali. In questa prospettiva, le sanzioni economiche non esauriscono i propri effetti sul piano delle relazioni internazionali ma sono idonei a ripercuotersi anche sulle posizioni giuridiche soggettive di privati (cfr. A. CISSÈ, *Les effets des sanctions économiques de l'Organisation des Nations Unies sur les contrats*, in L. PICCHIO FORLATI, L.A. SICILIANOS (eds.), *Les sanctions économiques en droit international*, Leiden, Boston, 2004, p. 685 ss.). Il Trattato di Lisbona, formalizzando una prassi divenuta costante, ha introdotto, all'art. 215 TFUE, un secondo paragrafo che consente di adottare misure restrittive al fine di sanzionare, oltre che gli Stati, anche persone fisiche o giuridiche, gruppi ed entità non statali (v. art. 215, par. 2, TFUE).

¹² Questa sembrerebbe peraltro la soluzione prospettata dalla Corte nella sentenza resa nel caso *Segi* (Corte di giustizia delle Comunità europee, *Segi*, causa C-355/04 P, sentenza del 27 febbraio 2007). Secondo la Corte, in assenza della possibilità di impugnare un atto UE, gli individui potrebbero, se non altro, contestare dinanzi ai giudici nazionali la legittimità di ogni decisione o di qualsiasi altro provvedimento nazionale relativo all'applicazione nei loro confronti di un atto dell'Unione europea (cfr. il par. 56).

¹³ In generale, sul problema della tutela dei diritti fondamentali nell'ambito delle misure PESC v. E. SPAVENTA, *Fundamental What? The Difficult Relationship between Foreign Policy and Fundamental Rights*, in M. CREMONA, B. DE WITTE (eds.), *EU Foreign Relations Law. Constitutional Fundamentals*, Oxford-Portland, 2008, p. 233 ss.; C. ECKES, *Trapped between Courts or How Terrorist Suspects Lost Their Right to a Remedy*, in A. FOLLESDAL, R.A. WESSEL, J. WOUTERS (eds.), *Multilevel Regulation and the EU. The Interplay between Global, European and National Normative Processes*, Leiden-Boston, 2008, p. 261 ss.

sica o giuridica nella “lista”¹⁴ sembrerebbe un presupposto necessario e sufficiente per invocare la lesione del diritto alla dignità, al rispetto della vita privata e familiare e alla libertà di espressione e di associazione¹⁵.

Non stupisce, quindi, che – prima che il trattato di Lisbona rendesse impugnabili le decisioni di politica estera che incidono su diritti individuali – l’assenza di un fondamento *ad hoc* avesse posto in tutta evidenza il problema della tutela giurisdizionale di diritti che la Corte non ha esitato a qualificare fondamentali¹⁶. Ancorché l’art. 275, par. 2, TFUE abbia colmato questa lacuna prevedendo espressamente che “la Corte è competente [...] a pronunciarsi sui ricorsi, proposti secondo le condizioni di cui all’articolo 263, quarto comma del presente trattato, riguardanti il controllo della legittimità delle decisioni che prevedono misure restrittive nei confronti di persone fisiche o giuridiche adottate dal Consiglio in base al titolo V, capo 2 del trattato sull’Unione europea”, non sembra tuttavia ridondante, né meramente speculativa un’indagine volta a verificare se, in assenza di una espressa previsione, il complessivo assetto costituzionale dell’Unione avrebbe comunque consentito a persone fisiche e giuridiche di avva-

¹⁴ Cfr., sulla questione, J.M. WINER, *Globalization, Terrorist Finance and Global Conflict: Time for a “White List”?*, in M. PIETH (ed.), *Financing Terrorism*, Dordrecht, 2002.

¹⁵ Sono numerosi i casi di ricorso per la violazione dei diritti testé riferiti. Cfr., oltre ai casi esaminati nel presente lavoro, Tribunale di primo grado delle Comunità europee: *Congrès National du Kurdistan c. Consiglio*, causa T-206/02, ordinanza del 15 febbraio 2005; *Stichting al-Aqsa c. Consiglio e Commissione*, causa T-327/03, sentenza dell’11 luglio 2007; *Osman Ocalan per conto del Partito dei Lavoratori del Kurdistan (PKK) e di Serif Vanly per conto del Congresso Nazionale del Kurdistan (KNK) c. Consiglio*, causa T-229/02, ordinanza del 15 febbraio 2005; *Jose Maria Sison c. Consiglio*, causa T-47/03, ordinanza del 15 maggio 2003; *Omar Mohamed Othman c. Consiglio e Commissione*, causa T-318/01, ordinanza del 27 ottobre 2006; *Faraj Hassan c. Consiglio e Commissione*, causa T-49/04, sentenza del 12 luglio 2006.

¹⁶ Per l’inclusione di questi diritti nel catalogo dei c.d. diritti fondamentali cfr. la copiosa giurisprudenza della Corte di giustizia. In particolare, per quanto concerne il diritto alla dignità la Corte ha affermato che “l’ordinamento giuridico comunitario è diretto innegabilmente ad assicurare il rispetto della dignità umana quale principio generale di diritto” (cfr. Corte di giustizia delle Comunità europee, *Omega Spielhallen und Automatenaufstellungs GmbH e Oberbürgermeisterin der Bundesstadt Bonn*, causa C-36/02, sentenza del 14 ottobre 2004, par. 34). Quanto al diritto al rispetto della vita privata e familiare cfr., ad es., Corte di giustizia delle Comunità europee, *Commissione c. Repubblica Federale di Germania*, causa 249/86, sentenza del 18 maggio 1989, secondo cui il rispetto della vita familiare “fa parte dei diritti fondamentali, che, secondo la giurisprudenza costante della Corte, [...] sono riconosciuti dal diritto comunitario” (paragrafi 10 e 11). Riguardo la libertà di espressione il Tribunale ha sancito che questa “costituisce un diritto fondamentale di cui il giudice comunitario assicura il rispetto” (cfr. Tribunale di primo grado delle Comunità europee, *Bernard Connolly c. Commissione*, cause riunite T-34/96 e T-163/96, sentenza del 19 maggio 1999). Infine in relazione alla libertà di associazione cfr. Corte di giustizia delle Comunità europee, *Montecatini SPA c. Commissione*, causa C-235/92, sentenza dell’8 luglio 1999, par. 137 secondo cui “la libertà di espressione e quella di riunione pacifica e di associazione, [...], fanno parte dei diritti fondamentali che, secondo la costante giurisprudenza della Corte, [...], sono oggetto di tutela nell’ordinamento giuridico comunitario”.

lersi di una tutela giurisdizionale effettiva o, al contrario, se esso avrebbe invece tollerato un *vulnus* tanto profondo nella tutela dei diritti.

L'incertezza sulla soluzione da dare a questa questione ben simboleggia le difficoltà concettuali di conciliare due principi caratterizzanti, nonché potenzialmente confliggenti, del sistema costituzionale dell'Unione: quello che fa riferimento ai poteri attribuiti e quello che accorda valore costituzionale ai diritti fondamentali. Senza certamente voler affrontare in modo sistematico l'argomento, che fuoriesce dai limiti del presente lavoro, conviene solo indicare come la difficoltà di individuare una soluzione al problema qui prospettato, derivi essenzialmente dalla difficoltà di rinvenire un bilanciamento fra queste due diverse dimensioni dell'integrazione europea.

L'analisi che seguirà si propone unicamente lo scopo, di assai più modesta portata, di verificare se, in assenza di una previsione *ad hoc*, i diritti fondamentali lesi da un atto PESC avrebbero potuto comunque trovare tutela nell'ambito di un ordinamento che si fonda, quale quello dell'Unione, sul principio d'attribuzione. Anche se da un punto di vista pratico questa indagine potrebbe ormai risultare superflua per la sopravvenuta novella di Lisbona, essa, tuttavia, proprio in quanto tocca uno dei nodi gordiani del processo d'integrazione europea, non appare fine a se stessa, ma può contribuire a delineare che tipo di temperamenti possano essere rinvenuti nel difficile rapporto tra principi tendenzialmente antitetici.

2. La sentenza della Corte di giustizia nel caso *Segi*

Una prima indicazione circa una possibile soluzione al nostro problema è fornita dalla vicenda relativa al caso *Segi*¹⁷. In quell'occasione, infatti, il Tribunale e la Corte di giustizia hanno avuto modo di affrontare, pur indirettamente, la questione della tutela giurisdizionale di posizioni giuridiche individuali pregiudicate da atti PESC.

Si ricorderà che entrambi i giudici erano stati chiamati a pronunciarsi su un ricorso per risarcimento del danno da parte di una associazione inserita – sulla base di una posizione comune adottata ai sensi delle disposizioni del terzo pilastro¹⁸ – in un elenco di individui e gruppi sospettati di finanziare o supportare attività a favore del terrorismo basco¹⁹.

¹⁷ Cfr., rispettivamente, Tribunale di primo grado delle Comunità europee, *Segi c. Consiglio*, causa T-338/02, ordinanza del 7 giugno 2004 e Corte di giustizia delle Comunità europee, *Segi*, causa C-355/04 P, sentenza del 27 febbraio 2007, cit.

¹⁸ Ora inserite nei capi 1, 4 e 5 del titolo V della parte terza del TFUE.

¹⁹ Si tratta della Posizione comune 2001/931/PESC del Consiglio, del 27 dicembre 2001, relativa all'applicazione di misure specifiche per la lotta al terrorismo, in GU L 344 del 28 dicembre 2001, p. 93. Peraltro, l'atto in questione era stato adottato sulla base sia delle disposizioni PESC (art. 15 UE) che di quelle relative alla cooperazione in materia penale (art. 34 UE). Il Tribunale aveva tuttavia ri-

Il Tribunale aveva respinto il ricorso, ritenendo che il Trattato UE escludesse del tutto l'esistenza di rimedi giurisdizionali nei confronti di posizioni comuni adottate sulla base delle politiche del terzo pilastro²⁰. Sebbene il Tribunale riconoscesse che la ricorrente non disponeva di alcuna "tutela giurisdizionale effettiva, né dinanzi ai giudici comunitari né dinanzi ai giudici nazionali, contro l'iscrizione dell'associazione nell'elenco", esso concludeva che l'assenza di una tale tutela non potesse costituire, di per sé, "un titolo di competenza comunitaria autonomo in un sistema giuridico basato sul principio delle competenze di attribuzione, quale risulta dall'art. 5 CE (ora 5 UE)"²¹.

La ricorrente impugnava quindi l'ordinanza, deducendo, tra gli altri motivi, la violazione del diritto a beneficiare di una tutela giurisdizionale effettiva, che rientra indubbiamente fra i diritti individuali assicurati dall'art. 6, par. 2, Trattato UE.

La Corte respingeva tale motivo di impugnazione. Essa accertava infatti che i ricorrenti non erano del tutto privi di tutela giurisdizionale²². Se pure l'art. 35 del Trattato UE (ora abrogato) non indicasse le posizioni comuni fra gli atti verso i quali fosse ammesso un ricorso giurisdizionale, tale esclusione sarebbe dipesa, ad avviso della Corte, dalla circostanza che tale tipologia comprendeva atti che non avrebbero generalmente dovuto produrre effetti giuridici nei confronti di terzi. Sarebbe stato questo il motivo che avrebbe indotto i redattori del Trattato a menzionare solo le decisioni-quadro e le decisioni fra gli atti che potevano formare oggetto di un ricorso di annullamento o di un rinvio pregiudiziale²³. Tuttavia, l'esclusione di rimedi giurisdizionali nei confronti di posizioni comuni sarebbe venuta meno, e si sarebbe imposta una interpretazione estensiva dell'art. 35, in corrispondenza al venir meno della presunzione della inidoneità delle posizioni comuni a pregiudicare posizioni soggettive individuali. La Corte concludeva quindi che il sindacato giurisdizionale previsto dall'art. 35 del Trattato UE dovesse intendersi esteso anche ad atti appartenenti a categorie – per le quali un controllo giurisdizionale sarebbe stato invece precluso – allorché

levato che, essendo la *Segi* soggetta esclusivamente alla disposizione relativa alla cooperazione di polizia e giudiziaria in materia penale, l'unico fondamento giuridico pertinente "per quanto riguarda gli atti asseritamente all'origine del danno lamentato" fosse l'art. 34 (cfr. paragrafi 31, 32, 33).

²⁰ Sulla base dell'abrogato art. 46 UE, gli unici rimedi giurisdizionali previsti nell'ambito del terzo pilastro erano quelli indicati all'art. 35 UE (che corrispondevano al rinvio pregiudiziale, al ricorso d'annullamento e alla risoluzione delle controversie tra Stati) e all'art. 6, par. 2, UE. Tuttavia, la circostanza che l'atto in questione fosse una posizione comune, che in base all'art. 35 non era impugnabile, privava il giudice della possibilità di sindacarlo. Analogamente, anche la garanzia del rispetto dei diritti fondamentali prevista dall'art. 6, par. 2, non offriva al giudice alcun titolo di competenza supplementare rispetto al sistema dei rimedi previsti (ai sensi dell'art. 46 UE tale competenza avrebbe dovuto esercitarsi, infatti, "nella misura in cui la Corte (fosse) competente a norma [...] del presente trattato").

²¹ Paragrafi 38 e 39.

²² Cfr. par. 51.

²³ Cfr. par. 52.

dall'analisi del loro contenuto fosse risultata la loro idoneità ad incidere nella sfera giuridica di soggetti individuali²⁴.

3. La nozione di “effetti giuridici nei confronti di terzi”

Ancorché nella complessa vicenda relativa al caso *Segi* i giudici dell'Unione fossero stati chiamati a pronunciarsi sulla completezza del sistema dei rimedi giurisdizionali nell'ambito del terzo pilastro, in relazione, in particolare, alla possibilità di sottoporre a sindacato atti che il Trattato UE, nella sua precedente versione, espressamente aveva escluso al controllo giurisdizionale, la soluzione accolta dalla Corte può fornire utili indicazioni anche nella prospettiva di individuare un fondamento giuridico che forse avrebbe consentito, in assenza di una disposizione *ad hoc*, di impugnare atti PESC lesivi di posizioni individuali.

A tal riguardo, appare utile soffermarsi ulteriormente sulla linea argomentativa che la Corte ha utilizzato al fine di estendere il regime d'impugnazione previsto per le decisioni-quadro e le decisioni, anche alle posizioni comuni. In particolare, appare utile soffermarsi sulla nozione di atto destinato a “produrre effetti giuridici nei confronti di terzi”²⁵.

Sotto questo profilo, la soluzione della Corte di sottoporre a sindacato ogni atto idoneo a produrre effetti giuridici nei confronti di terzi sembra trarre ispirazione dall'analogo orientamento giurisprudenziale – affermatosi in relazione alle precedenti fonti comunitarie – che individua nella sostanza, e non nella forma, di un certo atto l'elemento decisivo per individuare i relativi rimedi giurisdizionali. Come è noto, tale orientamento, inaugurato con la sentenza *AETS*²⁶, tende ad estendere il regime delle impugnazioni ad atti che, pur essendo esclusi dal novero di quelli impugnabili, tendano, nondimeno, a produrre effetti giuridici²⁷. Ora, un esame attento di questo orientamento giurisprudenziale rivela che il criterio adottato dalla Corte al fine di determinare l'impugnabilità di un atto è quello incentrato sul carattere vincolante o meno di questo²⁸. La Corte ha costantemente

²⁴ Cfr. paragrafi 53 e ss. V., per una soluzione di questo tipo, M.E. BARTOLONI, *La tutela giurisdizionale nell'ambito del secondo e del terzo pilastro UE: in margine alla pronuncia Segi*, in *Quaderni costituzionali*, 2005, p. 170 ss.

²⁵ Su questo profilo, v. A. BERRAMDAME, *Les limites de la protection juridictionnelle dans le cadre du titre VI du traité sur l'Union européenne*, in *Revue du droit de l'Union européenne*, 2007, p. 433 ss., in particolare p. 438 ss.

²⁶ Corte giustizia delle Comunità europee, *Commissione c. Consiglio*, causa 22/70, sentenza del 31 marzo 1971.

²⁷ Nel caso *AETS*, in particolare, la Corte ha affermato che “l'azione d'annullamento deve quindi potersi esperire nei confronti di qualsiasi provvedimento adottato dalle istituzioni (indipendentemente dalla sua natura e dalla sua forma) che miri a produrre effetti giuridici” (par. 43).

²⁸ Questa conclusione non sembra, d'altra parte, posta in discussione dal riferimento della Corte, nella sentenza resa sul caso *Les Verts* (Corte di giustizia delle Comunità europee, *Parti écologiste “Les Verts” c. Parlamento europeo*, causa 294/83, sentenza del 23 aprile 1986), non alla mera i-

affermato che, al fine di garantire “il rispetto del diritto nell’interpretazione e nell’applicazione del trattato”, occorre che atti produttivi di effetti giuridici siano comunque soggetti al sistema di rimedi giurisdizionali del Trattato. Ininfluyente per questa giurisprudenza è invece la portata e le dimensioni dell’effetto giuridico che l’atto è idoneo a spiegare. In altri termini, è irrilevante se l’atto abbia una portata generale o particolare e se l’effetto giuridico prodotto si limiti ad incidere sulla posizione soggettiva del destinatario dell’atto oppure se tenda ad influire, seppure in maniera indiretta, sulla sfera giuridica di soggetti terzi ai destinatari. In particolare, è insignificante che l’atto spieghi o meno effetti giuridici nei confronti di persone fisiche e giuridiche. La circostanza che un atto riguardi direttamente e personalmente soggetti individuali rileva tutt’al più per determinare se il ricorso da parte di persone fisiche e giuridiche toccate dall’atto sia ricevibile.

Se, quindi, questa giurisprudenza ha lo scopo di garantire il sindacato giurisdizionale di atti *tout court* vincolanti, a prescindere dalla loro idoneità a spiegare effetti giuridici nei confronti di individui, l’applicazione di tale criterio nell’ambito del terzo pilastro avrebbe comportato conseguenze difficilmente accettabili. Dato che le posizioni comuni adottate sulla base dell’art. 34, par. 2, lett. a, TUE (articolo ora abrogato), erano, come ha espressamente riconosciuto la stessa Corte, atti produttivi di effetti giuridici vincolanti²⁹, a ciascuna di esse, di conseguenza, avrebbe dovuto estendersi il sistema dei ricorsi previsto dall’art. 35 TUE (ora abrogato). Ciò avrebbe comportato, tuttavia, un’interpretazione dell’art. 35 TUE incompatibile con la sua formulazione testuale che, chiaramente, escludeva le posizioni comuni fra gli atti che potevano essere oggetto di rimedi giudiziari. Alla luce di queste considerazioni è plausibile ritenere che il riferimento ad atti idonei a produrre effetti giuridici nei confronti di terzi abbia un significato diverso da quello che invece fa riferimento al carattere vincolante di un atto.

Anzi, è verosimile che proprio la considerazione degli effetti assai radicali dell’applicazione di questo criterio avesse indotto la Corte a discostarsene e a formularne uno più restrittivo. Secondo la sentenza *Segi*, infatti, le posizioni comuni sarebbero state escluse dai rimedi giurisdizionali previsti dall’art. 35 TUE (ora abrogato) non già in quanto tali atti sarebbero stati sprovvisti di effetti giuridici. La ragione risiederebbe piuttosto nel fatto che tali atti, di regola, sarebbero stati sprovvisti di effetti nei confronti di terzi³⁰.

doneità di un atto a produrre effetti giuridici, quanto alla sua capacità di produrli nei confronti di terzi. Un esame attento della sentenza mostra, infatti, che il riferimento a “terzi” non è volto ad introdurre una distinzione tra la categoria di atti idonei a produrre semplicemente effetti giuridici e quella di atti capaci a produrre effetti giuridici nei confronti di terzi.

²⁹ Secondo la Corte, in forza del principio di leale cooperazione, “una posizione comune obbliga gli Stati membri a conformarsi”. Cfr., sul punto, il par. 52 della sentenza.

³⁰ Ne segue che “una posizione comune che, in forza del suo contenuto, abbia una portata che supera quella attribuita dal Trattato UE a questo genere di atti, deve poter essere sottoposta al sindacato della Corte” (par. 54 della sentenza). Secondo A. BERRAMDAME, *Les limites de la protection juridictionnelle dans le cadre du titre VI du traité sur l’Union européenne*, cit., “(L)a Cour laisse ainsi entendre

L'applicazione di questo criterio ha prodotto quindi un risultato ben più ristretto di quanto non sarebbe stato in applicazione del criterio più generale. È solo nei confronti di posizioni comuni atte ad alterare direttamente la sfera soggettiva di individui che avrebbero potuto essere attivati i rimedi giurisdizionali. Dato che, peraltro, il sindacato della Corte si sarebbe dovuto esercitare nell'ambito dei rimedi e delle forme di impugnazione previsti dall'art. 35 TUE (ora abrogato), ne sarebbe conseguito che i singoli avrebbero potuto far valere le proprie posizioni soggettive lese da una posizione comune o nell'ambito di un rinvio pregiudiziale disposto da un giudice nazionale ai sensi dell'art. 35, par. 3, TUE (ora abrogato), ovvero nell'ambito di un'impugnazione disposta da uno Stato membro o dalla Commissione, ai sensi dell'art. 35, par. 6, TUE (ora abrogato).

Ancorché la soluzione adottata nella sentenza appaia sotto molti profili criticabile³¹, essa riflette nondimeno la tendenza da parte della Corte di riconciliare l'esigenza di offrire un livello minimo di tutela giurisdizionale ai singoli senza, d'altra parte, alterare in maniera radicale il sistema dei ricorsi stabiliti espressamente nel Trattato. Stretta fra queste due esigenze, la Corte è nondimeno riuscita ad elaborare una soluzione che tende a garantire una parziale soddisfazione ad entrambe.

4. Applicazione della soluzione della Corte agli atti PESC

Se la *ratio* che esclude il sindacato giurisdizionale sulle posizioni comuni adottate nell'ambito del terzo pilastro è da riconnettersi all'inidoneità di queste

que, contrairement aux positions communes, toutes les décisions-cadres et les décisions produisent des effets juridiques vis-à-vis des tiers. C'est là une lecture pour le moins restrictive de l'article 35 UE à propos des décisions-cadres et des décisions car, à ne pas en douter, toutes les décisions-cadres et les décisions ne produisent pas forcément des effets juridiques à l'égard des tiers" (p. 439).

³¹ In particolare, non appare coerente con lo scopo di garantire ai singoli una tutela giurisdizionale effettiva ipotizzare una equivalenza tra mezzi di ricorso indiretti – attivabili cioè dal giudice attraverso il rinvio pregiudiziale o attraverso l'impugnazione da parte di attori istituzionali – e meccanismi direttamente attivabili dai singoli in conseguenza del pregiudizio subito (per una critica in questo senso v. E. CANNIZZARO, M.E. BARTOLONI, *La 'costituzionalizzazione' del terzo pilastro dell'Unione europea*, in *Il Diritto dell'Unione europea*, 2007, p. 471 ss.; S. PEERS, *Salvation outside the Church: Judicial Protection in the Third Pillar after the Pupino and Segi Judgments*, in *Common Market Law Review*, 2007, p. 883 ss.). A meno di non ipotizzare in capo ai giudici e agli altri attori un obbligo di ricorrere alla Corte (obbligo peraltro escluso dalla Corte in quanto uno Stato membro non può essere tenuto, “verso uno dei suoi cittadini, a proporre un ricorso di annullamento o per carenza” par. 28 della sentenza del 20 ottobre 2005, *Staat der Nederlanden (Ministerie van Landbouw, Natuurbeheer en Visserij) c. Ten Kate Holding Musselkanaal BV e altri*, causa C-511/03), è ragionevole ritenere che la discrezionalità insita nell'esercizio dei poteri di ricorso non avrebbe soddisfatto l'esigenza di tutela da parte di individui lesi da posizioni comuni (v., per conclusioni analoghe S. MARCIALI, *Le droit à un recours effectif en droit de l'Union européenne: quelques progrès, beaucoup d'ambiguïtés*, in *Revue trimestrielle des droits de l'homme*, 2007, p. 1153 ss., in particolare p. 1165 ss.).

ultime ad interferire con posizioni soggettive individuali, ad avviso della Corte, tale esclusione sarebbe venuta meno in corrispondenza al venir meno della presunzione di inidoneità di questi atti a pregiudicare diritti individuali.

Nella prospettiva che ci interessa, conviene ora chiedersi se questa soluzione avrebbe potuto essere estesa anche agli atti PESC. In linea di principio, non è irragionevole pensare che la totale sottrazione delle fonti PESC, nella precedente versione del Trattato UE, al controllo della Corte fosse attribuibile alla presunzione della inidoneità di questi atti ad incidere sulla sfera di soggetti individuali. Se ne potrebbe quindi dedurre che, venuta meno siffatta presunzione, gli atti PESC avrebbero potuto essere impugnati, al pari delle posizioni comuni adottate nell'ambito del terzo pilastro. In altre parole, qualora un atto PESC, in conseguenza del suo contenuto, non si fosse limitato ad esprimere l'atteggiamento dell'Unione riguardo situazioni, questioni o problemi di natura internazionale, ma avesse interferito con posizioni individuali, esso avrebbe dovuto poter essere sottoposto a sindacato in quanto la sua portata avrebbe superato quella attribuita a questo genere di atti dal Trattato UE³².

Senonché, un ostacolo alla piena affermazione di questa soluzione sarebbe derivata, ancorché implicitamente, dalle indicazioni che la Corte fornisce nel caso *Segi*. La possibilità di sottoporre a sindacato un atto idoneo a pregiudicare posizioni di terzi è, ad avviso della Corte, collegata all'esistenza di un sistema di rimedi giurisdizionali che, seppure non completo come quello previsto nell'ambito del terzo pilastro, consente comunque di verificare la legittimità dell'atto³³. A tal riguardo è noto che il secondo pilastro era del tutto sprovvisto di un sistema di rimedi giurisdizionali³⁴. In quest'ottica sarebbe allora stato difficile riservare alla Corte un sindacato su tali atti, pur se limitato alla verifica del rispetto dei diritti fondamentali dei singoli. È pur vero che la Corte ha affermato che "le istituzioni sono soggette al controllo della conformità dei loro atti ai Trattati e ai principi generali di diritto, al pari degli Stati membri quando danno attuazione al diritto dell'Unione"³⁵, posto che "come risulta dall'art. 6 UE,

³² Sulla natura vincolante degli atti PESC v. C. HILLION, R. WESSEL, *Restraining External Competences of EU Member States under CFSP*, in M. CREMONA, B. DE WITTE, *EU Foreign Relations Law. Constitutional Fundamentals*, cit., p. 82 ss.

³³ V., a tal riguardo, il par. 54 della sentenza. In questo senso, v. anche C. HILLION, R. WESSEL, *ibidem*, p. 89 ss.; G. DE BAERE, *Constitutional Principles of EU External Relations*, Oxford, 2008, p. 186.

³⁴ V., sul punto, espressamente il Tribunale nella sentenza resa nel caso **OMPI** (Tribunale di primo grado delle Comunità europee, *Organisation des Modjahedines du peuple d'Iran (OMPI) c. Consiglio*, causa T-228/02, sentenza del 12 dicembre 2006) secondo il quale il Trattato sull'Unione "non prevede alcuna competenza della Corte nell'ambito delle disposizioni del titolo V del Trattato UE" (par. 49).

³⁵ Cfr. S. PEERS, *Salvation outside the Church: Judicial Protection in the Third Pillar after the Pupino and Segi Judgments*, cit., p. 895 secondo il quale "[T]his is the first unambiguous statement by the Court that the Union is governed by the principle of the rule of law including, the corollary principle of judicial review, although it is not clear what the Court was referring to as regards review of the Member States' implementation of EU law. Of course this statement by itself does not tell us how such review must be carried out".

l'Unione è fondata sul principio dello Stato di diritto e rispetta i diritti fondamentali quali principi generali del diritto comunitario". Tuttavia in un sistema giuridico basato sul principio delle competenze di attribuzione, l'assenza di tutela giurisdizionale difficilmente può costituire, di per sé, un titolo di competenza autonomo³⁶. Di conseguenza, ancorché un atto di politica estera, in forza del suo contenuto, fosse stato sia idoneo a produrre effetti giuridici nei confronti di individui, difficilmente avrebbe potuto essere impugnato, data l'assenza di un sistema di rimedi giurisdizionali nell'ambito del secondo pilastro. In questa ipotesi, dunque, un atto PESC pur lesivo di posizioni giuridiche soggettive, in assenza di una disposizione *ad hoc*, non avrebbe potuto essere in alcun modo sottoposto a sindacato giurisdizionale.

5. La soluzione dell'Avvocato generale Mengozzi: il ricorso dinanzi ai giudici nazionali

Una soluzione alternativa a quella di considerare impugnabile ogni atto che, a prescindere dal *nomen juris*, sia idoneo ad incidere su posizioni individuali, avrebbe potuto essere tratta dalle indicazioni fornite dall'Avvocato generale Mengozzi nelle conclusioni rese nel caso *Segi*³⁷.

Proprio la difficoltà a ricostruire una corrispondenza fra il potere delle istituzioni di incidere su posizioni individuali attraverso atti di chiara natura intergovernativa e il diritto degli individui di avvalersi di una tutela giurisdizionale realmente effettiva aveva spinto l'Avv. Mengozzi ad indicare alla Corte, nell'ambito della vicenda sul caso *Segi*, una soluzione per molti versi innovativa. Si ricorderà che l'Avv. Generale aveva suggerito alla Corte di attribuire ai giudici nazionali la funzione di assicurare la tutela dei diritti individuali nei confronti di atti dell'Unione.

In tale prospettiva, i giudici nazionali avrebbero agito come organi giurisdizionali decentrati dell'Unione, ed avrebbero, di conseguenza, dovuto applicare come parametro di validità di tali atti unicamente la sfera dei diritti fondamentali propri dell'Unione europea, e non già quella del proprio ordinamento nazionale³⁸. Ancorché ideata proprio al fine di evitare che l'assenza di rimedi giurisdizionali dell'Unione potesse aprire la strada ad un controllo di legittimità di questi atti alla luce di un parametro nazionale, questa soluzione avrebbe inevitabilmente costituito una deroga, ed assai vistosa, all'autonomia del sistema dei ricorsi giurisdizionali dell'Unione, tenacemente sostenuta dalla Corte attraverso

³⁶ V., in tal senso, Corte di giustizia delle Comunità europee, *Unión de Pequeños Agricultores c. Consiglio*, causa C-50/00 P, sentenza del 25 luglio 2002, par. 44.

³⁷ Cfr. Conclusioni dell'Avvocato generale Mengozzi alle cause C-354/04 P, *Gestoras Pro amnistia c. Consiglio*, e C-355/04 P, *Segi*, presentate il 26 ottobre 2006.

³⁸ Par. 138 delle conclusioni.

l'intera parabola della propria giurisprudenza. Rispetto a questa possibilità quindi, la soluzione della Corte sembra tesa proprio a ribadire l'autonomia del sistema dei ricorsi giurisdizionali dell'Unione, e l'inopportunità di fare ricorso a strumenti di integrazione che ne indebolirebbero certamente la sua efficacia.

Se quindi il diverso approccio della Corte è ispirato dall'esigenza di preservare l'autonomia del sistema dei ricorsi giurisdizionali e, indirettamente, l'uniforme applicazione del diritto dell'UE³⁹, la soluzione prospettata dall'Avvocato generale non avrebbe potuto applicarsi neanche in relazione agli atti PESC⁴⁰. In questo caso, infatti, il rischio di compromettere l'uniforme applicazione del diritto dell'Unione sarebbe stato accentuato dalla circostanza che alla competenza dei giudici nazionali a conoscere dell'invalidità di atti PESC non si sarebbe affiancata una parallela competenza degli organi dell'Unione. In assenza di un qualche sistema di rimedi giurisdizionali – pur incompleto e limitato – i giudici nazionali avrebbero avuto a disposizione quindi una competenza esclusiva ad accertare la legittimità di un atto PESC. In questa prospettiva, i giudici nazionali non si sarebbero limitati a partecipare alla complessiva funzione giurisdizionale dell'Unione – funzione tra l'altro costantemente riconosciuta dalla Corte –, ma avrebbero avuto la competenza di determinare in via del tutto autonoma la legittimità di un atto o la sua interpretazione, alterando quindi l'esigenza di uniforme applicazione del diritto dell'Unione. In quest'ottica, è quindi difficile pensare che un atto PESC, pur pregiudizievole di posizioni individuali, avrebbe potuto essere sottoposto al controllo del giudice nazionale.

6. La soluzione di impugnare provvedimenti nazionali relativi all'elaborazione di un atto UE

Una terza via avrebbe potuto essere percorsa valorizzando la possibilità per gli individui di impugnare atti nazionali che costituiscono il presupposto per l'adozione di un atto PESC⁴¹. Anche in questo caso, indicazioni in tal senso ci vengono fornite dalla sentenza resa dalla Corte nel caso *Segi*. Ancorché la Corte

³⁹ Per questa soluzione v. A. BERRAMDANE, *Les limites de la protection juridictionnelle dans le cadre du titre VI du traité sur l'Union européenne*, cit., p. 445 ss.

⁴⁰ Cfr. le considerazioni di M. NETTESHEIM, *U.N. Sanctions, against individuals – A challenge to the Architecture of European Union Governance*, cit., p. 597 ss. secondo il quale “the area of the Second and Third Pillar also require the protection of the principle of equal and uniform application of the EU provisions, a recurring and central topos in the case law of the ECJ. It is not obvious why the interest of the EU in the integrity of the body of its norms should be less in these two pillars than in the EC realm, in particular in light of increasing tendencies at judicialization [...]. The monopoly to annul norms must therefore not be relinquished even in areas where access to European courts is difficult”.

⁴¹ Favorevole a questa soluzione M. NETTESHEIM, *U.N. Sanctions, against individuals – A challenge to the Architecture of European Union Governance*, cit., p. 598.

di giustizia avesse considerato il sistema giurisdizionale del terzo pilastro come autonomo e completo, sebbene ben diverso da quello comunitario, dalla sentenza emerge altrettanto chiaramente che tale sistema dovesse essere considerato globalmente, con riguardo cioè ai rimedi offerti sia dalle istituzioni giudiziarie dell'Unione che dai giudici nazionali⁴². Pur avendo quindi affermato che i ricorrenti non potessero, nel caso di specie, lamentare alcuna lacuna nel sistema di tutela apprestato dal terzo pilastro⁴³, la Corte non aveva tuttavia mancato di rilevare che “spetta agli Stati membri, e in particolare ai loro organi giurisdizionali, interpretare e applicare le norme procedurali nazionali che disciplinano l'esercizio delle azioni, in maniera da consentire alle persone fisiche e giuridiche di contestare in sede giudiziale la legittimità di ogni decisione o di qualsiasi altro provvedimento nazionale relativo all'elaborazione o all'applicazione nei loro confronti di un atto dell'Unione europea e di chiedere, all'occorrenza, il risarcimento del danno subito”⁴⁴.

Ancorché questa formula rievochi quella già utilizzata nella sentenza relativa al caso *Unión de Pequeños Agricultores*⁴⁵, conviene osservare che la Corte non si è limitata a fare riferimento a misure nazionali d'attuazione di atti UE, ma ha indicato – quali atti suscettibili di sindacato da parte dei giudici nazionali – anche provvedimenti relativi all'elaborazione di un atto UE. Un siffatto riferimento, inteso nella sua assolutezza, potrebbe indicare che uno Stato membro possa vedere coinvolta la propria responsabilità per il solo fatto di partecipare all'elaborazione di un atto UE. L'applicazione di tale criterio comporterebbe tuttavia conseguenze difficilmente accettabili nell'ambito di un sistema che vede nella partecipazione degli Stati membri al procedimento decisionale dell'Unione una usuale modalità di normazione⁴⁶. È pertanto ragionevole pensare che la soluzione indicata dalla Corte debba essere considerata in diretto rapporto con le specifiche circostanze della fattispecie presa in esame.

⁴² La conclusione di considerare i giudici nazionali nella veste di giudici comunitari di diritto comune era peraltro già stata affermata dal TPI (Tribunale di primo grado, *Tetra Pak Rausing S.A. c. Commissione*, causa T-51/89, sentenza del 10 luglio 1990, par. 42).

⁴³ V. par. 57 della sentenza.

⁴⁴ Par. 56 della sentenza.

⁴⁵ Cit. Si legge al par. 42: “[I]n tale contesto, in conformità al principio di leale collaborazione sancito dall'art. 5 del Trattato, i giudici nazionali sono tenuti, per quanto possibile, ad interpretare e applicare le norme procedurali nazionali che disciplinano l'esercizio delle azioni in maniera da consentire alle persone fisiche e giuridiche di contestare in sede giudiziale la legittimità di ogni decisione o di qualsiasi altro provvedimento nazionale relativo all'applicazione nei loro confronti di un atto comunitario di portata generale, eccedendo l'invalidità di quest'ultimo”.

⁴⁶ Qualche dubbio in questo senso lo esprimono S. PEERS, *Salvation outside the Church: Judicial Protection in the Third Pillar after the Pupino and Segi Judgments*, cit., p. 900 ss.; A. BERRAMDANE, *Les limites de la protection juridictionnelle dans le cadre du titre VI du traité sur l'Union européenne*, cit., p. 445; S. MARCIALI, *Le droit à un recours effectif en droit de l'Union européenne: quelques progrès, beaucoup d'ambiguïtés*, cit., p. 1168 ss.

Si ricorderà infatti che, nel caso di specie, la *black list* allegata alla posizione comune era stata redatta sulla base di decisioni adottate da autorità nazionali concernenti l'apertura di indagini o di azioni penali per atti terroristici, o relative ad una condanna per tali atti⁴⁷. Il procedimento decisionale volto all'adozione della posizione comune si era quindi svolto su due livelli – nazionale e comunitario. In quest'ottica, allora, un atto nazionale "relativo all'elaborazione" di un atto UE sarebbe impugnabile nella misura in cui, inserendosi nell'*iter* decisionale comunitario, ne costituisce il presupposto normativo. Il modello delineato nella sentenza presuppone quindi l'esistenza di sfere di competenza distinte assegnate rispettivamente alle autorità nazionali e alle istituzioni UE. In questo contesto, è quindi del tutto plausibile ritenere che le irregolarità dell'atto nazionale vadano fatte valere con gli usuali rimedi nei confronti di questo tipo di infrazioni, e non, piuttosto, nel contesto di un'azione di annullamento rivolta nei confronti della decisione UE. Dato che le istituzioni dell'Unione non hanno il potere di riformare l'atto interno, evidentemente, l'invalidità della decisione UE potrà essere pronunciata solo per vizi che sono ad essa propri. D'altro canto, posto che l'atto UE può essere adottato sul presupposto dell'esistenza di un provvedimento nazionale, il sindacato giurisdizionale che può di conseguenza esercitare il giudice comunitario è limitato alla verifica delle condizioni legali richieste per l'adozione dell'atto UE.

Nella misura, quindi, in cui una decisione nazionale si inserisce nell'*iter* decisionale dell'Unione, la tutela di posizioni individuali pregiudicate da un atto UE potrebbe essere garantita attraverso l'impugnazione dell'atto nazionale. Seppure la Corte nella sentenza *Segi* non abbia fornito ulteriori indicazioni, è ragionevole ritenere che il sindacato dei giudici nazionali avverso provvedimenti interni sui quali si fondano i corrispondenti atti UE, anticipando al momento nazionale il controllo *sostanziale* sugli atti UE idonei a ledere i diritti fondamentali, possa conferire effettività al complessivo meccanismo di tutela⁴⁸.

⁴⁷ Cfr. l'art. 1, par. 4, della posizione comune.

⁴⁸ Per questa conclusione v., *mutatis mutandis*, Tribunale di primo grado, *Organisation des Mojahedines du peuple d'Iran (OMPI) c. Consiglio*, causa T-228/02, sentenza del 12 dicembre 2006, cit. Si ricorderà che in quel caso il Tribunale era stato chiamato a pronunciarsi su una questione simile. Si trattava di stabilire che tipo di controllo il Tribunale potesse esercitare su un regolamento CE di congelamento di fondi appartenenti a presunti terroristi (Regolamento (CE) 2580/2001 del Consiglio del 27 dicembre 2001, relativo a misure restrittive specifiche, contro determinate persone e entità, destinate a combattere il terrorismo, in GU L 344 del 28 dicembre 2001, p. 70), posto che, anche in quel caso, la redazione della *black list* si basava su decisioni adottate da autorità nazionali. Poiché, quindi, il procedimento che conduce all'adozione dell'atto CE si svolge su due livelli – nazionale e comunitario –, il Tribunale ne ha concluso che la verifica dei diritti della difesa e dell'effettività della tutela giurisdizionale si pone anch'esso su tali due livelli (paragrafi 117 e ss.). In particolare, spetta esclusivamente al giudice nazionale competente pronunciarsi sulla regolarità del procedimento che ha condotto all'adozione della decisione nazionale e sul rispetto dei diritti fondamentali in relazione allo svolgimento di siffatto procedimento (paragrafi 121 e ss.). Secondo il Tribunale, a livello comunitario la tutela giurisdizionale presenta un contenuto più limi-

Il modello delineato nella sentenza, *mutatis mutandis*, avrebbe potuto essere applicato anche ad atti PESC basati su corrispondenti decisioni nazionali. In tal modo, i diritti individuali eventualmente lesi da atti PESC, avrebbero potuto indirettamente trovare tutela attraverso il controllo esercitato dai giudici interni sui corrispondenti provvedimenti nazionali.

Peraltro, l'effettività di un modello del genere si fonda sul presupposto dell'equivalenza globale dei vari sistemi di garanzia operanti nei singoli ordinamenti statali. Sarebbe infatti davvero strano ritenere che un meccanismo giurisdizionale del genere, che si basa in sostanza sull'attività giudiziaria del giudice nazionale, possa realizzare una tutela realmente effettiva in presenza di ordinamenti nazionali che si ispirano a *standard* di garanzia radicalmente differenti o che non rispettano *standard* di tutela minimi. Ancorché non sia irragionevole pensare che i giudici nazionali siano tenuti ad applicare, come parametro di validità degli atti interni che fanno parte integrante dell'*iter* decisionale UE, anche la sfera dei diritti fondamentali propri dell'Unione europea e non solo quella del proprio ordinamento nazionale, né la Corte⁴⁹ fornisce alcuna indicazione in questo senso, né il sistema di ripartizione delle competenze consente siffatta interpretazione. Infatti, la netta distinzione fra competenze UE e nazionali, cui corrisponde l'applicazione rispettivamente del diritto UE e di quello nazionale, dovrebbe escludere che atti puramente interni, e solo occasionalmente inseriti nell'*iter* decisionale dell'Unione, debbano essere sindacati alla luce di parametri UE.

In mancanza della possibilità di applicare la sfera dei diritti fondamentali propri dell'Unione europea, la difficoltà di valutare la congruità delle forme di garanzia apprestate nei vari ordinamenti nazionali avrebbe lasciato quindi aperto il problema di vedere se il sindacato esercitato su atti interni possa essere considerato un rimedio alternativo all'impugnazione di atti PESC lesivi di posizioni individuali. Peraltro, anche ad ammettere che il sindacato sull'atto interno sia idoneo a garantire una tutela giurisdizionale effettiva di posizioni soggettive lese da un atto PESC, occorre ricordare che questo rimedio sarebbe stato utilizzabile nei limiti in cui il procedimento di adozione di un atto PESC si fosse composto anche di una fase decisionale puramente nazionale.

tato: al giudice comunitario spetta esclusivamente verificare la sussistenza delle condizioni legali di applicazione del regolamento (CE) 2580/2001. Tale sindacato si esaurisce nella possibilità di valutare gli elementi di prova e di informazione dai quali risulta l'esistenza di una decisione nazionale e di verificare, limitatamente al procedimento svolto dinanzi alle istituzioni comunitarie, il rispetto dei diritti della difesa (par. 154). Il giudice non può tuttavia sostituire la sua valutazione delle prove e dei fatti che giustificano l'adozione della misura comunitaria a quella svolta dal Consiglio. Per un commento a questo doppio meccanismo di tutela v. M.E. BARTOLONI, *Articolazione delle competenze e tutela dei diritti fondamentali nelle misure UE contro il terrorismo*, in *Il diritto dell'Unione Europea*, 2009, p. 49 ss.

⁴⁹ Neanche il Tribunale di primo grado, nella sentenza relativa al caso *OMPI*, cit., ha fornito alcuna indicazione in tal senso.

7. La tutela dei diritti fondamentali come titolo di competenza autonomo?

L'analisi appena compiuta rivela che posizioni individuali lese da un atto PESC difficilmente avrebbero potuto trovare, in assenza di un sistema di rimedi giurisdizionali nell'ambito del secondo pilastro, una tutela alternativa effettiva.

Né la soluzione delineata dalla Corte nella sentenza *Segi* di considerare impugnabile ogni atto che, a prescindere dal *nomen juris*, interferisce con diritti individuali, né quella suggerita dall'Avv. Mengozzi di attribuire ai giudici nazionali la competenza a sindacare atti dell'Unione in assenza di un sistema di ricorsi giurisdizionali completo sembrano soddisfare, pur per motivi diversi, esigenze di effettività di tutela. Nel primo caso, l'assenza di un sistema di ricorsi giurisdizionali avrebbe escluso del tutto la possibilità di impugnare atti PESC pur pregiudizievoli di posizioni individuali. Nel secondo caso, il controllo degli atti di politica estera da parte dei giudici nazionali avrebbe potuto compromettere l'uniforme applicazione ed interpretazione del diritto dell'Unione. Del pari, la possibilità di impugnare il provvedimento nazionale che si inserisce nell'*iter* decisionale UE sarebbe stata una soluzione che solo in parte avrebbe potuto efficacemente garantire la tutela dei diritti: da una parte, infatti, non sempre il procedimento normativo si articola in una fase nazionale; dall'altra, la realizzazione di un sindacato effettivo sembra essere subordinata all'idoneità dell'ordinamento nazionale di volta in volta coinvolto nell'*iter* decisionale a rispettare *standard* minimi di tutela. È evidente infatti che il mancato rispetto di *standard* di garanzia minimi possa, non solo compromettere una perfetta corrispondenza di tutela fra i vari ordinamenti nazionali, ma anche vanificare l'effettività del complessivo meccanismo di tutela delineato dalla Corte.

Ciò detto, una soluzione parzialmente diversa da quelle fin ora prospettate avrebbe potuto essere tratta dalle indicazioni fornite dalla Corte nella sentenza *Kadi*⁵⁰. Si ricorderà che la Corte ha posto fine alla tormentata vicenda giudiziaria stabilendo che un atto, per il solo fatto di essere adottato dalle istituzioni UE, è sottoposto, senza alcuna eccezione, ad un controllo di conformità con i diritti fondamentali tutelati nell'ordinamento dell'Unione. Si legge nella sentenza: "il controllo da parte della Corte della validità di qualsiasi atto comunitario sotto il profilo dei diritti fondamentali deve essere considerato come l'espressione, in una comunità di diritto, di una garanzia costituzionale derivante dal Trattato CE, quale sistema giuridico autonomo, che non può essere compromessa da un accordo internazionale"⁵¹. Questa soluzione sembra così segnare un importante punto di svolta nella giurisprudenza della Corte: la natura delle competenze dell'Unione e l'utilizzo di differenti tipologie di fonti UE non dovrebbe, in principio, avere l'effetto di com-

⁵⁰ Corte di giustizia delle Comunità europee, *Yassin Abdullah Kadi e Al Barakaat International Foundation c. Consiglio e Commissione*, cause riunite C-402/05 P e C-415/05 P, sentenza del 3 settembre 2008.

⁵¹ Par. 316 della sentenza.

promettere i principi costituzionali dell'ordinamento dell'Unione, tra i quali vi è il principio secondo cui tutti gli atti UE devono rispettare i diritti fondamentali e devono poter essere sottoposti a controllo giurisdizionale da parte della Corte.

Ancorché questa soluzione sia stata affermata in relazione a posizioni soggettive lese da atti comunitari e debba, quindi, essere considerata in diretto rapporto con il sistema di rimedi giurisdizionali proprio del primo pilastro – che la Corte ha costantemente definito completo⁵² –, essa fornisce nondimeno utili indicazioni circa il diverso approccio adottato dalla Corte in relazione al rango acquisito, nell'ambito dell'Unione europea, dai diritti fondamentali rispetto ad altri principi, pur strutturali.

Non si può infatti trascurare che nella sentenza *Segi*, seppure la Corte sia riuscita ad offrire ai singoli un livello minimo di tutela giurisdizionale, la soluzione adottata è, nel suo complesso, chiaramente ispirata dall'intento di evitare di alterare il sistema dei ricorsi stabiliti nel Trattato UE. In altre parole, dalla soluzione della Corte emerge in modo esplicito che, sebbene “come risulta dall'art. 6 UE, l'Unione è fondata sul principio dello Stato di diritto e rispetta i diritti fondamentali quali principi generali del diritto comunitario” e “le istituzioni sono soggette al controllo della conformità dei loro atti ai Trattati e ai principi generali di diritto”⁵³, il diritto a beneficiare di una tutela giurisdizionale effettiva, in un ordinamento giuridico fondato sul principio delle competenze attribuite, può essere fatto valere solo nei limiti dei rimedi previsti dai trattati istitutivi⁵⁴. La soluzione della Corte, ancorché tenda a garantire una parziale tutela agli individui, appare così il risultato della priorità che spetta, nell'ordinamento dell'Unione, al principio dei poteri attribuiti rispetto al principio che assicura la tutela ai diritti fondamentali⁵⁵. Il diritto ad una tutela giurisdizionale effettiva, pur rientrando nel novero dei diritti considerati fondamentali, non è idoneo a travolgere l'assetto delle competenze e i limiti, pur impliciti, posti al loro esercizio; esso, al contrario, può essere garantito fintantoché non vengano intaccati altri principi strutturali dell'ordinamento dell'Unione.

Ebbene, nella sentenza *Kadi*, la soluzione della Corte sembrerebbe improntata a logiche diverse da quelle che hanno ispirato la pronuncia sul caso *Segi*. Questa sentenza valorizza, a differenza della giurisprudenza precedente, il carattere

⁵² V. Corte di giustizia delle Comunità europee, *Unión de Pequeños Agricultores c. Consiglio*, causa C-50/00 P, sentenza del 25 luglio 2002, cit., par. 40; Corte di giustizia delle Comunità europee, *Yassin Abdullah Kadi e Al Barakaat International Foundation c. Consiglio e Commissione*, cause riunite C-402/05 P e C-415/05 P, sentenza del 3 settembre 2008, cit., par. 281.

⁵³ Par. 51 della sentenza.

⁵⁴ Nella sentenza *Segi*, cit., la Corte ha esplicitamente affermato che il sindacato su una posizione comune può realizzarsi “alle condizioni stabilite all'art. 35 UE” (paragrafi 54 e 55).

⁵⁵ Si legge nella sentenza *Segi*, cit.: “Tuttavia, se un sistema di rimedi giurisdizionali, in particolare un sistema di responsabilità extracontrattuale diverso da quello istituito dai Trattati, è sicuramente concepibile, spetta, all'occorrenza, agli Stati membri, in conformità all'art. 48 UE, riformare il sistema attualmente vigente” (par. 50).

primario acquisito nell'ordinamento dell'Unione dai principi fondamentali, riconosciuti dall'art. 6 UE, e, conseguentemente, della necessità di interpretare le norme dei trattati in maniera complessivamente compatibile con l'esigenza di non svuotare di significato tali principi. Peraltro, non è escluso che questa esigenza potrebbe anche incidere, pur in maniera indiretta o implicita, sul principio dei poteri attribuiti⁵⁶. Non si può cioè escludere che l'esigenza di garantire una tutela giurisdizionale effettiva riguardo ogni atto UE lesivo di posizioni individuali possa eccezionalmente costituire un titolo di competenza autonomo pur nell'ambito di un sistema giuridico basato sul principio delle competenze d'attribuzione⁵⁷.

In questa prospettiva, non appare allora irragionevole pensare che, anche in assenza di un sistema di ricorsi giurisdizionali nell'ambito della PESC, un atto di politica estera avrebbe potuto eccezionalmente essere sottoposto al sindacato della Corte⁵⁸.

Se la generalizzata l'esclusione degli atti PESC dal sindacato giurisdizionale poteva giustificarsi con la scarsa incidenza che, in linea di principio, tali atti hanno sulla posizione giuridica soggettiva di persone fisiche e giuridiche, non appare azzardato pensare che, venuta meno siffatta presunzione di inidoneità, anch'essi avrebbero potuto essere impugnati. In questa prospettiva, l'assenza di un sistema di rimedi non avrebbe dovuto impedire, pur comportando un'importante deroga al principio dei poteri attribuiti, la possibilità per i singoli di adire direttamente il giudice comunitario nel caso in cui atti di carattere inter-

⁵⁶ Sotto questo profilo v. le considerazioni di A. BERRAMDANE, *Les limites de la protection juridictionnelle dans le cadre du titre VI du traité sur l'Union européenne*, cit., p. 443. Secondo l'A. "l'on voit pas pourquoi on ne ferait pas primer les droits fondamentaux, dont le droit à une protection juridictionnelle, de valeur 'supra-constitutionnelle' dans plusieurs Constitutions des États membres, sur les dispositions procédurales relatives à la compétence de la Cour. La Cour n'a-t-elle pas déjà effectué une hiérarchie entre les droits fondamentaux garantis par le droit primaire? (CJCE, 14 octobre 2004, Omega, aff. C-36/02, Rec. p. I-9609)".

⁵⁷ Per questa soluzione si era espresso l'Avvocato generale Maduro nelle conclusioni presentate il 16 dicembre 2004 nella causa C-160/03, *Regno di Spagna c. Eurojust* (per un commento v. S. PEERS, *Salvation outside the Church: Judicial Protection in the Third Pillar after the Pupino and Segi Judgments*, cit., p. 888 ss.). Nella causa in questione, la Corte era chiamata a pronunciarsi sui mezzi d'impugnazione esperibili nell'ambito del Trattato sull'Unione europea. In particolare, si poneva il problema di vedere se atti adottati dall'EUROJUST (otto bandi di concorso per la formazione di elenchi di riserva per posti di agenti temporanei presso l'EUROJUST), che sono estranei al catalogo degli atti impugnabili ai sensi dell'art. 35 UE, potessero nondimeno essere sottoposti a sindacato giurisdizionale. L'Avvocato generale Maduro, nell'ammettere siffatta possibilità, ha espressamente affermato che "[I]n una Unione di diritto, è essenziale che gli atti delle istituzioni e degli organi dell'Unione possano essere soggetti al controllo di una giurisdizione dell'Unione, qualora siano destinati a produrre effetti giuridici nei confronti di terzi" (par. 17). "La Corte ha già riconosciuto, nell'ambito del sistema del Trattato CE, che un ricorso di annullamento può essere diretto contro tutti gli atti che producono effetti giuridici, qualunque sia la loro natura, la loro forma o il loro autore. Tali principi giurisprudenziali devono manifestamente valere nell'ambito dell'Unione [...]. A mio parere, l'idea stessa della legalità, quale principio cardine nel sistema di una Unione di diritto, impone tale conclusione" (par. 21).

⁵⁸ Questa conclusione sembrerebbe d'altra parte coerente anche sulla base di un'interpretazione sistematica del complessivo sistema giuridico previsto per gli atti di politica estera prima di Lisbona.

governativo fossero stati capaci di pregiudicare direttamente e individualmente la loro sfera giuridica. Sarebbe stato incompatibile con un sistema giurisdizionale fondato sulla presunzione di inidoneità degli atti PESC ad incidere su posizioni soggettive individuali, un costante e sistematico diniego di impugnare tali atti ogniqualvolta fosse venuta meno tale presunzione. In caso contrario, la discutibile prassi di utilizzare strumenti di chiara natura intergovernativa al fine di interferire con posizioni soggettive individuali si sarebbe risolta, sempre e comunque, in una palese compressione dei diritti fondamentali⁵⁹.

Una tale interpretazione evolutiva avrebbe così avuto l'effetto di salvaguardare sia il sistema giuridico PESC che prevedeva, in principio, l'insindacabilità delle sue fonti, che il principio secondo cui, in una comunità di diritto, ogni atto idoneo ad incidere su diritti individuali debba poter essere sottoposto a controllo giurisdizionale. A ben guardare, poi, questa conclusione è indirettamente confermata dal nuovo art. 275, par. 2, TFUE che, come visto, prevede un controllo di legittimità limitato esclusivamente agli atti lesivi di posizioni individuali, lasciando impregiudicata l'insindacabilità delle decisioni di politica estera nel loro complesso.

In questa prospettiva, quindi, il dilemma teorico, prospettato all'inizio di questo lavoro, costituito dal rapporto fra il principio d'attribuzione e la tutela dei diritti fondamentali – in relazione allo specifico problema della sindacabilità degli atti di politica estera che adottano misure individuali restrittive –, avrebbe potuto trovare, in assenza della novella di Lisbona, una soluzione in grado comunque di temperare due componenti difficilmente conciliabili.

8. Considerazioni conclusive

Peraltro, non si può escludere che la tensione fra il principio d'attribuzione e quello che accorda valore costituzionale ai diritti fondamentali riemerga nonostante la possibilità di impugnare decisioni di politica estera lesive di diritti indi-

⁵⁹ D'altra parte, nell'impianto globale del precedente titolo V UE, un atto PESC sarebbe tale non soltanto per il fatto di essere adottato nell'ambito delle attribuzioni e procedure proprie del secondo pilastro, ma anche per i suoi contenuti: si da escludere che possa essere considerato di politica estera un atto che è idoneo ad incidere su posizioni individuali. In altre parole, un atto adottato sulla base delle disposizioni PESC, che tuttavia non si limiti ad esprimere la posizione dell'Unione riguardo situazioni di politica internazionale, ma che è idoneo a pregiudicare diritti soggettivi, ha una portata che supera quella attribuita dal Trattato UE a questo genere di fonti. In questa prospettiva, esso dovrebbe poter essere sottoposto a sindacato in quanto fondato su un presupposto giuridico errato. Questa stessa conclusione è stata peraltro raggiunta sulla base di una linea argomentativa diversa da G. DE BAERE, *Constitutional Principles of EU External Relations*, cit., p. 183, secondo cui "an argument could be made that, as fundamental rights form an integral part of the general principles of Community law whose observance is ensured by the Community Courts, and as the Court has jurisdiction to ensure that nothing in the second and third pillars affects the legal order established by the EC Treaty, as per Article 47 EU, the Court should be able to review second and third pillar instruments on their compliance with fundamental rights".

viduali. In particolare, se l'art. 275, par. 2, TFUE prevede, come visto, il sindacato giurisdizionale avverso atti PESC idonei ad interferire con posizioni soggettive di persone fisiche e giuridiche, alcune specifiche previsioni introdotte dal Trattato di Lisbona potrebbero ostacolare una tutela dei diritti fondamentali nel campo della politica estera equivalente a quella garantita nell'ambito delle altre politiche materiali. Le ipotesi che ad una prima lettura dei Trattati possono essere formulate sono almeno due.

La prima riguarda la previsione contenuta all'art. 215, par. 3, TFUE secondo cui gli atti d'attuazione di decisioni PESC adottati nell'ambito di un procedimento sanzionatorio di carattere economico⁶⁰ debbano incorporare "le necessarie disposizioni sulle garanzie giuridiche". Da questa disposizione si può dedurre che un atto emanato ai sensi dell'art. 215, paragrafi 1 e 2, TFUE potrebbe, *sic et simpliciter*, essere annullato in conseguenza dell'omessa indicazione di espresse e specifiche garanzie di cui possano avvalersi persone fisiche e giuridiche destinatarie di misure restrittive di carattere economico. L'assenza di indicazioni del genere potrebbe, cioè, giustificare l'annullamento di un atto senza la necessità che si proceda ad accertare il nesso causale tra quell'omissione e l'eventuale violazione di diritti fondamentali. La stessa conclusione difficilmente potrebbe invece valere per decisioni PESC che non necessitino di atti d'attuazione ai sensi dell'art. 215 TFUE. In assenza di una previsione *ad hoc* analoga a quella dell'art. 215, par. 3, TFUE, un atto PESC che omettesse di indicare "le necessarie disposizioni sulle garanzie giuridiche" non potrebbe, ancorché idoneo a ledere i diritti fondamentali, essere dichiarato invalido soltanto in conseguenza di questa lacuna. L'eventuale annullamento potrebbe piuttosto essere pronunciato solo in seguito ad un'indagine di carattere sostanziale che accertasse che l'omessa indicazione di garanzie giuridiche abbia comportato un pregiudizio concreto ed effettivo ai diritti fondamentali.

Un'altra norma idonea a compromettere una tutela analoga a quella accordata nell'ambito delle altre politiche materiali potrebbe essere l'art. 39 TUE il quale stabilisce una disciplina speciale in materia di trattamento di dati personali nell'esercizio di attività di politica estera⁶¹. In deroga alla disciplina generale sta-

⁶⁰ Si tratta del procedimento sanzionatorio disciplinato, in vigenza dei precedenti Trattati, dall'art. 301 CE. L'art. 215 TFUE, oltre a recepire, al par. 1, la disciplina contenuta al precedente art. 301 CE, prevede espressamente, al suo par. 2, la possibilità di sanzionare anche persone fisiche, giuridiche, gruppi o entità non statali. Riguardo alle questioni sollevate dall'assenza, nella precedente formulazione, di un fondamento giuridico *ad hoc* che consentisse di sanzionare individui ed enti v., tra le altre, Tribunale di primo grado delle Comunità europee, *Ahmed Ali Yusuf e Al Barakaat International Foundation c. Consiglio e Commissione*, causa T-306/01, sentenza del 21 settembre 2005 e Tribunale di primo grado delle Comunità europee, *Yassin Abdullah Kadi c. Consiglio e Commissione*, causa T-315/01, sentenza del 21 settembre 2005; Corte di giustizia delle Comunità europee, *Yassin Abdullah Kadi e Al Barakaat International Foundation c. Consiglio e Commissione*, cause riunite C-402/05 P e C-415/05 P, sentenza del 3 settembre 2008, cit.

⁶¹ L'art. 39 TUE così dispone: "[C]onformemente all'articolo 16 del trattato sul funzionamento dell'Unione europea e in deroga al paragrafo 2 di detto articolo, il Consiglio adotta una decisione

bilita all'art. 16, par. 2, TFUE, l'art. 39 TUE, oltre ad estromettere il PE dal procedimento decisionale – affidato esclusivamente al Consiglio –, individua come destinatari delle regole sul trattamento dei dati personali i soli Stati membri, esonerando le istituzioni, gli organi e gli organismi dell'Unione dal conformarsi alla disciplina. Stante quindi la limitata portata *ratione personae* della norma, se ne può dedurre che una violazione dei diritti fondamentali – causata da un trattamento dei dati personali incompatibile con le regole adottate ai sensi dell'art. 39 TUE da parte dalle istituzioni UE nell'ambito di attività di politica estera – non potrebbe, in principio, determinare l'annullamento dell'atto PESC. In un'ipotesi del genere, l'ordinamento dell'Unione continuerebbe quindi a tollerare un *vulnus* nella tutela dei diritti individuali che, in conseguenza dell'esplicita formulazione dell'art. 39 TUE, difficilmente potrebbe essere censurata dalla Corte.

Le ipotesi prese in considerazione, che sono meramente esemplificative, mostrano assai chiaramente che la tutela dei diritti nell'ambito della politica estera potrebbe continuare a subire alcune limitazioni. Ancorché il Trattato di Lisbona, attraverso l'art. 275, par. 2, TFUE tenda ad assimilare la tutela dei diritti fondamentali nell'ambito PESC a quella accordata negli altri settori di competenza dell'Unione, alcune specifiche disposizioni potrebbero infatti ostacolarne la completa equiparazione.

A ben guardare, allora, anche nell'ambito della tutela offerta dal nuovo art. 275, par. 2, TFUE, potrebbe sempre riproporsi la questione di un eventuale bilanciamento fra il principio d'attribuzione e il principio che conferisce valore costituzionale ai diritti fondamentali. Non si può cioè escludere che in certi casi, proprio in ossequio al principio d'attribuzione, i diritti fondamentali possano subire in ambito PESC restrizioni non riscontrabili nell'ambito degli altri settori materiali. Fintantoché la compressione non risulti tale da minare la sostanza stessa dei diritti, si può pensare che i limiti a questi imposti possano considerarsi tollerati dal sistema. Allorché, tuttavia, la compressione risultasse idonea a privare i diritti fondamentali della loro essenza, anche in questo caso – non diversamente da quanto si sarebbe potuto ipotizzare in assenza dell'introduzione dell'art. 275, par. 2 TFUE il quale consente a persone fisiche e giuridiche di impugnare atti altrimenti non sindacabili – il principio d'attribuzione potrebbe subire qualche deroga.

che stabilisce le norme relative alla protezione delle persone fisiche con riguardo al trattamento dei dati di carattere personale da parte degli Stati membri nell'esercizio di attività che rientrano nel campo di applicazione del presente capo, e le norme relative alla libera circolazione di tali dati. Il rispetto di tali norme è soggetto al controllo di autorità indipendenti”.

Gli effetti e l'esecuzione delle decisioni del Consiglio di sicurezza al vaglio della Corte di giustizia dell'Unione europea

Nicola Napoletano

SOMMARIO: 1. Introduzione. – 2. Il limite al sindacato di legittimità degli atti di esecuzione delle decisioni del Consiglio di Sicurezza adottati in esercizio di una “competenza vincolata” e il controllo incidentale su tali decisioni alla luce dello *ius cogens* nella giurisprudenza del Tribunale. – 3. La competenza del Tribunale in merito al controllo di legittimità degli atti di esecuzione delle decisioni del Consiglio di sicurezza adottati in esercizio di “un potere proprio”. – 4. La competenza della Corte di giustizia a sindacare gli atti di esecuzione delle decisioni del Consiglio di sicurezza sotto il profilo dei diritti fondamentali. – 5. La competenza del giudice di Lussemburgo a controllare indirettamente alla luce dei diritti fondamentali la normativa nazionale adottata in esecuzione di decisioni del Consiglio di sicurezza. – 6. Sviluppi successivi alla sentenza *Kadi* della Corte di giustizia. – 7. Considerazioni finali in margine alle modifiche introdotte a seguito dell'entrata in vigore del Trattato di Lisbona.

1. Introduzione

Nell'esercizio delle competenze relative al mantenimento della pace e della sicurezza internazionale previste dal capitolo VII della Carta delle Nazioni Unite, il Consiglio di sicurezza ha adottato, negli ultimi anni con sempre maggiore frequenza, diverse risoluzioni che si sono caratterizzate per la loro capacità di incidere in maniera restrittiva sull'applicazione delle norme predisposte a tutela dei diritti umani, sia dagli ordinamenti giuridici interni che internazionali. In particolare, oltre alle risoluzioni con cui il Consiglio di sicurezza ha autorizzato l'intervento di forze multinazionali composte da contingenti di Stati membri oppure ha istituito organi delle Nazioni Unite, i quali, anche con la partecipazione degli Stati, hanno amministrato con compiti di *State-building* territori in situazioni post-conflittuali caratterizzate da una forte instabilità¹, costituiscono un esempio di questo fenomeno le decisioni con cui lo stesso Consiglio ha disposto

¹ Per un'analisi dettagliata della prassi ONU in materia, cfr., per tutti, B. CONFORTI, C. FOCARELLI, *Le Nazioni Unite*, VIII ed., Padova, 2010, spec. p. 274 ss. e p. 291 ss., nonché l'ampia bibliografia ivi riportata. V., ad esempio, Consiglio di sicurezza, risoluzioni: 1244 del 10 giugno 1999, con cui, conferendo la relativa autorizzazione agli Stati membri dell'ONU ed alla NATO, si è proceduto all'istituzione in Kosovo di una “presenza internazionale civile e di sicurezza”, ovvero dell'UNMIK (United Nations Interim Administration Mission in Kosovo) e della KFOR (Kosovo Force); 1511 del 16 ottobre 2003, con cui si autorizza una forza multinazionale sotto comando unificato a prendere tutte le misure necessarie al fine di contribuire al mantenimento della sicurezza e della stabilità in Iraq, chiedendo agli Stati membri di prestare assistenza, ivi compresa l'assistenza militare, a siffatta forza multinazionale.

l'adozione di misure sanzionatorie di natura economica e finanziaria dirette nei confronti di specifici individui, gruppi, entità ed organizzazioni (perciò dette anche *smart* o *targeted sanctions*)². Queste ultime, nello specifico, hanno dato vita ad una prassi che, discostandosi dalle sanzioni tradizionalmente adottate contro gli Stati, ha conosciuto di recente una forte intensificazione soprattutto nell'ambito delle azioni di contrasto al terrorismo internazionale³.

Si è posto, quindi, con sempre maggiore evidenza il problema di verificare la compatibilità delle risoluzioni del Consiglio di sicurezza con il rispetto dei diritti umani, non essendo – come noto – previsto un meccanismo di controllo giurisdizionale sulla legittimità degli atti adottati nell'ambito delle Nazioni Unite. Tuttavi-

² V., per citare alcuni esempi delle misure restrittive che saranno prese in considerazione di seguito, Consiglio di sicurezza, risoluzioni: 1267 del 15 ottobre 1999, 1333 del 19 dicembre 2000, e 1390 del 16 gennaio 2002, relative al congelamento dei capitali e delle altre risorse finanziarie ed economiche appartenenti ad Osama bin Laden, ad Al-Qaeda, ai talebani e alle altre persone ed entità ad essi associate; 1373 del 28 settembre 2001, relativa al congelamento dei fondi e di altri strumenti finanziari o risorse economiche delle persone che commettono o tentano di commettere e che agevolano o partecipano in atti di terrorismo, nonché delle entità ad esse appartenenti o da esse controllate; 1532 del 12 marzo 2004, relativa al congelamento dei fondi e delle risorse economiche e finanziarie posseduti o controllati, direttamente o indirettamente, dall'ex presidente liberiano Charles Taylor, dai suoi stretti familiari, dagli alti funzionari dell'ex regime di Taylor e da qualsiasi persona fisica ad essi associata; 1737 del 23 dicembre 2006, relativa al congelamento dei capitali e delle risorse economiche di persone ed entità implicate nella proliferazione nucleare dell'Iran.

³ Cfr. I. CAMERON, *UN Targeted Sanctions, Legal Safeguards and the European Convention of Human Rights*, in *Nordic Journal of International Law*, 2003, p. 159 ss.; G. LYSEN, *Targeted UN Sanctions: Application of Legal Sources and Procedural Matters*, in *Nordic Journal of International Law*, 2003, p. 291 ss.; P. GUTHERIE, *Security Council Sanctions and the Protection of Individual Rights*, in *New York University Annual Survey of American Law*, 2005, p. 491 ss.; P. DE SENA, *Comunità internazionale e individui nella prassi del Consiglio di sicurezza delle Nazioni Unite in tema di lotta al terrorismo*, in *Comunità e soggettività*, Cosenza, 2006, p. 367 ss.; A. BIANCHI, *Assessing the Effectiveness of the UN Security Council's Antiterrorism Measures: The Quest for Legitimacy and cohesion*, in *European Journal of International Law*, 2006, p. 881 ss.; M. ARCARI, *Tutela dei diritti umani e misure del Consiglio di sicurezza*, in L. PINESCHI, *La tutela internazionale dei diritti umani. Norme, garanzie, prassi*, Milano, 2006, p. 49 ss.; A. CIAMPI, *Sanzioni del Consiglio di sicurezza e diritti umani*, Milano, 2007; E.J. FLYNN, *The Security Council's Counter-Terrorism Committee and Human Rights*, in *Human Rights Law Review*, 2007, p. 371 ss.; M. ARCARI, *Sviluppi in tema di tutela dei diritti di individui iscritti nelle liste dei comitati delle sanzioni del Consiglio di sicurezza*, in *Rivista di diritto internazionale*, 2007, p. 657 ss.; M. GESTRI, *Legal Remedies Against Security Council Targeted Sanctions: De Lege Lata and the Lege Ferenda Options for Enhancing the Protection of the Individual*, in *The Italian Yearbook of International Law*, 2007, p. 25 ss.; A. CIAMPI, *Individual Remedies Against Security Council Targeted Sanctions*, ivi, p. 55 ss.; J. REICH, *Due Process and Sanctions Targeted Against Individuals Pursuant to Resolution 1267 (1999)*, in *Yale Journal of International Law*, 2008, p. 505 ss.; M. BOTHE, *Security Council's Targeted Sanctions Against Presumed Terrorists: the Need to Comply with Human Rights Standards*, in *Journal of International Criminal Justice*, 2008, p. 541 ss.; H. KELLER, A. FISCHER, *The UN Anti-terror Sanctions Regime under Pressure*, in *Human Rights Law Review*, 2009, p. 257 ss.; M. ARCARI, *La tutela dei diritti umani nel quadro dell'attività del Comitato delle sanzioni del Consiglio di sicurezza dell'ONU*, in P. GARGIULO, M.C. VITUCCI, *La tutela dei diritti umani nella lotta e nella guerra al terrorismo*, Napoli, 2009, p. 55 ss.

a, va considerato che alle risoluzioni del Consiglio di sicurezza è data applicazione concreta attraverso attività svolte da organi dell'ONU, come nel caso dell'amministrazione di territori, e/o dagli organi degli Stati sia pure sotto il "controllo" del Consiglio, come nel caso delle autorizzazioni all'uso della forza per il mantenimento o il ripristino della pace, della sicurezza o della stabilità in determinate aree geografiche, nonché mediante l'adozione di atti interni di esecuzione da parte degli stessi Stati o anche dell'Unione europea, come nel caso delle sanzioni intelligenti. Pertanto, la questione di accertare eventuali violazioni del diritto internazionale, ed in particolare dei diritti umani, derivanti da decisioni adottate dal Consiglio di sicurezza si è posta recentemente dinanzi sia ai giudici nazionali⁴ che ai giudici operanti nell'ambito di ordinamenti sovranazionali e internazionali, quali la Corte di giustizia dell'Unione europea e la Corte europea dei diritti umani⁵.

⁴ Cfr., sul tema, E. DE WET, A. NOLLKAEMPER (eds), *Review of the Security Council by Member States*, Antwerp, Oxford, New York, 2003; M. ARCARI, *Autorizzazioni del Consiglio di sicurezza, tutela dei diritti dell'uomo e occupazione militare in Iraq: il caso Al-Jedda di fronte ai giudici britannici*, in *Rivista di diritto internazionale*, 2006, p. 1083 ss.; A. CIAMPI, *Sanzioni del Consiglio di sicurezza e diritti umani*, cit., p. 451 ss.; M. ARCARI, *Sviluppi in tema di tutela dei diritti di individui ...*, cit., p. 673 ss.; R. SAPIENZA, *Occupazione britannica dell'Irak e tutela dei diritti dell'uomo: il caso Al-Jedda dinanzi alla Camera dei Lords*, in *Diritti umani e diritto internazionale*, 2008, p. 402 ss.; J. REICH, *op. cit.*, p. 507 ss.; A. ORAKHELASHVILI, *R (on the Application of Al-Jedda) (FC) v. Secretary of State for Defence (2007) UKHL 58. House of Lords, Appellate Committee, December 12, 2007*, in *American Journal of International Law*, 2008, p. 337 ss.; F. MESSINEO, *The House of Lords in Al-Jedda and Public International Law: Attribution of Conduct to Un-Authorized Forces and the Power of the Security Council to Displace Human Rights*, in *Netherlands International Law Review*, 2009, p. 35 ss.; A. SARI, *The Al-Jedda Case before the House of Lords*, in *International Peacekeeping*, 2009, p. 181 ss.. V., inoltre, Corte distrettuale de L'Aja, *Madri di Srebrenica c. Olanda e Nazioni Unite*, sentenza del 10 luglio 2008 (cfr., per un commento, O. SPIJKERS, *The Immunity of the United Nations in Relation to the Genocide in Srebrenica in the Eyes of a Dutch District Court*, in *Journal of International Peacekeeping*, 2009, p. 197 ss.) e, nello stesso caso, Corte d'Appello de L'Aja, sentenza del 30 marzo 2010, disponibili su www.haguejusticeportal.net/eCache/DEF/9/659.html. Per quanto riguarda i casi pendenti o già conclusi dinanzi ad organi giurisdizionali nazionali avviati sui ricorsi presentati da soggetti colpiti dalle sanzioni adottate contro Al-Qaeda, i talebani e le persone ed entità ad essi associate, di cui si tratterà in prosieguo, v. i diversi Rapporti predisposti dal Gruppo di supporto analitico e di monitoraggio delle sanzioni istituito dalla risoluzione 1526 del 30 gennaio 2004 del Consiglio di sicurezza, disponibili su www.un.org/sc/committees/1267/monitoringteam.shtml.

⁵ Sinora, imputando alle Nazioni Unite i comportamenti attivi o omissivi all'origine delle violazioni della CEDU denunciate, la Corte di Strasburgo si è sempre pronunciata per l'irricevibilità *ratione personae* dei ricorsi presentati. Su tale aspetto, v. Corte europea dei diritti umani: *Behrami e Behrami c. Francia e Saramati c. Francia, Germania e Norvegia* [GC], ricorsi n. 71412/01 e n. 78166/01, decisione del 2 maggio 2007; *Kasumaj c. Grecia*, ricorso 6974/05, decisione del 5 luglio 2007; *Gajic c. Germania*, ricorso n. 31446/02, decisione del 28 agosto 2007, per quanto attiene agli atti e alle omissioni dell'UNMIK, come organo sussidiario dell'ONU, e della KFOR, come forza composta da Stati operanti su autorizzazione del Consiglio di sicurezza e sottoposta all'"ultimate authority and control" di tale organo (per i riferimenti agli ampi commenti su questa giurisprudenza, v. *infra* nota 107); *Stephens c. Cipro, Turchia e Le Nazioni Unite*, ricorso n. 45267/06, decisione dell'11 dicembre 2008, in relazione agli atti dell'UNFICYP (United Nations Peacekeeping Force in Cyprus, istituita dal Consiglio di sicurezza con la risoluzione n. 186 del 4

Qui di seguito, si cercherà di mettere in evidenza la posizione assunta dal giudice di Lussemburgo nei casi in cui si è trovato a dover valutare, direttamente o incidentalmente, gli effetti prodotti dalle risoluzioni del Consiglio di sicurezza sulle norme a tutela dei diritti fondamentali inerenti l'ordinamento giuridico dell'Unione.

Si tratta di una questione che già si era posta all'attenzione della Corte di giustizia nel caso *Bosphorus*⁶. In quell'occasione, la Corte era stata chiamata a pronunciarsi in via pregiudiziale sull'eventuale violazione dei diritti fondamentali da parte del regolamento n. 990/93⁷, che dava esecuzione alla risoluzione 820 del 17 aprile 1993 del Consiglio di sicurezza con cui si imponevano misure di embargo commerciale contro la Repubblica federale di Jugoslavia (Serbia e Montenegro). A giudizio della Corte, poiché il regolamento n. 990/93 si proponeva "un obiettivo di interesse generale fondamentale per la comunità internazionale", esso poteva giustificare eventuali restrizioni all'esercizio di taluni diritti fondamentali, quali, nel caso di specie, il diritto al rispetto della proprietà e il diritto al libero esercizio di un'attività commerciale, che come tali non potevano essere considerati come "prerogative assolute".

In linea generale, dal ragionamento del giudice dell'Unione emerge che il ristabilimento della pace e della sicurezza internazionale e la cessazione di gravi violazioni dei diritti umani e del diritto umanitario posti alla base delle misure decise dal Consiglio di sicurezza – circostanze peraltro sottratte al vaglio della Corte e che riposano essenzialmente sulla valutazione discrezionale dello stesso Consiglio – rappresentano obiettivi di interesse generale fatti propri e perseguiti anche dall'Unione⁸ e "legittimano, sulla base di una decisione congiunta ... [dell'Unione] e dei suoi Stati membri, riuniti nell'ambito della cooperazione politica", l'introduzione nell'ordinamento europeo, e di conseguenza direttamente ed immediatamente in quelli nazionali, di una disciplina attuativa ancorché limitativa del godimento di alcuni diritti fondamentali⁹. Da ciò consegue che, anche lad-

marzo 1964), in qualità di organo sussidiario ONU e sottoposta al suo "exclusive control and command"; *Berić e al. c. Bosnia-Erzegovina*, ricorsi n. 36357/04, 36360/04, 38346/04, 41705/04, 45190/04, 45578/04, 45579/04, 45580/04, 91/05, 97/05, 100/05, 101/05, 1121/05, 1123/05, 1125/05, 1129/05, 1132/05, 1133/05, 1169/05, 1172/05, 1175/05, 1177/05, 1180/05, 1185/05, 20793/05 e 25496/05, decisione del 16 ottobre 2007, *Kalinić and Bilbija c. Bosnia and Herzegovina*, ricorsi n. 45541/04 e 16587/07, decisione del 13 maggio 2008, per quanto riguarda gli atti dell'Alto Rappresentante che opera in Bosnia-Erzegovina, quale organo che "exercising lawfully delegated UNSC Chapter VII powers" è sottoposto all'"effective overall control" del Consiglio di sicurezza (in proposito, cfr. L. GRADONI, *L'alto rappresentante per la Bosnia-Erzegovina davanti alla Corte europea dei diritti dell'uomo*, in *Rivista di diritto internazionale*, 2008, p. 621 ss.).

⁶ Corte di giustizia, *Bosphorus*, causa C-84/95, sentenza del 30 luglio 1996.

⁷ Regolamento (CEE) n. 990/93 del Consiglio del 26 aprile 1993, relativo agli scambi tra la Comunità economica europea e la Repubblica federale di Jugoslavia (Serbia e Montenegro), in GU L 102 del 28 aprile 1993.

⁸ V. il terzo, quarto, settimo ed ottavo considerando del regolamento n. 990/93.

⁹ Sin dalla sua giurisprudenza più risalente, la Corte di giustizia ha accolto la possibilità di operare legittimamente restrizioni al godimento di diritti fondamentali in nome di obiettivi di interesse ge-

dove gli individui possano subire un pregiudizio a seguito dell'attuazione delle misure sanzionatorie decise dal Consiglio di sicurezza, il bilanciamento va operato nel senso di affermare la prevalenza dell'esigenza di assicurare la pace e la sicurezza internazionale rispetto alla necessità di tutelare i diritti fondamentali¹⁰.

Tuttavia, nel caso *Bosphorus*, che in seguito è stato anche oggetto di un'interessante sentenza della Corte europea dei diritti umani¹¹, la Corte di giustizia non si è pronunciata, né ha ritenuto di doverlo fare in via incidentale, sulla legittimità della risoluzione del Consiglio di sicurezza che aveva dato luogo all'adozione del regolamento dell'Unione. La prassi più recente del Consiglio di sicurezza caratterizzata dall'adozione, nell'ambito della lotta contro il terrorismo internazionale, di misure sanzionatorie indirizzate direttamente nei confronti di singoli ha fornito sia al Tribunale che alla Corte di Lussemburgo l'occasione per ritornare sul problema specifico della propria competenza a sindacare la legittimità delle decisioni del Consiglio di sicurezza e degli atti di esecuzione di tali decisioni adottati nell'ambito dell'Unione europea.

2. Il limite al sindacato di legittimità degli atti di esecuzione delle decisioni del Consiglio di Sicurezza adottati in esercizio di una “competenza vincolata” e il controllo incidentale su tali decisioni alla luce dello *ius cogens* nella giurisprudenza del Tribunale

Con due distinti ricorsi presentati dinanzi al Tribunale dal sig. Kadi, l'uno, e dal sig. Yusuf e dalla Al Barakaat International Foundation, l'altro, avverso il regolamento n. 881/2002¹², che, nell'elenco in allegato I, citava i nomi dei ricorrenti tra le persone fisiche e giuridiche, gruppi ed entità sospettati di sostenere il

nerale perseguiti dalla Comunità; v., sul punto, *Hauer*, causa 44/79, sentenza del 13 dicembre 1979; *Wachauf*, causa 5/88, sentenza del 13 luglio 1989; *Germania c. Consiglio*, causa C-280/93, sentenza del 5 ottobre 1994.

¹⁰ V., nello stesso senso, Corte di giustizia, *The Queen, ex parte Centro-Com c. HM Treasury e Bank of England*, causa C-124/95, sentenza del 14 gennaio 1997; *Ebony Maritime e Loten Navigation*, causa C-177/95, sentenza del 27 febbraio 1997. V., inoltre, Tribunale di primo grado, *Dorsch Consult c. Consiglio e Commissione*, causa T-184/95, sentenza del 28 aprile 1998.

¹¹ V. Corte europea dei diritti umani, *Bosphorus Hava Yollari ve Ticaret Anonim Sirketi c. Irlanda*, ricorso n. 45036/98, sentenza del 30 giugno 2005. La Corte di Strasburgo ha escluso la responsabilità dello Stato convenuto per gli atti posti in essere in attuazione degli obblighi derivanti dalla sua partecipazione all'Unione europea in ragione del fatto che il grado di tutela dei diritti fondamentali garantito nell'ordinamento dell'Unione è da considerarsi equivalente, sia sul piano sostanziale che procedurale, a quello stabilito dalla CEDU. In proposito, anche per i riferimenti bibliografici, cfr. N. NAPOLETANO, *L'evoluzione della tutela dei diritti fondamentali nell'Unione europea*, in questo Volume.

¹² Regolamento (CE) n. 881/2002 del Consiglio del 27 maggio 2002 che impone specifiche misure restrittive nei confronti di determinate persone ed entità associate a Osama bin Laden, alla rete Al-Qaeda e ai talebani, in GU L 139 del 29 maggio 2002.

terrorismo, i cui fondi e le cui risorse economiche dovevano essere congelati¹³. Il regolamento è stato adottato dal Consiglio, in base agli articoli 60, 301 e 308 CE¹⁴ (divenuti, in seguito a modifica, articoli 75, 215 e 352 TFUE¹⁵) al fine di

¹³ Tribunale di primo grado, *Kadi c. Consiglio e Commissione*, causa T-315/01, sentenza del 21 settembre 2005, e *Yusuf e Al Barakaat International Foundation c. Consiglio e Commissione*, causa T-306/01, sentenza del 21 settembre 2005. Per un commento alle sentenze ora indicate, cfr., tra gli altri, E. SCISO, *Fundamental Rights and Article 103 of the UN Charter Before the Court of First Instance of the European Communities*, in *The Italian Yearbook of International Law*, 2005, p. 137 ss.; A. GIANELLI, *Il rapporto tra diritto internazionale e diritto comunitario secondo il Tribunale di primo grado delle Comunità europee*, in *Rivista di diritto internazionale*, 2006, p. 131 ss.; B. CONFORTI, *Decisioni del Consiglio di sicurezza e diritti fondamentali in una bizzarra sentenza del Tribunale comunitario di primo grado*, in *Il Diritto dell'Unione Europea*, 2006, p. 333 ss.; C. TOMUSCHAT, *Case T-306/01, Ahmed Ali Yusuf and Al Barakaat International Foundation v. Council and Commission; Case T-315/01, Yassin Abdullah Kadi v. Council and Commission*, in *Common Market Law Review*, 2006, p. 537 ss.; E. CANNIZZARO, *A Machiavellian Moment? The UN Security Council and the Rule of Law*, in *International Organizations Law Review*, 2006, p. 189 ss.; M. BULTERMAN, *Fundamental Rights and the United Nations Financial Sanction Regime: The Kadi and Yusuf Judgments of the Court of First Instance of the European Communities*, in *Leiden Journal of International Law*, 2006, p. 753 ss.; P. STANGOS, G. GRYLLOS, *Le droit communautaire à l'épreuve des réalités du droit international: leçons tirées de la jurisprudence communautaire récente relevant de la lutte contre le terrorisme international*, in *Cahiers de droit européen*, 2006, p. 429 ss.; R. BROWN, *Kadi v Council of the European union and Commission of the European Communities: Executive Power and Judicial Supervision at European Level*, in *European Human Rights Law Review*, 2006, p. 456 ss.; L. VAN DEN HERIK, *The Security Council's Targeted Sanctions Regimes. In Need of Better Protection of the Individual*, in *Leiden Journal of International Law*, 2007, p. 797 ss.; J. KLABBERS, *Kadi Justice at the Security Council?*, in *International Organizations Law Review*, 2007, p. 293 ss.; B. KUNOY, *The Jurisdiction of the ECJ to Review the Legality of the Transposition of an International Act in the EC Legal Order*, in *Nordic Journal of International Law*, 2007, p. 19 ss.; E.F. DEFEIS, *Targeted Sanctions, Human Rights, and the Court of First Instance of the European Community*, in *Fordham international law journal*, 2007, p. 1449 ss.; P. EECKHOUT, *Community Terrorism Listings, Fundamental Rights, and UN Security Council Resolutions. In Search of the Right Fit*, in *European Constitutional Law Review*, 2007, p. 183 ss.

¹⁴ Il motivo per cui si è scelto di dare a queste ultime esecuzione attraverso un atto del Consiglio si evince dal quarto considerando del regolamento n. 881/2002, ove si afferma che "poiché tali misure ricadono nell'ambito del Trattato, l'applicazione delle pertinenti decisioni del Consiglio di sicurezza richiede una normativa ... [dell'Unione] in particolare per evitare distorsioni della concorrenza". Sulla base giuridica del regolamento 881/2001, v. Tribunale di primo grado, *Yusuf*, cit., punti 158-170, e *Kadi*, punti 122-135, in cui il Tribunale riconosce la competenza del Consiglio ad adottare il regolamento sul fondamento costituito dal combinato disposto degli articoli 60, 301 e 308 CE. Cfr., in proposito, M.E. BARTOLONI, *L'ambito di applicazione ratione personae degli articoli 301 e 60 TCE nelle recenti sentenze Yusuf e Kadi*, in *Il Diritto dell'Unione Europea*, 2006, p. 317 ss. V., inoltre, Corte di giustizia, *Kadi e Al Barakaat c. Consiglio*, cause riunite n. C-402/05 P e C-415/05 P, sentenza del 3 settembre 2008, punti 194-204, in cui la Corte invece stabilisce che il fondamento normativo del regolamento è costituito esclusivamente dagli articoli 60 e 301 CE. Cfr., sul punto, M. CREMONA, *EC Competence, 'Smart Sanctions', and the Kadi case*, in *Yearbook of European Law*, 2009, p. 559 ss. Inoltre, v. Tribunale di primo grado, *Ayadi c. Consiglio*, causa T-253/02, sentenza del 12 luglio 2006. In tale occasione, il Tribunale, investito espressamente della questione relativa alla compatibilità del regolamento n. 881/2002 con il principio di sussidiarietà, specifica che "è evidente che l'attuazione uniforme negli Stati membri di risoluzioni del Consiglio di sicurezza, che si impongono indistintamente a tutti i membri dell'ONU, possa essere realiz-

applicare alcune delle misure restrittive indicate nella posizione comune 2002/402/PESC¹⁶, che a sua volta mirava a dare esecuzione all'interno dell'Unione alle risoluzioni 1267 (1999), 1333 (2000) e 1390 (2002) adottate dal Consiglio di Sicurezza *ex capitulo VII* della Carta delle Nazioni Unite¹⁷. Tali risoluzioni, fondate sul principio che la repressione del terrorismo internazionale è essenziale al mantenimento della pace e della sicurezza internazionale, hanno stabilito, tra l'altro, le misure che gli Stati devono prendere per congelare i capitali e le altre risorse finanziarie di persone ed entità associate a Osama bin Laden, alla rete Al-Qaeda e ai talebani¹⁸, quali definite dal Comitato per le sanzioni, organo istituito dal Consiglio di Sicurezza con la risoluzione 1267 (1999) e composto da tutti i suoi membri¹⁹.

zata in modo migliore a livello ... [dell'Unione] che a livello nazionale"; d'altronde, con la posizione comune 2002/402/PESC, sono stati gli stessi Stati membri a stabilire in maniera unanime che era necessaria un'azione ulteriore dell'Unione "per attuare il congelamento dei fondi deciso dal Consiglio di sicurezza e, successivamente, a scegliere di conformarsi [in tal modo] ai loro obblighi derivanti dalla Carta delle Nazioni Unite" (punto 113).

¹⁵ Circa le modifiche di tali disposizioni introdotte dal Trattato di Lisbona, v. *infra* paragrafo 7.

¹⁶ V., in particolare, l'art. 3 ed il nono considerando del preambolo della posizione comune 2002/402/PESC del 27 maggio 2002, in GU L 139 del 29 maggio 2002.

¹⁷ Sull'esecuzione delle risoluzioni del Consiglio di sicurezza da parte dell'Unione europea, cfr. P.-J. KUIJPER, *Implementation of Binding Security Council Resolutions by the EU/EC*, in E. DE WET e A. NOLLKAEMPER (eds), *op. cit.*, p. 39 ss.; A. LANG, *Le risoluzioni del Consiglio di sicurezza delle Nazioni Unite e l'Unione europea*, Milano, 2002; A. CIAMPI, *Sanzioni del Consiglio di sicurezza e diritti umani*, cit., p. 175 ss.; M.E. BARTOLONI, *Articolazione delle competenze e tutela dei diritti fondamentali nelle misure UE contro il terrorismo*, in *Il Diritto dell'Unione Europea*, 2009, p. 47 ss.; L. PALADINI, *Le misure restrittive adottate nell'ambito della PESC: prassi e giurisprudenza*, in *Il Diritto dell'Unione Europea*, 2009, p. 341 ss.; N. LAZZERINI, *La tutela giurisdizionale degli individui rispetto agli atti PESC nella prospettiva del Trattato di Lisbona*, in *Rivista di diritto internazionale*, p. 1086 ss.

¹⁸ V. Consiglio di Sicurezza, risoluzioni: 1267 (1999), par. 4, lett. b); 1333 (2000), par. 8, lett. c); 1390 (2002), par. 1 e 2.

¹⁹ Le informazioni e i documenti relativi al Comitato per le sanzioni sono disponibili su www.un.org/sc/committees/1267/index.shtml. Le misure sanzionatorie e le relative procedure di adozione sono state più volte perfezionate ed aggiornate dal Consiglio di sicurezza con le risoluzioni: 1455 del 17 gennaio 2003, con cui, tra l'altro, si chiede agli Stati membri ed al Comitato di migliorare lo scambio di informazioni al fine di aggiornare l'elenco dei soggetti cui si applicano le misure di congelamento; 1526 (2004), con cui si istituisce anche un Gruppo di supporto analitico e di monitoraggio delle sanzioni, le cui competenze sono specificate in un allegato alla stessa risoluzione, allo scopo di assistere il Comitato nell'adempimento del suo mandato; 1617 del 29 luglio 2005, con cui, tra l'altro, si fornisce una definizione di cosa si intenda per persone, gruppi o entità "associate con" Osama bin Laden, Al-Qaeda e i talebani; 1735 del 22 dicembre 2006, con cui, tra l'altro, si prevede che, al momento della proposta di iscrizione di un nuovo nominativo nell'elenco, gli Stati, utilizzando un apposito formulario allegato alla risoluzione, riportino in maniera dettagliata le ragioni e forniscano le informazioni e i documenti specifici a sostegno di una tale iscrizione, indicando inoltre quali degli elementi presentati possano essere considerati pubblici e notificati al soggetto interessato, in aggiunta alla comunicazione dell'avvenuta iscrizione e della possibilità di deroga per motivi umanitari e di radiazione, e quali possano essere messi a disposizione di altri Stati che eventualmente ne facciano richiesta; 1822 del 30 giugno 2008, con cui, tra

Il Comitato per le sanzioni è specificamente incaricato di individuare i capitali o le altre risorse finanziarie da congelare, di tenere, sulla base delle informazioni comunicate dagli Stati e dalle organizzazioni regionali, un elenco aggiornato delle persone e delle entità nei confronti dei quali applicare le misure sanzionatorie, di esaminare le eventuali domande di deroga²⁰ o le istanze di radiazione dall'elenco presentate dai soggetti interessati²¹ ed infine di vigilare sull'attuazione, da parte degli Stati, delle misure indicate.

Nei casi *Kadi* e *Yusuf*, i ricorrenti hanno contestato, tra l'altro, l'illegittimità del regolamento n. 881/2002 per violazione dei diritti fondamentali, segnatamente del diritto a disporre dei propri beni e dei diritti di difesa, in quanto il congelamento dei fondi e delle risorse finanziarie nei loro confronti era stato operato a seguito dell'inserimento del loro nominativo dell'allegato I²² del regolamento,

l'altro, si chiede al Comitato di rendere disponibile sul proprio sito web un resoconto sommario dei motivi che hanno determinato l'inserimento dei vari nominativi nell'elenco.

²⁰ V. Consiglio di sicurezza, risoluzione 1452 (2002), con cui sono state previste alcune deroghe al congelamento dei capitali e delle risorse economiche che possono essere concesse, per ragioni umanitarie, dagli Stati alle persone fisiche o giuridiche interessate, sempreché il Comitato per le sanzioni, a cui le deroghe devono essere previamente notificate, non abbia sollevato obiezioni oppure le abbia approvate. Anche a questa risoluzione è stata data esecuzione nell'ordinamento dell'Unione con due distinti atti del Consiglio: la posizione comune 2003/140/PESC del 27 febbraio 2003 (GU L 53 del 28 febbraio 2003) ed il regolamento (CE) n. 561/2003 del 27 marzo 2003, che modifica il regolamento n. 881/2002 (GU L 82 del 27 marzo 2003). Inoltre, il Consiglio di Sicurezza, con la risoluzione 1526 (2004), ha incoraggiato con forza ogni Stato ad informare, per quanto possibile, le persone e le entità elencate nella lista del Comitato per le sanzioni delle misure intraprese nei loro confronti, delle direttive del Comitato e delle eventuali deroghe che possono essere concesse sulla base della risoluzione 1452 (2002). V. anche Consiglio di Sicurezza, risoluzione 1735 (2006), par. 15-18.

²¹ La procedura, nel tempo, ha subito alcune modifiche. Cfr. E. ROSAND, *The Security Council's Effort to Monitor the Implementation of Al Qaeda/Taliban Sanctions*, in *American Journal of International Law*, 2004, p. 745 ss. V., inoltre, Consiglio di sicurezza, risoluzione 1730 del 19 dicembre 2006, con cui si stabilisce una procedura di radiazione dei nomi dei soggetti inseriti negli elenchi predisposti dai vari Comitati delle sanzioni. Con la summenzionata risoluzione il Consiglio di sicurezza ha previsto l'istituzione presso il Segretariato delle Nazioni Unite di un "Punto focale" cui spetta ricevere e valutare la ricevibilità delle istanze di radiazione inoltrate dai soggetti interessati. Resta comunque salva la possibilità per il soggetto interessato di inoltrare richieste di radiazione attraverso il proprio Stato di cittadinanza o di residenza, a meno che detto Stato non decida di rendere obbligatoria la presentazione dell'istanza presso il Punto focale. Al di là della possibilità di inoltrare direttamente la richiesta al Punto focale, la procedura introdotta con la risoluzione 1730 (2006) conserva un carattere intergovernativo e lascia al Comitato la competenza ad adottare la decisione finale di radiazione. In sostanza, è da escludere che essa abbia introdotto modifiche significative atte a garantire al richiedente la radiazione i diritti ad un processo equo e ad una tutela giurisdizionale effettiva. V. anche Consiglio di Sicurezza, risoluzione 1735 (2006), par. 13 e 14. In proposito, cfr. M. ARCARI, *Sviluppi in tema di tutela dei diritti di individui ...*, cit., p. 657 ss. V., da ultimo, Consiglio di sicurezza, risoluzione 1904 del 17 dicembre 2009, che ha istituito l'Ufficio dell'*Ombudsperson*, nominato dal Segretario generale. Circa le novità introdotte da quest'ultima risoluzione, v. *infra* paragrafo 6.

²² In base a quanto previsto dall'art. 7, par. 1, del regolamento n. 881/2002, l'allegato I viene aggiornato periodicamente dalla Commissione che è stata autorizzata ad emendarlo o integrarlo con le modifiche di volta in volta decise dal Consiglio di sicurezza o dal Comitato per le sanzioni.

che a sua volta risultava essere meramente riproduttivo dell'elenco predisposto dal Comitato per le sanzioni, organo i cui atti non possono essere oggetto di alcun rimedio di natura giurisdizionale. Del resto, come ha avuto modo di verificare anche il Tribunale, il Consiglio, così come le altre istituzioni dell'Unione, non disponeva "di alcun potere d'indagine, di alcuna possibilità di controllo dei fatti considerati dal Consiglio di Sicurezza e dal Comitato per le sanzioni, di alcun margine di discrezionalità in relazione a tali fatti né di alcuna libertà discrezionale quanto all'opportunità di adottare sanzioni" nei confronti dei ricorrenti²³. In sostanza, questi ultimi lamentavano che il regolamento impugnato violava i propri diritti fondamentali dal momento che il Consiglio aveva proceduto a congelare i loro fondi e le loro risorse economiche senza che fosse loro stata concessa alcuna possibilità di essere ascoltati e di contestare, anche in via giurisdizionale, i fatti, le circostanze e gli elementi di prova a loro carico.

In effetti, all'epoca del ricorso, l'iscrizione dei ricorrenti nel suddetto elenco da parte del Comitato per le sanzioni è stato il risultato di una procedura intergovernativa, che non prevedeva alcun diritto d'audizione degli interessati né alcuna possibilità per questi ultimi di accedere ed eventualmente contestare, in quanto segreti, i fatti e gli elementi di prova che avevano determinato il congelamento dei propri capitali. A ciò si aggiunga che coloro i quali risultavano iscritti nell'elenco non avevano *locus standi* dianzi al Comitato sia nel caso in cui avessero richiesto una deroga alle misure di congelamento – la deroga poteva essere richiesta alle competenti autorità nazionali e concessa solo salvo espressa opposizione del Comitato per le sanzioni – sia qualora avessero inoltrato un'istanza di radiazione. Anche in riferimento a quest'ultima ipotesi, i soggetti interessati, infatti, potevano richiedere la cancellazione del proprio nominativo dall'elenco esclusivamente attraverso il Governo del Paese di residenza o di cittadinanza. Alla presentazione della richiesta di riesame seguiva una fase di consultazione tra il Governo cui era stata presentata l'istanza ed il Governo o i Governi che avevano proposto originariamente l'iscrizione del soggetto nell'elenco. La procedura terminava con la presentazione da parte del Governo interpellato, congiuntamente o separatamente dagli altri Governi interessati, di una richiesta di cancellazione al Comitato per le sanzioni, il quale poteva deliberare per *consensus* oppure, qualora non si fosse raggiunto l'accordo di tutti i membri, sottoporre la questione al Consiglio di sicurezza.

Il Tribunale, prima di pronunciarsi sulle questioni attinenti alla violazione dei diritti fondamentali da parte del regolamento contestato, ha ritenuto opportuno esaminare i rapporti tra l'ordinamento delle Nazioni Unite e quello dell'Unione europea, nonché valutare se ed in quale misura le competenze di quest'ultima dovessero risultare vincolate dalle risoluzioni adottate dal Consiglio di Sicurezza ai sensi del capitolo VII della Carta²⁴.

²³ V. Tribunale di primo grado, *Yusuf*, cit., punto 328, e *Kadi*, cit., punto 258.

²⁴ V. Tribunale di primo grado, *Yusuf*, cit., punti 242-258, e *Kadi*, cit., punti 192-208.

In proposito, il Tribunale premette che l'Unione europea non è direttamente vincolata al rispetto degli obblighi che discendono dalla Carta delle Nazioni Unite, ivi compreso quello di dare esecuzione alle risoluzioni del Consiglio di Sicurezza di cui all'art. 25 della Carta, poiché, a differenza dei suoi Stati membri, non è né membro dell'ONU né, in base al diritto internazionale, subentra nei loro diritti ed obblighi²⁵. Nondimeno, l'Unione “deve essere considerata vincolata agli obblighi derivanti dalla Carta delle Nazioni Unite, alla stessa stregua dei suoi Stati membri, in base allo stesso Trattato che la istituisce”²⁶. Ciò si fonda su due ordini di ragioni: in primo luogo, dall'art. 307 CE²⁷ (art. 351 TFUE) discende l'obbligo delle istituzioni dell'Unione di non ostacolare l'adempimento da parte degli Stati membri degli obblighi che derivano dalla loro partecipazione alle Nazioni Unite; in secondo luogo, poiché gli Stati hanno trasferito all'Unione parte delle competenze necessarie all'attuazione degli impegni derivanti dalla Carta, essi non solo si sono impegnati a che l'Unione stessa le eserciti a tal fine, ma hanno anche espresso la loro volontà di vincolarla agli obblighi previsti dalla stessa Carta²⁸. Pertanto, al fine di garantire ai propri Stati membri il rispetto degli impegni da essi assunti in ambito ONU, l'Unione è tenuta, nell'esercizio delle proprie competenze, ad adottare tutte le misure necessarie per dare attuazione alle risoluzioni del Consiglio di sicurezza²⁹. Tali misure, inoltre, rappresentano il risultato dell'esercizio di una “competenza vincolata”, dal momento che le istituzioni dell'Unione non dispongono “di alcun margine di discrezionalità autonomo” e, in particolare, non possono “né modificare direttamente il contenuto delle risoluzioni di cui trattasi né prevedere un meccanismo che ... [possa] dar luogo ad una modifica del genere”³⁰.

Da tali premesse il Tribunale fa discendere l'impossibilità di esercitare sul regolamento impugnato un qualsiasi controllo di legittimità, neppure con riferimento ai principi generali del diritto dell'Unione che garantiscono i diritti fondamentali³¹, poiché detto controllo implicherebbe anche una verifica, in via incidentale, della legittimità delle risoluzioni del Consiglio di sicurezza, organo cui compete l'esclusiva responsabilità di determinare “ciò che costituisce una minaccia contro la pace e la sicurezza internazionale, nonché ... [di adottare i]

²⁵ V. Tribunale di primo grado, *Yusuf*, cit., punti 231-239, e *Kadi*, cit., punti 181-189.

²⁶ V. Tribunale di primo grado, *Yusuf*, cit., punto 243, e *Kadi*, cit., punto 193.

²⁷ Sull'art. 307 CE (art. 351 TFUE), v. S. ARBIA, *Articolo 307*, in F. POCAR (a cura di), *Commentario breve ai Trattati della Comunità e dell'Unione europea*, Padova, 2001, p. 1017 ss., R. MASTROIANNI, *Articolo 307*, in A. TIZZANO (a cura di), *Trattati dell'Unione europea e della Comunità europea*, Milano, 2004, p. 1372 ss.; P. MANZINI, *The Priority of Pre-Existing Treaties of EC Member States within the Framework of International Law*, in *European Journal of International Law*, 2001, p. 781 ss.

²⁸ V. Tribunale di primo grado, *Yusuf*, cit., punti 247-248, e *Kadi*, cit., punti 197-198.

²⁹ V. Tribunale di primo grado, *Yusuf*, cit., punti 253-254, e *Kadi*, cit., punti 203-204.

³⁰ V. Tribunale di primo grado, *Yusuf*, cit., punti 264-265, e *Kadi*, cit., punti 213-214.

³¹ V. Tribunale di primo grado, *Yusuf*, cit., punto 272, e *Kadi*, cit., punto 221.

provvedimenti necessari a mantenerle o a ristabilirle³². Il Tribunale, inoltre, giunge ad affermare che, sulla base degli articoli 307 CE (art. 351 TFUE) e 103 della Carta ONU, una risoluzione del Consiglio di sicurezza, prevalendo sulle altre norme dell'ordinamento dell'Unione, conserva la sua validità ed efficacia anche qualora dovesse essere in contrasto con lo standard di tutela dei diritti fondamentali garantito in ambito UE³³.

Il ragionamento giuridico con cui il Tribunale ricostruisce una concezione verticistica e gerarchizzata dell'ordinamento internazionale in cui sono integrati in un rapporto di stretta subordinazione i sistemi giuridici delle Nazioni Unite e dell'Unione europea, non sembra fondato da un punto di vista formale³⁴. Nello specifico, appare debole il riferimento all'art. 103 del Carta delle Nazioni Unite e all'art. 307 CE (art. 351 TFUE) al fine di dimostrare la prevalenza delle decisioni del Consiglio di sicurezza. Tali disposizioni rispettivamente sanciscono, da un lato, il primato della Carta sugli altri obblighi internazionali assunti degli Stati membri dell'ONU e, dall'altro, la possibilità per gli Stati membri dell'UE di ottemperare agli impegni presi sul piano internazionale prima del loro ingresso nell'Unione. Esse, quindi, non possono essere interpretate né per stabilire un obbligo dell'Unione ad assumere su di sé gli impegni internazionali che vincolano gli Stati³⁵ ed agire sulla base di questi ultimi al di là dei limiti delle competenze attribuite dai Trattati³⁶, né per stabilire un limite alle competenze dell'Unione sulla base dell'esistenza di obblighi internazionali degli Stati membri³⁷, né, infine, per dimostrare la prevalenza delle decisioni del Consiglio di sicurezza sui principi generali che garantiscono i diritti fondamentali nell'ordinamento dell'Unione³⁸.

L'obbligo che incombe in capo all'Unione di dare esecuzione alle decisioni del Consiglio di sicurezza nei settori di propria competenza è ricostruito sulla base della cosiddetta "successione funzionale" teorizzata dalla Corte di giustizia nella

³² V. Tribunale di primo grado, *Yusuf*, cit., punti 266-270, e *Kadi*, cit., punti 215-219.

³³ V. Tribunale di primo grado, *Yusuf*, cit., punti 275-276, e *Kadi*, cit., punti 224-225.

³⁴ V. Tribunale di primo grado, *Yusuf*, cit., punto 249, e *Kadi*, cit., punto 208. In riferimento alla prevalenza dell'ordinamento giuridico derivante dalla Carta delle Nazioni Unite su quello dell'Unione europea, C. TOMUSCHAT, *op. cit.*, p. 542 ss.

³⁵ Cfr. M. NETTESHEIM, *U.N. sanctions against individuals – A challenge to the architecture of European Union governance*, in *Common Market Law Review*, 2007, p. 584 ss.

³⁶ Cfr. E. CANNIZZARO, *A Machiavellian Moment?* ..., cit., p. 202 ss.

³⁷ Cfr. E. CANNIZZARO, *Sugli effetti delle risoluzioni del Consiglio di sicurezza nell'ordinamento comunitario: la sentenza della Corte di giustizia nel caso Kadi*, in *Rivista di diritto internazionale*, 2008, p. 1076.

³⁸ Cfr. E. CANNIZZARO, *A Machiavellian Moment?* ..., cit., p. 203; C. ECKES, *Judicial Review of European Anti-Terrorism Measures – The Yusuf and Kadi Judgments of the Court of First Instance*, in *European Law Journal*, 2008, p. 84 ss.; T. TRIDIMAS, J.A. GUTIERREZ-FONS, *EU Law, International Law, and Economic Sanctions Against Terrorism: The Judiciary in Distress?*, in *Fordham International Law Journal*, 2008-2009, p. 683 ss.

sentenza *International Fruit Company*³⁹. In verità, tale tesi sembra essere fondata sull'esigenza di ricercare una motivazione ed una giustificazione politica della decisione delle istituzioni dell'Unione di dare esecuzione alle decisioni del Consiglio di sicurezza e consentire agli Stati membri di adempiere agli obblighi che derivano dall'appartenenza alle Nazioni Unite⁴⁰. Tuttavia, pur volendo accogliere la tesi della successione funzionale, desta perplessità il fatto che il Tribunale escluda che le competenze delle istituzioni europee debbano esercitarsi nel rispetto dei valori fondamentali su cui si basa l'ordinamento giuridico dell'Unione e, in particolare, dei diritti umani. Inoltre, la rinuncia del Tribunale ad operare un controllo di legittimità sugli atti di esecuzione delle decisioni del Consiglio di sicurezza adottati dalle istituzioni dell'Unione in esercizio di una "competenza vincolata" non può essere condivisa⁴¹, in quanto lascerebbe i singoli privi di un efficace sistema di garanzia, tenuto conto della mancanza in ambito ONU di un meccanismo di controllo sul rispetto dei diritti umani⁴². Le conclusioni cui giunge il Tribunale non sembrano trovare alcuna giustificazione nei Trattati e, più in generale, nell'ordinamento giuridico dell'Unione. A tal riguardo, infatti, né l'art. 6 UE (art. 6 TUE), il quale sancisce in maniera incondizionata che i diritti umani, il cui rispetto rappresenta un principio fondante dell'Unione, sono garantiti in quanto principi generali del diritto, né qualsiasi altra disposizione dei Trattati prevedono espressamente alcuna deroga all'obbligo di tutelare i diritti umani o alcuna limitazione all'esercizio delle competenze giurisdizionali della Corte di giustizia al fine di assicurare il rispetto del diritto internazionale e, nello specifico, delle decisioni del Consiglio di sicurezza⁴³.

L'unica competenza che il Tribunale si riserva è quella di verificare, sempre in via incidentale, la legittimità delle risoluzioni del Consiglio di Sicurezza⁴⁴ alla luce dello *ius cogens*, inteso come "ordinamento pubblico internazionale che s'impone nei confronti di tutti i soggetti del diritto internazionale, compresi gli organi dell'ONU, e al quale non è possibile derogare". In particolare, a giudizio

³⁹ V. Corte di giustizia, *International Fruit Company*, cause riunite 21/72-24/72, sentenza del 12 dicembre 1972, punti 11-18. Cfr., in tal senso, C. TOMUSCHAT, *op. cit.*, p. 543 ss.; P. STANGOS, G. GRYLLO, *op. cit.*, p. 472.

⁴⁰ Cfr. M. NETTESHEIM, *op. cit.*, p. 585 ss. Per quanto riguarda il carattere poco convincente dell'analogia con il caso *International Fruit Company*, cfr., inoltre, J. D'ASPREMONT, F. DOPAGNE, *op. cit.*, p. 375 ss.; A. VANDEPOORTER, *L'application communautaire des décisions du Conseil de Sécurité*, in *Annuaire français de droit international*, 2006, p. 119 ss., il quale sottolinea che tale analogia si fonda sull'ambigua convinzione che l'Unione europea abbia la competenza esclusiva a dare attuazione alle sanzioni imposte dal Consiglio di sicurezza.

⁴¹ Cfr. B. CONFORTI, *op. cit.*, p. 342; N. LAVRANOS, *Judicial Review of UN Sanctions by the Court of First Instance*, in *European Foreign Affairs Review*, 2006, p. 477 ss.; A. VANDEPOORTER, *op. cit.*, p. 121 ss.

⁴² Cfr. B. CONFORTI, *op. cit.*, p. 341.

⁴³ Cfr., in proposito, P. ECKHOUT, *op. cit.*, p. 198.

⁴⁴ Ivi, p. 198 ss. Cfr., inoltre, N. LAVRANOS, *op. cit.*, p. 474 ss.; A. VANDEPOORTER, *op. cit.*, p. 132 ss.; C. ECKES, *op. cit.*, p. 88 ss.

del Tribunale, si tratterebbe di quei principi imperativi di diritto internazionale posti a tutela dei diritti fondamentali della persona umana che sarebbero vincolanti per il Consiglio di sicurezza, anche nel caso in cui agisca nel campo del mantenimento della pace e della sicurezza internazionale. Tali principi, pertanto, costituirebbero, sia per gli Stati membri dell'ONU che per l'Unione europea, un limite al carattere vincolante delle risoluzioni del Consiglio di sicurezza⁴⁵. Da ciò, dunque, si possono ricavare due degli elementi di maggiore novità che emergono dalle sentenze *Yusuf* e *Kadi* del 2005: in primo luogo, il Tribunale stabilisce che il Consiglio di sicurezza, quando agisce ai sensi del capitolo VII della Carta delle Nazioni Unite, non può ritenersi libero da qualsiasi vincolo giuridico, ma è tenuto al rispetto dello *ius cogens*; in secondo luogo, nell'affermare la propria competenza a verificare la legittimità delle decisioni del Consiglio di sicurezza alla luce del diritto internazionale cogente, il Tribunale indirettamente riconosce anche quella di qualsiasi giudice interno in materia⁴⁶.

Per quanto riguarda l'esito del sindacato sulle decisioni del Consiglio di sicurezza "alla luce dello standard di tutela universale dei diritti fondamentali della persona umana appartenenti allo *ius cogens*", il Tribunale rigetta i motivi addotti dai ricorrenti, affermando, tra l'altro, che la mancata predisposizione, a favore di coloro i cui capitali siano congelati, di alcun rimedio giurisdizionale "non è di per sé contraria allo *ius cogens*"⁴⁷.

In proposito, forti dubbi possono esprimersi circa la ricostruzione da parte del Tribunale del contenuto e della portata dei diritti della difesa⁴⁸, ad un ricorso giurisdizionale effettivo⁴⁹ e di proprietà⁵⁰ in quanto norme imperative di diritto internazionale⁵¹. La definizione di tali norme è stata, infatti, operata dal Tribunale senza una verifica della prassi che ne dimostri l'appartenenza al diritto consuetudinario ed attraverso un richiamo delle disposizioni della Dichiarazione u-

⁴⁵ V. Tribunale di primo grado, *Yusuf*, cit., punti 277-281, e *Kadi*, cit., punti 226-230.

⁴⁶ Cfr. E. CANNIZZARO, *A Machiavellian Moment?* ..., p. 203 ss. Cfr., inoltre, C. TOMUSCHAT, *op. cit.*, p. 551; R. BROWN, *op. cit.*, p. 466 ss.; M. GESTRI, *Legal Remedies Against Security Council Targeted Sanctions* ..., cit., p. 37 ss.; P. EECKHOUT, *op. cit.*, p. 195 ss. Sulla competenza dei giudici nazionali, v. Tribunale federale svizzero, *Nada*, cit., in cui il giudice svizzero, seguendo l'approccio indicato dal Tribunale nelle sentenze *Yusuf* e *Kadi*, ha sostenuto che la legittimità delle decisioni del Consiglio di sicurezza può essere valutata solo alla luce dello *ius cogens*. In proposito, cfr. J. REICH, *op. cit.*, p. 508.

⁴⁷ V. Tribunale di primo grado, *Yusuf*, cit., punti 320 e 340-341, e *Kadi*, cit., punti 274 e 285-286.

⁴⁸ V. Tribunale di primo grado, *Yusuf*, cit., punti 306, 307, 321 e 329, e *Kadi*, cit., punti 261, 268 e 259.

⁴⁹ V. Tribunale di primo grado, *Yusuf*, cit., punti 341-346, e *Kadi*, cit., punti 286-291.

⁵⁰ V. Tribunale di primo grado, *Yusuf*, cit., punti 288-289, e *Kadi*, cit., punti 237-238.

⁵¹ Cfr. A. GIANELLI, *Il rapporto tra diritto internazionale e diritto comunitario* ..., cit., p. 137 ss.; B. CONFORTI, *op. cit.*, p. 339 ss.; C. TOMUSCHAT, *op. cit.*, p. 547 ss.; M. GESTRI, *Legal Remedies Against Security Council Targeted Sanctions* ..., cit., p. 39 ss.

niversale dei diritti umani e degli altri trattati internazionali rilevanti in materia, i quali per loro stessa natura non appartengono al diritto cogente⁵².

Il Tribunale, in sostanza, ritiene che “l’interesse generale fondamentale a che la pace e la sicurezza internazionale siano mantenute a fronte di una minaccia chiaramente identificata dal Consiglio di Sicurezza” prevale sull’interesse dei ricorrenti a ottenere che le misure sanzionatorie adottate nei propri confronti scaturiscano da una procedura rispettosa dei diritti fondamentali⁵³.

Le conclusioni cui giunge il Tribunale nelle sentenze *Yusuf e Kadi* del 2005 hanno in seguito trovato conferma anche nelle sentenze *Hassan e Ayadi* del 2006 e *Minin* del 2007⁵⁴. L’analisi di tale giurisprudenza non può che lasciare perplessi. Come è stato sottolineato in dottrina, infatti, emerge l’impressione che il Tribunale, pur non negando completamente il controllo di legittimità sulle decisioni del Consiglio di sicurezza⁵⁵, ne abbia ristretto di molto la portata utilizzando quale parametro di riferimento solo le norme imperative del diritto internazionale⁵⁶ e, pertanto, abbia voluto seguire “la strada più comoda per pervenire ad una soluzione negativa circa la violazione dei diritti fondamentali”⁵⁷ e che rispondesse all’esigenza di garantire l’efficacia dei “contenuti sostanziali ... [delle decisioni del Consiglio di sicurezza] e dei valori che soggiacciono a tali contenuti (la lotta contro il terrorismo) anche a spesa dei valori confliggenti, quali quelli relativi alla salvaguardia dei diritti umani”⁵⁸.

⁵² Cfr., in proposito, P. EECKHOUT, *op. cit.*, p. 195: “There are thus two ways of reading the Court of First Instance’s reasoning. ... The second is that the Court considers that the Security Council is bound by the purposes and principles of the UN which go beyond *jus cogens*, and which include those human rights which the organization promotes in its various human rights instruments. There is much merit in this second reading. ... [T]here are surely limits to the powers of the Security Council, and it is conceptually coherent to consider that the human rights norms in UN instruments are among those limits. There is no need for reverting to *jus cogens* as a justification for exploring them. The Court of First Instance, however, insists throughout its analysis that it is focusing on *jus cogens*”.

⁵³ V. Tribunale di primo grado, *Yusuf*, cit., punto 344, e *Kadi*, cit., punto 289.

⁵⁴ V. Tribunale di primo grado, *Ayadi*, cit.; *Hassan c. Consiglio e Commissione*, causa T-49/04, sentenza del 12 luglio 2006; *Minin c. Commissione*, causa T-362/04, sentenza del 31 gennaio 2007. Il caso *Minin* fa riferimento alle sanzioni previste dalla risoluzione 1532 (2004) del Consiglio di sicurezza (v. *supra* nota 2). In ambito UE, a tali misure è stata data esecuzione con due atti adottati dal Consiglio il 29 aprile 2004: la posizione comune 2004/487/PESC ed il regolamento (CE) n. 872/2004 del Consiglio (entrambi in GU L 162 del 30 aprile 2004). Sulla giurisprudenza del Tribunale, cfr. S. ZAŠOVA, *La lutte contre le terrorisme à l’épreuve de la jurisprudence du Tribunal de première instance des Communautés européennes*, in *Revue trimestrielle des droits de l’homme*, 2008, p. 481 ss.

⁵⁵ Cfr. R. BROWN, *op. cit.*, p. 468 ss.

⁵⁶ Cfr. N. LAVRANOS, *op. cit.*, p. 489 ss.; C. ECKES, *op. cit.*, p. 91; P. EECKHOUT, *op. cit.*, p. 196; B. KUNOY, A. DAWES, *Plate tectonics in Luxembourg: The ménage à trois between EC law, international law and the European Convention on Human Rights following the UN sanctions cases*, in *Common Market Law Review*, 2009, p. 92.

⁵⁷ Cfr. B. CONFORTI, *op. cit.*, p. 342.

⁵⁸ Cfr. P. DE SENA, M.C. VITUCCI, *The European Courts and the Security Council: Between Dédoulement Fonctionnel and Balancing of Values*, in *The European Journal of International Law*, 2009, p. 202.

3. La competenza del Tribunale in merito al controllo di legittimità degli atti di esecuzione delle decisioni del Consiglio di sicurezza adottati in esercizio di “un potere proprio”

A differenza di quanto stabilito nelle sentenze *Yusuf* e *Kadi* del 2005, l'obbligo di rispettare i diritti fondamentali garantiti dall'ordinamento dell'Unione è stato affermato dal Tribunale qualora la misura sanzionatoria nei confronti di un singolo consegua all'inserimento da parte del Consiglio di un nominativo nell'elenco delle persone, gruppi ed entità i cui capitali vanno congelati su richiesta di uno Stato membro, e non sulla base di una delibera del Comitato per le sanzioni del Consiglio di sicurezza.

Il Tribunale ha avuto modo di pronunciarsi sulla questione nella sentenza *Organisation des Modjahedines du peuple d'Iran* (OMPI) del 2006⁵⁹, avente ad oggetto una richiesta di annullamento degli atti con cui il Consiglio ha provveduto a dare esecuzione alla risoluzione 1373 (2001) del Consiglio di sicurezza, che, all'art. 1, lett. c), impone agli Stati l'obbligo “di congelare senza indugio i fondi e gli altri strumenti finanziari o risorse economiche delle persone che commettono o tentano di commettere atti di terrorismo, li agevolano o vi partecipano, delle entità appartenenti a tali persone o da esse controllate, e delle persone ed entità che agiscono in nome o dietro istruzione di tali persone o entità”. A tal fine, il Consiglio ha adottato, a norma dell'art. 15 UE (art. 29 TFUE) e dell'art. 34 UE (ora abrogato), le posizioni comuni 2001/930/PESC, relativa alla lotta al terrorismo⁶⁰, e 2001/931/PESC, relativa all'applicazione di misure specifiche per la lotta al terrorismo nei confronti di color che risultano coinvolti in atti terroristici⁶¹. Per quanto attiene specificamente al congelamento dei capitali e delle altre risorse finanziarie o economiche, il Consiglio sulla base degli articoli 60, 301 e 308 CE (divenuti, in seguito a modifica, articoli 75, 215 e 352 TFUE), ha adottato il regolamento n. 2580/2001⁶², il cui art. 2, par. 3, ha conferito allo stesso Consiglio, in conformità all'art. 1, paragrafi 4, 5 e 6, della posizione comune 2001/931/PESC, la competenza ad elaborare, riesaminare e modificare,

⁵⁹ Tribunale di primo grado, *Organisation des Modjahedines du peuple d'Iran* (OMPI) c. Consiglio, causa T-228/02, sentenza del 12 dicembre 2006. V. A. TERRASI, *Congelamento dei beni di organizzazioni terroristiche e tutela dei diritti umani nell'ordinamento comunitario*, in *Diritti umani e diritto internazionale*, 2007, p. 423 ss.; L. VAN DEN HERIK, *op. cit.*, p. 802 ss.

⁶⁰ Posizione comune 2001/930/PESC del 27 dicembre 2001, in GU L 344 del 28 dicembre 2001.

⁶¹ Posizione comune 2001/931/PESC del 27 dicembre 2001, in GU L 344 del 28 dicembre 2001. I nomi delle persone, dei gruppi e delle entità nei cui confronti trova applicazione la posizione comune figurano in un elenco allegato alla stessa posizione comune; tale elenco viene riesaminato e aggiornato, con cadenza almeno semestrale, dal Consiglio sulla base delle informazioni e degli elementi comunicati dagli Stati membri o sulla base delle indicazioni del Comitato per le sanzioni del Consiglio di sicurezza.

⁶² Regolamento (CE) n. 2580/2001 del 27 dicembre 2001, relativo a misure restrittive specifiche, contro determinate persone e entità, destinate a combattere il terrorismo, in GU L 344 del 28 dicembre 2001.

con delibera unanime, l'elenco dei singoli nei confronti dei quali si applicano le misure sanzionatorie sulla base delle indicazioni ricevute dal Consiglio di sicurezza o dagli Stati membri dell'Unione⁶³.

Ai sensi della normativa ora citata, su indicazione del Regno Unito – con ordinanza del 28 marzo 2001, il Secretary of State for the Home Department aveva incluso l'OMPI nell'elenco delle organizzazioni vietate ai sensi del Terrorism Act 2000⁶⁴ – il Consiglio ha proceduto all'inserimento della OMPI negli elenchi dei soggetti nei confronti dei quali si applicano le misure di congelamento con la posizione comune 2002/340/PESC e la decisione 2002/334/CE⁶⁵.

Per quanto attiene al ricorso presentato dinanzi al Tribunale, la OMPI ha contestato, tra l'altro, la validità della decisione con cui il Consiglio ha confermato la sua inclusione nell'elenco di coloro nei confronti dei quali si applica il regolamento n. 2580/2001⁶⁶, ritenendo che essa determinava una violazione dei propri diritti fondamentali, e nello specifico dei diritti della difesa – ossia del diritto dell'interessato a che gli vengano comunicati tutti gli elementi ritenuti a suo carico per fondare la sanzione prevista e di quello di essere posto nella condizione di far valere utilmente il suo punto di vista in merito a tali elementi – e del diritto ad una tutela giurisdizionale effettiva. Il Tribunale, precisando che “un severo controllo giurisdizionale indipendente e imparziale appare tanto più indispensabile poiché rappresenta la sola garanzia procedurale che consenta di assicurare il giusto equilibrio fra le esigenze della lotta contro il terrorismo internazionale e la tutela dei diritti fondamentali”⁶⁷, accoglie il ricorso e, constatandone il difetto di motivazione e la violazione dei summenzionati diritti fondamentali, annulla la decisione del Consiglio per la parte che riguarda la OMPI.

⁶³ Con la decisione 2001/927/CE del 27 dicembre 2001, in GU L 344 del 28 dicembre 2001, il Consiglio ha adottato il primo elenco delle persone, gruppi ed entità ai quali si applica il regolamento n. 2580/2001, da allora più volte aggiornato e modificato.

⁶⁴ Occorre precisare, tuttavia, che nella sentenza *OMPI* il Tribunale di primo grado afferma di non essere in grado di determinare con certezza quale sia la decisione dell'autorità nazionale sulla base della quale il Consiglio abbia deciso di inserire la OMPI nell'elenco dei gruppi ed entità a cui si applicano misure restrittive specifiche destinate a combattere il terrorismo (punti 166 e 171).

⁶⁵ V. posizione comune 2002/340/PESC e decisione 2002/334/CE, entrambe del 2 maggio 2002, in GU L 116 del 3 maggio 2002.

⁶⁶ Decisione 2005/930/CE del 21 dicembre 2005, che attua l'articolo 2, paragrafo 3, del regolamento (CE) n. 2580/2001, in GU L 144 del 31 maggio 2006. Il Tribunale, invece, dichiara il ricorso irricevibile e infondato nella parte in cui era diretto all'annullamento della posizione comune 2005/936/PESC del 21 dicembre 2005, che aggiorna la posizione comune 2001/931/PESC (GU L 340 del 23 dicembre 2005). In proposito, il Tribunale rileva che si tratta di un atto adottato dal Consiglio sulla base dell'art. 15 UE (ora, art. 29 TFUE) e dell'art. 34 UE (ora abrogato) e che, pertanto, rientrando nei titoli V, relativo alla PESC, e VI, relativo alla GAI, del Trattato UE, non può essere oggetto di ricorso di annullamento dinanzi alla giudice dell'Unione ai sensi dell'art. 46 UE (ora abrogato), (v. Tribunale di primo grado, *OMPI*, cit., punti 45-60).

⁶⁷ V. Tribunale di primo grado, *OMPI*, cit., punto 155.

A differenza di quanto stabilito nelle sentenze *Yusuf e Kadi* del 2005⁶⁸, nel caso di specie le istituzioni dell'Unione non hanno agito sulla base di una "competenza vincolata", che le obbligava a dare esecuzione alle risoluzioni del Consiglio di sicurezza e alle decisioni del Comitato per le sanzioni che imponevano il congelamento dei fondi di coloro che venivano nominativamente designati. Infatti, considerato che la risoluzione 1373 (2001) del Consiglio di sicurezza ha demandato agli Stati membri dell'ONU il compito di identificare concretamente quali siano le persone, i gruppi e le entità nei confronti dei quali adottare le sanzioni previste da tale risoluzione, le istituzioni dell'Unione, cui gli Stati membri hanno delegato le competenze in materia, hanno agito in esercizio di "un potere proprio, che comporta una valutazione discrezionale"⁶⁹. In una tale circostanza – precisa il Tribunale – in assenza di ragioni imperative riguardanti la sicurezza dell'Unione o dei suoi Stati membri o la condotta delle loro relazioni internazionali⁷⁰, il rispetto dell'obbligo di motivazione costituisce "l'unica garanzia" che consenta all'interessato, almeno dopo l'adozione di una decisione iniziale di congelamento dei fondi, di "avvalersi utilmente dei ricorsi a sua disposizione per contestare la legittimità della detta decisione"⁷¹. In particolare, la comunicazione al soggetto interessato delle ragioni specifiche e concrete su cui si fonda la decisione del Consiglio è tanto più necessaria laddove si tratti di una decisione successiva che in seguito ad un riesame confermi il mantenimento delle misure sanzionatorie⁷², considerato che in tale circostanza dette misure non devono né bene-

⁶⁸ V. Tribunale di primo grado, *Yusuf*, cit., punto 328, e *Kadi*, cit., punto 258.

⁶⁹ V. Tribunale di primo grado, *OMPI*, cit., punto 107.

⁷⁰ Circa il fatto che le esigenze di sicurezza nazionale, quali la lotta al terrorismo, possano giustificare alcune compressioni del diritto alla difesa, v. P. DE SENA, *Esigenze di sicurezza nazionale e tutela dei diritti dell'uomo nella recente prassi europea*, in N. BOSCHIERO (a cura di), *Ordine internazionale e valori etici*, Napoli, 2004, p. 203. Segnatamente, per quanto riguarda la diffusione degli elementi a carico o le modalità di accesso al fascicolo, cfr., inoltre, Corte europea dei diritti umani, *Jasper c. Regno Unito*, ricorso n. 27052/95, sentenza del 16 febbraio 2000, par. 51-53, e la giurisprudenza ivi indicata. Sulla legittimità, fondata su motivi di interesse pubblico relativi alla pubblica sicurezza ed alle relazioni internazionali, delle decisioni con cui il Consiglio ha negato sia la consultazione, anche solo parziale, dei documenti che hanno determinato e che giustificano l'inserimento o il mantenimento del nominativo di una persona nell'elenco di coloro che sono assoggettati al congelamento dei capitali e delle attività finanziarie previsto dal regolamento n. 2580/2001, sia la comunicazione del nome degli Stati che hanno fornito taluni documenti a tale riguardo, v. Corte di giustizia, *Sison c. Consiglio*, causa C-266/05 P, sentenza del 1° febbraio 2007.

⁷¹ V. Tribunale di primo grado, *OMPI*, cit., punto 140. In senso contrario, ove si tratti dell'esercizio di una "competenza vincolata", il Tribunale ritiene che "il regolamento impugnato, laddove nell'allegato indica specificamente il ricorrente quale destinatario di un provvedimento individuale di congelamento dei fondi, è sufficientemente motivato in virtù del rinvio effettuato ... alla corrispondente designazione operata dal Comitato per le sanzioni". V. Tribunale di primo grado, *Minin c. Commissione*, cit., punto 82.

⁷² V. Tribunale di primo grado, *OMPI*, cit., punto 151; Corte di giustizia, *Kadi*, cit., punti 347-349. Sul carattere manifestamente insufficiente della motivazione a causa della mancata indicazione di ragioni specifiche e concrete per le quali il congelamento dei capitali fosse ancora giustificato, v. inoltre Tribunale di primo grado: *People's Mojahedin Organization of Iran c. Consiglio "PMOI*

ficiare di un effetto sorpresa⁷³ né, come specificato dalla Corte nella sentenza *Möllendorf* del 2007⁷⁴, applicarsi con effetto immediato⁷⁵ in quanto già in vigore.

Il Consiglio, quindi, nel dare esecuzione alla risoluzione del Consiglio di sicurezza, ossia nell'includere un soggetto nell'elenco di coloro ai quali si applica il regolamento n. 2580/2001 sulla base di una decisione dell'autorità nazionale competente, è obbligato a garantire il rispetto dei diritti fondamentali, ed in particolare dei diritti della difesa⁷⁶ e ad un'effettiva tutela giurisdizionale⁷⁷, i quali risultano "pienamente applicabil[i] nell'ambito dell'adozione di una decisione di congelamento" ai sensi del detto regolamento⁷⁸. Con argomentazioni sostanzialmente identiche, il Tribunale ha ribadito le stesse conclusioni nelle successive sentenze *Sison e Al-Aqsa*, entrambe del 2007, e *Kongra-Gel e PKK*, entrambe del 2008⁷⁹.

I", causa T-256/07, sentenza del 23 ottobre 2008, punti 176-186. Sul carattere adeguato della motivazione, v. Tribunale di primo grado, *Melli Bank c. Consiglio*, cause riunite T-246/08 e T-332/08, sentenza del 9 luglio 2009, e *Bank Melli Iran c. Consiglio*, causa T-390/08, sentenza del 14 ottobre 2009. In entrambi i casi si fa riferimento alle misure restrittive adottate dal Consiglio di sicurezza per esercitare pressioni sulla Repubblica islamica dell'Iran affinché ponga fine alle attività nucleari che presentano un rischio di proliferazione e allo sviluppo di sistemi di lancio di armi nucleari, previste dalla risoluzione 1737 (2006), il cui allegato elenca le persone e le entità implicate nella proliferazione nucleare i cui capitali e le cui risorse economiche devono essere sottoposti a congelamento. In ambito UE, a tali misure è stata data esecuzione con due atti adottati dal Consiglio: la posizione comune 2007/140/PESC del 27 febbraio 2007, in GU L 61 del 28 febbraio 2007, e il regolamento (CE) n. 423/2007 del 19 aprile 2007, in GU L 103 del 20 aprile 2007, i cui allegati sono stati più volte riesaminati e modificati sia sulla base delle designazioni effettuate dal Consiglio di sicurezza e dal Comitato per le sanzioni istituito con la risoluzione 1737 (2006), sia in esercizio di un autonomo potere del Consiglio di individuare ulteriori persone o entità che partecipano, sono direttamente associate o danno il loro sostegno alla proliferazione nucleare.

⁷³ V. Tribunale di primo grado, *Yusuf*, cit., punto 308.

⁷⁴ V. Corte di giustizia, *Möllendorf*, causa C-117/06, sentenza dell'11 ottobre 2007, punto 63.

⁷⁵ V. Corte di giustizia, *Kadi*, cit., punti 338-341.

⁷⁶ Secondo il Tribunale di primo grado, "il principio generale di rispetto dei diritti della difesa esige, a meno che non vi ostino ragioni imperative riguardanti la sicurezza della Comunità o dei suoi Stati membri o la condotta delle loro relazioni internazionali, che gli elementi a carico ... vengano comunicati all'interessato, per quanto possibile, o contemporaneamente all'adozione o al più presto dopo l'adozione di una decisione iniziale di congelamento dei fondi. Alle stesse condizioni, qualsiasi decisione successiva di congelamento dei fondi deve essere in linea di principio preceduta da una comunicazione dei nuovi elementi a carico e da un'audizione" (*OMPI*, cit., punto 137).

⁷⁷ "Poiché il giudice comunitario non può, in particolare, sostituire la sua valutazione delle prove, dei fatti e delle circostanze che giustificano l'adozione di tali misure a quella svolta dal Consiglio, il controllo esercitato dal Tribunale sulla legittimità di decisioni di congelamento dei fondi dev'essere limitato alla verifica del rispetto delle regole del procedimento e della motivazione, dell'esattezza materiale dei fatti, nonché dell'assenza di un manifesto errore di valutazione e di sviamento di potere. Tale controllo ristretto si applica, in particolare, alla valutazione delle considerazioni di opportunità sulle quali sono fondate decisioni siffatte" (v. Tribunale di primo grado, *OMPI*, cit., punti 159 e 154-155).

⁷⁸ V. Tribunale di primo grado, *OMPI*, cit., punti 107-108 e 110-111.

⁷⁹ Tribunale di primo grado, *Sison c. Consiglio*, causa T-47/03, sentenza dell'11 luglio 2007; *Al-Aqsa c. Consiglio*, causa T-327/03, sentenza dell'11 luglio 2007; *Kongra-Gel e al. c. Consiglio*, causa T-253/04, sentenza del 3 aprile 2008; *PKK c. Consiglio*, causa T-229/02, sentenza del 3 apr-

Tuttavia, sebbene il Tribunale con la sentenza del 2006 avesse disposto l'annullamento della decisione con cui l'OMPI era stata inserita tra i soggetti nei cui confronti si applica il regolamento n. 2580/2001, e nonostante la radiazione del nominativo di tale organizzazione dall'elenco di quelle proscritte in base al Terrorism Act 2000 disposta con ordinanza del Secretary of State for the Home Department⁸⁰, il Consiglio, con la decisione 2009/62/CE⁸¹, ha mantenuto il nominativo dell'OMPI (identificata anche come People's Mojahedin Organization of Iran, di seguito PMOI) nell'elenco dei destinatari delle misure di congelamento. Detta decisione era stata adottata sulla base di nuove informazioni e di nuovi elementi trasmessi dalla Procura antiterrorismo di Parigi, senza che questi ultimi fossero stati previamente comunicati all'organizzazione interessata. A seguito di un nuovo ricorso della PMOI, il Tribunale, con la sentenza *PMOI II* del 2008⁸², ha annullato la decisione impugnata poiché adottata in violazione dei principi enunciati nella precedente sentenza *OMPI* del 2006⁸³.

È interessante notare che il Tribunale ha l'occasione anche per pronunciarsi circa le informazioni o gli elementi del fascicolo trasmessi dagli Stati membri al Consiglio, i quali per il loro carattere segreto o riservato non vengono comunicati

le 2008. Per quanto riguarda il sig. Sison, va notato che, solo a seguito di un'ulteriore pronuncia del Tribunale di primo grado (*Sison c. Consiglio*, causa T-341/07, sentenza del 30 settembre 2009), il Consiglio, con la decisione 2009/1004/PESC del 22 dicembre 2009 (GU L 346 del 23 dicembre 2009) e con il regolamento di esecuzione (UE) n. 1285/2009 del 22 dicembre 2009 (GU L 346 del 23 dicembre 2009), lo ha cancellato rispettivamente dagli elenchi dei soggetti a cui si applicano la posizione comune 2001/931/PESC e il regolamento n. 2580/2001.

⁸⁰ V., in proposito, Tribunale di primo grado, *People's Mojahedin Organization of Iran c. Consiglio "PMOI II"*, causa T-284/08, sentenza del 4 dicembre 2008, punti 2 e 6. Con decisione del 30 novembre 2007, la Proscribed Organisations Appeal Commission del Regno Unito ha accolto un ricorso proposto contro la decisione del Secretary of State for the Home Department del 1° settembre 2006 che rifiutava di revocare la proscrizione della PMOI quale organizzazione implicata nel terrorismo e ha ingiunto all'Home Secretary di sottoporre al Parlamento un progetto di ordinanza per la cancellazione della ricorrente dall'elenco delle organizzazioni vietate ai sensi del Terrorism Act 2000. Con sentenza del 7 maggio 2008, la Court of Appeal (England & Wales) ha respinto l'istanza con cui l'Home Secretary aveva chiesto di essere autorizzato a impugnare la decisione del 2007. Infine, con ordinanza del 23 giugno 2008, entrata in vigore il giorno seguente, il Secretary of State for the Home Department ha radiato il nome della PMOI dall'elenco delle organizzazioni proscritte a titolo del Terrorism Act 2000; tale radiazione è stata approvata dal Parlamento del Regno Unito.

⁸¹ V. decisione 2009/62/CE del 15 luglio 2008, in GU L 188 del 16 luglio 2008.

⁸² V. Tribunale di primo grado, *PMOI II*, cit., per un commento, E. SPAVENTA, *Case T-256/07, People's Mojahedin Organization of Iran v. Council, judgment of the Court of First Instance of 23 October 2008 (Seventh Chamber)*. *Case T-284/08, People's Mojahedin Organization of Iran v. Council, Judgment of the Court of First Instance of 4 December 2008 (Seventh Chamber)*, in *Common Market Law Review*, 2009, p. 1239 ss.

⁸³ V. Tribunale di primo grado, *PMOI II*, cit., punto 37. Solo a seguito di tale sentenza, il Consiglio, con la posizione comune 2009/67/PESC del 26 gennaio 2009 (GU L 23 del 27 gennaio 2009) e con la con la decisione 2009/62/CE del 26 gennaio 2009 (GU L 23 del 27 gennaio 2009), ha cancellato la PMOI, rispettivamente, dall'elenco soggetti a cui si applicano la posizione comune 2001/931/PESC ed il regolamento n. 2580/2001.

ai soggetti colpiti dalla sanzione di congelamento dei fondi e delle risorse economiche e finanziarie. Nello specifico, il Tribunale, pur non riconoscendo l'esistenza di un obbligo di trasmissione e, conseguentemente, di un diritto di accesso degli interessati a tali dati, ha escluso espressamente che il Consiglio possa fondare la sua decisione di congelamento su questi ultimi, laddove lo Stato che li ha forniti non sia disposto ad autorizzarne la comunicazione almeno al giudice dell'Unione, dal momento che ciò impedirebbe a quest'ultimo di esercitare il suo controllo di legittimità su tale decisione⁸⁴. In sostanza, il rispetto del principio di riservatezza non risulterebbe leso dalla comunicazione al giudice dell'Unione delle informazioni e degli elementi del fascicolo segreti utilizzati quale fondamento delle misure di congelamento adottate, così come nei fatti esso non risulta compromesso dalla trasmissione degli stessi al Consiglio o agli altri Stati membri⁸⁵.

4. La competenza della Corte di giustizia a sindacare gli atti di esecuzione delle decisioni del Consiglio di sicurezza sotto il profilo dei diritti fondamentali

In sede di impugnazione delle sentenze *Kadi* e *Yusuf* del 2005, l'impostazione e le conclusioni del Tribunale sono state respinte dalla Corte di giustizia. La Corte, infatti, con la sentenza *Kadi* del 2008⁸⁶, accogliendo i motivi

⁸⁴ V. Tribunale di primo grado, *PMOI II*, cit., punti 73 e 75-76.

⁸⁵ V. Tribunale di primo grado, *PMOI II*, cit., punto 72. Il 21 gennaio 2009 la sentenza *PMOI II* del Tribunale è stata impugnata dalla Francia dinanzi alla Corte di giustizia (causa C-27/09 P, in GU C 82 del 4 aprile 2009).

⁸⁶ Corte di giustizia, *Kadi*, cit. In riferimento a tale sentenza, cfr. E. CANNIZZARO, *Sugli effetti delle risoluzioni del Consiglio di sicurezza ...*, cit., p. 1075 ss.; D. CURTIN, C. ECKES, *The Kadi Case: Mapping the Boundaries between the Executive and the Judiciary in Europe*, in *International Organizations Law Review*, 2008, p. 365 ss.; T. TRIDIMAS, J.A. GUTIERREZ-FONS, *EU Law, International Law, and Economic Sanctions Against Terrorism: The Judiciary in Distress?*, in *Fordham International Law Journal*, 2008-2009, p. 660 ss.; P. DE SENA, M.C. VITUCCI, *op. cit.*, p. 193 ss.; G. HARPAZ, *Judicial Review by the European Court of Justice of UN 'Smart Sanctions' Against Terror in the Kadi Dispute*, in *European Foreign Affairs Review*, 2009, p. 65 ss.; T. TRIDIMAS, *Terrorism and the ECJ: Empowerment and democracy in the EC legal order*, in *European Law Review*, 2009, p. 103 ss.; B. KUNOY, A. DAWES, *op. cit.*, p. 73 ss.; N. LAVRANOS, *Judicial Review of UN Sanctions by the European Court of Justice*, in *Nordic Journal of International Law*, 2009, p. 343 ss.; C. ECKES, *Test Case for the Resilience of the EU's Constitutional Foundations*, in *European Public Law*, 2009, p. 351 ss.; A. GATTINI, *Joined Cases C-402/05 P & 415/05 P, Yassin Abdullah Kadi, Al Barakaat International Foundation v. Council and Commission, judgment of the Grand Chamber of 3 September 2008*, in *Common Market Law Review*, 2009, p. 213 ss.; P.J. CARDWELL, F. DUNCAN, N. WHITE, *European Court of Justice, Yassin Abdullah Kadi and Al Barakaat International Foundation v Council and Commission (Joined Cases C-402/05 P and C-415/05 P) Judgment of 3 September 2008*, in *International and Comparative Law Quarterly*, 2009, p. 229 ss.; P. PUSTORINO, *Le liste di terroristi nella giurisprudenza comunitaria: la Corte di giustizia rovescia la posizione del Tribunale di primo grado*, in P. GARGIULO, M.C. VITUCCI, *op. cit.*, p. 115 ss.; A. CIAMPI, *Le garanzie processuali fondamentali dell'Unione europea quale limite all'attuazione di sanzioni del Consiglio di sicurezza dopo la*

dei ricorrenti fondati sulla violazione dei diritti fondamentali – in particolare del diritto alla difesa, del diritto alla tutela giurisdizionale effettiva⁸⁷ e del diritto di proprietà⁸⁸ – annulla sia le sentenze del Tribunale che il regolamento del Consiglio n. 881/2002 nella parte riguardante il sig. Kadi e la Al Barakaat International Foundation⁸⁹. Inoltre, con la successiva sentenza *Hassan* del 2009, la Corte, confermando la sua giurisprudenza, annulla detto regolamento anche nella parte in cui riguarda il sig. Ayadi ed il sig. Hassan⁹⁰.

Nella sentenza *Kadi*, la Corte di giustizia ritorna sulle questioni trattate dal Tribunale relative alla competenza dell'Unione a dare esecuzione alle risoluzioni del Consiglio di sicurezza, alla prevalenza degli obblighi che discendono dalla Carta delle Nazioni Unite sull'ordinamento giuridico dell'Unione, all'esercizio di un sindacato di legittimità sugli atti adottati dalle istituzioni per dare esecuzione alle decisioni del Consiglio di Sicurezza, nonché alla possibilità di controllare la legittimità di queste ultime alla luce delle norme imperative del diritto internazionale generale (*ius cogens*).

In relazione a quest'ultimo aspetto, la Corte di giustizia, rigettando la tesi espressa dal Tribunale nelle precedenti sentenze *Yusuf* e *Kadi*, si ritiene incompetente a sindacare la legittimità di una risoluzione del Consiglio di sicurezza adottata in base al capitolo VII della Carta delle Nazioni Unite, dal momento che tale competenza è sottratta al giudice dell'Unione anche laddove il controllo si limiti all'esame della sua compatibilità con lo *ius cogens*⁹¹. La Corte, infatti, precisa che, in funzione dell'autonomia dell'ordinamento giuridico dell'Unione e del principio secondo cui tutti gli atti dell'Unione devono rispettare i diritti fondamentali di cui essa garantisce l'osservanza⁹², nel caso di specie si tratta di

sentenza *Kadi della Corte di giustizia*, in F. SALERNO (a cura di), *Sanzioni "individuali" del Consiglio di Sicurezza e garanzie processuali fondamentali*, Padova, 2010, p. 105 ss.

⁸⁷ V. Corte di giustizia, *Kadi*, cit., punti 352 e 353.

⁸⁸ Ivi, punti 370 e 371.

⁸⁹ La Corte di giustizia ha invece rigettato i motivi riguardanti la carenza di fondamento normativo del regolamento del Consiglio n. 881/2002 e la violazione dell'art. 249 CE. Per quanto riguarda il sig. Yusuf, egli ha ritirato l'impugnazione della sentenza del Tribunale di primo grado, precedentemente introdotta insieme alla Al Barakaat nel procedimento C-415/05 P. V. in proposito, l'ordinanza del Presidente della Corte di giustizia del 13 novembre 2007.

⁹⁰ V. Corte di giustizia, *Hassan c. Consiglio e Commissione*, cause riunite C-403/06 P e C-399/06 P, sentenza del 3 dicembre 2009.

⁹¹ V. Corte di giustizia, *Kadi*, cit., punto 287. Cfr. E. DE WET, *The Role of European Courts in Reviewing Conflicting Obligations under International Law*, in *International Organizations Law Review*, 2008, p. 359 ss.; P. PALCHETTI, *Può il giudice comunitario sindacare la validità internazionale di una risoluzione del Consiglio di sicurezza?*, in *Rivista di diritto internazionale*, 2008, p. 1085 ss.

⁹² In proposito, v. Corte di giustizia, parere 2/94 del 28 marzo 1996, punto 34, in cui la Corte ha riaffermato che il rispetto dei diritti umani rappresenta una condizione di legittimità degli atti delle istituzioni. Cfr., inoltre, Corte di giustizia, *ERT*, causa C-260/89, sentenza del 18 giugno 1991, punto 41; *Kremzow*, causa C-299/95, sentenza del 29 maggio 1997, punto 14; *Schmidberger*, causa C-112/00, sentenza del 12 giugno 2003, punto 73. In tali sentenze la Corte ha precisato che nell'Unione non possono essere consentite misure incompatibili con il rispetto dei diritti umani.

verificare la validità dell'atto dell'Unione volto ad attuare l'obbligo internazionale in questione, e non quella dello strumento internazionale in quanto tale⁹³.

La Corte non definisce chiaramente i motivi per cui esclude la propria competenza a controllare la validità internazionale delle decisioni del Consiglio di sicurezza⁹⁴. Al contrario, sembra ragionevole ritenere che, in sede di esame della legittimità di un atto di esecuzione di un obbligo internazionale alla luce del diritto dell'Unione, la Corte possa anche verificare in via incidentale la validità sul piano del diritto internazionale dell'atto cui si è data attuazione⁹⁵. Qualora il giudice dell'Unione accertasse l'illegittimità internazionale o, al limite, l'incompatibilità con lo *ius cogens* di una decisione del Consiglio di sicurezza, l'esito di un tale accertamento inciderebbe negativamente sulla validità dell'atto di esecuzione, essendo quest'ultimo stato adottato specificamente allo scopo di dare attuazione all'atto internazionale che si è dimostrato illegittimo.

Per quanto riguarda la competenza a sindacare la legittimità dell'atto di esecuzione di una decisione del Consiglio di Sicurezza, la Corte sviluppa un articolato – anche se non del tutto chiaro – ragionamento al fine di dimostrare che un limite all'esercizio di tale competenza non possa derivare dagli obblighi che discendono dalla Carta ONU sull'ordinamento giuridico dell'Unione. La sentenza *Kadi* non risolve tutti i dubbi su quali siano il fondamento e la natura giuridica del vincolo che lega l'Unione alle Nazioni Unite⁹⁶ e su quali siano gli effetti che le decisioni del Consiglio di sicurezza producono nell'ordinamento dell'UE⁹⁷. La Corte di giustizia, infatti, dopo aver ribadito che “le competenze ... [dell'Unione] devono essere esercitate nel rispetto del diritto internazionale” e “degli impegni assunti nell'ambito delle Nazioni Unite e delle altre organizzazioni internazionali”, e che “un atto adottato in forza di tali competenze va interpretato, e la sua sfera d'applicazione circoscritta, alla luce delle norme pertinenti del diritto internazionale”⁹⁸, si limita ad affermare che “il rispetto degli impegni assunti nell'ambito delle Nazioni Unite si impone anche nel settore del mantenimento della pace e della sicurezza internazionale, in sede di attuazione ... , mediante l'adozione di atti ... ai sensi degli artt. 60 CE e 301 CE [divenuti, in seguito a modifica, articoli 75 e 215 TFUE], di risoluzioni adottate dal Consiglio di sicurezza in base al capitolo VII

⁹³ V. Corte di giustizia, *Kadi*, cit., punto 286.

⁹⁴ Cfr. E. DE WET, *op. cit.*, p. 363 ss.; R.A. WESSEL, *op. cit.*, p. 326 ss.

⁹⁵ Cfr. P. PALCHETTI, *op. cit.*, p. 1088; R. PAVONI, *Freedom to Choose the Legal Means for Implementing UN Security Council Resolutions and the ECJ Kadi Judgment: A Misplaced Argument Hindering the Enforcement of International Law in the EC*, in *Yearbook of European Law*, 2009, p. 635 ss.

⁹⁶ Cfr. G. GAJA, *Are the Effects of the UN Charter under EC Law Governed by Article 307 of the EC Treaty?*, in *Yearbook of European Law*, 2009, p. 610 ss.

⁹⁷ Cfr. E. CANNIZZARO, *Sugli effetti delle risoluzioni del Consiglio di sicurezza ...*, cit., p. 1078.

⁹⁸ V. Corte di giustizia, *Kadi*, cit., punti 291 e 292, in cui la Corte richiama le sue precedenti pronunce: *Poulsen e Diva Navigation*, causa C-286/90, sentenza del 24 novembre 1992, punto 9; *Racke*, causa C-162/96, sentenza del 16 giugno 1998, punto 45; *Commissione c. Consiglio*, causa C-91/05, sentenza del 20 maggio 2008, punto 65; *Parlamento c. Commissione*, causa C-403/05, sentenza del 23 ottobre 2007, punto 56.

della Carta” ONU⁹⁹. Tuttavia, un limite al sindacato di validità esercitato dalla Corte sugli atti interni di esecuzione non può derivare né dalla circostanza che al Consiglio di sicurezza siano attribuiti la responsabilità principale di garantire la pace e la sicurezza e i poteri di azione di cui capitolo VII della Carta, né dal fatto che, nel dare esecuzione ad una decisione del Consiglio di sicurezza, l'Unione europea debba tenere nella dovuta considerazione i termini e gli obiettivi di tale decisione nonché quelli che discendono dalla Carta ONU¹⁰⁰.

Una tesi contraria, volta ad attribuire una sorta di “immunità giurisdizionale” ad un atto dell'Unione, “come corollario del principio di prevalenza sul piano del diritto internazionale degli obblighi derivanti dalla Carta delle Nazioni Unite, in particolare di quelli relativi all'attuazione delle risoluzioni del Consiglio di sicurezza adottate in base al capitolo VII di tale Carta, non trova del resto alcun fondamento” nell'ambito dei Trattati¹⁰¹. A giudizio della Corte, infatti, le disposizioni dei Trattati, comprese quelle di cui agli articoli 297, 300, par. 7¹⁰², e 307 CE (articoli 347, 216, par. 2, e 351 TFUE), non possono essere intese nel senso di autorizzare “una deroga ai principi di libertà, di democrazia nonché di rispetto dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali sanciti dall'art. 6, par. 1, UE [art. 2 TUE] quale fondamento dell'Unione”, né potrebbero “in alcun caso consentire di mettere in discussione i principi che fanno parte dei fondamenti stessi dell'ordinamento giuridico ... [dell'UE], tra i quali quello della tutela dei diritti fondamentali, che inclu-

⁹⁹ V. Corte di giustizia, *Kadi*, cit., punto 293. V., sul punto, F. CASOLARI, *La Corte di giustizia e gli obblighi convenzionali assunti dall'insieme degli Stati membri verso Stati terzi: obblighi comuni o ... obblighi comunitari?*, in *Il Diritto dell'Unione Europea*, 2009, p. 282 ss.

¹⁰⁰ V. Corte di giustizia, *Kadi*, cit., punto 298, in cui la Corte ulteriormente precisa che “la Carta delle Nazioni Unite non impone la scelta di un modello prestabilito per attuare le risoluzioni adottate dal Consiglio di sicurezza in base al capitolo VII di tale Carta, posto che tale attuazione deve intervenire nel rispetto delle modalità applicabili a tal fine nell'ordinamento giuridico interno di ciascun membro dell'ONU”. Su questo punto, cfr. E. CANNIZZARO, *Sugli effetti delle risoluzioni del Consiglio di sicurezza ...*, cit., p. 1076 ss.; R. PAVONI, *op. cit.*, p. 626 ss.

¹⁰¹ V. Corte di giustizia, *Kadi*, cit., punti 294 e 298-300. Cfr., in proposito, L.M. HINOJOSA MARTÍNEZ, *Bad Law for Good Reasons: The Contradictions of the Kadi Judgment*, in *International Organizations Law Review*, 2008, p. 339 ss.; L. VAN DEN HERIK, N. SCHRIJVER, *Eroding the Primacy of the UN System of Collective Security: The Judgment of the European Court of Justice in the Cases of Kadi and Al Barakaat*, in *International Organizations Law Review*, 2008, p. 329 ss.; R.A. WESSEL, *The Kadi Case: Towards a More Substantive Hierarchy in International Law?*, in *International Organizations Law Review*, 2008, p. 323 ss.

¹⁰² L'art. 300, par. 7, CE dispone che gli accordi conclusi dalle istituzioni dell'Unione vincolano sia queste ultime che gli Stati membri. Tuttavia, pur volendo – come fa la Corte di giustizia – ipotizzare un'applicazione alla Carta delle Nazioni Unite di tale disposizione, che ne sancirebbe la prevalenza sugli atti di diritto derivato (v., in tal senso, Corte di giustizia, *Intertanko*, causa C-308/06, sentenza del 3 giugno 2008, punto 42), ciò non implicherebbe comunque che tale prevalenza si possa estendere al diritto primario e, in particolare, ai principi generali di diritto dell'Unione che integrano i diritti fondamentali (v. Corte di giustizia, *Kadi*, cit., punti 307-308).

de il controllo, ad opera del giudice ... [dell'Unione], della legittimità degli atti ... [adottati dalle istituzioni] quanto alla loro conformità a tali diritti fondamentali¹⁰³.

In riferimento a quest'ultimo aspetto, la Corte richiama anche le sentenze *Bosphorus*¹⁰⁴ e *Behrami e Saramati*¹⁰⁵ della Corte europea dei diritti umani¹⁰⁶. Il giudice di Lussemburgo, in primo luogo, esclude espressamente che nel caso *Kadi* possa trovare applicazione la giurisprudenza della Corte di Strasburgo elaborata nel caso *Behrami e Saramati*, al fine di sottrarre al proprio sindacato di legittimità alla luce dei diritti fondamentali un regolamento attuativo di una decisione del Consiglio di sicurezza. Nel caso *Behrami e Saramati*, infatti, la Corte europea dei diritti umani si è dichiarata incompetente *ratione personae*, in quanto chiamata a pronunciarsi circa l'incompatibilità con la CEDU di comportamenti attivi ed omissivi posti in essere dall'UNMIK o dalla KFOR che la stessa Corte europea ha imputato direttamente alle Nazioni Unite¹⁰⁷. In secondo luogo, la Corte di giustizia rileva un'analogia tra il caso *Kadi* ed il caso *Bosphorus*, in cui la Corte di Strasburgo ha affermato la propria competenza *ratione personae* in relazione ad una misura posta in essere dalle autorità dello Stato convenuto in applicazione di un regolamento adottato in ambito UE in esecuzione di una risoluzione del Consiglio di sicurezza. Sulla scorta di tali considerazioni, il giudice di Lussemburgo ritiene, quindi, che la propria competenza a pronunciarsi sulla validità di un regio-

¹⁰³ V. Corte di giustizia, *Kadi*, cit., punti 303-304, nonché 281-285 e 361. In dottrina è stata prospettata l'ipotesi che sarebbe stato preferibile se la Corte di giustizia avesse sindacato la legittimità degli atti di esecuzione delle decisioni del Consiglio di sicurezza alla luce del diritto internazionale consuetudinario; v., su questa tesi, R. PAVONI, *op. cit.*, p. 635 ss.

¹⁰⁴ Corte europea dei diritti umani, *Bosphorus*, cit.

¹⁰⁵ Corte europea dei diritti umani, *Behrami e Saramati*, cit.

¹⁰⁶ V. Corte di giustizia, *Kadi*, cit., punti 310-314.

¹⁰⁷ Le conclusioni cui giunge la Corte europea dei diritti umani sono state oggetto di diverse critiche da parte della dottrina; cfr., in proposito, P. PALCHETTI, *Azioni di forze istituite o autorizzate dalle Nazioni Unite davanti alla Corte europea dei diritti dell'uomo: i casi Behrami e Saramati*, in *Rivista di diritto internazionale*, 2007, p. 681 ss.; P. KLEIN, *Responsabilité pour les faits commis dans le cadre d'opérations de paix étendue du pouvoir de contrôle de la Cour européenne des droits de l'homme: quelques considérations critiques sur l'arrêt Behrami et Saramati*, in *Annuaire français de droit International*, 2007, p. 43 ss.; G.C. BRUNO, *La Corte europea dei diritti umani e il Consiglio di Sicurezza delle Nazioni Unite: la decisione Behrami e Behrami e Saramati*, in *Diritti umani e diritto internazionale*, 2008, p. 187 ss.; P. LAGRANGE, *Responsabilité des Etats pour actes accomplis en application du Chapitre VII de la Charte des Nations Unies*, in *Revue générale de droit international public*, 2008, p. 85 ss.; P. BODEAU-LIVINEC, G.P. BUZZINI, S. VILLALPANDO, *Behrami & Behrami v. France; Saramati v. France, Germany & Norway. ECHR judgment on applicability of European Convention on Human Rights to acts undertaken pursuant to UN Chapter VII operation in Kosovo*, in *American Journal of International Law*, 2008, p. 323 ss.; A. SARI, *Jurisdiction and International Responsibility in Peace Support Operations: The Behrami and Saramati Cases*, in *Human Rights Law Review*, 2008, p. 151 ss.; A. BREITEGGER, *Sacrificing the Effectiveness of the European Convention on Human Rights on the Altar of the Effective Functioning of Peace Support Operations: A Critique of Behrami & Saramati and Al Jedda*, in *International Community Law Review*, 2009, p. 155 ss.; H. KRIEGER, *A Credibility Gap: The Behrami and Saramati Decision of the European Court of Human Rights*, in *Journal of International Peacekeeping*, 2009, p. 159 ss.

lamento non possa essere esclusa, dal momento che esso, anche se adottato per dare attuazione ad una risoluzione del Consiglio di sicurezza *ex capitulo VII* della Carta delle Nazioni Unite, si colloca “nel contesto dell’ordinamento giuridico interno ed autonomo ... [dell’Unione] e nel cui ambito la Corte è competente a controllare la validità degli atti ... [adottati dalle istituzioni] sotto il profilo dei diritti fondamentali” garantiti da tale ordinamento¹⁰⁸.

La Corte, quindi, nel sottolineare più volte l’autonomia e la separazione dell’ordinamento “interno” dell’Unione da quello internazionale e, di conseguenza, dal sistema giuridico istituito dalla Carta delle Nazioni Unite¹⁰⁹, supera la distinzione¹¹⁰, teorizzata dal Tribunale nelle sentenze *Yusuf* e *OMPI*, tra gli atti di esecuzione delle decisioni del Consiglio di sicurezza adottati dall’Unione sulla base di una “competenza vincolata” e quelli adottati in esercizio di “un potere proprio” al fine di limitare a questi ultimi la propria competenza a sindacarne la legittimità alla luce dei diritti fondamentali¹¹¹. Inoltre, affermando la competenza esclusiva su qualsiasi atto adottato dalle istituzioni in esecuzione delle decisioni del Consiglio di sicurezza, la Corte risolve anche il problema del doppio standard di tutela dei diritti umani dei soggetti sospettati di terrorismo che avrebbe potuto derivare dalla distinzione delineata dalla giurisprudenza del Tribunale.

Merita, inoltre, particolare attenzione il fatto che la Corte di giustizia abbia riconosciuto ai principi fondamentali dell’ordinamento giuridico dell’Unione un rango superiore e, di conseguenza, un primato su qualsiasi altra fonte di diritto, ivi comprese le norme che derivano dalla Carta delle Nazioni Unite e, più specificamente, dalle decisioni del Consiglio di sicurezza da cui possono discendere forti compressioni dei diritti dei singoli¹¹². In tal senso, la Corte ha realizzato un più corretto bilanciamento tra il rispetto degli obblighi internazionali e l’esigenza di

¹⁰⁸ V. Corte di giustizia, *Kadi*, cit., punti 315-317.

¹⁰⁹ Cfr. A. GIANELLI, *L’«autonomia» del sistema giuridico comunitario rispetto al diritto delle Nazioni Unite*, in *Rivista di diritto internazionale*, 2008, p. 1078 ss.; S. GRILLER, *International Law, Human Rights and the European Community’s Autonomous Legal Order. Notes on the European Court of Justice Decision in Kadi*, in *European Constitutional Law Review*, 2008, p. 528 ss.; J. D’ASPREMONT, F. DOPAGNE, *Kadi: The ECJ’s Reminder of the Elementary Divide between Legal Orders*, in *International Organizations Law Review*, 2008, p. 371 ss.; KATJA S. ZIEGLER, *Strengthening the Rule of Law, but Fragmenting International Law: The Kadi Decision of the ECJ from the Perspective of Human Rights*, in *Human Rights Law Review*, 2009, p. 288 ss.; M. BEULAY, *Les arrêts Kadi et Al Barakaat International Foundation. Réaffirmation par la Cour de Justice de l’autonomie de l’ordre juridique communautaire vis-à-vis du droit International*, in *Revue du Marché Commun et de l’Union Européenne*, 2009, p. 32 ss.

¹¹⁰ Cfr. S. GRILLER, *op. cit.*, p. 534 ss.

¹¹¹ Cfr. B. KUNOY, A. DAWES, *op. cit.*, p. 101; A. GIANELLI, *L’«autonomia» del sistema giuridico comunitario ...*, cit., p. 1081.

¹¹² Cfr. B. KUNOY, A. DAWES, *op. cit.*, p. 102 ss.; R.A. WESSEL, *op. cit.*, p. 326 ss.: “in the absence of judicial remedies at the UN level, the consequence can (and perhaps should) be that the EU may not be able to fully implement SC resolutions that are in conflict with fundamental human rights obligations flowing not only from the EU legal order and the European Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms, but also from the UN Charter itself”.

garantire la sicurezza nell'ambito della lotta contro il terrorismo, da un lato, e la necessità di assicurare la tutela dei diritti fondamentali¹¹³, dall'altro, riconoscendo quindi ai diritti dell'individuo una rilevanza maggiore di quella attribuita agli obblighi che incombono sugli Stati membri o sull'Unione dal diritto internazionale.

Non sembra, tuttavia, che la Corte, operando un cambiamento radicale rispetto alla sua giurisprudenza precedente, intenda escludere che nell'ordinamento dell'Unione debba trovare applicazione il diritto internazionale ed estendere la prevalenza sugli obblighi internazionali a tutte le norme di diritto primario dell'Unione. Il primato è infatti limitato solo ai principi fondamentali di cui si è detto, laddove le altre norme di diritto primario, quali ad esempio le norme relative alla politica commerciale comune cui si fa riferimento nella sentenza *Centro-Com*, continueranno eventualmente ad essere oggetto di deroga o a non trovare applicazione ove si tratti di garantire l'osservanza degli obblighi internazionali¹¹⁴.

Come affermato in dottrina¹¹⁵, infine, è importante rilevare che nella sentenza *Kadi* la Corte esprime un giudizio negativo sulla procedura di riesame dinanzi al Comitato per le sanzioni del Consiglio di sicurezza¹¹⁶, evidenziandone gli elementi di criticità. Tale procedura, infatti, non può in alcun modo limitare le competenze del giudice dell'Unione in materia, poiché essa, non offrendo “manifestamente le garanzie di una tutela giurisdizionale”, rappresenterebbe una deroga rilevante ed ingiustificata “al regime di tutela giurisdizionale dei diritti fondamentali” previsto dai Trattati¹¹⁷.

La critica espressa al meccanismo di *de-listing* istituito dal Consiglio di sicurezza, quindi, conduce la Corte a negare che l'esclusione del proprio sindacato di validità sugli atti adottati dall'Unione per dare esecuzione alle decisioni del Consiglio di sicurezza possa fondarsi su un sistema di protezione equivalente predisposto in ambito ONU¹¹⁸. In tal senso, se “il controllo della validità ... di qualsiasi atto ... [di diritto dell'Unione] sotto il profilo dei diritti fondamentali deve essere considerato come l'espressione, in una comunità di diritto, di una garanzia costituzionale derivante dal Trattato, quale sistema giuridico autonomo, che non può es-

¹¹³ Cfr. G. HARPAZ, *op. cit.*, p. 88; P. DE SENA, M.C. VITUCCI, *op. cit.*, p. 227, i quali hanno affermato che: “the conclusions reached by the ECJ were ultimately based *more* on a balance between the collective need to cooperate with the UN in the fight against terrorism and the need to protect human rights from the perspective of EC law than on the *formal* status of the contested regulations as part of EC law”.

¹¹⁴ Cfr. A. GIANELLI, *L'«autonomia» del sistema giuridico comunitario ...*, cit., p. 1082 ss.

¹¹⁵ Cfr. J. D'ASPREMONT, F. DOPAGNE, *op. cit.*, p. 377 ss.; L. VAN DEN HERIK, N. SCHRIJVER, *op. cit.*, p. 337 ss.

¹¹⁶ V. Corte di giustizia, *Kadi*, cit., punti 323-325. All'epoca della pronuncia di appello della Corte di giustizia sul caso *Kadi*, la procedura di radiazione era stata modificata in seguito all'adozione da parte del Consiglio di sicurezza delle risoluzioni 1730 e 1735 (2006), di cui si è già detto *supra* in nota 21.

¹¹⁷ V. Corte di giustizia, *Kadi*, cit., punti 321-322.

¹¹⁸ Cfr., su questo aspetto, E. CANNIZZARO, *Sugli effetti delle risoluzioni del Consiglio di sicurezza ...*, cit., p. 1077 ss.

sere compromessa da un accordo internazionale”¹¹⁹, ancor meno tale garanzia può risultare compromessa dalla “deferenza cui sono tenute le istituzioni ... [dell’Unione] nei confronti delle istituzioni delle Nazioni Unite”¹²⁰ o da un sistema giuridico, quale quello dell’ONU, caratterizzato dalla mancanza “manifesta” di una garanzia di tutela giurisdizionale dei diritti fondamentali.

5. La competenza del giudice di Lussemburgo a controllare indirettamente alla luce dei diritti fondamentali la normativa nazionale adottata in esecuzione di decisioni del Consiglio di sicurezza

La questione del rispetto dei diritti fondamentali previsti dall’ordinamento dell’Unione da parte degli Stati membri, nel caso in cui essi agiscano per dare esecuzione alle decisioni del Consiglio di sicurezza, va analizzata sotto un duplice profilo: da un lato, occorre prendere in considerazione la circostanza in cui gli Stati danno autonomamente e direttamente attuazione a tali decisioni nel proprio ordinamento giuridico; dall’altro, va esaminato il caso in cui l’intervento dello Stato sia destinato a dare applicazione ad un precedente atto dell’Unione, adottato allo scopo di dare esecuzione alla risoluzione del Consiglio di sicurezza.

La possibilità per gli Stati dell’Unione di dare autonomamente attuazione alle decisioni del Consiglio di sicurezza è stata ammessa, oltre che in dottrina¹²¹, dalla stessa Corte di giustizia nel caso *Centro-Com* del 1997¹²², anche qualora la

¹¹⁹ V. Corte di giustizia, *Kadi*, cit., punto 316.

¹²⁰ Ivi, punto 318.

¹²¹ In proposito, ritiene che una tale tesi possa trovare fondamento negli articoli 297 e 307 CE (rispettivamente, articoli 347 e 351 TFUE) P. PIRRONE, *Attuazione delle risoluzioni del Consiglio di sicurezza contro il terrorismo e tutela giurisdizionale dei diritti fondamentali nell’ordinamento comunitario: la sentenza della Corte di giustizia relativa ai casi Kadi e Al Barakaat*, in *Diritti umani e diritto internazionale*, p. 66 ss. e ID., *L’attuazione delle decisioni del Consiglio di sicurezza tra ordinamento nazionale e ordinamento comunitario*, in A. GIARDINA, F. LATTANZI (a cura di), *Studi di diritto internazionale in onore di Gaetano Arangio-Ruiz*, Napoli, 2004, p. 571 ss. V., inoltre, A. DAVÌ, *Comunità europee e sanzioni economiche internazionali*, Napoli, 1993, p. 591 ss.; N. ANGELET, *La mise en œuvre des mesures coercitives économiques des Nations Unies dans la Communauté européenne*, in *Revue belge de droit International*, 1993, p. 523 ss.; A. LANG, *Risoluzioni del Consiglio di sicurezza, obblighi comunitari e politica estera dell’Unione europea*, in *Comunicazioni e Studi*, 1997, vol. XXI, p. 584 ss.; R. PAVONI, *UN Sanctions in EU and National Law: The Centro-Com Case*, in *International and Comparative Law Quarterly*, 1999, p. 594.

¹²² Corte di giustizia, *Centro-Com*, cit. La Corte era stata chiamata a pronunciarsi in via pregiudiziale in riferimento al regolamento (CEE) n. 1432/92 del Consiglio del 1° giugno 1992, adottato in esecuzione alla risoluzione n. 757 (1992) del Consiglio di sicurezza, con cui si proibiva il commercio tra la Comunità europea e le Repubbliche di Serbia e di Montenegro, fatta eccezione, a seguito di un’autorizzazione preventiva da rilasciarsi dalle competenti autorità degli Stati membri, per le esportazioni di prodotti destinati a scopi strettamente medici e derrate alimentari, previamente notificati al Comitato istituito a norma della risoluzione 724 (1991) del Consiglio di sicurezza. V., inoltre, Tribunale di primo grado, *Dorsch Consult*, cit., punto 74.

disciplina nazionale adottata a tal fine dovesse risultare in contrasto con una norma di diritto primario dell'Unione europea.

Per quanto attiene agli obblighi che discendono dalla Carta delle Nazioni Unite in capo agli Stati membri, nella sentenza *Kadi* del 2005, il Tribunale ritiene che essi prevalgano “incontestabilmente” su qualsiasi altro obbligo di diritto interno o di diritto internazionale pattizio, tra cui vanno inclusi, per gli Stati che ne siano parti contraenti, anche quelli derivanti dalla CEDU e dai Trattati UE¹²³. Nello specifico, la prevalenza della Carta delle Nazioni Unite e, ai sensi dell'art. 25 della stessa Carta, delle risoluzioni vincolanti del Consiglio di sicurezza discenderebbe sia dai principi di diritto consuetudinario, codificati nell'art. 27 della Convenzione di Vienna sul diritto dei trattati del 1969, che prevedono che gli Stati non possono invocare le disposizioni del proprio diritto interno per giustificare la mancata esecuzione di un trattato internazionale, sia dall'art. 103 della Carta, in virtù del quale gli obblighi sanciti da quest'ultima, ivi compresi quelli che derivano dalle decisioni del Consiglio di Sicurezza, prevalgono su qualsiasi altro obbligo internazionale convenzionale. Inoltre, la prevalenza della Carta sui Trattati risulterebbe confermata anche dagli articoli 297 e 307 CE (ora, articoli 347 e 351 TFUE).

Sulla base di tali premesse, nella sentenza *Kadi* del 2005, il Tribunale, richiamando la giurisprudenza elaborata nel caso *Centro-Com*, giunge a riconoscere agli Stati anche la possibilità di “disapplicare qualsiasi disposizione di diritto ... [dell'Unione], seppur di diritto primario o un principio generale di tale diritto”, qualora ciò sia necessario per adempiere agli obblighi derivanti dalla Carta delle Nazioni Unite, quindi da una decisione del Consiglio di Sicurezza.

Le conclusioni cui giunge il Tribunale sono state smentite dalla successiva giurisprudenza della Corte di giustizia. Nella sentenza *Kadi* del 2008, la Corte, infatti, – come già sopra indicato – ha affermato che “il controllo ... della validità di qualsiasi atto ... [adottato dalle istituzioni dell'UE] sotto il profilo dei diritti fondamentali deve essere considerato come l'espressione, in una comunità di diritto, di una garanzia costituzionale derivante ... [dai Trattati], quale sistema giuridico autonomo, che non può essere compromessa da un accordo internazionale”¹²⁴. In considerazione del contesto in cui tale precisazione è stata formulata e del suo contenuto, si è indotti a ritenere che la Corte faccia riferimento ai limiti, costituiti dai principi fondanti l'Unione, che l'esecuzione degli obblighi derivanti dalla Carta delle Nazioni Unite incontra nell'ordinamento giuridico dell'UE quando ad essi danno esecuzione le istituzioni dell'Unione. Ciononostante, sia in considerazione della giurisprudenza richiamata dalla Corte sia con riferimento al contenuto degli articoli 297 e 307 CE (ora, articoli 347 e 351 TFUE), non si può escludere che gli stessi limiti valgano anche nei confronti degli Stati laddove diano autonomamente

¹²³ V. Tribunale di primo grado, *Yusuf*, cit., punti 231-241, e *Kadi*, cit., punti 181-191.

¹²⁴ V. Corte di giustizia, *Kadi*, cit., punto 361, nonché punti 281-285 e 303-304.

esecuzione ad obblighi internazionali attraverso l'adozione di una normativa interna che ricada nell'ambito di applicazione del diritto dell'Unione¹²⁵.

In altri termini, anche le misure autonomamente adottate da uno Stato membro allo scopo di attuare gli impegni assunti per il mantenimento della pace e della sicurezza internazionale, inclusi gli obblighi derivanti dalle le decisioni del Consiglio di sicurezza adottate *ex capitulo* VII della Carta ONU, qualora rientrino l'ambito di applicazione del diritto dell'Unione, non possono porsi in contrasto con il principio del rispetto dei diritti fondamentali¹²⁶. Di conseguenza, tale disciplina nazionale può essere sottoposta, in occasione di una pronuncia pregiudiziale, al controllo della Corte di giustizia al fine di esaminarne la compatibilità con “i principi che fanno parte dei fondamenti stessi dell'ordinamento giuridico” dell'Unione e di “fornire tutti gli elementi d'interpretazione necessari alla valutazione, da parte del giudice nazionale, della conformità di detta normativa con i diritti fondamentali” di cui la Corte garantisce il rispetto¹²⁷.

Anche laddove alle risoluzioni del Consiglio di sicurezza sia data esecuzione a livello di Unione europea, gli Stati membri, nei casi in cui si trovino ad esercitare competenze proprie – ad esempio quando siano investiti da una domanda di cancellazione dalla lista –, sono obbligati a garantire il rispetto degli standard di tutela imposti dall'ordinamento dell'Unione. Infatti, nella sentenza *Ayadi*, il Tribunale ha precisato che, ancorché previsto da una risoluzione del Consiglio di sicurezza e disciplinato dalle direttive del Comitato per le sanzioni, il diritto riconosciuto gli iscritti nelle liste del Comitato per le sanzioni di inoltrare una richiesta di radiazione al Governo del Paese in cui risiedono o di cui sono cittadini è stato reso disponibile agli interessati attraverso l'adozione di un regolamento. Pertanto, il diritto al riesame al fine di ottenere la cancellazione del proprio nominativo dalla lista risulta rafforzato dalle ulteriori garanzie che riceve dall'ordinamento dell'Unione. Da ciò deriva che gli Stati, nell'ambito delle procedure che devono attivare al fine di esaminare l'istanza presentata da un soggetto i cui capitali siano stati congelati, sono tenuti ad agire nel rispetto dei diritti fondamentali garantiti dall'Unione, anche perché ciò “non sembra atto ad ostacolare la corretta esecuzione dei loro obblighi a titolo della Carta delle Nazioni Unite”¹²⁸.

Quanto detto trova conferma anche nella sentenza *Möllendorf* del 2007, in cui la Corte ribadisce che i precetti inerenti alla tutela dei diritti fondamentali nell'ordinamento giuridico dell'UE vincolano anche gli Stati membri quando questi danno attuazione al diritto dell'Unione e in particolare, considerato che nel caso

¹²⁵ Cfr. N. LAVRANOS, *The Impact of the Kadi Judgment on the International Obligations of the EC Member States and the EC*, in *Yearbook of European Law*, 2009, p. 616 ss.

¹²⁶ V. Corte di giustizia, *Kadi*, cit. punto 304.

¹²⁷ V., in proposito, N. NAPOLETANO, *La nozione di “campo di applicazione del diritto comunitario” nell'ambito delle competenze della Corte di giustizia in tema di tutela dei diritti fondamentali*, in *Il Diritto dell'Unione Europea*, 2004, p. 679 ss.

¹²⁸ V. Tribunale primo grado, *Ayadi*, cit., punto 146, e *Hassan*, cit., punto 116.

di specie si fa riferimento al regolamento n. 881/2002, agli atti con cui le istituzioni dell'Unione danno esecuzione alle decisioni del Consiglio di sicurezza¹²⁹. Come indicato in precedenza, anche in questo caso la disciplina nazionale adottata a tal fine può essere sottoposta al controllo indiretto del giudice di Lussemburgo alla luce dei diritti fondamentali garantiti dall'Unione. In tal senso, nella sentenza *Ayadi*, il Tribunale stabilisce che, nell'ambito di una domanda di riesame, gli Stati membri devono provvedere, sulla base del sistema di tutela predisposto dall'ordinamento dell'Unione, a che agli interessati sia garantito il diritto di avviare il procedimento di cancellazione e di essere ascoltati dalle autorità nazionali competenti. A tal fine, gli Stati devono tener conto dei limiti di tutela effettiva dei diritti cui sono soggetti coloro che sono stati colpiti da misure di congelamento nel contesto della procedura che conduce all'adozione delle sanzioni nei loro confronti e, nello specifico, sia della circostanza che essi non hanno potuto prendere conoscenza dei motivi precisi per i quali sono stati inseriti nella lista contestata o degli elementi di prova su cui tali motivi si fondano, sia del fatto che ad essi non è stata concessa la possibilità di farsi ascoltare personalmente dal Comitato per le sanzioni.

Quale ulteriore strumento di garanzia, si aggiunga, inoltre, che gli Stati membri hanno l'obbligo di riconoscere agli interessati anche il diritto di proporre un ricorso giurisdizionale interno sia contro un eventuale rifiuto abusivo dell'autorità nazionale competente di sottoporre il loro caso al Comitato per le sanzioni al fine di un riesame, sia, più in generale, contro ogni violazione, commessa da parte di detta autorità nazionale, del diritto di richiedere il riesame del loro caso. In proposito, va infatti tenuto conto che, sulla base di una giurisprudenza consolidata della Corte di giustizia, spetta all'ordinamento giuridico di ciascuno Stato membro stabilire, in stretta osservanza dei principi di equivalenza e di effettività, le modalità procedurali dei ricorsi giurisdizionali intesi a garantire la tutela dei diritti spettanti ai singoli in forza delle norme di diritto dell'Unione aventi effetto diretto¹³⁰.

6. Sviluppi successivi alla sentenza *Kadi* della Corte di giustizia

Tra gli effetti più importanti che sono stati riconosciuti alla pronuncia della Corte di giustizia nel caso *Kadi*, vi è certamente quello legato alla possibilità di esercitare una pressione forte sul Consiglio di sicurezza e sugli Stati membri

¹²⁹ V. Corte di giustizia, *Möllendorf*, cit., punto 78.

¹³⁰ V. Tribunale di primo grado, *Ayadi*, cit., punti 147-151, e *Hassan*, cit., punti 117-121. In tal senso v., inoltre, Tribunale di primo grado di Bruxelles, *Nabil Sayadi e Patricia Vinck c. Belgio*, sentenza dell'11 febbraio 2005 e Tribunale federale svizzero, *Nada c. SECO*, sentenza del 14 novembre 2007, disponibile su www.bger.ch. Cfr., inoltre, M. GESTRI, *Consiglio di sicurezza e sanzioni mirate: obblighi degli Stati di agire in protezione diplomatica dei singoli?*, in G. VENTURINI, S. BARIATTI (a cura di), in *Liber Fausto Pocar. Volume I - Diritti individuali e giustizia internazionale.*, Milano, 2009, p. 353 ss.

dell'Unione affinché introducano ulteriori modifiche delle procedure di *listing* e di *de-listing* che siano maggiormente rispettose dei diritti fondamentali¹³¹.

In proposito, va considerato che all'epoca della sentenza *Kadi* tali procedure erano quelle previste a seguito delle modifiche introdotte con le risoluzioni 1730 e 1735 (2006) del Consiglio di sicurezza. Successivamente, la procedura di radiazione è stata modificata dalla risoluzione 1904 (2009). Con tale risoluzione, il Consiglio ha istituito l'Ufficio dell'*Ombudsperson*, a cui è stata attribuita la competenza, in sostituzione del Punto focale previsto dalla risoluzione 1730 (2006), a ricevere, esaminare e decidere sull'ammissibilità delle istanze individuali di radiazione dall'elenco predisposto dal Comitato delle sanzioni contro Osama bin Laden, Al-Qaeda e i talebani e le persone ed entità ad essi associati¹³². Tuttavia, l'unico elemento di reale novità della procedura è rappresentato dal fatto che non è più necessaria la richiesta di uno degli Stati interessati affinché l'istanza di radiazione sia inserita all'ordine del giorno del Comitato per le sanzioni, dal momento che l'inserimento avviene in via automatica a seguito della presentazione del rapporto predisposto dall'*Ombudsperson*.

Nella sostanza, quindi, restano irrisolti i problemi connessi con il carattere politico ed intergovernativo della procedura di radiazione e quelli derivanti da una forte compressione dei diritti fondamentali dei soggetti iscritti nell'elenco del Comitato. Seppure, quindi, la sentenza *Kadi* della Corte di giustizia può considerarsi uno stimolo importante all'introduzione da parte del Consiglio di sicurezza di meccanismi correttivi del sistema di imposizione delle sanzioni economiche¹³³, non si può certo ritenere che i miglioramenti sinora apportati alla procedura corrispondano all'introduzione di garanzie effettive dei diritti dei soggetti colpiti dalle sanzioni, in grado di garantire un carattere equo e trasparente del

¹³¹ Cfr. A. GIANELLI, *L'«autonomia» del sistema giuridico comunitario ...*, cit., p. 1084; A. CIAMPI, *Un Ombudsperson per gestire le richieste al Comitato 1267 per la cancellazione dalle liste*, in *Rivista di diritto internazionale*, 2010, p. 110.

¹³² Sulle competenze dell'*Ombudsperson*, v. l'allegato II della risoluzione 1904 (2009) del Consiglio di sicurezza. In particolare, nell'ambito della procedura di valutazione della richiesta di radiazione, l'*Ombudsperson*, in coordinamento con il Comitato e con il Gruppo di monitoraggio istituito dalla risoluzione 1526 (2004), le cui competenze sono state nuovamente specificate nell'allegato I della risoluzione 1904 (2009), ha la funzione di raccogliere ulteriori informazioni e chiarificazioni sia dagli Stati sia dal richiedente. Sulla base degli elementi raccolti, l'*Ombudsperson* presenta un rapporto globale (*Comprehensive Report*) al Comitato per le sanzioni, il quale, esaminato il rapporto, si esprime sulla richiesta di radiazione per *consensus*. Cfr., sul punto, A. CIAMPI, *Un Ombudsperson ...*, cit., p. 106 ss.

¹³³ Ivi, p. 110: «il maggiore valore [della sentenza *Kadi*] è quello di aver offerto un impulso per l'introduzione di ulteriori correttivi alle procedure universali, piuttosto che una soluzione, sia pure solo provvisoria e residuale, al problema della tutela dei diritti umani di individui ed enti colpiti dalle «targeted sanctions» ... Le difficoltà ad introdurre un meccanismo per l'esame delle richieste di *de-listing* effettivamente rispettoso dei diritti dell'uomo sono la conseguenza, in gran parte inevitabile, delle attuali procedure di *listing*, interamente affidate all'iniziativa di un qualsiasi Stato membro delle Nazioni Unite».

procedimento di iscrizione nell'elenco nonché i diritti di difesa e ad un rimedio giurisdizionale effettivo durante la procedura di radiazione¹³⁴.

La sentenza *Kadi* del 2008 ha avuto, inoltre, un impatto sull'attività sia del Tribunale che delle altre istituzioni dell'Unione.

Gli effetti della sentenza *Kadi* del 2008 sulla giurisprudenza del Tribunale sono ravvisabili nella sua pronuncia relativa al caso *Othman* del 2009¹³⁵, in cui sono sollevate questioni sostanzialmente identiche a quelle del caso *Kadi*¹³⁶. Il Tribunale si allinea alla giurisprudenza della Corte di giustizia: richiamando, infatti, in più punti la sentenza *Kadi*, esso sottopone a controllo di legittimità il regolamento n. 881/2002, constata che tale atto determina una violazione dei diritti fondamentali del ricorrente e, di conseguenza, ne decide l'annullamento nella parte in cui riguarda il sig. Othman¹³⁷.

Nel caso *Kadi*, la Corte specifica che l'annullamento del regolamento n. 881/2002 nella parte in cui riguarda i ricorrenti si basa su una violazione di principi – diritti della difesa, alla tutela giurisdizionale effettiva e di proprietà – applicabili nell'ambito della procedura seguita nell'adottare le misure restrittive introdotte da detto regolamento e che, pertanto, non è escluso che nel merito l'applicazione di tali misure possa comunque rivelarsi giustificata. La Corte, quindi, al fine di evitare un "pregiudizio grave ed irreversibile" all'efficacia delle misure restrittive imposte dal regolamento n. 881/2002, decide di farne salvi gli effetti per un periodo non superiore ai tre mesi a decorrere dalla data di pronuncia della sentenza.

Nel caso *Othman*, invece, il Tribunale respinge per due ordini di motivi la richiesta avanzata dal Consiglio di conservare, in virtù dell'art. 231 CE (art. 264 TFUE), l'efficacia del regolamento per un ulteriore periodo di tempo. Il primo motivo, di natura tecnica, attiene al fatto che, a differenza del carattere immediatamente esecutivo delle decisioni di annullamento di un regolamento adottate dalla Corte di giustizia, le sentenze del Tribunale producono effetti solo dopo che sia trascorso un minimo di due mesi a partire dalla notifica oppure, qualora sia stata proposta impugnazione entro detto termine, a decorrere dal rigetto di quest'ultima. Al Consiglio, pertanto, è concesso un termine quasi identico a quello previsto dalla Corte per porre rimedio alle violazioni constatate, adottando, se necessario, una nuova misura restrittiva nei confronti del ricorrente¹³⁸. Prendendo in considerazione la notevole incidenza che le misure restrittive han-

¹³⁴ Cfr. M. ARCARI, *Sviluppi in tema di tutela dei diritti di individui ...*, cit., p. 676 ss.

¹³⁵ V. Tribunale di primo grado, *Othman c. Consiglio*, causa T-318/01, sentenza dell'11 giugno 2009. Per un commento, cfr. P. PIRRONE, *Ancora sui rapporti tra ONU e CE in materia di lotta al terrorismo e tutela dei diritti fondamentali: la sentenza del Tribunale di primo grado nel caso Othman*, in *Diritti umani e diritto internazionale*, 2009, p. 654 ss.

¹³⁶ V. Tribunale di primo grado, *Othman*, cit., punto 82. Il Tribunale espressamente riconosce che "il ricorrente si trova in una situazione di fatto e di diritto del tutto analoga a quella dei ricorrenti nelle cause che hanno dato origine alla sentenza *Kadi* della Corte".

¹³⁷ Ivi, punti 85-94.

¹³⁸ Ivi, punto 98.

no sui diritti e sulle libertà degli interessati¹³⁹, il secondo motivo si fonda sulla circostanza che, a decorrere dalla data della pronuncia della sentenza *Kadi*, ossia dal 3 settembre 2008, il Consiglio ha avuto a disposizione un periodo di tempo maggiore dei tre mesi che la Corte di giustizia ha reputato ragionevole al fine di porre rimedio alle violazioni constatate nella sentenza da ultimo citata¹⁴⁰. Questa argomentazione si basa sul fatto che il Tribunale ritiene che, essendo il caso del sig. Othman del tutto analogo a quello del sig. Kadi e della Al Barakaat International Foundation, il Consiglio avrebbe dovuto, sin dalla data di emanazione della sentenza *Kadi* del 2008, attivarsi ed intraprendere tutte quelle azioni necessarie, “in particolare presso il Comitato per le sanzioni, al fine di adeguare i procedimenti ... [dell’Unione] di congelamento dei capitali ai principi enunciati dalla Corte”¹⁴¹. In altri termini, in considerazione del carattere particolarmente lesivo dei diritti fondamentali di tutti coloro il cui nominativo è inserito nell’allegato I al regolamento n. 881/2002 e del lasso di tempo trascorso dalla sentenza *Kadi* del 2008, a cui vanno aggiunti gli ulteriori due mesi circa dalla data della sentenza *Othman* a disposizione del Consiglio per porre rimedio a tali violazioni, il Tribunale non ritiene che il pregiudizio all’efficacia delle misure restrittive imposte dal regolamento annullato si possa ritenere di un’intensità tale da giustificare la loro conservazione per un periodo superiore¹⁴².

I motivi adottati dal Tribunale per rigettare la proposta del Consiglio risultano di particolare interesse. Se, da un alto, appare chiaro che il Tribunale non ha inteso estendere gli effetti della sentenza *Kadi* del 2008 anche a coloro che si trovino in una posizione analoga a quella dei due ricorrenti dinanzi alla Corte di giustizia, dall’altro, nel ragionamento del Tribunale sembra potersi leggere un tentativo abbastanza palese di stigmatizzare l’inerzia delle istituzioni dell’Unione ad intervenire, attraverso gli Stati membri, sul Comitato per le sanzioni e, in ultima analisi, sul Consiglio di sicurezza al fine di trovare una soluzione più ampia alla violazione dei diritti fondamentali che le attuali procedure di *listing* e di *de-listing* comportano. Inoltre, poiché la competenza a dare esecuzione alle risoluzioni del Consiglio di sicurezza non può essere esercitata dalle istituzioni in contrasto con i valori fondamentali su cui si basa l’ordinamento dell’Unione, sembra che il Tribunale abbia voluto anche ribadire la necessità che, in mancanza di una riforma della procedura relativa alle misure restrittive e di congelamento attuata nell’ambito delle Nazioni Unite, le istituzioni dell’Unione dovranno intervenire al fine di individuare un sistema che si dimostri compatibile con le esigenze di tutela dei diritti fondamentali nell’ambito dell’Unione.

In riferimento a quest’ultimo aspetto, a seguito della sentenza *Kadi* del 2008, la Commissione ed il Consiglio hanno adottato una serie di atti per stabilire una pro-

¹³⁹ V. Corte di giustizia, *Kadi*, cit., punti 375 e 376.

¹⁴⁰ V. Tribunale di primo grado, *Othman*, cit., punto 96.

¹⁴¹ Ivi, punto 97.

¹⁴² Ivi, punto 98.

cedura di inserimento nell'elenco di cui all'allegato I del regolamento 881/2002 che garantisse i diritti della difesa e, in particolare, il diritto al contraddittorio.

La Commissione, sottolineando l'esigenza di conformarsi alla sentenza *Kadi* della Corte di giustizia, ha trasmesso al sig. Kadi e alla Al Barakaat International Foundation una sintesi delle motivazioni indicate dal Comitato per le sanzioni, offrendo loro la possibilità di presentare le proprie osservazioni in proposito. Esaminate tali osservazioni, tuttavia, la Commissione, con il regolamento n. 1190/2008¹⁴³, ha ritenuto giustificato l'inserimento di entrambi i nominativi nell'elenco di coloro i cui capitali e le cui risorse economiche devono essere congelate, disponendone l'applicazione retroattiva al 30 maggio 2002 al fine di "tutelare gli interessi legittimi degli operatori economici che fanno affidamento sulla legittimità del regolamento" annullato dalla Corte. Sulla base della stessa procedura e con identiche motivazioni, la Commissione, con i regolamenti 732/2009¹⁴⁴ e 954/2009¹⁴⁵, ha confermato l'inclusione nell'allegato I del regolamento n. 881/2002 dei nominativi dei sig. Othman, Al-Ayadi e Hassan, con efficacia retroattiva sino alla data del loro primo inserimento. Con riferimento ai regolamenti ora citati, non si può certamente affermare che la procedura seguita dalla Commissione ed il carattere esiguo della motivazione adottata per giustificare l'adozione, con efficacia retroattiva, delle misure sanzionatorie nei confronti degli interessati siano sufficienti a garantire lo standard di tutela dei diritti fondamentali definito dalla Corte di giustizia nella sentenza *Kadi*¹⁴⁶.

Il Consiglio, da parte sua, con il regolamento n. 1286/2009¹⁴⁷ ha previsto che debba essere comunicata, direttamente o mediante avviso pubblico, alla persona, all'entità, all'organismo o al gruppo la motivazione dell'inserimento nell'allegato I del regolamento n. 881/2002 fornita dal Comitato per le sanzioni, dando loro la possibilità di formulare le proprie osservazioni in merito. Tale mo-

¹⁴³ V. regolamento (CE) n. 1190/2008 del 28 novembre 2008, recante centunesima modifica del regolamento (CE) n. 881/2002, in GU L 322 del 2 dicembre 2008.

¹⁴⁴ V. regolamento (CE) n. 732/2009 del 10 agosto 2009, recante centoundicesima modifica del regolamento (CE) n. 881/2002, in GU L 208 del 12 agosto 2009.

¹⁴⁵ V. regolamento (CE) n. 954/2009 del 13 ottobre 2009, recante centoquattordicesima modifica del regolamento (CE) n. 881/2002, in GU L 269 del 14 ottobre 2009. Al momento dell'adozione di siffatto regolamento risultavano ancora pendenti dinanzi alla Corte di giustizia i ricorsi avverso le sentenze *Hassan* e *Ayadi* del 2006 emanate dal Tribunale di primo grado. Nella successiva sentenza *Hassan* del 2009, la Corte, pur prendendo in considerazione il regolamento n. 954/2009 per valutarne l'incidenza sui ricorsi d'impugnazione presentati dianzi ad essa e su un eventuale non luogo a statuire, si limita ad affermare che esso potrà essere impugnato attraverso un nuovo ricorso di annullamento (punto 63).

¹⁴⁶ Cfr. F. SALERNO, *Quale «comunità di diritto» per il signor Kadi?*, in *Rivista di diritto internazionale*, 2009, p. 115. Il 26 febbraio 2009, il sig. Kadi ha chiesto al Tribunale di annullare il regolamento n. 1190/2008, adducendo quali motivi del ricorso la violazione dei propri diritti di difesa, nello specifico dei diritti ad un effettivo contraddittorio e ad una tutela giurisdizionale effettiva, e di proprietà (*Kadi c. Commissione*, causa T-85/09, in GU C 90 del 18 aprile 2009).

¹⁴⁷ V. regolamento (UE) n. 1286/2009 del 22 dicembre 2009, recante modifica del regolamento (CE) n. 881/2002, in GU L 346 del 23/12/2009.

tivazione, tuttavia, deve essere notificata ai soggetti interessati solo dopo la pubblicazione della decisione iniziale di congelamento adottata dalla Commissione. Per quanto riguarda coloro che sono stati inseriti nell'allegato I prima del 3 settembre 2008, il Consiglio ha stabilito che la comunicazione della motivazione del loro inserimento nell'elenco sia fatta dalla Commissione solo su richiesta di parte¹⁴⁸. Sulla base delle osservazioni presentate dal soggetto destinatario delle misure di congelamento oppure a seguito di una sua ulteriore richiesta di radiazione basata su nuove prove sostanziali presentate, la Commissione è tenuta a riesaminare la decisione di inserimento, comunicandone l'esito sia all'interessato che al Comitato per le sanzioni.

Al di là del doppio regime previsto per coloro che sono stati inseriti nell'allegato I del regolamento n. 881/2002 prima o dopo la data della sentenza *Kadi* del 2008 – che potrebbe anche ritenersi lesivo del principio di uguaglianza –, le modifiche introdotte dal Consiglio a detto regolamento non sembrano offrire una garanzia adeguata del diritto ad un processo equo ai destinatari di una misura sanzionatoria. Come stabilito dal regolamento n. 1286/2009, la motivazione comunicata agli interessati, infatti, contiene solo la parte pubblica e la sintesi dei motivi dell'inserimento forniti dal Comitato per le sanzioni. Su quest'ultimo aspetto, va considerato che la Corte di giustizia nella sentenza *Kadi* ha affermato che, trattandosi di atti di esecuzione di una decisione del Consiglio di sicurezza adottata nell'ambito della lotta al terrorismo, considerazioni imperative relative alla sicurezza o alla conduzione delle relazioni internazionali dell'Unione e dei suoi Stati membri “possono ostare alla comunicazione agli interessati di taluni elementi e, pertanto, all'audizione degli stessi in merito a tali elementi”. Ciononostante, è possibile esprimere seri dubbi sul fatto che la compressione dei diritti della difesa – in particolare del diritto al contraddittorio e del diritto ad una tutela giurisdizionale effettiva – che deriva dal regolamento n. 1286/2009 possa considerarsi proporzionata anche ai fini del contrasto al terrorismo e, in sostanza, compatibile con lo standard di protezione dei diritti fondamentali previsto dall'ordinamento dell'Unione¹⁴⁹.

7. Considerazioni finali in margine alle modifiche introdotte a seguito dell'entrata in vigore del Trattato di Lisbona

L'entrata in vigore del Trattato di Lisbona ha introdotto alcune modifiche relative alle competenze delle istituzioni dell'Unione in materia di misure sanzionatorie nei confronti dei singoli.

¹⁴⁸ In termini simili si era espressa la Commissione con un avviso pubblicato in GU C 330 del 30 dicembre 2008.

¹⁴⁹ Cfr. P. PIRRONE, *Attuazione delle risoluzioni del Consiglio di sicurezza ...*, cit., p. 83.

Sulla base di una decisione PESC, l'art. 215 TFUE, al par. 2, innovando la disciplina di cui al precedente art. 301 CE (art. 215 TFUE), sancisce espressamente la competenza del Consiglio ad adottare¹⁵⁰, su proposta congiunta dell'Alto rappresentante dell'Unione per gli affari esteri e la politica di sicurezza e della Commissione, "misure restrittive nei confronti di persone fisiche o giuridiche, di gruppi o di entità non statali"¹⁵¹. Inoltre, l'art. 75 TFUE, inserito tra le disposizioni generali relative allo Spazio di libertà, sicurezza e giustizia, anche in questo caso modificando il precedente art. 60 CE, prevede che, nell'ambito della prevenzione e la lotta contro il terrorismo e le attività connesse, il Parlamento europeo e il Consiglio¹⁵² possono definire le misure amministrative concernenti "i movimenti di capitali e i pagamenti, quali il congelamento dei capitali, dei beni finanziari o dei proventi economici appartenenti, posseduti o detenuti da persone fisiche o giuridiche, da gruppi o da entità non statali".

A differenza di quelle previste dall'art. 215 TFUE, le misure economiche e finanziarie di cui all'art. 75 TFUE, oltre ad avere un contenuto più specifico, non sono soggette alla previa adozione di una decisione PESC. In relazione ad entrambi i tipi di misure, il Trattato FUE stabilisce che gli atti con cui esse sono adottate debbano contenere "le necessarie disposizioni sulle garanzie giuridiche" (articoli 215, par. 3, e 75, terzo comma, TFUE).

Per quanto attiene alla Corte di giustizia, gli atti con cui sono adottate le misure previste dagli articoli 215 e 75 TFUE sono soggetti al suo controllo di legittimità. Inoltre, l'art. 275 TFUE, pur confermando l'esclusione della competenza della Corte di giustizia in ambito PESC prevista dai precedenti Trattati, stabilisce che la Corte è invece competente a pronunciarsi sui ricorsi di annullamento proposti ai sensi del quarto comma dell'art. 263 TFUE e riguardanti il controllo della legittimità delle decisioni PESC che prevedono misure restrittive nei confronti di persone fisiche o giuridiche adottate dal Consiglio, incluse quindi anche le decisioni a cui non è stata data ulteriore esecuzione da parte delle istituzioni UE ai sensi dell'art. 215 TFUE e quelle a cui è stata data attuazione direttamente da parte degli Stati membri. L'attribuzione alla Corte di tale competenza colma, anche se solo in parte¹⁵³, una lacuna grave nel sistema di tutela giurisdizionale precedentemente predisposto dall'ordinamento dell'Unione, fornendo ai singoli – alle condizioni

¹⁵⁰ Il Consiglio gode, ex art. 296 TFUE, della piena discrezionalità in ordine alla scelta della forma da utilizzare per l'adozione di misure restrittive previste dall'art. 215, par. 2, TFUE, che, in virtù dell'art. 297, par. 2, TFUE, può essere quella di regolamento, direttiva o decisione. È escluso, quindi, che si tratti di un "atto legislativo" nel significato indicato dall'art. 289 TFUE.

¹⁵¹ Per un'analisi, si rinvia al contributo di M.E. BARTOLONI, *Il principio d'attribuzione e la tutela dei diritti fondamentali nelle decisioni di politica estera: quid iuris se la lacuna non fosse stata sanata?*, in questo *Volume*.

¹⁵² Il Parlamento europeo e il Consiglio adottano le misure restrittive di cui all'art. 75 TFUE deliberando mediante regolamenti secondo la procedura legislativa ordinaria.

¹⁵³ Cfr., in proposito, N. LAZZERINI, *op. cit.*, p. 1090 ss., nonché il contributo di M.E. BARTOLONI in questo *Volume*.

stabilite dal Trattato FUE per i ricorsi di annullamento promossi avverso gli atti adottati dalle istituzioni negli altri settori di competenza dell'Unione – la possibilità di agire direttamente nei confronti delle misure PESC capaci di incidere negativamente sui diritti fondamentali tutelati dall'ordinamento dell'Unione, quali quelle con cui si stabilisce il congelamento dei beni e delle altre risorse economiche e finanziarie appartenenti a soggetti sospettati di terrorismo¹⁵⁴.

Inoltre, quasi a voler integrare il ragionamento sviluppato dalla Corte nella sentenza *Kadi*, l'art. 352 TFUE, nel recepire il contenuto del precedente art. 308 CE, stabilisce al par. 4 che “[i]l presente articolo non può servire di base per il conseguimento di obiettivi riguardanti la politica estera e di sicurezza comune” e, inoltre, che qualsiasi atto adottato a norma di tale articolo deve rispettare i limiti previsti nell'art. 40, secondo comma, TUE, ossia lasciare “impregiudicata l'applicazione delle procedure e la rispettiva portata delle attribuzioni delle istituzioni previste dai Trattati per l'esercizio delle competenze dell'Unione” nell'ambito della PESC¹⁵⁵.

Infine, il Trattato di Lisbona stabilisce, all'art. 21 TUE, che “[l]'azione dell'Unione sulla scena internazionale si fonda sui principi che ne hanno informato la creazione, lo sviluppo e l'allargamento”, tra i quali rientra il “rispetto dei principi della Carta delle Nazioni Unite e del diritto internazionale”. Secondo parte della dottrina¹⁵⁶, tale disposizione, prevedendo a livello dei Trattati un obbligo di adeguamento al diritto internazionale, potrebbe incidere sul rango delle norme di adattamento a quest'ultimo adottate dalle istituzioni, riconoscendo loro una posizione di prevalenza nella gerarchia delle fonti del diritto dell'Unione. Tuttavia, è stato anche giustamente considerato che, in relazione all'azione esterna dell'Unione, il principio del rispetto del diritto internazionale risulta menzionato insieme a quelli dell’“universalità e indivisibilità dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali” e del “rispetto della dignità umana”, assumendone quindi lo stesso valore. A ciò si aggiunga che il rispetto del diritto internazionale non risulta menzionato tra i “valori fondanti l'Unione” di cui all'art. 2 TUE, tra cui invece è indicato il rispetto della dignità umana e dei diritti umani, i quali peraltro risultano sia sanciti dalla Carta dei diritti fondamentali, che ha lo stesso valore giuridico dei Trattati (art. 6, par. 1, TUE), sia garantiti in quanto principi generali di diritto (art. 6, par. 3, TUE)¹⁵⁷.

Con riferimento alla giurisprudenza elaborata nella sentenza *Kadi* del 2008, sembra poco probabile – anche in considerazione del fatto che gli articoli 347 e

¹⁵⁴ Cfr. A. ADINOLFI, *La Corte di giustizia dell'Unione europea dopo il Trattato di Lisbona*, in *Rivista di diritto internazionale*, 2010, p. 52 ss.

¹⁵⁵ Cfr. M. CREMONA, *op. cit.*, p. 592, secondo cui il riferimento all'art. 40, secondo comma, TUE rende chiaro che: “this particular provision is designed more to protect the specificity of the Union's CFSP powers from encroachment via the ‘flexibility clause’ than to prevent ‘competence creep’, an over-expansion of Union powers”.

¹⁵⁶ Cfr. A. GIANELLI, *L'«autonomia» del sistema giuridico comunitario ...*, cit., p. 1084.

¹⁵⁷ Cfr., in proposito, N. NAPOLETANO in questo *Volume*.

351 TFUE conservano una formulazione sostanzialmente immutata rispetto ai precedenti articoli 297 e 307 CE – che il riferimento al “rispetto dei principi della Carta delle Nazioni Unite e del diritto internazionale” contenuto nell’art. 21 TUE possa portare la Corte di giustizia a mutare la posizione espressa fino al punto di stabilire che, allo scopo di dare esecuzione agli obblighi di diritto internazionale dell’Unione o degli Stati membri, inclusi quelli che discendono dalle decisioni del Consiglio di sicurezza, si possa autorizzare quella “deroga”, sinora esclusa, ai valori sanciti dall’art. 2 TUE e, quindi, “consentire di mettere in discussione i ... [valori] che fanno parte dei fondamenti stessi dell’ordinamento giuridico ... [dell’Unione], tra i quali quello della tutela dei diritti fondamentali, che include il controllo della legittimità degli atti ... [dell’Unione] quanto alla loro conformità a tali diritti fondamentali”¹⁵⁸.

A sostegno di quanto appena affermato, si possono aggiungere due ulteriori considerazioni. In primo luogo, ai sensi dell’art. 19 TUE, il ruolo della Corte quale garante del “rispetto del diritto nell’interpretazione e nell’applicazione” dei Trattati – una competenza che la Corte ha ritenuto far parte dei fondamenti stessi dell’UE¹⁵⁹ –, estendendosi a tutto il diritto dell’Unione, potrebbe portare il giudice di Lussemburgo ad ampliare la portata della tutela dei diritti fondamentali prevista dai Trattati¹⁶⁰, anche sulla scorta della giurisprudenza elaborata a partire dagli anni Settanta del secolo scorso. In secondo luogo, il diritto a una tutela giurisdizionale effettiva non solo fa parte dei principi giuridici generali in quanto risultante dalle tradizioni costituzionali comuni agli Stati membri e sancito dagli artt. 6 e 13 CEDU, ma è anche formalmente ribadito dall’art. 47 della Carta dei diritti fondamentali dell’Unione europea¹⁶¹.

¹⁵⁸ V. Corte di giustizia, *Kadi*, cit., punti 303-304.

¹⁵⁹ V. Corte di giustizia, parere 1/91 del 14 dicembre 1991, punti 35 e 71; parere 1/00 del 18 aprile 2002, punti 11 e 12; *Commissione c. Irlanda*, causa C-459/03, sentenza del 30 maggio 2006, punto 123; *Kadi e Al Barakaat c. Consiglio*, cause riunite n. C-402/05 P e C-415/05 P, sentenza del 3 settembre 2008, punto 282.

¹⁶⁰ Cfr. R. MASTROIANNI, *La tutela dei diritti nell’ordinamento comunitario: alcune osservazioni critiche*, in *Il Diritto dell’Unione Europea*, 2008, p. 856 ss.

¹⁶¹ V. Corte di giustizia, *Kadi*, cit., punto 335.

Sezione II

L'“azione” dell'Unione a favore dello sviluppo e del consolidamento della democrazia, dello Stato di diritto e del rispetto dei diritti umani

Oltre la politica di condizionalità: l'azione esterna dell'Unione europea e il rispetto delle norme imperative di diritto internazionale

Emanuele Rebasti

SOMMARIO: 1. Introduzione e cenni sulla politica di “condizionalità” nell’azione esterna dell’UE. – 2. Gli accordi conclusi dalla Comunità europea con il Marocco, Israele e Cipro. – 3. Il regime di diritto internazionale applicabile. – 4. Sull’invalidità degli accordi in esame. – 5. Sugli obblighi dell’UE nell’applicazione degli accordi in esame: un obbligo di interpretazione conforme alla norma imperativa. – 6. *Segue*: un obbligo di sorveglianza nell’applicazione degli accordi. – 7. *Segue*: un obbligo di sospensione degli accordi? – 8. *Segue*: gli obblighi derivanti dal principio di sovranità permanente sulle risorse naturali. – 9. Conclusioni.

1. Introduzione e cenni sulla politica di “condizionalità” nell’azione esterna dell’UE

Tra le molte innovazioni che il Trattato di Lisbona ha introdotto nel settore delle relazioni esterne vi è la compiuta ed unitaria definizione dei principi e degli obiettivi che devono guidare l’azione internazionale dell’Unione. Così i nuovi articoli 3, par. 5, e – in maggior dettaglio – 21 del Trattato sull’Unione europea chiariscono in via generale che nella sua azione esterna l’Unione pone a suo fondamento e promuove, tra gli altri, i principi della democrazia, dell’universalità ed indivisibilità dei diritti dell’uomo ed il rispetto dei principi della Carta delle Nazioni Unite e del diritto internazionale.

Pertanto, anche prima dell’entrata in vigore del nuovo trattato, l’azione esterna della Comunità e quindi dell’Unione non si erano limitate alla realizzazione di obiettivi puramente economici o commerciali ma si erano già orientate verso la promozione di valori universalmente condivisi a partire dal rispetto dei diritti umani fondamentali e dei principi democratici. Queste finalità dell’azione esterna si erano infatti progressivamente affermate nella prassi delle relazioni con gli Stati terzi ed erano state oggetto di formalizzazione ad opera dei precedenti trattati¹, anche se questi interventi normativi si erano dimostrati frammentari e disorganici².

¹ Così ad esempio la promozione dei diritti umani e delle libertà fondamentali, dello stato di diritto e della democrazia venivano indicate, anche se con formule ed accenti diversi, tra gli obiettivi della politica comunitaria in materia di cooperazione allo sviluppo (art. 177 CE divenuto, in seguito a modifica, art. 208 TFUE) e della politica in materia di cooperazione economica, finanziaria e tecnica con i paesi terzi (art. 181A CE ora divenuto art. 212 TFUE) nonché tra gli obiettivi della stessa politica estera e di sicurezza comune (previgente art. 11 UE). Il Trattato di Lisbona, con il di-

Questo “mandato costituzionale” alla tutela dei diritti fondamentali e del diritto internazionale nell’azione esterna, è stato alla base, ben prima dell’entrata in vigore del Trattato di Lisbona, di una serie di iniziative specificatamente finalizzate alla promozione dei valori in esame³ ma ha anche orientato le istituzioni

chiarato intento di perseguire l’obiettivo della coerenza e dell’unitarietà dell’azione internazionale dell’Unione, ha oggi riformulato le singole disposizioni sulle politiche esterne ed ha sostituito l’enunciazione di finalità specifiche per ogni singola politica con un riferimento ai fini e agli obiettivi generali dell’Unione nella sua azione esterna, enunciati nella prima parte a carattere “costituzionale” del TUE, ossia gli art. 3, 5 TUE e 21 TUE già citati nel testo. Appare chiaro a chi scrive che l’effetto inevitabile di questo intervento normativo è quello di ampliare la portata delle competenze dell’Unione attraverso una espansione delle finalità perseguibili da ogni singola politica. Tuttavia, questo effetto è controbilanciato da indicazioni che definiscono la finalità prioritaria dell’azione. Così ad esempio in materia di cooperazione allo sviluppo (art. 208 TFUE) è chiarito che se l’azione dell’Unione è condotta nel quadro degli obiettivi e principi generali, ha però come “obiettivo principale la riduzione e a termine l’eliminazione della povertà”.

² Un buon esempio è qui rappresentato dalle regole specifiche via via introdotte nei trattati per superare le difficoltà di ordine procedurale e di base giuridica sorte nella prassi per l’assunzione di decisioni di sospensione degli accordi conclusi dalla Comunità in caso di violazione di norme a tutela dei diritti umani (art. 300 CE) o per l’adozione di sanzioni verso Paesi terzi decise nell’ambito PESC (art. 301 CE). Questi interventi non si sono peraltro dimostrati risolutivi, come ha dimostrato il dibattito sulla base giuridica per sanzioni rivolte direttamente ad individui sorto nel ben noto caso *Kadi*. V. da ultimo la sentenza della Corte di giustizia delle Comunità europee, casi *Kadi*, *Al Barakaat c. Consiglio dell’UE*, *Commissione europea*, cause riunite C-402/05 e C-415/05, sentenza del 3 settembre 2008. Va sottolineato che l’entrata in vigore del Trattato di Lisbona ed in particolare con la fusione della Comunità e dell’Unione in un unico soggetto di diritto internazionale, non risolvono questi problemi. In effetti, la fusione sul piano esterno non comporta sul piano interno il venir meno delle peculiarità che nel precedente sistema distinguevano l’azione nel pilastro comunitario da quella della PESC (mentre il settore della cooperazione in materia di giustizia ed affari interni viene di fatto assimilato ad una competenza comunitaria). Ed infatti, le procedure decisionali, il ruolo delle istituzioni, la portata normativa degli atti, la loro giustiziabilità da parte della Corte di giustizia rimangono sostanzialmente differenti a seconda che l’azione sia riportata all’uno piuttosto che all’altro ambito di competenza. Dunque l’individuazione della base giuridica rimane determinante per individuare le procedure d’adozione dell’atto ed i suoi effetti. Anzi, l’importanza appare oggi accresciuta dall’introduzione di una clausola di non pregiudizio reciproco delle competenze (art. 40 TUE) che sostituisce una clausola di non pregiudizio “unilaterale”, che nel sistema precedente (art. 47 UE) era posta ad esclusiva salvaguardia delle attribuzioni comunitarie. Si comprende così la ragione per cui, in materia di sanzioni, il trattato di Lisbona ha avvertito la necessità di modificare l’art. 301 CE (ora art. 215 TFUE) per attribuire espressamente al Consiglio il potere di adottare a maggioranza qualificata (e al di fuori delle procedure PESC) misure restrittive nei confronti di individui, di gruppi o di entità non-statali.

³ V., ad esempio, l’adozione nel quadro PESC di azioni comuni che hanno istituito missioni di polizia e di cooperazione direttamente finalizzate al consolidamento dello Stato di diritto e alla tutela dei diritti fondamentali in determinati Stati; v. ancora l’adozione nel quadro della politica di cooperazione finanziaria e tecnica con i paesi terzi di programmi di finanziamento rivolti ad organizzazioni non governative e organizzazioni internazionali quali l’*Iniziativa europea per la democrazia ed i diritti umani* (v. Regolamento (CE) 975/1999 del Consiglio, del 29 aprile 1999, che fissa le modalità di attuazione delle azioni di cooperazione allo sviluppo, che contribuiscono all’obiettivo generale di sviluppo e consolidamento della democrazia e dello stato di diritto nonché a quello del rispetto dei diritti dell’uomo e delle libertà fondamentali; Regolamento (CE) 976/99 del Consiglio, del 29 aprile 1999, che fissa le modalità di attuazione delle azioni della Comunità diverse da quelle

della (allora) Comunità nell'attuazione delle altre politiche verso i paesi terzi a partire da quelle commerciali e di cooperazione allo sviluppo. In particolare, tra gli strumenti a cui la Comunità è ricorsa nel tempo per veicolare la promozione di questi valori nella gestione delle relazioni esterne, importanza particolare è assunta dalla c.d. politica di "condizionalità" che consiste nel sollecitare l'inserimento negli accordi di cooperazione conclusi con Paesi terzi di clausole che in vario modo prevedono come parte degli impegni convenzionali il rispetto dei diritti umani e dei principi democratici⁴.

di cooperazione allo sviluppo che, nel quadro della politica di cooperazione comunitaria, contribuiscono all'obiettivo generale di sviluppo e consolidamento della democrazia e dello stato di diritto nonché a quello del rispetto dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali nei paesi terzi), sostituita poi dallo *Strumento finanziario per la promozione della democrazia e dei diritti umani nel mondo* (Regolamento (CE) 1889/2006 del Parlamento europeo e del Consiglio, del 20 dicembre 2006, in *GUL 386 del 29 dicembre 2006*).

⁴ Il ricorso alle clausole di condizionalità risponde alla necessità di legittimare la reazione della Comunità in caso di violazione di diritti e delle libertà che si vogliono promuovere: nelle loro formulazione ormai abituale, le clausole sono infatti qualificate come elemento essenziale dell'accordo e quindi la loro violazione giustifica la sospensione in tutto o in parte dello stesso in base al principio *inadimplenti non est adimplendum* come formulato dall'art. 60 della Convenzione di Vienna sul diritto dei trattati. Si evitano così i problemi legati alla controversa possibilità ed ai limiti entro cui lo Stato non direttamente leso può ricorrere a contromisure a seguito di violazione di norme *erga omnes* quali quelle in tema di tutela di diritti umani. Peraltro, la dottrina che maggiormente si è occupata del fenomeno ha sottolineato che la portata normativa delle clausole in esame non può essere limitata a questo effetto minimo "negativo"; esse infatti da un lato sono anche invocate per giustificare l'adozione di misure positive (e non solo sanzionatorie o sospensive) in reazione a lesioni dei diritti umani e delle libertà fondamentali; dall'altro esigono spesso il rispetto di diritti e standard di tutela non contenuti in obblighi internazionali preventivamente assunti dai Paesi terzi contraenti. La ricostruzione di simili effetti sul piano "sostanziale" pone peraltro all'interno dell'ordinamento comunitario delicati problemi di base giuridica, stante la mancata attribuzione alla Comunità di una competenza specifica in materia di diritti umani. Non pare peraltro a chi scrive che questi problemi siano venuti meno con l'entrata in vigore del Trattato di Lisbona. Se infatti, come abbiamo visto, il nuovo trattato inserisce espressamente tra gli obiettivi cui deve tendere l'azione esterna dell'Unione anche la promozione dei diritti umani fondamentali, riconosce valore normativo alla Carta dei diritti fondamentali (art. 6, 1 TUE) ed infine contempla che l'Unione debba adoperarsi per aderire alla Convenzione Europea dei Diritti dell'Uomo (art. 6, 2 TUE), chiarisce però che né le disposizioni della Carta dei diritti fondamentali né l'adesione alla CEDU estendono in alcun modo le competenze dell'Unione definite nei trattati. In altre parole, la promozione del rispetto dei diritti fondamentali è concepito come un limite alle competenze esistenti o al più come un obiettivo cui tendere nell'esercizio di quelle competenze, mentre viene chiaramente escluso che possa costituire una nuova competenza. Su questi ed altri aspetti di cui non abbiamo modo qui di occuparci vi è ormai una cospicua bibliografia. V. in particolare la monografia di L. BARTELS, *Human Rights Conditionality in the EU's International Agreements*, Oxford, 2005 e l'abbondante bibliografia in esso citata. Per la dottrina italiana si segnalano tra gli altri i contributi di L. APPICCIAFUOCO, *Integrazione dei Balcani occidentali nell'Unione europea e principio di condizionalità*, in *Diritto pubblico comparato ed europeo*, 2007, p. 547 ss.; M. DI DIO, A. VITERBO, *Recenti evoluzioni delle politiche di condizionalità europee*, in *Il Diritto dell'economia*, 2006, p. 343 ss.; F. RASPADORI, *Diritti umani e cooperazione allo sviluppo nella convenzione di Cotonou: la clausola di condizionalità quasi "perfetta"*, in *I diritti dell'uomo: cronache e battaglie*, 2004, p. 5 ss.; E. CANNIZZARO, *The Scope of EU Foreign Power. Is the EC*

La promozione dei diritti fondamentali, dello Stato di diritto e della legalità internazionale sono così divenute una cifra caratteristica dell'azione esterna dell'Unione. Non sorprende, dunque, che diversi commentatori abbiano espresso un giudizio generalmente positivo sulle modalità di tale azione ed alcuni autori siano arrivati a sottolineare che essa rappresenta, per definizione degli strumenti giuridici, delle procedure e delle finalità, il modello forse più all'avanguardia per la promozione in via bilaterale dei valori universalmente condivisi dalla comunità internazionale⁵.

In questa sede però si vuole attirare l'attenzione su di una prassi problematica, passata sinora inosservata da gran parte della dottrina internazionalistica⁶, che induce ad assumere un atteggiamento più critico e disincantato nei confronti dell'azione esterna delle istituzioni dell'Unione. Ci riferiamo alla conclusione ed attua-

Competent to Conclude Agreements with Third States Including Human Rights Clauses?, in E. CANNIZZARO (ed.), *The European Union as an Actor in International Relations*, The Hague-London-New York, 2002, p. 297 ss.; A. TIZZANO, *L'azione dell'Unione europea per la promozione e la protezione dei diritti umani*, in *Il Diritto dell'Unione Europea*, 1999, p. 149 ss., S. ANGIOI, *Genesi ed evoluzione del "principio di condizionalità" nella politica commerciale e nella politica di cooperazione allo sviluppo della comunità europea*, in *Rivista internazionale dei diritti dell'uomo*, 1999, p. 458 ss. La politica di condizionalità ha trovato una particolare applicazione nel sistema di preferenze commerciali generalizzate della Comunità: su questo aspetto e sui problemi posti dal sistema di preferenza v. V. RANDAZZO, *La condizionalità nel sistema di preferenze generalizzate della Comunità europea: le recenti innovazioni e i possibili problemi di compatibilità con la normativa dell'OMC*, in *Il Diritto dell'Unione Europea*, 2007, p. 609 ss.

⁵ Così ad esempio A. TIZZANO, *L'azione dell'Unione europea per la promozione e la protezione dei diritti umani*, cit.

⁶ Pochi sono i contributi che si sono occupati di analizzare la prassi in esame, per lo più concentrandosi su di un singolo caso. Per quanto riguarda l'accordo di pesca del 2006 tra Comunità e Marocco, si deve segnalare l'approfondita analisi condotta da E. MILANO, *The new Fisheries Partnership Agreement between the European Community and the Kingdom of Morocco: Fishing Too Far South?*, in *Anuario Español de Derecho Internacional*, 2006, p. 413 ss. Sullo stesso tema, ma in relazione a profili più specifici, v. i contributi di C. RUIZ MIGUEL, *Is the EU-Morocco fishing agreement an attempt by Spain to legalise Moroccan occupation of the Western Sahara*, in *Grupo de Estudios Estratégicos GEES – Analisis n. 97*, 2006 e J. MUNDY, *The Legal Status of Western Sahara and the Laws of War and Occupation*, in *Grupo de Estudios Estratégicos GEES – Colaboraciones 1788*, 2007, disponibile su www.uswsf.org/images/Legal_status.pdf, entrambi reperibili sul sito del Grupo de Estudios Estratégicos: www.gees.org. Sui problemi posti dalle relazioni commerciali tra la Comunità europea ed Israele v. C. HAUSWALDT, *Problems under the EC-Israel Association Agreement: The Export of Goods Produced in the West Bank and the Gaza Strip under the EC-Israel Association Agreement*, in *European Journal of International Law*, 2003, p. 591 ss. e M. HIRSCH, *Rules of Origin as Trade or Foreign Policy Instruments? The European Policy on Products Manufactured in the Settlements in the West Bank and the Gaza Strip*, in *Fordham International Law Journal*, 2003, p. 572 ss. Quanto infine ai rapporti tra la Comunità e Cipro, la dottrina è intervenuta essenzialmente per commentare la sentenza *Anastasiou* della Corte di giustizia delle Comunità europee, su cui *infra* nel testo; v. le note a sentenza di M. CREMONA in *Common Market Law Review*, 1996, p. 125 ss., V. LOWE in *The Cambridge Law Journal*, 1995, p. 4 ss. e N. EMILIOU, *Cypriot import certificates: some hot potatoes*, in *European Law Review*, 1995, p. 202 ss.

zione da parte della Comunità di accordi che sono suscettibili di interessare territori sottoposti ad illegittima occupazione ad opera di un suo partner commerciale.

In queste ipotesi, l'azione esterna della Comunità e ora dell'Unione può risolversi (e – come mostreremo – si è talvolta già risolta) nel riconoscimento diretto o indiretto degli atti illegittimi compiuti dallo Stato occupante se non addirittura in un concorso diretto nelle attività di sfruttamento dei territori in questione. Così, mentre le istituzioni dell'Unione si ergono a paladine della legalità internazionale in solenni dichiarazioni e richiamano gli Stati terzi al rispetto del diritto internazionale, nella prassi assumono una condotta molto più ambigua che rischia addirittura di porsi in diretto contrasto con alcune delle norme fondamentali dell'ordinamento giuridico internazionale.

Questo contributo intende illustrare la prassi in alcuni casi paradigmatici: quello delle relazioni commerciali tra l'Unione ed il Marocco, tra l'Unione ed Israele ed infine quelli relativi a Cipro. Dopo aver illustrato sinteticamente i tre casi in esame (par. 2), cercheremo di identificare il regime normativo applicabile alle fattispecie (par. 3) e su questa base affronteremo il problema della validità (par. 4) e legittimità in diritto internazionale degli accordi conclusi dall'Unione (paragrafi 5, 6, 7 e 8). Sarà così possibile trarre qualche conclusione di carattere generale sui problemi di coerenza dell'azione esterna sollevati da questa prassi e discutere del possibile effetto delle riforme e dei nuovi strumenti introdotti in materia dal Trattato di Lisbona.

Nella trattazione che segue faremo riferimento alla Comunità europea laddove ci si intende riferire al momento storico in cui sono stati conclusi gli accordi in esame o si prende in considerazione la condotta che all'epoca hanno tenuto le istituzioni coinvolte (con lo scopo di individuare con chiarezza nell'ambito di quali competenze – se comunitarie o PESC – esse stavano agendo). D'altro canto, laddove analizzeremo le conseguenze di quegli accordi alla luce del diritto internazionale prenderemo in considerazione senz'altro l'Unione uscita dal trattato di Lisbona, stante la sua successione automatica nelle posizioni giuridiche precedentemente assunte dalla Comunità (art.1 TUE).

2. Gli accordi conclusi dalla Comunità europea con il Marocco, Israele e Cipro

I casi che prendiamo in considerazione riguardano ipotesi di accordi economici o di cooperazione conclusi dalla Comunità con Stati che amministrano *de facto* territori occupati in violazione di norme imperative.

Il primo caso di cui ci interessiamo riguarda la conclusione di un accordo di cooperazione in materia di pesca stipulato tra la Comunità ed il Regno del Marocco⁷. L'accordo in esame, che ha sostituito dopo lunghi negoziati un preceden-

⁷ *Accordo di partenariato nel settore della pesca tra la Comunità europea ed il Regno del Marocco*, in Regolamento (CE) 764/2006 del Consiglio del 22 Maggio 2006, in GU L 141 del 29 maggio 2006.

te strumento bilaterale nella stessa materia, prevede che i pescatori comunitari possano partecipare allo sfruttamento degli stock di talune specie ittiche nelle acque “soggette alla sovranità e alla giurisdizione”⁸ del Marocco; come corrispettivo, la Comunità si obbliga a versare una congrua contropartita finanziaria⁹.

Ancor prima di essere concluso l'accordo ha sollevato vivaci polemiche all'interno della Comunità. Il timore, manifestato da diverse associazioni non governative e quindi da alcuni membri del Parlamento europeo, era che la formula utilizzata per definire l'ambito di applicazione territoriale dell'accordo finisse per includere anche le acque del Sahara occidentale, come del resto era avvenuto nel caso del precedente accordo di pesca con il Marocco¹⁰. Poiché, come noto, il Marocco occupa illegittimamente il territorio in violazione del diritto all'autodeterminazione del popolo Saharawi¹¹, la Comunità avrebbe così finito per concorrere allo sfruttamento abusivo delle risorse naturali di un territorio occupato.

⁸ V. art. 2, primo comma, lett. a) dell'accordo.

⁹ È importante ricordare, ai fini della analisi che condurremo in prosieguo, i tratti salienti della disciplina convenzionale. L'attività di pesca si svolge previo rilascio di licenze ad opera delle autorità marocchine su richiesta della Commissione, cui spetta gestire i rapporti diretti con i pescatori (v. in particolare l'art. 6, par. 1, dell'accordo e gli articoli da 1 a 5 dell'allegato all'accordo recante “Condizioni per l'esercizio della pesca nelle zone di pesca marocchine da parte delle navi comunitarie”). L'attività di pesca è sottoposta alla legislazione ed ai controlli di polizia del Marocco anche se la Comunità si impegna ad adottare i provvedimenti atti a garantire che le proprie navi rispettino la normativa applicabile (art. 5 dell'accordo). Al Marocco spetta l'esclusiva competenza circa l'impiego della contropartita finanziaria (art. 2, par. 6, del protocollo), salvo l'obbligo di destinare parte del contributo all'instaurazione di una politica settoriale della pesca (ed in particolare all'ammodernamento della flotta, all'abolizione di determinate tecniche di pesca e agli altri aspetti della politica della pesca quali ricerca scientifica, adeguamento dei circuiti di commercializzazione, meccanizzazione dei mezzi di sbarco, ecc. ai sensi dell'art. 6 del protocollo).

¹⁰ Accordo di cooperazione in materia di pesca marittima tra la Comunità europea e il Regno del Marocco – Protocollo che stabilisce le possibilità di pesca e gli importi della compensazione finanziaria e dei contributi finanziari, in GU L 306 del 19 dicembre 1995. L'inclusione delle acque del Sahara occidentale rientra anche nella logica economica dell'accordo, visto che tali acque sono di gran lunga più pescose rispetto a quelle della zona economica esclusiva del Marocco. Per una visione d'insieme della politica comunitaria della pesca vedere C. FIORAVANTI, *Il diritto comunitario della pesca*, Padova, 2007.

¹¹ Non è possibile ripercorrere qui la complessa vicenda relativa al Sahara occidentale. Basti ricordare che le rivendicazioni di Marocco e Mauritania sul territorio, antica colonia spagnola, vennero disattese dalla Corte internazionale di giustizia in un parere consultivo del 1975 che sancì il diritto del popolo Saharawi all'autodeterminazione: *Western Sahara*, parere consultivo del 16 ottobre 1975, *I.C.J. Reports* 1975, p. 12. A seguito del parere, Marocco e Mauritania occuparono il territorio senza incontrare l'opposizione della Spagna che concluse con i due stati un accordo con cui trasferiva i propri poteri e responsabilità ad una “amministrazione tripartita temporanea”. L'accordo non venne però mai riconosciuto dalle Nazioni Unite che hanno sempre considerato la Spagna come unica potenza amministrante del Sahara occidentale ed insistito affinché venga garantito il diritto all'autodeterminazione del popolo Saharawi. L'occupazione del territorio da parte delle forze marocchine e mauritane segnò anche l'inizio di una guerra di resistenza condotta dal fronte di liberazione nazionale del Sahara occidentale – il Fronte Polisario – che ben presto indusse la Mauritania a rinunciare alle proprie pretese. Il conflitto è dunque proseguito nei soli confronti del Marocco: nonostante la conclusione nel 1988 di un cessate il fuoco e l'avvio di negoziati sull'organizzazione di un referen-

La questione è stata formalmente affrontata in seno al Parlamento europeo in occasione del dibattito sulla proposta di regolamento del Consiglio relativo alla conclusione dell'accordo. In particolare, tra le commissioni parlamentari che si sono occupate della questione, la Commissione per lo Sviluppo ha richiesto un parere al Servizio giuridico del Parlamento sulla conformità al diritto internazionale dell'accordo laddove esso non esclude espressamente la possibilità per i pescatori comunitari di pescare nelle acque del Sahara occidentale. Come illustriamo in seguito, il parere del Servizio giuridico ha ritenuto che l'accordo fosse di per sé compatibile con il diritto internazionale, fermi gli obblighi gravanti sul Marocco nel darvi attuazione (si veda ampiamente *infra* nel testo)¹². Sulla base di tale parere, il plenum del Parlamento ha approvato la conclusione dell'accordo proponendo solo alcuni emendamenti volti ad assicurare un maggior controllo sulla sua applicazione. La questione è stata nuovamente dibattuta in seno al Consiglio che ha infine deciso, come richiesto dalla Commissione, di rigettare gli emendamenti proposti dal Parlamento e concludere l'accordo senza negoziare eventuali modifiche né tantomeno introdurre meccanismi interni di controllo della sua attuazione. La decisione non è stata tuttavia unanime: nonostante un nuovo parere favorevole questa volta ad opera del Servizio giuridico del Consiglio¹³, la Svezia ha deciso di esprimere un voto negativo mentre altri Stati membri hanno manifestato formalmente le proprie preoccupazioni in ordine all'opportunità di assicurare che l'applicazione dell'accordo avvenisse in conformità alle rilevanti norme e principi di diritto internazionale¹⁴.

Non risulta peraltro che, successivamente all'entrata in vigore dell'accordo, la Commissione abbia messo in atto iniziative volte a verificarne l'applicazione ad opera delle autorità marocchine. Al contrario, da risposte a recenti interrogazioni parlamentari risulta chiaro che anche in questo caso i pescatori comunitari sono impegnati in attività di pesca nelle acque del Sahara occidentale¹⁵.

dum sull'indipendenza del territorio, ad oggi Marocco e Fronte Polisario non hanno ancora raggiunto un accordo su alcuni aspetti fondamentali della consultazione – tra tutti l'esito possibile e la determinazione dei legittimati – e una soluzione della vicenda appare lontana.

¹² V. Parere del Servizio giuridico del Parlamento europeo, doc. SJ-0085-06 del 20 febbraio 2006.

¹³ V. il Parere del Servizio giuridico del Consiglio, doc. 6664/06 del 22 febbraio 2006 che tuttavia è accessibile al pubblico solo in minima (ed irrilevante) parte.

¹⁴ In particolare la Finlandia si è astenuta e si è aggiunta all'Olanda in una dichiarazione separata, mentre altra dichiarazione separata è stata resa dall'Irlanda. Il testo delle dichiarazioni può essere reperito in Consiglio dell'Unione europea, *Processo verbale della 2730^a sessione del Consiglio (Agricoltura e Pesca) tenutasi a Bruxelles il 22 maggio 2006*, doc. 9856/06 del 3 luglio 2006, p. 4 ss.

¹⁵ V. l'interrogazione scritta E-1073/08 (EN) di Caroline Lucas (Verts/ALE) e Raül Romeva i Rueda (Verts/ALE) e Karin Scheele (PSE) alla Commissione del 4 marzo 2008; Risposta della Commissione del 9 aprile 2008 da cui risulta che nel 2007 navi da pesca di almeno tre Stati membri (Spagna, Lituania e Regno Unito) abbiamo svolto attività nelle zone di pesca relative alle acque del Sahara occidentale.

Il secondo caso che prendiamo in considerazione è quello relativo all'accordo di associazione tra Comunità europea ed Israele¹⁶. L'accordo in questione prevede la creazione di una zona di libero scambio e quindi l'abolizione dei dazi doganali e delle imposte ad effetto equivalente per le merci che, in base all'applicazione di determinate regole di origine, risultino provenire da Israele. In particolare, secondo tali regole, è considerato come originaria da Israele sia la merce che risulta interamente prodotto nello Stato sia la merce che, pur non contenendo materiali interamente ottenuti nello Stato, è stata ivi sottoposta ad una sufficiente lavorazione, in base a quanto previsto dal protocollo annesso¹⁷.

In questo caso i problemi sorgono dalla prassi israeliana di considerare come originarie dal proprio territorio tanto le merci prodotte nei territori formalmente annessi allo Stato di Israele a seguito della guerra del 1967 (Gerusalemme est e Alture del Golan) quanto nei territori palestinesi sottoposti ad occupazione (Cisgiordania e Striscia di Gaza), con il risultato di applicare loro il trattamento tariffario preferenziale previsto dall'accordo¹⁸. Dunque, come nel caso dell'accordo di pesca con il Marocco, anche qui l'applicazione dell'accordo di associazione si risolve in una forma di riconoscimento della illegittima presenza israeliana nei territori in questione.

Si deve peraltro sottolineare, che l'atteggiamento della Commissione è stato in questa circostanza radicalmente diverso. In coerenza con le posizioni ripetutamente espresse dal Consiglio Europeo, e con la conclusione di un separato accordo di associazione con l'Organizzazione per la Liberazione della Palestina (OLP) a beneficio dell'Autorità Palestinese¹⁹, la Commissione ha, come vedremo meglio in seguito, interpretato le norme dell'accordo in senso di escludere dalla sua ap-

¹⁶ Accordo Euro-Mediterraneo che istituisce una Associazione tra le Comunità europee, i loro Stati membri da un lato e lo Stato di Israele dall'altro, in GU L 147/3 del 21 giugno 2000.

¹⁷ V. il Protocollo n. 4 sulla *definizione del concetto di "prodotti originari" e i metodi di cooperazione amministrativa*, annesso all'accordo, in particolare gli articoli 2, 4 (recante la nozione di prodotti interamente ottenuti nello Stato), 5 (recante i criteri per considerare che un prodotto non interamente ottenuto nello Stato ha tuttavia ivi subito una sufficiente lavorazione) e 6 (recante una lista esemplificativa di lavorazioni che non costituiscono sufficiente lavorazione per poter qualificare il prodotto come originario dello Stato).

¹⁸ Secondo l'art. 83, l'accordo di associazione si applica "al territorio dello Stato di Israele". La prassi applicativa israeliana si fonda pertanto su di una interpretazione della norma in questione che considera i territori annessi e quelli occupati come parte del territorio israeliano.

¹⁹ Accordo Euro-Mediterraneo interinale di associazione relativo agli scambi e alla cooperazione tra la Comunità europea, da una parte, e l'Organizzazione per la liberazione della Palestina (OLP) a beneficio dell'Autorità palestinese della Cisgiordania e della Striscia di Gaza, dall'altra, in GU L 187 del 16 luglio 1997.

plicazione i territori annessi o occupati da Israele²⁰ e quindi adottato una serie di misure volte ad impedire l'abusivo utilizzo del regime doganale preferenziale²¹.

Infine, l'ultimo caso riguarda la situazione di Cipro. Prima dell'accesso di Cipro alla Comunità, le relazioni commerciali tra la Repubblica di Cipro e la CE erano disciplinate da un accordo di associazione che prevedeva un regime tariffario preferenziale per l'importazione dei prodotti agricoli dell'isola²². Nel dare attuazione all'accordo in questione, alcuni Stati membri della Comunità, in ciò avallati dalla Commissione, avevano adottato la prassi di sottoporre al regime tariffario preferenziale anche i prodotti provenienti dalla parte dell'isola occupata dalle forze turche e dotati di certificati di origine e fitosanitari rilasciati dalle autorità dalla Repubblica Turca di Cipro del Nord. A differenza dei casi precedenti, dunque, qui era la stessa prassi applicativa della Comunità a costituire una forma di riconoscimento dell'autorità illegale, come lamentato dalla Repubblica di Cipro nelle sue comunicazioni con la Commissione²³.

La questione è stata affrontata dalla Corte di giustizia nel quadro di un rinvio pregiudiziale promosso innanzi ai giudici inglesi da un importatore di vegetali con sede situata nella zona sud dell'isola²⁴. Nella sua sentenza la Corte ha bocciato la prassi applicativa promossa dalla Commissione e dal Regno Unito, dichiarandola in contrasto con i disposti dell'accordo di associazione. Nello specifico la Corte ha ritenuto che la prassi di accettare anche solo in via di fatto i certificati di origine provenienti da autorità non riconosciute contrastasse irrimediabilmente con il principio di cooperazione amministrativa e reciproco affidamento che stava alla base del sistema dei certificati di origine previsto

²⁰ Comunicazione della Commissione, Implementation of the Interim Agreement on Trade and Trade-related Matters between the European Community and Israel, SEC(1998)695 def. del 12 maggio 1998, in particolare parti III e IV.

²¹ In particolare la Commissione ha reso noto agli importatori che l'immissione in libera pratica di merci provenienti dai territori occupati o annesse non potesse avvenire in base alla tariffa preferenziale e pertanto comportava l'insorgere di una obbligazione doganale ulteriore. V. più in dettaglio *infra* nel testo, con riferimento alle specifiche misure adottate.

²² Accordo che istituisce un'associazione tra la Comunità economica europea e la Repubblica di Cipro, in GU L 133 del 21 maggio 1973.

²³ Sin dal 1983 infatti la Repubblica di Cipro aveva reso noto in una propria nota verbale alla Commissione di ritenere che solamente le merci accompagnate da certificati di circolazione rilasciati dal governo ufficiale ed esportate per via marittima o aerea sotto il controllo di quest'ultimo, soddisfassero le condizioni dell'accordo di associazione. D'altro canto, la Commissione e la Gran Bretagna giustificavano la propria prassi sottolineando che l'accordo si applicava all'intero territorio dell'isola (e dunque ricomprendeva anche le merci provenienti da Cipro del Nord) e che proibiva discriminazioni tra i cittadini ciprioti (v. *infra* nel testo): pertanto l'accettazione di fatto di certificati rilasciati da autorità diverse da quelli competenti della Repubblica di Cipro non solo non costituiva un riconoscimento della Repubblica Turca di Cipro del Nord ma era una prassi necessaria e giustificabile alla luce degli interessi dell'intera popolazione cipriota. V. al proposito la sentenza della Corte di giustizia delle Comunità europee, *Anastasiou I*, causa C-432/92, sentenza del 5 luglio 1994, paragrafi 51, 32 e 34.

²⁴ Corte di giustizia delle Comunità europee, *Anastasiou I*, cit.

dall'accordo²⁵. Inoltre, la prassi unilaterale di taluni Stati membri e della Commissione, in assenza di una accettazione almeno tacita della Repubblica di Cipro, non poteva certo costituire un accordo delle parti in ordine all'interpretazione ai sensi della Convenzione di Vienna sul diritto dei trattati, né poteva essere giustificata alla luce di altri principi previsti dall'accordo di associazione, quale il principio di non discriminazione dei cittadini ciprioti: pertanto l'espressione "autorità doganali dello Stato di esportazione", di cui agli articoli 7, par. 1, e 8, par. 1, del protocollo annesso, andava intesa nel senso di riferirsi esclusivamente alle competenti autorità della Repubblica di Cipro²⁶. Tale interpretazione restrittiva, d'altro canto, risultava funzionale a garantire un'attuazione uniforme dell'accordo di associazione all'interno della Comunità e quindi a non compromettere la politica commerciale comune ed in particolare gli obblighi assunti dalla Comunità con la conclusione dell'accordo²⁷.

La soluzione prospettata dalla Corte, seppur condivisibile nel merito, solleva alcune perplessità²⁸. In particolare la Corte non ritiene necessario affrontare il problema – pur sollevato dalla Grecia che era intervenuta in giudizio – della compatibilità della prassi in esame con gli ulteriori obblighi internazionali gravanti sulla Comunità e sugli Stati membri (su cui *infra* nel testo). La Corte si limita infatti a chiarire che la Comunità non ha "il diritto di interferire nelle questioni interne di Cipro" e che "i problemi risultanti dalla spartizione di fatto

²⁵ Ivi, paragrafi da 38 a 41.

²⁶ Ivi, paragrafi da 42 a 51, in particolare paragrafi 46 e 50.

²⁷ Ivi, paragrafi da 52 a 54. La Corte giunge a conclusioni simili anche a proposito dei certificati fitosanitari. Peraltro, a differenza che i certificati di origine, i certificati fitosanitari non risultavano disciplinati dall'accordo di associazione ma solamente dal diritto comunitario, ed in particolare dalla direttiva 77/93/CEE concernente le misure di protezione contro l'introduzione negli Stati membri di organismi nocivi ai vegetali; in questo caso non poteva dunque porsi il problema del rispetto degli obblighi convenzionali assunti nei confronti della Repubblica di Cipro. Tuttavia anche il regime di tutela previsto dalla direttiva 77/93/CEE si fondava sulla cooperazione con le autorità doganali dello Stato esportatore (la direttiva prevede un sistema di controlli effettuati da esperti legalmente autorizzati dal governo esportatore e garantiti appunto dal rilascio del certificato fitosanitario): anche qui pertanto un'interpretazione volta a ritenere ammissibili i certificati rilasciati da autorità non riconosciute avrebbe contrastato con le finalità della direttiva (v. il par. 63 della sentenza). D'altro canto, a differenza del certificato di origine, il certificato fitosanitario atiene al carattere oggettivo del prodotto e dunque la sua attendibilità non richiede necessariamente che esso sia rilasciato dalle autorità dello Stato di provenienza. Pertanto, successivamente alla sentenza *Anastasiou* gli esportatori di Cipro del nord hanno cominciato ad esportare i propri prodotti nella Comunità *via* Turchia, in modo da ottenere dalle autorità turche i necessari certificati fitosanitari. Questa prassi è stata oggetto di un nuovo rinvio alla Corte di giustizia la quale ha per l'appunto ribadito che la direttiva non osta a che il certificato sanitario sia rilasciato da un paese terzo, salvo laddove i vegetali siano soggetti a prescrizioni particolari che possono essere osservate solo nel luogo d'origine. V. le pronunce della Corte nei casi *Anastasiou II*, causa C-219/98, sentenza del 4 luglio 2000 e *Anastasiou III*, causa C-140/02, sentenza del 30 settembre 2003.

²⁸ Tra le prime analisi critiche della sentenza v. M. CREMONA, *Case C-432/92, R. v. Minister of Agriculture, Fisheries and Food, ex parte S.P. Anastasiou (Pissouri) Ltd. and Others, Judgment of 5 July 1994*, in *Common Market Law Review*, 1996, p. 125 ss.

dell'isola sono di competenza esclusiva della Repubblica di Cipro, unico Stato riconosciuto a livello internazionale²⁹. Da questo punto di vista, il non-riconoscimento praticato dalla Comunità e dagli Stati membri entra in gioco come un mero dato di fatto (o meglio un dato politico), non come il contenuto di un obbligo giuridico. Questo approccio da un lato appare contraddittorio poiché le implicazioni pratiche degli obblighi internazionali gravanti sulla Comunità e sui suoi Stati membri – ed in particolare le conseguenze del non riconoscimento delle autorità turco cipriote, prima tra tutte l'impossibilità di una cooperazione effettiva in materia doganale – hanno un ruolo cruciale nel ragionamento della Corte³⁰. Dall'altro poi, finisce per confinare la questione di Cipro del Nord alla dimensione bilaterale dei rapporti convenzionali tra la Repubblica di Cipro e la Comunità e dunque per veicolare l'idea che un diverso atteggiamento della Repubblica avrebbe potuto condurre ad un esito differente.

Questa impostazione non è peraltro mutata con l'ingresso della Repubblica di Cipro nella Comunità³¹. Nel tentativo di superare gli ostacoli posti dalla giurisprudenza della Corte di giustizia e di promuovere gli scambi commerciali con la parte Nord dell'isola, il Consiglio ha adottato una proposta di regolamento che designava un soggetto privato, la Camera di Commercio Turco-Cipriota, quale entità deputata al rilascio dei certificati di origine³². Questa soluzione è stata però criticata dal Servizio giuridico del Consiglio nella misura in cui la designazione in questione sarebbe avvenuta a prescindere dal consenso della Repubblica di Cipro:

“firstly, designating such a body would constitute explicit recognition of another authority in the areas than the Government of the Republic of Cyprus, which would be contrary to both international law and EU primary law. Secondly, it is inherent to the system of the EC Treaty and the divisions of powers between the Community and the Member States, that each Member State has the right to determine the ‘competent authority’ which is responsible for the implementation of any act of Community law on its own territory. It is not possible to allow for the Commission to designate national competent authorities on its own, without the consent of the Member States concerned”³³.

²⁹ V. il par. 47 della sentenza.

³⁰ In questo senso v. CREMONA, *Case C-432/92, R. v. Minister of Agriculture, Fisheries and Food, ex parte S.P. Anastasiou (Pissouri) Ltd. and Others, Judgment of 5 July 1994*, cit., p. 135.

³¹ V. l'Atto di adesione di Cipro ed in particolare Protocollo su Cipro, che sospende l'applicazione dell'*acquis* comunitario alla parte di Cipro sottratta al controllo effettivo della Repubblica di Cipro.

³² Proposta di Regolamento del Consiglio relativo alle condizioni speciali applicabili agli scambi con le zone della Repubblica di Cipro nelle quali il governo della Repubblica di Cipro non esercita il controllo effettivo, COM(2004)466 def. del 7 luglio 2004.

³³ Consiglio dell'Unione europea, Parere del Servizio giuridico sulla proposta per un Regolamento del Consiglio relativo alle condizioni speciali applicabili agli scambi con le zone della Repubblica di Cipro nelle quali il governo della Repubblica di Cipro non esercita il controllo effettivo, doc. 11874/04 del 25 agosto 2004. Il documento resta in gran parte riservato; tuttavia importanti stralci, tra cui quello qui citato, sono riportati da T. CHRISTAKIS, *L'obligation de non-reconnaissance des situations créés par le recours illicite à la force ou d'autres actes enfreignant des règles fonda-*

È interessante osservare che, a differenza della Corte, il Servizio giuridico afferma espressamente che il non riconoscimento delle autorità turco-cipriote è un obbligo imposto dal diritto internazionale nonché dal diritto comunitario. Peraltro, il Servizio giuridico sottolinea anche che l'obbligo di non-riconoscimento verrebbe meno in presenza del consenso della Repubblica di Cipro a designare la Camera di Commercio Turco-Cipriota come l'entità responsabile a rilasciare i certificati di origine. Dal punto di vista del diritto internazionale, però, una affermazione di questo tipo (se non ulteriormente qualificata) appare quantomeno problematica: essa infatti trascura l'esistenza di un interesse autonomo della collettività internazionale a far valere la violazione di norme imperative e dunque il problema degli effetti prodotti dal consenso o dalla rinuncia della parte lesa sul regime della responsabilità.

In definitiva, dall'esame dei tre casi che abbiamo identificato emerge che la Comunità ha adottato nei confronti di situazioni che sorgono dalla violazione di norme imperative un atteggiamento non uniforme che appare condizionato da esigenze contingenti piuttosto che da una ricognizione accurata del regime giuridico applicabile. Questo è particolarmente evidente nel caso della Commissione che se talora si fa rigorosa promotrice del principio di non riconoscimento degli atti di amministrazione compiuti in territori sottoposti ad illegittima occupazione internazionale (come nel caso di Israele), in altri casi (come appunto quelli di Cipro e del Sahara occidentale) propone soluzioni compromissorie che tentano in modo problematico di coniugare l'affermazione in via di principio della legalità internazionale con l'accettazione in pratica della situazione di fatto (e dei vantaggi in termini economici che ne possono derivare).

Più in generale, sorprende la cautela con cui le istituzioni comunitarie, Corte di giustizia inclusa, hanno fatto riferimento alle norme di diritto internazionale applicabili alla fattispecie. Il riferimento al diritto internazionale è infatti episodico – quando addirittura non strumentale – e non sempre tecnicamente corretto. Per poter valutare la legittimità della prassi in esame appare dunque necessario ricostruire il corretto regime giuridico di diritto internazionale applicabile alle fattispecie ed in particolare identificare gli obblighi specifici che gravano sulla Comunità (e ora sull'Unione) e sugli Stati membri in presenza di situazioni di fatto risultanti dalla violazione di norme imperative.

3. Il regime di diritto internazionale applicabile

Per poter valutare correttamente la compatibilità della prassi in esame con il diritto internazionale, è necessario in via preliminare individuare il regime giuridico applicabile ai casi di specie.

mentales, in C. TOMUSCHAT, J.-M. THOUVENIN (eds.), *The Fundamental Rules of the International Legal Order*, Leiden-Boston, 2006, p. 127 ss., in particolare pp. 156-157.

Al proposito, si deve osservare che, relativamente al caso del Sahara occidentale, le istituzioni dell'Unione hanno fatto sin qui riferimento al complesso di norme che disciplinano i diritti e gli obblighi della potenza amministrante di un territorio non autonomo³⁴. Questa scelta è dovuta all'influenza esercitata da un parere reso nel 2002 dal consigliere giuridico delle Nazioni Unite su richiesta del Consiglio di sicurezza. In quella circostanza, il Consiglio di sicurezza aveva richiesto un parere sulla legalità ai sensi del diritto internazionale, delle azioni intraprese dalle autorità marocchine consistenti nel proporre e concludere contratti con società straniere per l'esplorazione delle risorse minerarie del Sahara occidentale³⁵. Il consigliere giuridico, dopo aver ricordato che al Marocco non è riconosciuto lo *status* di Potenza amministrante del Sahara occidentale, decideva comunque di prendere la relativa disciplina a riferimento per rispondere alla questione³⁶. Così, al termine dell'analisi delle rilevanti risoluzioni della Assemblea generale, dell'esigua giurisprudenza della Corte internazionale di giustizia e di qualche elemento di prassi degli Stati, giungeva alla conclusione che lo sfruttamento delle risorse minerarie di un territorio non autonomo non è proibito in assoluto dal diritto internazionale ma solo laddove sia condotto in modo contrario agli interessi e ai desideri della popolazione di quel territorio. Di conseguenza, poiché nel caso di specie gli accordi in esame avevano ad oggetto la mera esplorazione delle risorse, concludeva affermando che

“[...] while the specific contracts which are the subject of the Security Council's request are not in themselves illegal, if further exploration and exploitation activities were to proceed in disregard of the interests and wishes of the people of Western Sahara, they would be in violation of the principles of international law applicable to mineral resource activities in Non-Self-Governing Territories”³⁷.

³⁴ V. ad esempio il parere reso dal Servizio giuridico del Parlamento europeo nel quadro del dibattito sulla conclusione dell'accordo di pesca del 2006 ed i successivi lavori delle Commissioni Parlamentari competenti, su cui ampiamente *infra* nel testo. Il parere reso dal Servizio giuridico del Consiglio, cit. in nota 13, giungerebbe, secondo fonti citate da E. MILANO, *The new Fisheries Partnership Agreement*, cit. in nota 6 a conclusioni analoghe a quelle sviluppate dal Servizio giuridico del Parlamento. V. anche le risposte della Commissione a numerose interrogazioni parlamentari sulla questione. V. ad esempio l'interrogazione scritta E-0560/06 (EN) di Caroline Lucas (Verts/ALE) e Raül Romeva i Rueda (Verts/ALE) alla Commissione del 15 febbraio 2006; Risposta della Commissione del 15 marzo 2006.

³⁵ Letter dated 29 January 2002 from the Under-Secretary-General for Legal Affairs, the Legal Counsel, addressed to the President of the Security Council, UN Doc. S/2002/161 del 12 febbraio 2002.

³⁶ Determinante a questo proposito sembra essere stata la scelta del consigliere di legare il regime applicabile al perdurante *status* di territorio non autonomo del Sahara occidentale, a prescindere dalla legittimità del controllo esercitato dal Marocco. V. in particolar modo il par. 8 del parere. Per le ragioni più marcatamente politiche di questa scelta v. *infra* nel testo.

³⁷ Letter dated 29 January 2002 from the Under-Secretary-General for Legal Affairs, the Legal Counsel, addressed to the President of the Security Council, cit., par. 25.

Si possono facilmente comprendere le ragioni che hanno condotto la Commissione nonché i servizi giuridici di Parlamento e Consiglio ad affrontare la questione della compatibilità con il diritto internazionale dell'accordo di pesca tra CE e Marocco a partire da questo parere del consigliere giuridico delle Nazioni Unite. Innanzitutto, si tratta di un precedente autorevole che consente alle amministrazioni interessate di mettersi al riparo da possibili critiche. In secondo luogo, il parere è sufficientemente sfumato da offrire, specie se inteso restrittivamente in alcuni dei suoi passi, facili (e giuridicamente dubbi) argomenti a sostegno della legittimità della prassi sin lì seguita dalla Comunità. In questo senso, il parere è stato ad esempio invocato dalla Commissione per rispondere sbrigativamente alle numerose interrogazioni parlamentari sul tema³⁸.

In realtà, il riferimento al parere – e quindi al regime normativo che esso identifica – appare per diversi aspetti criticabile. Innanzitutto, la fattispecie nei due casi appare differente. La questione rivolta al consigliere giuridico atteneva esclusivamente alla legittimità di alcuni atti compiuti dal Marocco nell'amministrazione del Sahara occidentale, ossia alla conclusione di contratti di diritto privato con imprese straniere per l'esplorazione delle risorse minerarie del territorio³⁹. Pertanto nessun accordo internazionale veniva in gioco e dunque non era necessario né indagare sull'effettiva competenza del Marocco a concludere gli accordi in questione né tantomeno esplorare gli eventuali obblighi gravanti sugli Stati terzi contraenti. In secondo luogo, il consigliere giuridico ha volutamente tralasciato di considerare la questione della (il)legittimità della presenza del Marocco in Sahara occidentale e delle relative conseguenze in termini di regime applicabile. Lo stesso consigliere ha chiarito, una volta cessato dalla funzione e parlando nella sua capacità personale, che la scelta di non occuparsi di un aspetto così centrale della vicenda era stata determinata dalla necessaria cautela che l'Ufficio giuridico deve dimostrare quando affronta questioni dal rilevante risvolto politico. In mancanza di una espressa richiesta del Consiglio di sicurezza di statuire (anche) sullo *status* del Sahara occidentale, il consigliere ha così fatto riferimento al regime degli obblighi gravanti sulla Potenza Amministrante sul presupposto che i limiti applicabili a chi legittimamente esercita il controllo su di un territorio non autonomo si applichino a maggior ragione a chi esercita sullo stesso una mera amministrazione *de facto*⁴⁰. Di nuovo però, questo approccio

³⁸ V. ad esempio la risposta della Commissione alla interrogazione scritta E-0560/06 (EN), cit.; v. anche le considerazioni svolte dal Commissario Joe Borg in rappresentanza della Commissione in chiusura del dibattito parlamentare sulla conclusione dell'accordo di pesca con il Marocco, *Processo verbale della seduta del Parlamento europeo del 15 maggio 2006*, par. 18.

³⁹ Su questo punto v. anche l'analisi condotta da E. MILANO, *The new Fisheries Partnership Agreement between the European Community and the Kingdom of Morocco: Fishing Too Far South?*, cit.

⁴⁰ V. H. CORELL, *The Legality of Exploring and Exploiting Natural Resources in Western Sahara, contributo presentato alla conferenza Multilateralism and International Law with Western Sahara*

ben poco ci può dire degli obblighi gravanti sui terzi che dovessero concludere accordi con il Marocco; infatti, come stiamo per vedere, una parte importante di questi obblighi dipende esattamente dal carattere illecito della presenza del Marocco in Sahara occidentale.

È chiaro dunque che, per quanto offra spunti rilevanti, l'analisi degli obblighi della Potenza Amministrante di un territorio non autonomo non è sufficiente né determinante per definire il regime giuridico applicabile alle fattispecie in esame ed in particolare per identificare gli obblighi di diritto internazionale gravanti sulla Comunità, e oggi sull'Unione. Al contrario, il punto di partenza più opportuno a tal fine ci sembra debba essere rinvenuto nella constatazione che nel caso del Sahara occidentale, così come nelle altre due ipotesi in esame, l'Unione intraprenda relazioni economiche con regimi di fatto sorti a seguito della violazione grave di norme di *jus cogens*.

Il primo parametro normativo che deve allora essere preso in considerazione sono le norme imperative che entrano in gioco e quindi il sistema di obblighi secondari che discendono dalla loro violazione. In particolare da un lato ci si dovrà chiedere se la conclusione e/o l'attuazione degli accordi in esame possano qualificarsi come una forma di concorso della Comunità (e ora dell'Unione) nella violazione di quelle norme imperative; dall'altro, si dovranno prendere in esame gli obblighi ulteriori che gravano sulla UE, così come su tutti i membri della comunità internazionale, in conseguenza della violazione di tali norme: tra questi, come vedremo, una particolare posizione spetta all'obbligo di non riconoscimento.

In secondo luogo, la condotta dell'Unione dovrà essere valutata anche alla luce delle altre norme di diritto internazionale generale che, pur non avendo carattere imperativo, disciplinano i rapporti economici internazionali ed in particolare modo le possibilità di sfruttamento delle risorse naturali ed economiche di territori non autonomi; nello specifico, viene qui in rilievo il principio di sovranità permanente sulle risorse naturali e le sue applicazioni⁴¹.

Quanto all'applicabilità di questo complesso normativo alla CE e quindi alla UE, è stato correttamente sottolineato, anche se con riferimento alla Comunità, che il novero limitato delle competenze attribuite alla CE non comporta analoghe limi-

as a Case-Study, Pretoria, 5 dicembre 2008, p. 7 ss., testo disponibile su www.arso.org/ConferencePretoria2008.htm, ultimo accesso il 27 aprile 2009.

⁴¹ Parte della dottrina ritiene peraltro che si debba riconoscere carattere imperativo anche al principio di sovranità permanente sulle risorse naturali, in quanto corollario ed "elemento integrale" del principio di autodeterminazione. In realtà l'affermazione, basata esclusivamente su considerazioni di carattere logico e deduttivo non trova conferma nella prassi, la quale sembra anzi propendere per l'esito opposto. V. in particolare quanto affermato in tal senso nella sentenza del tribunale arbitrale nel caso *Guinea Bissau c. Senegal*, citato *infra* nel testo e a nota 47. Si deve inoltre sottolineare che anche le considerazioni di carattere logico non sono pienamente convincenti: il principio di sovranità permanente, infatti, non trova applicazione solo nelle ipotesi di autodeterminazione dei popoli; esso appare al contrario una norma di carattere più generale, e quindi casomai come un "elemento integrale" della nozione di sovranità in senso ampio.

tazioni della sua soggettività internazionale ed in particolare della capacità di essere destinataria delle norme di diritto internazionale generale⁴². Capacità internazionale e competenza interna rimangono concetti distinti, la prima definita sulla base del principio di effettività dal diritto internazionale generale, la seconda definita dagli strumenti convenzionali che istituiscono l'organizzazione internazionale. Dunque, la Comunità risultava in astratto destinataria di tutte le norme internazionali, ma la loro applicabilità in concreto doveva essere valutata in relazione alle condotte tenute dalle istituzioni comunitarie. Queste conclusioni rimangono chiaramente valide anche se riferite all'Unione uscita dal Trattato di Lisbona. A ciò si aggiunga che la nuova UE ha unificato in un unico soggetto di diritto internazionale le competenze della Comunità e quelle in materia di politica estera e di sicurezza comune ed appare quindi idonea a incidere con la propria azione esterna sulla quasi totalità degli ambiti coperti dalle norme di diritto internazionale.

Ovviamente, è ben possibile che l'applicazione all'Unione delle norme così individuate richieda una preventiva determinazione della legalità degli atti compiuti dalle amministrazioni di fatto dei territori in questione. Limitatamente a questo scopo, potrà dunque essere necessario identificare il regime normativo applicabile a tali amministrazioni e quindi prendere di nuovo in considerazione le conclusioni cui è giunto il consigliere giuridico delle Nazioni Unite.

Nel condurre la nostra analisi in base alla normativa così individuata, muoveremo innanzitutto da considerazioni in ordine alla validità degli accordi in esame. Come vedremo, l'analisi del loro dato letterale offre pochi argomenti a sostegno della tesi dell'invalidità: più significativo appare invece l'esame della liceità della conclusione e dell'attuazione degli accordi in questione ai sensi del diritto internazionale.

4. Sull'invalidità degli accordi in esame

La presenza nei casi in esame di situazioni sorte dalla violazione di norme imperative pone il problema di capire se gli accordi economici conclusi dalla Comunità si pongano a loro volta in contrasto con dette norme e dunque se se ne possa invocare l'invalidità ai sensi dell'art. 53 della Convenzione di Vienna sul diritto dei trattati del 1969. Come è stato correttamente sostenuto in dottrina in relazione al caso del Sahara occidentale⁴³, la risposta non può però che essere negativa.

Nessun problema si pone ovviamente nel caso di Cipro: l'accordo di associazione è stato infatti concluso con lo Stato a cui la comunità internazionale riconosce sovranità su tutta l'isola e le uniche questioni che sorgono attengono piuttosto

⁴² V. al proposito A. GIANELLI, *Unione Europea e diritto internazionale generale*, Torino, 2004, in particolare pp. 31 e 87.

⁴³ V. sul punto il contributo di E. MILANO, *The new Fisheries Partnership Agreement between the European Community and the Kingdom of Morocco: Fishing Too Far South?*, cit.

alla sua applicazione. Ma il problema non si pone neppure nei casi dei territori arabi occupati e del Sahara occidentale. Infatti gli accordi economici conclusi con Israele e Marocco, anche laddove fossero interpretati nel senso di estendersi ai territori illegittimamente occupati, non sarebbero idonei a porsi in *diretto* contrasto con le rilevanti norme di *jus cogens*, visto che il loro oggetto (sfruttamento risorse naturali; cooperazione economica) è sostanzialmente differente da quello protetto dalle norme imperative che vengono in gioco, sia che si tratti del principio di autodeterminazione dei popoli sia del divieto dell'uso della forza. D'altro canto, poi, non vi sono elementi per affermare il carattere imperativo delle altre norme rispetto alle quali la conclusione degli accordi sembra porsi più direttamente in contrasto, a partire dal principio di sovranità permanente sulle risorse naturali⁴⁴: il problema dovrà dunque essere affrontato sul piano della liceità della condotta piuttosto che su quello della validità dell'accordo (vedi *infra*)⁴⁵.

Si potrebbe poi cercare di sostenere che gli accordi in esame sono invalidi per difetto della competenza degli Stati contraenti a concludere accordi internazionali aventi ad oggetto territori illegittimamente occupati.

In via di principio, la mancanza di un titolo di sovranità non esclude di per sé la competenza della potenza occupante a concludere accordi che interessino i territori occupati. Dopo tutto, ai sensi del Regolamento dell'Aja del 1907, la potenza occupante ha diritto di usufrutto sulle risorse naturali dei territori in esame e si potrebbe pertanto ritenere che la conclusione di un accordo internazionale rientri nelle possibili modalità di esercizio dell'usufrutto⁴⁶. Tuttavia, è necessario fare i conti con due precedenti giurisprudenziali che sono arrivati a conclusioni differenti.

⁴⁴ Sullo *status* del principio in diritto internazionale v. *Affaire de la Délimitation de la Frontière maritime entre la Guinée-Bissau et le Sénégal*, sentenza arbitrale del 31 luglio 1989, citata *infra* nota 47.

⁴⁵ Ciò vale naturalmente anche per la violazione dell'obbligo di non riconoscimento delle situazioni di fatto risultanti dalla violazione di norme imperative, su cui più estesamente *infra* nel testo. L'obbligo di non riconoscimento è infatti il contenuto di una norma secondaria che opera *erga omnes* in caso di grave violazione di una norma di fondamentale importanza dell'ordinamento internazionale. Tuttavia, stante l'autonomia del sistema di norme sulla responsabilità rispetto agli obblighi primari, il carattere normativo proprio della norma di condotta violata non si trasmette anche al contenuto della responsabilità. Gli obblighi discendenti dalla responsabilità internazionale, anche quando trattasi di responsabilità per violazione di *jus cogens*, hanno la forza normativa propria del diritto internazionale ordinario. Si deve pertanto ritenere che la conclusione di un accordo in violazione del mero obbligo di non riconoscimento non possa integrare una causa di invalidità di quell'accordo ai sensi dell'art.53 della Convenzione di Vienna del 1969, ma solamente determinare a sua volta il sorgere della responsabilità internazionale del soggetto che quella violazione ha posto in essere.

⁴⁶ Peraltro ciò non esclude che la conclusione dell'accordo possa di per sé costituire un illecito laddove l'occupazione sia essa stessa illecita. Su questo cruciale punto v. le pertinenti osservazioni di É. DAVID, *Principes de droit des conflits armés*, Bruxelles, 2008, pp. 82-91 e 584. In particolare, sembra a chi scrive che la liceità della condotta della potenza occupante debba essere esclusa in questi casi dall'obbligo che grava su tutti i membri della comunità internazionale di non riconoscere la situazione di fatto sorta a seguito dell'illecito: l'obbligo di non riconoscimento impone infatti di negare allo Stato responsabile i diritti ed i privilegi che altrimenti il diritto internazionale gli riconoscerebbe sul territorio in questione. Su questo v. *infra* nel testo.

Il primo caso è rappresentato dal famoso parere della Corte internazionale di giustizia sulle conseguenze giuridiche derivanti dalla protratta presenza del Sud Africa in Namibia. In quel caso, la Corte, affermato il carattere illegittimo della presenza sudafricana nel territorio in questione, la Corte aveva pronunciato non solo l'illiceità ma anche l'*invalidità* degli atti di amministrazione compiuti dal Sud Africa in Namibia, ivi compresi eventuali accordi internazionali. Nel caso di specie, le conclusioni della Corte risultano però influenzate dalla presenza di risoluzioni del Consiglio di sicurezza adottate nel quadro del capitolo VII della Carta che sancivano esse stesse l'invalidità degli atti in questione. Pertanto, risulta difficile comprendere se la Corte abbia inteso affermare una autonoma causa di invalidità degli accordi in questione o semplicemente ribadire gli obblighi derivanti agli Stati dalle risoluzioni in esame.

Il secondo caso, è rappresentato dalla pronuncia dal Tribunale arbitrale del 31 luglio 1989 nel caso dell'*Affaire de la Délimitation de la Frontière maritime entre la Guinée-Bissau et le Senegal*⁴⁷ e riguarda i limiti che – a prescindere dal carattere illegittimo della loro presenza su di un dato territorio – le potenze amministranti incontrerebbero nel concludere accordi internazionali aventi ad oggetto il territorio amministrato.

In quel caso, la Guinea Bissau contestava la validità di un accordo concluso tra la Francia ed il Portogallo (ossia le due precedenti potenze coloniali) sulla delimitazione delle zone marittime tra Guinea Bissau e Senegal. Secondo la Guinea, il principio di autodeterminazione aveva come corollario il divieto per le potenze amministranti di concludere accordi concernenti i territori non-autonomi una volta che il processo di liberazione nazionale fosse già cominciato. Il Tribunale ha riconosciuto l'esistenza di un simile divieto, anche se ne ha offerto una differente ricostruzione⁴⁸, ed ha chiarito che esso è operante solo a partire dal momento in cui i movimenti di liberazione nazionale hanno acquisito "rilevanza internazionale"⁴⁹.

Chi invoca questo precedente osserva che, se lo *jus tractatus* risulta limitato in capo a coloro che legittimamente rivestono la qualità di potenza amministrante di un dato territorio, a maggior ragione dovrà esserlo in capo a chi esercita un mero controllo di fatto. Inoltre le condizioni richieste dal Tribunale arbitrale in termini di "rilevanza internazionale" del movimento di liberazione nazionale sa-

⁴⁷ Il caso è riportato in *Reports of International Arbitral Awards*, vol XX, p. 119.

⁴⁸ Secondo il Tribunale, il divieto in questione, pur essendo chiaramente in relazione con il principio di autodeterminazione, non può essere da questo dedotto con una semplice operazione logica formale e dunque non può essere considerato un suo corollario. Si tratta invece di una norma desumibile dal principio di effettività e dalle regole sulla formazione degli Stati. Di conseguenza, si tratta di una regola che non ha carattere di *jus cogens*. V. in particolare par. 43 della sentenza.

⁴⁹ Ciò avverrebbe solo quando le attività messe in atto dal movimento di liberazione siano tali che "elles constituent dans la vie institutionnelle de l'Etat territorial un événement anormal qui la force à prendre des mesures exceptionnelles, c'est-à-dire lorsque, pour dominer ou essayer de dominer les événements, il se voit amené à recourir à des moyens qui ne sont pas ceux qu'on emploie d'ordinaire pour faire face à des troubles occasionnels", par. 51 della sentenza.

rebbero soddisfatte tanto nel caso del Sahara occidentale che in quello dei territori arabi occupati. Va peraltro sottolineato che la pronuncia in questione sembra essere stata condizionata dal fatto che entrambe le parti alla controversia avevano espressamente riconosciuto innanzi al Tribunale arbitrale l'esistenza del divieto in esame, salvo poi avere posizioni opposte sulla sua applicabilità in concreto. Va ugualmente ricordato che il precedente è rimasto isolato e che non sono dati altri casi in cui l'accordo concluso dalla potenza amministrante è stato dichiarato invalido perché concluso successivamente all'avvio del processo di liberazione nazionale.

In ogni modo, l'applicazione della norma in questione al caso di specie si scontra con la difficoltà di rinvenire nel dato letterale degli accordi l'intenzione delle parti di estenderne l'ambito di applicazione ai territori illegittimamente occupati. Come ha avuto modo di osservare il Servizio giuridico del Parlamento europeo nel parere reso nel quadro della consultazione parlamentare sull'accordo di pesca con il Marocco, l'accordo per come formulato, né include né esclude le acque del Sahara occidentale⁵⁰. E analoghe considerazioni possono svolgersi anche per l'accordo di associazione tra Comunità e Israele. In definitiva non pare che la conclusione di detti accordi contrasti *di per sé* con il diritto internazionale; al contrario il rischio di un possibile conflitto sembra sorgere in occasione della loro successiva applicazione⁵¹.

Pertanto, più che trattare della validità degli accordi conclusi appare rilevante porre la questione della liceità della condotta dei contraenti nell'applicazione degli accordi in questione. A tal proposito, un ruolo particolare deve essere riconosciuto alle obbligazioni specifiche cui sono tenuti i membri della comunità internazionale in presenza di una situazione di fatto sorta dalla violazione di norme imperative. È di tali obblighi che ora ci occuperemo nel dettaglio.

5. Sugli obblighi della UE nell'applicazione degli accordi in esame: un obbligo di interpretazione conforme alla norma imperativa

In casi, quali quelli in esame, ove il dato letterale di un accordo è astrattamente compatibile con altra norma internazionale applicabile tra le parti e suscettibile di essere violata con l'applicazione dell'accordo stesso (nel nostro caso il principio

⁵⁰ V. il parere giuridico del Servizio giuridico del Parlamento, cit.

⁵¹ Come noto la prassi successiva nell'applicazione di un trattato è uno dei parametri di cui l'interprete può tener conto per interpretare un dato testuale ambiguo. Si potrebbe dunque sostenere che una prassi volta ad estendere la portata degli accordi ai territori in questione, laddove soddisfatti le condizioni poste dall'art. 31, par. 3, lett. b, dalla Convenzione di Vienna del 1969 consentirebbe di ricostruire la volontà delle parti in senso contrario alle norme che abbiamo esaminato e dunque di concludere per la invalidità dell'accordo. In realtà, come vedremo tra un istante, il ricorso ad un tale strumento ermeneutico deve essere escluso nei casi in esame, poiché grava sull'Unione un obbligo di interpretare l'accordo in conformità con le norme imperative in gioco.

di autodeterminazione ed i suoi corollari ed il divieto di uso della forza), il ricorso allo strumento interpretativo, ed in particolare alla tecnica dell'interpretazione conforme, potrebbe risolvere il contrasto tra le diverse fonti normative in gioco. Tuttavia questa soluzione si scontra con il fatto che l'ordinamento internazionale non conosce un obbligo generale di interpretazione in tal senso.

Certo, l'art. 31, par. 3, lett. c, della Convenzione di Vienna sul diritto dei trattati del 1969 chiarisce che ai fini dell'interpretazione di un trattato si debba tener conto oltre che del testo e del contesto in cui il trattato è stato concluso anche di una serie di fattori ulteriori tra cui appunto “*any relevant rules of international law applicable in the relations between the parties*”. La norma intende però offrire un possibile parametro nella ricostruzione dell'intenzione delle parti piuttosto che introdurre un criterio tassativo di interpretazione⁵².

Ed infatti, nonostante la presenza di norme di diritto internazionale applicabili tra le parti, il giudice può comunque decidere di non farvi riferimento laddove dovesse ritenere che una interpretazione in senso ad esse conforme condurrebbe ad un risultato incompatibile con lo scopo e con l'oggetto del trattato voluti dalle parti.⁵³ Così, per esempio, la Commissione ed il Regno Unito hanno so-

⁵² La funzione che è stata riconosciuta all'art. 31, par. 3, lett. c, nel recente dibattito dottrinale sul pericolo di una “frammentazione” del diritto internazionale, ossia quella di un importante strumento di integrazione “sistemica” tra sotto sistemi normativi, non deve far dimenticare qual è il ruolo giocato dalla norma in esame nel quadro della Convenzione di Vienna. L'art. 31, par. 3, lett. c, è infatti solo un passaggio di un processo interpretativo più ampio che mira a ricostruire la volontà delle parti, muovendo dalla ricostruzione del significato oggettivo dei termini usati, letti nel contesto in senso ampio in cui sono inseriti ed alla luce dell'oggetto e dello scopo del trattato. Come ricordava MAX HUBER, “*il faut donc chercher la volonté des parties dans le texte conventionnel, d'abord dans les clauses relatives à la contestation, ensuite dans l'ensemble de la convention, ensuite dans le droit international général, et enfin dans les principes généraux de droit reconnus par les nations civilisées. C'est par cet encerclement concentrique que le juge arrivera dans beaucoup de cas à établir la volonté présomptive des parties 'conformément aux exigences fondamentales de la justice internationale'*”, in *Annuaire de l'Institut de Droit International*, 1952-I, pp. 200-201. L'art. 31, par. 3, lett. c, ed il principio di integrazione sistemica che esso esprime sono stati oggetto di attenta considerazione da parte della Commissione di Diritto Internazionale nel quadro dei lavori sulla frammentazione intrapresi da un apposito gruppo di lavoro: v. in particolare il rapporto finale del Relatore speciale Koskeniemi, *Fragmentation of International Law: Difficulties Arising from the Diversification and Expansion of International Law. Report of the Study Group of the International Law Commission. Finalized by Martti Koskeniemi*, UN Doc. A/CN.4/L.682 del 13 aprile 2006.

⁵³ In questo senso v. ad esempio il parere dell'Organo di Appello dell'OMC nel caso *Ormoni*, laddove esclude la possibilità di interpretare alla luce del principio di precauzione le norme dell'accordo SPS che espressamente prevedono che la valutazione del rischio debba essere condotta sulla base di prove scientifiche: rapporto dell'Organo di Appello, *EC measures concerning meat and meat products (hormones)*, doc. WT/DS-26/AB/R del 16 gennaio 1998, ai paragrafi 124 e 125. Il ruolo determinante dell'oggetto e dello scopo del trattato nel processo di interpretazione è stato ribadito anche dal Tribunale internazionale per il diritto del mare nella fase cautelare del caso *Mox Plant* laddove ha affermato che norme redatte in termini identici possono avere significato e applicazione diverse in diversi contesti convenzionali; v. Tribunale internazionale per il diritto del mare, *Caso Mox Plant (Irlanda c. Regno Unito)*, Ordinanza sulle misure cautelari del 3 dicembre 2001, in particolare ai paragrafi 50 e 51.

stenuto che nell'interpretare l'accordo di associazione con Cipro si dovesse tener conto di tutte le finalità ed obiettivi da esso perseguiti, ivi incluso quello di non discriminare tra la popolazione cipriota residente nella Repubblica di Cipro e quella residente nella zona occupata dalla Turchia e che in conformità di un tale obiettivo si dovessero accettare di fatto i certificati di origine ed i certificati fitosanitari emessi dall'autorità occupante⁵⁴.

Ugualmente, e l'ipotesi gioca un ruolo determinante nel nostro caso, l'interpretazione conforme ad altri obblighi internazionali esistenti tra le parti dovrà cedere il passo dinnanzi ad una coerente prassi applicativa dell'accordo da cui si possa desumere una diversa volontà delle parti in ordine all'interpretazione dello stesso (vedi art. 31, par. 3, lett. b, della Convenzione di Vienna del 1986 che riprende in termini identici lo stesso articolo della Convenzione di Vienna del 1969). Così, ad esempio, la prassi rappresentata dalle richieste da parte europea di licenze di pesca per le acque del Sahara occidentale e la loro sistematica concessione da parte delle autorità marocchine, costituiscono un parametro interpretativo difficilmente sormontabile nella ricostruzione del senso della nozione di "giurisdizione" contenuta nell'art. 2, par. 1, lett. a, dell'accordo di pesca del 2006⁵⁵.

L'idea che l'art. 31, par. 3, lett. c, fornisca un criterio di interpretazione non tassativo appare perfettamente coerente con una concezione dell'ordinamento internazionale come ordinamento decentrato privo di un sistema gerarchico di fonti. In un tale sistema, i soggetti dell'ordinamento rimangono pur sempre liberi di creare tra loro un regime convenzionale specifico rispetto ad altri regimi a cui già appartengono o ancora di derogare per trattato alle norme di diritto consuetudinario, per esempio per promuoverne un progressivo sviluppo. L'affermazione di una regola generale di interpretazione conforme agli obblighi precedentemente assunti contrasterebbe perciò con questo dato e finirebbe quindi per pregiudicare una delle funzioni fondamentali del ricorso al diritto convenzionale⁵⁶.

D'altro canto, però, questa conclusione deve essere confrontata con il processo di verticalizzazione del sistema di fonti dell'ordinamento internazionale ed

⁵⁴ V. la sentenza *Anastasiou I*, cit., ai paragrafi 32 e 33.

⁵⁵ Nello stesso senso si deve segnalare il tentativo della Commissione e del Regno Unito di far valere la propria prassi applicativa dell'accordo di associazione con Cipro per sostenere che l'accordo andasse interpretato nel senso di consentire l'accettazione in via di fatto i certificati di origine e fitosanitari emessi dall'autorità occupante la parte nord dell'isola. Nel caso *Anastasiou I*, cit., la Corte ha però correttamente escluso che, nel caso di specie, la prassi invocata fosse indicativa di un accordo delle parti in ordine all'interpretazione delle disposizioni in esame, come è invece richiesto dalla Convenzione di Vienna. Da un lato, infatti, la prassi non risultava uniforme, giacché altri Stati membri della Comunità si rifiutavano di accettare i certificati in esame (v. paragrafi 52 e 53 della sentenza). Dall'altro, poi, la prassi in esame non poteva essere indicativa di un accordo: ad essa infatti si contrapponeva la posizione ufficiale del governo della Repubblica di Cipro secondo cui solo i certificati emessi dallo stesso governo potevano soddisfare le condizioni previste dall'accordo di associazione (paragrafi 50 e 51).

⁵⁶ V. al proposito il contributo di C. McLACHLAN, *The Principle of Systematic Integration and Article 31 (3) (C) of the Vienna Convention*, in *International and Comparative Law Review*, 2005, p. 313 ss.

in particolare con l'emergere della categoria dello *jus cogens*. Se, infatti, si ammette l'esistenza di norme inderogabili, la cui violazione incide sulla validità di ogni accordo ad esse contrario (cfr. articoli 53 e 64 della Convenzione di Vienna del 1969), se ne devono anche tirare le logiche conseguenze in termini di interpretazione. Sarebbe infatti contrario al principio dell'effetto utile e della conservazione degli atti giuridici ammettere che un accordo possa essere interpretato in modo da risultare in contrasto con una norma di diritto imperativo e quindi invalido. Nei casi in cui il dato letterale dell'accordo si presta a diverse letture, appare quindi ragionevole ritenere obbligata un'interpretazione conforme allo *jus cogens*, a prescindere dall'esistenza di altri indicatori dell'intenzione delle parti, quali ad esempio la prassi successiva.

Peraltro, un tale obbligo di interpretazione conforme non ha trovato sinora espressa affermazione nella prassi. A dire il vero, il problema dell'interpretazione di una norma convenzionale in relazione ad una norma di carattere imperativo si era posto alla Corte internazionale di giustizia nel ben noto caso delle *Piattaforme Petrolifere*⁵⁷. In quel caso la Corte, si era trovata a dover interpretare un articolo del trattato di amicizia, relazioni economiche e diritti consolari concluso tra Iran e Stati Uniti il quale sottraeva dal regime convenzionale (e quindi anche dalla giurisdizione della Corte) le misure "necessary to fulfil the obligations of a High Contracting Party for the maintenance or restoration of international peace and security, or necessary to protect its essential security interests". Per chiarire cosa si dovesse intendere per *misura necessaria*, la Corte ha invocato l'art. 31, par. 3, lett. c, della Convenzione di Vienna e quindi fatto applicazione delle norme sull'uso della forza per concludere che l'intervento armato statunitense non aveva rispettato le condizioni della legittima difesa e dunque non poteva considerarsi "necessario". Nella sentenza, la Corte non chiarisce se l'interpretazione conforme alle norme sull'uso della forza fosse imposta dal loro particolare *status* normativo. La Corte internazionale di giustizia si limita infatti a constatare che "[it] cannot accept that Article XX, paragraph 1(d), of the 1955 Treaty was intended to operate wholly independently of the relevant rules of international law on the use of force, so as to be capable of being successfully invoked, even in the limited context of a claim for breach of the Treaty, in relation to an unlawful use of force"⁵⁸.

Il punto è stato però toccato dal giudice Simma nella propria opinione separata. Riflettendo sul carattere imperativo delle norme sull'uso della forza, Simma osserva che "if these general rules of international law are of peremptory nature ... then the principle of treaty interpretation just mentioned turns into a legally insurmountable limit to permissible treaty interpretation"⁵⁹. È chiaro che il "legally insurmountable

⁵⁷ Corte internazionale di giustizia, *Oil Platforms (Islamic Republic of Iran v. United States)*, sentenza del 6 novembre 2003, *I.C.J Reports* 2003, p. 161

⁵⁸ Ivi, par. 41 della sentenza.

⁵⁹ Ivi, Opinione separata giudice Simma, in particolare par. 9.

table limit” a cui si riferisce il giudice Simma rappresenta il correlativo dell’obbligo di interpretazione conforme che abbiamo tentato di identificare sopra⁶⁰.

Deve tuttavia essere sottolineato che la giurisprudenza recente si è dimostrata piuttosto restia ad utilizzare un approccio puramente deduttivo per identificare gli “effetti speciali” che discenderebbero dal carattere imperativo di una data norma (e quindi dal modo di essere della norma primaria), al di là di quelli espressamente previsti dal dettato della Convenzione di Vienna. Secondo un attento commentatore⁶¹, questa giurisprudenza mostrerebbe che il fatto di riconoscere ad una data norma la natura di *jus cogens* non comporta *di per sé* l’attribuzione di un regime normativo ulteriore rispetto alla semplice inderogabilità: ogni effetto aggiuntivo andrebbe dunque ricavato, caso per caso, sulla base della prassi conforme e dell’*opinio juris* degli Stati. E ovviamente questo varrebbe anche per l’affermazione di un obbligo di interpretazione conforme al diritto imperativo quale quello che abbiamo qui prospettato⁶².

In secondo luogo, anche a voler prescindere dall’esistenza di una prassi in materia, la possibilità di affermare l’esistenza dell’obbligo di interpretazione conforme trova un ulteriore ostacolo nelle considerazioni sopra svolte circa la difficoltà di ravvisare una diretta incompatibilità degli accordi che abbiamo preso in esame con le norme imperative in gioco. Risulta infatti difficile configurare nei

⁶⁰ In termini sostanzialmente simili si è espressa anche parte della dottrina che ha ricavato dal carattere imperativo di una norma il divieto di interpretare un trattato in modo difforme. V. in particolare i contributi di A. CASSESE, *International Law*, Oxford, 2002, p. 144 e di A. ORAKHELASHVILI, *Peremptory Norms in International Law*, Oxford, 2006, pp. 164-176. In questo senso sembrano anche orientate le conclusioni del gruppo di lavoro della Commissione di Diritto Internazionale che, trattando del rapporto tra i criteri ermeneutici individuati dall’art. 31 chiarisce che “if any other result is indicated by ordinary methods of treaty interpretation that should be given effect, unless the relevant principle were part of *jus cogens*”, in *Report of the International Law Commission Fifty-eighth session (1 May-9 June and 3 July-11 August 2006)*, Chapter XII, Fragmentation of International Law: Difficulties arising from the Diversification and Expansion of International Law, UN Doc. A/61/10, par. 251.

⁶¹ C. FOCARELLI, *Promotional Jus Cogens: A Critical Appraisal of Jus Cogens’ Legal Effects*, in *Nordic Journal of International Law*, 2008, p. 429 ss.

⁶² In realtà, la tesi di Focarelli non appare condivisibile se riferita senza precisazioni al caso di specie. Se infatti il ricorso ad un metodo deduttivo nella ricostruzione degli effetti dello *jus cogens* è senz’altro opportuno per contrastare posizioni apertamente giusnaturaliste che finiscono per far prescindere completamente il diritto dalla prassi degli Stati, l’uso di un tale metodo non deve essere spinto a conseguenze estreme. Si può infatti ammettere, senza pericolo di cadere in una logica “deduttivista” del tipo denunciato da Focarelli, che taluni “effetti speciali” siano intrinsecamente connessi agli effetti normativi espressamente attribuiti allo *jus cogens* (ossia alla sua inderogabilità). Tali sarebbero in particolar modo gli “effetti” che se non ammessi condurrebbero a risultati irragionevoli o contraddittori, quale sarebbe quello di consentire l’interpretazione di un accordo in modo difforme al diritto imperativo per poi doverne affermare l’invalidità. Si noti che in questo modo l’effetto speciale (o meglio sarebbe dire il corollario dell’effetto espressamente attribuito) non viene genericamente dedotto dal supposto *status* del diritto imperativo all’interno dell’ordinamento internazionale quanto piuttosto da una attenta considerazione di tutte le conseguenze derivanti dal regime di inderogabilità.

casi in esame un'ipotesi di invalidità dell'accordo per contrarietà al diritto imperativo e, di conseguenza, invocare il principio dell'effetto utile o di conservazione degli atti per fondare l'obbligo di interpretazione conforme alla norma cogente.

Peraltro, l'obbligo di interpretazione conforme può anche essere fondato su altro fondamento normativo. In particolare, noi riteniamo che un tale obbligo possa essere desunto dal contenuto delle norme secondarie che governano le conseguenze della violazione di una norma imperativa, ossia dal regime della responsabilità.

Nel suo progetto di articoli sulla responsabilità degli Stati, la Commissione di diritto internazionale ha ricondotto alla grave violazione di norme imperative il sorgere di una serie di obblighi per l'insieme dei membri della comunità internazionale: l'obbligo di cooperare al fine di pervenire alla cessazione dell'illecito, l'obbligo di non riconoscere la situazione sorta dall'illecito e quindi quello di non offrire alcun aiuto o assistenza al suo mantenimento (art. 41 del Progetto)⁶³. Come precisa la Commissione nel commentario al progetto e come è stato sottolineato dalla dottrina, la norma intende codificare una serie di regole ben consolidate del diritto internazionale consuetudinario; questo è in particolare il caso dell'obbligo di non riconoscimento.

Senza qui voler ricostruire l'abbondante prassi in materia, si può ricordare che l'obbligo di non riconoscimento affonda la sua origine nella c.d. "dottrina Stimson" con cui nel gennaio 1932 gli Stati Uniti si opposero all'occupazione giapponese della Manciuria. Il principio di non riconoscimento espresso dalla dichiarazione statunitense venne rapidamente ripreso da una risoluzione dell'Assemblea della Società delle Nazioni che affermò l'obbligo degli Stati membri in tal senso⁶⁴. Da allora, l'obbligo di non riconoscimento è stato enunciato da un numero rilevante di atti di organizzazioni internazionali e strumenti

⁶³ Secondo una dottrina autorevole che ha criticato la scelta della Commissione di diritto internazionale di eliminare la nozione di crimine internazionale e di marginalizzare la categoria degli obblighi *erga omnes* nel quadro del progetto di articoli, l'art.41 illustra le contraddizioni in cui la Commissione finisce per cadere. Secondo tale dottrina, infatti, le conseguenze identificate da tale norma più che potersi ricollegare alla grave violazione di una norma imperativa, sono proprie della violazione di tutte le norme istitutive di obblighi *erga omnes*. Questo avverrebbe tanto per l'obbligo di cooperazione e di non assistenza, che si possono ben configurare come le naturali conseguenze della violazione di norme esigibili da tutti gli Stati. Quanto poi all'obbligo di non riconoscimento, questa dottrina ne sottolinea la portata generale: tale obbligo si attaglierebbe infatti ad ogni illecito internazionale. V. P. PICONE, *Obblighi erga omnes e codificazione della responsabilità degli Stati*, in *Rivista di Diritto Internazionale*, 2005, p. 893 ss., in particolare al par. 14. In ogni caso la distinzione operata da questo autore non è determinante ai nostri fini, poiché il diritto all'autodeterminazione così come il divieto dell'uso della forza sono pacificamente riconosciute tanto norme imperative quanto norme istitutive di obblighi *erga omnes*.

⁶⁴ V. Risoluzione sulla Manciuria adottata l'11 marzo 1932 dalla Assemblea della Società delle Nazioni. Il testo, così come altri documenti inerenti all'obbligo di non riconoscimento, si può trovare riprodotto in J. SALMON, *La reconnaissance d'Etat: quatre cas: Mandchou Kuo, Katanga, Rhodésie du Sud*, Parigi, 1971.

convenzionali⁶⁵, ha trovato una conferma costante nella prassi⁶⁶ ed è infine stato espressamente riconosciuto nelle pronunce delle giurisdizioni internazionali, primi fra tutte i pareri consultivi della Corte internazionale di giustizia nel caso Namibia e in quello del muro edificato nei territori palestinesi occupati⁶⁷.

Il rapido consolidamento dell'obbligo di non riconoscimento in norma consuetudinaria non ha però impedito che la determinazione del suo effettivo contenuto fosse oggetto di acceso dibattito. Per diverso tempo gli Stati occidentali hanno promosso una lettura restrittiva dell'obbligo che cercava di limitarne la portata al divieto di non riconoscere *come lecite* le situazioni create dalla violazione di norme imperative: si voleva, così, indirettamente ammettere la possibilità che tali situazioni potessero essere riconosciute in via di fatto al fine di mantenere relazioni commerciali e normali comunicazioni con lo Stato responsabile. Questa lettura ha però incontrato sin dall'origine l'opposizione ferma del gruppo dei paesi non-allineati e degli Stati dell'America latina ed è infine stata superata dalla prassi successiva: come espressamente riconosciuto dalla Corte di giustizia ed riportato dalla Commissione di diritto internazionale nel commentario all'art. 41, l'obbligo di non riconoscimento comporta il dovere per gli Stati di astenersi da qualsiasi atto che possa comportare anche *implicitamente* il riconoscimento della situazione in esame. Si tratta quindi di un dovere di "astensione attiva"⁶⁸.

Nel suo lavoro di codificazione la Commissione di diritto internazionale non si è peraltro impegnata in una più dettagliata specificazione dell'obbligo in esa-

⁶⁵ Tra le altre si ricordino le Risoluzioni dell'Assemblea generale delle Nazioni Unite n. 2625 del 24 ottobre 1970 sulle relazioni amichevoli e la cooperazione tra Stati, la n. 3314 del 14 dicembre 1974 sulla nozione di aggressione, la n. 36/103 del 9 dicembre 1981 sull'inammissibilità dell'intervento e dell'ingerenza negli affari interni e la 42/22 del 18 novembre 1987 sul rafforzamento dell'efficacia del principio dell'astensione del ricorso o della minaccia all'uso della forza nelle relazioni internazionali.

⁶⁶ V. gli atti adottati dal Consiglio di sicurezza e dall'Assemblea generale delle Nazioni Unite, nonché la condotta degli Stati nei casi della Rhodesia del Sud, della Namibia, dei "Bantoustans", di Cipro, dell'Iraq e di Israele. Per una attenta ricostruzione di questa prassi si può fare riferimento ai fondamentali contributi del prof. Talmon su questa materia: S. TALMON, *The Constitutive versus the Declaratory Theory of Recognition: Tertium non Datur?*, in *British Yearbook of International Law*, 2004, p. 101 ss. e *The Duty Not to 'Recognize as Lawful' a Situation Created by the Illegal Use of Force or Other Serious Breaches of a Jus Cogens Obligation: An Obligation without Real Substance?*, in C. TOMUSCHAT, J.-M. THOUVENIN (eds.), *The Fundamental Rules of the International Legal Order*, Leiden-Boston, 2006, p. 99 ss.

⁶⁷ Corte internazionale di giustizia, *Legal Consequences for the States of the Continued Presence of South Africa in Namibia (South West Africa) Notwithstanding Security Council Resolution 276 (1970)*, parere consultivo del 21 giugno 1971, *I.C.J. Reports* 1971, p. 16, e *Legal Consequences of the Construction of a Wall in the Occupied Palestinian Territory*, parere consultivo del 9 luglio 2004, *I.C.J. Reports* 2004, p. 136.

⁶⁸ Così S. TALMON, *The Duty Not to 'Recognize as Lawful' a Situation Created by the Illegal Use of Force or Other Serious Breaches of a Jus Cogens Obligation: An Obligation without Real Substance?*, cit., p. 112. Nel commentario al progetto di articoli sulla responsabilità dello Stato, la Commissione di diritto internazionale parla di "duty of abstention"; v. *Report of the International Law Commission to the General Assembly on the work of its fifty-tjird Session*, UN Doc. A/56/10.

me⁶⁹: la dottrina più attenta ha però identificato sulla base dell'analisi della prassi e delle pronunce della Corte di giustizia una serie di obblighi più specifici in cui si articolerebbe l'obbligo generale di non riconoscimento: l'obbligo dall'astenersi di stabilire rapporti convenzionali con l'autorità illegale, l'obbligo di non accreditare missioni diplomatiche né di riceverne, l'obbligo di rifiutare l'ammissione dell'autorità illegale ad una organizzazione internazionale, l'obbligo di rifiutarsi di intrattenere relazioni economiche o commerciali con l'autorità illegale ed infine l'obbligo di rifiutarsi di riconoscere un qualsiasi effetto agli atti costituzionali, legislativi e di amministrazione adottati dal regime illecito⁷⁰.

Orbene, l'obbligo di interpretazione conforme può essere considerato come un'ulteriore applicazione specifica dell'obbligo di non riconoscimento. È chiaro infatti che, nei casi in esame, una interpretazione degli accordi conclusi dalla Comunità che avesse come effetto quello di estenderne la portata a territori sottoposti ad occupazione si risolverebbe di per sé in un implicito riconoscimento degli atti compiuti dalla potenza amministrante *de facto* il territorio. In particolare, l'obbligo di non riconoscimento impedirebbe di poter considerare come un "accordo relativo all'interpretazione" del trattato una prassi applicativa che attribuisse rilievo agli atti di governo da quella posta in essere.

L'obbligo di non riconoscimento impone dunque un'interpretazione conforme dell'accordo, a prescindere dall'esistenza di ulteriori indicatori dell'intenzione delle parti ai sensi dei criteri ermeneutici previsti dall'art. 31 della Convenzione di Vienna. Tale obbligo di interpretazione conforme è ovviamente opponibile a chi si è reso responsabile della violazione della norma imperativa in questione: il non riconoscimento è infatti una forma di sanzione esercitata dalla comunità internazionale nel suo complesso, seppure in modalità "decentrata". Ma appare anche ragionevole ritenere che un simile criterio interpretativo si imponga agli Stati terzi e questo in virtù del fatto che gli obblighi previsti dall'art. 41 del Progetto di articoli sono dovuti alla comunità internazionale nel suo complesso e quindi il loro rispetto può essere richiesto da tutti i membri di detta comunità⁷¹.

⁶⁹ Sulla necessità di specificare i contenuti dell'obbligo di riconoscimento si erano invece espressi diversi Stati nelle osservazioni presentate alla Commissione di diritto internazionale durante i lavori sul progetto di articoli. V. in particolare le osservazioni presentate da Spagna in Commissione di diritto internazionale, *State Responsibility. Comments and observations received from Governments*, UN Doc. A/CN.4/515 del 19 marzo 2001, p. 54. V. anche i commenti della Francia in Commissione di diritto internazionale, *State Responsibility. Comments and observations received from Governments*, UN Doc. A/CN.4/515/Add.2 del 1 maggio 2001, p. 13.

⁷⁰ Per questa classificazione v. T. CHRISTAKIS, *L'obligation de non-reconnaissance des situations créées par le recours illicite à la force ou d'autres actes enfreignant des règles fondamentales*, cit. Peraltro, il contenuto dell'obbligo di non-riconoscimento rimane molto controverso in dottrina almeno in quelle ipotesi in cui l'illecito non determina il sorgere di una situazione di fatto suscettibile di non essere riconosciuta.

⁷¹ In questo senso v. anche T. CHRISTAKIS, *L'obligation de non-reconnaissance des situations créées par le recours illicite à la force ou d'autres actes enfreignant des règles fondamentales*, cit.

È interessante osservare che l'esistenza di un obbligo di interpretazione conforme fondato sul dovere di non-riconoscimento trova conferma nel comportamento tenuto dalle istituzioni dell'Unione nei casi in esame.

Nel caso dell'accordo di associazione con Israele, la Commissione europea ha espressamente richiamato le numerose risoluzioni del Consiglio di sicurezza e dell'Assemblea generale relative all'occupazione e all'annessione dei territori arabi ad opera di Israele⁷², per concludere che la clausola di applicazione territoriale dell'accordo dovesse essere interpretata nel senso di riferirsi ai confini israeliani ante 1967 e che, pertanto, la prassi di apporre certificati di origine a merci di provenienza dei territori occupati o annessi costituisca violazione dell'accordo stesso⁷³. A parere di chi scrive, la soluzione adottata dalle autorità dell'Unione è indicativa dell'esistenza dell'obbligo di interpretazione conforme che abbiamo prospettato e che in questo caso è stato applicato alle regole di origine previste dall'accordo di associazione con Israele. Deve essere invece rigettata la tesi di chi, ritenendo la prassi in esame espressione di un approccio "politico", ha sostenuto l'opportunità di una interpretazione di dette regole alla luce dell'oggetto e dello scopo dell'accordo in esame ed in particolare alla luce delle esigenze di stabilità e prevedibilità che caratterizzano le relazioni commerciali internazionali⁷⁴. Si tratta dell'ennesimo tentativo di considerare il complesso delle norme internazionali in materia commerciale come un regime autonomo, sottratto persino all'incidenza delle norme che tutelano i valori più fondamentali della comunità internazionale. Ma un tale approccio, oltre ad essere smentito dal caso in esame e più in generale dalle recenti riflessioni giurisprudenziali e dottrinali sul tema della frammentazione del diritto internazionale, non trova neppure argomenti utili nella prassi degli organi dell'OMC, se correttamente esaminata⁷⁵.

⁷² La Commissione ha cura di sottolineare che anche laddove tali risoluzioni non possano considerarsi vincolanti (in particolare, quelle adottate dal Consiglio di sicurezza non risultano adottate nel quadro del capitolo VII della Carta), esse tuttavia rappresentino una autorevole interpretazione del diritto internazionale. V. la Comunicazione della Commissione, *Implementation of the Interim Agreement on Trade and Trade-related Matters between the European Community and Israel*, SEC(1998) 695 finale, del 12 maggio 1998, p. 7.

⁷³ Ivi, p. 8.

⁷⁴ Esigenza e prevedibilità che, secondo questa tesi, sarebbero messe in pericolo se le regole di origine venissero interpretate in base alle scelte, altamente discrezionali e legate a considerazioni di politica estera, di riconoscere o meno la sovranità di un dato Stato su territori contestati. M. HIRSCH, *Rules of Origin as Trade or Foreign Policy Instruments?*, cit. nota 6.

⁷⁵ Hirsch invoca a sostegno della sua tesi il disposto dell'art. XXVI, par. 5, lett. a, del GATT e la relativa prassi applicativa. La norma in esame disciplina l'ambito di applicazione spaziale dell'accordo e chiarisce che esso sarà applicato dalle Parti contraenti ai propri territori metropolitani e agli altri territori dei quali abbiano "responsabilità internazionale": in definitiva, dunque, l'applicazione dell'accordo ad un dato territorio va definito facendo riferimento a chi ne sia internazionalmente responsabile (ossia di chi eserciti un controllo effettivo sullo stesso) piuttosto che a chi ne abbia la legittima sovranità. In conformità a tale disposto, è stata accettata l'applicazione dell'accordo a certe province d'oltre mare del Portogallo e a certi possedimenti antartici nonostante la sovranità sui territori in questione fosse contestata da diversi Stati membri. Hirsch invoca an-

Anche nel caso dell'accordo di pesca con il Marocco, l'obbligo di interpretazione conforme sembra, almeno in via di principio, guidare le intenzioni delle istituzioni dell'Unione. In particolare si deve sottolineare che tanto il parere favorevole del Parlamento europeo quanto le posizioni di alcuni Stati membri in seno al Consiglio sono stati determinati proprio dalla considerazione che, malgrado l'ambiguità del dato letterale, l'accordo non mettesse in discussione il rispetto del diritto internazionale (e quindi che esso *dovesse* essere interpretato ed applicato in conformità con il diritto all'autodeterminazione)⁷⁶. Analogamente, nel rispondere alle numerose interrogazioni parlamentari sull'accordo di pesca, la Commissione ha sempre ribadito che tale accordo dovesse essere inteso in piena conformità con il diritto internazionale. In concreto, peraltro, le valutazioni di conformità con il diritto internazionale operate dalle istituzioni non sembrano fondate su di una corretta applicazione degli ulteriori obblighi gravanti sull'Unione, come meglio vedremo tra un istante. In conclusione, pertanto, la Comunità (e ora l'Unione) non ha nel caso di specie assolto correttamente all'obbligo di interpretazione conforme a cui era tenuta⁷⁷. L'Unione rimane pertanto oggi responsabile per quegli atti di esecuzione dell'accordo che possono qualificarsi come implicito riconoscimento del governo illecito del Marocco sul Sahara occidentale, mentre *pro futuro* rimane tenuta a modificare la prassi applicativa in modo da renderla compatibile con i suoi obblighi internazionali.

che la prassi europea in relazione a Taiwan: nonostante l'Unione ed i suoi Stati membri non riconoscano la Repubblica di Cina (Taiwan) come Stato sovrano, ammettono tuttavia l'importazione di prodotti dal territorio dell'isola, accettando i certificati d'origine emessi dalle autorità Taiwanesi. Questa prassi non appare però determinante ai nostri fini. I casi citati da Hirsch sono accomunati dall'esistenza di pretese contrastanti di sovranità su di un dato territorio ma non attengono a situazioni di fatto sorte dalla violazione di norme imperative. In relazione a tali fattispecie, dunque, il diritto internazionale non impone a tutti i membri della comunità internazionale un obbligo di non riconoscimento quanto piuttosto la semplice facoltà di riconoscere la situazione di fatto corrispondente all'esercizio della sovranità.

⁷⁶ Vale la pena di ricordare che il Parlamento europeo aveva avanzato una proposta di emendamento al Regolamento che approva la conclusione dell'accordo di pesca con il Marocco tesa a subordinare espressamente l'approvazione dell'accordo al rispetto del diritto internazionale (emendamento 3). L'emendamento in questione (come del resto tutti gli emendamenti proposti dal Parlamento) non è stato accolto dal Consiglio, ma va sottolineato che in sede di dibattito parlamentare il rappresentante della commissione ne aveva ribadito l'inutilità in quanto l'accordo "ottempera pienamente al diritto internazionale". V. Risoluzione legislativa sulla proposta di regolamento del Consiglio relativo alla conclusione di un accordo di partenariato nel settore della pesca tra Comunità europea e il Regno del Marocco, P6_TA(2006)0201 del 22 maggio 2006. V. anche *Processo verbale della seduta del Parlamento Europeo del 15 maggio 2006*, par. 18.

⁷⁷ È del resto pienamente compatibile con il carattere decentrato dell'obbligo di non riconoscimento che, in mancanza di una reazione "centralizzata" del Consiglio di sicurezza, ciascun Stato sia chiamato ad assumersi il rischio di una autonoma valutazione tanto dell'esistenza dell'illecito quanto della condotta da adottare per adempiere all'obbligo di non riconoscimento della situazione da esso creata.

6. *Segue*: un obbligo di sorveglianza nell'applicazione degli accordi

Nell'offrire le proprie valutazioni in ordine alla compatibilità con il diritto internazionale dell'accordo di pesca concluso con il Marocco, tanto il Servizio giuridico del Parlamento che quello del Consiglio hanno preso le mosse dal parere del Consigliere giuridico delle Nazioni Unite sopra riportato. I due servizi giuridici hanno così sottolineato che lo sfruttamento delle risorse minerarie di un territorio non autonomo non è proibito in assoluto dal diritto internazionale ma solo laddove sia condotto in modo contrario agli interessi e ai desideri della popolazione di quel territorio. Secondo il parere del Parlamento, peraltro, sarebbe innanzitutto responsabilità del Marocco – che ha controllo effettivo sul territorio e cui l'accordo riconosce la più ampia discrezionalità nell'utilizzo della contropartita finanziaria versata dalla Comunità – assicurare che quest'ultima condizione sia di fatto assicurata. Laddove le autorità marocchine non dovessero rispettare i loro obblighi nei confronti del popolo del Sahara occidentale, “the Community could eventually enter into bilateral consultations with a view to suspending the agreement”⁷⁸.

Le conclusioni cui giunge in questo modo il parere del Servizio giuridico del Parlamento sono in linea con la logica seguita dal parere del Consigliere giuridico delle Nazioni Unite ovvero quella di definire gli obblighi gravanti *sulla potenza che amministra de jure o de facto* un territorio non autonomo. In tal modo però, il parere finisce per perdere di vista gli obblighi che il diritto internazionale pone direttamente *in capo all'Unione*. In particolare, il parere trascura di prendere in considerazione tutte le implicazioni che l'obbligo di non riconoscimento della situazione risultante dalla violazione di una norma imperativa comporta per l'Unione nel dare applicazione all'accordo.

Come abbiamo già sottolineato, una delle manifestazioni tipiche dell'obbligo di non riconoscimento consiste nel divieto di instaurare rapporti convenzionali con l'autorità illegale. Tale divieto trova conferma in una prassi abbondante degli Stati, è stato espressamente enunciato dalla Corte internazionale di giustizia ed è infine stato riconosciuto nei lavori dalla Commissione di diritto internazionale. Il divieto, peraltro, non ha carattere assoluto. Come ha avuto modo di precisare la Corte internazionale di giustizia nel parere consultivo sulle conseguenze giuridiche per gli Stati della protratta presenza del Sud Africa in Namibia, il non riconoscimento degli atti compiuti dall'autorità illegale non deve mai risolversi in un pregiudizio per gli abitanti del territorio⁷⁹.

⁷⁸ V. parere del Servizio giuridico del Parlamento europeo, doc. SJ-0085-06 del 20 febbraio 2006, cit., al par. 44.

⁷⁹ *I.C.J Reports* 1971, p. 16, p. 125: “the non-recognition of South Africa’s administration of the Territory should not result in depriving the people of Namibia of any advantages derived from international cooperation. In particular, while official acts performed by the Government of South Africa on behalf of or concerning Namibia after the termination of the Mandate are illegal and

È interessante sottolineare che “l’eccezione della Namibia” non è ignota alle autorità dell’Unione. Nel caso di Cipro, uno degli argomenti addotti dalla Commissione per giustificare la prassi di riconoscere in via di fatto i certificati di origine rilasciati dalle autorità turco-cipriote era appunto consistita nel sostenere che la politica di non riconoscimento non può comportare la negazione all’intera popolazione cipriota dei vantaggi che derivano da un trattato⁸⁰. Ma nel caso in questione, la Corte aveva sottolineato la differenza tra le due fattispecie e quindi escluso l’applicazione dell’eccezione al caso in esame⁸¹.

È chiaro, ed anche ragionevole, che il test previsto dall’eccezione della Namibia in caso di occupazione illegale di un territorio sia più restrittivo rispetto a quello che regola lo sfruttamento delle risorse naturali di un territorio non indipendente da parte dello Stato legittimamente riconosciuto come potenza amministrante. Mentre in quel caso si tratta di verificare se le attività economiche intraprese nei territori in esame si svolgessero nel rispetto degli interessi e dei desideri della popolazione locale, qui è necessario dimostrare che l’accordo internazionale si risolve in un concreto ed effettivo beneficio per la stessa.

L’onere di una tale dimostrazione grava naturalmente sullo stesso soggetto obbligato al non-riconoscimento. Esso dovrà assicurarsi tanto che la conclusione dell’accordo quanto la sua successiva applicazione garantiscano il risultato di vantaggio richiesto. In particolare, laddove la lettera dell’accordo non preveda specifici impegni in tal senso della potenza che esercita il controllo *de facto* sul territorio, l’obbligo della controparte di sorvegliare l’attuazione dell’accordo assumerà una importanza ancora maggiore, visto che è solo da tale controllo a posteriori che si potrà verificare il rispetto delle condizioni poste dall’eccezione della Namibia⁸². È peraltro ragionevole ritenere che questo obbligo di sorve-

invalid, this invalidity cannot be extended to those acts, such as, for instance, the registration of births, deaths and marriages, the effects of which can be ignored only to the detriment of the inhabitants of the Territory”.

⁸⁰ Corte di giustizia delle Comunità europee, *Anastasiou I*, causa C-432/92, sentenza del 5 luglio 1994, par. 35.

⁸¹ In quel caso, infatti, l’eccezione Namibia era invocata per estendere la portata dell’accordo concluso con la Repubblica di Cipro *al di là della sua portata letterale*, ossia in sostanza per legittimare una sua applicazione *contra legem*. V. in particolare le conclusioni dell’Avvocato generale Gulmann del 20 aprile 1994, espressamente richiamate dalla Corte.

⁸² È interessante osservare che nel caso dell’accordo di pesca con il Marocco, il Parlamento europeo, pur muovendo dall’impostazione del Servizio giuridico che abbiamo ricordato nel testo, aveva comunque proposto alla Commissione ed al Consiglio di introdurre nel regolamento che autorizzava la conclusione dell’accordo una clausola che assicurasse la partecipazione delle popolazioni costiere del Sahara occidentale ai benefici economici previsti per lo sfruttamento delle risorse ittiche da parte dei pescatori comunitari (v. l’emendamento proposto n. 1) nonché un obbligo espresso ad applicare l’accordo “in conformità del diritto internazionale” (emendamento proposto n. 3). Entrambi gli emendamenti, così come altri finalizzati ad assicurare un maggior controllo del Parlamento sull’operato della Commissione nell’attuazione dell’accordo, sono però stati respinti dal Consiglio. V. Risoluzione legislativa sulla proposta di regolamento del Consiglio relativo alla

gianza vada configurato come un obbligo di *due diligence* che lascia al soggetto obbligato la scelta degli strumenti cui ricorrere nonché un certo margine di discrezionalità nell'operare le relative valutazioni. In ogni modo, il solo richiamo agli obblighi internazionali e alla buona fede della potenza amministrante, proprio perchè operato acriticamente ed *ex ante* non appare una misura sufficiente per adempiere all'obbligo in questione.

Sul punto la condotta delle istituzioni non appare uniforme. Nel caso di Israele, l'Unione ha mostrato di sorvegliare attentamente il comportamento delle autorità israeliane nell'attuazione dell'accordo di libero scambio e di trarne le opportune conseguenze, come vedremo tra breve. D'altro canto, nel caso dell'accordo di pesca con il Marocco, le istituzioni hanno aderito ai pareri dei servizi giuridici, ritenendo che l'Unione fosse esonerata da specifiche responsabilità in fase di attuazione dell'accordo. In particolare, nel corso del dibattito parlamentare sulla conclusione dell'accordo, il rappresentante della Commissione ha ribadito che spetta al Marocco "l'obbligo di prendere tutti i provvedimenti più appropriati per assicurare la piena applicazione dell'accordo di partenariato in materia di pesca CE-Marocco in linea con gli obblighi previsti dal diritto internazionale"⁸³. Alla luce della prassi marocchina di applicare l'accordo anche alle acque del Sahara occidentale⁸⁴, fa dunque riscontro la mancanza evidente di ogni controllo ad opera della Commissione sul fatto che tale sfruttamento si traduca in vantaggi effettivi per la popolazione Saharawi⁸⁵. Si deve pertanto concludere che nel caso in esame la Comunità (e quindi l'Unione) abbia violato i propri obblighi di controllo nell'esecuzione dell'accordo, limitandosi ad una mera valutazione *ex ante* della sua compatibilità con il principio di autodeterminazione.

conclusione di un accordo di partenariato nel settore della pesca tra Comunità europea e il Regno del Marocco, P6_TA(2006)0201 del 22 maggio 2006.

⁸³ V. al proposito l'intervento del Commissario Joe Borg in rappresentanza della Commissione in chiusura del dibattito parlamentare sulla conclusione dell'accordo di pesca con il Marocco, *Processo verbale della seduta del Parlamento Europeo del 15 maggio 2006*, punto 18

⁸⁴ V. l'interrogazione scritta E-1073/08 (EN) del 4 marzo 2008 con risposta della Commissione del 9 aprile 2008, cit. in nota 15.

⁸⁵ Le limitate considerazioni svolte in tal senso dalla Commissione in occasione del dibattito parlamentare sull'accordo in questione appaiono superficiali e non soddisfacenti. V. ancora l'intervento del Commissario Borg riportato nel *Processo verbale*, cit. Borg, dopo aver ricordato anche in questa sede che spetta al Marocco prendere tutti i provvedimenti più appropriati per assicurare la piena applicazione dell'accordo di pesca in linea con gli obblighi previsti dal diritto internazionale, sottolinea che l'accordo stesso garantisce già alcuni benefici alla popolazione locale, in particolare prevedendo l'obbligo di sbarcare il 25% delle catture nei porti locali, una serie di disposizioni in materia di attività infrastrutturali e servizi nei "porti locali del sud" nonché un sostegno finanziario per il potenziamento della flotta costiera ivi compreso un sostegno alla pesca artigianale. In realtà, per quanto potenzialmente vantaggiose, non vi è nessuna garanzia che tali misure si risolvano a beneficio (e tantomeno in conformità con le aspirazioni) della popolazione Saharawi, specie alla luce degli importanti mutamenti demografici della popolazione costiera avvenuti su pressione del Marocco.

7. *Segue: un obbligo di sospensione degli accordi?*

Una volta accertato che l'applicazione di un accordo da parte di chi esercita l'amministrazione di fatto di un territorio avviene in pregiudizio delle popolazioni locali, si pone il problema di chiarire quali conseguenze ne derivino per gli Stati terzi contraenti in base al diritto internazionale.

Innanzitutto, appare senz'altro corretto ritenere che la violazione delle condizioni previste dall'eccezione della Namibia possa essere validamente invocata per giustificare la sospensione degli accordi in esame.

La sospensione può trovare fondamento nella lettera dello stesso accordo laddove questo preveda una clausola di condizionalità legata al rispetto dei diritti umani fondamentali. Come abbiamo già sottolineato, tali clausole prevedono che il rispetto dei principi democratici e dei diritti umani costituiscano un elemento essenziale degli accordi di cooperazione e associazione conclusi con Stati terzi. In caso di violazione di tali principi e diritti ad opera della controparte sarà allora possibile per l'Unione invocare – se presenti – le disposizioni dell'accordo che regolano l'ipotesi di inadempimento degli obblighi delle parti ovvero la disciplina generale della sospensione per violazione dell'accordo prevista dall'art. 60, par. 3, lett. b, della Convenzione di Vienna del 1969⁸⁶.

La possibilità di invocare una clausola di condizionalità (ove sia prevista) non sembra essere messa in discussione dal fatto che nei casi in esame venga in rilievo il diritto collettivo all'autodeterminazione piuttosto che un diritto o libertà individuale. Al proposito, vale la pena di ricordare che il diritto all'autodeterminazione dei popoli è espressamente enunciato dagli stessi strumenti internazionali di tutela dei diritti fondamentali cui spesso le clausole in questione fanno riferimento. Questo è in particolare il caso degli articoli 1 e 2 comuni ai due Patti delle Nazioni Unite sui diritti civili e politici e sui diritti sociali, economici e culturali.

Peraltro, si può pervenire ad esiti analoghi anche laddove l'accordo non preveda una clausola di condizionalità che ricollega direttamente la cooperazione economica al rispetto dei diritti fondamentali. Poiché, come abbiamo visto, le disposizioni dell'accordo devono essere interpretate conformemente alla norma imperativa in gioco, il mancato rispetto del principio di autodeterminazione in fase di esecuzione dell'accordo si risolve automaticamente in una ipotesi di ina-

⁸⁶ In questo senso v. le conclusioni dell'Avvocato generale La Pergola nel caso *Portogallo c. Consiglio*, causa C-268/94, sentenza del 3 dicembre 1996, par. 28, ed in modo più sfumato la sentenza della Corte nello stesso caso, ai paragrafi 27 e 28. In senso parzialmente critico rispetto all'opinione dell'Avvocato generale, v. L. BARTELS, *Human Rights Conditionality in the EU's International Agreements*, cit., che opera una attenta ricostruzione della tipologia delle clausole di condizionalità, dei loro effetti e delle conseguenze della loro violazione, in particolare capitolo IV.

dempimento sanzionabile con i rimedi convenzionali espressamente previsti o con quelli generali offerti dal diritto dei trattati⁸⁷.

Queste considerazioni hanno anche permesso, nel sistema anteriore all'entrata in vigore del Trattato di Lisbona, di risolvere il problema di diritto comunitario attinente alla competenza della Comunità ad adottare misure che sono volte a reagire alla violazione di norme internazionali attinenti all'autodeterminazione dei popoli o all'uso della forza e che pertanto risultavano estranee agli scopi conferiti alla CE dai trattati istitutivi. Poiché infatti le misure in questione costituiscono innanzitutto delle forme di reazione all'inadempimento della controparte, la loro adozione poteva considerarsi coperta dalla base giuridica che autorizzava la Comunità a concludere – e quindi anche ad amministrare ai sensi del diritto dei trattati – gli accordi in esame⁸⁸. Con l'entrata in vigore di Lisbona e l'unificazione del pilastro comunitario e PESC in capo ad un unico soggetto di diritto, la questione non si pone tanto sul piano della competenza (intesa in termini assoluti) quanto su quello della base giuridica e dunque del processo decisionale e del tipo di atto da adottare (se procedure e atti PESC o procedure e atti ordinari). Peraltro, le considerazioni appena svolte si applicano anche a questa nuova ipotesi e si può ragionevolmente concludere (sotto riserva di capire come la Corte applicherà il nuovo articolo 40 TUE) che le misure in questione potranno essere adottate al di fuori delle procedure PESC.

Queste conclusioni trovano conferma nella prassi. Nel caso dell'accordo di associazione con Israele, la Comunità ha sostenuto che il rilascio ad opera delle autorità israeliane di certificati d'origine per prodotti provenienti dai territori occupati costituisce un'ipotesi di *inadempimento* delle disposizioni sostanziali dell'accordo, senza far riferimento alcuno alla clausola di condizionalità pur presente⁸⁹. Di conseguenza, esperito il tentativo di risolvere la questione attraverso il Consiglio di associazione⁹⁰, la Comunità ha adottato le misure ritenute più appropriate per reagire all'inadempimento ed in particolare ha sospeso il trattamento preferenziale delle merci provenienti dai territori occupati⁹¹, conformemente

⁸⁷ E cioè facendo ricorso alle clausole di inadempimento o non-esecuzione cui si accennava sopra ovvero all'art. 60, par. 3, lett. b, della Convenzione di Vienna del 1969 o di quella del 1986.

⁸⁸ Non si sono pertanto posti i problemi di base giuridica ed in particolare di ricorso all'art. 308 CE (oggi art. 352 TFUE) che sono stati affrontati recentemente dalla Corte di giustizia in relazione alla possibilità per la Comunità di adottare sanzioni economiche dirette nei confronti di individui. V. al proposito Corte di giustizia delle Comunità europee, *Kadi e Al Barakaat*, cause riunite C-402/05 e C-415/05, cit., in particolare paragrafi 218-231.

⁸⁹ V. art. 2 dell'accordo di associazione. Per Israele invece l'accordo doveva essere inteso nel senso che il trattamento tariffario preferenziale dovesse applicarsi anche ai prodotti provenienti dai territori sottoposti ad amministrazione israeliana dal 1967.

⁹⁰ V. C. HAUSWALDT, *Problems under the EC-Israel Association Agreement*, cit.

⁹¹ In particolare la Commissione ha disposto con un avviso agli importatori che l'immissione in libera pratica di merci provenienti dai territori occupati non potesse avvenire in base alla tariffa preferenziale e che avrebbe potuto comportare l'insorgere di una obbligazione doganale ulteriore: *Avviso agli importatori – Importazioni da Israele nella Comunità*, in GU C 328/6 del 23 novembre

alla procedura prevista dall'art. 79, secondo comma, dell'accordo. Allo stesso modo, nonostante l'accordo di pesca con il Marocco non contenga alcuna clausola di condizionalità legata al rispetto dei diritti fondamentali, il Servizio giuridico del Parlamento ha sostenuto che la violazione degli obblighi gravanti sul Marocco nei confronti della popolazione del Sahara occidentale potesse dare origine ad un "grave disaccordo in merito all'interpretazione e all'applicazione" dell'accordo e dunque fondare il ricorso alla procedura di sospensione convenzionalmente prevista⁹².

Appurato dunque che l'Unione può legittimamente invocare la sospensione degli accordi laddove questi vengano attuati in modo da ledere il principio di autodeterminazione ed i suoi corollari, ci si può chiedere se una simile condotta non sia addirittura obbligatoria ai sensi del diritto internazionale. Si potrebbe infatti sostenere che la decisione di continuare ad applicare l'accordo costituisca una sorta di riconoscimento indiretto della situazione di fatto sorta dalla originaria violazione del principio di autodeterminazione e pertanto configuri un illecito ai sensi dell'obbligo di non riconoscimento sopra ricordato (così ad esempio attribuire alle merci provenienti dai territori occupati il trattamento tariffario preferenziale previsto dall'accordo con Israele significa riconoscere indirettamente l'amministrazione israeliana di quei territori; analogamente, trasmettere alle autorità marocchine richieste di pescatori europei volte ad ottenere licenze di pesca per le acque del Sahara occidentale, significa riconoscere l'autorità marocchina su quella zona di mare). Va da sé, peraltro, che il soggetto obbligato al non riconoscimento godrebbe di un'ampia discrezionalità nel valutare se ricorrano i presupposti della sospensione dell'accordo e nel definirne le modalità e la portata.

2001. V. anche il successivo avviso con cui la Commissione prende atto della nuova politica israeliana di indicare nei certificati di origine anche il nome della città, del paese o della zona industriale in cui ha avuto luogo la produzione che determina l'origine del prodotto e ribadisce che per le merci provenienti da città, paesi o zone industriali poste nei territori sottoposti ad amministrazione israeliana non si applica il trattamento preferenziale: *Avviso agli importatori – Importazioni da Israele nella Comunità*, in GU C 20/02 del 25 gennaio 2005.

⁹² La procedura di sospensione dell'accordo prevede un obbligo di notifica e consultazione preventive ed è disciplinata dagli articoli 15 dell'accordo e 9 del protocollo di attuazione. Sul punto si vedano le osservazioni condotte al par. 44 del parere. È interessante osservare che in questo modo il Servizio giuridico del Parlamento indirettamente ammette che il rispetto del principio di autodeterminazione e dei suoi corollari costituiscano parte integrante, almeno come parametri interpretativi, dell'assetto di obblighi risultanti dall'accordo. In caso contrario, infatti, non si capisce come sarebbe possibile invocare la procedura di sospensione convenzionalmente prevista in caso di inadempimento. Va anche sottolineato che il Servizio giuridico evita di fondare il ricorso alla sospensione su presupposti esterni al quadro convenzionale, per esempio facendo riferimento all'istituto delle contromisure e alla relativa disciplina, cosa che peraltro avrebbe esteso il novero delle misure invocabili ma anche comportato il non facile problema di chiarire in che limiti un soggetto non leso dall'illecito possa adottare contromisure in caso di violazione di obblighi dovuti alla comunità internazionale nel suo complesso (com'è noto, il progetto di articoli sulla responsabilità dello Stato lascia impregiudicata la questione, limitandosi a prevedere una clausola di "non pregiudizio").

Deve comunque essere precisato che una tale applicazione dell'obbligo di non riconoscimento non trova conferma nella prassi. Anche laddove, come nel caso dell'accordo di associazione con Israele, si arriva all'adozione di misure di sospensione parziale dell'accordo, queste sono generalmente presentate come frutto di una scelta discrezionale e non come un comportamento dovuto ai sensi del diritto internazionale. D'altro canto, il tentativo del Parlamento europeo di introdurre un emendamento al regolamento di approvazione dell'accordo con il Marocco volto ad imporre alla Commissione l'*obbligo* di sospendere l'accordo laddove questo venisse applicato in violazione del diritto internazionale è stato rigettato dal Consiglio⁹³.

Soprattutto, però, la sospensione dell'accordo non appare l'unica misura idonea ad assicurare il rispetto dell'obbligo di non riconoscimento, che si configura come obbligo di risultato. È infatti ben possibile che lo stesso risultato venga realizzato attraverso l'adozione di condotte unilaterali che non incidono sul sistema convenzionale di diritti ed obblighi. Così nel caso dell'accordo di pesca con il Marocco, un atto che imponesse una limitazione unilaterale della possibilità di richiedere licenze di pesca alle acque territoriali marocchine sarebbe idoneo a realizzare il rispetto degli obblighi internazionali dell'Unione pur in perdurante vigenza dell'accordo con il Marocco. Allo stesso modo, l'utilizzo abusivo delle tariffe doganali preferenziali potrebbe essere contrastato promuovendo la cooperazione commerciale regionale attraverso il meccanismo delle regole cumulative di origine (ossia attraverso regole che consentono di considerare provenienti da un paese anche i prodotti ottenuti utilizzando le risorse commerciali – materie prime, semilavorati, forza lavoro – proveniente da altro paese rispetto al quale è ammessa la cumulazione; nel caso di Israele ad esempio ciò significherebbe consentire l'esportazione verso l'Unione di prodotti parzialmente ottenuti nei territori occupati previo un accordo con l'Autorità palestinese della Cisgiordania e della Striscia di Gaza) e dunque creando le condizioni per una maggiore collaborazione commerciale e quindi progressivo riconoscimento reciproco tra le potenze occupanti e le entità rappresentative delle popolazioni interessate⁹⁴.

Si deve pertanto concludere che laddove sia accertato che l'applicazione di un accordo ad un territorio non autonomo avviene in pregiudizio delle popolazioni locali, il partner commerciale della potenza che esercita illegittimamente il controllo di fatto su quel territorio avrà l'obbligo di adottare le misure più idonee

⁹³ L'emendamento proposto risultava formulato nei seguenti termini: "qualora emergano prove che l'accordo è applicato in modo da violare gli obblighi del diritto internazionale, la Commissione adotta senza indugio misure volte a sospendere l'accordo, come previsto dall'art. 15 del medesimo". V. emendamento 6, Risoluzione legislativa sulla proposta di regolamento del Consiglio, cit.

⁹⁴ I vantaggi e gli inconvenienti di una soluzione di questo tipo sono discussi da C. HAUSWALDT, *Problems under the EC-Israel Association Agreement*, e da M. HIRSCH, *Rules of Origin as Trade or Foreign Policy Instruments?*, entrambi citati in nota 6. L'introduzione di una cumulazione totale di origine è peraltro considerata dalla Comunità come un passo indispensabile per la creazione di una Zona di Libero Scambio Euro-Mediterranea, su modello dell'EFTA.

ad assicurare che la sua partecipazione non si risolva in un riconoscimento di fatto della situazione sorta dalla violazione della norma imperativa. Ciò potrà avvenire *in primis* attraverso la sospensione dell'accordo in esame ma anche attraverso l'adozione di quelle altre misure che siano comunque idonee a garantire lo stesso risultato, tenuto conto delle circostanze del caso di specie.

8. *Segue*: gli obblighi derivanti dal principio di sovranità permanente sulle risorse naturali

Infine il comportamento della Comunità (e quindi dell'Unione) nella conclusione e applicazione degli accordi deve essere valutato in relazione al principio della sovranità permanente sulle risorse naturali e ai suoi corollari.

Come sopra ricordato, questo è il regime cui fanno riferimento i servizi giuridici di Parlamento e Consiglio nel parere sull'accordo di pesca con il Marocco. In particolare, il Servizio giuridico del Parlamento, muovendo dal parere del Consigliere giuridico delle Nazioni Unite, ha espressamente riconosciuto che il principio in questione si applica anche alla Comunità (quindi ora all'Unione) quando esercita i poteri che gli sono stati trasferiti dai propri Stati membri⁹⁵. Nello specifico, dal principio di sovranità permanente delle risorse naturali discenderebbe l'obbligo per l'Unione di assicurare che ogni attività economica da essa direttamente o indirettamente intrapresa in un territorio non autonomo sia svolta in conformità con gli interessi ed i desideri della popolazione di quel territorio.

Peraltro, non si può mancare di osservare che nei casi in esame l'Unione ha un possibilità soltanto limitata di incidere sulle modalità di svolgimento delle attività di sfruttamento delle risorse dei territori non autonomi⁹⁶. Così, ad esempio, l'attribuzione di una tariffa doganale preferenziale nei casi di Israele e di Cipro costituisce una regolamentazione dei flussi commerciali verso il mercato europeo che difficilmente potrà qualificarsi come attività economica di sfruttamento del territorio.

Diverso è il caso dell'accordo di pesca con il Marocco. Il sistema istituito dall'accordo prevede infatti la partecipazione dei pescatori dell'Unione alle campagne di pesca, un ruolo per la Commissione nella procedura amministrativa di concessione delle licenze⁹⁷ ed il pagamento di una contropartita finanziaria. Questi elementi sono sufficienti a ritenere che attraverso la conclusione dell'accordo in questione le parti abbiano inteso regolare la partecipazione dell'Unione allo sfruttamento delle risorse ittiche poste sotto la "giurisdizione"

⁹⁵ V. ad esempio il par. 38 del parere del Servizio giuridico del Parlamento, cit.

⁹⁶ In questo senso si può comprendere l'affermazione del Servizio giuridico del Parlamento secondo cui spettava innanzitutto al Marocco assicurare il rispetto degli obblighi derivanti dal principio di autodeterminazione.

⁹⁷ Spetta infatti alla Commissione raccogliere le domande per il rilascio delle licenze avanzate dai pescatori e quindi trasmettere loro le licenze una volta concesse dalle autorità marocchine.

marocchina. Se dunque il principio di sovranità permanente può essere qui invocato a proposito, gli obblighi specifici gravanti sulla UE vanno però ricostruiti tenendo in conto la situazione di fatto, ed in particolar modo la circostanza che le attività economiche in questione si svolgano sotto il controllo delle autorità marocchine⁹⁸. Anche in questo caso, dunque, gli obblighi gravanti sull'Unione si risolvono essenzialmente nell'obbligo di *sorvegliare* che il Marocco regoli lo svolgimento delle attività economiche in conformità con gli interessi ed i desideri della popolazione e, ove tale condizione non sia soddisfatta, nell'obbligo di adottare le misure idonee ad evitare che la partecipazione nell'accordo dell'Unione si risolva in un concorso nell'illecito o in una forma di assistenza nella commissione dell'illecito.

Per quanto poi concerne il test da applicare per valutare la legittimità della condotta dell'Unione è stato correttamente segnalato che accanto ad una valutazione di conformità dell'attività economica agli interessi della popolazione del territorio non autonomo, è indispensabile anche una valutazione di conformità ai loro desideri⁹⁹. Dunque, oltre ad accertare che lo sfruttamento delle risorse si traduce in un beneficio concreto per la popolazione è necessario anche verificare se le popolazioni locali o i loro rappresentanti sono stati consultati ed in che misura tali opinioni sono state prese in considerazione.

Entrambe le condizioni non appaiono soddisfatte nel caso dell'accordo di pesca con il Marocco. In effetti, l'Unione ha rinunciato espressamente ad ogni tipo di controllo sulle modalità di attuazione dell'accordo¹⁰⁰, mentre la lettera dello stesso non fornisce alcuna garanzia in merito alle condizioni ora identificate. Anche sotto questo profilo, pertanto, si deve ritenere che la condotta della UE sia contraria al diritto internazionale.

⁹⁸ Pare a chi scrive che la semplice conclusione dell'accordo di pesca (ed in particolare il fatto che esso sia privo di clausole che tutelino gli interessi ed i desideri della popolazione Saharawi) non possa *di per sé* integrare una violazione del principio di sovranità permanente sulle risorse naturali. La violazione del principio presuppone infatti lo sfruttamento attuale e non solo meramente potenziale delle risorse. In tal senso v. le conclusioni del consigliere giuridico delle Nazioni Unite che ha considerato legittimi i contratti conclusi dal Marocco con alcune società minerarie proprio perché finalizzate alla mera esplorazione e non allo sfruttamento delle risorse. D'altro canto, nel quadro convenzionale previsto dall'accordo lo sfruttamento attuale delle risorse ittiche del Sahara occidentale dipende in massima parte dagli atti di governo compiuti dal Marocco cui spetta rilasciare le licenze, definirne l'ambito territoriale di applicazione, definire le norme applicabili all'attività di pesca ed infine svolgere le necessarie attività di sorveglianza. A nostro parere queste circostanze rendono il caso in esame diverso da quello sottoposto alla Corte internazionale di giustizia (ma da questa non risolto nel merito) relativo all'accordo tra Indonesia e Australia sulla delimitazione e lo sfruttamento della ZEE a largo di Est Timor.

⁹⁹ V. le argomentazioni sviluppate da E. MILANO, *The new Fisheries Partnership Agreement between the European Community and the Kingdom of Morocco: Fishing Too Far South?*, cit., a partire dal parere del consigliere giuridico delle Nazioni Unite, nonché la prassi da quello citata.

¹⁰⁰ In questo senso v. la dichiarazione che ha accompagnato il voto negativo del rappresentante della Svezia in seno al Consiglio, cit.

9. Conclusioni

Alla luce del quadro normativo che abbiamo delineato nei precedenti paragrafi è possibile giungere ad alcune conclusioni sulla compatibilità della prassi in esame con il diritto internazionale.

Innanzitutto, la conclusione degli accordi che abbiamo preso in considerazione non sembra porsi *di per sé* in contrasto con lo *jus cogens* o con le altre norme rilevanti di diritto internazionale, a partire dal principio di sovranità permanente sulle risorse naturali. In tutti e tre i casi, appare infatti determinante la circostanza che l'accordo non chiarisca (né peraltro espressamente escluda) se la sua applicazione si estende anche ai territori sottoposti ad illegittima occupazione e quindi risulti almeno astrattamente compatibile con dette norme.

Più problematica è la valutazione, alle luce di quelle stesse norme, della condotta tenuta dell'Unione nella successiva applicazione degli accordi in questione. Nel caso degli accordi di associazione con Israele e Cipro, la condotta della UE non sembra sufficiente ad integrare un'ipotesi di concorso nell'illecito commesso dall'autorità occupante: gli accordi in esame hanno infatti come oggetto quello di disciplinare i flussi commerciali transfrontalieri e pertanto – anche se applicati a merci proveniente dai territori occupati – non appaiono idonei a determinare una violazione del principio di autodeterminazione dei popoli o di costituire forme di sfruttamento lesive della sovranità permanente sulle risorse naturali. Più complesso è invece il caso dell'accordo di pesca con il Marocco che prevede un ruolo, seppur indiretto, delle istituzioni dell'Unione nello sfruttamento delle risorse naturali del Sahara occidentale. La circostanza che – in base ai termini dell'accordo – l'attività di sfruttamento delle risorse si svolga sotto il controllo esclusivo delle autorità marocchine esclude una responsabilità diretta della UE per ogni condotta illecita posta in essere dal Marocco ma, d'altro canto, non può sottrarre l'Unione al rispetto dei propri obblighi internazionali. Appare pertanto ragionevole ritenere che in tal caso il principio di sovranità permanente sulle risorse naturali imponga quantomeno all'Unione di sorvegliare le modalità di svolgimento delle attività di sfruttamento da cui essa trae vantaggio nonché di adottare le necessarie misure una volta che sia accertata la condotta illecita delle autorità marocchine. Alla luce della prassi che abbiamo analizzato è pertanto possibile concludere che nel caso di specie la condotta tenuta dall'Unione nell'attuazione dell'accordo (ed in particolare l'assenza di ogni controllo sulle prassi applicative marocchine) costituisca un concorso diretto nella violazione del principio di sovranità permanente sulle risorse naturali.

Infine, in tutti i casi considerati, la condotta tenuta dalla UE in attuazione dell'accordo deve essere ulteriormente valutata alla luce dell'obbligo di non riconoscere le situazioni di fatto che sorgono dalla violazione di norme imperative. In particolare, aderendo ad una interpretazione estensiva dell'obbligo in questione, abbiamo sostenuto che nei casi di specie l'obbligo di non riconoscimento si articola nell'obbligo di interpretazione conforme degli accordi, nell'obbligo di

sorveglianza sulla loro attuazione ad opera della controparte ed infine nell'obbligo di adottare le misure necessarie affinché tale attuazione non si traduca in un riconoscimento anche indiretto delle autorità illegittime di governo.

È interessante osservare che a fronte di questo stesso quadro normativo, le istituzioni dell'Unione hanno avuto reazioni diverse nei tre casi in esame. In tutti e tre i casi la Commissione ha cercato di sostenere che gli accordi conclusi dovessero essere intesi in conformità con il diritto internazionale; e tuttavia nei casi del Sahara occidentale e in quello di Cipro alla dichiarazione di principio non ha poi fatto seguito una corretta considerazione delle norme internazionali rilevanti. D'altro canto, nella sola ipotesi in cui ha avuto modo di occuparsi della questione, la Corte di giustizia ha evitato ogni richiamo diretto alle norme di diritto internazionale generale e ha piuttosto preferito risolvere il caso alla luce del quadro convenzionale introdotto dall'accordo o dei principi del diritto dell'Unione.

Ancora più problematico appare poi il rispetto dell'obbligo di sorveglianza e dell'obbligo di adottare misure atte ad evitare che l'adozione dell'accordo si risolva in un implicito riconoscimento della situazione risultante dalla violazione delle norme imperative in gioco. In effetti, la condotta della Commissione appare pienamente conforme a detti obblighi solo nel caso dell'accordo di associazione con Israele. Al contrario, nel caso del Marocco, nonostante l'opposto parere espresso dal Parlamento europeo, ha prevalso la tesi in base alla quale il rispetto delle norme internazionali in gioco ricade sotto l'esclusiva responsabilità del Marocco e la loro eventuale violazione deve essere ad esso imputata.

L'analisi della prassi nei tre casi in esame mostra dunque che l'atteggiamento delle istituzioni nei confronti degli obblighi posti all'Unione dal diritto internazionale nei casi in questione non è coerente né soddisfacente. Nonostante nel quadro della politica estera comune l'Unione abbia adottato posizioni di condanna dell'occupazione illegittima dei territori in esame ed affermato l'adesione incondizionata al principio di non riconoscimento¹⁰¹, il suo atteggiamento nella gestione delle propria azione esterna in materia di pesca e relazioni commerciali si è dimostrato molto più ambiguo. Sotto il pretesto di tenere un approccio pragmatico ai problemi posti dall'applicazione degli accordi in questione (come nel caso di Cipro) o di essere sostanzialmente estranea alle misure di esecuzione adottate dai propri partner commerciali (caso del Marocco), la Commissione mostra infatti di tollerare, se non assecondare, una surrettizia estensione della portata di tali accordi a territori sottoposti ad un governo illegittimo.

Questa prassi solleva due ordini di problemi che in questa sede possiamo solo accennare ma che senz'altro meritano una più attenta considerazione.

¹⁰¹ Per quanto riguarda Israele ed i territori occupati, v. ad esempio la dichiarazione del Consiglio europeo di Bruxelles sul Processo di Pace in Medio Oriente: "The European Union will not recognise any change to the pre-1967 borders other than those arrived at by agreement between the parties", Conclusioni della Presidenza, Bruxelles, 25/26 marzo 2004, p. 10.

Il primo attiene ai rimedi giurisdizionali disponibili per assicurare il pieno rispetto degli obblighi internazionali che gravano sull'Unione. Sul piano internazionale, la possibilità di far valere la responsabilità della UE incontra i noti ostacoli rappresentati dalla difficoltà di identificare un foro appropriato, difficoltà che ha come paradigmatico esempio il difetto di legittimazione dell'Unione (e già della Comunità) ad agire od essere convenuta innanzi alla Corte internazionale di giustizia. Né l'ostacolo può essere facilmente superato rivolgendo l'azione nei confronti degli Stati membri: anche laddove si trovassero argomenti per fondare una loro responsabilità in via principale o sussidiaria, diretta o indiretta, per le condotte adottate dalle autorità dell'Unione¹⁰², rimarrebbero da superare gli impedimenti legati al principio del consenso alla giurisdizione ed i suoi corollari, a partire dalla dottrina della parte necessaria enunciata dalla Corte internazionale di giustizia nel caso dell'*Oro Monetario* e ribadita nel caso *Est Timor*.

Più promettente appare la possibilità di promuovere il rispetto degli obblighi internazionali dell'Unione attraverso i rimedi forniti dal suo stesso ordinamento interno. Anche qui, tuttavia i problemi non mancano. La possibilità di promuovere un'azione di annullamento innanzi alla Corte di giustizia si scontra innanzitutto con la difficoltà di identificare l'atto oggetto dell'impugnazione. L'astratta compatibilità della lettera degli accordi in esame con le norme internazionali che abbiamo considerato porta infatti ad escludere l'impugnazione degli atti che ne hanno autorizzato la conclusione; d'altro canto, rispetto a tali atti è ormai decorso il termine di due mesi previsto dall'art. 230 CE. L'azione dovrà pertanto essere rivolta nei confronti delle misure attuative degli accordi successivamente adottate dalla Commissione, se presenti e se provviste di efficacia vincolante (che è requisito ge-

¹⁰² Innanzitutto, visto il carattere consuetudinario delle norme in esame e visto che molti degli illeciti che abbiamo identificato si configurano come illeciti omissivi, ci si può chiedere se la circostanza che gli Stati membri dell'Unione non abbiano adottato – anche unilateralmente – misure appropriate costituisca una violazione diretta (per fatto proprio) di quelle norme. In secondo luogo, si potrebbero esplorare ipotesi di responsabilità indiretta degli Stati membri (ossia per fatto altrui). Si deve al proposito ricordare che il progetto di articoli sulla responsabilità delle organizzazioni internazionali approvato in prima lettura dalla Commissione di diritto internazionale prevede, oltre a ipotesi di responsabilità indiretta analoghe a quelle già contemplate dal progetto di articoli sulla responsabilità degli Stati (ossia i casi di aiuto o assistenza, direzione o controllo e coercizione di uno Stato su altro Stato), un caso di responsabilità indiretta dello Stato membro per gli atti dell'organizzazione a cui esso abbia trasferito competenze, laddove gli atti in questione sarebbero idonei, se adottati dallo stesso Stato membro, a violare obblighi internazionali su di lui gravanti nell'ambito delle competenze trasferite (art. 60 del progetto di articoli). La norma in questione è stata desunta dallo *Special Rapporteur* Gaja a partire da una nota giurisprudenza della Corte europea dei diritti umani ma appare sotto molti profili più un esercizio di progressivo sviluppo del diritto che di codificazione. Infine si potrebbe discutere dell'eventuale responsabilità sussidiaria degli Stati membri per l'illecito compiuto dall'organizzazione di cui sono parte. Anche l'ipotesi in questione è trattata dallo stesso progetto di articoli, che all'art. 61 ha trovato una soluzione parziale e di compromesso sulla questione. V. per il testo degli articoli ed il relativo commentario v. Commissione di diritto internazionale, *Report of the Commission to the General Assembly on the work of its Sixty-first session, Official Records of the General Assembly, Sixty-fourth session, Supplement N.10*, UN Doc. A/64/10.

nerale per l'impugnabilità degli atti dell'Unione non PESC; nel caso dell'accordo di pesca con il Marocco il problema potrebbe ad esempio porsi per agli atti di mera trasmissione delle richieste di concessione delle licenze di pesca alle autorità marocchine). Quanto ai soggetti legittimati, al di là dei ricorrenti privilegiati – Stati membri ed istituzioni che tuttavia potrebbero avere un interesse politico a non promuovere l'azione – la possibilità per gli individui di agire è limitata dal requisito in base al quale l'atto impugnato deve riguardarli direttamente ed individualmente, così come sinora interpretato in modo restrittivo dalla giurisprudenza.

Un rimedio forse più accessibile agli individui potrebbe allora essere il ricorso in via pregiudiziale nel quadro di un giudizio promosso innanzi ad un giudice nazionale avente ad oggetto le misure attuative degli accordi adottate dalle autorità amministrative degli Stati membri; in tal caso infatti si dovrebbe far riferimento alle norme sulla legittimazione ad agire, spesso più favorevoli alla protezione degli interessi individuali e collettivi, previste dai singoli ordinamenti statali. Un buon esempio è appunto rappresentato dal caso *Anastasiou* che abbiamo sopra discusso e che ha tratto origine dalla possibilità per alcuni importatori di contestare prassi doganali da cui traevano vantaggio altri operatori economici siti nella zona occupata dalla Turchia.

In entrambi i casi, peraltro, il ricorso allo strumento interpretativo, ed in particolare all'obbligo di interpretazione conforme che abbiamo sopra delineato, appare fornire uno strumento particolarmente utile per promuovere il rispetto del diritto internazionale ad opera delle istituzioni della UE. Da un punto di vista strettamente giuridico, si deve ricordare che la giurisprudenza della Corte di giustizia attribuisce all'efficacia diretta degli obblighi internazionali un ruolo determinante tanto al fine di accertare la legittimazione ad agire dei ricorrenti quanto della possibilità di invocare dette norme come parametro della validità degli atti¹⁰³. Pertanto, la possibilità di far valere gli obblighi internazionali che abbiamo individuato in questo contributo appare subordinata al problematico accertamento della loro idoneità a produrre diritti in capo ai singoli (e questo vale soprattutto per quegli obblighi che lasciano ampia discrezionalità al soggetto obbligato nel darvi attuazione, come sembrano essere appunto quelli di sorveglianza e di adottare misure idonee ad evitare un riconoscimento di fatto della situazione illegale). D'altro canto, però, la stessa Corte ha mostrato una posizione più sfumata nel caso in cui siano in gioco norme di diritto internazionale generale, in relazione alle quali una indagine sulla efficacia diretta appare chiaramente più problematica¹⁰⁴. La Corte ha infatti ammesso che laddove la norma internaziona-

¹⁰³ Si vede per una ricognizione della giurisprudenza sul punto ed una attenta analisi delle ragioni che stanno alla base dell'orientamento della corte J. KLABBERS, *International Law in Community Law: The Law and Politics of Direct Effect*, in *Yearbook of European Law*, 2001-2002, p. 263 ss.

¹⁰⁴ Secondo la costruzione sin qui adottata dalla Corte di giustizia nella sua giurisprudenza, il carattere dell'efficacia diretta va ricostruito tenendo conto delle intenzioni delle parti contraenti un accordo internazionale. La formazione di una norma consuetudinaria prescinde però dall'esistenza

le abbia carattere strumentale (come nel caso delle norme sul diritto dei trattati o quelle sulla responsabilità) e sia invocata *incidentalmente* per determinare l'interpretazione o la validità di un accordo concluso dalla Comunità, la sua applicazione come parametro di validità non dipende da una indagine sulla sua idoneità a produrre diritti in capo ai singoli¹⁰⁵. Questo sarebbe appunto il caso dell'obbligo di interpretazione conforme, che potrebbe dunque essere fatto valere a prescindere da ogni indagine sulla sua efficacia diretta.

Da un punto di vista di politica giudiziaria, poi, l'obbligo di interpretazione conforme consente alla Corte di raggiungere il risultato sperato con il minor impatto possibile sul tessuto normativo esistente. Inoltre, una pronuncia che pur si limitasse ad interpretare gli accordi in questione sarebbe comunque idonea ad esercitare sulla Commissione la pressione necessaria per modificare la prassi applicativa controversa e per adottare – ove necessario – le necessarie misure sul piano internazionale.

Il secondo ordine di questioni sollevate dalla prassi in esame riguarda un più generale problema di coerenza nella gestione dell'azione esterna dell'Unione ed in particolare di coordinamento tra l'azione nell'ambito della politica estera e di sicurezza comune e quella in materia commerciale e di pesca.

La prassi analizzata ha evidenziato la difficoltà nel sistema *ante* Lisbona di tradurre le posizioni comuni adottate nel quadro della PESC in azioni coerenti quando si trattava di amministrare le relazioni economiche della Comunità con gli Stati terzi. Certo, la Commissione ha mostrato di pagare un tributo di principio alle norme di diritto internazionale che sono applicabili alle fattispecie e che vengono espressamente richiamate dalle posizioni comuni¹⁰⁶. E tuttavia, nel farne applicazione essa ha adottato un approccio di "basso profilo", se non addirittura di manifesta reticenza¹⁰⁷, che oltre a non essere tecnicamente convincente sul piano del diritto internazionale, appare sacrificare l'esigenza di coerenza sistemica a ragioni contingenti di opportunità legate tanto alla delicatezza delle questioni politiche in gioco (e quindi alla cautela propria di una amministrazione con competenze e legittimazione politica limitate) quanto alla rilevanza degli interessi economici espressi da taluni gruppi di interesse spesso organizzati attorno alle posizioni di singoli Stati membri. Si tratta di problemi del tutto analoghi a quelli che la dottrina

una intenzione *comune* e di conseguenza appare impossibile utilizzare questo approccio per determinare l'idoneità a produrre effetti in capo ai singoli.

¹⁰⁵ In questi casi infatti, la Corte si è limitata a verificare l'efficacia diretta *della stessa norma patetica* che doveva essere interpretata o a cui si ricollegava il regime di responsabilità in base alle regole di diritto internazionale generale. In questo senso v. Tribunale di primo grado, *Opel Austria*, causa T-115/94, ordinanza del 15 luglio 1998, e Corte di giustizia delle Comunità europee, *Racke*, causa C-162/96, sentenza del 16 giugno 1998.

¹⁰⁶ Ed in questo la Commissione ha manifestato una *opinio juris* circa l'obbligo di interpretazione conforme degli accordi internazionali alle norme imperative. V. analisi *supra*.

¹⁰⁷ Come ad esempio evidenziato dalle risposte offerte dalla Commissione alle interrogazioni parlamentari avanzate a proposito dell'accordo di pesca con il Marocco. V. analisi *supra*.

aveva già sottolineato in relazione al funzionamento delle clausole di condizionalità, laddove constatava la “selettività” opportunistica dell’azione comunitaria.

D’altro canto, la prassi esaminata mostra che talune istituzioni comunitarie sono state più sensibili ad una rigorosa applicazione dei principi di diritto internazionale applicabili ai casi di specie. È questo il caso della Corte di giustizia, che come abbiamo visto, non ha aderito alle soluzioni “pragmatiche” proposte dalla Commissione né ha avallato una interpretazione estensiva dell’ “eccezione della Namibia” ed ha così imposto una correzione di rotta nell’attuazione dell’accordo di associazione con Cipro, confermando nei fatti il rispetto da parte della Comunità dell’obbligo di non riconoscimento e delle sue implicazioni. È questo anche il caso del Parlamento europeo dove le istanze delle popolazioni interessate hanno trovato ascolto presso taluni gruppi parlamentari e talvolta ispirato l’azione politica dell’intera istituzione. Come dimostrano i casi esaminati, però, né l’intervento della Corte né quello del Parlamento sono sempre risultati decisivi a causa dei limiti che ne caratterizzano le rispettive funzioni e modalità di azione. Né d’altro canto queste due istituzioni avrebbero potuto giocare un ruolo sostitutivo rispetto alla funzione della Commissione.

Rimane da verificare se le novità introdotte dal Trattato di Lisbona nel settore delle relazioni esterne saranno in grado di offrire una risposta convincente alle problematiche emerse dalla prassi analizzata. Com’è noto, infatti, la questione della coerenza e dell’unitarietà della rappresentanza della azione esterna è stata al centro del dibattito che ha condotto al Trattato di Lisbona¹⁰⁸. In tal senso vanno alcuni interventi riformatori che operano sul piano normativo, come la definizione unitaria dei principi e degli obiettivi che devono guidare l’azione internazionale dell’Unione tanto nell’ambito PESC che nell’ambito delle altre politiche, a cui abbiamo già accennato all’inizio di questo lavoro. Soprattutto, però, a Lisbona l’obiettivo della coerenza è stato perseguito attraverso interventi di carattere istituzionale; questo è il caso della fusione delle pre-esistenti Comunità ed Unione in un unico soggetto internazionale, della creazione dell’Alto Rappresentante per gli affari esteri e la politica di sicurezza (art. 18 e 27 TUE), dell’attribuzione al Consiglio europeo di un potere di indirizzo in tutti gli aspetti delle relazioni esterne (art. 22 TUE) nonché del significativo rafforzamento dei poteri del Parlamento in materia di relazioni esterne (il nuovo art. 218 TFUE – ex art. 300 CE – prevede come regola generale che il consenso del PE sia necessario per la conclusione di accordi in tutti quei settori in cui si applica la proce-

¹⁰⁸ Sul problema della coerenza nell’azione esterna dell’Unione europea e sulle risposte offerte dal Trattato di Lisbona, si veda l’esaustiva monografia di A. MIGNOLLI, *L’azione esterna dell’Unione europea e il principio della coerenza*, Napoli, 2009. Tra le prime analisi relative all’impatto del Trattato di Lisbona (e del proposto Trattato costituzionale da quello sostituito) sul settore delle relazioni esterne si segnalano i contributi di P. J. Kuijper, *Superpower frustrated? The Cost of Non-Lisbon in EU External Affairs*, in *German Yearbook of international law*, 2008, p. 9 ss. e M. CREMONA, *The Draft Constitutional Treaty: External relations and External Action*, in *Common Market Law Review*, 2003, p. 1347 ss.

dura legislativa ordinaria ovvero nei settori in cui si applica una procedura speciale che prevede l'approvazione del Parlamento).

È ancora presto per poter valutare l'impatto di queste innovazioni, alcune delle quali appaiono astrattamente idonee ad assicurare una maggiore coerenza dell'azione esterna dell'Unione nonché una miglior presa in considerazione degli obblighi risultanti dal diritto internazionale¹⁰⁹. Tuttavia, non si può mancare di segnalare come anche in questo ambito come in molti altri toccati dal Trattato di riforma, le migliori introdotte sono controbilanciate dai disposti che direttamente o indirettamente pongono limiti alle competenze dell'Unione o ne accentuano le dinamiche intergovernative a discapito di quelle sopranazionali con l'intento di tutelare le prerogative degli Stati membri¹¹⁰. La nostra analisi ha dimostrato che in mancanza di strumenti utili per risolvere il problema della coerenza sul piano normativo, neppure il coordinamento istituzionale offre risposte convincenti.

¹⁰⁹ In particolar modo, sul piano istituzionale, questo è ovviamente il caso del nuovo Alto Rappresentante per gli affari esteri e la politica di sicurezza che è concepito come figura bicefala, ad un tempo presidente permanente del Consiglio affari esteri con poteri di proposta e di attuazione in materia PESC e vice-presidente della Commissione responsabile per le relazioni esterne; esso dovrebbe pertanto garantire grazie al suo doppio ruolo un coordinamento permanente dell'azione esterna in ambito PESC e negli altri ambiti. Alla luce della nostra analisi è poi da salutare con favore l'accresciuto ruolo che viene oggi riconosciuto al Parlamento Europeo: questa istituzione si è infatti dimostrata senz'altro la più recettiva alle istanze di legalità e di rispetto del diritto internazionale nella determinazione delle condotte dell'Unione. Infine, sempre sotto questo profilo, una novità interessante è oggi l'espressa previsione, tra i principi e gli obiettivi che devono guidare l'azione esterna dell'Unione, del rispetto e della promozione del diritto internazionale (art.21 TUE); se l'obbligo di rispettare il diritto internazionale era già pacifico nel sistema pre-esistente grazie soprattutto agli interventi della Corte di giustizia, la sua "costituzionalizzazione" nel testo del trattato (ed in particolare tra i disposti della prima parte del TUE, dedicato ai principi fondamentali) ne cambia lo status normativo.

¹¹⁰ Sotto il profilo istituzionale, le maggiori perplessità sorgono proprio con riferimento alla figura dell'Alto Rappresentante. L'AR appare infatti sotto vari profili subordinato al Consiglio europeo (il Consiglio ha un ruolo determinante nella sua nomina e nella cessazione suo mandato mentre il ruolo del Presidente della Commissione e del Parlamento risulta ridimensionato; il Presidente semi-permanente del Consiglio ha "al suo livello" la rappresentanza esterna dell'Unione in ambito PESC e dunque appare sovraordinato all'AR – art. 15 TUE) e dunque ci si può chiedere se nella sua azione esso sarà in grado di tutelare le attribuzioni ed il metodo (ex) comunitario e non farsi piuttosto veicolo delle dinamiche intergovernative anche in ambiti esterni alla PESC. Sul piano normativo, le preoccupazioni muovono soprattutto dal nuovo articolo 40 del TUE (ex art. 47 UE), che riformula la clausola di salvaguardia delle competenze comunitarie rispetto all'azione PESC in modo biunivoco, cosicché oggi il trattato prevede espressamente che l'attuazione delle politiche ex-comunitarie non possa pregiudicare le procedure e le attribuzioni previste dal Trattato per l'esercizio della PESC. L'esatta portata di questa norma è oggetto di accesa discussione ma è chiara l'intenzione dei redattori di tutelare le prerogative degli Stati membri in materia di politica estera rispetto a forme, anche indirette, di progressiva "comunitarizzazione".

I diritti umani nelle relazioni economiche esterne dell'Unione europea: il Sistema di preferenze generalizzate

Lorenza Mola

SOMMARIO: 1. Introduzione. – 2. Il fondamento giuridico del “regime speciale di incentivazione per lo sviluppo sostenibile ed il buon governo”: i Trattati istitutivi. – 3. Il sistema OMC: la clausola di abilitazione del 1979. – 4. La condizionalità nella concessione di preferenze tariffarie nell’ambito del regime speciale entro i limiti derivanti dal diritto OMC. – 4.1. I PVS beneficiari “con esigenze e in condizioni simili”. – 4.2. Le “esigenze di sviluppo, finanziarie e commerciali” individuate in base a standard oggettivi. – 4.3. La “risposta positiva, efficace” per il commercio dei Paesi beneficiari. – 5. La condizionalità nella revoca delle preferenze. – 6. Garanzie procedurali e giurisdizionali relative alla concessione ed alla revoca delle preferenze tariffarie. – 7. Osservazioni conclusive.

1. Introduzione

L’obiettivo della promozione e della tutela dei diritti umani e delle libertà fondamentali riceve integrazione trasversale nelle relazioni esterne dell’Unione europea aventi una dimensione economica, dall’associazione e dal partenariato alla cooperazione allo sviluppo, alla politica commerciale, alla politica verso i Paesi candidati all’adesione, alla politica di vicinato¹. La considerazione di valori legati ai diritti umani nei rapporti con gli Stati terzi, nel senso dell’adozione di misure rivolte al comportamento di Paesi non comunitari in materia di diritti umani, si ritrova già nei primi decenni dell’azione dell’Unione europea. Tuttavia, è a partire dagli anni Novanta che l’Unione orienta complessivamente e siste-

¹ Per i profili giuridici, in termini generali, del legame tra le relazioni economiche esterne dell’Unione europea e i diritti umani v. P. ALSTON (ed.), *The EU and Human Rights*, Oxford-New York, 1999, in particolare pp. 553-754; B. BRANDTNER, A. ROSAS, *Human Rights and the External Relations of the European Community: An Analysis of Doctrine and Practice*, in *European Journal of International Law*, 1998, p. 468 ss.; E. CANNIZZARO (ed.), *The European Union as an Actor in International Relations*, The Hague, 2002; M. CREMONA, B. DE WITTE, *EU foreign relations law: constitutional fundamentals*, Oxford, 2008; A. DASHWOOD, M. MARESCAU, *Law and Practice of EU External Relations: Salient Features of a Changing Landscape*, Cambridge, 2008; P. EECKHOUT, *External Relations of the European Union. Legal and Constitutional Foundations*, Oxford, 2004, pp. 465-484; M. G. GARBAGNATI, *Rispetto dei diritti umani ed esercizio delle competenze esterne dell’Unione europea*, in L. DANIELE (a cura di), *Le relazioni esterne dell’Unione europea nel nuovo Millennio*, Milano, 2001, pp. 245-296; J. RIDEAU, *Le rôle de l’Union européenne en matière de protection de droits de l’homme*, in *Recueil des cours de l’Académie de la Haye*, Leiden, 1997, p. 359 ss.; A. TIZZANO, *L’azione dell’Unione europea per la promozione e la protezione dei diritti umani*, in *Il Diritto dell’Unione europea*, 1999, p. 149 ss.

maticamente la conduzione dei rapporti economici con Stati terzi al perseguimento di una politica dei diritti umani nel mondo². E ciò, tramite strumenti di natura convenzionale o strumenti autonomi, in cui la relazione tra le due dimensioni è declinata in varie modalità e procedure, alcune singolari rispetto alle iniziative di altri attori internazionali³.

Nell'ambito di una prassi assai vasta e articolata, il presente lavoro circoscrive l'analisi al settore commerciale⁴, più specificamente ancora, al Sistema di Preferenze Generalizzate (SPG) a favore dei Paesi in via di sviluppo (PVS) applicato dall'Unione europea. Questo strumento, che istituisce legami espliciti tra il trattamento commerciale volto a integrare i PVS negli scambi internazionali e l'obiettivo della tutela e della promozione dei diritti umani nei Paesi beneficiari, presenta profili giuridici peculiari e rilevanti ai fini dell'indagine sul ruolo dei diritti umani nelle relazioni economiche esterne dell'Unione europea.

Sin dal 1971⁵, l'Unione europea offre preferenze tariffarie, cioè margini tariffari più vantaggiosi rispetto al dazio convenzionale, all'importazione di taluni prodotti agricoli e industriali originari dei PVS: lo schema generale viene fissato per cicli decennali, lasciando a regolamenti triennali il compito di adattarne gli

² Risoluzione del Consiglio europeo di Lussemburgo del 28 e 29 giugno 1991; comunicazione della Commissione, L'Unione europea e gli aspetti esterni della politica in materia di diritti dell'uomo: da Roma a Maastricht e oltre, COM(95) 567 def. del 22 novembre 1995; comunicazione della Commissione sul richiamo al rispetto dei principi democratici e dei diritti dell'uomo negli accordi tra la Comunità europea e i paesi terzi, COM(95) 216 def. del 23 maggio 1995. V. anche la più recente comunicazione della Commissione, Il ruolo dell'Unione europea nella promozione dei diritti umani e della democratizzazione nei paesi terzi, COM(2001) 252 def. dell'8 maggio 2001. Come argomenta A. TIZZANO, *op. cit.*, il modo di essere delle relazioni della Comunità con i Paesi terzi è stato condizionato dalla progressiva affermazione dei principi democratici e del rispetto dei diritti umani sul piano interno per opera della Corte di Giustizia e dei Trattati istitutivi.

³ Ancora A. TIZZANO, *op. cit.*, p. 163. Sul tema v. N. NAPOLETANO, *Unione europea e Paesi della sponda sud del Mediterraneo: Diritti umani e democrazia*, in D. BENDO-SOUPOU (a cura di), *Il nuovo Mediterraneo. Conflitti e coesistenza pacifica. La nouvelle Méditerranée. Conflits et coexistence pacifique*, Torino, p. 369 ss.

⁴ Sulla questione più ampia dei rapporti tra commercio e diritti umani, per una delle più risalenti discussioni delle iniziative nazionali e internazionali tese alla creazione di un legame normativo tra commercio e diritti umani negli anni Settanta, e dei termini del dibattito dell'epoca, v. P. ALSTON, *International Trade as an Instrument of Positive Human Rights Policy*, in *Human Rights Quarterly*, 1982, p. 155 ss.; tra la vasta bibliografia elaborata nell'ambito disciplinare del diritto internazionale del commercio, v. T. COTTIER, *Trade and Human Rights: A Relationship to Discover*, in *Journal of International Economic Law*, 2002, p. 111 ss.; T. COTTIER, J. PAUWELYN, E. BURGI (eds.), *Human Rights and International Trade*, Oxford-New York, 2005; fra i molti scritti in materia dell'Autore, J. U. PETERSMANN, *Human Rights, International Economic Law and "Constitutional" Justice*, in *European Journal of International Law*, 2008, p. 769 ss.; IDEM, *Commerce mondial et protection des droits de l'homme*, Bruxelles, 2001.

⁵ Regolamento (CEE) n. 1309/71 del Consiglio, del 21 giugno 1971, relativo alla concessione di preferenze tariffarie per alcuni prodotti originari di paesi in via di sviluppo, in GU L 142 del 28 giugno 1971.

orientamenti alle evoluzioni del commercio internazionale⁶. A partire dagli anni Novanta⁷, l'Unione europea affianca agli scopi originari del sistema, inerenti al nesso tra commercio e sviluppo⁸, anche obiettivi specifici in materia di tutela dell'ambiente, diritti dei lavoratori, diritti umani e buon governo nei Paesi beneficiari. A tal fine, lo schema originario del SPG dell'Unione europea è stato modificato per predisporre un duplice meccanismo di condizionalità⁹. Dal 1° genna-

⁶ I periodi interessati sono 1971-1980, 1981-1991, prolungato fino al 1995 per attendere la conclusione dei negoziati commerciali multilaterali dell'Uruguay Round, 1996-2005 e 2006-2015. Negli anni Settanta e Ottanta tali regolamenti furono adottati annualmente. Sull'evoluzione degli schemi attraverso questi periodi v. P. VINCENT, *Le nouveau Système communautaire des Préférences Généralisées*, in *Cahiers de droit européen*, 2005, p. 683 ss.

⁷ La Commissione ha presentato gli orientamenti per i nuovi decenni di applicazione dello schema di preferenze generalizzate nelle sue comunicazioni al Consiglio nel 1990, COM(1990) 329 def. del 19 luglio 1990, e nel 1994, COM(1994) 216 def. del 1° giugno 1994.

⁸ L'origine internazionale del SPG si colloca nell'alveo dell'UNCTAD, dove, durante la seconda sessione tenutasi a New Delhi nel 1968, venne concepito come strumento di sviluppo tramite cui gli Stati sviluppati dovessero concedere preferenze di natura tariffaria ai prodotti importati originari di tutti i PVS (non più solamente delle ex colonie; su questa spiegazione del termine "generalizzate" v. J. TREBILCOCK, R. HOWSE, *The Regulation of International Trade*, London-New York, 2005, p. 477). V. UNCTAD, Resolution 21 (II), 1968, e UNCTAD, Trade and Development Board, Decision 75 (s-IV) ivi incluse le Agreed Conclusions. Il testo di queste conclusioni era espressione del principio, rivendicato dal 'Nuovo ordine economico internazionale' e caratterizzante il diritto allo sviluppo, di dualità delle norme tra Paesi con diverso grado di sviluppo. Il SPG rappresenta dunque il principale strumento commerciale volto a favorire la partecipazione dei PVS agli scambi internazionali nella prospettiva del diritto dello sviluppo. Sul punto v. S. CANTONI, *Cooperazione multilaterale e finanziamento allo sviluppo*, Napoli, 2004, p. 6 ss. Non essendo riuscito il tentativo di farne uno schema comune ai Paesi industrializzati, il SPG è stato oggetto di attuazioni nazionali autonome. Per la raccolta e la descrizione analitica degli strumenti nazionali degli Stati terzi e quello dell'Unione europea, v. il sito dell'UNCTAD, www.unctad.org, nella parte dedicata ai "GSP Handbooks".

⁹ Uno dei tratti salienti della prassi esterna dell'Unione europea volta alla promozione dei diritti umani è senz'altro costituito dal ricorso a meccanismi di condizionalità: l'attuazione della misura interessata, di natura unilaterale o pattizia, è subordinata al rispetto dei diritti umani da parte dello Stato terzo. Tale rapporto può essere di tipo negativo, in base ad un approccio sanzionatorio o dissuasivo, quando lo strumento prevede che a fronte della violazione dei diritti umani da parte dell'altro Stato siano sospesi o eliminati i vantaggi ivi istituiti, come le preferenze commerciali o il finanziamento allo sviluppo. Oppure viene configurato in termini positivi, incentivanti, allorché il trattamento favorevole riceva attuazione solo a fronte di un comportamento virtuoso dello Stato terzo. Come si nota, è possibile distinguere il meccanismo della condizionalità positiva da programmi che finanzino appositamente iniziative volte a promuovere i diritti umani tramite la creazione di condizioni strutturali, che ne siano il veicolo, nei Paesi terzi. L'Unione europea agisce anche in questa direzione, ad esempio, tramite il regolamento (CE) n. 1889/2006 del Parlamento europeo e del Consiglio del 20 dicembre 2006, che istituisce uno strumento finanziario per la promozione della democrazia e dei diritti umani nel mondo, in GU L 386 del 29 dicembre 2006. Sulla condizionalità nelle relazioni economiche esterne dell'UE v. tra molti altri S. ANGIOI, *Genesi ed evoluzione del "principio di condizionalità" nella politica commerciale e nella politica di cooperazione allo sviluppo della Comunità europea*, in *Rivista internazionale e diritti dell'uomo*, 1999, p. 458 ss.; L. BARTELS, *Human Rights Conditionality in the EU's International Agreements*, Oxford-New York, 2005; M. NOVAK, *Human Rights 'Conditionality' in Relation to Entry to, and full Participation in, the EU*, in P. ALSTON, *The EU and Human Rights*, cit., p. 687 ss.; E. RIEDEL,

io 2009 fino al 31 dicembre 2011 è in vigore il regolamento (CE) n. 732/2008 (di seguito, il regolamento SPG)¹⁰, che dà attuazione allo schema del SPG relativo al decennio 2006-2015¹¹. Accanto al regime ordinario delle preferenze generalizzate (denominato “regime generale”¹²), il regolamento SPG offre preferenze tariffarie ulteriori attraverso un “regime speciale a favore dei Paesi meno sviluppati”¹³ ed un “regime speciale di incentivazione per lo sviluppo sostenibile e il buon governo”¹⁴ (di seguito, il regime speciale di incentivazione). Il trattamento privilegiato previsto dal regime speciale di incentivazione consiste nella sospensione del dazio sui prodotti originari che rientrano nell’ambito di applicazione del regolamento¹⁵, mentre i beneficiari del regime generale godono solo di una riduzione del dazio generalmente applicato dall’Unione europea¹⁶. Da un lato, il regime speciale in parola è riservato ai PVS che ne facciano richiesta a patto che abbiano ratificato e applichino determinate convenzioni internazionali, elencate in un apposito allegato al regolamento SPG. Dall’altro lato, proprio le violazioni gravi e sistematiche delle convenzioni sui diritti umani da parte di un PVS bene-

M. WILL, *Human Rights Clauses in External Agreements of the EC*, ivi, p. 723 ss. In seno ai rapporti tra l’Unione europea e gli Stati dell’Africa, Caraibi e Pacifico, S. CANTONI, *op. cit.*, p. 125 ss.; P.A. PILLITU, *La tutela dei diritti dell’uomo e dei principi democratici nelle relazioni della Comunità e dell’Unione europea con gli Stati ACP*, Torino, 2003; IDEM, *Le sanzioni dell’Unione e della Comunità europea nei confronti dello Zimbabwe e di esponenti del suo governo per gravi violazioni dei diritti umani e dei principi democratici*, in *Rivista di diritto internazionale*, 2003, p. 55 ss. In riferimento ai rapporti tra Unione europea e Paesi del Mediterraneo, N. NAPOLETANO, *op. cit.* In ultimo, v. E. REBASTI, *Oltre la politica di condizionalità: l’azione esterna dell’Unione europea e il rispetto delle norme imperative di diritto internazionale*, in questo Volume.

¹⁰ In GU L 211 del 6 agosto 2008. Questo regolamento sostituisce, apportandovi poche modifiche, il regolamento (CE) n. 980/2005 del Consiglio del 27 giugno 2005, relativo all’applicazione di un sistema di preferenze tariffarie generalizzate (in GU L 169 del 30 giugno 2005). Per una descrizione del regolamento in esame, v. L. MAGI, *Il nuovo sistema di preferenze generalizzate della Comunità europea*, in *Diritto pubblico comparato ed europeo*, 2006, p. 559 ss.; P. VINCENT, *op. cit.*

¹¹ Comunicazione della Commissione al Consiglio, al Parlamento Europeo e al Comitato economico e sociale europeo, Paesi in via di sviluppo, commercio internazionale e sviluppo sostenibile: Il ruolo del Sistema delle preferenze generalizzate (SPG) della Comunità per il decennio 2006/2015, COM(2004) 461 def. del 7 luglio 2004.

¹² Regolamento (CE) n. 732/2008, cit., art. 6. I Paesi beneficiari sono elencati nell’Allegato I; la loro individuazione avviene sulla base dell’ “auto-elezione” degli Stati terzi come Paesi in via di sviluppo, ma l’Unione europea, come gli altri Stati erogatori di preferenze generalizzate, è libera di scegliere i PVS cui offrire preferenze tariffarie. In particolare, l’Unione europea esclude dal numero dei beneficiari determinati Paesi sulla base della loro classificazione da parte della Banca Mondiale tra i Paesi ad alto reddito per tre anni consecutivi e della percentuale di prodotti originari rispetto a prodotti simili esportati nell’Unione europea (ivi, art. 3).

¹³ Ivi, articoli 11-12. I Paesi beneficiari sono elencati nell’Allegato I, colonna D: si tratta dei Paesi classificati come Paesi Meno Avanzati nel sistema delle Nazioni Unite.

¹⁴ Ivi, articoli 7-10. Sui beneficiari di questo regime v. più estesamente *infra* paragrafo 4.

¹⁵ Ivi, Allegato II.

¹⁶ La riduzione del dazio è fissata, per ogni prodotto interessato, ivi, Allegato II.

ficiario figurano tra i motivi di più ampia e varia natura in base ai quali l'Unione europea può revocare le preferenze tariffarie¹⁷.

Questo lavoro intende analizzare tali due meccanismi di condizionalità, positiva e negativa, presenti nel regolamento SPG nell'ottica di verificarne la compatibilità con la normativa multilaterale del commercio internazionale. Infatti l'Unione europea, in quanto Membro dell'OMC¹⁸, non può sottrarsi alle sue regole senza poter essere chiamata a risponderne in sede di risoluzione delle controversie¹⁹. Proprio la nota controversia sollevata nel 2002 in sede OMC dall'India nei confronti di un regime speciale del SPG comunitario allora in vigore (caso *CE-Preferenze tariffarie*)²⁰ ha dato modo all'organo competente dell'OMC di pronunciarsi sulle condizioni a cui un Membro può concedere legittimamente preferenze generalizzate ai PVS. Si tratta dunque di verificare con quali vincoli l'Unione europea possa ricorrere allo strumento commerciale, in specie alle preferenze tariffarie del SPG, per perseguire una politica esterna di promozione e tutela dei diritti umani.

2. Il fondamento giuridico del “regime speciale di incentivazione per lo sviluppo sostenibile ed il buon governo”: i Trattati istitutivi

L'analisi che segue prende le mosse considerando il fondamento giuridico del SPG dell'Unione europea, per individuare a quale titolo l'Unione persegua l'obiettivo della promozione e della tutela dei diritti umani tramite la concessione di preferenze tariffarie generalizzate.

I regolamenti di applicazione del SPG dell'Unione europea indicano la propria base giuridica nell'ambito della politica commerciale comune (PCC)²¹. Gli obiettivi specifici all'azione commerciale esterna consistono nell' “incoraggiare l'integrazione di tutti i paesi nell'economia mondiale, anche attraverso la pro-

¹⁷ Ivi, art. 15.

¹⁸ Com'è noto, l'allora Comunità Economica Europea si sostituì di fatto ai suoi Stati membri, Parti Contraenti del General Agreement on Tariffs and Trade (GATT) del 1947, partecipando ai lavori ed ai negoziati del GATT nelle materie di propria competenza esclusiva. La Comunità europea è invece Membro originario dell'OMC, istituito con l'Atto finale della Conferenza di Marrakech del 1994. Tra gli accordi dell'OMC, il GATT 1994 ‘ingloba’ le regole del GATT 1947. Sui profili giuridici della *membership* della Comunità europea all'OMC, v., tra molti altri, P. PICONE, A. LIGUSTRO, *Diritto dell'Organizzazione Mondiale del Commercio*, Padova, 2002, pp. 53-57.

¹⁹ Ai sensi dell'Intesa sulla risoluzione delle controversie, contenuta nell'Allegato II all'Accordo istitutivo dell'OMC.

²⁰ Organizzazione mondiale del commercio, *European Communities – Conditions for the Granting of Tariff Preferences to Developing Countries Request for Consultations by India*, WT/DS246 del 5 marzo 2002.

²¹ Artt. 206-207 TFUE (ex art. 131-134 CE). In particolare, il regolamento SPG è adottato sulla base all'art. 133 CE (divenuto art. 207 TFUE).

gressiva abolizione delle restrizioni agli scambi internazionali²², nonché nel contribuire allo “sviluppo armonioso del commercio mondiale” ed alla “riduzione delle barriere doganali e di altro tipo”²³. Tali obiettivi devono però essere perseguiti insieme a obiettivi e principi generali dell’azione esterna dell’Unione e coerentemente tra tutti i suoi settori²⁴: a questo proposito, il Trattato di Lisbona rafforza sensibilmente, enunciandolo in modo esplicito, il legame tra commercio e diritti umani nell’azione esterna. Infatti, da un lato, il “commercio libero ed equo”, l’ “eliminazione della povertà” e la “tutela dei diritti umani, in particolare i diritti del minore” figurano contestualmente tra gli obiettivi cui l’Unione contribuisce nelle relazioni con il resto del mondo²⁵. Dall’altro lato, l’azione esterna è connotata positivamente rispetto ai principi che l’Unione “si prefigge di promuovere nel resto del mondo”, tra cui “universalità e indivisibilità dei diritti dell’uomo e delle libertà fondamentali, rispetto della dignità umana”²⁶. In sintesi, l’elaborazione e l’attuazione dell’azione esterna nei vari settori (compresa la PCC) deve rispettare tali principi e perseguire tali obiettivi generali²⁷, venendo condotta in conformità a questi²⁸.

Com’è noto, invece, il Titolo dedicato alla PCC del Trattato CE (articoli 131-134 CE), sulla cui base è stato adottato il regolamento SPG in esame, non era esplicitamente collegato ad obiettivi e principi in materia di diritti umani. Diversamente, a partire dal Trattato di Maastricht le disposizioni in materia di cooperazione allo sviluppo²⁹ e di cooperazione economica³⁰ enunciavano il rispetto dei diritti dell’uomo e delle libertà fondamentali tra le finalità generali cui l’azione dell’Unione europea in questi settori doveva contribuire. Prima del Trattato di Lisbona, dunque, in assenza delle clausole generali sui principi e sugli obiettivi dell’azione esterna testé menzionate, si poneva la questione di quale fosse il legittimo fondamento giuridico per promuovere i diritti umani tramite l’adozione di misure commerciali.

Invero, in tanto i diritti umani potrebbero comunque venire in rilievo nell’azione commerciale esterna dell’UE³¹ in quanto siano inerenti ai suoi obiettivi specifici summenzionati³². Si noti peraltro l’argomento elaborato dalla Corte

²² Art. 21, par. 2, lett. e) TUE.

²³ Art. 206 TFUE.

²⁴ Art. 21, par. 3, TUE e art. 205 TFUE.

²⁵ Art. 3, par. 5 TUE.

²⁶ Art. 21, par. 1 TUE.

²⁷ Art. 21, par. 3 TUE.

²⁸ Art. 205 TFUE.

²⁹ Art. 177, par. 2, CE (divenuto, in seguito a modifica, art. 208 TFUE).

³⁰ Art. 181A CE introdotto dal Trattato di Nizza (divenuto, in seguito a modifica, art. 212 TFUE).

³¹ Ai sensi dell’art. 207 TFUE (ex art. 133 CE, modificato) l’azione commerciale dell’UE, che in tale settore gode di competenza esclusiva, si esplica tramite l’adozione di modificazioni tariffarie, la conclusione di accordi tariffari e commerciali e l’uniformazione delle misure di liberalizzazione, tra altre misure.

³² Art. 206 TFUE, ex art. 131 CE.

di Giustizia alla fine degli anni Ottanta, per sostenere l'adeguatezza dell'allora art. 113 del Trattato CEE (divenuto art. 133 CE ed ora art. 207 TFUE) quale base giuridica di una misura commerciale che persegua scopi di sviluppo³³. Il giudice comunitario riteneva che l'efficacia della politica commerciale comune risulterebbe compromessa se la Comunità non disponesse di "mezzi d'azione [...] al di là degli strumenti destinati ad incidere sui soli aspetti tradizionali del commercio"; occorreva a tal fine tener conto dei "possibili mutamenti nella concezione delle relazioni internazionali", tra cui appunto la "graduale affermazione del nesso tra commercio e sviluppo" di cui il SPG è espressione. Secondo la Corte, "le caratteristiche e gli strumenti" della politica commerciale comune definite dal Trattato erano atti ad assecondare tali mutamenti³⁴. Seguendo questa linea interpretativa, si potrebbe avanzare l'ipotesi secondo cui il SPG dell'Unione europea adottato prima dell'entrata in vigore del Trattato di Lisbona avrebbe titolo a perseguire il rispetto dei diritti umani sulla base delle sole disposizioni sulla PCC al verificarsi delle seguenti circostanze: in quanto espressione del nesso "commercio e sviluppo", qualora la nozione di sviluppo nel diritto internazionale contemplasse i diritti umani; e/o a condizione di costituire espressione del nesso "commercio e diritti umani", qualora la concezione delle relazioni commerciali internazionali "lasci ampio spazio" all'obiettivo dei diritti umani³⁵.

Al di là delle possibilità interpretative fondate sulla nozione di PCC, l'assenza di una base giuridica che contempli esplicitamente la promozione e la tutela dei diritti umani quale obiettivo dell'azione dell'Unione europea, in un determinato campo oppure trasversalmente, ha dato adito in dottrina a soluzioni non unanimi. È stato autorevolmente considerato che la disposizione del Trattato UE secondo cui l'Unione europea rispetta i diritti umani in quanto "principi generali del diritto comunitario" (art. 6, par. 2, UE, divenuto, in seguito a modifica, art. 6, par.3 TUE) che "qualificano e condizionano"³⁶ l'azione dell'Unione europea si applicasse anche all'azione interna ed esterna ricadente nel cd. 'primo pilastro' (Trattato CE)³⁷.

³³ Corte di Giustizia delle Comunità europee, *Commissione c. Consiglio*, causa 45/86, sentenza del 26 marzo 1987; in particolare, la Corte negò la necessità di ricorrere all'art. 235 del Trattato CEE (divenuto art. 308 CE ed ora art. 352 TFUE) quale base giuridica di uno strumento che contemplasse l'obiettivo dello sviluppo dei PVS.

³⁴ Ivi, par. 4.

³⁵ Sul punto v. *supra* nota 4.

³⁶ A. TIZZANO, *op. cit.*, p. 152.

³⁷ In questo senso, B. BRANDTNER, A. ROSAS, *Human Rights and the External Relations of the European Community: An Analysis of Doctrine and Practice*, cit., p. 471; M. G. GARBAGNATI, *op. cit.*, p. 249. A supporto di tale interpretazione è portato il Parere 2/24 sull'adesione della Comunità alla Convenzione per la salvaguardia dei diritti umani e delle libertà fondamentali, del 28 marzo 1996, in cui la Corte di Giustizia elenca tutte le fonti giuridiche rilevanti a definire un'agenda dei diritti umani della CE senza operare alcuna distinzione tra azioni interne ed azioni esterne. Per un'analisi critica di questa interpretazione, v. E. CANNIZZARO, *The Scope of the EU Foreign Policy: Is the EC Competent to Conclude Agreements with Third States Including Human Rights Clauses?*, in IDEM, *op. cit.*, p. 307, secondo il quale "[i]f general principles and values of European

Tali questioni dovrebbero ormai essere superate per quanto riguarda il prossimo regolamento SPG dell'Unione europea, che sarà adottato sulla base delle nuove disposizioni del Trattato di Lisbona.

3. Il sistema OMC: la clausola di abilitazione del 1979

In virtù della *membership* dell'Unione europea all'OMC, il suo SPG, ivi incluse le disposizioni sul regime speciale di incentivazione, è vincolato al rispetto delle regole della disciplina multilaterale degli scambi commerciali, ad esso applicabili. Negli accordi dell'OMC, com'è noto, non vi sono clausole generali che, contemplando espressamente valori non commerciali, istituiscano un coordinamento tra la disciplina commerciale e i diritti umani³⁸, mentre vi è una base giuridica specifica per il SPG adottato dai Membri. Infatti, un trattamento speciale e differenziato a favore dei PVS, quale l'accesso preferenziale ai mercati di importazione da parte di prodotti originari dei PVS, risulterebbe incompatibile

integration could establish a legal basis for EC acts, then the EC institutions could rely on a potentially open catalogue for determining the objectives of their international actions. That would be tantamount to saying that the scope of EC foreign powers is potentially unlimited”.

³⁸ La dottrina ha ampiamente dibattuto la questione relativa ai caratteri di chiusura (o di “*self-contained regime*”) dell'OMC rispetto ai valori di natura non commerciale, o viceversa del grado di apertura del sistema dell'OMC a fonti esterne in materie non commerciali, precipuamente l'ambiente, i diritti dei lavoratori, i diritti umani. Sul punto v. F. FRANCONI (ed.), *Environment, Human Rights and International Trade*, Oxford-Portland, 2001; A. GIANANTI, *La tutela di interessi non economici nel sistema OMC: ambiente, salute e 'core labour standards' nel diritto del commercio internazionale*, Napoli, 2008; G. MARCEAU, *A call for coherence in international law: praises for the prohibition against 'clinical' isolation in WTO dispute settlement*, in *Journal of World Trade*, 1999, p. 87 ss.; P. PICONE, A. LIGUSTRO, *op. cit.*, p. 623 ss. Com'è noto, negli accordi dell'OMC gli unici richiami a valori non commerciali sono contenuti nel Preambolo dell'Accordo istitutivo dell'OMC, in cui le Parti riconoscono che la politica commerciale dovrebbe perseguire il miglioramento delle condizioni di vita (“*standards of living*”) permettendo al contempo l'uso ottimale delle risorse mondiali in conformità con l'obiettivo dello sviluppo sostenibile, e nell'art. XX del GATT sulle eccezioni generali per motivi legati alla morale pubblica (lett. a), alla vita umana, animale e vegetale e alla salute (lett. b), al lavoro nelle prigioni (lett. e) e alle risorse naturali esauribili (lett. g). Tuttavia, secondo le interpretazioni più autorevoli, il sistema dell'OMC “non può ritenersi impermeabile” ai valori non commerciali tutelati dal diritto internazionale (P. PICONE, A. LIGUSTRO, *op. cit.*, p. 625). L'apertura a questi è determinata dalla necessaria applicazione delle norme di diritto internazionale cogente, cui le parti ad un accordo non possono sottrarsi, in virtù dell'art.53 della Convenzione di Vienna sul diritto dei trattati. Gli argomenti prevalenti in dottrina fanno leva anche sulla possibilità di considerare i valori non commerciali per via interpretativa, in forza dell'art.3, par. 2, dell'Intesa sulla risoluzione delle controversie (“*in accordance with customary rules of interpretation of public international law*”), in particolare tramite un'interpretazione evolutiva o estensiva delle eccezioni generali previste agli articoli XX e XXI del GATT. Sul punto, v. i contributi di L. BARTELS, *Article XX of GATT and the problem of extraterritorial jurisdiction: the case of trade measures for the protection of human rights*, in *Journal of World Trade*, 2002, p. 353; S. CLEVELAND, *Human Rights Sanctions and the World Trade Organization*, in F. FRANCONI (ed.), *op. cit.*, p. 199 ss.; F. LENZERINI, *International Trade and Child Labour Standards*, ivi, p. 287 ss.

con il principio di non discriminazione commerciale su cui si fonda la normativa multilaterale di liberalizzazione degli scambi internazionali. Specificamente, la regola della nazione più favorita (in seguito, NPF) disposta dall'art. I GATT comporta il divieto di discriminare tra i Membri, imponendo ad un Membro di estendere incondizionatamente e immediatamente a tutti gli altri il miglior trattamento accordato ad un Paese terzo. Pertanto, il trattamento preferenziale a favore dei PVS deve essere oggetto di una deroga, e l'applicazione del SPG deve essere compatibile con i termini di tale deroga. Questa venne elaborata dalle Parti contraenti del GATT prima su base decennale³⁹ nel 1971, poi in modo permanente tramite l'adozione della cosiddetta clausola di abilitazione, dal 1979⁴⁰, che è parte integrante del GATT 1994⁴¹.

Ai sensi della clausola di abilitazione, ai Membri dell'OMC è consentito esercitare la facoltà di accordare un trattamento differenziato più favorevole ai PVS, senza doverlo estendere alle altre Parti industrializzate⁴². L'ambito di applicazione del trattamento preferenziale comprende le tariffe con cui i Paesi industrializzati offrono accesso al proprio mercato ai prodotti originari dei PVS "conformemente al SPG"⁴³. Secondo la relativa nota 3, il SPG cui è fatto richiamo deve intendersi

³⁹ Decisione del 25 giugno 1971, *Waiver Decision on the Generalized System of Preferences*, Doc. GATT L/3545.

⁴⁰ Decisione delle Parti contraenti del 28 novembre 1979, *Differential and More favourable treatment, reciprocity and fuller participation of developing countries*, Doc. GATT L/4903.

⁴¹ Art. I (b) (iv) GATT 1994. Secondo alcuni, la clausola di abilitazione costituisce l'unico "risultato concreto" dell'accoglimento nel sistema GATT/OMC dell'obiettivo dello sviluppo e della dualità delle norme per Paesi con diverso grado di sviluppo. In questo senso, D. LUFF, *Le droit de l'Organisation Mondiale du Commerce: analyse et critique*, Bruxelles, 2004, p. 145. Infatti, l'inserimento, negli anni Sessanta, di una Parte IV su "Commercio e Sviluppo" nel GATT non ha comportato l'introduzione di disposizioni di *hard law* a favore dei PVS. Un elemento assai rilevante risiede nella qualificazione giuridica della clausola di abilitazione. In dottrina, secondo alcuni autori la clausola costituisce una modifica parziale della clausola della NPF, l'istituzione di un principio autonomo che opera di diritto (A. COMBA, *Il neoliberalismo internazionale*, Milano, 1995, p. 157 ss.), mentre altri la considerano una deroga permanente (C. DORDI, *La discriminazione commerciale nel diritto internazionale*, Milano, 2002, p. 275) oppure una "eccezione strutturale" (P. PICONE, A. LIGUSTRO, *op. cit.*, p. 450 ss.), che rappresenta dei limiti permanenti ai termini incondizionati e multilaterali della clausola NPF dell'art. I GATT. Altri ancora sottolineano come sul piano formale la clausola di abilitazione non possa essere intesa quale "deroga" ("*waiver*") ai sensi dell'art. XXV GATT. In ogni caso, è riconosciuto che la clausola attribuisca al trattamento speciale e differenziato il valore di "un'alternativa istituzionale ai principi del GATT idonea a reggere e orientare l'intero complesso del commercio Nord-Sud" (P. PICONE, A. LIGUSTRO, *op. cit.*, p. 456). La recente giurisprudenza dell'OMC in materia può essere indicativa di una progressiva autonomizzazione del trattamento preferenziale a favore dei PVS nell'ambito OMC: l'Organo d'appello (OMC, Rapporto dell'Organo d'appello, *EC-Tariff Preferences*, Doc. WT/DS426/AB/R del 7 aprile 2004) riconosce "a special status of the Enabling Clause in the WTO system" (par. 11), "within the overall framework of the covered agreements and as a 'positive effort' to enhance economic development of developing-country Members" (par. 95), sebbene continui a considerare che la clausola "operates as an 'exception' to art. I:1 GATT" (par. 90).

⁴² Decisione delle Parti contraenti del 28 novembre 1979, *cit.*, par. 1.

⁴³ Ivi, par. 2, lett. a).

quale descritto nella decisione del 1971 concernente l'istituzione di "generalized, non-reciprocal and non discriminatory preferences beneficial to the developing countries". In generale, l'abilitazione delle Parti a deviare dal trattamento NPF a beneficio dei PVS è subordinata al rispetto di alcune condizioni sostanziali e formali⁴⁴: il trattamento differenziato e più favorevole per i PVS deve essere configurato e modificato "to respond positively to the development, financial and trade needs of developing countries"⁴⁵; la concessione, la modifica o il ritiro delle preferenze devono essere notificati alle Parti contraenti⁴⁶, e la Parte erogatrice "afford adequate opportunity for prompt consultations at the request of any interested contracting party with respect to any difficulty or matter that may arise"⁴⁷.

Per valutare la compatibilità con la clausola di abilitazione del differente trattamento preferenziale tra i PVS stessi concesso dall'Unione europea tramite il regime generale e il regime speciale di incentivazione del SPG, occorre dunque riferirsi alle disposizioni appena richiamate. Infatti, la lettera della clausola di abilitazione qualifica le preferenze del SPG come "generalizzate, non-reciproche e discriminatorie". L'unica differenziazione tra PVS contemplata in modo esplicito dalla clausola di abilitazione riguarda i Paesi Meno Avanzati (PMA)⁴⁸ ed è ammessa la possibilità di escludere dal SPG quei PVS che raggiungano un livello di sviluppo avanzato (meccanismo del "ritorno graduale", "graduation", o "clausola evolutiva")⁴⁹.

⁴⁴ Per tutti, P. VAN DEN BOSSCHE, *The Law and Policy of the World Trade Organization*, Cambridge, 2008, pp. 727-728.

⁴⁵ Decisione delle Parti contraenti del 28 novembre 1979, cit., par. 3, lett. c).

⁴⁶ Ivi, par. 4, lett. a).

⁴⁷ Ivi, par. 4, lett. b).

⁴⁸ Solo i PMA godono, all'interno del sistema OMC, di un effettivo status privilegiato (in generale, per quanto riguarda gli impegni e le concessioni, ai sensi dell'art. XI, par. 2, dell'Accordo istitutivo dell'OMC), mentre le altre disposizioni relative al trattamento speciale e differenziato a favore dei PVS (Parte IV del GATT) hanno natura non vincolante bensì programmatica. Da ciò deriva l'automatica compatibilità del regime speciale dell'Unione europea a favore dei Paesi meno sviluppati con la disciplina dell'OMC. L'Unione europea adottò un regime di libero accesso al mercato comunitario dei prodotti originari dei PMA con l'iniziativa "Everything But Arms", v. regolamento (CE) n. 416/2001 del Consiglio del 28 febbraio 2001, che modifica il regolamento (CE) n. 2820/98 relativo all'applicazione di uno schema pluriennale di preferenze tariffarie generalizzate per il periodo 1° luglio 1999-31 dicembre 2001 onde estendere ai prodotti originari dei paesi meno progrediti la franchigia doganale senza limiti quantitativi, in GU L 60 del 1° marzo 2001. Questa iniziativa venne successivamente inclusa nel SPG tramite il regolamento (CE) n. 2501/2001 del Consiglio del 10 dicembre 2001, relativo all'applicazione di uno schema di preferenze tariffarie generalizzate per il periodo 1° gennaio 2002-31 dicembre 2004, in GU L 346 del 31 dicembre 2001, ed è ripresa nel secondo regime speciale, quello riservato ai PMA, nel regolamento SPG.

⁴⁹ Tale facoltà è "coerente con la ratio del sistema": F. MARTINES, *I sistemi di preferenze generalizzate, la normativa comunitaria e il diritto dell'OMC*, in *Il Diritto dell'Unione Europea*, 2005, p. 294. Questa differenziazione può essere dettata da esigenze o da opportunità di salvaguardia che tengono conto dello sviluppo economico e dei flussi commerciali del Paese beneficiario oppure della necessità di evitare perturbazioni gravi in un settore di attività dell'industria domestica.

Nel 2002, la controversia tra l'India e l'Unione europea ha permesso all'Organo d'appello dell'OMC di pronunciarsi sulla questione⁵⁰. Il caso riguardava la legittimità del regime speciale a favore della lotta contro la droga ("regime droga") dello schema dell'Unione europea in vigore nel 2002⁵¹. I beneficiari di tali preferenze addizionali erano designati nominalmente a priori in una lista. L'India, beneficiaria del regime generale, contestava la violazione del principio di non discriminazione enunciato all'art. I GATT ed invocava il mancato rispetto delle condizioni della clausola di abilitazione⁵².

Innanzitutto, gli organi giudicanti dell'OMC riconoscono alle condizioni di generalità, non reciprocità e non discriminazione delle preferenze tariffarie poste dalla clausola di abilitazione⁵³ un valore giuridicamente vincolante per le Parti che adottino un SPG⁵⁴. Ciò posto, la facoltà degli Stati erogatori di preferenze tariffarie unilaterali di distinguere ulteriori trattamenti preferenziali a beneficio di alcuni Paesi all'interno della categoria dei PVS dipende dall'interpretazione della nozione di non discriminazione. A differenza del Panel, però, l'Organo d'appello esclude che per preferenze "generalizzate" e "non discriminatorie" si

⁵⁰ OMC, Rapporto dell'Organo d'appello, *EC-Tariff Preferences*, cit. Sulla controversia e sull'impatto che essa ha avuto sul SPG comunitario, v. A.E. CASSIMATIS, *Developing States, the Generalized System of Preferences and Trade Measures to Enhance Human Rights*, in R. BUCLEY, V.I. LO, L. BOULLE (eds.), *Challenges to Multilateral Trade: The Impact of Bilateral, Preferential and Regional Agreements*, Austin-Boston-The Netherlands, 2008, p. 201 ss.; C. DI TURI, *Il Sistema di Preferenze Generalizzate della Comunità europea dopo la controversia con l'India sul regime speciale in tema di droga*, in *Rivista di diritto internazionale*, 2005, p. 721 ss.; G. GROSSMAN, A. SYKES, *A Preference for Development: the Law and Economics of GSP*, in *World Trade Review*, 2005, p. 41 ss.; J. HARRISON, *Incentives for development: The EC's Generalized System of Preferences, India's WTO Challenge and Reform*, in *Common Market Law Review*, 2005, p. 1663 ss.; M. IRISH, *GSP Tariffs and Conditionality: A Comment on EC-Preferences*, in *Journal of World Trade*, 2007, p. 683 ss.; A. LIGUSTRO, *L'organizzazione mondiale del commercio condanna lo Schema di preferenze generalizzate della Comunità europea per il carattere discriminatorio del "regime droga"*, in *Diritto pubblico comparato ed europeo*, 2005, p. 432 ss.; F. MARTINES, *op. cit.*; J. MATHIS, *Benign Discrimination and the General System of Preferences (GSP)*, in *Legal Issues of Economic Integration*, 2004, p. 289 ss.; G. SHAFFER, Y. APEA, *Institutional Choice in the Generalized System of Preferences Case: Who Decides the Conditions for Trade Preferences? The Law and Politics of Rights*, in *Journal of World Trade*, 2005, p. 977 ss.

⁵¹ Nel regolamento (CE) n. 2501/2001, cit., i destinatari del "regime droga" designati dall'Unione europea sono undici Paesi dell'America Centrale e il Pakistan, quest'ultimo in considerazione di finalità politiche legate alla reazione agli attacchi terroristici dell'11 settembre 2001.

⁵² Sulle implicazioni che, secondo l'Organo d'appello, deriverebbero dallo status speciale riconosciuto alla clausola di abilitazione sul procedimento di risoluzione delle controversie e sull'onere della prova, v. in particolare A. LIGUSTRO, *op. cit.*, pp. 435-436.

⁵³ Decisione delle Parti contraenti del 28 novembre 1979, cit., Nota 3.

⁵⁴ Cfr., OMC, Rapporto dell'Organo d'appello, *EC-Tariff Preferences*, cit., paragrafi 146-147. La Comunità europea, convenuta, e gli Stati Uniti, intervenienti, hanno espresso posizioni simili in merito alla mera descrittività ed esortatività della condizione di non-discriminazione in parola, sostenendo inoltre che essa debba interpretarsi nel senso di non differenziare tra Paesi in una situazione simile.

debba intendere preferenze identiche per tutti i PVS⁵⁵: per soddisfare alla condizione di non discriminazione, un SPG deve prevedere lo stesso trattamento tariffario nei confronti di tutti i PVS che presentino “situazioni simili”⁵⁶. Il par.3 della clausola costituisce in proposito il contesto normativo utile ad individuare quali situazioni siano “simili”: queste devono essere valutate rispetto alle “esigenze di sviluppo, finanziarie e commerciali” dei PVS. A loro volta, tali esigenze vanno individuate in conformità ad uno standard oggettivo, in particolare in base al loro ampio riconoscimento negli accordi OMC o in convenzioni adottate da altre organizzazioni internazionali⁵⁷. Inoltre, le preferenze aggiuntive sono lecite solo se “rispondono positivamente” alle esigenze dei PVS: occorre cioè che vi sia un “nesso sufficiente” tra le preferenze tariffarie concesse e la probabilità di alleviare le esigenze individuate⁵⁸. L’Organo d’appello non procede ad esaminare tali condizioni sul piano sostanziale, dal momento che riscontra che il “regime droga” non è conforme al requisito di non discriminazione sotto profili istituzionali e procedurali. In esso infatti l’Unione ha identificato i beneficiari con una lista “chiusa”, determinata a priori in assenza dell’indicazione di criteri obiettivi di valutazione e selezione, della non previsione di meccanismi di estensione del beneficio ad altri beneficiari o di sospensione dello stesso, e a fronte della correlata necessità di modificare lo strumento giuridico stesso che istituisce il regime speciale di incentivazione al fine di ampliare la sfera dei beneficiari⁵⁹.

In conclusione, stando alla pronuncia dell’Organo d’appello nel caso *CE-Preferenze tariffarie*, l’autorizzazione all’erogazione preferenze generalizzate a favore dei PVS permette alle Parti al GATT di porre delle condizioni alla loro concessione. Tuttavia, tale facoltà può essere legittimamente esercitata solo nell’ambito degli stretti requisiti posti dalle disposizioni stesse della clausola di abilitazione, al punto da sollevare l’interrogativo di “quale spazio possa essere riconosciuto agli Stati donatori di delineare i propri schemi secondo una concezione di sviluppo che non sia limitata esclusivamente agli aspetti più strettamente economici [...] ma che seguirebbe una linea di tendenza che si viene affermando nel contesto internazionale per una concezione articolata e globale di svi-

⁵⁵ Il Panel aveva inteso, in senso “neutro”, che la condizione di non discriminazione vieti qualsiasi differenziazione tra i PVS beneficiari del trattamento preferenziale, fatta salva l’applicazione di criteri volti a preservare o proteggere la competitività della produzione nazionale dei Paesi benefattori (OMC, Rapporto del Panel, *EC-Tariff Preferences*, Doc. WT/DS426/R del 1° dicembre 2003, par. 193). Questa interpretazione impedirebbe ai Paesi erogatori di preferenze tariffarie a beneficio di PVS di legare, condizionandola, la liberalizzazione del commercio al perseguimento di obiettivi di sviluppo sostenibile (v. *infra* nota 81).

⁵⁶ L’Organo d’appello ritiene che l’ambito normativo dell’OMC (in particolare, il Preambolo dell’Accordo istitutivo) contempli diversi livelli di sviluppo, le cui esigenze specifiche e la cui evoluzione possono essere affrontate tramite un trattamento favorevole differenziato: Rapporto dell’Organo d’appello, cit., par. 164.

⁵⁷ Ivi, par. 163.

⁵⁸ Ivi, par. 164.

⁵⁹ Ivi, par. 187.

luppo⁶⁰, e analogamente di quale margine godano gli Stati erogatori per perseguire una politica di diritti umani⁶¹.

4. La condizionalità nella concessione di preferenze tariffarie nell'ambito del regime speciale entro i limiti derivanti dal diritto OMC

L'elaborazione del nuovo schema per il periodo 2006-2015 ha costituito l'occasione ed il modo in cui l'Unione europea ha dato esecuzione alla decisione dell'Organo di Risoluzione delle Controversie dell'OMC nel caso sollevato dall'India, adeguandovi la propria legislazione⁶². La conformità delle soluzioni approntate dai regolamenti dell'Unione europea al diritto OMC è oggetto di ampio e controverso dibattito in dottrina⁶³.

Alla base del nuovo regime speciale l'Unione europea pone una *ratio* espressa invero in termini piuttosto ambigui e confusi, ma che riprende tutti i requisiti della clausola di abilitazione nei termini con cui sono stati sviluppati

⁶⁰ F. MARTINES, *op. cit.*, p. 291. Nonostante che il rapporto abbia valenza *inter partes*, si verifica la tendenza a considerarne la portata di più ampio raggio: v. per tutti M. VELLANO, *L'organo d'appello dell'OMC*, Napoli, 2001, p. 229 ss. Sull'impatto del rapporto dell'Organo d'appello nel caso *CE-Preferenze tariffarie* sulla politica e sulla configurazione dei sistemi di preferenze generalizzate di altri Paesi industrializzati, si noti il commento di uno studioso statunitense, secondo cui "congress and the President will no longer be able to grant or withdraw GSP treatment on the basis of American policy objectives and American political values, unless those actions can be justified under exceptions provisions in the WTO Agreements": R. HOWSE, *India's WTO Challenge to Drug Enforcement Conditions in the European Community Generalized System of Preferences: A Little Known Case With Major Repercussions for "Political" Conditionality in US Trade Policy*, in *Chicago Journal of International Law*, 2003, p. 385 ss.

⁶¹ Da un'altra prospettiva, è stato osservato come il minor potere discrezionale attribuito in capo ai Membri sviluppati dell'OMC riduca anche la possibilità di falsare le condizioni di competitività tra i PVS tramite la concessione di termini preferenziali di accesso al mercato di importazione: J. HARRISON, *op. cit.*, pp. 1674 e 1684.

⁶² Sulle dinamiche temporali dell'adozione del primo regolamento attuativo del nuovo schema, si osserva come l'OMC esigeva la riforma del regime di incentivazione entro il 1° luglio 2005 (OMC, Rapporto arbitrale ai sensi dell'art. 21, par. 3, lett. (c), dell'Intesa sulla risoluzione delle controversie, Doc. WT/DS426/14 del 20 settembre 2004), ed il Consiglio adottò il citato regolamento (CE) n. 980/2005 affinché entrasse in vigore il 1° luglio 2005, ovvero il giorno successivo alla pubblicazione in Gazzetta ufficiale. Il nuovo schema è stato notificato ai Membri dell'OMC tramite il Doc. WT/COMTD/N/4/Add.3 del 29 marzo 2006.

⁶³ Per un'analisi della conformità del regolamento (CE) n. 980/2005 con il Rapporto dell'Organo d'appello, v., oltre ai contributi citati *supra* in nota 50, L. BARTELS, *The WTO Legality of the EU's GSP+ Arrangement*, in *Journal of International Economic Law*, 2007, p. 869 ss.; J. KENNERS, *A Remodeled European Community GSP+: A Positive Response to the WTO Ruling?*, in G.A. BERMAN, P. MAVROIDIS, *WTO Law and Developing Countries*, Cambridge, 2007, p. 292 ss.; L. MAGI, *op. cit.*; V. RANDAZZO, *La condizionalità nel sistema di preferenze generalizzate della Comunità europea: le recenti innovazioni e i possibili problemi di compatibilità con la normativa dell'OMC*, in *Il Diritto dell'Unione europea*, 2007, p. 609 ss.

dall'Organo d'appello⁶⁴. Il regime speciale di incentivazione è basato su un "concetto integrale di sviluppo sostenibile riconosciuto da convenzioni e strumenti internazionali". A titolo illustrativo, l'Unione europea fa riferimento alla Dichiarazione delle Nazioni Unite sul diritto allo sviluppo (1986), la Dichiarazione di Rio sull'ambiente e lo sviluppo (1992), la Dichiarazione dell'OIL riguardante i principi e i diritti fondamentali del lavoro (1998), la dichiarazione delle Nazioni Unite per il millennio (2000) e la Dichiarazione di Johannesburg sullo sviluppo sostenibile (2002)⁶⁵. Alle esigenze di sviluppo così individuate dimostrano di dedicarsi i PVS che ratifichino e applichino le Convenzioni elencate all'Allegato III del regolamento. Tuttavia, per quei PVS che sono "vulnerabili" l'adesione a tali strumenti internazionali e l'attuazione dei principi ivi contenuti possono comportare "particolari oneri e responsabilità"⁶⁶. Da queste considerazioni risulta opportuno concedere preferenze tariffarie supplementari a tali Paesi, che dovrebbero promuovere la crescita economica e così offrire una "risposta concreta alle esigenze di sviluppo"⁶⁷. Di seguito verrà considerata l'applicazione normativa di questa *ratio*, alla luce del test di compatibilità elaborato dall'Organo d'appello dell'OMC nel caso *CE-preferenze tariffarie*.

4.1. I PVS beneficiari "con esigenze e in condizioni simili"

I Paesi eleggibili al nuovo regime speciale sono individuati in primo luogo sulla base della loro "vulnerabilità" ("a causa dell'assenza di diversificazione e della scarsa integrazione nel sistema commerciale internazionale"⁶⁸), definita

⁶⁴ Comunicazione della Commissione, COM(2004) 461 def., cit., e regolamento (CE) n. 732/2008, cit., considerando 7-9.

⁶⁵ Com'è noto, questi testi, enunciando principi di carattere programmatico, non hanno valore giuridico vincolante (v. B. CONFORTI, *Diritto internazionale*, VII ed., Napoli, 2006, p. 53 ss. per le dichiarazioni di principi delle Nazioni Unite, e p. 197 per le dichiarazioni sullo sviluppo sostenibile e l'ambiente), ma vengono in rilievo nella formazione della consuetudine e nella sua rilevazione (R. LUZZATTO, *Il diritto internazionale generale e le sue fonti*, in S.M. CARBONE, R. LUTTAZZO, A. SANTA MARIA (a cura di), *Istituzioni di diritto internazionale*, Torino, 2006, p. 57 ss.).

⁶⁶ Come è stato osservato, secondo la formulazione in esame le esigenze affrontate dal regime speciale di incentivazione sembrerebbero derivare dagli oneri aggiuntivi che comporta per un PVS ratificare e attuare le Convenzioni elencate, piuttosto che costituire una situazione di fatto cui il Paese risponde con tale impegno: L. BARTELS, *The WTO Enabling Clause and Positive Conditionality in the European Community's GSP Program*, cit., p. 875.

⁶⁷ L'argomentazione si potrebbe svolgere in altro modo: l'adesione ed il rispetto da parte di PVS di determinate convenzioni, che riflettono un concetto integrale di sviluppo cui sono riconducibili determinate esigenze, sono indice dell'esistenza di queste esigenze presso i Paesi ratificanti; la vulnerabilità cui essi sono esposti è aggravata dagli oneri e dalle responsabilità derivanti dalla partecipazione alle suddette convenzioni e deve quindi essere affrontata con la concessione di ulteriori preferenze commerciali: promuovendo lo sviluppo commerciale, verrebbe attenuata la vulnerabilità e sostenuto il superamento delle esigenze di sviluppo selezionate.

⁶⁸ Regolamento (CE) n. 732/2008, cit., considerando n. 8.

tramite tre condizioni: la povertà (cioè, la non-classificazione del Paese da parte della Banca Mondiale come Paese a reddito elevato per tre anni consecutivi), la non-diversificazione delle esportazioni e la quota di importazioni coperte dal SPG dell'Unione europea⁶⁹.

In secondo luogo, sono istituite due “finestre” per lo svolgimento della procedura di “candidatura” e selezione⁷⁰: i PVS interessati devono dimostrare di aver ratificato e dato effettiva attuazione alle ventisette convenzioni elencate nell'Allegato III del regolamento SPG (sulle quali si veda *infra*), e di impegnarsi a rispettare il meccanismo di verifica e di riesame previsto in tali convenzioni e negli strumenti ad esse connessi⁷¹. Il 9 dicembre 2008 la Commissione europea, sulla base delle richieste pervenute⁷², ha adottato una decisione in cui elenca sedici Paesi beneficiari, che corrispondono largamente ai beneficiari dei precedenti regimi speciali⁷³. In tal modo, l'Unione europea intende adeguare la propria legislazione al requisito di non-discriminazione fissato dalla clausola di abilitazione sotto l'aspetto formale: l'individuazione dei Paesi beneficiari del regime speciale non avviene per elezione nominale da parte dello Stato erogatore delle preferenze, elemento determinante nella condanna del “regime droga” dell'Unione europea da parte dell'Organo d'appello dell'OMC nella controversia con l'India. Al

⁶⁹ Ivi, art. 8, par. 2. Tale requisito di vulnerabilità è stato introdotto nel nuovo schema per il decennio 2006-2015.

⁷⁰ Per alcuni rilievi in merito agli aspetti procedurali, v. *infra* paragrafo 6.

⁷¹ Regolamento (CE) n. 732/2008, cit., art. 9, par. 2. È verosimile che questa formulazione sia tesa a conferire maggiore trasparenza e oggettività alle condizioni di accesso al regime speciale di incentivazione: essa richiede non solo l'adesione materiale ai principi contenuti nelle convenzioni, come stabilito nel precedente schema decennale, ma contempla anche gli elementi formali relativi alla ratifica e all'adozione di strumenti interni di attuazione.

⁷² Decisione della Commissione 2008/938/CE del 9 dicembre 2008, sull'elenco dei paesi beneficiari del regime speciale di incentivazione per lo sviluppo sostenibile e il buon governo previsto dal regolamento (CE) n. 732/2008, in GU L 334 del 12 dicembre 2008. I considerando della decisione non lasciano però intendere se siano giunte alla Commissione richieste da più Paesi rispetto a quelli ammessi al regime speciale.

⁷³ I Paesi selezionati a beneficiare del regime speciale di incentivazione a decorrere dal 1° gennaio 2009 sono Armenia, Azerbaigian, Bolivia, Colombia, Costa Rica, Ecuador, Georgia, Guatemala, Honduras, Sri Lanka, Mongolia, Nicaragua, Perù, Paraguay, Salvador, Venezuela. Nel novero dei selezionati sono quindi compresi tutti i Paesi dell'America Latina già destinatari del “regime droga” ai sensi del cit. regolamento (CE) n. 2501/2001 (non compare più Panama, mentre è selezionato il Paraguay). Degli unici due Paesi, Sri Lanka e Moldavia, ad aver beneficiato dei precedenti regimi speciali di incentivazione dei diritti dei lavoratori e della tutela ambientale, previsti negli schemi degli anni Novanta e ancora nel regolamento (CE) n. 2501/2001 per il periodo 2002-2005, lo Sri Lanka è ammesso al regime speciale di incentivazione, mentre la Repubblica moldava, beneficiaria di tale regime istituito dal cit. regolamento (CE) n. 980/2005, a partire dal 1 marzo 2008 è destinataria di preferenze commerciali autonome, come previsto dal regolamento (CE) n. 55/2008 del Consiglio del 21 gennaio 2008, recante preferenze commerciali autonome per la Repubblica moldova nonché modifica del regolamento (CE) n. 980/2005 e della decisione 2005/924/CE della Commissione, in GU L 20 del 24 gennaio 2008.

contrario, le preferenze ulteriori sono offerte sulla base di criteri oggettivi e per questo “aperti” a tutti i PVS che li soddisfino⁷⁴.

4.2. Le “esigenze di sviluppo, finanziarie e commerciali” individuate in base a standard oggettivi

Come s'è detto, le condizioni sostanziali per la concessione del regime speciale di incentivazione sono fissate con riferimento a ventisette convenzioni, distinte in “Convenzioni essenziali ONU/OIL sui diritti umani e sul diritto di lavoro” (Allegato III, Parte A)⁷⁵ e “Convenzioni relative ai principi ambientali e al buon governo” (Allegato III, Parte B). Il primo elenco comprende i due Patti internazionali sui diritti umani del 1966, le Convenzioni internazionali in materia di discriminazione razziale, apartheid, discriminazione nei confronti delle donne, diritti del fanciullo, tortura e trattamenti inumani o degradanti, genocidio, e le otto Convenzioni dell'OIL da cui emanano i *core labour standards* (come indicato dalla dichiarazione dell'OIL del 1998)⁷⁶. Il secondo elenco richiede la ratifica e l'adozione di strumenti convenzionali sullo strato di ozono, i movimenti transfrontalieri di rifiuti pericolosi, gli inquinanti organici persistenti, il commercio internazionale di specie minacciate di estinzione, la diversità e la sicurezza biologica, il Protocollo di Kyoto sul cambiamento climatico, gli stupefacenti e le sostanze psicotrope e il loro traffico illecito, e la corruzione⁷⁷.

⁷⁴ Tuttavia, la fissazione di una data entro cui i Paesi interessati devono presentare la propria candidatura è stata oggetto di critiche poiché ciò riprodurrebbe il carattere di “lista chiusa” (L. BARTELS, *The WTO Enabling Clause and Positive Conditionality in the European Community's GSP Program*, cit., pp. 882-883). Peraltro, l'aumento delle “finestre” di elezione da una a due (all'inizio e a metà del periodo) sembra conferire una maggiore “proceduralizzazione” a tale requisito, in modo da renderlo funzionale ad una trasparente e prevedibile gestione del meccanismo.

⁷⁵ Regolamento (CE) n. 732/2008.

⁷⁶ Si tratta delle Convenzioni concernenti l'età lavorativa minima (n. 138), contro il lavoro minorile (n. 182), il lavoro forzato (n. 29), per l'uguaglianza di remunerazione tra manodopera maschile e femminile (n. 100), sulla discriminazione in materia di impiego e professioni (n. 111), la libertà sindacale (n. 87), l'applicazione dei principi del diritto di organizzazione e di negoziazione collettiva (n. 98). Ai sensi della *ILO Declaration on Fundamental Principles and Rights at Work*, Ginevra, luglio 1998, tutti i Membri dell'OIL, in virtù della loro appartenenza all'organizzazione, sono obbligati a rispettare questi principi, anche se non hanno ratificato le convenzioni indicate.

⁷⁷ Il notevole numero e l'eterogeneità sostanziale degli strumenti che l'Unione chiede ai PVS di ratificare e applicare per concedere loro ulteriori preferenze tariffarie è oggetto di opinioni difformi in dottrina. Da una parte, l'elenco delle convenzioni, il loro carattere multilaterale e la loro predisposizione in seno ad organizzazioni internazionali sono considerati fattori che soddisfano al requisito di oggettività in base a cui gli Stati erogatori devono individuare le esigenze di sviluppo, stando all'interpretazione dell'Organo d'appello nel caso *CE-Preferenza tariffarie*. Il requisito della ratifica delle convenzioni, insieme all'istituzionalizzazione dei rapporti tra le istituzioni dell'Unione europea e gli organi internazionali che vigilano sull'osservanza delle convenzioni stesse previsto nel nuovo sistema SPG dell'Unione, risponderebbe alla necessità di individuare le esigenze più ampiamente riconosciute, e contrasterebbe con la frammentazione dell'approccio internazionale alla promozione

A proposito dell'obiettivo del regime speciale di incentivazione, come s'è visto, l'Unione europea intende finalizzare la concessione di preferenze ulteriori al perseguimento dello "sviluppo sostenibile" inteso in modo integrale, tale da includervi principalmente i diritti umani, la tutela ambientale, il buon governo. È evidente che l'Unione europea fornisce un'interpretazione molto ampia della nozione di sviluppo sottesa alle "esigenze" menzionate dalla clausola di abilitazione. Ciò, anche se l'Organo d'appello dell'OMC, nell'interpretare i requisiti posti dalla decisione del 1979 nel caso *CE-Preferenze tariffarie*, ponga l'accento sulla qualificazione in senso economico delle "esigenze di sviluppo, finanziarie e commerciali" cui le preferenze devono rispondere.

Peraltro, questa impostazione non ha sollevato obiezioni principali in dottrina. Dal punto di vista sostanziale, alcuni autori sottolineano come al termine "esigenze di sviluppo" ai sensi della clausola di abilitazione possa essere attribuito un significato anche non economico, se interpretato nel contesto giuridico rilevante⁷⁸, non solo contemporaneo ma anche successivo, della decisione del 1979, proprio in direzione della nozione di "sviluppo sostenibile" evocata nel Preambolo dell'Accordo istitutivo dell'OMC e quale elaborata nei pertinenti strumenti internazionali⁷⁹. Dall'altro lato, è stato osservato come in assenza di una definizione di "sviluppo" fornita dall'Organo d'appello nel caso *CE-Preferenze tariffarie*, rimanga nella facoltà dei Paesi industrializzati determinare "quali siano effettivamente le necessità di sviluppo, commerciali e finanziarie dei Paesi arretrati". Da tale margine di apprezzamento risulta inoltre che il Paese erogatore non sia obbligato, scegliendo di attuare un SPG, ad affrontare tutte le possibili esigenze di sviluppo bensì possa selezionare alcune tra le esigenze esistenti dei PVS, purché ciò avvenga in modo trasparente e sulla base di criteri oggettivi⁸⁰.

dei diritti (umani): J. HARRISON, *op. cit.*, 1678-1681. Invece, altri commentatori rinvencono proprio nel lungo elenco delle convenzioni un fattore che porta a restringere arbitrariamente il numero dei possibili beneficiari: il regime speciale risulta aperto solo a quei PVS in cui vi siano contemporaneamente tutte le esigenze di sviluppo illustrate nelle ventisette convenzioni (L. BARTELS, *The WTO Enabling Clause and Positive Conditionality in the European Community's GSP Programm*, cit., p. 878) e che allo stesso tempo siano già in grado di portare a termine i processi di ratifica (tale obiezione però sembra non tener conto dell'effetto incentivante ricercato dalla condizionalità positiva).

⁷⁸ Art. 31 (3) (c) della Convenzione di Vienna sul diritto dei trattati.

⁷⁹ Com'è noto, il concetto di sviluppo sostenibile si è progressivamente affermato proprio nelle dichiarazioni e negli strumenti internazionali richiamati nel considerando 7 del regolamento (CE) n. 732/2008, cit.

⁸⁰ F. MARTINES, *op. cit.*, pp. 312-313. Tale selezione tra le esigenze cui venire incontro con le preferenze tariffarie non sarebbe stata accettabile nella soluzione adottata dal Panel, il quale sostiene che "there is no reasonable basis to distinguish between different types of development needs, whether they are caused by drug production and trafficking, or by poverty, natural disasters, political turmoil, poor education, the spread of epidemics, the magnitude of the population, or by other problems. There could be no reasonable explanation why certain causes of the problem of development should be addressed through GSP and why other causes of the same development problem should not be so addressed" (OMC, Rapporto del Panel, cit., par. 614).

Pertanto, ai sensi della clausola di abilitazione e delle altre pertinenti regole dell'OMC, se è legittimo interpretare in modo ampio il concetto di sviluppo sulla base dei principi di interpretazione dei trattati e scegliere le esigenze di sviluppo cui rispondere tramite preferenze ulteriori, allora l'aver selezionato determinate convenzioni è giustificato nella misura in cui ciò sia funzionale all'obiettivo perseguito dal regime speciale di incentivazione. Sulla base di queste considerazioni, si potrebbe avanzare l'ipotesi che il parametro di legittimità sostanziale del regime speciale di incentivazione dell'Unione europea sia dato dalla circostanza per cui le convenzioni prescelte coprono in modo pertinente i diritti che definiscono e specificano i principi dello sviluppo sostenibile inteso in modo "integrale"⁸¹.

4.3. La "risposta positiva, efficace" per il commercio dei Paesi beneficiari

Nei termini del regolamento SPG, le preferenze concesse nell'ambito del regime speciale di incentivazione sono giustificate in quanto volte a "promuovere la crescita economica in modo da offrire una risposta concreta alle esigenze di sviluppo sostenibile".

Proprio nei confronti del requisito di effettività delle preferenze tariffarie, le obiezioni sollevate in dottrina sulla conformità del nuovo regime speciale di incentivazione con la clausola di abilitazione trovano maggior riscontro e fondatezza nella situazione reale dei PVS beneficiari⁸². Da un lato, l'efficacia delle preferenze generalizzate è messa in dubbio, di fronte ai dati sull'andamento dei flussi commerciali tra Paesi erogatori e beneficiari, e tenuto conto della progressiva erosione del margine del vantaggio preferenziale a causa dell'abbassamento del livello dei dazi NPF negoziato nella sede multilaterale. Inoltre, l'ambito di applicazione dei regimi preferenziali non è esteso a interi gruppi di prodotti di interesse per i PVS, o questi sono comunque oggetto di misure di difesa commerciale da parte degli stessi Paesi erogatori⁸³.

Tuttavia alcuni autori, facendo leva su precedenti pronunce dell'Organo d'appello dell'OMC, evidenziano come il requisito della "risposta positiva" delle preferenze debba essere inteso solo nel senso della prova di una connessione

⁸¹ Se si valutasse invece la conformità delle condizioni sostanziali poste dal regime speciale in termini non di coerenza e pertinenza, ma di completezza ed esaustività, occorrerebbe che nell'elenco siano indicate tutte le convenzioni che contribuiscono sostanzialmente alla nozione "integrale" di sviluppo sostenibile.

⁸² Sui risultati commerciali ed economici del SPG, si rimanda a L. MAGI, *op. cit.*; G. GROSSMAN, A. SYKES, *op. cit.*, p. 271 ss. Più concretamente, con specifico riguardo ai "trade needs", l'aumento dell'efficacia del regime speciale è senz'altro ottenuto da parte dell'Unione europea con la concessione di preferenze significativamente più vantaggiose rispetto al regime generale, e con un'attività di informazione e formazione degli operatori professionali (spedizionieri) e economici (importatori) in merito alle opportunità offerte dal regime speciale.

⁸³ Sul punto, v. tra altri M. J. TREBILCOCK, R. HOWSE, *op. cit.*, p. 281 ss.

razionale tra la misura adottata e l'effetto che produce, così da escludere la prova empirica dell'efficacia del regime speciale⁸⁴.

5. La condizionalità nella revoca delle preferenze

Il regolamento SPG adottato nell'ambito del nuovo schema decennale prevede che "i regimi preferenziali" (ergo, quello generale, il regime speciale di incentivazione e il regime per i PMA) possano essere temporaneamente revocati, nei confronti di tutti o di alcuni prodotti originari dei Paesi beneficiari, anche in considerazione di motivi non economici: specificamente, per "violazione grave e sistematica di principi contenuti nelle convenzioni di cui all'Allegato III, Parte A, sulla base delle conclusioni dei competenti organi di controllo"⁸⁵. Come si nota, la studiata formulazione di questa clausola riconosce una semplice facoltà, insita nei caratteri di volontarietà e unilateralità dello strumento SPG⁸⁶, dell'Unione di revocare il trattamento preferenziale.

La dottrina ha discusso la possibilità di sanzionare "legittimamente", alla luce del diritto OMC, comportamenti contrari al rispetto dei diritti umani tramite la sospensione delle preferenze generalizzate, nell'ampio ed articolato dibattito sul ruolo dei *non-trade values* nel sistema OMC. In via di principio, le misure di revoca delle preferenze tariffarie non presenterebbero profili di incompatibilità con la disciplina OMC, in virtù del carattere facoltativo e non obbligatorio della concessione del trattamento daziario preferenziale⁸⁷. Tuttavia, è stato autorevolmente

⁸⁴ Ivi, p. 480.

⁸⁵ Regolamento (CE) n. 732/2008, cit., art. 15, par. 1, lett. a).

⁸⁶ Nei regolamenti precedenti al regolamento (CE) n. 3281/94, cit., non era inserita una clausola di sospensione temporanea o revoca delle preferenze, al di là dei meccanismi di graduazione e salvaguardia. Tuttavia, all'Unione europea era chiara la propria facoltà di revocare il trattamento preferenziale, come risulta da un considerando di un risalente regolamento SPG: "il carattere temporaneo e non vincolante del sistema consente una revoca successiva, totale o parziale". Dallo stesso testo, non risulta invece che l'esercizio della facoltà di revoca fosse concepita anche a fronte di violazioni dei diritti umani. Regolamento (CEE) n. 3322/1980 del Consiglio, del 16 dicembre 1980, relativo alla fissazione di uno schema pluriennale di preferenze tariffarie generalizzate e alla sua applicazione, per il 1981, a taluni prodotti industriali originari di paesi in via di sviluppo, in GU L 354 del 29 dicembre 1980.

⁸⁷ Si tratta peraltro di un caso isolato nel sistema dell'OMC, che invece non consente esplicitamente la violazione da parte di un Membro degli obblighi derivanti dagli accordi OMC quale reazione a violazioni dei diritti umani commesse da un altro Membro, al di là delle eccezioni relative alla vita umana e al lavoro delle prigioni previste all'art. XX GATT. Oltre ai rilievi sinteticamente richiamati *supra* nota 38, sulla questione se un Membro possa ricorrere alle regole degli accordi OMC per tutelare i diritti umani, si notino le seguenti argomentazioni elaborate dalla dottrina. In particolare, un Membro potrebbe adottare una misura commerciale a tutela dei diritti umani in contrasto con gli obblighi dell'OMC se tale misura mirasse a tutelare norme internazionali generali inderogabili (art. 53 della Convenzione di Vienna del 1969); oppure, se fosse giustificabile ai sensi delle eccezioni generali previste dagli accordi (nell'ambito del GATT, gli articoli XX e XXI), tra-

affermato che “una eventuale revoca non possa risultare da un atto totalmente arbitrario, in quanto un tale atto pregiudicherebbe il legittimo affidamento riposto nelle concessioni dai Paesi beneficiari violando il principio della buona fede”⁸⁸.

Meno fitta, invece, si presenta finora la riflessione sul fatto che i requisiti di conformità posti dall’Organo d’appello per la concessione di preferenze differenziate valgano anche nell’ipotesi della sospensione temporanea o della revoca. Alcuni autori sostengono indirettamente che il test debba trovare applicazione, laddove si interroga se il requisito di non discriminazione sia rispettato da una normativa nazionale che preveda le medesime condizioni di revoca per tutti i PVS beneficiari⁸⁹. Dall’altra parte, il requisito della “risposta positiva” alle esigenze di sviluppo conferirebbe grande rilevanza ai tipi di motivazioni addotte per procedere alla revoca: quelle legate alla violazione dei diritti umani fondamentali sarebbero più facilmente difendibili in sede contenziosa nell’OMC rispetto a considerazioni sull’accesso al mercato del Paese erogatore, ad esempio in materia di violazione dei diritti di proprietà intellettuale⁹⁰. In attesa che tali questioni vengano eventualmente sottoposte alle istanze giudicanti dell’OMC, è comunque possibile trarre spunti di analisi dalla normativa in vigore e dalla prassi recente dell’UE.

Per quanto concerne il regolamento (CE) n. 732/2008 in esame, si evidenziano tre aspetti: la disciplina della revoca testé richiamata si applica negli stessi termini sia ai PVS beneficiari del regime generale sia ai destinatari del regime speciale di incentivazione; la revoca è prevista a fronte della violazione delle sole convenzioni elencate nell’Allegato III, Parte A, cioè quelle sui diritti umani e sui *core labour standards*; la sospensione delle preferenze è prevista solamente a fronte di “violazioni gravi e sistematiche” dei “principi” – non dei singoli diritti – contenuti nelle convenzioni interessate. Per molti di essi, si tratta di principi di natura consuetudinaria⁹¹, o addirittura di norme generali inderogabili ed oggetto

mite una loro interpretazione estensiva. Per una discussione delle tesi, minoritarie, che trovano il fondamento di tali misure in altre disposizioni del GATT, v. F. LENZERINI, *op. cit.*

⁸⁸ P. PICONE, A. LIGUSTRO, *op. cit.*, p. 458. Questa asserzione è supportata dal riconoscimento, menzionato *supra* in nota 41, di uno status speciale alla clausola di abilitazione da parte dell’Organo d’appello nella controversia *CE-Preferenze generalizzate*.

⁸⁹ J. M. TREBILCOCK, R. HOWSE, *op. cit.*, p.480.

⁹⁰ *Ibidem*.

⁹¹ Sul valore giuridico dei principi legati ai diritti umani, v. B. CONFORTI, *op. cit.*, p. 187 per l’individuazione di obblighi inderogabili, e p. 41 in merito alla tesi, sostenuta dall’Autore, della considerazione dei principi che mirano a salvaguardare la dignità umana come principi generali di diritto riconosciuti dalle nazioni civili, intesa come una categoria sui generis di norme consuetudinarie. Sul valore giuridico dei *core labour standards*, in particolare sul loro carattere di “core principles of the international human rights regime” e sull’acquisizione da parte loro dello status di “human rights” v. rispettivamente S. CLEVELAND, *op. cit.*, p. 208 e J. VANDENBERGHE, *On Carrots and Sticks: The Social Dimension of EU Trade Policy*, in *European Foreign Affairs Review*, 2008, p. 565. Sullo status giuridico dei valori ambientali nel diritto internazionale, esclusi dal meccanismo di condizionalità negativa in parola del SPG dell’Unione, v. F. MUNARI, *Tutela internazionale dell’ambiente*, in S. M. CARBONE, R. LUZZATTO, A. SANTA MARIA, *op. cit.*, p. 445 ss.

di obblighi *erga omnes* (come il divieto di genocidio, di apartheid e di tortura)⁹². Da tale rilievo sembra potersi intendere che l'Unione europea abbia scelto di confinare l'azione di carattere "sanzionatorio" principalmente ai casi in cui il diritto internazionale ammette la reazione della Comunità internazionale nei confronti di uno Stato resosi responsabile della violazione di obblighi *erga omnes*.

La prassi dell'Unione europea in materia sembra confermare questa impostazione. La prassi ha anche dimostrato che la decisione di revocare le preferenze tariffarie tiene conto dell'adeguatezza dello strumento commerciale ad affrontare la violazione dei principi sui diritti umani di cui si sia reso responsabile il PVS. Ciò suggerisce che il rispetto del requisito della "risposta positiva" alle esigenze di sviluppo tramite lo strumento delle preferenze generalizzate, sempre che si applichi anche nell'ipotesi della revoca, debba essere valutato in riferimento alla situazione specifica del caso concreto⁹³. Sino all'inizio del periodo 2009-2011, l'Unione europea esercitò tale facoltà unicamente in due occasioni: nel 1997 nei confronti del Myanmar a motivo della pratica del lavoro in condizioni di schiavitù⁹⁴ e nel 2006 verso la Bielorussia a fronte di violazioni gravi e sistematiche della libertà di associazione e del diritto di contrattazione collettiva previsti dalle convenzioni nn. 87 e 98 dell'OIL⁹⁵. In entrambe le occasioni, i Paesi beneficiari partecipavano del regime generale. Interessante si prospetta il caso dello Sri Lanka, nei cui confronti la Commissione ha recentemente concluso un'inchiesta sulla mancata attuazione della legislazione nazionale che applica le convenzioni internazionali sui diritti civili e politici, sulla tortura e sui diritti dei bambini⁹⁶.

⁹² Cfr. la nota sentenza della Corte internazionale di giustizia, *Barcelona Traction, Light and Power Co., Ltd.*, sentenza del 5 febbraio 1970, *I.C.J. Reports* 1970, p. 32.

⁹³ Nel 1997 la Commissione non diede seguito ad un'inchiesta sul lavoro forzato minorile in Pakistan, ma scelse di contribuire ai progetti dell'OIL in quel Paese per combattere tale pratica. Sul punto, B. BRANDTNER, A. ROSAS, *Trade Preferences and Human Rights*, in P. ALSTON, *The EU and Human Rights*, cit., pp. 716-718; gli Autori non ritengono invece che abbia avuto un ruolo decisivo il fatto che la clausola di revoca in vigore all'epoca dei fatti si limitasse a prevedere, quale motivo di sospensione, la "pratica di qualsiasi forma di schiavitù, quale definita dalle Convenzioni di Ginevra del 25 settembre 1926 e del 7 settembre 1956 e dalle Convenzioni dell'OIL n. 29 e n. 105" (art.9 del regolamento (CEE) n.1256/96 del Consiglio del 20 giugno 1996 relativo all'applicazione di uno schema pluriennale di preferenze tariffarie generalizzate per il periodo 1 luglio 1996-30 giugno 1999 a taluni prodotti agricoli originari di paesi in via di sviluppo, in GU L 160 del 29 giugno 1996).

⁹⁴ Regolamento (CE) n. 552/97 del Consiglio del 24 marzo 1997 che revoca temporaneamente i benefici derivanti dalle preferenze tariffarie generalizzate all'Unione di Myanmar, in GU L 85 del 27 marzo 1997. Per maggiori dettagli sul caso, v. B. BRANDTNER, A. ROSAS, *ult. cit.*, e S. CLEVELAND, *op. cit.*, in cui vengono illustrate le reazioni simili adottate dagli Stati Uniti e dal Canada.

⁹⁵ Regolamento (CE) n. 1933/2006 del Consiglio, del 21 dicembre 2006, che revoca temporaneamente l'accesso della Repubblica di Bielorussia alle preferenze tariffarie generalizzate, in GU L 405 del 30 dicembre 2006. Entrambe le revoche nei confronti di Myanmar e Bielorussia furono adottate sulla base del paragrafo relativo a violazioni gravi dei diritti umani della clausola di sospensione del regolamento SPG applicabile; esse sono rimaste in vigore e prolungate per il periodo 2009-2011 in virtù, rispettivamente, dell'art.28 e dell'art.29 del citato regolamento (CE) n. 732/2008.

⁹⁶ Commissione europea, *Report on the findings of the investigation with respect to the effective implementation of certain human rights conventions in Sri Lanka*, C (2009) 7999, del 19 ottobre 2009.

Altro è il caso, invece, di un secondo regime di revoca temporanea delle preferenze, specificamente previsto nei confronti delle preferenze ulteriori di incentivazione a fronte della cessata applicazione di una o più delle convenzioni sui diritti umani, la tutela ambientale e il buon governo elencate sia nella Parte A sia nella Parte B dell'Allegato III del regolamento SPG⁹⁷. Questa ipotesi di revoca, insieme alla disposizione secondo cui la Commissione verifica lo stato di applicazione delle convenzioni da parte dei Paesi beneficiari del regime speciale di incentivazione⁹⁸, sembra configurarsi propriamente quale applicazione del meccanismo di condizionalità positiva, tramite l'accertamento della validità dell'inclusione del Paese dal novero dei beneficiari di preferenze ulteriori in ottemperanza ai criteri formali definiti per la loro concessione (v. *supra*, par. 4). L'esclusione temporanea che ne deriva si differenzia dal primo regime di revoca poiché si attua anche solo per la mancata ratifica di una convenzione (tra tutte quelle elencate, anche nella Parte B dell'Allegato III), mentre non ne è richiesta la violazione di principi. Come risulta dalla recente prassi nei confronti del Venezuela, in questo caso il nuovo regime applicabile è comunque preferenziale, cioè il regime generale del regolamento SPG⁹⁹.

6. Garanzie procedurali e giurisdizionali relative alla concessione ed alla revoca delle preferenze tariffarie

Le procedure previste dal regolamento SPG attualmente applicabile si caratterizzano almeno sotto tre profili rilevanti. Innanzitutto, nelle fasi di accertamento relative sia all'accesso al regime speciale sia alla sospensione dallo stesso, sono conferite significative competenze di esecuzione alla Commissione europea, co-

Questo sarebbe il primo caso di revoca delle preferenze ad un Paese beneficiario del regime speciale di incentivazione: in proposito, se il Consiglio seguirà le conclusioni della Commissione, la prassi potrà accertare che il trattamento tariffario applicato in seguito alla revoca corrisponde non al regime generale SPG, meno favorevole del regime speciale, ma alla tariffa NPF, come si ritiene più corretto considerando che il par. 1 dell'art. 15 del regolamento SPG, alla base dell'iniziativa della Commissione, si applica indistintamente a tutti i beneficiari dello schema di preferenze generalizzate.

⁹⁷ Ai sensi dell'art. 15, par.2, senza pregiudizio del par. 1, del regolamento (CE) n.732/2008, cit.

⁹⁸ Ivi, art. 8, par. 3.

⁹⁹ Decisione 2009/454 della Commissione, dell' 11 giugno 2009, che modifica la decisione 2008/938/CE della Commissione sull'elenco dei paesi beneficiari del regime speciale di incentivazione per lo sviluppo sostenibile e il buon governo previsto dal regolamento (CE) n. 732/2008 (in GU L 149 del 12 giugno 2009), nei confronti del Venezuela, perché “[r]isulta ora che il Venezuela non ha ratificato la convenzione delle Nazioni Unite contro la corruzione, che figura al punto 27 dell'elenco dell'Allegato III, parte B, del regolamento (CE) n. 732/2008” (considerando n. 4). Invece, l'inchiesta aperta nei confronti de El Salvador sull'applicazione della Convenzione 87 ILO sulla libertà di associazione e il diritto sindacale è stata chiusa senza che la Commissione proponesse la sospensione delle preferenze, poiché questo Paese ha dimostrato di modificare la propria Costituzione in senso conforme alla convenzione. V. l'Avviso in GU C 255 del 24 ottobre 2009.

sicché questa istituzione si pone come perno del meccanismo operativo della condizionalità per l'erogazione delle preferenze tariffarie¹⁰⁰. Il regolamento in esame specifica inoltre modalità e parametri con cui la Commissione deve condurre le verifiche necessarie alla concessione o alla revoca delle preferenze, definendo così riferimenti specifici per l'accertamento dell'attività di questa istituzione. In proposito, la valenza della clausola di revoca temporanea delle preferenze tariffarie è anche quella di dettare una disciplina specifica in merito alle motivazioni possibili ed alle procedure rispetto al regime ordinario dell'adozione di una misura commerciale autonoma¹⁰¹. In terzo luogo, il regolamento SPG conferisce alcuni diritti alle "parti interessate", che consistono nella presentazione di note nel corso della procedura di inchiesta¹⁰². Anche se non sono altrimenti indicate né ulteriormente specificate, sembra comunque lecito ritenere che tali parti siano terze rispetto alle istituzioni dell'Unione coinvolte nella procedura e al PVS in causa, e si possano individuare in "qualsiasi persona fisica o giuridica [e in] qualsiasi associazione priva di personalità giuridica che possano dimostrare un interesse alla misura di revoca temporanea" (art. 23 del regolamento (CE) n. 2820/98)¹⁰³.

¹⁰⁰ Il regolamento SPG rinvia alle diverse procedure contemplate dalla decisione 1999/468/CE del Consiglio del 28 giugno 1999 recante modalità per l'esercizio delle competenze di esecuzione conferite alla Commissione, in GU L 184 del 17 luglio 1999. Da un lato, si noti che la procedura prevista per l'individuazione dei PVS beneficiari del regime speciale consente alla Commissione, in assenza di una pronuncia del Consiglio entro determinate scadenze, di procedere ugualmente all'adozione della decisione proposta: è quanto è accaduto per l'adozione della decisione 2009/454, cit., con cui la Commissione esclude il Venezuela dal novero dei beneficiari del regime speciale di incentivazione, poiché in Consiglio non si è formata una maggioranza qualificata favorevole o contraria alla proposta entro il termine previsto. Dall'altro lato, la sospensione delle preferenze tariffarie per violazione dei principi delle convenzioni di cui all'Allegato III, Parte A del regolamento SPG è però adottata dal Consiglio, su proposta della Commissione, a maggioranza qualificata. Si noti il parziale parallelismo tra questa procedura e le disposizioni in materia di sospensione degli accordi conclusi dalla Comunità, ai sensi dell'art. 218, par. 9, TFUE (ex art. 300, par. 2, comma 2 e 3, CE). La differenza riguarda invece il ruolo del Parlamento europeo, che solo nel caso della sospensione di un accordo è coinvolto tramite un obbligo di immediata e piena informazione.

¹⁰¹ V. Regolamento (CE) n. 732/2008, cit., artt. 17-19. Inoltre, l'art. 8, par. 3 del regolamento (CE) n. 732/2008, cit., prevede che la Commissione verifichi lo stato di ratifica e l'applicazione effettiva delle convenzioni di cui all'Allegato III, "esaminando le informazioni messe a disposizione dagli organi di controllo competenti".

¹⁰² Regolamento (CE) n. 732/2008, cit., art. 19, paragrafi 2 e 3. Nei regolamenti adottati nel decennio 1996-2005 ciò era previsto anche in merito alla trasmissione di informazioni per l'avvio di un'inchiesta e alla richiesta di revoca.

¹⁰³ In GU L 357 del 30 dicembre 1998. Nella prassi, ad esempio, sono intervenuti sia importatori di prodotti colpiti da una revoca delle preferenze (Tribunale di primo grado delle Comunità europee, *DuPont Teijin Films Luxembourg SA, et al. c. Commissione*, causa T-113/00, sentenza del 12 settembre 2002) sia alcune confederazioni internazionali ed europee dei sindacati in riferimento alla Bielorussia (considerando 2 del regolamento (CE) n. 1933/2006, cit.). Si noti però che nel primo caso la revoca contestata si basava su una delle motivazioni a carattere economiche previste dal regolamento attuativo allora in vigore.

Con l'entrata in vigore del Trattato di Lisbona, sono ipotizzabili alcuni significativi cambiamenti sul piano procedurale nei confronti dei regimi SPG dell'Unione europea, in quanto inseriti nell'ambito della PCC. Infatti, il Trattato prevede la procedura legislativa ordinaria, in cui il Parlamento europeo decide congiuntamente al Consiglio, nella "definizione del quadro di attuazione della PCC"¹⁰⁴: se ricadrà in questa tipologia di norme, come sembra, tale sarà dunque la procedura con cui verrà adottato il prossimo regolamento SPG.

Le garanzie giurisdizionali offerte dall'ordinamento giuridico dell'Unione europea sono riconducibili alla verifica di legittimità del comportamento adottato dalle istituzioni competenti rispetto alle condizioni ed alle procedure appena delineate. Tuttavia, lo spettro dei possibili ricorrenti in annullamento del regolamento SPG o di un atto adottato in base ad esso comprende i ricorrenti privilegiati, cioè Stati membri e istituzioni, mentre tale garanzia non è nella disposizione degli individui: sulla base della giurisprudenza della Corte di Giustizia, e tenuto conto dei destinatari degli atti relativi al SPG dell'Unione, le "parti interessate" o qualsiasi soggetto persona fisica o giuridica non soddisfano ai criteri di ricorrente non privilegiato¹⁰⁵. Finora un interessante spiraglio in questa direzione è però stato aperto nella giurisprudenza della Corte di Giustizia nei confronti di "informativi" della Commissione ai sensi del summenzionato art. 23 del regolamento (CE) n. 2820/90, proprio in un caso di diniego della loro denuncia da parte della Commissione tramite lettera non motivata. Tale atto, secondo la Corte, "produce effetti giuridici idonei a influire sugli interessi del suo destinatario" e pertanto "può essere oggetto da parte [del denunciante] di un ricorso di annullamento"¹⁰⁶.

Quanto al PVS beneficiario in causa, com'è noto ad esso l'ordinamento giuridico dell'Unione europea non offre vie di ricorso di tipo giurisdizionale o di tipo amministrativo. Invero, nella procedura di ammissione al regime speciale, la Commissione è tenuta a notificare al Paese, che abbia presentato richiesta, la decisione in merito alla concessione del regime speciale¹⁰⁷, e in caso di esito negativo il Paese in questione "può chiedere e ottenere" una giustificazione¹⁰⁸. Inve-

¹⁰⁴ Art. 207, par. 2 TFUE.

¹⁰⁵ Senz'altro, il regolamento istitutivo del SPG, la decisione che contiene la lista dei PVS ammessi al regime speciale e l'atto di sospensione temporanea o revoca delle preferenze tariffarie non concernono "direttamente" e "individualmente" persone fisiche o giuridiche, neanche se queste fossero importatori dell'Unione europea di prodotti inclusi o esclusi dalle preferenze tariffarie. V. Corte di Giustizia delle Comunità europee, *Antillean Rice Mills NV c. Consiglio*, causa C-451/98, sentenza del 22 novembre 2001, punto 51. La futura prassi contenziosa potrà accertare che i vari tipi di atti relativi al SPG dell'Unione europea siano configurabili quali "atti regolamentari che riguardano [una persona] direttamente e che non comportano alcuna misura d'esecuzione", nei cui confronti il Trattato di Lisbona amplia la possibilità di ricorso di ricorrenti non privilegiati (art. 263 TFUE, par. 4, TFUE).

¹⁰⁶ Tribunale di primo grado delle Comunità europee, *DuPont Teijin Films Luxembourg SA e a. c. Commissione*, cit., par. 55.

¹⁰⁷ Regolamento (CE) n. 732/2008, cit., art. 10, par. 3.

¹⁰⁸ Ivi, art. 10, par. 4.

ce, nella procedura di revoca temporanea è solamente previsto che la Commissione informi il Paese interessato della sua decisione di avviare un'inchiesta¹⁰⁹, gli offra "ogni opportunità di collaborare"¹¹⁰ e possa all'occorrenza verificare con esso le informazioni ricevute: tale scambio avviene nel quadro di un dialogo politico e diplomatico.

Rivolgendo dunque l'analisi all'ambito dell'OMC vi sono, almeno in linea teorica, varie ipotesi in cui ai Membri, inclusi i Paesi che non possano rispondere ai requisiti di accesso al regime speciale oppure cui sia stata rifiutata o revocata la concessione di preferenze tariffarie, è attribuita legittimazione ad avviare un procedimento di risoluzione delle controversie nei confronti di un Membro che eroga le preferenze tariffarie¹¹¹. Peraltro, sembra possibile ipotizzare che i reclami per violazione dell'art. I GATT da parte di un Membro ("violations complaints"), come si è verificato nel caso dell'India contro l'Unione europea, possano riguardare le condizioni formali e sostanziali della sola concessione/esclusione delle preferenze, a meno che le limitazioni poste dalla clausola di abilitazione come interpretata dall'Organo d'appello valgano quali requisiti obbligatori anche per la loro revoca¹¹².

7. Osservazioni conclusive

Con il presente lavoro si è inteso verificare come e fino a che punto la disciplina internazionale del commercio tra Stati predisposta dall'OMC incida sulla facoltà dell'Unione europea di attuare una politica sui diritti umani nel mondo ricorrendo allo strumento commerciale delle preferenze tariffarie a favore dei PVS. Pur conservando il proprio carattere unilaterale, autonomo e volontario, il SPG dell'Unione europea trae il proprio inquadramento giuridico nel sistema

¹⁰⁹ Ivi, art. 19, par. 1.

¹¹⁰ Ivi, art. 19, par. 2.

¹¹¹ Tale possibilità peraltro non potrebbe basarsi sull'Intesa relativa alle deroghe agli obblighi previsti dal GATT 1994 (al termine dell'Uruguay Round), dal momento che, come s'è visto *supra*, i SPG degli Stati non necessitano di una deroga ai sensi dell'art. XXV GATT. Sul punto v. C. DORDI, *op. cit.*, p. 253 ss. Inoltre, la clausola di abilitazione non può essere oggetto di invocazione diretta ai sensi dell'art. 1 dell'Intesa sulla risoluzione delle controversie, ma può essere invocata solo in quanto giustificazione di una violazione dell'art. I GATT, com'è sostenuto dall'Organo d'appello nel caso *CE-Preferenze tariffarie*, su cui si rinvia *supra* nota 41. Nello stesso senso, ma per un motivo basato sulla lettera dell'Intesa, v. L. BARTELS, *The WTO Enabling Clause and Positive Conditionality in the European Community's GSP Program*, in *Journal of International Economic Law*, 2003, p. 516.

¹¹² Si noti però che la procedura di risoluzione delle controversie è azionabile anche a fronte di una misura lecita di un Membro ("non-violations complaints") o dell'esistenza di un'altra situazione ("situation complaints") che annulli o pregiudichi un vantaggio risultante dall'art. I GATT o ostacoli la realizzazione degli obiettivi da esso perseguiti; tuttavia, questi tipi di ricorsi tendono a non essere più esperiti, e sono oggetto di regole ad hoc assai onerose per i ricorrenti. OMC, Intesa sulla risoluzione delle controversie, art. 26.

dell'OMC, dovendo rispettare stringenti requisiti di non discriminazione, trasparenza, oggettività ed effettività. La questione dibattuta è se il rispetto di tali requisiti possa compromettere l'efficacia di questa misura relativamente all'attuazione di una politica dei diritti umani nel mondo.

Gli aspetti esaminati permettono di tracciare i seguenti contorni del contributo dell'Unione europea al rafforzamento del sistema di tutela dei diritti umani: all'interno dei vincoli derivanti dal sistema dell'OMC, il SPG in particolare consente all'Unione europea di selezionare le esigenze che intende affrontare valorizzando determinati principi o diritti (condizioni all'accesso a preferenze ulteriori), e di sostenerne il valore fondamentale (condizioni alla revoca). Proprio in riferimento alla revoca delle preferenze concesse tramite i regimi SPG la prassi dell'Unione europea può costituire un significativo contributo per affermare nella Comunità internazionale la natura fondamentale dei principi enunciati nelle "convenzioni sui diritti umani e sul diritto di lavoro"¹¹³. Infatti, ai sensi della clausola di revoca contenuta nel regolamento SPG, l'Unione europea può sospendere il trattamento preferenziale solo per "violazioni gravi e sistematiche" di principi fondamentali.

Inoltre, nella prospettiva del titolo in base a cui l'Unione europea persegue la tutela dei diritti umani nei Paesi terzi tramite misure di politica commerciale, le problematiche discusse sembrano superate, sul versante interno, alla luce delle innovazioni introdotte dal Trattato di Lisbona. Facendo leva sull'interpretazione secondo cui i diritti umani, "parte del diritto dell'Unione europea in quanto principi generali"¹¹⁴, ne determinano l'azione, ed alla luce dell'enunciazione degli obiettivi dell'azione esterna nel nuovo quadro unitario¹¹⁵, si può ritenere certamente che il rispetto dei diritti umani non solo sia un obiettivo lecito della conduzione della PCC, in particolare nel SPG, ma anzi ne ponga un requisito di legittimità. In tal modo, cioè, la promozione dei diritti umani assumerebbe rilievo prioritario rispetto agli obiettivi specifici della politica commerciale. Questo giustificerebbe, ad esempio, che una riduzione più vantaggiosa delle barriere commerciali a favore di certi PVS tramite il SPG venga subordinata all'attuazione dei diritti umani nel Paese beneficiario.

Nel corso del presente lavoro è anche emersa in più punti la rilevanza degli aspetti formali e procedurali ai fini della legittimità dello strumento delle preferenze tariffarie che preveda meccanismi volti a sostenere il rispetto dei diritti umani nei PVS beneficiari. Sul piano procedurale, la caratteristica più saliente introdotta dal Trattato di Lisbona è rappresentata dal rafforzamento del ruolo del Parlamento europeo nell'ambito della PCC. È prevedibile che pure tale rafforzata legittimità democratica abbia riflessi sulla definizione di ambiziosi obiettivi

¹¹³ Regolamento (CE) n. 732/2008, cit., Allegato III, Parte A.

¹¹⁴ Art. 6, par.3 TUE.

¹¹⁵ Art. 21 TUE e art. 205 TFUE.

politici di promozione dei diritti dell'uomo nel mondo, relativamente al SPG dell'Unione europea.

Le evoluzioni verificatesi nel diritto primario dell'Unione europea non sembrano peraltro trovare corrispondenza sul piano multilaterale, in cui il lungo stallo dei negoziati commerciali del ciclo dedicato proprio allo sviluppo¹¹⁶ non ha permesso finora di superare per via normativa i caratteri di inadeguatezza, riscontrati da ampia dottrina, in tema di apertura del sistema dell'OMC a valori "esterni". Certamente è auspicabile che l'Unione europea, allorché sia dotata di rinnovati e rafforzati obiettivi e mezzi nell'azione esterna, oltre a rispettare i vincoli alla loro attuazione derivanti dalle regole commerciali multilaterali, li dispieghi anche negli sforzi negoziali.

¹¹⁶ OMC, Dichiarazione ministeriale, Doc. WT/MIN(01)/DEC/1 del 20 novembre 2001.

L'azione esterna dell'Unione europea per la promozione dello Stato di diritto nel settore della giustizia penale: la missione EULEX in Kosovo

Gianluca Serra

SOMMARIO: 1. Premessa. – 2. La nozione teorico-formale di Stato di diritto accolta nei trattati “costituzionali” europei. – 3. La nozione accolta dalla giurisprudenza delle corti sovranazionali europee. – 4. La nozione di Stato di diritto nella ricostruzione dottrinale. – 5. La nozione operativa di Stato di diritto elaborata nell’ambito della missione EULEX. – 6. Sul rapporto tra Stato di diritto e giustizia penale nell’ambito di EULEX. – 6.1. Il modello delle corti “ibride” istituite in ambito UNMIK. – 6.2. Le nuove corti “ibride” in ambito EULEX.

1. Premessa

Il caso del Kosovo è esemplificativo della straordinaria evoluzione registratasi in tema di azione esterna dell’Unione europea. All’indomani della crisi kosovara, difettando della necessaria capacità di assumere responsabilità di rilievo politico e militare, l’UE si era ritagliata un ruolo consono alla sua consolidata identità di “unione mercantile”, vale a dire la ricostruzione economica della regione nell’ambito della Missione di Amministrazione Interinale delle Nazioni Unite in Kosovo (UNMIK)¹. Delle funzioni più propriamente *politiche* della missione – da una parte, funzionamento dei settori della giustizia e della polizia, ed amministrazione civile della provincia serba, e, dall’altra, costruzione di istituzioni democratiche – si erano, invece, fatte carico, rispettivamente, l’ONU e l’OSCE.

Quasi nove anni più tardi, l’UE, ancorché divisa sulla questione del riconoscimento del Kosovo², auto-proclamatosi indipendente il 17 febbraio 2008, ha

¹ Il dispiegamento di UNMIK fu disposto dal Consiglio di sicurezza dell’ONU con risoluzione n. 1244 (1999) adottata ai sensi del Capitolo VII della Carta (UN Doc. S/RES/1244 del 10 giugno 1999).

² I 27 Stati membri dell’UE sono divisi sulla questione del riconoscimento del Kosovo: alla data del 6 dicembre 2009, 22 di essi hanno riconosciuto la nuova entità politica, mentre 5 si sono rifiutati (Cipro, Grecia, Romania, Slovacchia e Spagna). Sugli effetti giuridici del riconoscimento, v. A. GIOIA, *Kosovo’s Statehood and the Role of Recognition*, in *Italian Yearbook of International Law*, pp. 3-36. In ambito UE (v. in particolare il sito della Commissione europea, ec.europa.eu/enlargement/potential-candidates/kosovo/index_en.htm), al Kosovo si fa riferimento come “*Kosovo under UN Security Council Resolution 1244*”, eppure, non senza ambiguità, lo si include nella lista dei “*potential candidates*”. L’ambiguità risiede nel fatto che la risoluzione 1244 – ancora in vigore – nulla dispone circa lo status finale del Kosovo; anzi, in più di un passaggio, ribadisce l’intangibilità dei confini serbi (v. preambolo, decimo considerando; Annesso 1, sesto alinea; Annesso 2, par. 8). Sull’atteggiamento dell’UE rispetto alla questione dello *status* finale del

finalmente optato per l'assunzione di più incisive responsabilità nell'ambito dell'amministrazione civile internazionale, decidendo il dispiegamento della Missione dell'Unione europea per lo Stato di diritto in Kosovo (EULEX)³.

La missione si prefigge di rilevare alcune delle più significative funzioni finora svolte dall'UNMIK⁴ e copre, pertanto, tre settori attraverso altrettante "componenti": giustizia, polizia e dogane.

Il presente studio verterà sulla promozione dello Stato di diritto quale dichiarato fine ultimo di EULEX. L'analisi partirà da un esame dalla definizione teorico-formale di Stato di diritto, ricostruita attraverso l'intersezione del dato giuridico – la lettera dei rilevanti strumenti convenzionali europei (par. 2) e la giurisprudenza delle due corti sovranazionali europee (par. 3) – con l'elaborazione dottrinale (par. 4); in seguito, si analizzerà la nozione operativa fatta propria da EULEX (par. 5). Si scenderà, poi, ad un livello di maggiore dettaglio, focalizzando l'attenzione sulla nozione in ambito giudiziario (par. 6). Si descriveranno, infatti, taluni profili dell'esperienza UNMIK – le corti penali c.d. "ibride" (par. 6.1.) – rispetto ai quali si cercherà, infine, di far emergere, per contrasto, e sempre con specifico riferimento al principio dello Stato di diritto, le peculiarità della missione EULEX (par. 6.2.).

2. La nozione teorico-formale di Stato di diritto accolta nei trattati "costituzionali" europei

Il richiamo allo Stato di diritto è presente nei principali trattati che esprimono e ad un tempo fondano l'"ordine pubblico *comunitario*"⁵, con quest'ultimo

Kosovo, v. G. SERRA, *The International Civil Administration in Kosovo: a Commentary on Some Major Legal Issues*, in *Italian Yearbook of International Law*, vol. XVIII, 2008, pp. 72-76, 79-80.

³ Azione comune 2008/124/PESC del Consiglio, del 4 febbraio 2008, in GU L 42 del 16 febbraio 2008, come modificata dall'azione comune 2009/445/PESC, del 9 giugno 2009, in GU L 148/33 dell'11 giugno 2009. La missione ha ufficialmente iniziato ad operare solo il 15 giugno 2008, frenata fino ad allora dall'imbarazzante mancanza di una base giuridica *internazionale* certa. In assenza di una nuova risoluzione ex Capitolo VII del Consiglio di sicurezza (bloccato dalla Russia), soltanto il consenso del formale sovrano (cioè la Serbia) ha consentito di superare l'impasse. Detto consenso è stato reso politicamente possibile dall'azione diplomatica del Segretario generale ONU, il quale, con l'acquiescenza del Consiglio di sicurezza, ha posto EULEX sotto l'ombrello della vecchia risoluzione n. 1244 (1999) specificando l'obbligo per la stessa di restare strettamente neutrale rispetto alla questione dello *status* finale del Kosovo (v. UN Doc. S/2008/354 del 12 giugno 2008, par. 12). Sul punto v. G. SERRA, cit. in nota precedente, p. 80. Sulla questione della legalità internazionale di EULEX, v. anche E. DE WET, *The Governance of Kosovo: Security Council Resolution 1244 and the Establishment and Functioning of EULEX*, in *American Journal of International Law*, 2009, p. 83 ss., spec. pp. 86-89.

⁴ Sul punto, v., in particolare, E. MILANO, *Il trasferimento di funzioni da UNMIK a EULEX in Kosovo*, in *Rivista di diritto internazionale*, 2008, p. 967 ss.

⁵ La locuzione in virgolettato è tratta dalla decisione della Commissione europea dei diritti umani dell'11 gennaio 1961 sul caso *Austria c. Italia* (c.d. "*caso Pfunders*"), ricorso n. 788/60, in *Yearbo-*

aggettivo intendendosi non solo lo spazio giuridico-politico della Comunità-Unione ma anche quello geograficamente più esteso del Consiglio d'Europa.

Lo Statuto istitutivo del Consiglio d'Europa (1949) considera lo Stato di diritto⁶, unitamente alle libertà individuali e politiche, come la base di una vera democrazia (preambolo, terzo considerando), e ne pone il rispetto come condizione che gli Stati devono soddisfare ai fini dell'appartenenza all'organizzazione (art. 3). La Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti umani e delle libertà fondamentali del 1950, adottata nell'ambito del Consiglio d'Europa, si richiama allo Stato di diritto e alla libertà in quanto comuni eredità dei Governi europei (preambolo, ultimo considerando).

Più numerosi e specifici sono i riferimenti allo Stato di diritto nella versione consolidata del Trattato UE, ove il principio in esame è quasi sempre associato agli altri valori *costituzionali* di libertà, democrazia e rispetto dei diritti umani. La solenne enunciazione dell'attaccamento allo Stato di diritto, contenuta nel preambolo del TUE (secondo e quarto considerando, che corrispondono, nella sostanza, al terzo considerando UE), si trasforma, nel successivo articolato, in precisi obblighi giuridici: l'Unione è fondata su tale principio (art. 2 TUE che sostituisce, nella sostanza, l'art. 6, par. 1, UE) ed al suo rispetto condiziona l'adesione di nuovi Stati membri (art. 49 TUE che sostituisce l'art. 49 UE) e la piena conservazione dei diritti derivanti per ciascuno Stato membro dal vincolo associativo (art. 7 TUE che sostituisce l'art. 7 UE). Il TUE non si limita a considerare lo Stato di diritto come un valore comune a tutti i suoi Stati membri ma ne fa una finalità *costituzionale* di tutte le politiche comuni attraverso cui l'Unione esplica la sua azione sulla scena internazionale (art. 21 TUE). Vale puntualizzare che il riferimento alla promozione dello Stato di diritto come obiettivo "trasversale" di *tutta* l'azione esterna (titolo V TUE) è una novità introdotta dal trattato di Lisbona. Nel previgente assetto convenzionale – che prevedeva, come è noto, la ripartizione dell'Unione nei c.d. "pilastri" – la promozione dello Stato di diritto era, infatti, espressamente annoverata *solo* fra le finalità della PESC (art. 11 UE, divenuto, in seguito a modifica, art. 24 TUE) e delle politiche comunitarie di cooperazione al-

ok of the European Convention on Human Rights, 1961, pp. 139-141. Per il rilievo dato al principio dello Stato di diritto ("préeminence du droit" nel testo in francese), vale riportarne il passo più celebre: gli Stati parti della Convenzione europea dei diritti umani e delle libertà fondamentali "n'ont pas voulu se céder des droits et obligations réciproques utiles à la poursuite de leurs intérêts nationaux respectifs, mais réaliser les objectifs et idéaux du Conseil de l'Europe [...] et instaurer un ordre public communautaire des libres démocraties d'Europe afin de sauvegarder leur patrimoine commun de traditions politiques, d'idéaux de liberté et de *préeminence du droit*" (par. 58, sesto considerando, corsivo aggiunto). La formula "ordre public communautaire" è stata poi sostituita dagli organi di Strasburgo con la meno equivoca – perché svincolata dal riferimento comunitario – "ordre public *européen*" (corsivo aggiunto). V. Commissione europea dei diritti umani, *Cipro c. Turchia*, ricorso n. 8007/77, decisione del 10 luglio 1978; Corte europea dei diritti umani, *Loizidou c. Turchia (eccezioni preliminari)*, ricorso n. 15318/89, sentenza del 23 marzo 1995, par. 75.

⁶ "Preminenza del diritto" nella traduzione ufficiale italiana, "préeminence du droit", come già visto, in quella francese, e "rule of law" in quella inglese.

lo sviluppo (art. 177, par. 2, CE, divenuto, in seguito a modifica, art. 208 TFUE) e di cooperazione economica, finanziaria e tecnica con Paesi terzi (art. 181A CE, divenuto, in seguito a modifica, art. 211 TFUE).

La sommaria disamina del TUE è sufficiente per concludere, prendendo a prestito le parole dall'Avvocato generale Mengozzi, che "il ... *il principio dello stato di diritto* presenta ... una dimensione 'interna', quale valore posto a fondamento dell'Unione e parametro di valutazione della legalità dell'azione delle sue istituzioni e degli Stati membri nelle materie di competenza dell'Unione, e una dimensione 'esterna', quale valore da 'esportare' ... al di fuori dei confini stessi dell'Unione"⁷.

Nonostante i molteplici richiami allo Stato di diritto, il TUE non offre alcuna definizione dello stesso, per cui risulta utile ricostruirne il significato.

3. La nozione accolta dalla giurisprudenza delle corti sovranazionali europee

A dispetto della sua non diretta giustiziabilità, il principio dello Stato di diritto è stato oggetto di significative precisazioni nella giurisprudenza sia della Corte europea dei diritti umani sia della Corte di giustizia dell'Unione europea.

Sulla base dei criteri di interpretazione delle norme convenzionali, individuati dall'art. 31 della Convenzione di Vienna del 1969 sul diritto dei trattati, la Corte europea dei diritti umani ha utilizzato il richiamo al principio dello Stato di diritto contenuto nel preambolo sia della CEDU che dello Statuto istitutivo del Consiglio d'Europa come mezzo sussidiario di natura teleologica per l'interpretazione della Convenzione e dei relativi Protocolli⁸.

In particolare, il principio è stato utilizzato per: i) desumere obblighi impliciti nel testo di talune disposizioni della CEDU; ii) integrare il significato di certe garanzie convenzionali; iii) bilanciare diritti individuali con interessi collettivi.

Ad esempio, con riferimento alla prima funzione, dall'art. 6, par. 1, sul diritto di ogni individuo ad un equo processo è stato desunto un diritto autonomo di accesso alle istanze giudiziarie nazionali⁹.

Quanto alla seconda funzione, il principio dello Stato di diritto è stato fatto coincidere con quello di legalità interna al quale talune norme della CEDU (v. articoli 8-11) condizionano la facoltà per gli Stati contraenti di stabilire limitazioni al godimento di certi diritti. La Corte di Strasburgo ha integrato e specifi-

⁷ Conclusioni dell'Avvocato generale Mengozzi presentate il 26 ottobre 2006 in *Gestoras pro Amnistia*, causa C-354/04P, e *Segi*, causa C-355/04P, par. 79.

⁸ *Amplius v. P. PUSTORINO, L'interpretazione della Convenzione Europea dei diritti dell'uomo nella prassi della Commissione e della Corte di Strasburgo*, Napoli, 1998, pp. 55-61 e 147-153.

⁹ V. Corte europea dei diritti umani, *Golder c. Regno Unito*, ricorso n. 4451/70, sentenza del 21 febbraio 1975; *Deweer c. Belgio*, ricorso n. 6903/75, sentenza del 27 febbraio 1980; *Fayed c. Regno Unito*, ricorso n. 17101/90, sentenza del 21 settembre 1994.

cato il significato effettivo del principio di legalità al fine di evitare che il riferimento alla legge statale si riducesse ad un semplice vincolo formale a detrimento dei diritti oggetto di potenziale restrizione. Va, anzitutto, precisato che la pragmatica preoccupazione di mediare tra ordinamenti di *civil law* e di *common law*¹⁰, ha spinto la Corte europea dei diritti umani a non cristallizzare il principio di legalità nel concetto europeo-continentale della riserva di legge *parlamentare* (c.d. “riserva di organo”) che tenderebbe idealmente ad assicurare una autentica democraticità del processo genetico delle norme che restringono l’esercizio di diritti fondamentali. I giudici di Strasburgo hanno, invece, privilegiato il nucleo sostanziale del principio di legalità intendendolo, a prescindere dall’istituzione da cui promana, come “riserva di fonte”. Pertanto, il provvedimento normativo restrittivo deve essere conforme ai due requisiti di accessibilità (nel senso di conoscibilità) e precisione (nel senso di certezza) così che siano per l’individuo ragionevolmente prevedibili gli effetti giuridici di una determinata condotta¹¹. Circa il requisito della precisione, la Corte europea dei diritti umani ha, inoltre, chiarito che non è possibile pretendere dalle disposizioni normative interne una “certezza assoluta”, potendosi ammettere formule più o meno generiche a condizione che la loro interpretazione risulti chiarita dalla prassi¹².

Con riferimento alla terza funzione, il principio dello Stato di diritto è stato, ad esempio, utilizzato per fornire un’interpretazione restrittiva della nozione di “sicurezza nazionale”, alla quale gli Stati tendono ad appellarsi quando adottano provvedimenti che – specie in materia di lotta al terrorismo – incidono negativamente sulla sfera delle libertà fondamentali e dei diritti umani¹³.

La Corte di giustizia, da parte sua, ha sviluppato una linea giurisprudenziale originale nel panorama delle organizzazioni internazionali, tesa a trasporre entro l’ordinamento della Comunità europea la categoria concettuale di Stato di diritto. Si spiega così la formula, già *in nuce* nella storica pronuncia *Van Gend en Loos*¹⁴, secondo cui il Trattato CE, “benché concluso in forma di accordo interna-

¹⁰ Sulla diversa connotazione del principio di legalità nelle diverse famiglie giuridiche v. per tutti L. CARLASSARE, *Legalità (principio di)*, in *Enciclopedia Giuridica*, XVIII, Roma, 1990, p. 2. Per interessanti rilievi sul tema, v. anche G. FIANDACA, *Spunti di riflessione su diritti umani e diritto penale nell’orizzonte sovranazionale*, in *Diritti Umani e Diritto Internazionale*, n. 1, 2007, pp. 78-80.

¹¹ V. Corte europea dei diritti umani, *Sunday Times c. Regno Unito*, ricorso n. 6538/74, sentenza del 26 aprile 1979, nonché la più recente sentenza del 25 maggio 1993, *Kokkinakis c. Grecia*, ricorso n. 14307/88, par. 52.

¹² V. Corte europea dei diritti umani, *Silver e altri*, ricorsi nn. 5947/72; 6205/73; 7052/75; 7061/75; 7107/75; 7113/75; 7136/75, sentenza del 25 marzo 1983.

¹³ V. Corte europea dei diritti umani, *Liu c. Russia*, ricorso 42086/05, sentenza del 6 dicembre 2006. In particolare, la Corte ha affermato che il principio dello Stato di diritto esige che l’individuo possa in ogni caso contestare di fronte ad un organo indipendente e precostituito decisioni, lesive dei suoi diritti, che l’esecutivo abbia adottato invocando ragioni di sicurezza nazionale (v. spec. par. 59).

¹⁴ Nella sentenza del 5 febbraio 1963, *Van Gend en Loos*, causa 26/62, inaugurando il filone giurisprudenziale sul c.d. “effetto diretto” delle norme comunitarie, la Corte di giustizia qualificava la CE come “ordinamento giuridico di nuovo genere nel campo del diritto internazionale”.

zionale, costituisce la carta costituzionale di una *comunità di diritto*” (corsivo aggiunto)¹⁵. Il parallelismo tra “Stato di diritto” e “comunità di diritto” è stato costruito lungo due direttrici – una oggettiva ed una soggettiva – logicamente scindibili ma intimamente connesse.

Sul piano oggettivo, il principio dello Stato di diritto è stato assimilato al principio di legalità¹⁶. Senza, a nostro avviso, attribuire alla lettera ed allo spirito dell’art. 220 TCE (sostituito, nella sostanza, dall’art. 19, par. 1, TUE) il rilievo che avrebbero meritato¹⁷, la Corte di giustizia ha ripetutamente rilevato la vigenza del principio di legalità nell’ordinamento comunitario in quanto principio generale di diritto derivante dalle tradizioni costituzionali comuni degli Stati membri e accolto nella giurisprudenza della CEDU¹⁸. Come tale, il principio gode, per il tramite dell’art. 6, par. 2, UE (divenuto, in seguito a modifica, art. 6, par. 3, TUE), di rango equipollente a quello dei trattati¹⁹. Da ultimo, il principio è stato *costituzionalizzato*, limitatamente alla materia penale, dall’art. 49 della Carta dei diritti fondamentali dell’Unione europea adottata il 7 dicembre 2000, la quale, ancorché non allegata al TUE, è stata dotata dello stesso valore giuridico dei trattati (art. 6, par. 1, TUE)²⁰. In concreto, il principio di legalità è stato

¹⁵ V. le seguenti pronunce della Corte di giustizia: *Les Verts c. Parlamento europeo*, causa 294/83, sentenza del 23 aprile 1986; *Zwartveld*, causa 2/88, ordinanza del 13 luglio 1990; *Accordo per lo Spazio Economico Europeo*, parere 1/91 del 14 dicembre 1991; *Weber*, causa C-314/91, sentenza del 23 marzo 1993.

¹⁶ Sul principio dello Stato di diritto come inclusivo del principio di legalità v. *Advocaten voor de Wereld VZW*, causa C-305/05, sentenza del 3 maggio 2007, punti 45-46. Sull’intima connessione logico-giuridica tra Stato di diritto e principio di legalità, v. R. TREVES, *Considerazioni sullo stato di diritto*, in *Studi in onore di E. Crosa*, Milano, 1960, II, p. 1589 ss.

¹⁷ Come è noto, detto articolo attribuisce alla Corte di giustizia la competenza ad assicurare il rispetto del diritto nell’interpretazione e nell’applicazione dei trattati. Il principio di legalità avrebbe ben potuto essere ricavato da una tale formulazione e solo *ad adiuvandum* attraverso il riferimento agli ordinamenti costituzionali degli Stati membri e alla giurisprudenza CEDU. Dall’art. 220 CE la Corte di giustizia ha, invece, evinto solo la competenza a trarre ispirazione dai diritti degli Stati membri (v. sentenza del 5 marzo 1996, cause riunite C-43 e C-48/93, *Brasserie du Pêcheur e Factortame*, *Racc.* 1996, p. I-1029, paragrafi 27 e 41).

¹⁸ Con riferimento alla relazione tra l’ordinamento giuridico dell’Unione e quello CEDU, è appena il caso di ricordare che l’art. 6, par. 2, TUE dota l’UE della competenza – prima inesistente, come rilevato dalla Corte di giustizia nel parere n. 2/94 del 28 marzo 1996, pag. I-1759 – ad aderire alla Convenzione di Roma del 1950.

¹⁹ V. le recenti sentenze della Corte di giustizia: *Gestoras pro Amnistia*, cit., sentenza del 27 febbraio 2007, punto 51; *Berlusconi e altri*, cause riunite C-387/02, C391/02 e C-403/02, sentenza del 3 maggio 2005, punti 46 ss. V., inoltre, la sentenza del Tribunale di primo grado del 22 dicembre 2005, *Gorostiaga Axalandabaso*, causa T-146/04, punto 141. V., infine, le più datate sentenze della Corte di giustizia: *Racke*, causa 98/78, sentenza del 25 gennaio 1979; *Buitoni*, causa 122/78, sentenza del 20 febbraio 1979; *Amministrazione dogane c. Gondrand e Grancini*, causa 169/80, sentenza del 9 luglio 1981; *Maizena*, causa 137/85, sentenza del 18 novembre 1987; *Berner*, causa 328/89, sentenza del 15 maggio 1991; *Procedimento penale a carico di X*, cause riunite C-74/95 e C-129/95, sentenza del 12 dicembre 1996.

²⁰ Come è noto, prima di tale modifica, a dispetto della formale assenza di vincolatività, taluni diritti sanciti dalla Carta erano stati sostanzialmente integrati nell’ordinamento giuridico comunitario

dalla Corte di giustizia declinato come obbligo tanto per il giudice comunitario quanto per quello nazionale, secondo le rispettive competenze e nello spirito di leale collaborazione richiesto dall'art. 10 CE (sostituito, nella sostanza, dall'art. 4, par. 3, TUE), di controllare la conformità degli atti giuridici del proprio ordinamento al Trattato e ai principi generali di diritto comunitario²¹. Per i giudici e le pubbliche amministrazioni nazionali, il principio di legalità ha trovato la sua più dirompente manifestazione nella *primauté* del diritto comunitario su quello nazionale, sia precedente che successivo, in caso di contrasto, volta ad assicurare l'uniformità ed efficacia del primo nell'intera Comunità²².

Sul piano soggettivo, il principio dello Stato di diritto è stato sviluppato guardando alle garanzie poste dall'ordinamento giuridico comunitario a presidio della sfera dell'individuo. Come è noto, la Corte di giustizia ha riconosciuto come soggetti non soltanto gli Stati membri ma anche i singoli²³, i quali devono poter beneficiare, dinanzi al giudice nazionale²⁴ ovvero comunitario (a seconda dell'autorità da cui promana l'atto contestato), di una tutela giurisdizionale effettiva dei diritti riconosciuti loro dall'ordinamento comunitario, poiché il diritto a detta tutela fa parte dei principi generali di diritto che derivano dalle tradizioni costituzionali comuni agli Stati membri nonché dagli artt. 6 e 13 della CEDU²⁵. Da questa prospettiva, citando gli Avvocati generali della Corte di giustizia, “[l]o stato di diritto non è tanto quello fondato sulle regole e sulla proclamazione dei diritti, ma quello fondato su meccanismi che consentono di far rispettare regole e diritti (*ubi ius ibi remedium*)”²⁶; il “diritto di adire il giudice è inerente allo Stato di diritto”²⁷, ne è un “corollario”, “una conquista e uno strumento”²⁸.

quali principi generali attraverso l'interpretazione suggerita dell'Avvocato generale Tizzano nelle osservazioni presentate l'8 febbraio 2001 in *BECTU*, causa C-173/99.

²¹ In ambito UE, il controllo è accentrato nella Corte di giustizia e, limitatamente e certe tipologie di ricorsi, nel Tribunale di primo grado e negli istituendi Tribunali specializzati (per i quali, v. art. 257 TFUE). Questi organi giurisdizionali gestiscono “un sistema completo di rimedi e procedimenti diretti al controllo di legittimità degli atti dell'Organizzazione” (v. sentenza *Les Verts*, cit., par. 23) nonché degli Stati membri (attraverso la fase giudiziaria della procedura di infrazione e, sia pure indirettamente, il rinvio pregiudiziale di interpretazione); i giudici nazionali prendono parte a tale sistema attraverso il meccanismo del rinvio pregiudiziale, sia di interpretazione che di validità.

²² V. la storica sentenza della Corte di giustizia del 15 luglio 1964, *Costa c. ENEL*, causa 6/64.

²³ V. sentenza *Van Gend en Loos*, cit.

²⁴ Si noti la connessione tra principio dell'effetto diretto delle norme comunitarie e diritto ad un rimedio giurisdizionale effettivo.

²⁵ V. Corte di giustizia: *Les Verts*, cit., par. 23; *Johnston*, causa 222/84, sentenza del 15 maggio 1986, par. 18; *Unión de Pequeños Agricultores*, causa C-50/00 P, sentenza del 25 luglio 2002, paragrafi 39-42; nonché le conclusioni dell'Avvocato generale Sharpston del 6 aprile 2006 relative al caso *Reynolds Tobacco Holdings Inc. e altri*, causa C-131/03 P, par. 72. Nella sentenza del 30 gennaio 2002, *max.mobil Telekomunikation Service GmbH c. Commissione*, causa T-54/99, il Tribunale di primo grado ha considerato il diritto al ricorso effettivo ad un giudice come parte integrante del principio di buona amministrazione, a sua volta espressione del principio dello Stato di diritto.

²⁶ Conclusioni dell'Avvocato generale Mengozzi, cit., par. 101.

²⁷ Conclusioni dell'Avvocato generale Darmon presentate il 28 gennaio 1986 in *Johnston*, cit., par. 3.

È d'obbligo puntualizzare, come del resto rivelato dall'uso dell'aggettivo "comunitario" (in luogo di "dell'Unione"), che la ricostruzione giurisprudenziale sulla "Comunità di diritto" si riferisce unicamente a quello che, prima dell'entrata in vigore del trattato di Lisbona, era il pilastro delle Comunità Europee. Come è noto, dopo l'ultima riforma dei trattati, la CE è stata totalmente riassorbita nell'UE, con la conseguenza che il Trattato CE, oltre ad essere stato sensibilmente modificato, è stato rinominato "Trattato sul Funzionamento dell'UE". Resta, pertanto, da verificare se la Corte di giustizia si spingerà – come qui si auspica – fino a fare della "Comunità di diritto" una "Unione di diritto". La suddivisione dell'UE in pilastri e la conseguenziale differenziazione delle competenze della Corte di giustizia avevano, infatti, condotto all'anomalia di una applicazione *differenziata* del principio dello Stato di diritto, più volte denunciata dagli Avvocati generali²⁹. Nonostante lo sforzo ermeneutico della Corte di giustizia³⁰, il sistema di rimedi giurisdizionali operante con riferimento al pilastro PESC e al pilastro "Cooperazione di polizia e giustizia in materia penale" (CPGP) era, infatti, una versione largamente *depotenziata* di quello operante a livello comunitario. L'anomalia era particolarmente evidente all'interno del pilastro PESC ove, ad esempio, gli effetti lesivi di un atto potevano essere contrastati dal singolo soltanto nella misura in cui essi lo avessero raggiunto per il tramite di un successivo atto nazionale ovvero comunitario. Nel primo caso, il singolo aveva il diritto di adire il giudice nazionale che, a sua volta, poteva (ovvero doveva, se di ultima istanza) disporre un rinvio pregiudiziale di interpretazione o validità alla Corte di giustizia. Nel secondo caso, invece, il singolo poteva adire il Tribunale di primo grado chiedendo l'annullamento dell'atto che direttamente ed individualmente lo riguardava *purché non si trattasse di un regolamento adottato in attuazione di una misura PESC a sua volta esecutiva di una risoluzione del Consiglio di sicurezza*

²⁸ Conclusioni dell'Avvocato generale Léger presentate l'8 aprile 2003 in *Köbler*, causa C-224/01, par. 68.

²⁹ V. ancora Conclusioni dell'Avvocato generale Mengozzi, cit., paragrafi 77-78, 101; nonché Conclusioni dell'avvocato generale Poiras Maduro presentate il 16 gennaio 2008 in *Kadi c. Consiglio e Commissione*, causa C-402/05P, paragrafi 34, 35 e 45.

³⁰ Va dato atto che l'attività pretoria dei giudici di Lussemburgo ha inaugurato timidi ma significativi sviluppi nella direzione dello Stato di diritto con riferimento ai pilastri "extra-comunitari". In primo luogo, ancorché sprovvista della giurisdizione a conoscere di ricorsi in annullamento contro atti adottati nell'ambito dei pilastri PESC e CPGP, la Corte ha condotto il giudizio di legalità su questi ultimi sulla base all'art. 47 UE ("nessuna disposizione del [trattato] pregiudica i trattati che istituiscono le Comunità europee"); in tal modo, essa ha potuto sanzionare sviamenti di procedura tesi ad evitare il pieno controllo democratico (si legga: il coinvolgimento del Parlamento Europeo nell'adozione degli atti) e giurisdizionale assicurato per atti adottati nell'ambito del pilastro comunitario. Fra tutte, v. *Commissione c. Consiglio*, causa C-91/05, sentenza del 20 maggio 2008, p. I-03651, commentata da G. SERRA in *Diritti Umani e Diritto Internazionale*, n. 1, 2009, pp. 187-192. In secondo luogo, limitatamente al terzo pilastro, la Corte non ha esitato ad estendere l'ambito di applicazione del rinvio pregiudiziale di validità ed interpretazione a "tutte le disposizioni del Consiglio, quale che ne sia la natura o forma, che sono intese ad avere effetti giuridici su terzi" (v. sentenze *Gestoras pro Amnistia*, cit., e *SEGI*, cit., par. 53 (per entrambe)).

*ex Capitulo VII della Carta ONU*³¹. A tale situazione, recuperando l'analogia previsione dell'inglorioso Trattato Costituzionale, il trattato di Lisbona ha inteso porre rimedio estendendo la giurisdizione della Corte di giustizia agli atti PESC che introducono misure restrittive contro persone fisiche e giuridiche (art. 24, par. 1, secondo comma, TUE e art. 275, secondo comma, TFUE).

4. La nozione di Stato di diritto nella ricostruzione dottrinale

Dal punto di visto dottrinale, quello di "Stato di diritto" si presenta come un concetto polisemico che, come ha notato Carl Schmitt, può avere tanti e diversi significati quanto il generico termine "diritto" e rimandare a tanti e diversi scenari quante sono le potenziali configurazioni politico-giuridiche della parola "Stato"³².

Va preliminarmente notato che la connessione tra la parte sostantiva "Stato" e quella appositiva "di diritto" condensa quel duplice e convergente processo di *statualizzazione del diritto* e di *giuridificazione dello Stato*³³ reso intellegibile dalla filosofia politica e giuridica, da Hobbes in poi, che accompagna il nascere della statualità moderna. La statualizzazione del diritto implica che venga considerato diritto unicamente l'ordinamento normativo promanante dal potere sovrano dello Stato; la giuridificazione (o normativizzazione in senso stretto) dello Stato comporta, d'altra parte, che lo Stato, prima di darsi nella forma bruta del potere politico, si manifesti kelsenianamente come sistema gerarchico di norme giuridiche. La *differenziazione del sistema giuridico-politico dagli altri sotto-sistemi sociali* (quello etnico-religioso, quello economico etc.) è la cifra della *razionalità* che distingue lo Stato di diritto dal c.d. *Stato tradizionale* in cui, non senza conflitti, opera una pluralità di centri di produzione normativa in senso lato. Alla luce di questo, può dirsi che lo Stato di diritto è espressione di *modernizzazione politica*.

Stato di diritto è, in prima approssimazione, una teoria politico-giuridica che postula una connessione tra potere ed individui funzionale a proteggere, attraverso il diritto, la sfera privata di questi ultimi da arbitri ed abusi da parte dei governanti. In quest'ottica, conformemente alla corrispondente dicitura in lingua inglese (*Rule*

³¹ Sul tema v. E. CANNIZZARO, *Sugli effetti delle risoluzioni del Consiglio di sicurezza nell'ordinamento comunitario: la sentenza della Corte di giustizia nel caso Kadi*, in *Rivista di Diritto Internazionale*, n. 4, 2008, pp. 1075-1078; A. GIANELLI, *L' 'autonomia' del sistema giuridico comunitario rispetto al diritto delle Nazioni Unite*, *ibidem*, pp. 1078-1084; P. PALCHETTI, *Può il giudice comunitario sindacare la validità internazionale di una risoluzione del Consiglio di sicurezza?*, *ibidem*, pp. 1085-1088.

³² V. C. SCHMITT, *Legalità e legittimità*, in *Le categorie del 'politico'*, Bologna 1972. Per una più sistematica trattazione del tema dello Stato di diritto si rimanda a R. BIN, *Lo Stato di diritto*, Bologna, 2004; e, più approfonditamente, a P. COSTA, D. ZOLO, *Lo Stato di diritto. Storia, teoria, critica*, Milano, 2002; B. Z. TAMAHANA, *On the Rule of Law*, Cambridge, 2004.

³³ Sul tema v. alla voce "Stato" in N. BOBBIO, N. MATTEUCCI, G. PASQUINO, *Il Dizionario di Politica*, Milano, 2004.

of law, cioè governo del diritto), la nozione di Stato di diritto trova, come sottolineato dalle corti sovranazionali europee, il suo principale elemento definitorio nel *principio di legalità*, di cui la dottrina ha messo in rilievo almeno tre dimensioni.

(a) La prima dimensione è quella del rapporto fra il sovrano (tecnicamente inteso come l'insieme dei tre poteri dello Stato – legislativo, esecutivo e giudiziario) e il diritto. A questo livello, legalità è il contrario di *Stato assoluto*: il sovrano non è *legibus solutus* e pertanto non può legittimamente governare con decisioni estemporanee ed arbitrarie ma deve farlo in conformità con norme pre-stabilite a lui stesso superiori, in ultima istanza subordinate al patto costitutivo dello Stato (si legga: la *Costituzione* intesa in senso sostanziale come “costituzione vivente”)³⁴. L'esercizio del potere sulla base di norme pubbliche, chiare e preesistenti (*certezza del diritto*), rispondenti a precisi contenuti prescrittivi, rende i governanti legittimi. *Legittimità*, significa, nell'ambito della dottrina dello Stato di diritto, titolarità *de jure* del potere sovrano (contrapposta a quella *de facto*, basata sulla forza bruta).

(b) La seconda dimensione è quella del rapporto tra il sovrano e gli individui investiti dall'esercizio del suo potere. A questo livello, il principio implica che, a tutela dell'*uguaglianza formale* degli individui, il potere sia di regola esercitato attraverso l'emanazione di norme generali ed astratte (*leggi* in senso stretto) secondo procedure predefinite, e solo eccezionalmente mediante provvedimenti particolaristici. Quanto al contenuto, le leggi, come anche gli atti subordinati (amministrativi o giudiziari), devono essere conformi ad un nucleo di diritti fondamentali inerenti l'individuo, pena lo scadimento dello Stato di diritto ad un formalistico “diritto dello Stato” (*Staatsrecht*) o “Stato legale” (*État légal*) incentrato sulla mera pre-definizione di procedure ed istituzioni. Le categorie di diritti fondamentali co-essenziali allo Stato di diritto sono due: i *diritti civili* e i *diritti politici* che implicano, rispettivamente, una ritrazione dello Stato dagli spazi dell'individuo (es. libertà di pensiero, di religione, di riunione, proprietà privata) e la possibilità di un ruolo attivo dell'individuo negli spazi dello Stato (es. elettorato attivo e passivo, creazione di e partecipazione a partiti politici). Visto dalla prospettiva dell'uguaglianza formale e dei diritti civili e politici, lo Stato di diritto segna la trasformazione della soggettività giuridica dell'individuo da *sudditanza* in *cittadinanza*.

La partecipazione indiretta degli individui alla formazione delle norme attraverso l'esercizio dei propri diritti politici (si legga: l'elezione dei propri rap-

³⁴ Sul rapporto tra Stato di diritto e Stato costituzionale, v. E. CHELI, *Lo Stato Costituzionale*, Napoli, 2006, pp. 16-17 e 24.; P. COSTA, *Democrazia politica e Stato costituzionale*, Napoli, 2006, pp. 34-37; C. MARGIOTTA, “Quale stato di diritto?”, in *Teoria Politica*, 2001, p. 17 ss. Sulla distinzione tra legalità amministrativa e legalità costituzionale, v. L. FERRAJOLI (a cura di), *Le ragioni del garantismo. Discutendo con Luigi Ferrajoli*, Torino, 1993, p. 897 ss.

presentanti) segna l'importante connessione concettuale – tra Stato di diritto e *democrazia rappresentativa* – di cui non si può qui dar nota³⁵.

Non rientrerebbero, invece, nella definizione di Stato di diritto, perché estranei alle sue premesse filosofiche nonché alla sua precipua finalità, i *diritti sociali* – c.d. di seconda generazione – comportanti un ruolo attivo dello Stato attraverso l'attuazione di politiche (es. lavoro, assistenza e previdenza sociale, salute, studio, casa); accettando la loro inclusione, si priverebbe la nozione di Stato di diritto di autonomia concettuale, e pertanto di effetto utile, rispetto a quella di *Stato sociale*, incentrata, al contrario, sull'*eguaglianza sostanziale*³⁶. Va comunque dato atto della specificità europea rispetto al nesso tra Stato di diritto e Stato sociale. La tutela dei diritti sociali, unitamente allo sviluppo della dimensione sostanziale del principio di eguaglianza, segnala il ruolo attivo dell'UE, e in particolar modo della Corte di giustizia, in quel non lineare – oltre che incompiuto – processo storico specifico della civiltà giuridico-politica europea che è la convergenza tra Stato di diritto e Stato sociale nello Stato *sociale* di diritto. Formula, quest'ultima, che, volendo insistere sull'analogia tra Stato di diritto e Comunità di diritto coniata dalla Corte di giustizia, potrebbe essere parafrasata come “Comunità *sociale* di diritto” (o meglio “Unione *sociale* di diritto”). I giudici di Lussemburgo non si sono spinti fino a tanto, tuttavia, sarebbe auspicabile uno sviluppo in tale direzione anche alla luce dall'esplicito riferimento al concetto di “economia *sociale* di mercato” introdotto dal trattato di Lisbona (art. 3, par. 3, TUE).

Inoltre, a rigore, non potrebbero considerarsi inclusi nella nozione di Stato di diritto quei *diritti “di ultima generazione”* associati non già al singolo ma a categorie definite ovvero indefinite di persone (tutela delle minoranze, dei gruppi, libertà dalla paura/dal terrore, sviluppo sostenibile).

(c) La terza dimensione concerne l'applicazione delle leggi ai casi singoli. A questo livello, il principio di legalità esige il riconoscimento del diritto ad un *equo processo* a chiunque abbia interesse alla risoluzione di una controversia civile ovvero sia accusato di una condotta criminale. L'equo processo comprende un insieme di garanzie per l'individuo in rapporto all'esercizio della giurisdizione, le quali possono essere distinte in due grandi categorie: le garanzie c.d. “organiche”, valide sia in ambito civile che penale, che pongono una serie di obblighi in capo ai pubblici poteri (precostituzione per legge, indipendenza, terzietà ed imparzialità dei tribunali; adozione delle decisioni non già in base ad un giudizio equitativo ma a norme certe e preesistenti ai fatti oggetto di giudizio³⁷; pubblicità del processo; ragionevole durata del processo; motivazione delle sentenze), e le garanzie c.d. “di

³⁵ Sul nesso tra Stato di diritto e Stato democratico si rimanda, fra gli altri, a J. FERREJOHN, P. PASQUINO, *Rule of Democracy and Rule of Law*, in J.M. MARAVALL, A. PRZEWORSKY, *Democracy and the Rule of Law*. Cambridge, 2003, pp. 242-260; A. HUTCHINSON, P. MONAHAN, *Democracy and the Rule of Law*, in *The Rule of Law: Ideal or Ideology*, Toronto, 1987, pp. 97-124.

³⁶ Sul nesso tra Stato di diritto e Stato sociale v. B. Z. TAMAHANA, *On the Rule of Law*, cit., pp. 60-90.

³⁷ In ambito penale, tale obbligo è sintetizzato dal brocardo *nullum crimen, nulla poena sine lege*.

funzionamento”, specifiche del diritto penale, tese ad assicurare la parità di diritti tra accusa e difesa, durante il processo (presunzione di innocenza fino al giudicato finale; diritto dell’ accusato ad essere prontamente informato circa gli addebiti a lui contestati, ad accedere a facilitazioni difensive e, se necessario, di interpretariato, a presenziare alle udienze, ad escutere testimoni a proprio discarico).

Con specifico riferimento al sistema giudiziario, va poi messo in rilievo che, lo Stato di diritto esige l’ *autonomia della magistratura*, espressione del più generale *principio di separazione dei poteri*, la quale può intendersi realizzata se ed in quanto i giudici sono: a) chiamati ad esercitare il proprio ruolo senza istruzioni e coercizioni dall’ esterno o prospettive di sanzioni e/o ricompense legate al contenuto delle loro decisioni (in caso contrario si avrebbe un “pilotaggio della magistratura”); b) sprovvisti di propri mezzi di intervento per l’ esecuzione di tali decisioni e dipendono invece della collaborazione di altri settori del sistema politico (in caso contrario si avrebbe il c.d. “governo dei giudici”). Cruciale è, rispetto a quest’ ultimo punto, la collaborazione della polizia giudiziaria, preposta all’ accertamento dei reati, alla loro repressione per impedirne la prosecuzione, alla raccolta delle prove e allo svolgimento delle indagini utili per l’ istruttoria dei procedimenti penali. Nell’ ambito di uno Stato di diritto, la polizia giudiziaria dipende, dal punto di vista operativo, dal potere giudiziario e, solo sotto il profilo amministrativo-organizzativo, dall’ esecutivo (generalmente il Ministero dell’ Interno). In questo senso lo Stato di diritto si colloca agli antipodi dello *Stato autoritario* o di *polizia*, inteso come sistema politico informato ad un’ attività di prevenzione e punizione degli illeciti mediante l’ impiego di un apparato di investigazione ed intervento sottratto a qualsivoglia controllo da parte del potere giudiziario.

Il discorso fin qui svolto svela quanto la nozione di “Stato di diritto” sia profondamente radicata nella storia e nella cultura europea. Mistificatore sarebbe pertanto il tentativo intellettuale di riscontrarvi un valore ideologicamente neutrale e, come tale, universale³⁸. Trattasi, a ben vedere, del precipitato giuridico-politico del *pensiero individualista di matrice liberale* europeo. Lo dimostrano gli assunti filosofici posti alla sua base: il primato ontologico dell’ individuo sulla società ed il valore assiologico della sua libertà ed autonomia, l’ intrinseca insidiosità del potere politico per la sfera individuale (pessimismo politico), la necessità del potere per la conservazione dell’ ordine sociale e la credenza che la succitata insidiosità possa essere mitigata dal diritto (ottimismo normativo). Sul piano dei contenuti prescrittivi, diritti civili e politici e democrazia rappresentativa rivelano il “marchio storico-geografico” della nozione di Stato di diritto.

Dato l’ imprescindibile carattere “valutativo” della nozione di Stato di diritto, come leggere la sua proiezione al di fuori della sfera dello Stato-nazione europeo attraverso gli strumenti dell’ azione esterna dell’ UE? Non può certamente scor-

³⁸ Sul tema del fondamento logico dell’ universalità del principio dello Stato di diritto v. M. H. KRAMER, *Objectivity and the Rule of Law*, Cambridge, 2007. Interessanti spunti anche in S. CASSESE, *Universalità del diritto*, Napoli, 2005, pp. 7-8, 15-16, 39.

gersi dietro tale dinamica quella stessa Europa che fino alla seconda guerra mondiale si era proposta ed imposta al mondo come *potenza egemonica* che coercitivamente pretendeva di assimilare l'altro ed il diverso al sé (eurocentrismo / universalismo etico). Alla base della volontà *costituzionale* degli Stati membri di promuovere lo Stato di diritto a principio-guida dell'azione esterna dell'UE, v'è semmai una nuova e ridimensionata coscienza del rapporto con lo "spazio non europeo". L'Europa, nata da settoriali condivisioni di sovranità, offre, dalla fine della guerra fredda, un rappresentazione di sé in quanto *potenza civile* che riconosce l'altro ed il diverso e vi entra in relazione con la finalità politica (e giammai etica in senso hegeliano) di comunicare la sua eredità di valori senza la pretesa che questi facciano *tabula rasa* delle pre-esistenze, ma anzi relazionandosi con quest'ultime nei limiti di una ragionevole compatibilità (pluralismo culturale, universalismo comunicativo)³⁹. Questo senso si potrebbe dare alle novazioni introdotte dal trattato di Lisbona, ove i valori *costituzionali* – fra cui anche lo Stato di diritto – sono apostrofati come "universali" (preambolo, secondo considerando TUE), da estendere al beneficio del "resto del mondo" (art. 3, par. 5, TUE)⁴⁰.

Sempre sul piano ideale, quello dell'UE si configura come il tentativo storico di perseguire le finalità del "pacifismo kantiano" – la prima teoria politica che abbia connesso lo Stato di diritto all'ordine mondiale – attraverso un approccio realista. Infatti, non v'è tanto la pretesa di mitigare il carattere intrinsecamente anarchico della comunità internazionale, e la sua consequenziale instabilità, attraverso un'improbabile trasposizione dei principi e dei valori dello Stato di diritto al sistema delle relazioni internazionali in quanto tale, spingendo nella direzione della riforma dell'ONU (c.d. "costituzionalismo globale" o "ordine cosmopolita"⁴¹). L'UE sembrerebbe piuttosto puntare su una strategia di "aggiramento" della questione dell'anarchia globale, incentrata sulla trasposizione dei suddetti valori e principi *all'interno* di quei Paesi terzi la cui stabilità domestica è funzionale all'equilibrio internazionale. Parafrasando Hans Kelsen, si sarebbe di fronte ad una strategia tesa a costruire "*Peace through (rule of) law*"⁴². Una tale interpretazione non è lontana da quella espressa dalla Presidenza del Consiglio dell'UE nella relazione presentata al Consiglio europeo di Göteborg del 15-16 giugno 2001 in merito alle finalità che deve perseguire la Politica europea di sicurezza e difesa (PESD): "[t]he EU attaches great importance to the strengthe-

³⁹ B. DE GIOVANNI, *L'ambigua potenza dell'Europa*, Napoli, 2002; D. ZOLO, *I signori della pace. Una critica del globalismo giuridico*, Roma, 1998.

⁴⁰ "Wider world" (lett. "il più ampio mondo") nella versione in inglese del TUE.

⁴¹ R. FALK, *Democracy and the Global Order*, Cambridge, 1995; J. HABERMAS, *Die postnationale Konstellation*, Francoforte, 1998.

⁴² H. KELSEN, *Peace through Law*, Chapel Hill (North Carolina – USA), 1944.

ning of the rule of law as a tool for both conflict prevention and crisis management ... [and] a pre-condition for consolidation of peace and security”⁴³.

5. La nozione operativa di Stato di diritto elaborata nell’ambito della missione EULEX

Nel perseguire la promozione dello Stato di diritto (e dei correlati diritti fondamentali) in Kosovo, l’azione comune 124/2008/PESC trova il suo fondamento giuridico negli obiettivi della PESC enunciati nell’art. 11 UE (diventato, in seguito a modifica, art. 24 TUE)⁴⁴. L’atto in questione opta per una definizione *allargata* (“wider” si legge nel testo) ed *avanzata* di Stato di diritto.

In primo luogo, essa copre non solo i settori di giustizia (incluso il sottosistema penitenziario) e di polizia ma anche quello, assai delicato, delle dogane, luogo fisico-giuridico in cui, in relazione a flussi di merci e persone da e verso altri Stati, si manifesta il potere sovrano e si pone, pertanto, l’esigenza di controllarlo, assoggettandolo al primato del diritto.

Il settore giudiziario resta comunque centrale nel mandato della missione, la quale non si limita al rafforzamento (attraverso azioni di monitoraggio, *mentoring* e consiglio a favore delle rilevanti istituzioni locali), ma anche all’integrazione e alla sostituzione (attraverso l’esercizio di funzioni giudiziarie) della magistratura locale. Prioritaria è considerata la persecuzione non solo delle fattispecie legate al passato recente del Kosovo (crimini di guerra e reati a sfondo interetnico) ma anche, e soprattutto, dei reati di attuale e futuro allarme sociale per l’Unione tutta (terrorismo, criminalità organizzata, corruzione e reati economico-finanziari). Alla luce di ciò, nell’azione comune 124/2008/PESC sembra potersi individuare una duplice finalità. Da un lato, l’UE si preoccupa a che una società divisa e sconvolta da una lunga serie di eventi drammatici (un regime totalitario comunista seguito da una guerra civile) si confronti, attraverso una “giu-

⁴³ Consiglio dell’UE, *Relazione della Presidenza al Consiglio europeo di Göteborg sulla politica europea in materia di sicurezza e di difesa*, Allegato III, doc. n. 9526/1/01 REV 1 dell’11 giugno 2001, p. 23, reperibile su register.consilium.europa.eu/pdf/it/01/st09/st09526-re01.it01.pdf.

⁴⁴ Lo stesso obiettivo è perseguito, sia pure ad un più elevato livello politico, attraverso l’ufficio del Rappresentante speciale dell’UE (v. azione comune 2008/123/PESC del Consiglio del 4 febbraio 2008, in GU L 42 del 16 febbraio 2008). L’azione esterna dell’UE in Kosovo si esplica anche attraverso la Commissione europea che opera per la realizzazione dei fini stabiliti nel partenariato europeo per il Kosovo (v. decisione del Consiglio del 18 febbraio 2008 relativa ai principi, alle priorità e alle condizioni contenuti nel partenariato europeo con la Serbia incluso il Kosovo quale definito dalla Risoluzione 1244, in GU L 080 del 19 marzo 2008). Prima dell’entrata in vigore del trattato di Lisbona, la missione EULEX e il Rappresentante speciale dell’UE per il Kosovo ricadevano sotto il pilastro PESC, mentre l’azione della Commissione sotto il pilastro comunitario. Con la *reductio ad unum* dei pilastri operata dal trattato di Lisbona, dette iniziative dell’UE per il Kosovo ricadono tutte sotto il titolo V TUE relativo all’azione esterna.

stizia di transizione⁴⁵ di tipo processual-penale, con la pesante eredità di abusi perpetrati su larga scala contro gli individui e le comunità che la compongono. Dall'altro lato, l'UE intende evitare che il Kosovo diventi quel tanto paventato "buco nero geopolitico" capace di mettere a rischio le realizzazioni dell'intero Spazio europeo di libertà, sicurezza e giustizia e pregiudicarne il cammino futuro. L'UE ha, infatti, avuto la consapevolezza che, mentre l'intera comunità internazionale tardava a trovare un assetto definitivo e sostenibile per il Kosovo, nel territorio dell'ex provincia serba si assisteva, sotto lo sguardo impotente di ONU e NATO, al radicamento di potenti organizzazioni criminali; queste, indifferenti alle linee di divisione etnica, fissavano rotte di traffici, basi logistiche e centri di riciclaggio creando temibili emergenze di portata transnazionale: il commercio di armi, di droga, di esseri umani, di migranti e, non ultima, la rete terroristica di ispirazione jihadista.

In secondo luogo, l'azione comune 124/2008/PESC non pone l'accento unicamente sul principio di indipendenza degli organi giudiziari dal potere politico ma, al fine di tutelare le minoranze, anche su quello della loro multi-etnicità. Si tratta di un'accentuazione che denota la consolidata consapevolezza che la causa prima della fragilità geopolitica della regione balcanica sud-occidentale non risiede semplicisticamente nel puro dato dell'esistenza – pur indubitabile – di fratture tra civiltà diverse, ma va assai più problematicamente ricercata nelle dinamiche ideali, e in particolare in una *concezione della nazione* che tali fratture ha dapprima divaricato ed approfondito e poi violentemente fatto scontrare. Infatti, presso i popoli iugoslavi, l'idea di nazione non è mai riuscita a sottrarsi alla tentazione romantico-herderiana di una interpretazione "naturale" di se stessa. La nazione è rimasta etnia, cioè comunità che pretende di essere pre-politica, originaria, in cui i diritti umani sono riconosciuti e garantiti solo su base etnica, in quanto diritti nazionali, e in cui sono del tutto legittime l'esclusione, la discriminazione e persino l'eliminazione dell'altro, dell'eticamente diverso. Durante la fase di socialismo reale, la nazione etnica è stata, ma solo in apparenza, sublimata in un'altra forma di appartenenza – quale la classe sociale – anch'essa con pretese di naturalità e non meno dannosa per i diritti umani. Lo Stato-nazione inclusivo introdotto dalla rivoluzione francese, inteso come comunità politica volontaria, che raccoglie uomini e gruppi diversi attorno al principio di cittadinanza, attorno all'universalismo dei diritti, per cui prima c'è l'uomo, poi lo si declina come "cittadino" e solo, da ultimo, si aggiungono, ma senza finalità discriminatorie, apposizioni etniche ("serbi", "albanesi", ecc.). Questa è la vera *lacuna* della storia balcanico-iugoslava, Kosovo incluso, di cui l'azione comune 124/2008/PESC rivela consapevolezza.

⁴⁵ Sul tema della "giustizia di transizione" si veda il Rapporto del Segretario generale ONU, *The rule of law and transitional justice in conflict and post-conflict societies*, UN Doc. S/2004/616 del 3 agosto 2004, p. 4.

6. Sul rapporto tra Stato di diritto e giustizia penale nell'ambito di EULEX

Si descriveranno adesso taluni profili dell'esperienza UNMIK rispetto ai quali si farà infine emergere, per contrasto, e con specifico riferimento all'appena ricostruito principio dello Stato di diritto, le peculiarità della missione EULEX. In particolare, si tratterà dell'*International judges and prosecutors program* (IJPsP secondo l'acronimo inglese) di UNMIK, che, ad oltre mezzo secolo dai processi di Norimberga e Tokyo, mentre lo Statuto della Corte penale internazionale guadagnava il consenso necessario per entrare in vigore e i Tribunali penali internazionali per l'ex Jugoslavia e per il Ruanda proseguivano nell'espletamento del loro mandato, ha arricchito il panorama delle giurisdizioni internazionali penali di una nuova tipologia giuridico-istituzionale: le corti penali "ibride".

Queste corti si caratterizzano per il fatto che giudici stranieri siedono a fianco di omologhi locali per giudicare – in posizione di *primacy* rispetto al sistema giudiziario locale e secondo la legge penale domestica integrata da *standard* procedurali e sostanziali internazionali – presunti autori di reati comuni e di crimini internazionali, accusati e difesi, rispettivamente, da procuratori e avvocati, anch'essi di estrazione straniera e locale⁴⁶. Tali corti si collocano, pertanto, a pieno titolo, nella più estesa e variegata categoria dei meccanismi volti a promuovere lo Stato di diritto in una fase di transizione.

6.1. Il modello delle corti "ibride" istituite in ambito UNMIK

I magistrati internazionali non sono stati introdotti nel sistema giudiziario kosovaro secondo uno schema organizzativo-funzionale predefinito, bensì secondo un approccio pragmatico di volta in volta stimolato da situazioni critiche contingenti. Allarmante era il vuoto di cariche giudiziarie presentatosi all'UNMIK nella primavera del 1999: ostracizzata da ogni carica pubblica dal 1989, la comunità albanese era sprovvista della necessaria esperienza e compe-

⁴⁶ Sperimentata per la prima volta in Kosovo, la formula "ibrida" è stata successivamente applicata in altri contesti *post-crisis*: Timor Est, Sierra Leone, Bosnia-Erzegovina, Cambogia. Il paradigma "ibrido" ha varcato, con l'istituzione del Tribunale Speciale per il Libano, la sua ultima – certamente non definitiva – "frontiera". Sul punto, v. G. SERRA, *Il Tribunale speciale per il Libano: fondamento e competenza*, in *Rivista di Diritto Internazionale*, 2008, p. 99 ss. Per un più sistematico inquadramento delle giurisdizioni penali "ibride" si rimanda a K. AMBOS, M. OHTMANN, *New approaches in international criminal justice: Kosovo, East Timor, Sierra Leone and Cambodia*, Freiburg, 2003; C. ROMANO, A. NOLLKAEMPER, J. KLEFFNER, *Internationalized Criminal Courts and Tribunals: Sierra Leone, East Timor, Kosovo, and Cambodia*, New York, 2004; H. ASCENSIO, E. LAMBERT-ABDELGAWAD, J. M. SOREL, *Les juridictions pénales internationalisées (Cambodge, Kosovo, Sierre Léone, Timor Leste)*, Société de la Législation comparée, Paris, 2006, p. 383 ss.; G. SERRA, *Le corti penali "ibride": verso una quarta generazione di tribunali internazionali penali? Il caso del Kosovo*, Napoli, 2007; E. CIMIOTTA, *I tribunali penali misti*, Padova, 2009.

tenza per sostituire quella serba, autoesclusasi in esito all'intervento NATO. Nel giugno 1999, lo *Special Representative of the Secretary General* (SRSG), posto al vertice dell'UNMIK, allestì un sistema giudiziario di emergenza, da subito rivelatosi inadeguato a causa del diniego di partecipazione espresso dai serbi e dalla conseguente trasformazione della magistratura, da parte degli albanesi, in uno strumento di "vendetta legalizzata". I disordini occorsi nel nord del Kosovo nel febbraio 2000 spinsero lo SRSG a mitigare il carattere monoetnico della Corte distrettuale di Mitrovica con l'inserimento di un procuratore ed un giudice internazionali. Fu loro attribuito il potere di avocare *direttamente* a sé la trattazione di casi penali nuovi ovvero pendenti in ambito distrettuale. Il provvedimento venne integrato in un atto esecutivo avente forza di legge, il regolamento n. 2000/6 del 15 febbraio 2000⁴⁷. La situazione kosovara tornò ad arroventarsi nel maggio 2000 con un generalizzato subbuglio nelle traboccanti carceri kosovare. Lo SRSG si convinse ad estendere – ex regolamento n. 2000/34 del 27 maggio 2000 – l'esperimento di Mitrovica anche alle altre quattro corti distrettuali di Pristina, Pec, Pizren e Gjilan, alle rispettive procure, all'ufficio del procuratore capo, alla Corte Suprema, ivi inclusa la Camera Speciale per le questioni connesse alla privatizzazione dell'ex patrimonio economico-produttivo comunista. Tanto la nomina quanto la rimozione dei magistrati internazionali non furono sottoposte alle istituzioni provvisorie locali ma allo SRSG, assistito da una struttura amministrativa UNMIK, il Dipartimento di Giustizia, cui fu attribuito il potere di decidere l'assegnazione dei magistrati internazionali a casi specifici.

Nonostante le buone intenzioni, l'IJPsP non mancò di palesare difetti di funzionamento tali da metterne in discussione l'utilità pratica.

In primo luogo, la presenza dei giudici internazionali all'interno dei collegi giudicanti (*panel*) non aveva alterato la tradizionale composizione che assicurava una maggioranza dei voti ai giudici albanesi. Due concomitanti fattori vi contribuivano: 1) lo SRSG aveva assegnato al massimo due giudici internazionali ad ogni Distretto; 2) in base alla vigente procedura penale, un magistrato che avesse ricoperto il ruolo di giudice inquirente sarebbe stato automaticamente ruscato, cioè dichiarato incompatibile a partecipare alle funzioni di giudizio nelle successive fasi del procedimento. In queste condizioni, il peso della decisione dell'unico giudice internazionale disponibile a livello distrettuale risultava praticamente nullo.

In secondo luogo, il campo di competenza *ratione materiae* dei magistrati internazionali risultava eccessivamente dilatato in relazione al loro esiguo numero (oscillante tra 20 e 30), coprendo, complementariamente con il Tribunale penale internazionale per l'ex Jugoslavia, i *crimina juris gentium* legati alla recente crisi umanitaria (1996-1999) nonché reati comuni a sfondo interetnico, criminalità organizzata e terrorismo, fattispecie economico-finanziarie. Va osservato che

⁴⁷ Per tutti i regolamenti UNMIK, v. www.unmikonline.org/regulations/unmikgazette/index.htm.

reati comuni e crimini internazionali erano perseguibili sulla base della legge locale quale individuata dai regolamenti UNMIK.

L'ambito di competenza dei magistrati internazionali non si limitava alla materia penalistica ma debordava nel campo civilistico⁴⁸. Essi avrebbero potuto internazionalizzare anche quegli organi giudiziari e paragiudiziari specializzati nella risoluzione delle controversie civili – delicatissime sul piano degli equilibri interetnici – in tema di diritti di proprietà sul patrimonio economico-produttivo e sull'edilizia residenziale.

In risposta ai menzionati problemi, sull'onda della protesta della comunità serbo-kosovara e delle autorità di Belgrado, esplosa tra il giugno ed il dicembre 2000, lo SRSG adottò due importanti provvedimenti.

Con il regolamento n. 2000/64 del 15 dicembre 2000, lo SRSG si attribuì il potere di assegnare, su raccomandazione del Dipartimento di Giustizia, magistrati internazionali ad un determinato caso e/o di trasferire quest'ultimo ad altra corte. Diversamente dal regolamento n. 2000/6, il regolamento n. 2000/64 prevedeva un meccanismo in cui l'avocazione era, per così dire, "filtrata" dal potere esecutivo internazionale.

Il Dipartimento di Giustizia avrebbe potuto attivarsi *motu proprio* ovvero su richiesta del procuratore competente o della difesa. Il punto qualificante del regolamento era la facoltà di designare, a seconda della fase procedurale, un procuratore internazionale, un giudice inquirente internazionale⁴⁹ e/o un *panel* composto da una maggioranza di giudici internazionali. Il loro inserimento avrebbe potuto aver luogo in qualsiasi fase della procedura, tranne che nelle ipotesi in cui il processo di primo grado, ovvero d'appello, fosse già iniziato. Questa limitazione intendeva evitare che il meccanismo del regolamento n. 2000/64 ingolfasse il sistema giudiziario con sovraccarico di incidenti procedurali ma, di fatto, ha smorzato l'impatto del meccanismo, atteso che vizi ed errori (sottesi da pregiudizi etnici ovvero da imperizia tecnica) tendono ad emergere proprio in fase di processo, ad esempio, in seguito ad ordinanze per la proroga della custodia cautelare ovvero a decisioni sull'ammissibilità delle prove.

Per aggirare la norma procedurale che vietava al giudice di presiedere fasi diverse dello stesso procedimento, a ciascun magistrato internazionale fu consentito di operare "*throughout Kosovo*", per cui la scelta dei giudici da assegnare a *panel* "ibridi" avrebbe potuto essere effettuata non più su base distrettuale,

⁴⁸ Essi avrebbero potuto internazionalizzare anche quegli organi giudiziari e paragiudiziari specializzati nella risoluzione delle controversie civili – delicatissime sul piano degli equilibri interetnici – in tema di diritti di proprietà sul patrimonio economico-produttivo e sull'edilizia residenziale.

⁴⁹ Dall'entrata in vigore del nuovo Codice di Procedura Penale (introdotto ex regolamento n. 2003/26 del 6 luglio 2003), la possibilità di nominare un giudice inquirente internazionale non è più attuale. Il regolamento n. 2004/54 del 15 dicembre 2004 ha, pertanto, modificato il testo del regolamento n. 2000/64.

bensi nell'ambito dell'intero organico dell'IJPsP. Fu, in tal modo, introdotta una sorta di "giurisdizione territoriale unica".

È bene precisare che l'adozione del regolamento n. 2000/64 non comportò l'abrogazione del regolamento n. 2000/6, per cui i magistrati internazionali avrebbero potuto continuare ad avocare direttamente a sé i casi da loro ritenuti "sensibili".

Un altro regolamento UNMIK, il n. 2001/2 del 12 gennaio 2001, assegnò ai procuratori internazionali il potere di riaprire casi archiviati dagli omologhi locali (*resurrection power*) senza dover rispettare i vincoli procedurali previsti dalla procedura penale allora vigente. Potendo essere esercitato solo entro trenta giorni dalla data di promulgazione del regolamento, tale potere non riuscì, tuttavia, a porre fine all'impunità che oltraggiava la comunità serba e delegittimava l'IJPsP. I limiti temporali per l'esercizio del *resurrection power*, fecero del regolamento n. 2001/2 un atto, a dispetto del *nomen juris*, privo di portata generale ed astratta, concepito per trovare applicazione rispetto ad un ben preciso caso "sensibile". Diverso è, invece, il giudizio su altre due norme dello stesso regolamento, non soggette a restrizioni temporali e, pertanto, di portata generale: ai procuratori locali fu imposto l'obbligo di notificare, entro 14 giorni, al competente procuratore internazionale (ovvero al Dipartimento di Giustizia) la decisione di chiudere un'indagine; ai procuratori internazionali fu attribuito il potere di impugnare in appello tale decisione.

Quanto al nodo della competenza materiale, lo SRSG prese provvedimenti solo nel marzo 2003, creando, in seno al Dipartimento di Giustizia, una struttura centralizzata, la *Criminal Division*, incaricata di monitorare lo sviluppo di tutti i casi in vista di un dispiegamento strategico dei procuratori internazionali.

Un rafforzamento della capacità di perseguire reati "sensibili" sarebbe poi stato ricercato attraverso l'istituzione nel settembre 2006, per via amministrativa⁵⁰ e con fondi dell'Agenzia europea per la ricostruzione⁵¹, del *Kosovo Special Prosecutor's Office*, incaricato, nell'ambito della *Criminal Division*, di preparare un corpo di procuratori "speciali" da inserire nell'Ufficio del Pubblico Procuratore del Kosovo, e da assegnare di volta in volta a qualsivoglia Corte distrettuale per il perseguimento dei reati più gravi previsti dalla legge applicabile, tra cui, a titolo *indicativo*, la criminalità organizzata, la corruzione, i reati motivati dalla razza, dalla nazionalità, dall'etnia o dalla religione, il terrorismo e il traffico di persone.

In sintesi, nell'ambito dell'UNMIK, giudici e procuratori internazionali non sono stati assegnati ad una *specifica* corte – in questo senso difettavano di una

⁵⁰ V. direttiva amministrativa UNMIK n. 15 del 30 settembre 2006.

⁵¹ Il finanziamento del progetto reattivo Ufficio speciale della Procura del Kosovo da parte dell'Agenzia europea per la ricostruzione, nell'ambito del Programma di stabilizzazione ed associazione, era sintomatico, insieme ad altre iniziative, di un progressivo spostamento del campo d'intervento dell'UE in Kosovo da compiti di ricostruzione economica verso compiti più "politici" nel settore dello Stato di diritto.

vera e propria istituzionalizzazione – ma permeavano potenzialmente l'intero sistema giudiziario penale, atteso che potevano internazionalizzare qualsiasi corte/procura penale kosovara. Rispetto al sistema locale, i magistrati internazionali godevano, di fatto, di una posizione di *primacy*. Infatti, essi potevano avocare direttamente a sé casi che avessero ritenuto “sensibili” ovvero essere assegnati *de imperio* a casi che il Dipartimento di Giustizia e lo SRSG avessero ritenuto tali; inoltre, i procuratori internazionali hanno disposto, sia pure per una brevissima parentesi, del potere di riaprire – in deroga alle regole procedurali vigenti – casi che omologhi locali avevano deciso di archiviare; ai magistrati locali, d'altra parte, è stato imposto l'obbligo di notificare al Dipartimento di Giustizia di UNMIK la decisione di chiudere un'indagine affinché i procuratori internazionali potessero impugnarla in appello.

L'IJPsP ha indubbiamente rappresentato una straordinaria innovazione nella storia delle missioni di pace internazionali, le quali al massimo si erano spinte fino al monitoraggio o alla supervisione, nonché della giustizia penale, fin lì o puramente nazionale o puramente internazionale. Tuttavia, la logica di tipo incrementale secondo cui è stato attuato il processo di “ibridazione” ha rivelato l'assenza, presso il vertice dell'UNMIK, di un progetto strategico per la gestione della giustizia penale di transizione nel rispetto dei più basilari principi dello Stato di diritto. I limiti del Programma IJPs sotto questo punto di vista sono molteplici.

Il principale elemento di debolezza è da ricercarsi nelle scelte politiche, poi tradotte in atti giuridici, che hanno consapevolmente fatto dell'IJPsP una componente speciale di una missione di *peace-keeping*, una componente organica sì al sistema giudiziario locale ma pur sempre rispondente ad obiettivi e logiche imposte dall'esterno. A ben vedere, l'IJPsP ha funzionato più come un'articolazione del potere esecutivo dell'UNMIK che come un autonomo corpo di magistrati “prestati” al sistema locale. Questa dipendenza è certamente in contrasto con un basilare precetto dello Stato di diritto: il diritto di ciascun individuo ad essere giudicato da una magistratura libera da qualsivoglia condizionamento politico. Oltre che attraverso l'esercizio dei poteri di nomina e revoca dei magistrati internazionali, almeno altre due “leve” hanno permesso allo SRSG di “manovrare” l'IJPsP a seconda dei suoi obiettivi politici: la mancata fissazione di criteri oggettivi per la valutazione delle petizioni ex regolamento n. 2000/64e la facoltà di decidere, dopo la commissione di un reato, se assegnarne la trattazione a magistrati internazionali o addirittura rimetterla ad una corte diversa da quella naturalmente competente.

La prima ha reso opaco il meccanismo di assegnazione dei procuratori e dei *panel* a maggioranza internazionale, comportando un'arbitraria attribuzione di priorità ai casi. La seconda ha violato un altro principio dello Stato di diritto, ovvero quello della pre-constituzione del giudice naturale, il quale si erge a tutela del diritto dell'individuo ad una previa indubbia conoscenza del giudice competente a decidere o, ancor più nettamente, del diritto alla certezza che a giudicare non sarà un giudice creato a posteriori in relazione ad un fatto già verificatosi.

Le velleità di primato dello SRSG sull'IJPsP si sono poi manifestate in modo ancor più eclatante con l'introduzione dell'istituto della "detenzione esecutiva", la sua applicazione in violazione di ordinanze di rilascio emesse anche da giudici internazionali e addirittura la definizione di un meccanismo extra-giudiziario per la revisione delle decisioni esecutive sulla restrizione della libertà personale (v. regolamento n. 2001/18)⁵².

Proprio le basi giuridiche dell'IJPsP consentono di individuare il vizio genetico dell'intera missione UNMIK, se analizzata dal punto di vista dello Stato di diritto, ovvero la coincidenza tra potere costituente e potere costituito. In effetti, lo SRSG, auto-investitosi del potere legislativo ed esecutivo (regolamento n. 1999/1)⁵³, ne ha successivamente fatto uso per istituire organi giudiziari sottoposti al suo controllo.

Figlia di questo "assolutismo" è l'incertezza giuridica indotta dal repentino cambio di decisione circa la legge penale applicabile. In un primo momento, lo SRSG ha confermato le leggi vigenti fino all'intervento NATO (regolamento n. 1999/1); dopo appena cinque mesi, preso atto degli effetti paradossali dell'applicazione del diritto degli anni del regime autoritario serbo, ha optato, per le leggi in vigore prima dell'avocazione dello *status* di autonomia del Kosovo da parte di Belgrado (regolamento n. 1999/24 del 12 dicembre 1999). Reati commessi durante il periodo più caldo della crisi kosovara (1996-1999) sono, pertanto, stati indagati, perseguiti, giudicati e sanzionati secondo leggi diverse da quelle vigenti al *tempus delicti* in aperta violazione di un principio-cardine dello Stato di diritto: *nullum crimen, nulla poena sine praevia lege*. Per di più, l'applicazione della legge penale degli anni dell'autonomia kosovara è stata fatta decorrere *ex tunc*, cioè dal formale inizio della missione UNMIK (10 giugno 1999), creando anche l'imbarazzante violazione del principio di irretroattività della legge penale.

Al di là di un discorso meramente legalistico, va, infine, osservato che il boicottaggio delle istituzioni interinali UNMIK, ivi incluse corti e procure, da parte dei serbi rimasti in Kosovo e la creazione di un sistema giudiziario parallelo nelle aree in cui persiste una comunità serba, hanno minato la certezza del diritto e reso impossibile la legittimazione che si converrebbe alla magistratura nell'ambito di uno Stato di diritto.

⁵² A questa interferenza si aggiunga quella del potere militare internazionale. Il comandante di KFOR, la forza multinazionale della NATO dispiegata in Kosovo sotto l'egida del Consiglio di sicurezza, ha autorizzato il fermo e la detenzione individui sulla base di un atto – la *Detention Directive* n. 42 del 9 ottobre 2001 – unicamente ascrivibile alla sua volontà politica.

⁵³ Nella risoluzione n. 1244 (1999) del Consiglio di sicurezza non v'è alcuna traccia di tale investitura. Sul punto, v. G. SERRA, *The International Civil Administration in Kosovo: a Commentary on Some Major Legal Issues*, cit., pp. 70-72..

6.2. *Le nuove corti "ibride" in ambito EULEX*

Già nel giugno 2000, quando l'IJPsP contava appena quattro mesi di vita, l'UE, al massimo livello politico, riconosceva la validità della formula ibrida, esprimendo interesse per una suo impiego nell'ambito delle capacità civili di future missioni PESD⁵⁴. La determinazione a ricorrere a meccanismi di "ibridazione" giudiziaria si faceva ancor più forte un anno dopo⁵⁵. Con EULEX Kosovo si è finalmente realizzata la prima mobilitazione di magistrati UE con funzioni giurisdizionali (e non meramente consultive).

La riflessione sul ruolo di magistrati UE all'interno del sistema giudiziario kosovaro iniziava già durante la fase preliminare all'avvio dei fallimentari negoziati tra Pristina e Belgrado. Sull'implicito assunto che fossero ancora attuali le preoccupazioni espresse nell'ottobre 2005 dell'allora Inviato speciale dell'ONU Kai Eide in merito alla paventata smobilitazione della presenza giudiziaria internazionale⁵⁶, la proposta di accordo presentata nel febbraio 2007 dall'Ufficio dell'Inviato speciale dell'ONU presieduto da Martti Ahtisaari (UNOSEK)⁵⁷ abbozzava le linee di sviluppo dell'IJPsP sotto di EULEX.

Nella proposta si prevedeva che il vertice della nuova presenza civile internazionale avrebbe disposto del potere di nominare magistrati internazionali ed avrebbe, inoltre, esercitato i poteri necessari per garantire che i reati di maggior rilievo (crimini di guerra, terrorismo, crimine organizzato, corruzione, reati inter-etnici, reati economico/finanziari "*and other serious crimes*"⁵⁸) fossero adeguatamente: a) perseguiti, ove opportuno, da procuratori internazionali operanti congiuntamente a, ovvero indipendentemente da, procuratori kosovari; b) aggiudicati esclusivamente da giudici internazionali ovvero da *panel* misti ma in ogni caso – punto cruciale – "*in the court which has jurisdiction over the case*".

Benché il nuovo vertice della missione civile internazionale ricalcasse la figura dello SRSJ dell'UNMIK, al rischio d'interferenza dell'esecutivo sul potere giudiziario avrebbe dovuto ovviare la previsione secondo cui la selezione dei casi di competenza dei magistrati internazionali si sarebbe basata su "*objective criteria and procedural safeguards, as determined by the Head of the ESDP Mission*".

⁵⁴ V. Presidenza del Consiglio europeo di Santa Maria da Feira, *Conclusioni – Appendice 3 all'Annesso I – Studio sui concreti obiettivi per gli aspetti civili della gestione delle crisi*, 18-19 giugno 2000, reperibile su www.esdp-course.ethz.ch/content/ref/2000Feira_Excerpt.htm.

⁵⁵ V. documenti della Presidenza del Consiglio UE presentati al Consiglio europeo di Göteborg cit. *supra* in nota 43.

⁵⁶ Inviato speciale del Segretario generale ONU, *A comprehensive review of the situation in Kosovo*, UN Doc. S/2005/635 del 7 Ottobre 2005.

⁵⁷ Inviato speciale del Segretario generale ONU, *Comprehensive Proposal for the Kosovo Status Settlement*, UN Doc. S/2007/168 del 2 febbraio 2007, Annessi I, VII e, spec. IX.

⁵⁸ Per completezza d'analisi va aggiunto che la proposta UNOSEK riconosceva l'utilità di una reiterata presenza giudiziaria internazionale anche al di fuori del campo penale, non solo all'interno degli organi giudiziari preposti ad aggiudicare cause di natura civilistica ma anche di una costituenda Corte costituzionale.

Purtroppo, con riferimento ai punti a) e b), l'indefinita formula "*and other serious crimes*" posta a chiusura dell'elenco dei reati esponeva al rischio che la competenza *ratione materiae* dei giudici internazionali rimanesse ancora una volta "aperta" a detrimento della certezza del loro mandato e, in definitiva, del diritto.

Con riferimento al punto b), la locuzione "*in the court which has jurisdiction over the case*" lasciava presumere che i giudici internazionali sarebbero nuovamente stati assegnati alle Corti Distrettuali. La proposta UNOSEK non considerava che se, da un lato, una tale soluzione avrebbe offerto il vantaggio di rispettare il principio di pre-costituzione del giudice naturale, dall'altro, in ragione della strutturale penuria di risorse umane, i procedimenti interlocutori avrebbero potuto impedire un imparziale ed efficace corso della giustizia a causa delle conseguenti ricasazioni⁵⁹ e dell'impossibilità di spostare giudici tra Distretti. Si sarebbe, in breve, ricaduti nel problema cui UNMIK aveva cercato di rispondere con l'introduzione del regolamento n. 2000/64.

Sebbene conservi l'impianto giuridico-istituzionale complessivo nonché le finalità dell'IJPsP – dal quale, sulla base di accordi tecnici, ha ereditato i casi ancora pendenti – la missione EULEX ha fatto proprie, e ulteriormente dettagliato, molte delle previsioni della proposta Ahtisaari⁶⁰ realizzando così una maggiore aderenza al principio dello Stato di diritto.

L'azione comune istitutiva di EULEX ha posto un netto limite al raggio d'azione della gerarchia di organi esecutivi subentranti allo SRSG dell'UNMIK. Essa ha, infatti, previsto che l'esercizio dei poteri di comando e controllo del Capo Missione sul personale non può spingersi fino a pregiudicare il principio di indipendenza ed autonomia della magistratura (art. 8, par. 2). Più specifici limiti alla potenziale ingerenza dell'esecutivo internazionale nell'azione giudiziaria dei magistrati UE sono riscontrabili nei documenti programmatici che hanno preceduto e seguito l'azione comune 2008/124/PESC⁶¹.

⁵⁹ Art. 40 del Codice di procedura penale UNMIK, cit.. Ai sensi della citata norma, un giudice penale, sia esso locale che internazionale, che prenda parte ad un procedimento interlocutorio è in automatico inabilitato a sedere, in seguito, nel *panel* che deciderà sul caso *de quo*.

⁶⁰ Sulle implicazioni, sul piano della responsabilità internazionale, dell'attuazione *de facto* della proposta Ahtisaari da parte dell'UE, v. G. SERRA, *The International Civil Administration in Kosovo: a Commentary on Some Major Legal Issues*, cit., pp. 79-80, 83-85.

⁶¹ Il mandato di ciascuna missione civile PESD è fissato da un atto giuridico del Consiglio dell'UE – l'azione comune appunto – ed è preceduto, a monte, da un documento strategico – il Concetto operativo – e seguito, a valle, da un documento attuativo - il Piano operativo. Nel vigente assetto giuridico-istituzionale, il primo è di norma elaborato nell'ambito del Segretariato del Consiglio dell'UE (da parte di una struttura specializzata chiamata "Civilian Planning and Conduct Capability") mentre il secondo dal Capo Missione. Entrambi i documenti sono trasmessi al Comitato Politico e di Sicurezza e, infine, adottati dal Consiglio dell'UE.

Nel Concetto operativo (CONOPS)⁶² si è previsto che la selezione ed assegnazione dei casi avvengano in modo trasparente sulla base di criteri oggettivi pre-stabiliti e di garanzie procedurali⁶³. Nel Piano operativo (OPLAN)⁶⁴ il principio è stato ribadito ed ulteriormente sviluppato: al Capo della componente giustizia di EULEX si è consentito di adottare *solo* generali raccomandazioni di politica giudiziaria mentre si è espressamente vietato di esercitare autorità gerarchica in tema di funzioni giudiziarie attraverso l'emanazione di istruzioni su singoli casi ovvero attraverso la loro assegnazione ai magistrati EULEX; al Capo missione si è consentito di diramare ai magistrati EULEX soltanto istruzioni amministrative ovvero relative alla loro sicurezza⁶⁵.

Poste queste premesse, a suffragio del principio di certezza del diritto, si è previsto che sia un atto avente il rango di legge a disciplinare il meccanismo di selezione ed assegnazione dei casi "sensibili"⁶⁶. Tale atto è stato adottato dal parlamento del Kosovo - con l'informale avallo delle autorità EULEX - il 13 marzo 2008 ed ha rimesso alle assemblee plenarie dei giudici e dei procuratori EULEX l'adozione di concrete modalità per la selezione ed assegnazione dei casi di loro competenza⁶⁷.

L'Assemblea dei giudici EULEX si è dotata il 10 luglio e il 23 ottobre 2008 di *Guidelines* per l'assegnazione dei casi penali, rispettivamente, a livello di Corti Distrettuali e di Corte Suprema⁶⁸. Il sistema introdotto si basa sui principi di trasparenza, oggettività, flessibilità, sostenibilità ed eguaglianza nella ripartizione del carico di lavoro fra i giudici EULEX. Fra questi meritano particolare rilievo i principi di oggettività e di flessibilità. Il primo è declinato come principio della pre-costituzione del giudice naturale: "everyone should know in advance where and by which judge s/he will be tried (judges do not select cases)"⁶⁹; il

⁶² Segretariato del Consiglio dell'UE, *Draft Concept of Operations (CONOPS) for the European Union Rule of Law mission in Kosovo, EULEX KOSOVO*, doc. n. 5978/08 del 31 gennaio 2008 (non pubblicato).

⁶³ *Ibidem*, p. 32.

⁶⁴ Segretariato del Consiglio dell'UE, *Draft Operation Plan (OPLAN) for the European Union Rule of Law Mission in Kosovo, EULEX KOSOVO*, 12 febbraio 2008 (6256/2/08 REV 2, documento non pubblicato). Il *Draft OPLAN* è stato approvato dal Consiglio dell'UE il 14 giugno 2008.

⁶⁵ *Ibidem*, p. 45.

⁶⁶ *Ibidem*, p. 43.

⁶⁷ Assemblea della Repubblica del Kosovo, legge n. 03/L-053, del 13 marzo 2008, "On the Jurisdiction, Case Selection and Case Allocation of EULEX Judges and Prosecutors in Kosovo", art. 2, par. 6 (www.gazetazyrtare.com/e-gov/index.php?option=com_content&task=view&id=144&Itemid=56&lang=en). Va da sé che questa legge, unitamente alla n. 03/L-052, della stessa data, "On the Special Prosecution Office of the Republic of Kosovo" (www.gazetazyrtare.com/e-gov/index.php?option=com_content&task=view&id=143&Itemid=56), ha tacitamente abrogato i regolamenti UNMIK, citati al par. 6.1, relativi all'IJPsP.

⁶⁸ Assembly of the EULEX Judges, *Guidelines for Case Allocation for EULEX Judges in Criminal Cases in District Courts*, approvato il 10 luglio 2008; *Case Allocation System at the Supreme Court of Kosovo*, approvato il 23 ottobre 2008 (documenti non pubblicati).

⁶⁹ V. i due documenti citati alla precedente nota, rispettivamente, alle pp. 4 e 1.

secondo ammette una certa derogabilità della procedura penale vigente per far fronte alle “specific conditions and the number of EULEX judges and legal disqualification pursuant to [Provisional Criminal Procedural Code of Kosovo]”⁷⁰. In concreto, il primo principio chiama il Presidente dell’Assemblea dei giudici EULEX ad assegnare, subito dopo la nomina, ciascun giudice UE ad una specifica Corte Distrettuale ovvero alla Corte Suprema⁷¹; quindi, dopo aver selezionato un caso penale ricadente sotto la giurisdizione di EULEX, il Presidente può procedere, *sulla base di un meccanismo automatico*⁷², all’affidamento dello stesso caso ad uno dei giudici EULEX assegnati alla corte competente. Alla questione della pre-costituzione del giudice naturale EULEX ha, dunque, risposto attuando la previsione della proposta UNOSEK, poi resa maggiormente esplicita nell’OPLAN⁷³, secondo cui i magistrati internazionali, sin dal loro arrivo in missione, avrebbero dovuto essere assegnati a precise corti (e procure⁷⁴), a livello distrettuale ovvero centrale.

Quanto alla concreta applicazione del secondo principio, in ossequio ad una previsione dell’OPLAN⁷⁵, si è stabilito che, per evitare ipotesi di riconsuazione, tutte le volte che sia necessario nominare un giudice EULEX per un procedimento interlocutorio, si procederà, *secondo un meccanismo automatico*⁷⁶, alla temporanea assegnazione di un giudice EULEX (penale o civile) già preposto, in via principale, ad altra Corte Distrettuale. Tale meccanismo, applicabile anche a tutti i casi eccezionali in cui si renda necessario sostituire un giudice, garantisce, sia pur per equivalente, un soddisfacente rispetto del principio della pre-costituzione del giudice naturale in quanto crea, in modo oggettivo, *sostituti naturali* dei giudici EULEX assegnati ad ogni corte.

⁷⁰ *Ibidem*.

⁷¹ V. legge n. 03/L-053, cit., art. 2, par. 1.

⁷² Per le Corti Distrettuali, il meccanismo si basa su una matrice che incrocia, secondo una formula prestabilita, il flusso cronologico dei casi di cui è investita ciascuna sessione di Corte Distrettuale con i giudici (contraddistinti da lettere dell’alfabeto) assegnati alla sessione stessa. V. *Guidelines for Case Allocation for EULEX Judges in Criminal Cases in District Courts*, cit., par. 3.1. Per la Corte Suprema, in modo analogo, il meccanismo è regolato da una matrice che interseca i distretti territoriali (cinque) da cui può originare il ricorso con l’elenco, in ordine alfabetico, dei giudici EULEX assegnati alla Corte Suprema. V. *Case Allocation System at the Supreme Court of Kosovo*, cit., paragrafi 2-4.

⁷³ V. *Draft Operational Plan (OPLAN)*, cit., pp. 43 e 57.

⁷⁴ La pre-costituzione del procuratore naturale è sancita dalla legge n. 03/L-053, cit., art. 7, par. 1. L’assegnazione dei casi ai procuratori EULEX, avviene, *mutatis mutandis*, ad opera del Procuratore Capo di EULEX sulla base di criteri oggettivi e pre-definiti. Si segnala, tuttavia, che, limitatamente a casi aventi ad oggetto “reati motivati da odio”, i procuratori EULEX godono, previa autorizzazione del Procuratore Capo di EULEX, di un potere di avocazione diretta (v. legge n. 03/L-053, art. 11, par. 1).

⁷⁵ V. *Draft Operational Plan (OPLAN)*, cit., p. 44.

⁷⁶ Il meccanismo si basa su matrici che stabiliscono un ordine di combinazioni tra la sede di assegnazione principale del giudice EULEX e le altre sedi. V. *Guidelines for Case Allocation for EULEX Judges in Criminal Cases in District Courts*, cit., paragrafi 5.1-5.4.

L'allineamento del nuovo IJPsP ai canoni dello Stato di diritto è stato ulteriormente favorito dalla previsione dell'OPLAN secondo cui i magistrati internazionali potranno esercitare la loro competenza "at any stage of the proceeding"⁷⁷. Locuzione confermata, nella sostanza, dalla legislazione kosovara ove si precisa solo che l'assegnazione dei giudici EULEX deve avvenire "[b]efore the commencement of the relevant stage of the proceeding"⁷⁸. A garanzia dell'equo processo si ha, quindi, l'opportunità di prevenire vizi ed errori (talvolta consapevoli) che, come già notato, tendono ad emergere proprio dopo l'inizio del processo.

I provvedimenti adottati dal legislativo di Pristina per disciplinare l'integrazione dei magistrati EULEX nel sistema giudiziario kosovaro hanno, inoltre, attuato con intelligenza alcune previsioni del CONOPS e dell'OPLAN che rischiavano di indebolire il contributo del nuovo IJPsP alla promozione dello Stato di diritto in Kosovo.

Nel CONOPS, limitatamente alla materia penale, si stabiliva che i magistrati EULEX avrebbero avuto competenza su crimini di guerra, terrorismo, criminalità organizzata, corruzione, reati interetnici, reati finanziari ed economici e – punto per noi cruciale – "other serious crimes"⁷⁹. Proprio la genericità di quest'ultima formula – come visto, già presente nella proposta UNOSEK – lasciava presagire la rinuncia di EULEX ad una *defined jurisdiction* su un ben perimetrato novero di reati considerati di maggiore allarme politico-sociale per la realizzazione dello Stato di diritto.

Un tale scenario risultava poi aggravato dalla previsione dell'OPLAN secondo cui lo *Special Prosecution Office of the Republic of Kosovo* (SPRK) – una procura speciale internazionalizzata non dissimile dal già menzionato *Kosovo Special Prosecutor's Office* – avrebbe avuto non solo competenza esclusiva su "serious crimes" ma anche sussidiaria, rispetto ai procuratori distrettuali, su "other crimes" che in ragione di taluni "additional criteria" potessero essere riqualificati come "serious crimes"⁸⁰. In sostanza, la "specialità" di tale organo d'accusa veniva, per così dire, "appiattita" sul sistema giudiziario penale ordinario.

Al rischio di conferire una competenza materiale potenzialmente *illimitata* ad un numero inevitabilmente *limitato* di magistrati internazionali ha risposto il legislatore kosovaro, opportunamente consigliato dai giuristi EULEX⁸¹. Esso ha previsto per i magistrati EULEX due diversi tipi di giurisdizione – esclusiva e sussidiaria – ciascuna delle quali circoscritta ad un *elenco tassativo di reati*⁸². La competenza esclusiva copre i reati di maggiore gravità, la cui persecuzione è prioritaria

⁷⁷ *Draft Operational Plan (OPLAN)*, cit., p. 57, corsivo aggiunto.

⁷⁸ Legge n. 03/L-053, cit., art. 3, paragrafi 3-4, corsivo aggiunto.

⁷⁹ *Draft Concept of Operations (CONOPS)*, cit., pp. 32-33, corsivo aggiunto.

⁸⁰ *Draft Operation Plan (OPLAN)*, cit., p. 57.

⁸¹ V. leggi n. 03/L-053 e n. 03/L-052, cit.

⁸² Per inciso, è confermata la competenza dei magistrati internazionali in materia civile, mentre non è accolta l'idea di internazionalizzare anche la Corte Costituzionale del Kosovo.

per la comunità internazionale (es. crimini di guerra, contro l'umanità, genocidio, terrorismo⁸³). La competenza sussidiaria riguarda, invece, reati "comuni" (es. attentato all'ordine costituito, omicidio, tortura, violenza sessuale, corruzione⁸⁴) ed è attivabile per garantire la corretta amministrazione della giustizia; in concreto, *solo quando* si possano ragionevolmente prevedere, vuoi per carenze tecniche vuoi per parzialità, errori giudiziari da parte della magistratura kosovara⁸⁵.

La tassatività dei reati di competenza è un significativo freno al potere discrezionale dei magistrati EULEX nella fase di selezione dei casi e, insieme agli automatismi operanti nella successiva fase di assegnazione, accresce le garanzie a tutela dell'equo processo. Questa tassatività è solo marginalmente inficiata dalla previsione secondo cui la competenza sussidiaria può estendersi a *qualsivoglia altro reato* a condizione che ci siano elementi per ritenere che la vittima sia stata scelta per un legame, reale o percepito, con un gruppo, reale o percepito, a sua volta identificato sulla base di fattori come la razza, l'etnia, l'affiliazione politica, la religione, la lingua "or other similar factors"⁸⁶.

Quanto al rischio di snaturamento della "specialità" del mandato dello SPRK, esso è stato scongiurato definendo per legge, in modo sufficientemente chiaro, gli "additional criteria" – non cumulativi – che aggravano un reato, per così dire, "minore" rendendo opportuno un intervento dello SPRK: a) il reato deve essere parte di un grave fenomeno criminoso che riguarda più aree del Kosovo; b) il reato deve avere natura transnazionale; c) ci devono essere forti sospetti circa il tentativo di influenzare le indagini o le persecuzioni del reato; d) il reato deve mettere in pericolo il funzionamento o la stabilità dello Stato del Kosovo; e) il reato deve essere di una tale complessità o natura da rendere inefficace l'intervento di un procuratore ordinario⁸⁷.

Da ultimo, un cenno va fatto all'approccio di EULEX alla questione delle c.d. "corti parallele". Fermo restando l'impegno ad integrare i magistrati serbo-kosovari nel sistema giudiziario legale, EULEX ha con realismo considerato l'incertezza giuridica derivante dall'eventuale non riconoscimento delle loro decisioni più pericolosa, sul piano degli equilibri interetnici, dell'incertezza giuridica associata al loro riconoscimento. Pertanto, accogliendo la prassi sviluppata dall'OSCE nell'ambito dell'UNMIK, EULEX ha individuato un elemento di mitigazione della "minore" incertezza giuridica nella creazione di un meccanismo

⁸³ Per la lista completa, v. legge n. 03/L-052, cit., art. 5 alla quale implicitamente rimanda la legge n. 03/L-053, cit., art. 3, par. 1.

⁸⁴ Per la lista completa, v. legge n. 03/L-053, cit., art. 3, par. 3; nonché legge n. 03/L-052, cit., art. 9, paragrafi 1-2.

⁸⁵ V. legge n. 03/L-052, cit., art. 10 e legge n. 03/L-053, cit. art. 3, par. 5.

⁸⁶ *Ibidem*, par. 4.

⁸⁷ V. legge n. 03/L-052, cit., art. 10, par. 2.

di revisione *ad hoc* delle decisioni definitive delle corti parallele incentrato su *panel* internazionalizzati⁸⁸.

Alla luce di quanto sopra, rivediamo la posizione da noi precedentemente sostenuta secondo cui gli “architetti” dell’allora costituenda missione EULEX avrebbero dovuto considerare con maggiore attenzione la possibilità di superare l’approccio “destrutturato” dell’IJPSP (*panel ad hoc* e selezione *on a case by case basis*) attingendo al progetto di Corte speciale elaborato nel settembre 2006 dall’Ufficio del Capo dei giudici internazionali UNMIK e sostanzialmente ispirato alle due Camere speciali della Corte di Stato di Bosnia-Erzegovina⁸⁹. Gli “aggiustamenti di tiro” apportati da EULEX all’IJPSP sono, infatti, tali, dal punto di vista dello Stato di diritto, da condurre alla conclusione che quella realizzata è certamente una soluzione giuridico-istituzionale alla quale guardare con favore ed attenzione anche in vista di una sua replicabilità in altri teatri operativi.

⁸⁸ *Draft Operational Plan (OPLAN)*, cit., pp. 12 e 58. Ad oggi, non si ha notizia circa l’attivazione di tale meccanismo.

⁸⁹ V. G. SERRA, *Le corti penali “ibride”: verso una quarta generazione di tribunali internazionali penali? Il caso del Kosovo*, cit., pp. 153-168.

PARTE TERZA

**PROBLEMATICHE ATTUALI IN MATERIA DI TUTELA
DEI DIRITTI FONDAMENTALI DEI MIGRANTI E DEI RICHIEDENTI ASILO**

Sezione I

Rifugiati e asilanti: problemi di definizione

La nozione di persecuzione nel diritto dell'Unione europea in materia di rifugiati e la responsabilità internazionale dello Stato

Beatrice I. Bonafè

SOMMARIO: 1. Introduzione. – 2. La nozione di persecuzione nel diritto dei rifugiati. – 3. Gli autori della persecuzione: *accountability v. protection approach*. – 4. Persecuzione ad opera di attori non statali e regime di responsabilità internazionale dello Stato. – 5. Conclusione

1. Introduzione

La Convenzione di Ginevra del 1951 definisce lo status di rifugiato (nel prosieguo “la Convenzione”) e pertanto riconosce una protezione internazionale a chi “per il fondato timore di essere perseguitato per motivi di razza, religione, nazionalità, opinione politica o appartenenza ad un determinato gruppo sociale, si trova fuori dal paese di cui ha la cittadinanza e non può o, a causa di tale timore, non vuole avvalersi della protezione di detto paese”¹. Questa generica definizione è stata, con il tempo ed il concorso di una ricca prassi dei numerosi Stati parte, progressivamente interpretata e chiarita nella maggior parte dei suoi elementi costitutivi². Tuttavia, la nozione di persecuzione rimane ad oggi incerta, almeno per quanto attiene ai suoi rapporti con il regime di responsabilità internazionale dello Stato.

La questione del rapporto tra la definizione di persecuzione ai sensi della Convenzione e le regole in materia di responsabilità internazionale dello Stato è da tempo oggetto di ampio dibattito e ha dato luogo a divergenti soluzioni sia in dottrina che in giurisprudenza³. In particolare, non è sempre chiaro se ed in quale

¹ Art. 1 della Convenzione relativa allo status di rifugiato, adottata a Ginevra il 28 luglio 1951.

² Per una discussione generale dei principali elementi della definizione di rifugiato in base alla Convenzione, v. J.C. HATHAWAY, *The Law of Refugee Status*, Butterworths Canada, 1991; M.R. VON STERNBERG, *The Grounds of Refugee Protection in the Context of International Human Rights and Humanitarian Law*, The Hague, 2002; E. FELLER, V. TÜRK, F. NICHOLSON (eds.), *Refugee Protection in International Law*, Cambridge, 2003; G. CLAYTON, *Textbook on Immigration and Asylum Law*, Oxford, 2004; B. NASCIMBENE (ed.), *Diritto degli stranieri*, Padova, 2004; J. VRACHNAS, K. BOYD, M. BAGARIC, P. DIMOPOULOS, *Migration and Refugee Law. Principles and Practice in Australia*, Cambridge, 2005; G.S. GOODWIN-GILL, J. MCADAM, *The Refugee in International Law*, Oxford, 2007.

³ A. GRAHL-MADSEN, *The Status of Refugees in International Law*, Leyden, 1966, p.189 ss.; W. KÄLIN, *Non-State Agents of Persecution and the Inability of the State to Protect*, in *Georgetown Immigration Law Journal*, 2000-2001, p. 415 ss.; H. LAMBERT, *The Conceptualisation of “Persecution” by the House of Lords: Horvath v. Secretary of State for the Home Department*, in

misura l'accertamento della persecuzione ai fini del riconoscimento dello status di rifugiato debba essere ancorato ad una qualche forma di coinvolgimento dello Stato di origine che comporti la sua responsabilità sul piano internazionale, ovvero se ai fini della Convenzione sia necessario accertare che il richiedente abbia un fondato timore di incorrere in atti persecutori che comportino la responsabilità internazionale dello Stato di origine.

Il problema in pratica concerne la crescente incidenza di fenomeni persecutori posti in essere da attori non statali, come nel caso di gravi violazioni ad opera di privati, oppure commessi in contesti in cui la struttura statale è in difetto perché non controlla effettivamente il territorio in cui è commessa la persecuzione, come nel caso di conflitti armati interni, o perfino viene totalmente a mancare, come nel caso dei cosiddetti "failed states"⁴. In simili circostanze, un'interpretazione della nozione di persecuzione strettamente ancorata ai requisiti della responsabilità dello Stato escluderebbe dalla protezione internazionale le vittime di siffatte violazioni ad opera di privati ogni volta che non sia possibile accertare un coinvolgimento diretto o indiretto dello Stato di origine.

Dal punto di vista del diritto dell'Unione la questione ha assunto un certo rilievo a causa delle divergenti posizioni che alcuni Stati membri tradizionalmente hanno adottato in materia⁵. La recente disciplina comunitaria ha pertanto cercato di mediare tra approcci a volte anche molto lontani, ma non sembra aver interamente chiarito alcune questioni di fondo⁶. Per quanto riguarda l'oggetto della presente indagine e come verrà illustrato più dettagliatamente in seguito, riman-

International Journal of Refugee Law, 2001, p. 16 ss.; V. TÜRK, *Non-State Agents of Persecution*, in V. CHETAIL, V. GOWLLAND-DEBBAS (eds.), *Switzerland and the International Protection of Refugees*, The Hague, 2002, p. 95 ss.; P. MATHEW, J.C. HATHAWAY, M. FOSTER, *The Role of State Protection in Refugee Analysis*, in *International Journal of Refugee Law*, 2003, p. 444 ss.; N. NATHWANI, *Rethinking Refugee Law*, The Hague, 2003, p. 49 ss.; D. WILSHER, *Non-State Actors and the Definition of a Refugee in the United Kingdom: Protection, Accountability or Culpability?*, in *International Journal of Refugee Law*, 2003, p. 68 ss.

⁴ V. in proposito J. MOORE, *From Nation State to Failed State: International Protection from Human Rights Abuses by Non-State Agents*, in *Columbia Human Rights Law Review*, 1999-2000, p. 81 ss.

⁵ La questione delle divergenti posizioni degli Stati membri dell'Unione europea in materia è stata oggetto di discussione da parte delle istituzioni comunitarie, della dottrina, nonché di alcune pronunce interne. V., in particolare, la risoluzione del Parlamento europeo sull'armonizzazione delle forme di protezione complementare allo status di rifugiato nell'Unione europea del 10 febbraio 1999, in GU C 150 del 28 maggio 1999, p. 203 ss.; K. HAILBRONNER, *Immigration and Asylum Law and Policy of the European Union*, The Hague, 2000, pp. 372-382; J. MOORE, *Whither the Accountability Theory: Second-Class Status for Third-Party Refugees as a Threat to International Refugee Protection*, in *International Journal of Refugee Law*, 2001, p. 32 ss.; Regno Unito, House of Lords, *R v. Secretary of State for the Home Department, ex parte Adan and Aitseguer*, 19 dicembre 2000, [2001] 2 WLR 143.

⁶ Direttiva 2004/83/CE del Consiglio del 29 aprile 2004, recante norme minime sull'attribuzione, a cittadini di paesi terzi o apolidi, della qualifica di rifugiato o di persona altrimenti bisognosa di protezione internazionale, nonché norme minime sul contenuto della protezione riconosciuta, in GU L 304 del 30 settembre 2004, p. 12 ss. e in particolare gli articoli 6 e 7. In proposito v., *infra*, paragrafo 3.

gono ancora incerti i confini del rapporto tra la nozione di persecuzione ed il regime di responsabilità internazionale dello Stato.

La presente indagine intende dapprima soffermarsi brevemente sulla questione preliminare concernente la nozione di persecuzione accolta nella Convenzione dal momento che costituisce presupposto imprescindibile per identificare il fatto illecito che potrebbe dar luogo ad una parallela responsabilità dello Stato di origine. Risulterà così possibile esaminare il rapporto tra la nozione in questione ed il regime di responsabilità internazionale dello Stato. In particolare, si illustreranno in primo luogo i due approcci prevalenti nella ricostruzione giurisprudenziale della materia nonché l'evoluzione più recente della prassi, al fine di individuare i confini esatti in cui si situa oggi il dibattito concernente la rilevanza di persecuzioni ad opera di attori non statali ai fini del riconoscimento dello status di rifugiato. In secondo luogo, saranno esaminate le esigenze interpretative nonché le diverse argomentazioni che sottendono a queste due visioni divergenti per poter avanzare una possibile soluzione alla questione del rapporto tra il regime internazionale di responsabilità dello Stato e la definizione della nozione di persecuzione nel diritto dei rifugiati nel rispetto dei criteri interpretativi sanciti dal diritto internazionale consuetudinario e degli obiettivi di tutela alla base della Convenzione. In ultima analisi, tale soluzione permetterebbe di interpretare correttamente le norme del diritto dell'Unione che disciplinano nel dettaglio la nozione internazionale di persecuzione.

2. La nozione di persecuzione nel diritto dei rifugiati

Non avrebbe molto senso interrogarsi sul rapporto tra la nozione di persecuzione ed il regime di responsabilità internazionale dello Stato se non si postulasse l'esistenza di una norma primaria la cui violazione possa dar luogo contemporaneamente ad una legittima richiesta di asilo ai sensi della Convenzione ed un fatto illecito statale sul piano del diritto internazionale.

Al riguardo si potrebbe pensare che non vi sia alcuna corrispondenza tra la nozione di persecuzione che giustifica il riconoscimento dello status di rifugiato ed il fatto illecito capace di comportare la responsabilità internazionale dello Stato di origine, o piuttosto che la prima nozione sia molto più ampia e solo occasionalmente vada a coprire violazioni dei diritti umani fondamentali di una gravità tale da comportare anche la responsabilità internazionale dello Stato in questione. Qualora invece si verificasse una simile corrispondenza, sulla quale ritorneremo tra breve, sarebbe del tutto lecito chiedersi quale ruolo possa svolgere il regime di responsabilità internazionale dello Stato nel riconoscimento dello status di rifugiato ai sensi della Convenzione.

Prima di procedere ad una simile indagine è bene però sottolineare due questioni preliminari. In primo luogo, la questione della condotta materiale che può costituire atto di persecuzione va tenuta concettualmente distinta da quella rela-

tiva ai possibili autori o agenti della persecuzione, nonostante il secondo aspetto venga normalmente trattato come parte della definizione stessa di persecuzione nella prassi applicativa della Convenzione. È principalmente questa confusione che ha determinato incertezza sulla nozione di persecuzione dando luogo ad un dibattito incentrato su questo secondo aspetto. In secondo luogo, lo status di rifugiato richiede l'accertamento di un "fondato timore", non la prova che atti di persecuzione siano stati effettivamente commessi a danno del richiedente. Tuttavia, la nozione di persecuzione è generalmente considerata come l'elemento chiave nell'applicazione del regime di protezione previsto dalla Convenzione.

Venendo alla ricostruzione del fatto illecito da cui potrebbe discendere una responsabilità dello Stato di origine in concomitanza con il riconoscimento dello status di rifugiato, la dottrina che si è occupata dell'argomento non ha preso in considerazione la commissione di atti persecutori ed ha assunto posizioni molto caute. Nel ricostruire il fatto illecito in questione, si è fatto riferimento ad un generico obbligo al controllo del proprio territorio ed alla eventuale – mai automatica – responsabilità di tale Stato per aver concorso a creare fenomeni massicci di esodo e pertanto di rifugiati⁷. Quanto alla determinazione delle conseguenze che potrebbero discendere per lo Stato di origine da una violazione della Convenzione, la dottrina si è soprattutto interrogata sull'obbligo di riparazione nei confronti dei rifugiati concludendo generalmente per l'assenza di un siffatto obbligo⁸.

Nemmeno il testo della Convenzione appare particolarmente illuminante ai nostri fini. L'art. 1 infatti non definisce la nozione di persecuzione e solo indirettamente si suole dedurre dall'art. 33 che contenuto essenziale della persecuzione nel diritto dei rifugiati dovrebbe essere una minaccia alla vita o alla libertà del richiedente⁹.

A fronte di questi numerosi elementi di incertezza la prassi applicativa della Convenzione sembra invece convergere sorprendentemente sulla necessità di ricostruire la nozione di persecuzione nel diritto dei rifugiati in base agli esistenti standard in materia di diritti umani sanciti dal diritto internazionale generale per ritenere, da un punto di vista sostanziale, che costituiscano atti di persecuzione solo le gravi o sistematiche violazioni di diritti umani fondamentali riconosciuti nel diritto consuetudinario o pattizio commesse per una delle ragioni discriminatorie previste dalla Convenzione. La dottrina conferma tale impostazione affermando che fenomeni persecutori che giustificano il riconoscimento dello status

⁷ R. HOFFMAN, *Refugee-Generating Policies and the Law of State Responsibility*, in *Zeitschrift für ausländisches öffentliches Recht und Völkerrecht*, 1985, p. 694 ss.

⁸ P. AKHAVAN, M. BERGSMO, *The Application of the Doctrine of State Responsibility to Refugee Creating States*, in *Nordic Journal of International Law*, 1989, p. 243 ss.; C. TOMUSCHAT, *State Responsibility and the Country of Origin*, in V. GOWLLAND-DEBBAS (ed.), *The Problem of Refugees in the Light of Contemporary International Law Issues*, The Hague, 1995, p. 60 ss.

⁹ V., in generale, G.S. GOODWIN-GILL, J. MCADAM, *The Refugee in International Law*, cit., pp. 90-92.

di rifugiato sono solo “*sustained or systematic violations of basic human rights*”¹⁰, escludendo gli episodi isolati.

La recente giurisprudenza internazionale in materia di responsabilità personale per crimini contro l'umanità offre delle delucidazioni significative al riguardo poiché conferma le numerose pronunce dei giudici interni che negli scorsi decenni hanno contribuito a delineare la nozione di persecuzione ai fini della Convenzione¹¹. Da un punto di vista sostanziale la persecuzione è definita come la violazione grave e manifesta, su base discriminatoria, dei diritti fondamentali sanciti dal diritto internazionale consuetudinario o convenzionale, ad esempio i diritti fondamentali previsti nella Dichiarazione universale del 1948 oppure i diritti codificati nei Patti delle Nazioni unite del 1966¹². Si tratta appunto di una definizione perfettamente corrispondente a quella affermata nella giurisprudenza in materia di diritto dei rifugiati¹³.

Quanto al diritto dell'Unione, l'art. 9 della Direttiva 2004/83/CE non sembra discostarsi dalla prassi descritta e sancisce che gli atti persecutori ai sensi della Convenzione devono: “a) essere sufficientemente gravi, per loro natura o frequenza, da rappresentare una violazione grave dei diritti umani fondamentali, in particolare dei diritti per cui qualsiasi deroga è esclusa a norma dell'art. 15, par. 2, della Convenzione europea di salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali; oppure b) costituire la somma di diverse misure, tra cui violazioni dei diritti umani, il cui impatto sia sufficientemente grave da esercitare sulla persona un effetto analogo a quello di cui alla lettera a)”.

La questione richiederebbe un'analisi ben più approfondita, che non è possibile svolgere in questa sede, ma non si può non notare la corrispondenza tra le nozioni di persecuzione illustrate. Sembra pertanto possibile concludere che la definizione di persecuzione ai sensi della Convenzione corrisponde a *gross violations* dei diritti umani fondamentali in grado di comportare la responsabilità dello Stato di origine in base al diritto internazionale generale¹⁴.

¹⁰ J.C. HATHAWAY, *The Law of Refugee Status*, cit., p. 101 ss. V. analogamente G.S. GOODWIN-GILL, J. MCADAM, *The Refugee in International Law*, cit., p. 92 ss.

¹¹ Nel medesimo senso, v. anche Office of the United Nations High Commissioner for Refugees, *Opinion of UNHCR Regarding the Question of “Non-State Persecution”, As Discussed With the Committee on Human Rights and Humanitarian Aid of the German Parliament (Lower House) on 29 November 1999*, 29 novembre 1999, par. 45-49, disponibile su www.unhcr.org/refworld/docid/3df755477.html.

¹² ICTY, *Prosecutor c. Kupreskić et al.*, IT-95-16-T, sentenza del 14 gennaio 2000, paragrafi 567-636, e spec. 616-627.

¹³ J.C. HATHAWAY, *The Law of Refugee Status*, cit., p. 101 ss. e G.S. GOODWIN-GILL, J. MCADAM, *The Refugee in International Law*, cit., p. 90 ss.

¹⁴ V., per tutti, I. BROWNIE, *Principles of Public International Law*, Oxford, 2008, p. 562 ss.

3. Gli autori della persecuzione: *accountability v. protection approach*

Posto che si ammetta l'esistenza di un'unica nozione di persecuzione, decisamente più problematica è invece la questione degli autori dei fenomeni persecutori rilevanti ai fini dell'applicazione del diritto dei rifugiati. Come anticipato, la questione viene solitamente inquadrata come uno degli elementi della nozione di persecuzione ai sensi della Convenzione. Se metodologicamente non appare del tutto corretto, questo approccio si spiega con la necessità di individuare un criterio generale in base al quale ammettere o meno alla protezione internazionale situazioni in cui il richiedente dimostra un fondato timore di subire violazioni dei suoi diritti fondamentali che non raggiungono i livelli di gravità normalmente caratterizzanti i fenomeni persecutori classici. A differenza delle violazioni commesse dall'apparato statale infatti le violazioni ad opera di privati risultano di solito isolate e non sistematiche. La giurisprudenza ha così elaborato il requisito della "mancanza di protezione statale" che andrebbe dimostrato, in caso di violazioni private, accanto al requisito della violazione di diritti fondamentali del richiedente. In questo modo, sembra possibile recuperare l'elemento di gravità o sistematicità che dovrebbe connotare la condotta materiale che costituisce persecuzione richiedendo la dimostrazione di un coinvolgimento dello Stato di origine nella commissione delle violazioni di volta in volta vantate. Ed è proprio su tale coinvolgimento che il dibattito si concentra.

In dottrina e giurisprudenza, si fa comunemente riferimento a due diversi approcci per descrivere la contrapposizione di vedute circa la corretta interpretazione della nozione di persecuzione ai sensi della Convenzione¹⁵. Da una parte, secondo il c.d. "accountability approach" la protezione offerta dalla Convenzione sarebbe circoscritta ai casi di persecuzione attribuibile allo Stato di origine e, conseguentemente, non si estenderebbe ai casi in cui manchi un apparato statale funzionante poiché la persecuzione non potrebbe essere attribuita a nessuna autorità statale effettiva. Dall'altra parte, secondo il c.d. "protection approach" nell'offrire protezione internazionale ai rifugiati la Convenzione prescinderebbe completamente dal coinvolgimento dello Stato di origine e la nozione di persecuzione coprirebbe tanto condotte statali che private.

A titolo esemplificativo, la giurisprudenza tedesca ha per lungo tempo affermato che la persecuzione può essere accertata solo in relazione a condotte attribuibili allo Stato di origine¹⁶, mentre quella canadese già negli anni '80 del se-

¹⁵ J. MOORE, *Whither the Accountability Theory: Second-Class Status for Third-Party Refugees as a Threat to International Refugee Protection*, cit., p. 34 ss.; W. KÄLIN, *Non-State Agents of Persecution and the Inability of the State to Protect*, cit., p. 417 ss.; D. WILSHER, *Non-State Actors and the Definition of a Refugee in the United Kingdom: Protection, Accountability or Culpability?*, cit., p. 70 ss.

¹⁶ V. A. GRAHL-MADSEN, *The Status of Refugees in International Law*, op. cit., p. 189 ss., e più recentemente il documento Office of the United Nations High Commissioner for Refugees, *Opinion of UNHCR Regarding the Question of "Non-State Persecution", As Discussed With the Com-*

colo scorso ammetteva che alcuni comportamenti di privati potessero essere qualificati come persecuzione ai sensi della Convenzione¹⁷.

Tuttavia, l'evoluzione della prassi internazionale mostra che questa netta contrapposizione di vedute oggi è difficilmente riscontrabile. Si riconosce infatti solitamente che, a certe condizioni, anche persecuzioni ad opera di privati possono dar luogo alla tutela offerta dalla Convenzione.

Così l'Alto Commissariato delle Nazioni unite per i rifugiati ha con il tempo chiarito la sua posizione in materia. Nel 1979, il suo *Handbook on Procedures and Criteria for Determining Refugee Status* ammetteva che ai sensi della Convenzione la persecuzione potesse originare da comportamenti di privati, ma aggiungeva che simili condotte dovessero essere “*knowingly tolerated by the authorities*” oppure che in simili circostanze “*the authorities refuse, or prove unable, to offer effective protection*”¹⁸. In altre parole, si ammetteva che fossero rilevanti fenomeni persecutori ad opera di privati, ma solo qualora lo Stato di origine si rendesse in qualche modo “complice” di tali condotte¹⁹. Nel 1995, l'Alto Commissariato ha poi esplicitato ulteriormente la propria posizione affermando che, anche alla luce dei lavori preparatori, “*the spirit and purposes of the Convention would be contravened and the system for the international protection of refugees would be rendered ineffective if it were to be held that an asylum seeker should be denied needed protection unless a State could be held accountable for the violation of his/her fundamental human rights by a non-governmental actor*”²⁰. Affinché non permangano dubbi si legge più avanti che la persecuzione che non implica una complicità statale va nondimeno considerata persecuzione ai sensi della Convenzione²¹. In simili circostanze, deve però essere dimostrato

mittee on Human Rights and Humanitarian Aid of the German Parliament (Lower House) on 29 November 1999, supra nota 11.

¹⁷ Canada, Federal Court of Appeal, *Rajudeen v. Canada* (Minister of Employment and Immigration), 1984, 55 N.R. 129.

¹⁸ Office of the United Nations High Commissioner for Refugees, *Handbook on Procedures and Criteria for Determining Refugee Status under the 1951 Convention and the 1967 Protocol relating to the Status of Refugees*, par. 65 (www.unhcr.org/3d58e13b4.pdf).

¹⁹ Parimenti può dirsi per la giurisprudenza canadese che molto presto ha riconosciuto lo status di rifugiato anche a persone che erano state oggetto di gravi violazioni dei propri diritti fondamentali da parte di privati. Il requisito generale che veniva applicato in tali situazioni è stato efficacemente espresso nel caso *Surujpal*: “In our view it is not material whether the police directly participated in the assaults or not. What is relevant is whether there was police complicity in a broader sense” (Canada, Corte Federale, *Surujpal v. Minister of Employment and Immigration*, sentenza del 25 aprile 1985, disponibile su www.unhcr.org/refworld/docid/3ae6b70e1f.html).

²⁰ Office of the United Nations High Commissioner for Refugees, *Handbook on Procedures and Criteria for Determining Refugee Status under the 1951 Convention and the 1967 Protocol relating to the Status of Refugees*, cit., par. 3

²¹ Ivi, par. 5. V. anche le successive pronunce: Canada, Corte suprema, *Canada (Attorney General) v. Ward*, sentenza del 30 giugno 1993, 2 S.C.R. 689, e Nuova Zelanda, *Refugee Status Appeals Authority, Refugee Appeal No. 71427/99*, sentenza del 16 agosto 2000, disponibile su www.unhcr.org/refworld/docid/3ae6b7400.html.

che lo Stato di origine è “*either unwilling or unable to provide protection*”²². Va ricordato che se la posizione dell’Alto Commissariato espressa in questi documenti ufficiali non è vincolante per gli Stati parte alla Convenzione, gode tuttavia di notevole autorevolezza anche per il fatto di riflettere un approccio largamente maggioritario relativamente alla questione della persecuzione da parte di attori non statali²³.

Infatti, la medesima evoluzione emerge dalla giurisprudenza dei tribunali interni degli Stati parte alla Convenzione. La comune premessa argomentativa è costituita dal c.d. “*surrogacy principle*”, per cui scopo fondamentale della Convenzione è offrire una protezione surrogata o sussidiaria in caso di mancanza di protezione del richiedente da parte dello Stato di origine²⁴. Pertanto la giurisprudenza ammette che fenomeni persecutori commessi da privati siano rilevanti ai fini del riconoscimento dello status di rifugiato, a condizione che a tali violazioni dei diritti fondamentali si accompagni l’assenza di protezione interna (“*a failure of state protection*”). Solo a tale condizione si giustificerebbe il ricorso alla protezione internazionale surrogata prevista dalla Convenzione²⁵.

Parallelamente nel diritto dell’Unione è riscontrabile una chiara influenza di questa evoluzione. La posizione comune adottata dall’Unione nel 1996 offriva un’interpretazione della nozione di persecuzione chiaramente legata alla responsabilità dello Stato di origine per simili violazioni fondamentali dei diritti umani²⁶. La Direttiva 2004/83/CE ha invece accolto una nozione di persecuzione che include fenomeni persecutori commessi da attori non statali. Gli articoli 6 e 7 si

²² Ivi, par. 6. Un’evoluzione in tal senso ha caratterizzato anche la giurisprudenza francese che nel caso *Dankha* ha ammesso che potessero beneficiare dello status di rifugiato le vittime di persecuzioni ad opera di privati se incoraggiate o tollerate dallo Stato, ovvero quando l’autorità pubblica non è in grado di offrire una protezione effettiva (Francia, Consiglio di Stato, *Dankha*, 27 maggio 1983, in *Journal du droit international*, 1984, p. 119 ss., con nota di F. JULIEN-LAFERRIERE).

²³ Ivi, par. 9.

²⁴ J.C. HATHAWAY, *The Law of Refugee Status*, cit., p. 124. Nella giurisprudenza, v. Regno Unito, House of Lords, *Horvath v. Secretary of State for the Home Department*, sentenza del 6 luglio 2000, disponibile su www.unhcr.org/refworld/pdfid/3ae6b6e04.pdf.

²⁵ Ivi, pp. 124 ss. La medesima impostazione è seguita dalla giurisprudenza della maggior parte degli Stati parte alla Convenzione, come autorevolmente accertato dall’Ufficio dell’Alto commissario per i rifugiati, nel documento *Agents of Persecution – UNHCR Position*, 14 marzo 1995, disponibile su www.unhcr.org/refworld/docid/3ae6b31da3.html.

²⁶ L’art. 5 della Posizione comune 96/196/GAI del 4 marzo 1996 definita dal Consiglio in base all’art. K.3 del trattato sull’Unione europea relativa all’applicazione armonizzata della definizione del termine “rifugiato” ai sensi dell’art. 1 della convenzione di Ginevra del 28 luglio 1951 relativa allo status dei rifugiati, in GU L 63 del 13 marzo 1996, p. 2 ss., recita: “La persecuzione è in genere opera di un organo dello Stato (Stato centrale o Stati federati, poteri regionali e locali), a prescindere dal suo status ai sensi del diritto internazionale, o di partiti o di organizzazioni che si sono impadroniti dello Stato. [...] Si considererà che le persecuzioni da parte di terzi rientrano nell’ambito di applicazione della convenzione di Ginevra qualora esse sono basate sui motivi dell’art. 1 A di tale convenzione, esse hanno carattere personalizzato ed esse sono incoraggiate o autorizzate dai pubblici poteri”. In altre parole, era richiesta comunque la dimostrazione di un diretto coinvolgimento dello Stato di origine nella condotta che costituisce persecuzione.

allineano pertanto alla nozione generalmente accolta a livello internazionale per cui lo status di rifugiato va riconosciuto anche a coloro che rischiano di essere vittime di persecuzioni ad opera di privati se le autorità statali nel paese di origine non sono in grado di offrire una protezione interna effettiva²⁷.

Alla luce della prassi illustrata, si può affermare che per il riconoscimento dello status di rifugiato ai sensi della Convenzione la nozione di persecuzione attualmente accolta include atti persecutori commessi da privati qualora si verifichi una mancanza di protezione interna ovvero lo Stato di origine sia “*unable or unwilling*” di fornire una protezione effettiva.

Questa interpretazione della nozione di persecuzione tuttavia non risolve la questione del suo rapporto con il regime di responsabilità internazionale dello Stato. Se si ammette che il richiedente possa avere un fondato timore di incorrere in persecuzioni commesse da privati, permangono però dei dubbi sul requisito della “mancanza di protezione statale”. In particolare, non è chiaro se questo requisito implichi necessariamente l'accertamento di una responsabilità, sebbene indiretta, dello Stato di origine per non aver prevenuto o punito gli atti persecutori in questione²⁸. In altre parole, non ci si può che chiedere se la nozione di persecuzione sia, nonostante tutto, ancora strettamente dipendente dal regime di responsabilità dello Stato poiché presuppone ad ogni modo l'attribuzione allo Stato di origine di una responsabilità per mancata *due diligence*²⁹.

Nel caso di risposta affermativa, andrebbero esclusi dall'ambito di applicazione della definizione di rifugiato i casi di fondato timore di subire persecuzioni ad opera di privati quando queste siano effettivamente contrastate dallo Stato di origine (anche se magari senza successo) oppure quando si verifichino in contesti in cui lo Stato è assente, dal momento che in simili casi non si potrebbe accertare la “*failure of state protection*”.

Nei confini appena delineati, la questione del rapporto tra nozione di persecuzione e regime di responsabilità statale assume rilevanza concreta principalmente in relazione a due diverse situazioni in cui la persecuzione sia commessa da privati: 1) quando occorra stabilire il parametro normativo in base al quale accertare la mancanza di protezione da parte dello Stato di origine e 2) quando ci si confronti con la totale assenza di un'autorità statale in grado di offrire una protezione interna alla vittima di siffatte violazioni.

Per quanto riguarda la prima ipotesi, dubbi sulla possibilità di riconoscere lo status di rifugiato sono emersi non solo rispetto a casi di gravi violazioni commesse da gruppi di privati (si pensi alle FARC in Colombia oppure a gruppi antisemiti in Russia o Ucraina) ma anche nei casi di violenze domestiche contro le donne (come nei casi relativi al Pakistan). Ecco che per includere nella defini-

²⁷ V., *supra*, nota 6.

²⁸ V. l'art. 7 della Direttiva 2004/83/CE.

²⁹ P. MATHEW, J.C. HATHAWAY, M. FOSTER, *The Role of State Protection in Refugee Analysis*, cit., p. 448 ss.

zione della Convenzione situazioni isolate, che non sarebbero qualificabili come atti di persecuzione, la giurisprudenza ha sviluppato il requisito della mancanza di protezione statale.

La mancanza di protezione statale viene pertanto accertata in riferimento alle misure di cui lo Stato di origine dispone e si avvale per prevenire o punire i fenomeni persecutori³⁰. Non si richiede che nello Stato di origine sia garantito uno standard di protezione assoluta, ma che vi siano nell'ordinamento interno strumenti effettivamente in grado di contrastare simili fenomeni³¹. La giurisprudenza solitamente prende in esame il complessivo atteggiamento dell'apparato statale ed in particolare l'intervento delle forze dell'ordine e della magistratura nel rispondere alle persecuzioni che di volta in volta vengono lamentate³². Ad ogni modo, si afferma che tale requisito di protezione statale contro persecuzioni ad opera di privati vada valutato a seconda delle circostanze caratterizzanti ogni singolo caso. Si può dire pertanto che la giurisprudenza sembra rifarsi ai requisiti tradizionali della responsabilità dello Stato per mancata *due diligence*³³ ancorando così il riconoscimento dello status di rifugiato al previo accertamento di una responsabilità, sebbene indiretta, dello Stato di origine. Ad esempio, nel caso *Horvath* la House of Lords ha esplicitamente affrontato la questione del parametro normativo applicabile all'accertamento della mancanza di protezione statale. Ed è interessante notare che ha affermato che, per valutare se uno Stato è "*unable or unwilling*" di garantire una protezione contro persecuzioni commesse da privati, occorre fare riferimento agli esistenti standard internazionali³⁴. In particolare, si è fatto riferimento alla giurisprudenza della CEDU in base alla quale la responsabilità di uno Stato parte per la violazione dell'art. 2 della Convenzione europea può essere accertata anche qualora le autorità statali non abbiano adottato le misure preventive o repressive necessarie a contrastare violazioni del diritto alla vita³⁵.

³⁰ Con espressioni simili che fanno riferimento ad un medesimo requisito sostanziale, la giurisprudenza canadese adotta il test dell'"ability to protect" (caso *Ward*, *supra* nota 21), quella del Regno Unito verifica che lo Stato di origine sia "*able or willing to afford protection*" (caso *Horvath*, *supra* nota 24), e quella australiana applica il "*failure of State protection*" (Australia, Federal Court of Australia, *Minister for Immigration and Multicultural Affairs v. Khawar*, sentenza del 23 agosto 2000, disponibile su www.unhcr.org/cgi-bin/texis/vtx/refworld/rwmain?page=printdoc&docid=3ae6b6f80).

³¹ V. in particolare il caso *Horvath*, *supra* nota 24, nell'opinione di Lord Clyde.

³² Ivi, nella parte in cui si esamina il "*system of domestic protection*". V. inoltre la giurisprudenza neozelandese citata *supra* nota 21.

³³ Il riferimento è principalmente nei confronti della Corte interamericana dei diritti umani ed in particolare al caso *Velásquez-Rodríguez c. Honduras*, sentenza del 29 luglio 1988, Ser. C No. 4. In dottrina, v. per tutti, R. PISILLO MAZZESCHI, *Due diligence e responsabilità internazionale degli Stati*, Milano, 1989.

³⁴ Opinione di Lord Clyde nel caso *Horvath*, *supra* nota 24, p. 18.

³⁵ Corte europea dei diritti umani [GC], *Osman v. United Kingdom*, ricorso n. 23452/94, sentenza del 28 ottobre 1998, paragrafi 115-116. La medesima posizione è condivisa dalla giurisprudenza australiana: Australia, High Court, *Minister for Immigration and Multicultural Affairs v. Respon-*

Tuttavia, non mancano affermazioni che sembrano andare in una diversa direzione. Ad esempio, la giurisprudenza neozelandese ha esplicitamente rigettato l'approccio della House of Lords affermando che nessuna complicità statale è richiesta dalla Convenzione ai fini del riconoscimento dello status di rifugiato³⁶. In questo modo, l'accertamento dello status di rifugiato sarebbe completamente svincolato dal regime di responsabilità dello Stato poiché la “*failure of state protection*” non sarebbe più un requisito della nozione di persecuzione ai sensi della Convenzione³⁷.

Relativamente a questa prima ipotesi, la giurisprudenza non appare unanime ma divisa tra due approcci ricostruttivi che largamente corrispondono a quelli descritti sopra, quantomeno nelle loro argomentazioni di fondo. Il primo ancora l'accertamento della persecuzione ai fini della Convenzione ad una responsabilità dello Stato di origine per mancata *due diligence*, mentre il secondo svincola lo status di rifugiato dal regime di responsabilità statale per porre l'accento sul richiedente ed il fondato timore di persecuzione che è in grado di dimostrare.

Ad un'analogia conclusione può giungersi in relazione alla seconda ipotesi, ovvero di casi in cui le persecuzioni nel paese di origine avvengano in un contesto di assenza di autorità statali. La giurisprudenza in materia non è abbondante né sempre trasparente, ma sembra ancora una volta divisa tra due diverse opzioni ricostruttive. Da una parte, si afferma che il requisito della mancanza di protezione statale non sia accertabile se manca un'effettiva autorità che governa il territorio in cui avviene o rischia di avvenire la persecuzione, mentre d'altra parte si sostiene che la protezione internazionale della Convenzione debba estendersi anche ai casi in cui la mancanza di protezione interna deriva proprio dall'assenza di autorità statali³⁸. Pertanto, anche in relazione a questa seconda casistica, per-

dent S152/2003, sentenza del 21 aprile 2004, par. 27, disponibile su www.unhcr.org/refworld/pdfid/4110e4564.pdf.

³⁶ Nuova Zelanda, Refugee Status Appeals Authority, *Refugee Appeal No. 71427/99*, supra nota 21. Ad un'analogia conclusione sembra giungere anche la giurisprudenza canadese: v. il caso *Ward* supra nota 21.

³⁷ Sembra avvicinarsi a tale orientamento la House of Lords nel caso *Bagdanavicius* (Regno Unito, House of Lords, *R v. Secretary of State for the Home Department, ex parte Bagdanavicius*, sentenza del 26 maggio 2005, opinione di Lord Brown of Eaton-Under-Heywood, disponibile su www.unhcr.org/refworld/pdfid/43fc2d192.pdf) in cui si fa sempre riferimento agli standard internazionali enunciati dalla CEDU, ma in particolare alla giurisprudenza Soering, ovvero a casi in cui non si accerta la responsabilità dello Stato per aver direttamente commesso violazioni della Convenzione, ma la sua responsabilità per aver deciso di procedere al trasferimento verso uno Stato terzo di una persona sotto la sua giurisdizione nonostante nel paese di destinazione vi sia un “*reasonable risk*” di violazione dell'art. 3.

³⁸ Così, ad esempio, la giurisprudenza canadese (Canada, Federal Court, *Zalzali v. Minister of Employment and Immigration*, sentenza del 30 aprile 1991, 2 FC 605) e del Regno Unito (Regno Unito, House of Lords, *R v. Secretary of State for the Home Department, ex parte Adan*, sentenza del 2 aprile 1999, disponibile su www.unhcr.org/cgi-bin/txis/vtx/refworld/rwmain?page=printdoc&docid=3ae6b6c914) sono favorevoli al riconoscimento dello status di rifugiato in simili casi. Mentre è più incerta la posizione australiana: nel caso *Ibrahim* (Australia, High Court, *Minister for*

mangono i medesimi dubbi sulla corretta interpretazione da dare alla nozione di persecuzione ai fini dell'applicazione della Convenzione.

Per quanto attiene al diritto dell'Unione, simili interrogativi non sono stati purtroppo chiariti in sede di adozione della Direttiva 2004/83/CE i cui articoli 6 e 7, richiamati sopra, possono prestarsi a diverse interpretazioni. Parimenti deve dirsi per gli Stati membri dell'Unione che hanno generalmente proceduto ad una trasposizione letterale di tali norme nei loro ordinamenti interni³⁹.

4. Persecuzione ad opera di attori non statali e regime di responsabilità internazionale dello Stato

Alla luce della prassi internazionale esaminata, occorre adesso soffermarsi sulle due opzioni interpretative che riguardano il rapporto tra la nozione di persecuzione ai sensi della Convenzione e il regime di responsabilità internazionale dello Stato.

Da una parte, il c.d. "*protection approach*", che svincola la nozione di persecuzione da un accertamento sulla responsabilità dello Stato di origine, allarga indubbiamente la protezione internazionale sancita nella Convenzione estendendola a tutte le vittime di atti persecutori. In particolare, garantisce un trattamento non discriminatorio nei confronti di soggetti ugualmente meritevoli di tutela, indipendentemente dall'autore della persecuzione. Inoltre, questo approccio sembra conforme alla lettera della Convenzione che non richiede una partecipazione statale negli atti persecutori in questione.

D'altro canto, il c.d. "*accountability approach*", vincolando la nozione di persecuzione all'accertamento di una responsabilità diretta o indiretta dello Stato di origine, offrirebbe maggiori garanzie di coerenza e certezza del diritto internazionale. Infatti, sarebbe rispettato lo scopo della Convenzione di limitarsi a sancire una protezione surrogata e permetterebbe, nei casi dubbi, di interpretare la nozione di persecuzione alla luce di precisi standard giuridici già esistenti nel

Immigration and Multicultural Affairs v. Ibrahim, sentenza del 26 ottobre 2000, disponibile su www.unhcr.org/refworld/pdfid/3deb737f.pdf il giudice Gummow suggerisce che le due teorie – *accountability* e *protection* – possano essere riconciliate se si intende per protezione quella dello Stato di origine, il che finisce per richiedere comunque un accertamento sul fatto che questo Stato sia "*unable or unwilling*" di offrire protezione a coloro che rischiano di subire atti di persecuzione da parte di privati. Sull'ambiguità della giurisprudenza americana, v. J. MOORE, *From Nation State to Failed State: International Protection from Human Rights Abuses by Non-State Agents*, cit., p. 110 ss. Mentre per un'analisi della giurisprudenza tedesca e svizzera che esclude la possibilità di riconoscere lo status di rifugiato nel caso di assenza di autorità statali, v. V. TÜRK, *Non-State Agents of Persecution*, cit., p. 99 ss.

³⁹ Lo European Council on Refugees and Exiles ha svolto un'indagine accurata sull'attuazione della Direttiva 2004/83/CE raccogliendo dati dettagliati forniti da tutti gli Stati membri: v., ECRE, *The Impact of the EU Qualification Directive on International Protection*, ottobre 2008, disponibile su www.unhcr.org/refworld/pdfid/4908758d2.pdf.

diritto internazionale (ovvero in base al regime di responsabilità internazionale dello Stato)⁴⁰ senza allargare a dismisura o in maniera arbitraria l'ambito di applicazione della Convenzione.

Indubbiamente si tratta di due approcci che corrispondono a diverse, ma non per questo meno valide, esigenze interpretative sul piano internazionale. La questione infatti risulta particolarmente problematica perché evidenzia la difficoltà di conciliare due requisiti fondamentali: garantire un'applicazione non discriminatoria della protezione offerta dalla Convenzione, nello spirito di qualsiasi convenzione in materia di diritti umani, e allo stesso tempo procedere ad una sua interpretazione nel rispetto sia degli obiettivi fondamentali che la disciplina si pone sia di una più generale esigenza di certezza e prevedibilità del diritto internazionale. Quest'ultima esigenza è particolarmente sentita nel diritto dei rifugiati che non dispone, come altri trattati sui diritti umani, di meccanismi centralizzati di interpretazione e controllo e la cui applicazione è tributaria dell'opera di singoli Stati contraenti. D'altro canto, la necessità di certezza e prevedibilità nell'applicazione del regime di protezione dei rifugiati non è meno rilevante a livello europeo dove l'armonizzazione procedurale ha preceduto quella sostanziale ed il noto meccanismo di Dublino può conciliarsi con lo scopo e l'oggetto della Convenzione solo a patto di essere accompagnato da un'applicazione uniforme della definizione di rifugiato in tutti gli Stati membri.

È indubbio che la Convenzione abbia come tipico oggetto situazioni in cui gli Stati si rendono colpevoli di gravissime violazioni a danno dei propri cittadini, altrimenti non esisterebbero i rifugiati e predisporre un regime internazionale di protezione non avrebbe molto senso. Tuttavia, ben altra cosa è ritenere che la Convenzione richieda il previo accertamento della responsabilità dello Stato di origine ai fini del riconoscimento dello status di rifugiato⁴¹. Infatti, è sicuramente il c.d. "*accountability approach*" a prestare il fianco al numero maggiore di obiezioni. Non si tratta tanto di fare leva sul fatto che questa interpretazione porterebbe a restringere il campo di applicazione della Convenzione alle sole vittime di persecuzioni attribuibili allo Stato di origine. Se una limitazione della protezione internazionale dei rifugiati emergesse in modo chiaro dal testo e dallo spirito della Convenzione, così come avviene ad esempio per coloro che non sono al di fuori dello Stato di origine, non si vede come non si potrebbe tenerne conto⁴². L'aspetto problematico, oltre a quello metodologico già sottolineato e relativo ad una certa confusione tra norme primarie e norme secondarie, concerne piuttosto le conseguenze ultime che possono scaturire da un'applicazione rigorosa di questo approccio.

⁴⁰ N. NATHWANI, *Rethinking Refugee Law*, cit., p. 49 ss.

⁴¹ Per una discussione generale v. D. WARNER, *The refugee state and state protection*, in F. NICHOLSON, P. TWOMEY (eds.), *Refugee Rights and Realities. Evolving International Concepts and Regimes*, Cambridge, 1999, p. 253 ss.

⁴² J.C. HATHAWAY, *The Law of Refugee Status*, cit., p. 29 ss.

Nell'ottica dell'interpretazione della definizione di rifugiato fornita dalla Convenzione, questa via solleva non poche perplessità poiché in ultima analisi può aggravare notevolmente l'accertamento dei requisiti dell'art. 1 e perfino duplicare l'indagine relativa al coinvolgimento dello Stato di origine negli atti persecutori, già avvenuti o presunti che siano. La giurisprudenza ha recentemente affrontato una questione particolare: posto che la nozione di persecuzione imponga di accertare la mancanza di protezione statale se le violazioni sono commesse da privati, questa indagine deve estendersi anche alle persecuzioni direttamente commesse dagli organi statali? La risposta sembra essere stata positiva. Nonostante l'introduzione di alcune cautele, anche nel caso di persecuzioni statali sarebbe necessario verificare che lo Stato di origine non sia in grado di reprimere o punire effettivamente le violazioni commesse dai propri organi⁴³. Così facendo si finisce per duplicare l'indagine accertando prima il diretto coinvolgimento statale, e poi la risposta che l'apparato è in grado di dare nel garantire protezione al richiedente. Una doppia indagine che non sembra richiesta dalla lettera della Convenzione⁴⁴.

In una prospettiva più generale, se la nozione di persecuzione ai sensi della Convenzione implicasse necessariamente un previo accertamento della responsabilità dello Stato in cui tali persecuzioni avvengono – sia per un coinvolgimento diretto in quanto autore delle persecuzioni, sia per un coinvolgimento indiretto poiché non ha prevenuto o punito le condotte in questione – questo comporterebbe una serie di conseguenze a dir poco dubbie alla luce del diritto internazionale generale.

Innanzitutto, significherebbe che per procedere al riconoscimento dello status di rifugiato gli organi dello Stato di rifugio dovrebbero sempre prima accertare la responsabilità dello Stato di origine per atti di persecuzione, pronunciandosi su condotte che quest'ultimo tiene in qualità di ente sovrano. Un simile accertamento risulta sicuramente problematico, poiché pare dubbio che in base al diritto internazionale generale i giudici interni siano competenti ad esercitare la propria giurisdizione per attribuire ad uno Stato straniero la responsabilità internazionale per atti qualificabili come persecuzioni. D'altronde, non sembra nemmeno agevole ricostruire una esplicita rinuncia degli Stati parte alla Convenzione alla propria immunità dalla giurisdizione straniera sulla base della sola lettera dell'art. 1. In particolare, ciò che pare in contrasto con il principio di sovranità non è tanto il fatto che i giudici interni si trovino a qualificare comportamenti che possono e-

⁴³ V. Regno Unito, Court of Appeal, *Svazas v. Secretary of State for the Home Department*, sentenza del 31 gennaio 2002, disponibile su www.unhcr.org/refworld/pdfid/3fe70ad14.pdf. Per la dottrina che si è occupata di questa ipotesi, si segnala in particolare C. YEO, *Agents of the State: When is an Official of the State an Agent of the State?*, in *International Journal of Refugee Law*, 2002, p. 509 ss.

⁴⁴ Per una medesima posizione, con argomentazioni diverse, v. P. MATHEW, J.C. HATHAWAY, M. FOSTER, *The Role of State Protection in Refugee Analysis*, cit., p. 453 ss.

ventualmente dar luogo a responsabilità di uno Stato, ma che la Convenzione richieda sempre e comunque un previo accertamento della responsabilità dello Stato di origine. Almeno stando alla sua lettera, la Convenzione risulta neutrale rispetto all'attribuzione o meno dei fenomeni persecutori allo Stato di origine; il suo scopo è offrire una protezione nello Stato di rifugio; il comportamento dello Stato di origine è rilevante solo per stabilire se sia in grado di offrire una protezione internazionale al richiedente; e l'elemento centrale della definizione di rifugiato rimane il fondato timore di essere perseguitato per uno dei motivi elencati.

In secondo luogo, il requisito dell'accertamento di una responsabilità dello Stato di origine per atti di persecuzione pone una serie di interrogativi sulle conseguenze che potrebbero essere ricollegate a tale accertamento. Almeno per lo Stato di rifugio, potrebbe costituire base sufficiente per avanzare pretese di riparazione nei confronti dello Stato di origine? Se gli atti di persecuzione ammontano a gravi violazioni di obblighi *erga omnes*, l'accertamento della responsabilità dello Stato di origine potrebbe giustificare l'adozione di misure sanzionatorie da parte della comunità internazionale nel suo insieme oppure la richiesta di riparazione per conto delle vittime? Qui non interessa tanto il valore dell'accertamento da parte dello Stato di rifugio, sul quale ci si potrebbe lungamente soffermare, ma piuttosto sull'automatismo che tale interpretazione della nozione di persecuzione comporta. Una simile interpretazione implicherebbe per definizione l'esistenza a livello internazionale di uno Stato responsabile per i fenomeni persecutori del caso specifico. Ovvero, ogni riconoscimento dello status di rifugiato comporterebbe automaticamente l'identificazione dello Stato responsabile sul piano internazionale e nei cui confronti far valere le conseguenze del regime di responsabilità internazionale. Pertanto, la Convenzione diventerebbe la base giuridica per attribuire allo Stato di origine la responsabilità per atti persecutori e farne valere le relative conseguenze.

Come ricordato in precedenza, la dottrina è molto cauta al riguardo e sembra escludere completamente tale ipotesi⁴⁵. Anche prendendo in considerazione le numerose risoluzioni dell'Assemblea generale delle Nazioni unite che fanno riferimento ad una generica responsabilità dello Stato di origine, difficilmente si può concludere che mirino ad affermare che gli atti di persecuzione ai sensi della Convenzione debbano necessariamente essere imputati a tale Stato⁴⁶.

⁴⁵ V., *supra*, paragrafo 2.

⁴⁶ Le numerose risoluzioni dell'Assemblea generale in materia si limitano ad affermare la "responsabilità principale" degli Stati nel garantire protezione ai rifugiati (UN Doc. A/RES/63/148 del 27 gennaio 2009; UN Doc. A/RES/62/124 del 18 dicembre 2007; UN Doc. A/RES/61/137 del 19 dicembre 2006; UN Doc. A/RES/60/129 del 24 gennaio 2006; UN Doc. A/RES/59/170 del 22 febbraio 2005; UN Doc. A/RES/58/151 del 24 febbraio 2004; UN Doc. A/RES/57/187 del 6 febbraio 2003; UN Doc. A/RES/56/137 del 15 febbraio 2002; UN Doc. A/RES/53/125 del 12 febbraio 1999; UN Doc. A/RES/52/103 del 9 febbraio 1998). In alcuni casi questa "responsabilità" è estesa alla protezione delle c.d. *displaced persons* (UN Doc. A/RES/63/148 del 27 gennaio 2009; UN Doc. A/RES/62/124 del 18 dicembre 2007; UN Doc. A/RES/61/137 del 19 dicembre 2006; UN Doc. A/RES/56/166 del 22 febbraio 2002; UN Doc. A/RES/54/180 del 24 febbraio 2002),

Un'interpretazione della nozione di persecuzione strettamente ancorata al regime di responsabilità internazionale dello Stato sembra pertanto difficilmente ammissibile, per i motivi di ordine sia logico che sistematico appena descritti. Il quesito allora concerne la corretta interpretazione di tale nozione, poiché nemmeno un'interpretazione alla luce del c.d. "*protection approach*" è esente da critiche e dovrebbe quantomeno essere temperata con le note esigenze di certezza e prevedibilità del diritto internazionale.

Se si afferma che l'interpretazione della nozione di persecuzione, e più in generale della Convenzione, debba avvenire nel rispetto delle norme consuetudinarie internazionali in materia di interpretazione dei trattati così come sancite nella Convenzione di Vienna sul diritto dei trattati⁴⁷, occorre constatare che né il testo né i lavori preparatori della Convenzione risultano decisivi ai fini della presente indagine. Sembra pertanto che il metodo più corretto di procedere sia esaminare il contesto normativo più ampio in cui si situa la Convenzione ed interpretare la nozione di persecuzione alla luce del diritto internazionale generale. Un'interpretazione sistematica dovrebbe inoltre garantire una coerenza nell'applicazione delle norme richiamate nella Convenzione ma esistenti anche in altri settori del diritto internazionale.

Se è indubbio che nella maggior parte dei casi le persecuzioni siano opera di apparati statali (e che le *gross violations* di diritti umani fondamentali comportino la responsabilità dello Stato di origine), l'evoluzione più recente del diritto internazionale generale permette di affermare che oggi la persecuzione è anche vietata qualora sia commessa da attori non statali. Infatti, il diritto internazionale penale prevede la responsabilità penale di coloro che commettono crimini contro l'umanità e, tra questi, anche condotte qualificabili come atti di persecuzione. Lasciando da parte la definizione sostanziale di persecuzione sulla quale ci si è già soffermati, la giurisprudenza dei tribunali penali internazionali chiarisce soprattutto che in base al diritto consuetudinario crimini contro l'umanità, e pertan-

mentre in altri si chiede allo Stato di origine di facilitare in ogni modo il ritorno dei rifugiati, posto il suo obbligo di riammettere i propri cittadini nel territorio (UN Doc. A/RES/52/103 del 9 febbraio 1998; UN Doc. A/RES/51/79 del 12 febbraio 1997; UN Doc. A/RES/50/152 del 9 febbraio 1996). Tranne che in casi isolati – come le risoluzioni 194 (III) dell'11 dicembre 1948, par. 11 e la A/RES36/148 del 16 dicembre 1981, par. 3, che fanno riferimento ad un diritto ad un'adeguata compensazione che spetterebbe ai (soli) rifugiati che non intendono rientrare nel proprio paese di origine – il concetto di "responsabilità primaria" contenuto nelle suddette risoluzioni sembra avvicinarsi di più a quello di una generico dovere o competenza dello Stato piuttosto che ad un suo vero e proprio obbligo giuridico secondario derivante da un fatto illecito secondo il regime di responsabilità internazionale.

⁴⁷ Sull'interpretazione delle norme della Convenzione, v., in generale, J.C. HATHAWAY, *The Rights of Refugees under International Law*, Cambridge, 2005, p. 48 ss. Quanto alla giurisprudenza, se non è molto comune trovare riferimenti espliciti alle regole sull'interpretazione dei trattati contenute nella Convenzione di Vienna del 1969 (come nel caso *Adan e Aitseguer*, *supra* nota 5), l'interpretazione della definizione dello status di rifugiato fornita dalla Convenzione avviene normalmente sulla scorta di tali regole generali.

to anche atti di persecuzione, possono essere commessi non solo da autorità statali ma anche da privati individui (purché siano presenti gli elementi citati)⁴⁸.

Pertanto la condotta che costituisce persecuzione in base all'obbligo primario può comportare secondo il diritto internazionale generale sia la responsabilità dello Stato sia la responsabilità penale dell'autore di tale crimine individuale. Ciò che conta è che la definizione della condotta vietata sia la stessa, indipendentemente dal regime di responsabilità che la sua violazione comporta⁴⁹.

Interpretata alla luce del diritto internazionale generale, la Convenzione dovrà allora accordare una tutela a tutti coloro che hanno un fondato timore di essere oggetto, nel paese di origine, di atti di persecuzione indipendentemente dal fatto che questa origini da condotte statali oppure meramente individuali. Questo non significa però estendere la protezione a qualsiasi caso di violenza interna allo Stato di origine. L'elemento di raccordo (tra fenomeni persecutori statali e commessi da privati) dovrà necessariamente essere rinvenuto nella definizione di persecuzione fornita dal diritto internazionale consuetudinario.

Questa soluzione dovrebbe essere sufficiente ad evitare la frammentazione della nozione di persecuzione in diversi settori del diritto internazionale, e permettere di applicare l'unica norma primaria in materia sia nell'ambito del diritto dei rifugiati, sia nel diritto internazionale penale, sia infine nel diritto internazionale generale. Ciò comporterebbe un'applicazione uniforme della nozione di persecuzione, tenendo in debita considerazione le esigenze di certezza e prevedibilità del diritto internazionale che, come già ricordato, sono particolarmente sentite in questa materia.

In pratica, la tutela e quindi lo status di rifugiato dovranno essere accordati non tanto a seconda dell'autore della persecuzione, ma in base all'accertamento dell'esistenza di atti che effettivamente sono qualificabili come persecuzione. Le difficoltà principali, nei casi di pretese persecuzioni ad opera di attori non statali, riguardano la dimostrazione di una condotta in cui le violazioni di diritti fondamentali sono massicce o sistematiche, nonché volte alla discriminazione di un determinato gruppo sociale. In particolare, le situazioni più problematiche da tale punto di vista riguarderanno le violazioni commesse nel contesto di guerre civili poiché può essere molto difficile stabilire se il richiedente sia stato o rischi di essere oggetto di misure discriminatorie, ovvero di subire violazioni non solo a causa del contesto di violenza generalizzata ma proprio per la sua appartenenza

⁴⁸ V., ad esempio, ICTY, *Prosecutor v. Limaj e altri*, IT-03-66-T, sentenza del 30 novembre 2005, par. 191 ss.

⁴⁹ V. *supra* paragrafo 2. Si potrebbero indicare anche altri punti di contatto tra il diritto dei rifugiati ed il diritto internazionale penale (come ad esempio la definizione dei casi di esclusione dalla protezione della Convenzione: v. in proposito G.S. GOODWIN-GILL, J. MCADAM, *The Refugee in International Law*, cit., p. 163 ss.), ma ciò che più conta ai fini della presente trattazione concerne l'identità della condotta vietata dal diritto internazionale sia nei confronti di Stati che di individui, come si è avuto modo di approfondire altrove: B.I. BONAFÈ, *The Relationship between State and Individual Responsibility for International Crimes*, Leiden-Boston, 2009, p. 244 ss.

ad un determinato gruppo sociale⁵⁰. Ciò comporta che il problema probatorio riguarderà essenzialmente l'accertamento di una condotta che nel suo complesso possa dirsi tanto grave e motivata da un fine discriminatorio da costituire atto di persecuzione in base al diritto consuetudinario.

Inoltre, questa soluzione interpretativa sembra compatibile con lo scopo e lo spirito della Convenzione nel voler fornire una protezione internazionale surrogata qualora nello Stato di origine non vi sia una tutela del soggetto richiedente asilo. Infatti, applicare la nozione di persecuzione esistente nel diritto internazionale non significa escludere la necessità di indagare l'esistenza di una eventuale protezione nello Stato di origine. Pertanto, nel caso in cui l'agente della persecuzione sia un privato o un gruppo di privati la valutazione del comportamento statale nel prevenire o reprimere tali condotte diviene sicuramente rilevante. Tuttavia, la mancata protezione statale non deve essere presa in considerazione per attribuire allo Stato la responsabilità per gli atti di persecuzione e quindi stabilire l'esistenza o meno della persecuzione. Deve essere semmai presa in considerazione per valutare il fondato timore del richiedente. Se la protezione statale non è effettiva, oppure se manca completamente l'apparato statale allora ciò contribuirà alla prova della mancanza di protezione del richiedente da future persecuzioni e, conseguentemente, del suo fondato timore⁵¹.

5. Conclusione

La nozione di persecuzione così delineata in base al diritto internazionale generale dovrebbe essere applicata anche in relazione al diritto dell'Unione europea. Come si è visto, la Direttiva 2004/83/CE lascia aperte diverse opzioni interpretative in materia, ma occorre ricordare che il suo scopo è specificare – e non innovare – la nozione di rifugiato sancita dalla Convenzione al fine di permettere un'applicazione uniforme della protezione offerta da tale strumento nei vari Stati membri.

⁵⁰ Situazioni di violenza generalizzata non danno di per sé titolo allo status di rifugiato, ma occorre che il richiedente sia oggetto della c.d. "differential victimization" (J.C. HATHAWAY, *The Law of Refugee Status*, cit., p. 185 ss.), ovvero di gravi violazioni che lo colpiscono per un motivo discriminatorio. In proposito v. lo *Handbook* dell'Alto commissario per i rifugiati, *supra* nota 18, par. 164, nonché i casi *Adan e Ibrahim*, *supra* nota 39.

⁵¹ Questa è la posizione assunta dalla giurisprudenza canadese e neozelandese. V. i casi *Ward e No. 71427*, *supra* nota 21. Anche parte della dottrina condivide la medesima soluzione (A. FORTIN, *The Meaning of "Protection" in the Refugee Definition*, in *International Journal of Refugee Law*, 2000, p. 548 ss.; D. WILSHER, *Non-State Actors and the Definition of a Refugee in the United Kingdom: Protection, Accountability or Culpability?*, cit., p. 106 ss.), ovvero l'indagine circa la mancanza di protezione statale non farebbe parte né dell'accertamento dell'elemento relativo alla persecuzione né di quello concernente la protezione interna in base all'art. 1 della Convenzione, ma del diverso requisito del fondato timore.

Pertanto, anche a livello europeo il coinvolgimento statale nella persecuzione dovrebbe essere irrilevante a patto di accertare che una persecuzione, secondo la sua definizione in base al diritto internazionale generale, si è verificata o meglio rischia di verificarsi nel paese di origine ai danni del richiedente. Lo status di rifugiato dovrebbe allora essere riconosciuto solo nei casi di violazioni massicce o sistematiche commesse con uno dei fini discriminatori elencati. La valutazione della mancata protezione statale dovrebbe essere solo funzionale all'accertamento del separato requisito del fondato timore.

In questo modo, è vero, dalla nozione di persecuzione si escludono una serie di violenze isolate che seppur gravi non soddisfano tutti i requisiti esistenti in base al diritto consuetudinario. Si tratta per l'appunto di alcune delle violazioni che avevano sollevato il problema della loro inclusione nella definizione della Convenzione e nei confronti delle quali era stato necessariamente sviluppato l'ulteriore requisito della mancanza di protezione statale per poter estendere la protezione internazionale in questione. D'altro canto, l'applicazione di tale nozione permette di includere, in maniera non discriminatoria, tutte le violazioni che siano qualificabili come atti di persecuzione, in base ad una nozione uniforme nel diritto internazionale generale, indipendentemente dal fatto di essere state commesse da organi statali o da privati, o meglio indipendentemente dal fatto di essere imputabili o meno allo Stato di origine.

Il diritto d'asilo nell'ordinamento italiano: struttura, garanzie, effettività*

Elisa Cavasino

SOMMARIO: 1. Premessa. – 1. La struttura del diritto d'asilo. – 1.1. L'affermazione che l'asilo è un diritto. – 1.2. Le implicazioni della qualificazione dell'asilo come diritto soggettivo. – 2. Le cause della recessività dell'asilo. Diritto internazionale e processo d'integrazione europea. – 2.1. Lo statuto dell'asilo nel diritto internazionale. – 2.2. Ulteriori implicazioni: asilo e limiti all'estradizione dello straniero. – 2.3. L'incidenza del diritto dell'Unione europea sul regime giuridico dell'asilo per i cittadini dell'Unione europea – 2.4. La riduzione dello spazio normativo della disciplina costituzionale sull'asilo: le competenze europee sull'asilo – 3. Applicare la disciplina costituzionale sul diritto d'asilo. – 3.1. La titolarità del diritto d'asilo: presupposti e condizioni. – 3.2. La differenza fra oggetti regolati dalla disciplina internazionale ed europea e la disciplina costituzionale sul diritto d'asilo. Considerazioni specifiche su asilo e *status* di rifugiato. – 3.3. Le facoltà inerenti al diritto d'asilo: l'interpretazione degli articoli 2 e 3 della Costituzione. – 4. Conclusioni.

1. Premessa

Negli ultimi decenni, i contributi dedicati al tema delle relazioni fra sovranità, cittadinanza e diritti fondamentali, sembrano porre come *orizzonte assiologico* per il giurista contemporaneo la costruzione di un ordine giuridico in cui “*i diritti del cittadino si saranno trasformati realmente, positivamente, nei diritti dell'uomo*”¹ ed in cui dovrebbe perdere di rilievo l'idea di confine e di cittadinanza². I diritti fondamentali potrebbero costituire un substrato omogeneo di limiti al potere, “allargando gradualmente il diritto d'asilo fino ad annullarlo insieme al privilegio della cittadinanza”³. Queste considerazioni, tuttavia, s'innestano in un contesto in cui è ancora aperto il dibattito sul fondamento e la struttura dei diritti umani, in cui il linguaggio dei diritti fondamentali è inteso, da una parte del “mondo”, come “l'ultima forma dell'imperialismo occidentale”⁴.

* Questo scritto costituisce un approfondimento delle riflessioni proposte nella tesi di dottorato in *Diritto comunitario e diritto interno*, dal titolo *La protezione dello straniero extracomunitario fra garanzie costituzionali, acquis communautaire e sistema di protezione regionale dei diritti dell'uomo*, discussa dall'autrice nel febbraio 2006 presso l'Università degli Studi di Palermo.

¹ N. BOBBIO, *Presente e avvenire dei diritti dell'uomo*, 1967, ora in *L'età dei diritti*, Torino, 1997, p. 24 (corsivo aggiunto).

² *Ibidem*, p. 24.

³ L. FERRAJOLI, *La sovranità nel mondo moderno*, Bari, 1997, pp. 57-59.

⁴ L. SIEDENTOP, *Democracy in Europe*, trad. it. di C. Mennella, *La democrazia in Europa*, Torino, 2000, p. 255.

Se non si realizzasse l'auspicio dell'affermazione di diritti umani *positivi universali*⁵? La forma giuridica Stato potrebbe non tramontare, ma, semplicemente, trasformarsi⁶. Lo Stato e la sua Costituzione potrebbero quindi mantenere un ruolo cruciale nella definizione della struttura e dei livelli di tutela dei diritti fondamentali⁷. Per tali ragioni può essere ancora utile osservare le relazioni fra istituti che hanno radici profonde nella storia giuridica europea e che sono entrati nel diritto costituzionale dello Stato agganciandosi all'idea di *appartenenza* ad una comunità politica. Questo contributo non intende offrire una *ricostruzione* della categoria degli istituti che determinano la struttura della cittadinanza o la condizione giuridica dello straniero, ma, più semplicemente, verificare come è stato costruito ed interpretato un regime di tutela *specificamente* destinato a soggetti privati di alcuni diritti fondamentali per affermare uno dei principi supremi dell'ordinamento costituzionale italiano: il principio democratico.

1. La struttura del diritto d'asilo

1.1. L'affermazione che l'asilo è un diritto

È affermazione ricorrente che l'art. 10, comma 3., della Costituzione italiana sia una disposizione immediatamente precettiva che attribuisce allo straniero un *diritto soggettivo*: il diritto d'asilo⁸. La disciplina costituzionale garantisce, secondo la giurisprudenza di legittimità più recente, *soltanto* un *diritto all'ingresso ed alla non espulsione* dal territorio dello Stato⁹ o un diritto condi-

⁵ L'espressione in corsivo è di N. BOBBIO, *L'età dei diritti*, loc. cit.

⁶ P. HÄBERLE, (voce) *Stato costituzionale, II) Sviluppo storico*, in *Enciclopedia giuridica Treccani*, Roma, XXX, 2000, p. 6 ss.; rispetto alle implicazioni del processo d'integrazione comunitaria A. MANZELLA, *Lo Stato "comunitario"*, in *Quaderni costituzionali*, 2003, pp. 273-294.

⁷ M. LUCIANI, *Costituzionalismo irenico e costituzionalismo polemico*, in *Giurisprudenza costituzionale*, 2006, pp. 1644 ss., spec. par. 5.

⁸ Corte di cassazione (Sezioni Unite), *Jaber Allen c. Ministero dell'Interno*, sentenza del 26 maggio 1997, n. 4674. In dottrina E. CANNIZZARO, A. CALIGIURI, *Art. 10 Cost.*, in R. BIFULCO, A. CELOTTO, M. OLIVETTI, *Commentario alla Costituzione*, Torino, 2006, I, p. 254; P. BONETTI, L. NERI, *Il diritto d'asilo*, in B. NASCIBENE (a cura di), *Diritto degli stranieri*, Padova, 2001, p. 1158; G. D'ORAZIO, *Lo straniero nella Costituzione italiana (asilo - condizione giuridica - estradizione)*, Padova, 1992, p. 50; A. CASSESE, *Art. 10*, in G. BRANCA (dir. da), *Commentario della costituzione*, Bologna-Roma, 1975, p. 538.

⁹ C. ALTAVISTA, *I limiti del diritto d'asilo*, in *TAR*, 2003, I, pp. 829-831; C. ESPOSITO, (voce) *Asilo (diritto di)*, in *Enciclopedia del diritto*, III, Milano, 1958, p. 223. La riserva di legge avrebbe carattere di riserva assoluta secondo F. RESCIGNO, *Il diritto d'asilo tra previsione costituzionale, spinta europea e "vuoto" normativo*, in *Politica del diritto*, 2004, p. 151, spec. p. 159. Ma v. Corte di cassazione (Sezione I civile), *Commissione centrale per il riconoscimento dello status di rifugiato e Ministero dell'Interno c. A. Yunus*, sentenza del 25 novembre 2005, n. 25028.

zionato all'accertamento dello *status* di rifugiato¹⁰. La dottrina ha affermato che il diritto d'asilo rappresenta «un *genus* che trova varie specificazioni o *species*», fra le quali, in particolare, lo *status* di rifugiato¹¹.

Le riflessioni che qui si propongono, muovono proprio dall'analisi della disciplina costituzionale per riflettere su tali considerazioni.

Il primo dato da tenere presente è che Costituzione italiana ha posto un ordine cui la sovranità statale si legittima mediante il rispetto del principio democratico e del principio personalista. La tutela costituzionale del diritto d'asilo, in particolare, implica il superamento dell'idea di Costituzione come *fatto politico*, offrendoci una prospettiva in cui la Costituzione non ha ad oggetto, esclusivamente, il rapporto fra cittadini e autorità investite della potestà d'imperio¹².

L'art. 10, comma 3, Cost. inibisce al *potere sovrano* di impedire l'ingresso e la permanenza di una parte dei non cittadini sul territorio dello Stato. Gli organi statali non possono regolare secondo i moduli classici di esercizio della sovranità territoriale l'accesso al proprio territorio degli stranieri che si trovano nelle condizioni individuate dalla disposizione costituzionale sull'asilo. In altri termini, la costituzionalizzazione del diritto d'asilo è indice del superamento dell'idea che l'esercizio del potere sovrano dello Stato sul proprio territorio implichi la piena potestà d'imperio nell'attività di controllo delle frontiere¹³.

Il secondo dato che ci offre la disciplina costituzionale sull'asilo è la differenziazione che essa opera fra la condizione giuridica di un “non cittadino al quale sia impedito nel suo Paese l'effettivo esercizio delle libertà democratiche” e la condizione giuridica dello “straniero” di cui all'art. 10, comma 2, Cost.

Il terzo dato, di sistema, su cui soffermarsi, è che l'istituto dell'asilo, storicamente ricostruibile come un'immunità o come una garanzia d'invulnerabilità personale di cui lo Stato concedeva il beneficio nell'esercizio delle proprie prerogative sovrane¹⁴, è configurato dal testo costituzionale italiano, come un “dirit-

¹⁰ Ad es. Corte di cassazione (Sezione I civile), *Selimi c. Ministero dell'interno*, sentenza del 25 settembre 2006, n. 18549 in *Foro italiano*, 2006, I, c. 2851 con nota di P. PASSAGLIA, *Eutanasia di un diritto (la triste parabola dell'asilo)* e Corte di cassazione (Sezione I civile), sentenza del 25 novembre 2005 n. 25028, cit.

¹¹ B. NASCIBENE, *Diritto d'asilo e statuto di rifugiato*, relazione al convegno annuale dell'Associazione italiana dei Costituzionalisti su “*Lo statuto costituzionale del non cittadino*”, Cagliari, 16-17 ottobre 2009, in www.associazionedeicostituzionalisti.it/materiali/convegni/aic200910/Nascimbene.pdf, par. 16.

¹² Cfr. P. HÄBERLE, (voce) *Stato costituzionale. I) Principi generali*, in *Enciclopedia giuridica Treccani*, XXX, Roma, 2000, *ad vocem*; ID., (voce) *Stato costituzionale. III) La costituzione dello stato costituzionale*, ivi, *ad vocem*; contra A. PACE, (voce) *Libertà personale*, in *Enciclopedia del diritto*, XXIV, Milano, 1974, p. 306. Parla di *umanizzazione* del diritto internazionale A. J. RODRIGUEZ CARRIÓN, *Lecciones de derecho internacional público. Introducción a su estructura, dinámica y funciones*, V ed., Madrid, 2002, pp. 61-62.

¹³ Cfr., *ex plurimis* A. CASSESE, *International Law*, Oxford -New York, 2001, pp. 89 e 97.

¹⁴ Si può far risalire al XVII sec. la moderna tradizione europea sull'asilo, prima istituto di diritto umanitario derivante dal rispetto per le sedi religiose cfr. P.G. CARON, (voce) *Asilo (diritto canonico)*.

to”, mentre, di contro, in altri ordinamenti costituzionali e nell’ordinamento internazionale l’asilo resta una prerogativa statale¹⁵.

La specificità del diritto d’asilo risiede quindi nella sua autonomia dalle altre forme di protezione dello straniero. Esso è un *diritto* previsto dalla Costituzione ed è un diritto esclusivamente disciplinato da essa, in assenza di una legge sull’asilo che ne specifichi le condizioni per l’esercizio. Ciò non accade, invece, in altri Stati europei¹⁶.

L’ultimo dato su cui soffermarsi è che l’art. 10, comma 3, Cost., oltre a definire i presupposti e le condizioni per il riconoscimento del diritto, pone una ri-

co e diritto pubblico medioevale e moderno), in *Novissimo Digesto Italiano*, vol. I, tomo II, 1958, p. 1036. Cfr. anche F. CREPEAU, *Droit d’asile. De l’hospitalité aux controles migratoires*, Bruxelles, 1995, p. 38 ss. che distingue, però, l’asilo territoriale o *sovrano*, collocabile storicamente alle origini dell’età moderna e sino a tutto il XVII sec., dall’asilo *politico*, conseguente allo sviluppo dei trattati sull’extradizione, a partire dal XVIII secolo. L’asilo *territoriale* costituiva una prerogativa sovrana che consentiva allo Stato di proteggere anche i criminali comuni. Lo sviluppo delle relazioni internazionali fra Stati ha indirizzato l’esercizio di tale potere al fine di escludere dalla protezione i criminali comuni, riservandola ai criminali politici (cd. *asilo politico*).

¹⁵ Esercitabile nel quadro di un complesso di “norme” che individuano degli specifici obblighi di protezione dello straniero che nel *sistema europeo* sono, in particolare: a) la Convenzione di Ginevra del 1951 sullo *status* di rifugiato; b) la disciplina europea in vigore in materia di visti, asilo ed immigrazione; c) gli obblighi CEDU come risultanti dalle decisioni della Corte europea dei diritti umani nell’interpretazione degli articoli 3, 5, 6, 8, 13 della Convenzione europea dei diritti umani (CEDU) e dei protocolli 4 e 7. Cfr. Corte europea dei diritti umani, *Cruz Varas ed altri c. Svezia*, ricorso n. 15576/89, sentenza del 20 gennaio 1991, par. 76; *Jabari c. Turchia*, ricorso n. 40035/98, sentenza dell’11 luglio 2000, paragrafi 48-50; *Chahal c. Regno Unito*, ricorso n. 22414/93, sentenza del 15 novembre 1996, paragrafi 151-155; *Paez c. Svezia*, ricorso n. 29842/95, sentenza del 30 ottobre 1997.

¹⁶ In questi ordinamenti, infatti, è accaduto che le disposizioni costituzionali sull’asilo siano state intese come disposizioni che pongono una norma programmatica per il legislatore. Ad esempio, nell’ordinamento spagnolo l’art. 13, comma 4, Cost. è oggi inteso come una norma programmatica che pone un obbligo per il legislatore di preconstituire una *garanzia di una qualche forma di protezione* per lo straniero (che può essere anche lo *status di rifugiato*). La disposizione costituzionale spagnola è stata *attuata* con legge n. 5 del 26 marzo 1984 (modificata a più riprese, in particolare dalla legge n. 9 del 19 maggio 1994). Il *Tribunal Constitucional*, con la sentenza del 27 febbraio 2002, n. 53 ha ritenuto che “no estamos ante un derecho fundamental [...]. Estamos, propiamente, ante un mandato constitucional para que el legislador configure el estatuto de quienes se dicen perseguidos y piden asilo en España”. Tale orientamento è ormai consolidato nella giurisprudenza del *Tribunal Supremo* e diffusamente condiviso dalla dottrina spagnola: D. LÓPEZ GARRIDO, *El derecho de asilo*, Madrid, 1991, p. 37 ss.; J.M. SERRANO ALBERCA, *Art. 13.4*, in F. GARRIDO FALLA (dir.), *Comentarios a la Constitución*, III ed., Madrid, 2001, pp. 257 ss., spec. p. 262; E. PÉREZ, P. ABARCA JUNCO, *Art. 13.4*, in O. ALZAGA VILLAAMIL (dir.), *Comentarios a la Constitución española de 1978*, II, Madrid, 1997, pp. 229 e 237; J.M. VILLALVILLA MUÑOZ, *Modificaciones legales y reales introducidas en la nueva regulación del derecho de asilo. (Comentario a la Ley 9/1994 de 19 de mayo, de modificación de la Ley 5/1984 de 26 de marzo, reguladora del derecho de asilo y de la condición de refugiado*, in *Revista Jurídica Española “La Ley”*, 1994, p. 1102. In Germania, invece, la disposizione costituzionale sul diritto d’asilo (art. 16) è stata modificata in senso restrittivo. Sul rapporto fra la riforma dell’asilo nella Costituzione tedesca e il diritto UE in materia di asilo K. HAILBRONNER, *Das deutsche Asylrecht gegenüber den Anforderungen des Europarechts*, in D. CASTELLANO, *Il diritto di asilo in Europa: problemi e prospettive*, Napoli, 2008, p. 105 ss.

serva di legge. Le procedure per l'accertamento della situazione giuridica soggettiva riconosciuta e garantita dalla Costituzione ed il bilanciamento fra il diritto costituzionalmente garantito ed altri beni ed interessi di rango costituzionale (la funzione di controllo delle frontiere) sono quindi demandate a norme di rango primario. Pertanto, queste procedure dovrebbero conformarsi al criterio generale per cui, dinanzi ad un diritto soggettivo, il potere dell'amministrazione dovrebbe essere configurato come attività di mero accertamento.

Ma il diritto d'asilo entra immediatamente in conflitto con alcuni interessi pubblici fondamentali quali il controllo delle frontiere, la tutela dell'ordine pubblico e la sicurezza. Questa circostanza può aver concorso a determinare la non attuazione della disposizione costituzionale¹⁷.

Quali sono stati gli effetti dell'assenza di una specifica disciplina di attuazione dell'art. 10, comma 3, Cost.?

1.2. Le implicazioni della qualificazione dell'asilo come diritto soggettivo

La presenza di una disciplina costituzionale sul diritto d'asilo che ha la struttura di una norma precettiva impone all'interprete, dinanzi ad una *richiesta d'asilo*, di verificare se lo straniero affermi di essere titolare del diritto di cui all'art. 10, comma 3, Cost. o se richieda il riconoscimento di altre forme di protezione dello straniero, che, se disciplinate da norme di trattati internazionali, trovano copertura costituzionale *ex art. 10, comma 2, Cost.* e se disciplinate da norme europee o interne di attuazione delle stesse in materia di obblighi di protezione dello straniero trovano copertura anche *ex art. 11 e 117, comma 1, Cost.* (oppure *ex articoli 10, comma 1, e 117, comma 1, Cost.*)¹⁸. Queste ultime forme di protezione sono differenziate dall'asilo sia sul piano dei presupposti e delle condizioni per il riconoscimento, sia sul piano delle facoltà ad esse inerenti¹⁹.

¹⁷ Le disposizioni della legge n. 39 del 1990, del d.lgs. n. 286 del 1998 e dei decreti legislativi attuativi delle direttive comunitarie sulla protezione dello straniero che richiamano il termine "asilo", si pongono come disposizioni di attuazione dell'articolo 10, comma 2, Cost. e danno attuazione alle norme internazionali e comunitarie che attengono alla definizione dello *status* di rifugiato o di altre forme di protezione internazionale.

¹⁸ È noto che la Corte costituzionale italiana sin dalla sentenza n. 173 del 1983 ha affermato che l'art. 11 Cost. «segna un chiaro e preciso indirizzo politico: il costituente si riferiva, nel porla, all'adesione dell'Italia alla Organizzazione delle Nazioni Unite, ma si ispirava a principi programmatici di valore generale, di cui la Comunità economica e le altre Organizzazioni regionali europee costituiscono concreta attuazione».

¹⁹ Cfr. su questo punto M. BENVENUTI, *Il diritto d'asilo nell'ordinamento costituzionale italiano. Un'introduzione*, Padova, 2007, p. 89. Sul rilievo dell'art. 117 c. 1° Cost. in questa metrica P. STANCATI, *Lo statuto costituzionale del non cittadino. Le libertà civili*, relazione al Convegno annuale dell'Associazione italiana dei costituzionalisti su *Lo statuto costituzionale del non cittadino*, Cagliari, 16-17 ottobre 2009, in www.associazionedeicostituzionalisti.it/materiali/convegni/aic200910/STANCATI.pdf.

A questo punto, sembra utile rilevare che il diritto *soggettivo* d'asilo è, in prima battuta, un diritto *rivendicato* dal suo titolare dinanzi agli organi dello Stato al momento in cui lo straniero è sottoposto ai controlli di frontiera. Oppure, se lo straniero, per qualche motivo, non sia stato sottoposto a tali controlli (perché, ad esempio, vi si è sottratto), si troverà a doverlo rivendicare qualora intenda risiedere e circolare sul territorio dello Stato o svolgere una qualsiasi attività che lo metta in relazione con i privati o con la pubblica amministrazione.

Appare importante porre in evidenza che *in mancanza di un riconoscimento formale* dell'asilo da parte delle autorità competenti al controllo delle frontiere, *il titolare del diritto d'asilo non può effettivamente esercitare le facoltà connesse a tale diritto*. Per tale ragione, il richiedente asilo, in base all'art. 10, comma 3, Cost. vanta un diritto all'accertamento della sussistenza dei presupposti costituzionali. Se così non fosse, infatti, se cioè i poteri di accertamento del diritto esercitati dalla pubblica amministrazione non fossero poteri di mero accertamento, di carattere non discrezionale, il diritto d'asilo potrebbe essere *negato* sin dal primo momento in cui il soggetto intende esercitarlo²⁰.

Tuttavia, come si è detto, la posizione del richiedente asilo rispetto alle autorità amministrative sembra essere oggi, di fatto, quella di un soggetto titolare di un *interesse legittimo qualificato* (dalla Costituzione) all'ingresso ed al soggiorno sul territorio dello Stato. In particolare, la differenza tra richiedente asilo e richiedente il riconoscimento dello *status* di rifugiato non sembra sussistere al momento in cui lo straniero entra in relazione con l'amministrazione competente allo svolgimento della funzione di controllo delle frontiere.

Sino al momento del riconoscimento di una forma di protezione (secondo la giurisprudenza di legittimità, in particolare) lo straniero che rivendica la titolarità dell'asilo è sottoposto alla disciplina prevista per i rifugiati.

Ma, la disciplina sui rifugiati e quella sugli asilati tutela beni giuridici in parte differenti, avendo "radici" normative differenti: la Costituzione, per il diritto d'asilo; il diritto internazionale per lo *status* di rifugiato. Esse inoltre, hanno effetti differenti. Ad esempio, la disciplina internazionale della condizione giuridica dei rifugiati non attribuisce allo straniero che richiede il riconoscimento di tale *status* un diritto all'ingresso sul territorio dello Stato ma soltanto un diritto a non essere respinto, mentre la disposizione costituzionale sull'asilo implica tale diritto. Inoltre, la disciplina sui rifugiati prevede delle clausole di esclusione e di

²⁰ Su potere amministrativo e situazioni giuridiche soggettive A. ROMANO TASSONE, *I soggetti e le situazioni giuridiche soggettive del diritto amministrativo*, in L. MAZZAROLI, G. PERICU, A. ROMANO, F. ROVERSI MONACO, G. SCOCA, *Diritto amministrativo*, Bologna, 2001, vol. I, pp. 293, 294, 319; v. anche G. MORBIDELLI, *Il procedimento amministrativo*, ivi, vol. II, p. 1225; R. VILLATA, *L'atto amministrativo*, ivi, vol. II, p. 1427, spec. p. 1569 e M. OCCHIENA, *Situazioni giuridiche soggettive e procedimento amministrativo*, Milano, 2002, pp. 3 e 24.

cessazione del regime di protezione che non possono essere applicate *sic et simpliciter* nei casi disciplinati dall'art. 10 c. 3° Cost.²¹.

Nonostante ciò, le due situazioni sono di fatto equiparate, sia dalla pubblica amministrazione sia dalla giurisprudenza di legittimità più recente.

Più specificamente, allo straniero che rivendica il diritto d'asilo si applica la disciplina prevista dalla *legge Martelli* sul riconoscimento dello *status* di rifugiato²² e parte della disciplina del d.lgs n. 286 del 1998, il testo unico sull'immigrazione (TU), oltre ad alcuni decreti legislativi che hanno dato attuazione alla disciplina europea in materia di condizione giuridica dei rifugiati e la disciplina sul riconoscimento di alcuni speciali regimi di protezione dello straniero²³.

I titolari del diritto d'asilo sono considerati a tutti gli effetti come stranieri che richiedono di essere ammessi sul territorio dello Stato e di potervi soggiornare non in base alle disposizioni costituzionali che regolano l'ingresso e il sog-

²¹ Si segnala a tal proposito che è pendente dinanzi alla Corte di giustizia dell'Unione europea una questione pregiudiziale relativa proprio a tali profili, con riferimento alla disciplina europea sui rifugiati ed al rapporto che s'instaura con la disciplina costituzionale sull'asilo di cui alla Costituzione tedesca, Corte di giustizia dell'Unione europea, domanda di pronuncia pregiudiziale proposta dal *Bundesverwaltungsgericht* il 13 marzo 2009, *Germania c. D.*, causa C-101/09.

²² La disciplina interna sui rifugiati è recata dalla Legge 28 febbraio 1990, n. 39, recante "Conversione in legge, con modificazioni, del decreto-legge 30 dicembre 1989, n. 416, recante norme urgenti in materia di asilo politico, di ingresso e soggiorno dei cittadini extracomunitari e di regolarizzazione dei cittadini extracomunitari ed apolidi già presenti nel territorio dello Stato. Disposizioni in materia di asilo", in *Gazzetta Ufficiale* n. 49 del 28 febbraio 1990; art. 19 del d.lgs. 25 luglio 1998, n. 286, "Testo unico delle disposizioni concernenti la disciplina dell'immigrazione e norme sulla condizione dello straniero", in *Gazzetta Ufficiale* n. 191 del 18 agosto 1998 – Supplemento Ordinario n. 139; d. lgs. 3 ottobre 2008, n. 159 "Modifiche ed integrazioni al decreto legislativo 28 gennaio 2008, n. 25, recante attuazione della direttiva 2005/85/CE relativa alle norme minime per le procedure applicate negli Stati membri ai fini del riconoscimento e della revoca dello status di rifugiato", pubblicato nella *Gazzetta Ufficiale* n. 247 del 21 ottobre 2008; d. lgs. 28 gennaio 2008, n. 25 "Attuazione della direttiva 2005/85/CE recante norme minime per le procedure applicate negli Stati membri ai fini del riconoscimento e della revoca dello status di rifugiato", pubblicato nella *Gazzetta Ufficiale* n. 40 del 16 febbraio 2008. Cfr. Corte di cassazione (Sezione I civile), *Lingurar c. Min. Interno* sentenza del 9 aprile 2002, n. 5055.

²³ Direttiva 2001/55/CE del Consiglio del 20 luglio 2001, "Norme minime per la concessione della protezione temporanea in caso di afflusso massiccio di sfollati e sulla promozione dell'equilibrio degli sforzi tra gli Stati membri che ricevono gli sfollati e subiscono le conseguenze dell'accoglienza degli stessi" (attuata con d.lgs. 7 aprile 2003, n. 85); regolamento (CE) n. 343/2003 del Consiglio del 18 febbraio 2003, "Criteri e meccanismi di determinazione dello Stato membro competente per l'esame di una domanda d'asilo presentata in uno degli Stati membri da un cittadino di un paese terzo"; direttiva 2003/9/CE del Consiglio del 27 gennaio 2003, "Norme minime relative all'accoglienza dei richiedenti asilo negli Stati membri" (attuata con d.lgs. 30 maggio 2005, n. 140); direttiva 2004/83/CE del Consiglio del 29 aprile 2004, "Norme minime sull'attribuzione, a cittadini di paesi terzi o apolidi, della qualifica di rifugiato o di persona altrimenti bisognosa di protezione internazionale, nonché norme minime sul contenuto della protezione riconosciuta" (attuata con d.lgs. 19 novembre 2007, n. 251); direttiva 2005/85/CE del Consiglio del 1° dicembre 2005, "Norme minime per le procedure applicate negli Stati membri ai fini del riconoscimento e della revoca dello status di rifugiato" (attuata con i citati d.lgs. 28 gennaio 2008, n. 25, modificato e integrato dal d.lgs. 3 ottobre 2008, n. 159).

giorno dei non cittadini, ma in base all'applicazione di un regime di *protezione* prefigurato da norme internazionali ed europee²⁴.

Il diritto d'asilo è stato ritenuto, negli ultimi anni, una forma di protezione interinale, riconosciuta nelle more del riconoscimento dello *status* di rifugiato. La titolarità del diritto d'asilo non è stata accertata secondo procedure giurisdizionali (che possono, eventualmente, essere attivate come mezzi di gravame dopo lo svolgimento delle procedure *amministrative*). Il contenuto del diritto è stato determinato *per relationem* sulla base della disciplina di uno *status* di protezione fondato su norme internazionali o europee. Ciò ha comportato l'applicazione al richiedente asilo di misure restrittive della libertà personale per evitare l'elusione della disciplina sull'ingresso ed il soggiorno degli stranieri (trattenimento e, in caso di rigetto della domanda, espulsione dal territorio dello Stato). Considerando la riserva di legge posta dal comma 3 dell'art. 10 Cost. e dagli articoli 13 e 16 Cost., bisogna quindi ragionare sulla compatibilità di tale opzione ermeneutica con alcuni principi costituzionali e chiedersi: l'affermazione che l'asilo è un diritto che significato assume oggi? Come si è realizzato il processo di erosione dello spazio di applicazione della disciplina costituzionale sul diritto d'asilo?

2. Le cause della recessività dell'asilo. Diritto internazionale e processo d'integrazione europea.

2.1. Lo statuto dell'asilo nel diritto internazionale

L'asilo nasce come forma tipica di manifestazione della sovranità (esterna) dello Stato. Nel diritto internazionale "classico" non è né un *diritto* della persona né il riflesso di un *obbligo* internazionale dello Stato²⁵: lo Stato può concedere asilo territoriale senza incorrere in alcuna ipotesi di responsabilità internazionale, in virtù di una norma internazionale generalmente riconosciuta²⁶, e può con-

²⁴ Si utilizzerà il termine "europeo" per indicare sia la disciplina di cui al Titolo IV nel Trattato CE su "visti, asilo ed immigrazione", come introdotto dal Trattato di Amsterdam (e gli atti di diritto derivato), sia la disciplina di cui al Titolo V del Trattato sul funzionamento dell'Unione europea in materia di "spazio di libertà, sicurezza e giustizia".

²⁵ A. GRAHL-MADSEN, *The Status of Refugees International Law*, I, *Refugee Character*, Leyden, 1966, pp. 57-60; D. BOUTELLET-PAQUET, *L'Europe et le Droit d'Asile. La politique d'asile européenne et ses conséquences sur les pays d'Europe centrale*, Paris, 2001, pp. 89 ss.; E. CANNIZZARO, A. CALIGIURI, *Art. 10 Cost.*, cit., p. 259; E. M. MAFROLLA, *L'evoluzione del regime internazionale in materia di asilo: tra sovranità territoriale e dovere umanitario*, in *Rivista internazionale di diritti dell'uomo*, 2001, pp. 532 ss., spec. p. 535; R. TRUJILLO HERRERA, *La Unión europea y el derecho de asilo*, Madrid, 2003, pp. 95-97 P. ZIOTTI, *Il diritto d'asilo nell'ordinamento italiano*, Padova, 1988, p. 138.

²⁶ Cfr. M. GIULIANO, (voce) *Asilo (diritto di)*, in *Enciclopedia del diritto*, III, 1958, pp. 204-206; A. AZARA, (voce) *Asilo (diritto internazionale)*, in *Novissimo Digesto Italiano*, I, tomo II, p. 1039;

cedere asilo extraterritoriale nei limiti in cui ciò è tollerato dallo Stato in cui è collocato il presidio diplomatico²⁷. Ora, il Costituente italiano ha posto delle regole che rendono l'asilo, che resta una prerogativa sovrana nell'ordinamento internazionale, un istituto che trova una specifica regolamentazione e assume la forma di diritto soggettivo di rango costituzionale²⁸. Qual è la *ratio* dell'asilo? Quali gli effetti del riconoscimento di tale diritto?

Non sembra che il Costituente, nel definire i caratteri del diritto d'asilo, abbia fatto riferimento alla forma di protezione internazionale degli stranieri prevista nello statuto dell'Organizzazione internazionale per i rifugiati (IRO) e negli statuti delle precedenti agenzie della Società delle Nazioni, volti ad affermare la necessità di un regime internazionale sussidiario di protezione che sopperisse alla mancanza di protezione statale²⁹. La disposizione costituzionale sull'asilo ha inteso regolare una prerogativa sovrana per una finalità specifica: per affermare una precisa *idea* di partecipazione della persona alla determinazione dei caratteri di un ordinamento democratico. Ma allora perché ragionare sull'asilo nel diritto internazionale per comprendere lo statuto costituzionale dell'asilo?

H. GROZIO, *De jure belli ac pacis*, 1625, Libro III, cap. XX, art. XLI, I: “*Subditos singulos qui ex altera ditione in alteram migrare volunt suscipere, non est contra amicitia*”.

²⁷ Per l'asilo extraterritoriale soltanto nell'America Latina si può affermare che esista una norma consuetudinaria (consuetudine regionale) che obbliga gli Stati a rispettare l'inviolabilità della sede diplomatica anche rispetto alla presenza di propri cittadini che vi hanno trovato rifugio. Ma, sul punto, Corte internazionale di giustizia, *Asylum Case (Colombia c. Peru)*, sentenza del 20 novembre 1950, *I.C.J. Reports* 1950, p. 266; in dottrina, in favore dell'esistenza di una consuetudine regionale in materia A. GRAHL-MADSEN *The Status of Refugees International Law*, II, *Asylum, entry and sojourn*, Leiden, 1972, pp. 57 ss. Per l'esistenza di una consuetudine internazionale in merito all'asilo territoriale si vedano, ad esempio, in dottrina, A. GRAHL-MADSEN *The Status of Refugees in International Law*, cit., pp. 4 ss.; D. BOUTILLET-PAQUET, *L'Europe*, cit., pp. 42 ss. M. GIULIANO, (voce) *Asilo (diritto di)*, cit., p. 211. L'art. 14 della Dichiarazione universale dei diritti umani e l'art. 1 della risoluzione su *L'asile en droit international public* adottata dall'*Institut de Droit International* nel corso della sessione di lavori tenutasi a Bath l'11 settembre 1950 definiscono l'asilo come “*la protection qu'un Etat accorde sur son territoire ou dans un autre endroit relevant de certains de ses organes à un individu qui est venu la rechercher*”.

²⁸ Sul punto G. D'ORAZIO, *Lo straniero nella Costituzione italiana*, cit., p. 28.

²⁹ L'IRO era una agenzia specializzata delle Nazioni Unite fondata nel 1946. Il suo statuto, *The Constitution of the International Refugee Organization*, del 15 dicembre 1946 verrà ripreso, quanto alla nozione di rifugiato e di protezione da parte degli Stati di accoglienza, dall'art. 1 della Convenzione di Ginevra riguardante lo status di rifugiato del 1951 e, inizialmente, richiamato nel mandato dell'*Office of the United Nations High Commissioner for Refugees*, istituito il 14 dicembre 1950 dall'Assemblea generale delle Nazioni Unite. Gli antesignani dello statuto internazionale dei rifugiati sono costituiti dagli statuti dell'*High Commission for Refugees* della Società delle Nazioni, istituito il 27 giugno 1921, e del *Nansen Office for Refugees* attivo dal 1° aprile 1931. Per un'approfondita analisi delle differenti accezioni che il termine rifugiato ha assunto nel diritto internazionale pattizio prima del secondo conflitto mondiale, A. GRAHL-MADSEN, *The Status of Refugee in International Law*, I, cit., pp. 74 ss. J.C. HATHAWAY, *The Rights of Refugees under International Law*, New York, 2005; G. GOODWIN-GILL, *The Refugee in International Law*, II ed., Oxford, 1996.

Nonostante non sia possibile individuare in capo agli Stati degli obblighi specifici di protezione³⁰, l'apporto del diritto internazionale è importante ai fini della definizione delle facoltà inerenti al diritto d'asilo³¹.

Nell'ordinamento internazionale non sono definiti i presupposti per il riconoscimento dell'asilo (tranne quello soggettivo di non essere cittadini dello Stato di asilo) ma è presente una disciplina degli *effetti* di tale riconoscimento. Ora, è chiaro che il Costituente, quando costruiva la disciplina del diritto d'asilo, intendeva certamente assicurare che i titolari di tale diritto beneficiassero degli *effetti* che il riconoscimento dell'asilo produce nell'ordinamento internazionale.

La trasposizione a livello costituzionale del "diritto" d'asilo ha comportato che la titolarità dello stesso sussista in presenza delle condizioni dettate dal testo costituzionale e che le facoltà connesse al diritto d'asilo si ricostruiscano sulla base della configurazione del *potere di concedere asilo* nel diritto internazionale.

Una prima, fondamentale, conclusione è che il contenuto minimo del diritto d'asilo si estende sino al punto in cui giunge il potere dello Stato di concedere asilo nell'ordinamento internazionale.

In altri termini, mentre la struttura delle altre forme di protezione dello straniero – come lo *status* di rifugiato, la protezione sussidiaria, alternativa, temporanea – è determinata sulla base delle disposizioni di diritto internazionale che individuano degli obblighi di protezione *cui uno Stato si è sottoposto* nei confronti di altri Stati³² (questa è l'immagine che offre l'art. 10, comma 2, Cost.); gli

³⁰ La Dichiarazione sull'asilo territoriale, adottata all'unanimità dall'Assemblea generale delle Nazioni Unite nel 1967 (UN Doc. A/RES/2312 (XXII) del 14 dicembre 1967), unico atto che si occupa dell'asilo, nel ribadire la natura di prerogativa sovrana dell'istituto, agli articoli 2 e 3 prevede il principio del *non refoulement*. È prevista la possibilità per lo Stato di effettuare il *refoulement* "only for overriding reasons of national security or in order to safeguard the population". Cfr. F. CREPEAU, *Droit d'asile. De l'hospitalité aux controles migratoires*, cit., p. 169; G. D'ORAZIO, *Lo straniero nella Costituzione italiana*, cit., 29. G. GOODWIN-GILL, *The Refugee in International Law*, cit., p. 174.

³¹ G. D'ORAZIO, *Lo straniero nella Costituzione italiana*, cit., pp. 28 e 29.

³² Cfr. rispettivamente Convenzione di Ginevra sullo status di rifugiato del 1951; giurisprudenza della Corte europea dei diritti umani sull'art. 3 CEDU, *Chahal v. UK*, ricorso n. 22414/93, sentenza del 15 novembre del 1996; *Ahmed v. Austria*, ricorso n. 25964/94, sentenza del 17 dicembre 1996; *H.L.R. c. France*, ricorso n. 24573/94 sentenza del 22 aprile 1997; *Jabari v. Turkey*, ricorso n. 40035/98, sentenza dell'11 luglio 2000; *Hilal v. UK*, ricorso n. 45276/99, sentenza del 6 marzo 2001; *Mamatkulov and Askarov v. Turkey*, ricorsi nn. 46827/99 e 46951/99, sentenza del 4 febbraio 2005; *Salah Sheekh v. the Netherland*, ricorso n. 1948/04, sentenza dell'11 gennaio 2007; [GC] *Saadi v. Italy*, ricorso n. 37201/06, sentenza del 28 febbraio 2008; *NA. v. The United Kingdom*, ricorso n. 25904/07, sentenza del 17 luglio 2008, *Abdolkhani and Karimnia v. Turkey*, ricorso n. 30471/08, sentenza del 22 settembre 2009; *T.I. v. United Kingdom*, ricorso n. 43844/98, decisione di ammissibilità del 7 marzo 2000. La costruzione di questi obblighi di protezione si collega alla giurisprudenza della Corte europea dei diritti umani in tema di estradizione a partire dal caso *Soering v. UK*, ricorso n. 14038/88, sentenza del 7 luglio 1989; per il diritto europeo cfr. direttiva 2001/55/CE; direttiva 2004/83/CE; direttiva 2005/85/CE. Sulla protezione sussidiaria *ex art. 15 lett. c) dir. 2004/83/CE* Corte di giustizia dell'Unione europea (Grande Sezione) 17 febbraio 2009, *M. Elgafaji, N. Elgafaji / Staatssecretaris van Justitie*, causa C-465/07.

obblighi di protezione cui lo Stato deve ottemperare ai sensi dell'art. 10, comma 3, Cost. sono quelli discendenti dall'esercizio del potere sovrano *verso un altro Stato* per escludere che lo straniero venga sottoposto all'esercizio della giurisdizione di quello Stato. Dato che l'effetto della concessione dell'asilo, sul piano del diritto internazionale, era (ed è) l'obbligo, per gli altri Stati, di astenersi dal compimento di atti che possano violare la sovranità dello Stato d'asilo rispetto alla protezione concessa allo straniero³³, si può ritenere che la titolarità del diritto d'asilo nell'ordinamento italiano implichi innanzitutto che lo Stato sia tenuto a garantire allo straniero una forma di protezione contro l'esercizio della giurisdizione da parte di un altro Stato³⁴ e ad evitare che lo straniero possa subire pregiudizi alla propria vita e alla propria integrità psico-fisica a causa della mancata protezione da parte dello Stato d'origine³⁵.

Quindi, a differenza di altre forme di protezione dello straniero, la protezione costituzionale è garantita al fine di sottrarre lo straniero ad atti lesivi compiuti da agenti di un altro Stato a danno della propria persona³⁶.

Inoltre, sempre ragionando sulla struttura del diritto d'asilo nella prospettiva indicata, va rilevato che nell'ordinamento internazionale si ritiene che “*extradition and asylum are related, in so far as refusal of extradition may amount to the granting of asylum, and, on the other hand, extradition means denial of asylum*”³⁷. La titolarità del diritto d'asilo implica così l'inibizione della pratica delle *estradizioni mascherate*, cioè delle espulsioni funzionali a *consegnare* il titolare del diritto all'asilo ad uno Stato terzo al fine di consentire a questo di perseguirlo o di limitarne la libertà personale.

A fronte delle indicazioni che offre l'ordinamento internazionale in materia di asilo, la costituzionalizzazione del diritto d'asilo implica in primo luogo che lo Stato non possa procedere al respingimento, all'allontanamento, all'espulsione dello straniero dal territorio statale (c.d. *refoulement*), qualora ciò possa avere come effetto un pregiudizio per la tutela della sua vita o integrità fisica.

³³ Quali gli atti di violenza, le operazioni di *intelligence* volte alla cattura del titolare dell'asilo (attraverso propri agenti, fra i quali possono esservi anche dei privati che agiscono a supporto dell'azione organizzata dallo Stato d'origine), o il compimento di atti intimidatori. A. GRAHL-MADSEN, *The Status of Refugees in International Law*, II, 186-190, rispetto alle azioni di cattura effettuate sul territorio di uno Stato estero ritiene che anche nel caso in cui la cattura fosse stata interamente organizzata e realizzata da un privato, lo Stato d'origine sarebbe obbligato ad estradare l'asilante a richiesta dello Stato che ha concesso l'asilo.

³⁴ L'espressione *esercizio della giurisdizione* è utilizzata nel significato che assume nel diritto internazionale e non come *esercizio della funzione giurisdizionale*. Cfr. A. GRAHL-MADSEN, *Territorial Asylum*, London-Rome-New York, 1980, p. 1.

³⁵ G. GOODWIN-GILL, *Migration: International Law and Human Rights*, cit., p. 181; ID., *The Refugee in International Law*, II ed., Oxford, 1996, p. 174.

³⁶ A. GRAHL-MADSEN, *Territorial Asylum*, cit., p. 1, nota 3.

³⁷ Ivi, p. 11.

2.2. Ulteriori implicazioni: asilo e limiti all'extradizione dello straniero

A differenza delle altre forme di protezione internazionale dello straniero, l'ordinamento internazionale attribuisce allo Stato d'asilo la possibilità di concedere all'asilato l'immunità penale per crimini commessi al di fuori del proprio territorio³⁸. Nell'ordinamento italiano questa forma d'immunità penale ha assunto due aspetti: il primo è di carattere *processuale* e consiste nel divieto di estradizione per reati politici (art. 10, comma 4, Cost.), definito, da parte della dottrina italiana, *asilo politico*³⁹, mentre il secondo sembra configurabile come una completa immunità penale (art. 10, comma 3, Cost.).

A certe condizioni, l'ordinamento internazionale include fra le prerogative sovrane dello Stato di asilo quella di impedire ad un altro Stato di perseguire i soggetti che hanno commesso atti penalmente rilevanti per l'ordinamento dello Stato che intende perseguire lo straniero.

L'ordinamento italiano recepisce questa indicazione nell'art. 10, commi 3° e 4°, Cost., specificandola, per il *criminale politico*, nel divieto di estradizione (per reati politici) e per il criminale cui è stato impedito l'esercizio delle libertà democratiche, nel rifiuto di perseguire i crimini da questo commessi nello Stato di appartenenza⁴⁰.

L'articolazione dell'immunità penale dello straniero in due forme è evidente dalla stessa struttura data al comma 4 dell'art. 10 Cost., il quale isola la specifica ipotesi del divieto di estradizione dello straniero per reati politici. La presenza di questa disposizione porta a ritenere che l'asilo previsto dall'art. 10, comma 3, Cost. sia qualcosa di differente dalla protezione del *combattente per la libertà*. L'asilo di cui al comma 3 dell'art. 10 è l'asilo territoriale e non sembra riservato al *combattente per la libertà*, ma ad un soggetto che, a prescindere dalla sua condotta, nello Stato di appartenenza era stato privato del godimento delle libertà *democratiche*, ossia non poteva *partecipare* alla vita politica di quella comunità.

Il titolare del diritto d'asilo è quindi un soggetto che proviene da una comunità statale che non disciplina i *rapporti politici* informandosi ai principi della sovranità popolare; del suffragio universale e diretto; della personalità, uguaglianza, libertà e segretezza del voto; della libertà di associarsi in partiti; della garanzia di una libera dialettica fra differenti opinioni in merito alle scelte di chi esercita il potere politico; della partecipazione dei cittadini alla costruzione dell'ordinamento giuridico.

La disposizione costituzionale sull'asilo prevede una forma di protezione dello straniero fondata sull'*interesse della Repubblica* a che siano affermati, con il riconoscimento del diritto d'asilo, i principi costituzionali che disegnano i rap-

³⁸ Ivi, p. 12.

³⁹ E. BERNARDI, (voce) *Asilo politico*, in *Digesto delle discipline pubblicistiche*, I, Torino, 1987, p. 423.

⁴⁰ Lo Stato con il quale lo straniero aveva un legame *stabile* in quanto cittadino o, se apolide, nel quale risiedeva abitualmente.

porti fra sistema politico e potere politico ed, in particolare, i principi costituzionali che presuppongono e implicano necessariamente l'appartenenza del singolo alla comunità politica⁴¹ cioè le modalità con cui la comunità è organizzata politicamente e può dunque essere qualificata come popolo⁴².

Più specificamente, la presenza di una specifica disposizione sul diritto d'asilo e di una specifica disposizione sul divieto di estradizione per reati politici inducono a ritenere che il tipo d'immunità ad esse sotteso sia differente qualitativamente e quantitativamente.

In particolare, la formulazione della disciplina costituzionale lascia intendere che per la concessione dell'asilo territoriale non rileva in alcun modo la commissione di reati, come, ovviamente, avviene per l'asilo politico; e che, d'altro canto, per la concessione dell'asilo politico non rileva, come invece per l'asilo territoriale, la valutazione dei caratteri democratici dell'ordinamento dello Stato di appartenenza.

L'asilo ha dunque la funzione di garantire una forma di tutela a soggetti che, semplicemente, rifiutano di appartenere ad uno Stato in cui non possono partecipare all'esercizio della sovranità secondo le modalità di articolazione del principio democratico nell'ordinamento italiano.

Il divieto di estradizione ha invece la funzione di affermare la prerogativa sovrana dello Stato di non cooperare alla repressione di crimini di natura politica, mantenendo una posizione di neutralità rispetto alle dinamiche politiche interne degli altri Stati.

Si può dire che la protezione conseguente al riconoscimento dell'asilo è costituzionalmente garantita in ragione del rifiuto dello straniero di sottoporsi ad un ordinamento giuridico in cui l'uomo non è libero ed uguale come gli altri uomini che appartengono a quella comunità⁴³.

Dunque, in quanto (e poiché) lo Stato di appartenenza non garantisce allo straniero l'esercizio delle libertà democratiche, non rileva immediatamente la commissione di reati comuni o politici da parte dello straniero. Perché?

La formulazione dell'art. 10, comma 3, Cost. esplicita un imperativo costituzionale: quello di non cooperare con Stati non democratici nella repressione dei reati, siano essi politici o comuni. Come si è detto, invece, l'*asilo politico* come configurato dall'art. 10, comma 4, Cost. riguarda un'altra categoria di stranieri, quelli che nello Stato di provenienza, a prescindere dal carattere "democratico" di quell'ordinamento, abbiano commesso dei reati politici. L'art. 10,

⁴¹ Parafrasando V. CRISAFULLI, *La sovranità popolare nella Costituzione italiana (note preliminari)*, ora in ID., *Stato, popolo, governo. Illusioni e delusioni costituzionali*, Milano, 1985, p. 127.

⁴² Sul tema la letteratura è vastissima, ma appaiono davvero suggestive le considerazioni di A. PINTORE, *I diritti della democrazia*, Bari, 2003, pp. 80-87.

⁴³ H. KELSEN, *General Theory of Law and State*, 1945, *Teoria generale del diritto e dello Stato*, Milano, 2000, pp. 289-292 e, con altre implicazioni ed accenti ID., *Staatsform und Weltanschauung*, Tubinga, 1933, trad. it. di C. Geraci, *Forme di governo e concezioni del mondo*, in *Il primato del parlamento*, Milano, 1982, pp. 45-47.

comma 4, Cost., nel proteggere una categoria di stranieri che è differente da quella di cui all'art. 10, comma 3, Cost., li protegge in un modo più limitato.

L'asilo territoriale si fonda su una valutazione delle *modalità* con le quali lo straniero esercitava i propri diritti politici nello Stato di appartenenza e dunque dovrebbe implicare automaticamente l'immunità penale processuale e sostanziale (salvo le eccezioni di cui si dirà) e proteggere anche cittadini di uno Stato estero che hanno commesso reati politici.

L'asilo politico prescinde da una specifica valutazione delle condizioni nelle quali lo straniero esercitava i diritti politici nello Stato di appartenenza ed impone, invece, all'interprete di effettuare alcune valutazioni volte ad accertare se sussiste il carattere politico del reato. Tali valutazioni implicano, in particolare, un giudizio sulla proporzionalità del fatto di reato rispetto al fine perseguito.

Questa ricostruzione diverge per alcuni aspetti da quella proposta da larga parte della dottrina.

Alcuni autori, infatti, ponendosi dinanzi al problema di evitare possibili conflitti fra obblighi di protezione derivanti dal diritto costituzionale ed obblighi internazionali dello Stato in materia di repressione dei reati, descrivono il rapporto fra diritto d'asilo e divieto d'extradizione per reati politici in termini differenti.

Secondo queste ricostruzioni il diritto d'asilo non implicherebbe necessariamente l'immunità penale. L'immunità non dovrebbe rappresentare un effetto automatico della concessione dell'asilo ma dovrebbe essere configurata come una *concessione* conseguente all'accertamento del fatto che lo straniero che richieda la protezione abbia commesso reati nello Stato d'origine per affermare le libertà costituzionali garantite dall'ordinamento italiano.

Il divieto di estradizione per reati politici avrebbe invece una portata più ampia, quella di porre lo Stato italiano in una posizione di neutralità rispetto alle lotte politiche che si consumano all'interno degli Stati esteri⁴⁴.

A questa opinione si può però obiettare che nel caso dei *combattenti per la libertà* che si trovano nella condizione di poter beneficiare dell'asilo territoriale, a differenza di coloro cui è applicabile soltanto la disposizione sul divieto di estradizione per reati politici, deve essere garantita protezione dall'esercizio della giurisdizione da parte degli Stati stranieri nel modo più ampio. Dovrebbe quindi essere garantita l'immunità penale e non soltanto processuale penale⁴⁵ perché la Costituzione impedisce la cooperazione con Stati non democratici laddove riconosce il diritto d'asilo territoriale.

Ovviamente, sussistono delle eccezioni a tale regola: l'immunità penale dovrebbe essere esclusa nei casi che rientrano nella sfera di applicazione delle norme, ritenute di *jus cogens*, che obbligano gli Stati a perseguire tipi di reato come il genocidio e altri crimini "odiosi" contro l'umanità, in ragione del princi-

⁴⁴ E. CANNIZZARO, A. CALIGIURI, *Art. 10 Cost.*, cit., p. 259.

⁴⁵ R. PISILLO MAZZESCHI, *Il caso Ocalan. A) Profili di diritto internazionale*, in *Diritto penale e processo*, 1999, p. 364, spec. p. 368, con riferimento ai commi 3° e 4° dell'art. 10 Cost.

pio di tutela della dignità della persona, principio che è presente sia nell'ordinamento costituzionale, sia nell'ordinamento internazionale⁴⁶. Rispetto a soggetti che hanno compiuto tali crimini, il diritto d'asilo troverebbe delle ulteriori limitazioni in ragione del necessario contemperamento con la tutela della dignità personale.

Entro tali limiti, si può ritenere che l'ordinamento internazionale concorra a disciplinare la condizione dello straniero che ha ottenuto l'asilo e che ha commesso atti criminali nello Stato d'origine. Il diritto internazionale mira a circoscrivere i casi di concessione di forme d'immunità penale da parte degli Stati quando detta norme in materia di protezione della dignità della persona⁴⁷. Qualora norme sui limiti alle immunità fossero agganciate a tale principio e ritenute la codificazione di una norma di diritto internazionale generale, verrebbe in rilievo l'applicazione congiunta dell'art. 10, commi 1° e 3°, Cost.⁴⁸. Una volta descritto cosa implica per il diritto internazionale il *potere di concedere asilo* e quello che comporta alla luce della disciplina costituzionale sull'asilo, è necessario affrontare il tema spostando il punto di osservazione sull'ordinamento dell'Unione eu-

⁴⁶ La legge costituzionale 21 giugno 1967, n. 1 (in *Gazzetta Ufficiale* n. 164 del 3 luglio 1967) ha apportato una deroga all'art. 10, comma 4, Cost., ammettendo l'estradizione per il crimine internazionale di genocidio. Cfr., ad es., M. CHERIF BASSIOUNI, E.M. WISE, *Aut Dedere aut Judicare: The Duty to Extradite or Prosecute in International Law*, Dordrecht, 1995, pp. 1-7.

⁴⁷ Un esempio di tale tendenza è lo Statuto della Corte penale internazionale, document A/CONF.183/9 of 17 July 1998 and corrected by process-verbaux of 10 November 1998, 12 July 1999, 30 November 1999, 8 May 2000, 17 January 2001 and 16 January 2002. Lo Statuto è entrato in vigore il primo luglio 2002 ed è stato ratificato con Legge 19 ottobre 1999, n. 409 "Ratifica ed esecuzione dell'Accordo fra le Nazioni Unite e il Governo della Repubblica italiana e l'Organizzazione delle Nazioni Unite per l'alimentazione e l'agricoltura - FAO - su la Conferenza diplomatica dei plenipotenziari sull'istituzione di una Corte penale internazionale, con allegati, fatto a New York il 27 febbraio 1998 ed a Roma il 13 marzo 1998, pubblicata nella *Gazzetta Ufficiale* n. 264 del 10 novembre 1999 - Supplemento Ordinario n. 196". Lo strumento di ratifica è stato depositato il 26 luglio 1999. Un altro esempio è costituito dalla Dichiarazione dell'ONU per l'eliminazione del terrorismo internazionale del 1991, integrata dalla dichiarazione annessa alla risoluzione dell'Assemblea generale sulle misure per eliminare il terrorismo internazionale, UN Doc. A/RES/51/210 del 17 dicembre 1996.

⁴⁸ Per gli stranieri che abbiano commesso reati comuni, si può ritenere in ogni caso, che applicandosi il solo art. 10, comma 3, Cost., non dovrebbero subire condanne neppure nel caso in cui lo Stato italiano sia obbligato nei confronti dello Stato in cui è stato commesso il reato da trattati bilaterali che contengono la clausola *aut dedere aut judicare*. Questa conclusione si giustifica, da un lato, in base alla circostanza che la garanzia costituzionale dell'asilo dovrebbe prevalere sulla disciplina internazionale pattizia e, dall'altro, discende dalla considerazione che la natura non democratica dell'ordinamento dello Stato in cui è stato commesso il reato impedirebbe allo Stato italiano di cooperare alla repressione del crimine. E. ANTONINI, *Il caso Ocalan. B) Profili di diritto interno*, in *Diritto penale e processuale*, 1999, p. 373. Si segnala però che secondo alcuni Autori, nel caso di commissione di delitti comuni da parte dello straniero cui è stato riconosciuto il diritto d'asilo può essere applicata la misura dell'espulsione in quanto egli diverrebbe "indegno dell'asilo politico" (P. BARILE, *Il soggetto privato nella Costituzione italiana*, Padova, 1953, p. 61); cfr. sul punto T. PADOVANI (a cura di), *Codice Penale*, III ed., Milano, 2005, *sub art. 235 c.p.*, p. 1074.

ropea, in quanto esso ha determinato una forte riduzione dell'ambito di applicazione della disciplina costituzionale sull'asilo.

2.3. *L'incidenza del diritto dell'Unione europea sul regime giuridico dell'asilo per i cittadini dell'Unione europea*

Il Protocollo n. 24 allegato al Trattato sul funzionamento dell'Unione europea ha ad oggetto l'asilo per i cittadini degli Stati membri⁴⁹.

Il Protocollo sull'asilo ha la stessa efficacia delle norme dei trattati, costituendone parte integrante. Esso, a differenza degli altri atti normativi dell'Unione in materia di condizione giuridica dello straniero, da un lato, attiene alla disciplina di *qualsiasi* forma di protezione che uno degli Stati membri intendano accordare; dall'altro, riguarda tutti coloro che non sono cittadini dell'Unione.

Il Protocollo n. 24 sembra andare nella direzione prospettata dalla giurisprudenza UE in merito al futuro della cittadinanza dell'Unione, secondo cui "lo *status* di cittadino dell'Unione è destinato ad essere lo *status* fondamentale dei cittadini degli Stati membri"⁵⁰.

In base alla formulazione di questo atto, si può essere indotti a ritenere che ogni Stato membro dovrebbe qualificare come *Paesi d'origine sicuri* gli altri Stati membri al fine dell'applicazione di qualsiasi disposizione in materia di *asilo*, inteso nel senso più ampio possibile. Il presupposto alla base di tale disciplina è che gli Stati membri rispettino le libertà democratiche⁵¹.

La regola generale posta dal Protocollo sull'asilo prevede che gli Stati membri possano esaminare una richiesta d'asilo presentata da un cittadino dell'Unione soltanto se lo Stato di provenienza abbia dichiarato di applicare l'art. 15 CEDU (disposizione che prevede la sospensione di alcuni diritti garantiti dalla Convenzione sul territorio dello Stato parte) o se è stata avviata la procedura di cui all'articolo 7, paragrafo 1, del trattato sull'Unione europea "e finché il Consiglio o, se del caso, il Consiglio europeo non prende una decisione al riguardo, nei confronti dello Stato membro di cui il richiedente è cittadino", oppure nel caso in cui il Consiglio abbia adottato una decisione relativa allo Stato membro di cui il richiedente asilo è cittadino con cui constata un "evidente rischio di violazione

⁴⁹ Nel quadro normativo delineato con il Trattato di Amsterdam, la disciplina sull'asilo era regolata dal Protocollo n. 29 *sull'asilo per i cittadini degli Stati membri dell'Unione europea* allegato al Trattato che istituisce la Comunità europea.

⁵⁰ Corte di giustizia dell'Unione europea, *Schempp*, causa C-403/03, sentenza del 12 luglio 2005; *Bidar*, causa C-209/03, sentenza del 15 marzo 2005; *Garcia Avello*, causa C-148/02, sentenza del 2 ottobre 2003; *Baumbast e R.*, causa C-413/99, sentenza del 17 settembre 2002; *Grzelczyk*, causa C-184/99, sentenza del 20 settembre 2001.

⁵¹ Protocollo n. 24, considerando nn. 1, 2 ed articolo unico, par. 1. In tal senso, rispetto ai cittadini non comunitari, va anche la direttiva 2005/85/CE (cfr. *considerando* numeri 2, 20, 22, 26-31; articoli 2.1 lett. c), 3.4).

grave” dei valori fondativi dell’Unione, indicati nell’art. 2 TUE o “l’esistenza di una violazione grave e persistente” di quei valori da parte di quello Stato⁵².

Gli Stati membri potranno sempre, a loro discrezione, esaminare una richiesta d’asilo proveniente da un cittadino dell’Unione, ma avranno l’obbligo di notificare al Consiglio ed agli altri Stati membri (compreso quello di provenienza) l’avvio della procedura di esame della richiesta e saranno tenuti ad esaminarla partendo dal presupposto che sia una domanda manifestamente infondata⁵³.

I riflessi sull’applicazione dell’art. 10, comma 3, Cost. sono, dunque, numerosi.

La disciplina prevista dal Protocollo sull’asilo determina, di fatto, precisi criteri procedurali e sostanziali che devono essere applicati nell’ordinamento interno in *concorrenza* con la disposizione costituzionale sul diritto d’asilo, obbligando così gli organi competenti all’accertamento del diritto nell’ordinamento italiano ad elevare l’onere della prova della lesione delle libertà democratiche nel caso di richieste d’asilo provenienti dai cittadini dell’Unione.

Dunque, il protocollo induce a ritenere che sia stato introdotto un meccanismo tale da determinare un tendenziale rigetto delle richieste d’asilo provenienti da cittadini dell’Unione. Questo determina la costruzione di una disciplina “speciale” per l’accoglimento delle richieste provenienti dai cittadini degli Stati membri dell’Unione rispetto a quella generale prevista dall’art. 10, comma 3, Cost.

In particolare, l’applicazione della disciplina dettata dalla lettera d) del protocollo potrebbe portare l’interprete a non entrare nel merito della domanda di protezione, ritenendola semplicemente improcedibile in tutti quei casi in cui lo Stato di appartenenza non sia stato sottoposto alla procedura di cui all’art. 7 TUE o non si sia avvalso dell’art. 15 CEDU.

Questa disciplina si colloca nella prospettiva di assimilare i caratteri del modello di democrazia degli Stati membri sia per quanto riguarda il *tipo*, sia per quanto riguarda il livello di protezione delle libertà e dei diritti fondamentali della persona (prospettiva dello Stato costituzionale cooperativo o dell’europeizzazione dello Stato costituzionale)⁵⁴.

Questa ricostruzione dei rapporti fra Stati membri dell’Unione europea risulta essere quella prevalente nella dottrina e nella giurisprudenza comunitaria, date le evidenti analogie fra il diritto costituzionale degli Stati europei. Tuttavia, è ancora arduo ricostruire un modello europeo di democrazia e di tutela dei diritti e delle libertà della persona⁵⁵.

⁵² Protocollo n. 24, articolo unico lettere b) e c) ed articoli 2 e 7 TUE.

⁵³ Per l’esame di tali tipi di domande è previsto un iter procedurale semplificato. Protocollo n. 24, Articolo unico, lettera d); Articoli 28, 31 e 35 della direttiva 2005/85/CE; art. 32 d.lgs. n. 25 del 2008.

⁵⁴ P. HÄBERLE, (voce) *Stato costituzionale. I) Principi generali*, in *Enciclopedia giuridica Treccani*, XXX, Roma, 2000, p. 9; ID., (voce) *Stato costituzionale. II) Sviluppo storico*, cit., p. 7.

⁵⁵ M. LUCIANI, *Costituzionalismo irenico*, loc. cit. Per una ricostruzione delle tecniche interpretative utilizzate e delle implicazioni sul *livello* di tutela dei diritti fondamentali nello *spazio giuridico europeo* da ultimo A. TANCREDI, *L’emersione dei diritti fondamentali «assoluti» nella giurisprudenza comunitaria*, in *Rivista di diritto internazionale*, 2006, p. 644.

Tenendo conto di quest'ultima considerazione, il diritto d'asilo garantito dalla Costituzione anche ai cittadini dell'Unione, potrebbe risultare illegittimamente compresso a seguito dell'applicazione di procedure che valutano in via generale, a livello sovranazionale, alla luce di parametri differenti dal concetto di libertà democratiche proprio della Costituzione italiana, se lo Stato di provenienza del richiedente asilo rispetti i principi di democrazia e libertà, propri dell'ordinamento dell'Unione europea, che, si ripete, non sono i medesimi dell'idea di democrazia che si riflette nell'art. 10, comma 3, Cost.

L'ipotesi non ha una natura meramente speculativa nell'*Europa a 27* caratterizzata da un notevole *pluralismo costituzionale*.

Nonostante l'esistenza di un patrimonio costituzionale comune agli Stati membri, negli ultimi anni sono emerse importanti differenze fra gli ordinamenti statali quando si è trattato di reagire contro la possibilità che fossero messi in discussione alcuni principi caratterizzanti gli ordinamenti nazionali⁵⁶.

Inoltre, non deve essere trascurato che, in merito al concetto di democrazia nell'Unione europea, è stato evidenziato da più parti come tale concetto non possa essere sovrapposto a quello accolto dall'ordinamento nazionale⁵⁷.

Ci si deve a questo punto interrogare sulla compatibilità della disciplina del diritto d'asilo dell'UE con i principi costituzionali, tenendo in considerazione la circostanza che il diritto d'asilo si fonda su una norma costituzionale che ne definisce compiutamente le condizioni sostanziali per il riconoscimento.

⁵⁶ Si pensi ad esempio alle differenze in materia di disciplina della libertà di associazione in partiti politici (ad esempio alla normativa spagnola di cui alla Ley Organica n. 6/2002); in materia di reati di opinione ed all'incidenza sull'esercizio della libertà di espressione; alle differenti regole e principi in materia di tutela delle minoranze etniche, linguistiche, culturali fra gli ordinamenti degli Stati europei; alle forme differenti che assume la "garanzia" libertà religiosa (ad esempio, alla distanza fra il modello francese e quello italiano di "laicità"); alle differenze in materia di tutela dell'identità sessuale ed alla legislazione matrimoniale, in materia di diritto di famiglia. Si pensi, da ultimo, alla posizione assunta rispetto al Trattato di Lisbona dal *Bundesverfassungsgericht* nel *Lissabon Urteil*, BVerfG, 2 BvE 2/08 vom 30.6.2009, in www.bverfg.de/entscheidungen/es20090630_2bve000208.html.

⁵⁷ Senza pretese di completezza, A. VON BOGDANDY, *I principi costituzionali dell'Unione europea*, in *Diritto pubblico comparato europeo*, 2005, p. 574; E. GROSSO, *I cittadini europei e i diritti di partecipazione nella Carta di Nizza: un'occasione perduta?*, in *Quaderni costituzionali*, 2003, p. 53; S. NINATTI, *Quale democrazia per l'Unione europea? La democraticità del processo decisionale comunitario al vaglio della Corte di Giustizia*, in *Diritto e società*, 2003, p. 521; N. MACCORMICK, *La sovranità in discussione. Diritto, Stato e nazione nel «commonwealth» europeo*, Bologna, 2003 (titolo originale *Questioning Sovereignty. Law, State, and Nation in the European Commonwealth*, Oxford, 1999); A. VERHOEVEN, *The European Union in Search of a Democratic and Constitutional Theory*, The Hague, 2002, pp. 3-73; i saggi di G.F. MANCINI, *Democracy and constitutionalism in the European Union: collected essays*, Portland-Oxford, 2000; J.H.H. WEILER, *The Constitution of Europe*, Cambridge, 1999; G. BERTI, *Democrazia, pluralismo e sistema economico (le costituzioni e l'Unione europea)*, in *Rivista italiana di diritto pubblico comunitario*, 1996, p. 1141; G. AMATO, *Democrazia e istituzioni europee*, in *Il Mulino*, 1994, p. 334; i saggi raccolti in N. WALKER (ed.), *Sovereignty in Transition*, Oxford, 2003, ed in S.P. PANUNZIO (a cura di), *I costituzionalisti e l'Europa. Riflessioni sui mutamenti costituzionali nel processo d'integrazione europea*, Milano, 2002.

Ci si può orientare nel senso della compatibilità del Protocollo sull'asilo con la disciplina costituzionale solo ed esclusivamente in ragione dello specifico ambito di applicazione dello stesso. Se il protocollo avesse dettato una disciplina delle *condizioni sostanziali* per il riconoscimento del diritto d'asilo, valide per qualsiasi cittadino straniero e non solo per i cittadini dell'Unione, i problemi di compatibilità con la Costituzione italiana sarebbero stati ben diversi e maggiori.

Il carattere procedurale della disciplina europea ed il riferimento ai soli cittadini dell'Unione può consentire, invece, sia di non ritenere violati i principi supremi dell'ordinamento costituzionale, sia di assicurare la prevalenza del diritto europeo su parte della disciplina di cui all'art. 10, comma 3, Cost.⁵⁸.

Questa affermazione si giustifica perché la disciplina recata dal protocollo va inquadrata alla luce della cittadinanza dell'Unione, che avvicina lo *status* dei cittadini dei Paesi membri alla condizione dei cittadini dello Stato⁵⁹. La struttura del Protocollo sull'asilo appare compatibile con i principi supremi dell'ordinamento costituzionale anche perché non *esclude* che il cittadino dell'Unione possa essere riconosciuto titolare del diritto d'asilo, ma richiede, piuttosto, di vagliare tale questione alla luce di alcuni criteri stabiliti dal diritto dell'Unione⁶⁰.

Quindi, si può affermare che la disciplina in esame integra la disciplina costituzionale, dettando un complesso di regole che vincolano il legislatore e l'interprete nel predisporre e nell'applicare delle regole procedurali specifiche per il riconoscimento del diritto d'asilo dei cittadini dell'Unione.

Certo, nella prospettiva di una svolta politica dell'Unione che valorizzasse effettivamente la portata della cittadinanza dell'Unione, la disciplina dell'asilo per i cittadini UE perderebbe la sua ragion d'essere perché a quel punto sarebbe stata superata l'idea della cittadinanza come appartenenza ad una comunità politica organizzata in forma statale.

⁵⁸ G. D'ORAZIO, *Lo straniero nella Costituzione italiana*, cit., p. 42. Nonostante la Costituzione italiana impedisca di "selezionare" lo straniero titolare del diritto d'asilo in base alla sua provenienza geografica, qui ci si trova dinanzi al tema della "integrazione" fra norme europee e norme costituzionali e, utilizzando il principio del primato e della cessione di sovranità nell'esercizio del potere normativo in alcuni "oggetti" o in alcuni "settori materiali" (nel rispetto dei principi di attribuzione delle competenze, di sussidiarietà e di proporzionalità) si può argomentare nel senso indicato.

⁵⁹ Da ultimo, si veda il testo della direttiva 2004/38/CE del Parlamento europeo e del Consiglio del 29 aprile 2004, "relativa al diritto dei cittadini dell'Unione e dei loro familiari di circolare e di soggiornare liberamente nel territorio degli Stati membri che modifica il regolamento (CEE) n. 1612/68 ed abroga le direttive 64/221/CEE, 68/360/CEE, 72/194/CEE, 73/148/CEE, 75/34/CEE, 75/35/CEE, 90/364/CEE, 90/365/CEE e 93/96/CEE" in GUCE L 158 del 30.4.2004; rettifica nella GU L 229 del 29.6.2004.

⁶⁰ Anche se l'ipotesi del riconoscimento del diritto d'asilo ad un cittadino europeo può sembrare residuale e difficile da verificarsi, in realtà la presenza di movimenti politici separatisti o irredentisti, la forte conflittualità sociale in alcuni momenti della storia europea degli ultimi decenni hanno determinato anche la presentazione di richieste d'asilo da parte di cittadini di Stati membri in altri Stati membri dell'UE. Si pensi al recente caso di Aitor Oteiza Olazabál, membro dell'ETA che ha chiesto il riconoscimento dello *status* di rifugiato in Francia nel 1986 o al caso di Roland Rutili negli anni '70.

2.4. *La riduzione dello spazio normativo della disciplina costituzionale sull'asilo: le competenze europee sull'asilo*

L'uso del termine *asilo* nel diritto dell'Unione europea ha significato in primo luogo l'avvio di un processo normativo *vincolato* a tener fermi gli obblighi internazionali discendenti dalla disciplina dello *status* di rifugiato di cui alla Convenzione di Ginevra del 1951⁶¹.

Il termine *asilo* è stato utilizzato, inizialmente, per sviluppare un diritto comune agli Stati membri sullo *status* dei rifugiati e per creare un modello di cooperazione interstatale funzionale a gestire le emergenze umanitarie. Questo ha avuto dei riflessi sulla cittadinanza europea, facendo emergere maggiormente la differenziazione fra lo *status* dei cittadini dell'Unione e quello dei cittadini di Stati terzi.

Dal Trattato di Amsterdam in poi la presenza del termine *asilo* nelle fonti apicali dell'ordinamento dell'Unione (e dell'allora Comunità europea) ha implicato una tendenza a condizionare, indirettamente, la concessione del diritto d'asilo propriamente detto.

L'art. 78 TFUE pone, oggi, come capisaldi della politica comune in materia di asilo, di protezione sussidiaria e temporanea, gli obiettivi di garantire "il rispetto del principio di non respingimento" e di conformarsi alla Convenzione di Ginevra del 1951⁶². Tali obiettivi erano già contenuti in nuce negli articoli 18 e 19 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione⁶³. L'art. 78, par. 2, TFUE dispone che il Parlamento europeo ed il Consiglio, deliberando secondo la procedura legislativa ordinaria, possano costruire un "sistema europeo comune di asilo" che comprenda la definizione di uno status uniforme in materia di asilo, di protezione sussidiaria e un sistema comune di protezione temporanea degli sfollati. Per la costruzione del sistema europeo comune di asilo sarà necessaria anche l'adozione di procedure comuni in materia di *status* di protezione, di criteri comuni per l'attribuzione della competenza a conoscere delle domande di protezione e di "norme" concernenti l'accoglienza degli stranieri che richiedono il riconoscimento di uno *status* di protezione⁶⁴.

⁶¹ Corte di giustizia dell'Unione europea, Conclusioni dell'A.G. J. Mazák, 15 settembre 2009, cause riunite C-175/08, C-176/08, C-178/08, C-179/08 *Aydin Salahadin Abdhulla ed altri c. Germania*, spec. par. 43; Art. 18 Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea, su cui G. BRUNELLI, *Carta europea e giustizia alla prova del diritto d'asilo e della lotta al terrorismo*, in *Studi in onore di Giorgio Berti*, I, Napoli, 2005, p. 453; M. PANEBIANCO (dir. da), *Repertorio della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea*, Milano, 2001, p. 245-248.

⁶² Art. 78, par., 1 TFUE che rinvia anche al Protocollo alla Convenzione di Ginevra del 31 gennaio 1967 e «agli altri trattati pertinenti». La formulazione di questi principi riprende gli articoli 18 e 19 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea.

⁶³ Sul valore giuridico della Carta, pari a quello dei trattati, in seguito all'entrata in vigore del Trattato di Lisbona, L. DANIELE, *Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea e Trattato di Lisbona*, in *Il Diritto dell'Unione Europea*, 2008, pp. 655 ss.

⁶⁴ Art. 78 TFUE.

Il Trattato di Lisbona ha inciso sulla portata delle competenze dell'Unione in questa materia. Nel "vecchio" titolo IV del Trattato CE, come delineato dal Trattato di Amsterdam, l'art. 63 individuava le competenze comunitarie in materia di "asilo" affermando che esse sarebbero state esercitate *nel rispetto e a norma* della Convenzione di Ginevra⁶⁵. Già l'uso di quelle espressioni avrebbe potuto determinare una interferenza con la disciplina costituzionale sull'asilo⁶⁶. Ora, l'attuale formulazione della disciplina del Trattato sul funzionamento dell'Unione può determinare di certo questo effetto.

Sul piano dell'esercizio del potere normativo in materia di asilo, va ricordato che le competenze in materia di "spazio di libertà, sicurezza e giustizia" sono di tipo concorrente e vanno esercitate nel rispetto del principio di sussidiarietà e di proporzionalità⁶⁷. Ciò significa che se l'Unione esercita la competenza in questo settore, si determina la *pre-emption* della competenza statale: gli Stati non possono più esercitare il potere normativo su quegli oggetti, fintantoché e nella misura in cui l'Unione cessa di esercitare la propria competenza⁶⁸. Questo comporta che la disciplina statale già vigente, anche di rango costituzionale, *cede* in questi "oggetti" normati a livello europeo e che, in seguito all'esercizio delle competenze normative dell'Unione, il potere normativo dello Stato membro recede.

In secondo luogo, in ragione del principio del primato del diritto europeo su quello nazionale, nella ricostruzione del diritto applicabile ad un caso, non deve essere applicata una norma interna contrastante con norme dell'Unione che hanno effetto diretto o non devono essere utilizzati atti normativi contrastanti con atti dell'Unione che sono direttamente applicabili. Laddove la disciplina europea sui regimi di protezione dello straniero abbia tali caratteri, essa esclude la possibilità di applicare il diritto interno in materie che ricadono nell'ambito di competenza dell'Unione⁶⁹.

Cosa determina tutto ciò?

Nell'ottica *europea*, la non applicazione della disciplina costituzionale sull'asilo nei casi regolati dal diritto europeo.

⁶⁵ Convenzione delle Nazioni Unite relativa allo *status di rifugiato* firmata a Ginevra il 28 luglio 1951, ed entrata in vigore il 22 aprile 1954. Nel 1966 fu adottato un Protocollo addizionale alla Convenzione volto ad eliminare la limitazione temporale posta dalla Convenzione per il riconoscimento dello *status*. Il Protocollo è stato firmato il 31 gennaio 1967 ed è entrato in vigore il 4 ottobre 1967.

⁶⁶ Art. 17, par. 1, della direttiva 2001/55/CE; art. 2 della direttiva 2003/9/CE.

⁶⁷ Sulle competenze europee dopo il trattato di Lisbona cfr. U. DRAETTA, *Le competenze dell'Unione europea nel Trattato di Lisbona*, in *Dir. comunitario e degli scambi internazionali*, 2008, p. 241, spec. p. 250.

⁶⁸ Articoli 2 e 4 TFUE e Protocollo n. 25 allegato al TFUE *sull'esercizio della competenza concorrente*. Sulla disciplina delle competenze in generale dopo il trattato di Lisbona cfr. le osservazioni di M. DOUGAN, *The Treaty of Lisbon: winning minds, not hearts*, in *Common Market Law Review*, 2008, pp. 617 ss., spec. pp. 656 ss.

⁶⁹ Cfr. domanda di pronuncia pregiudiziale presentata dal *Bundesverwaltungsgericht* alla Corte di giustizia dell'Unione europea il 13 marzo 2009, *Germania c. D.*, causa C-101/09.

Nell'ottica *costituzionale interna*, la non applicazione del diritto interno in tutti i casi in cui ciò non comporti l'abbassamento del livello di tutela dei diritti fondamentali del soggetto beneficiario del regime di protezione rispetto a quello assicurato dalla disciplina costituzionale sui diritti fondamentali.

È il caso di fare alcuni esempi di concreta *erosione* dell'applicazione della disciplina costituzionale.

La disciplina sulla protezione temporanea ne offre uno. La categoria di stranieri cui si riferisce l'art. 2, par. 1, lett. c), della direttiva 2001/55/CE, ossia quella dei profughi, è definita come quel gruppo di "stranieri cittadini di Stati terzi o apolidi provenienti da Stati terzi [...] i quali possono rientrare nell'ambito di applicazione dell'art. 1.A della Convenzione di Ginevra o di altri strumenti internazionali o nazionali che danno protezione internazionale"⁷⁰. Fra tali stranieri potrebbero esservi quindi dei soggetti che potrebbero richiedere il riconoscimento del diritto d'asilo ai sensi dell'art. 10, comma 3, Cost.

La direttiva sulla protezione temporanea di massa, quindi, può incidere direttamente sul trattamento dei soggetti che rivendicano il diritto d'asilo ai sensi dell'art. 10, comma 3, Cost. sia nelle more della "decisione sulla richiesta d'asilo" – che lo straniero beneficiario della protezione temporanea può inoltrare in qualsiasi momento (art. 17, direttiva 2001/55/CE) –, sia successivamente al riconoscimento del diritto d'asilo, in quanto lo Stato può garantire i benefici derivanti dalla protezione temporanea anche a coloro che beneficiano di altre forme di protezione⁷¹. La struttura della disciplina europea implica, secondo i principi più volte ribaditi dalla Corte di giustizia, che a tali soggetti deve essere attribuito il regime *europeo* di protezione e non quello *costituzionale* o altre forme di protezione agganciate alla disciplina internazionale⁷².

Un altro esempio può essere costituito dalla direttiva 2003/9/CE, che riguarda le condizioni minime di accoglienza dei richiedenti il riconoscimento dello *status* di rifugiato. Questa direttiva invita gli Stati membri ad estendere le condizioni minime di accoglienza per gli stranieri non comunitari richiedenti *asilo* "in relazione alle procedure per la decisione sull'applicazione di forme di protezione differenti da quella prevista dalla Convenzione di Ginevra" (*considerando* n. 16 e art. 3.4, direttiva 2003/9/CE).

La direttiva 2003/9/CE, dunque, incide indirettamente sulla condizione del richiedente asilo, perché il legislatore potrebbe decidere di estendere

⁷⁰ Corsivo aggiunto.

⁷¹ La disciplina interna di attuazione della direttiva, tuttavia, non detta una normativa *speciale* per gli stranieri che rivendicano il diritto d'asilo ai sensi dell'art. 10, comma 3, Cost., ma prevede soltanto che il decreto del Presidente del Consiglio dei Ministri con il quale si definiscono casi e modi di concessione della protezione temporanea in ottemperanza alla decisione del Consiglio, è libero di definire procedure e tempi d'esame delle domande di protezione internazionale di cui alla Convenzione di Ginevra (articoli 3, 4 e 7 d.lgs. n. 85 del 2003).

⁷² Cfr. Corte di giustizia dell'Unione europea (Grande Sezione), sentenza 17 febbraio 2009, *Meki Elgafaji, Noor Elgafaji c. Staatsecretaris van Justitie*, causa C- 465/07, par. 28.

l'applicazione delle condizioni minime di accoglienza anche a tale categoria di stranieri. Questa opzione del legislatore trova fondamento nel diritto europeo ma incide sugli oggetti disciplinati dal diritto costituzionale.

Sinora il legislatore nazionale ha meramente riprodotto la nozione di "richiedente asilo" posta dalla disciplina *comunitaria* (ora, *europea*). In tal modo è stato indicato che la disciplina della protezione dello straniero di matrice comunitaria riguardava i rifugiati di cui alla Convenzione di Ginevra del 1951, i profughi o gli sfollati ma non la categoria degli stranieri di cui all'art. 10, comma 3 (e comma 4), Cost.

La tecnica normativa utilizzata dal legislatore ha manifestato una notevole ambiguità perché ha utilizzato volutamente termini che idealmente rinviano alla nozione costituzionale di asilo.

Essa è stata inaugurata, prima del processo di "europeizzazione" della materia dei regimi di protezione dello straniero, dalla legge Martelli, *legge sull'asilo* (inteso come *status di rifugiato*) e nel tempo ha determinato la prevalenza dello *status* di rifugiato sul diritto d'asilo. Ciò ha portato la giurisprudenza nazionale ad intendere il diritto d'asilo come un diritto soggettivo ad accedere al territorio dello Stato "al fine di essere ammesso alla procedura d'esame della domanda di riconoscimento dello *status* di rifugiato politico". Il contenuto del diritto d'asilo ex art. 10, comma 3, Cost. è stato qualificato come "diritto a ottenere il rilascio di un permesso di soggiorno per la durata dell'istruttoria della pratica attinente al riconoscimento dello *status* di rifugiato, dunque come un diritto finalizzato a consentire accertamenti successivi per un giudizio definitivo sull'identità dello *status* o sulla qualifica di rifugiato"⁷³.

Interpretando in questo modo la disciplina interna sulla protezione dello straniero si è destrutturato l'impianto dell'art. 10 Cost., cancellando la distinzione in esso operata fra le differenti *situazioni* giuridiche soggettive che da esso sono individuate.

Adesso il Trattato di Lisbona ha precisato il senso e la portata della competenza concorrente fra Stati e Unione. L'assetto delle competenze normative prefigurato dai trattati induce a *non* applicare la disciplina costituzionale, in tutti i casi in cui *può trovare applicazione* la disciplina dell'Unione in materia di protezione dello straniero.

Oggi, quindi, come si può e si deve applicare l'art. 10, comma 3, Cost.? Esiste ancora la possibilità di applicare la disciplina costituzionale sull'asilo?

Sì, se si fa leva su uno dei canoni interpretativi della disciplina costituzionale sui diritti fondamentali (quello della massima estensione della loro "tutela effettiva") e se si ragiona sulla portata dei principi dei trattati europei in tema di competenze: il principio di attribuzione, il principio di sussidiarietà e il principio di proporzionalità in base ai quali soltanto gli *oggetti* disciplinati dal diritto eu-

⁷³ Corte di cassazione (Sezione I civile), sentenze del 25 novembre 2005 n. 25028 e del 25 settembre 2006 n. 18549 cit.

ropeo sono stati sottratti al diritto dello Stato e in base ai quali il diritto europeo interviene nella misura in cui sia necessario al raggiungimento degli obiettivi del trattato (attraendo la disciplina a livello europeo) ed esercitando il potere normativo nel rispetto della proporzionalità fra mezzo utilizzato e fine perseguito.

L'interprete che è chiamato a prendere in esame la questione dell'applicabilità di un regime di protezione dello straniero deve innanzitutto ragionare sullo spazio normativo coperto dal diritto costituzionale e verificare se esso è o meno coperto dal diritto europeo.

Deve quindi tenere in considerazione che la disciplina europea dei regimi di protezione è volta ad assicurare, in base al nuovo art. 78 TFUE, "uno status appropriato a qualsiasi cittadino di un paese terzo che necessita di protezione internazionale" e "a garantire il rispetto del principio di non respingimento", in conformità alla Convenzione di Ginevra sui rifugiati "e agli altri trattati pertinenti".

L'interprete deve poi considerare che la disciplina costituzionale sull'asilo ha finalità differenti da quella di garantire una forma di protezione internazionale, essendo volta a garantire l'effettività del principio democratico nell'accezione che di esso dà la Costituzione italiana. Lo statuto costituzionale dell'asilo è preordinato al raggiungimento di tali fini e attribuisce uno statuto differente al soggetto che gode del diritto d'asilo.

A questo punto è necessario precisare alcuni tratti caratterizzanti il regime costituzionale dell'asilo.

3. Applicare la disciplina costituzionale sul diritto d'asilo

3.1. La titolarità del diritto d'asilo: presupposti e condizioni

Dai dibattiti in Assemblea costituente è possibile desumere che la disposizione costituzionale sull'asilo trovi la sua *ratio* nell'esigenza di tutelare ed affermare i *valori* politici fondamentali dell'ordinamento statale, valori "relativi e mutevoli come molteplici sono gli ordinamenti statuali, valori che starebbe alla sensibilità dell'interprete rilevare"⁷⁴.

Tenendo ferma questa considerazione di fondo, in dottrina si è inizialmente affermata la tesi che il diritto d'asilo costituisca una forma di "tutela del combattente solitario della libertà"⁷⁵. Secondo questa opinione, la Costituzione attribuirebbe una forma di protezione a carattere esclusivamente individuale allo straniero, riconoscendogli il diritto d'asilo al fine di tutelare particolari valori politici, quelli democratici, che devono essere stati *difesi* attivamente dallo straniero nello Stato di appartenenza.

⁷⁴ A. CASSESE, *Art. 10*, cit.

⁷⁵ G. D'ORAZIO, *Lo straniero nella Costituzione italiana*, cit., p. 19.

Tale ricostruzione del diritto d'asilo sembra condivisibile solo in parte. Il diritto d'asilo, infatti, sembra fondarsi soltanto sul presupposto dell'effettiva privazione a danno dello straniero, da parte dello Stato di appartenenza, delle libertà che l'ordinamento italiano qualifica come democratiche (e che garantisce ai propri cittadini) e non anche sulla compresenza del presupposto dell'effettiva lotta per le libertà democratiche posta in essere dallo straniero.

Nella disciplina costituzionale del diritto d'asilo è sottesa una netta distinzione fra libertà costituzionali e libertà democratiche, fra privazione delle libertà in via generale, per 'fatto' del legislatore, mediante la posizione di norme lesive, e loro privazione in concreto⁷⁶.

Ciò significa che nell'applicare l'art. 10, comma 3, Cost. bisogna porre in essere un giudizio, fondato sui principi dell'ordinamento costituzionale, in merito alla corrispondenza degli ordinamenti stranieri al *modello costituzionale* di partecipazione politica dei cittadini.

Una richiesta di riconoscimento del diritto d'asilo può essere accolta solo ove si riscontri l'incompatibilità fra il modello proposto dall'ordinamento dello Stato di appartenenza dello straniero e il modello italiano di esercizio delle libertà democratiche⁷⁷.

L'accezione di democrazia utile al fine di individuare le condizioni sostanziali in presenza delle quali deve essere riconosciuto allo straniero il diritto d'asilo è quella desumibile dal testo costituzionale.

Bisogna quindi ricostruire quali siano i principi democratici dell'ordinamento costituzionale italiano e poi riconoscere quali libertà consentano di qualificare come democratico un ordinamento giuridico⁷⁸.

Si può ritenere che sia il complesso dei diritti e delle libertà fondamentali garantite dalla Costituzione a "determinare" il carattere democratico dell'ordinamento? In tal caso, la protezione dello straniero ex art. 10, comma 3, Cost. avrebbe il senso di una riaffermazione complessiva dei principi che caratterizzano la forma di stato. Questa soluzione risulta essere quella meno compatibile con la *ratio* della disciplina costituzionale del diritto d'asilo.

Non è tanto la riaffermazione di tutti i fini fondamentali dell'ordinamento che è sottesa alla costituzionalizzazione del diritto d'asilo, quanto, piuttosto, la riaffermazione delle modalità in base alle quali il rapporto tra forma di governo e sistema politico è "regolato". Le libertà democratiche di cui all'art. 10, comma 3, Cost. sono qualcosa di differente dal complesso delle libertà costituzionali.

Possono essere quindi prospettate due opzioni interpretative.

⁷⁶ *Contra*, G. D'Orazio, *Lo straniero nella Costituzione italiana*, cit., p. 32.

⁷⁷ P. BARILE, *Diritti dell'uomo e libertà fondamentali*, Bologna, 1984, p. 35, in relazione al rilievo che assume l'applicazione della disposizione costituzionale sul diritto d'asilo sull'*immagine* della democrazia italiana all'estero.

⁷⁸ *Contra* C. ESPOSITO, *Eguaglianza e giustizia nell'art. 3, Eguaglianza e giustizia nell'art. 3 della Costituzione*, in ID., *La Costituzione italiana. Saggi*, Padova, 1954, p. 23.

Si può ritenere che l'espressione "libertà democratiche" sottintenda una visione di democrazia nella quale si afferma la pari dignità politica dei cittadini. Una idea di democrazia nella quale i soggetti dell'ordinamento giuridico sono politicamente liberi perché partecipano alla modifica dei caratteri dell'ordinamento ed hanno un "eguale valore politico". Un'accezione di democrazia e di libertà democratiche vicina alla visione kelseniana in cui "politicamente libero è colui che è soggetto ad un ordinamento giuridico alla cui creazione partecipa"⁷⁹.

Le libertà democratiche sarebbero, dunque, le libertà politiche⁸⁰, identificabili con quelle di cui all'art. 1 e al Titolo IV della prima parte della Costituzione.

Un'altra ipotesi, che è quella verso la quale si propende, è che le libertà democratiche dell'art. 10, comma 3, Cost., collocandosi all'incrocio fra forma di stato e forma di governo, siano le libertà positive o politiche e le libertà che qualificano il contesto nelle quali queste sono esercitate⁸¹.

Se si ritenesse che le condizioni di democraticità dell'ordinamento fossero legate al modello costituzionale dei rapporti civili, economici e sociali, si dovreb-

⁷⁹ "Un individuo è libero se ciò che egli 'deve' fare secondo l'ordinamento sociale coincide con ciò che egli 'vuole' fare. Democrazia significa che la 'volontà' che è rappresentata nell'ordinamento giuridico dello Stato è identica alle volontà dei sudditi. Il suo opposto è la soggezione alla autocrazia", H. KELSEN, *Teoria generale del diritto e dello Stato*, cit., pp. 289-292; la democrazia non secondo quella che Norberto Bobbio definì l'*ideologia democratica* (N. BOBBIO, *Teoria generale della politica*, Torino, 1999, p. 376), ma come metodo o procedura per determinare le decisioni politiche (F.A. VON HAYEK, *The Political Order of a Free People*, 1979, in *Law, Legislation and Liberty*, 1982, ed. it. a cura di A. Petroni, S.M. Bragadin, trad. it. a cura di P.G. Monateri, *Legge, legislazione e libertà*, Milano, 2000, p. 376), su cui J. HABERMAS, *Tre modelli normativi di democrazia e Lo stato-nazione europeo. Passato e futuro della sovranità e della cittadinanza*, in ID., *Die einbeziehung des anderen. Studien zur politischen Theorie*, Frankfurt am Main, 1996, trad. it. di L. Ceppa, *L'inclusione dell'altro. Studi di teoria politica*, Milano, 2002, pp. 150-151, 159, 235 ss.

⁸⁰ B. CONSTANT, *De la liberté des anciens comparée à celle des modernes*, trad. it. a cura di G. Paoletti, *La libertà degli antichi paragonata a quella dei moderni*, Torino, 2001, p. 6.

⁸¹ Non è invece possibile affermare che le libertà che determinano il contesto entro il quale è possibile realizzare il principio democratico, ai fini dell'applicazione dell'art. 10, comma 3, Cost. siano le libertà ed i diritti fondamentali della prima parte della Costituzione nel loro complesso o le libertà civili *sic et simpliciter*. Infatti, la loro collocazione nel testo costituzionale, seppur potrebbe indurre a ritenere che esse costituiscano il presupposto per l'esercizio delle libertà politiche (H. SCHNEIDER, *Carattere funzionale dei diritti fondamentali nello stato costituzionale democratico*, in *Diritto e società*, 1979, pp. 222-224 per cui sono "garanzie di funzionamento dell'ordinamento democratico con carattere costitutivo" e "garanzie sul piano organizzatorio delle procedure democratiche"), non consente di concludere per una costruzione gerarchica delle libertà o per una costruzione funzionalistica dei rapporti fra le stesse. Nell'ordinamento costituzionale italiano è stato messo in evidenza come le libertà civili non possono essere considerate funzionali alla realizzazione della democrazia innanzitutto perché le libertà civili sono garantite non per raggiungere il fine della democrazia, ma perché inerenti all'autonomia della persona in quanto tale (art. 2 Cost.). C. ESPOSITO, *La libertà di manifestazione del pensiero nell'ordinamento italiano*, Milano, 1958, pp. 8-9; A. D'ATENA, *Il principio democratico nel sistema dei principi costituzionali*, in *Diritto e società*, 1996, p. 35; anche C. MORTATI, *Art. 1*, in G. BRANCA (dir. da), *Commentario della Costituzione*, Bologna-Roma, 1975, pp. 7-8.

be concludere che la Costituzione italiana accoglie un'accezione di democrazia come democrazia dei valori⁸², imponendo un modello di uomo e di società e non tollerandone altri: sarebbe una Costituzione totale⁸³. Mentre, invece, la democrazia è “per sua natura dinamica”, informata al tema del conflitto, del cambiamento, non ad “una visione sostanzialista dei valori, inevitabilmente ipostatizzante”⁸⁴.

L'assetto dei rapporti fra sistema politico e forma di governo nella Costituzione sembra quindi orientato verso un modello procedurale di democrazia, nel senso che la garanzia delle libertà e dei diritti fondamentali non è *funzionale* alla democrazia (o viceversa). L'una non presuppone gli altri, né sta prima o sopra gli altri, ma entrambe concorrono insieme a determinare i caratteri dell'ordinamento costituzionale.

Il principio democratico sottende, in particolare, le modalità di organizzazione degli interessi sociali, la loro trasformazione in programmi politici e, poi, in norme giuridiche. Il significato dell'espressione “effettiva privazione delle libertà democratiche” dovrebbe quindi essere ricondotto alla impossibilità, per lo straniero, di partecipare in modo eguale agli altri membri della comunità politica all'esercizio del potere sovrano, cioè al potere di determinare i caratteri dell'ordinamento giuridico cui è sottoposto.

Nella valutazione dell'effettiva privazione delle libertà democratiche rilevarebbero solo incidentalmente le lesioni di altre libertà fondamentali, non strettamente politiche. La violazione di queste ultime non potrebbe essere considerata come condizione sufficiente né necessaria per il riconoscimento del diritto d'asilo, se non accompagnata dalla privazione o limitazione delle libertà politiche, mentre, di contro, sarebbe sufficiente la privazione delle libertà politiche per richiedere il riconoscimento del diritto d'asilo.

Le libertà democratiche, quindi, sarebbero quelle introdotte nel testo costituzionale per tutelare prevalentemente un interesse collettivo e pubblico e solo indirettamente un interesse privato, cioè un interesse soltanto ‘collegato’ all'appartenenza del cittadino al popolo, titolare della sovranità. Invece, le libertà collegabili alla tutela di un interesse privato o di parte ma che sono *anche* strutturalmente legate al perseguimento di un interesse collettivo e pubblico rilevarebbero solo se inibite al fine di impedire la partecipazione politica⁸⁵.

A questo punto bisogna chiedersi qual è il senso dell'espressione “effettivo esercizio” delle libertà democratiche?

⁸² Così A. BALDASSARRE, *Costituzione e teoria dei valori*, in *Politica del diritto*, 1991, p. 654.

⁸³ V. ANGIOLINI, *Costituzione tollerante, costituzione totale ed interpretazione della disciplina della libertà*, in R. ROMBOLI (a cura di), *La tutela dei diritti fondamentali davanti alle Corti costituzionali*, Torino, 1994, p. 15.

⁸⁴ P. CIARLO, *Dinamiche della democrazia e logiche dei valori*, in *Diritto pubblico*, 1995, p. 158.

⁸⁵ Per questa distinzione fra libertà e diritti fondamentali politici e di altra natura, V. CRISAFULLI, *La sovranità popolare nella Costituzione italiana*, cit., p. 127-129.

Secondo le opinioni dottrinali più recenti si tratta di un impedimento all'esercizio dei diritti di libertà che ha carattere generale (riguarda il complesso delle libertà costituzionali) e che non è determinato da situazioni contingenti. L'effettiva privazione delle libertà per essere tale, dunque, deve essere continua e non fondata su ragioni di carattere eccezionale o su provvedimenti con efficacia temporalmente limitata. È stato sostenuto che la prova che lo Stato di provenienza abbia adottato delle misure di carattere generale lesive di una libertà fondamentale o che vi sia in tale Stato una situazione oggettiva di temporanea ed eccezionale sospensione dei diritti di libertà non possa essere sufficiente per vanificare la titolarità del diritto d'asilo⁸⁶.

Nella giurisprudenza di merito, invece, la qualificazione delle misure dello Stato di appartenenza come effettivamente lesive del godimento delle libertà democratiche si fonda su una ricostruzione della condizione nella quale *de facto* si trovava lo straniero nello Stato di provenienza.

Quest'opzione interpretativa è senz'altro condivisibile, poiché la valutazione della condizione giuridica dello straniero deve essere condotta sulla base del complesso delle *limitazioni effettivamente poste* al richiedente asilo in relazione al complesso delle libertà democratiche garantite dall'ordinamento italiano, senza valutazioni aprioristiche sul carattere provvisorio o temporaneo delle misure restrittive.

3.2. *La differenza fra oggetti regolati dalla disciplina internazionale ed europea e la disciplina costituzionale sul diritto d'asilo. Considerazioni specifiche su asilo e status di rifugiato.*

La giurisprudenza di legittimità ha recentemente affermato che il diritto d'asilo sia strumentale rispetto all'accertamento dello *status* di rifugiato⁸⁷. Quest'orientamento appare criticabile sotto due aspetti. Il primo attiene alla ricostruzione della natura del diritto d'asilo. Il secondo attiene al rapporto fra i commi 2° e 3° dell'art. 10 Cost.

Per quanto riguarda il primo aspetto, è opinabile la tesi della funzionalizzazione di una situazione giuridica avente diretto fondamento costituzionale (il di-

⁸⁶ In tal senso F. RESCIGNO, *Il diritto d'asilo*, cit., p. 156.

⁸⁷ Il diritto d'asilo è configurato come provvisorio divieto di respingimento e di espulsione nelle more dell'accertamento delle condizioni per il riconoscimento dello status di rifugiato da Corte di cassazione (Sezioni Unite civili), *J. Boyisele Kumayo c. Ministero dell'interno, Commissione centrale per il riconoscimento dello status di rifugiato* sentenza dell'8 ottobre - 17 dicembre 1999 n. 907; Corte di cassazione (Sezione I civile), sentenza del 4 maggio 2004 n. 8423 e sentenza del 9 aprile 2002 n. 5055 cit.; Consiglio di Stato (Sezione VI), *Ullah Fayz c. Ministero dell'interno*, decisione del 22 maggio 2007 n. 2593. Sul tema, da ultimo, cfr. G. BASCHERINI, *Immigrazione e diritti fondamentali. L'esperienza italiana tra storia costituzionale e prospettive europee*, Napoli, 2007, spec. parte II, cap. 2; M. BENVENUTI, *Il diritto d'asilo nell'ordinamento costituzionale italiano: un'introduzione*, Padova, 2007.

ritto d'asilo) al riconoscimento di un'altra situazione giuridica (lo *status* di rifugiato). Ciò si pone in contrasto con la struttura dei diritti e delle libertà costituzionali nell'ordinamento italiano, il quale rifiuta qualsiasi funzionalizzazione di un diritto o di una libertà ad altri diritti, interessi, libertà di rango costituzionale o subcostituzionale⁸⁸.

Rispetto al rapporto fra 2° e 3° comma dell'art. 10 Cost., va detto poi che i presupposti e le condizioni per il riconoscimento dello *status* di rifugiato (e delle altre forme di protezione di matrice europea) sono differenti da quelli che riguardano il diritto d'asilo. I regimi di protezione internazionale ed europea hanno natura sostitutiva e "precaria". Essi sono, in generale, strumenti volti ad assicurare effettività ad alcuni diritti umani fondamentali in presenza e nel perdurare di specifiche condizioni di fatto⁸⁹. Ad esempio, lo *status* di rifugiato garantito dalla Convenzione di Ginevra del 1951 può essere riconosciuto allo straniero se egli dimostri l'esistenza di un fondato pericolo di persecuzione da parte di agenti statali (o da privati i cui atti siano tollerati dallo Stato) in ragione di motivi inerenti alla razza, alle opinioni politiche, al sentimento religioso, all'appartenenza a determinati gruppi sociali o alla nazionalità⁹⁰. I criteri per la dimostrazione della sussistenza di un fondato pericolo di persecuzione, in ragione di una ingiustificata discriminazione, sono tracciati in relazione ai fini perseguiti dalla Convenzione di Ginevra: per garantire una protezione sostitutiva (e non permanente) allo straniero che sia rispettosa degli *standards internazionali* di tutela della vita e dei "*core fundamental rights of the human being*" identificati dal diritto internazionale⁹¹. La disciplina costituzionale sull'asilo, invece, si muove sul piano della garanzia del principio democratico. Non è necessario che sussista il fondato pericolo di persecuzione, ma basta che sia impedito l'esercizio di alcune libertà, quelle democratiche. A questo proposito, il comma 3 dell'art. 10 Cost. pone una riserva di legge che non determina un rinvio mobile alle norme dei trattati internazionali. Il differente statuto delle riserve di legge poste dai citati due commi dell'art. 10 Cost. fa emergere la differenza fra diritto d'asilo e *altri* regimi di protezione: questi ultimi sono costruiti in base alla regola dell'integrazione del

⁸⁸ R. BIN, *Diritti e argomenti. Il bilanciamento degli interessi nella giurisprudenza costituzionale*, Milano, 1992; O. CHESSA, *Libertà fondamentali e teoria costituzionale*, Milano, 2002; J. LUTHER, (voce) *Ragionevolezza (delle leggi)*, in *Digesto delle discipline pubblicistiche*, XII, Torino, 1997, p. 341.

⁸⁹ Si v. Corte di giustizia dell'Unione europea (Grande Sezione), sentenza 17 febbraio 2009, *Meki Elgafaji, Noor Elgafaji c. Staatsecretaris van Justitie*, causa C-465/07; Conclusioni dell'A.G. J. Mazák, 15 settembre 2009, cause riunite C-175/08, C-176/08, C-178/08, C-179/08 *Aydin Salahadin Abdhulla e al. c. Germania*; Corte di giustizia dell'Unione europea, domanda di pronuncia pregiudiziale proposta dal *Bundesverwaltungsgericht* il 13 marzo 2009, *Germania c. D.*, causa C-101/09.

⁹⁰ Art. 1 A della Convenzione di Ginevra del 1951.

⁹¹ Cfr. J.C. HATHAWAY, *The Law of Refugee Status*, Toronto, 1991; ID., *The Rights of Refugees in International Law*, cit., capitolo 1.

parametro di costituzionalità da parte di norme internazionali nella definizione dello *status* di rifugiato, il diritto d'asilo no⁹².

In definitiva, i regimi europei e internazionali di protezione dello straniero non sono stati costruiti come strumenti giuridici in grado di reagire ad una violazione delle libertà democratiche⁹³.

Ciò comporta che gli obblighi di protezione dello Stato nei confronti del titolare del diritto d'asilo divergono, sia nei presupposti, sia nel contenuto, da quelli derivanti da altre forme di protezione internazionale dello straniero ed in particolare dallo *status* di rifugiato.

Ad esempio, una forma di discriminazione fondata sul sesso che possa implicare un pericolo di persecuzione per una donna può dar titolo a richiedere il riconoscimento dello *status* di rifugiato ma non a vantare la titolarità del diritto d'asilo. Poniamo il caso di una donna straniera che abbia violato la disciplina dello Stato di origine in materia di rapporti di filiazione, la quale determina a carico della “madre” una forte discriminazione rispetto all'esercizio della potestà genitoriale da parte del “padre” e prevede delle sanzioni di tale gravità da potere integrare il requisito previsto dalla Convenzione di Ginevra sui rifugiati per ritenere sussistente il “ben fondato pericolo di persecuzione”: questa donna potrà richiedere allo Stato italiano il riconoscimento dello *status* di rifugiato ma non vantare la titolarità del diritto d'asilo.

Questo perché la finalità della Convenzione di Ginevra sui rifugiati è quella di affermare il principio di uguaglianza nella titolarità e nell'esercizio dei diritti umani e di tutelare la dignità della persona da gravi lesioni mediante la costruzione di un meccanismo che consenta di trasferire la responsabilità per la protezione della persona dallo Stato di appartenenza (che evidentemente non la garantisce) allo Stato di rifugio⁹⁴. Si tratta di un regime di protezione sostitutiva, sottoposto a limiti e condizioni (le clausole di esclusione e cessazione dello *status*) che ne delimitano sul piano temporale e sostanziale il riconoscimento e la possibilità di mantenimento.

⁹² Non muta il quadro dei rapporti fra il 2° e il 3° comma dell'art. 10 Cost., la novellazione dell'art. 117, comma 1, Cost., in quanto le condizioni “sostanziali” per il riconoscimento del diritto d'asilo sono individuate direttamente dalla disposizione costituzionale, mentre il meccanismo previsto dall'art. 10, comma 2, e dall'art. 117, comma 1, Cost. sono quelle di una conformazione del parametro di costituzionalità mediante la tecnica del “rinvio mobile” alle norme internazionali.

⁹³ Il 2° comma dell'art. 10 Cost., sembra così abbracciare l'impostazione tradizionale dei rapporti fra le fonti che concorrono a determinare lo *status* dello straniero nello Stato – che dava notevole rilievo al diritto pattizio e alla condizione di reciprocità – correggendola grazie all'apertura dell'ordinamento costituzionale nei confronti del diritto internazionale dei diritti umani e alla presenza del principio posto dall'art. 2 Cost (riconoscimento e garanzia dei diritti inviolabili della persona).

⁹⁴ Le Alte Parti contraenti della Convenzione di Ginevra sui rifugiati hanno voluto evitare che un soggetto, nei confronti del quale potesse essere perpetrata una grave violazione della integrità psico-fisica, per ragioni “riprovevoli” quali le discriminazioni fondate sul sesso, la razza, le opinioni politiche, l'appartenenza ad un “gruppo” o la nazionalità, potesse restare privo della protezione di uno Stato.

Il diritto d'asilo invece non ha ad oggetto solo il rapporto fra Stato e Stato o fra persona e Stato ed, inoltre, non ha riguardo all'affermazione del divieto di *atti persecutori* compiuti a danno della persona. Il diritto d'asilo costituisce una forma di reazione dell'ordinamento costituzionale nei confronti di una situazione di fatto in cui il singolo non può svolgere la propria personalità mediante la partecipazione alla vita politica dello Stato di appartenenza. Non sembra quindi sussistere un rapporto da *genus a species* fra obblighi di protezione di cui al comma 2 ed obblighi di cui al comma 3 dell'art. 10 Cost.

3.3. *Le facoltà inerenti al diritto d'asilo: l'interpretazione degli articoli 2 e 3 della Costituzione*

Il riconoscimento del diritto d'asilo da parte dello Stato, o meglio il rispetto del diritto da parte dell'amministrazione, implica l'esigenza di assicurare alla persona l'esercizio dei diritti e delle libertà fondamentali (escluso quelle inerenti alla dimensione politica, in quanto per esse costituisce ancora condizione discriminante la titolarità dello *status civitatis*).

Nella dottrina e nella giurisprudenza, invece, le ricostruzioni del diritto d'asilo giungono a conclusioni in parte differenti⁹⁵.

Secondo alcuni autori, il livello della protezione da riconoscere al richiedente asilo deve essere ricavato da un'interpretazione sistematica del testo costituzionale e delle norme internazionali cui l'art. 10, comma 2, Cost. rinvia⁹⁶. Così è stato, soprattutto per l'assenza di una normativa d'attuazione dell'art. 10, comma 3, Cost.: le condizioni e gli effetti del riconoscimento del diritto d'asilo sono stati ricostruiti sulla base di un'interpretazione analogica della disciplina che riguarda i rifugiati⁹⁷.

Ciò ha comportato che la condizione giuridica del titolare del diritto d'asilo abbia risentito dell'interpretazione delle garanzie costituzionali dei diritti e delle libertà fondamentali dello straniero sottoposto ad altri regimi di protezione. Questi ultimi sono costruiti in controluce rispetto allo *status* dello straniero "comune".

Rispetto a quest'ultimo profilo, la dottrina e la giurisprudenza costituzionale più risalente hanno focalizzato l'attenzione in particolare sul 1° comma dell'art. 3 Cost. per ritenere che allo straniero vadano riconosciuti e garantiti i diritti e le libertà che i Costituenti hanno attribuito alla persona umana in quanto tale, cioè

⁹⁵ Secondo alcuni Autori comporterebbe invece solo la piena equiparazione del titolare del diritto d'asilo agli stranieri *regolarmente* presenti sul territorio nazionale. C. ESPOSITO, *Asilo (diritto di)*, cit.

⁹⁶ G. D'ORAZIO, *Lo straniero nella Costituzione italiana*, cit., pp. 10 e 46 ss.

⁹⁷ Consiglio di Stato (Sezione IV), *Ministero dell'interno c. Ali Hilowle Hassan*, decisione del 29 ottobre 2002, n. 5919. P. BONETTI, L. NERI, *Il diritto d'asilo*, in B. NASCIBENE (a cura di), *Diritto degli stranieri*, Padova, p. 1158; G. STROZZI, *Rifugiati e asilo politico nella legge n. 39 del 1990*, in *Rivista di diritto internazionale*, 1990, p. 97.

quei diritti e quelle libertà fondamentali che non sono state espressamente previste per il solo cittadino. Tale opinione muove dall'idea che laddove il costituente abbia espressamente fatto riferimento ai cittadini⁹⁸, abbia in realtà optato per una parziale decostituzionalizzazione dello statuto delle libertà e dei diritti fondamentali dello straniero.

Secondo un'altra ricostruzione, invece, la Costituzione, essendo un *fatto politico* che riguarda solo il rapporto fra Stato e cittadini⁹⁹, consentirebbe al legislatore di disciplinare lo *status* giuridico dello straniero seguendo le indicazioni emergenti dall'ordinamento internazionale (art. 10, comma 2, Cost.), comportando una tendenziale decostituzionalizzazione della condizione giuridica dello straniero.

Infine, una terza ricostruzione, quella accolta dalla dottrina maggioritaria e dalla più recente giurisprudenza costituzionale, va nel senso che i diritti fondamentali garantiti dalla Costituzione espressamente al solo cittadino dovrebbero essere garantiti, per quanto possibile, anche allo straniero *in base al principio di ragionevolezza*: l'esclusione dal godimento di un diritto o di una libertà costituzionalmente garantita per lo straniero sarebbe possibile soltanto se ragionevole. Si tratterebbe di orientare il legislatore sulla base del vincolo della non irragionevolezza della discriminazione della condizione dello straniero.

Agli stranieri non si applicherebbe, dunque, solo uno *standard* minimo di tutela dei diritti fondamentali individuato in base al diritto internazionale, ma la Costituzione porrebbe un imperativo di uguaglianza dinanzi alla legge traducibile in un divieto di discriminazioni arbitrarie per lo straniero¹⁰⁰. In tal modo, lo *spatium deliberandi* del legislatore sarebbe più limitato rispetto alle tesi della parziale o della tendenziale decostituzionalizzazione prima esaminate. Dovrebbe essere sempre svolta un'interpretazione delle libertà orientata ad un ragionevole contemperamento fra tutela della peculiare posizione del cittadino e garanzia di effettività del principio posto dall'art. 2 Cost. Secondo quest'ultima ricostruzione sarebbe desumibile dal testo costituzionale un *favor* per l'estensione allo straniero di tutti i diritti e le libertà costituzionali eccetto che per i diritti di partecipazione alla vita politica dello Stato¹⁰¹.

⁹⁸ C. ESPOSITO, *Eguaglianza e giustizia nell'art. 3 della Costituzione*, cit., p. 24; ID., *La libertà di manifestazione del pensiero*, pp. 8-9; A. BARBERA, *Art. 2 Cost.*, in G. BRANCA (dir. da), *Commentario della Costituzione*, Bologna-Roma, 1975, p. 116; ID., *I principi costituzionali della libertà personale*, Milano, 1967, pp. 210 ss.

⁹⁹ A. PACE, (voce) *Libertà personale (diritto costituzionale)*, in *Enciclopedia del diritto*, XXIV, Milano, 1974, p. 306. Sul tema l'A. si sofferma anche in *Problematica delle libertà costituzionali. Parte generale. Introduzione allo studio dei diritti costituzionali*, Padova, 2003, pp. 12, 314, 316.

¹⁰⁰ L. PALADIN, *Il principio costituzionale d'eguaglianza*, Milano, 1965, pp. 205-210; in senso analogo A. S. AGRÒ, *Art. 3 Cost.*, in G. BRANCA (a cura di), *Commentario della Costituzione*, Bologna-Roma, 1975, p. 129.

¹⁰¹ Sul rilievo dell'art. 2 Cost., in parallelo all'art. 10 c. 2° Cost. nella ricostruzione dello statuto dei diritti fondamentali dello straniero B. PEZZINI, *Lo statuto costituzionale del non cittadino: i diritti sociali*, relazione al Convegno annuale dell'Associazione italiana dei costituzionalisti su *Lo statuto costituzionale del non cittadino*, Cagliari 16-17 ottobre 2009, in www.associazionedeicostituzionalisti.it/

Se si fa leva sulle indicazioni offerte in materia di condizione giuridica dello straniero, si può affermare che la giurisprudenza costituzionale ha mostrato, di recente, di non seguire né la tesi della totale decostituzionalizzazione né la tesi della parziale decostituzionalizzazione¹⁰². I giudici costituzionali hanno più volte affermato che rispetto ai i diritti inviolabili dell'uomo¹⁰³ non è ammesso un doppio *standard* di tutela che discrimini fra stranieri e cittadini¹⁰⁴.

La Suprema Corte di cassazione e i giudici di merito hanno aderito pienamente a tale orientamento, estendendo il godimento e l'esercizio dei diritti inviolabili della persona agli stranieri a prescindere dal possesso di un valido titolo per l'ingresso ed il soggiorno sul territorio nazionale¹⁰⁵.

È stato però rilevato che l'attribuzione agli stranieri dei diritti fondamentali, facendo leva esclusivamente sugli articoli 2 e 3 Cost. non è possibile, senza agganciare la titolarità del singolo diritto a norme internazionali che obbligano lo Stato a riconoscerlo in base all'art. 10, comma 2, Cost.¹⁰⁶. Si eviterebbe così

materiali/convegni/aic200910/Pezzini.pdf. Cfr. sui diritti politici degli stranieri la Convenzione di Strasburgo del 5 febbraio 1992 sulla partecipazione degli stranieri alla vita pubblica locale, ratificata con legge 8 marzo 1994, n. 203.

¹⁰² Essa ha recentemente affermato rispetto al "diritto di libertà personale", che esso è diritto inviolabile in relazione al quale le esigenze di tutela di altri interessi o diritti costituzionali non possono determinare alcuna attenuazione delle garanzie costituzionali discriminando fra straniero e cittadino. Corte costituzionale, sentenza del 10 aprile 2001, n. 105, in *Giurisprudenza costituzionale*, 2001, p. 675, con osservazioni di G. BASCHERINI, *Accompagnamento alla frontiera e trattenimento nei centri di permanenza temporanea: la Corte tra libertà personale e controllo dell'immigrazione*, ivi, p. 1680 e di D. PICCIONE, *Accompagnamento coattivo e trattenimento dello straniero al vaglio della Corte costituzionale: i molti dubbi su una pronuncia interlocutoria*, ivi, p. 1697. E. GIANFRANCESCO, *La disciplina sul trattenimento e l'espulsione degli stranieri extracomunitari al vaglio della Corte costituzionale*, in *Giurisprudenza costituzionale*, 2001, p. 2720. Quanto agli apolidi, ha definito la loro condizione come quella di soggetti di una comunità di diritto definita sulla base dell'art. 2 Cost. e non sul legame di cittadinanza. V. Corte costituzionale, sentenza del 10 maggio 1999, n. 172, in cui si ribadisce però la distinzione fra straniero ed apolide sul piano della condizione giuridica.

¹⁰³ Ovvero quei diritti che gli appartengono in quanto essere libero, quali il diritto alla vita, la libertà di associazione, di religione, di manifestazione del pensiero, il diritto di difesa, i diritti riconosciuti dalla Costituzione nell'ambito familiare, il diritto all'integrità sessuale. Per tali rilievi E. GROSSO, (voce) *Straniero (status costituzionale dello)*, cit., pp. 167-168.

¹⁰⁴ Corte costituzionale, sentenza del 24 aprile 1975, n. 102, e sentenza del 17 marzo 1966, n. 25.

¹⁰⁵ Corte di cassazione (Sezione IV penale), *M.E.G.*, sentenza del 10 marzo 2003, n. 2684, su cui M. PIAZZA, *La superfluità della cittadinanza (e della residenza) nei "diritti inviolabili"*, in *Giurisprudenza costituzionale*, 2003, p. 2415.

¹⁰⁶ Corte costituzionale, sentenza del 10-24 febbraio 1994, n. 62; sentenza del 18-27 dicembre 1991, n. 492; sentenza n. 46 del 4 gennaio 1977. Di recente cfr. anche Corte costituzionale, sentenza del 10-18 febbraio 2005, n. 78. In dottrina, sull'applicabilità diretta delle disposizioni costituzionali sui diritti e le libertà fondamentali agli stranieri *ex* articoli 3 e 10, comma 2, Cost., cfr. L. PALADIN, (voce) *Eguaglianza (diritto costituzionale)*, in *Enciclopedia del diritto*, XIV, Milano, 1965, p. 530; A. LAVAGNA, *Basi per uno studio delle figure giuridiche soggettive contenute nella costituzione italiana*, in *Studi economico-giuridici. Università di Cagliari*, 1953, p. 14; L. PALADIN, *Il principio costituzionale di uguaglianza*, cit., p. 205; E. GROSSO, (voce) *Straniero (status costituzionale dello)*, cit., 163-164; in senso più restrittivo, C. ESPOSITO, *Eguaglianza e giusti-*

l'estensione, attraverso il principio di uguaglianza, dell'intero catalogo dei diritti e delle libertà costituzionali allo straniero e si consentirebbe allo stesso tempo il riconoscimento a quest'ultimo dei diritti inviolabili¹⁰⁷.

Che implicazioni ha tutto ciò rispetto alla ricostruzione dello statuto giuridico applicabile al titolare del diritto d'asilo? Ferma restando la disciplina dei diritti costituzionali dello straniero, il giudizio di non irragionevolezza delle discriminazioni fra cittadino e straniero dovrebbe essere condotto in modo differente per i titolari del diritto d'asilo.

Il diritto d'asilo costituisce una reazione dell'ordinamento ad una violazione del principio democratico che si realizza in ordinamenti che regolano l'organizzazione degli interessi sociali¹⁰⁸ al fine di incidere sull'esercizio del potere politico¹⁰⁹ in modo "antidemocratico". Il diritto d'asilo va riconosciuto a soggetti che, avendo rifiutato di appartenere ad una comunità politica non democratica ed avendo richiesto asilo, aderiscono al complesso dei principi costituzionali italiani che reggono i rapporti politici. Lo Stato dunque deve consentire l'integrazione dello straniero titolare del diritto d'asilo, in quanto *persona culturalmente omogenea* ai propri cittadini rispetto all'idea del rapporto fra democrazia e libertà. In virtù di ciò va condotto il giudizio di ragionevolezza: al fine di equiparare il titolare del diritto d'asilo al cittadino, per quanto riguarda il godimento dei diritti civili e sociali¹¹⁰.

Una *timida* indicazione in tal senso viene dalla scarna giurisprudenza costituzionale in materia di asilo. La Corte costituzionale, nella sua prima (e sinora unica) pronuncia riguardante la condizione giuridica dello straniero cui è riconosciuto il diritto d'asilo, dopo aver negato che potesse essere applicata la condizione di reciprocità per individuare i diritti democratici riconosciuti al titolare del diritto, ha affermato che l'ordinamento costituzionale italiano attribuisce ad

zia nell'art. 3 della Costituzione, cit., p. 24, nota 19; con particolare riferimento all'art. 13 Cost., A. PACE, *Problematica*, cit., p. 30 insiste nella ricostruzione del significato dell'art. 10, comma 2, Cost., pp. 28-32; ID., (voce) *Libertà personale (diritto costituzionale)*, cit., p. 306; ID., *Eguaglianza e libertà*, in *Scritti in memoria di Livio Paladin*, III, Napoli, 2004, pp. 1460-1462.

¹⁰⁷ Corte costituzionale, sentenza del 19-26 giugno 1969, n. 104. Si vedano anche le osservazioni di C. CHIOLA, *L'obbligo di segnalare la presenza dello straniero costituisce limite "ragionevole" alla libertà oppure prestazione personale?*, in *Giurisprudenza costituzionale*, 1969, p. 1569 e di S. GRASSI, *Il d.lg. 5 febbraio 1948 n. 50, in tema di alloggio degli stranieri e degli apolidi*, ivi, p. 1579. Cfr. P. BISCARETTI DI RUFFIA, *Cittadinanza italiana, partiti politici e loro cariche dirigenti, in Diritto e società*, 1979, pp. 704 ss.; critico sull'interpretazione dell'art. 10, comma 2, Cost. data dalla Corte costituzionale M. CUNIBERTI, *La cittadinanza*, cit., pp. 165-188.

¹⁰⁸ Parafrasando l'accezione di *sistema politico* data da G. AMATO, *Forme di stato e forme di governo*, in G. AMATO, A. BARBERA (a cura di), *Manuale di diritto pubblico*, I, Bologna, 1997, p. 30.

¹⁰⁹ Potere politico inteso da G.U. RESCIGNO, (voce) *Forme di stato e forme di governo*, in *Enciclopedia giuridica Treccani*, XIV, Roma, 1989, p. 12 come modo in cui si atteggia "l'esercizio della forza nei confronti dei singoli e della società".

¹¹⁰ Non rileva per la trattazione del tema la riforma dell'art. 117, comma 1, Cost., in assenza di una disciplina internazionale sul diritto d'asilo. Cfr. sul punto anche nota 88.

esso “tutti quei fondamentali diritti democratici che non siano strettamente inerenti allo *status civitatis*” fra i quali, la libertà di pensiero costituisce “la più eminente manifestazione”¹¹¹.

Ora, nel caso del titolare del diritto d'asilo il livello di protezione dovrebbe essere definito utilizzando direttamente come parametri gli articoli 2 e 3 Cost.: il principio di uguaglianza qui opera senza il richiamo alle norme ed ai trattati internazionali.

Nel caso del titolare del diritto d'asilo, la protezione accordata dall'ordinamento costituzionale assume il contenuto di una protezione duratura e finalizzata all'inclusione dello stesso nella comunità: lo *status* dello straniero si determina in relazione a tale obiettivo.

In conclusione, la struttura della disciplina costituzionale sugli stranieri e sull'asilo, consente di svincolare la condizione giuridica del richiedente asilo dal perseguimento di un preciso indirizzo di politica internazionale e di determinarla esclusivamente in relazione al diritto costituzionale. Dunque, mentre nel caso dello straniero richiedente una forma di protezione internazionale (o garantita da una legge ordinaria) lo *standard* internazionale si lega allo *standard* interno¹¹²; nel caso del titolare del diritto d'asilo lo *standard* internazionale non può entrare in rilievo (se non nei termini della discriminazione irragionevole fra titolare del diritto d'asilo e straniero che vede il primo godere di benefici inferiori rispetto al secondo), ciò che rileva è soprattutto che non vi siano discriminazioni irragionevoli a rispetto al cittadino¹¹³.

È d'obbligo rimarcare che devono essere distinte la condizione giuridica dell'asilante (che rivendica il diritto d'asilo dinanzi agli organi dello Stato) e dell'asilato (cui è stato già riconosciuto il diritto d'asilo).

Sono possibili limitazioni ai diritti e alle libertà fondamentali dello straniero richiedente il riconoscimento del diritto d'asilo. Tali restrizioni non possono però discendere dall'applicazione dell'art. 10, comma 2, Cost. (e quindi non possono discendere da una interpretazione analogica della disciplina sui rifugiati o i richiedenti altre forme di protezione internazionale), ma dall'applicazione dell'art. 10, comma 3, Cost. e quindi devono essere costruite in relazione al giudizio di non irragionevolezza condotto in base agli articoli 2 e 3 Cost.

¹¹¹ Corte costituzionale, sentenza del 21 marzo 1968, n. 11 su cui E. CHELI, *In tema di legittimità costituzionale dell'Ordine e dell'albo dei giornalisti*, in *Giurisprudenza costituzionale*, 1968, p. 318 e G. ZAGREBELSKY, *Questioni di legittimità costituzionale della l. 3 febbraio 196 n. 69, istitutiva dell'ordine dei giornalisti*, *ivi*, p. 349.

¹¹² Cfr. B. NASCIBENE, (voce) *Straniero nel diritto internazionale*, in *Digesto delle discipline pubblicistiche*, XV, Torino, 1999, p. 182.

¹¹³ A tale conclusione inducono anche le riflessioni sulla cessazione dello *status* di straniero titolare del diritto d'asilo. Rispetto a tali soggetti, infatti, è configurata la possibilità di revoca del riconoscimento dello *status* soltanto nel caso in cui si verifichi l'insussistenza delle circostanze di fatto poste a fondamento della richiesta d'asilo o lo straniero rinunci volontariamente a tale *status*. Sul punto G. D'ORAZIO, *Lo straniero nella Costituzione italiana*, cit., pp. 70-81.

Lo straniero che richiede asilo deve beneficiare di una tutela particolare, che comporta la differenziazione della sua condizione giuridica rispetto a quella del migrante economico o del profugo o del richiedente lo *status* di rifugiato o altre forme di protezione.

La condizione giuridica del richiedente asilo, più specificamente, deve essere modellata su quella dello straniero che ha ottenuto il riconoscimento del diritto d'asilo con le limitazioni che siano strettamente necessarie ai fini dell'esercizio del potere di controllo delle frontiere.

4. Conclusioni

Universalismo o relativismo culturale, crisi o rinascita della sovranità: il dibattito è ancora aperto.

Alcuni tratti del diritto costituzionale dello Stato giocano ancora un ruolo centrale per la costruzione del futuro delle forme di garanzia dei diritti e delle libertà fondamentali.

Il diritto d'asilo può costituire un efficace strumento di controllo del potere statale e di affermazione di un determinato assetto dei rapporti fra *democrazia* e *libertà* che *apre* una comunità politica a soggetti ad essa formalmente estranei ma idealmente affini.

Tuttavia, la circostanza che il diritto d'asilo implichi la tendenziale equiparazione dello straniero al cittadino ed entri immediatamente in conflitto con alcuni interessi pubblici fondamentali (quali il controllo delle frontiere, la tutela dell'ordine pubblico e la sicurezza), ha comportato che il legislatore non abbia approvato alcuna legge di attuazione del dettato costituzionale e che l'interprete abbia applicato una disciplina che non era stata costruita per i richiedenti asilo, ma per gli stranieri che richiedono il riconoscimento di altre forme di protezione internazionale (in particolare il riconoscimento dello *status* di rifugiato).

La mancata *attuazione* legislativa e giurisprudenziale della disciplina costituzionale ha determinato il depotenziamento del diritto d'asilo.

La tendenza a ridurre l'ampiezza della protezione dello straniero titolare del diritto d'asilo è stata determinata anche dall'incidenza del diritto dell'Unione europea.

La disciplina comunitaria in materia di visti, asilo ed immigrazione e la disciplina della cittadinanza dell'Unione ed, in prospettiva, la disciplina sui controlli alle frontiere, l'asilo, l'immigrazione, riducono l'ambito di applicazione della disposizione costituzionale sull'asilo.

Il legislatore nazionale ha dato attuazione al diritto europeo senza mai far riferimento all'asilo di cui all'art. 10, comma 3, Cost.. Si è così sviluppato il processo di erosione dello spazio normativo coperto dalla disciplina costituzionale.

Ci si è chiesti quando e come si può applicare la disciplina costituzionale sull'asilo.

In assenza di una legge di attuazione del dettato costituzionale, bisogna muoversi sul terreno dell'interpretazione costituzionale dei principi sui diritti e le libertà fondamentali per definire lo statuto del diritto d'asilo.

In particolare bisogna ragionare sulle possibili lesioni all'inviolabilità personale determinate dall'interpretazione analogica della disciplina dei rifugiati e sui riflessi che ciò ha nel complesso sull'individuazione delle facoltà connesse alla titolarità del diritto d'asilo.

In un contesto giuridico e politico (oltreché culturale) in cui sussistono nel mondo ancora “sensibilità distanti l'una dall'altra e immagini dell'uomo in larga parte differenti”¹¹⁴ e la distinzione fra cittadino e straniero viene ancora prepotentemente in rilievo come ostacolo ad un'effettiva universalità dei diritti fondamentali, forme di tutela della persona come il diritto d'asilo non vanno depotenziate in nome dell'*integrazione* dei modelli giuridici. Ciò può comportare un abbassamento del livello *statale* di tutela dei diritti della persona in nome dell'innalzamento dello *standard universale* di protezione d'interessi collettivi quali la tutela dell'ordine pubblico e la sicurezza delle frontiere.

La peculiarità dell'asilo nell'ordinamento italiano è che tale diritto costituisce uno strumento d'inclusione di un soggetto in una comunità politica. La garanzia costituzionale dell'asilo rappresenta uno dei baluardi posti dall'ordinamento contro una visione della cittadinanza come *privilegio* da proteggere contro attacchi provenienti dall'esterno. Il diritto d'asilo è uno strumento che s'informa ai principi del pluralismo e della democrazia ed è sulla base di questi che regola il rapporto fra chi richiede protezione e lo Stato.

¹¹⁴ Resta di grande attualità, nonostante l'A. abbia elaborato le proprie riflessioni in un contesto geo-politico completamente differente dall'attuale, quanto affermato da G. OESTREICH, *Geschichte der Menschenrechte und Grundfreiheiten im Umriß*, Berlin, 1978, ed. it. a cura di G. GOZZI, trad. it. di C. Tommasi, *Storia dei diritti umani e delle libertà fondamentali*, Bari, 2001, p. 140.

Sezione II

Politiche dell'Unione europea in materia di immigrazione e asilo

Le condizioni d'ingresso e la tutela dei migranti nell'ordinamento dell'Unione europea

Seline Trevisanut

SOMMARIO: 1. Introduzione. – 2. L'assenza di una completa armonizzazione della politica dell'UE in materia di immigrazione. – 3. Le condizioni d'ingresso dei cittadini dei paesi terzi per motivi di studio e ai fini di ricerca scientifica. – 4. Il diritto al ricongiungimento familiare. – 5. Le condizioni d'ingresso dei migranti lavoratori. – 6. Le condizioni d'ingresso per le persone bisognose di protezione internazionale. – 7. Considerazioni conclusive.

1. Introduzione

Dagli anni Settanta del secolo scorso, la questione migratoria è al centro dei dibattiti sia al livello nazionale che comunitario. L'arrivo sempre più importante di migranti¹ in paesi che tradizionalmente non erano paesi di destinazione dei flussi² ha messo in rilievo le difficoltà proprie al sistema comunitario e alla sua volontà di creare uno spazio comune senza frontiere interne.

L'esistenza di uno spazio di libera circolazione per i cittadini, i residenti regolari e le persone presenti regolarmente sul territorio di uno degli Stati membri, si presenta infatti come uno degli obiettivi principali della Comunità europea, in particolare a partire dall'eliminazione progressiva delle frontiere interne³. Tale nozione di libera circolazione delle persone comprende il "diritto di uscire"⁴ attraverso le frontiere esterne per i sopra indicati aventi diritto, ma la sua disciplina non

¹ Ai fini del presente lavoro, si intende per "migrante" il cittadino di un paese non membro, ossia extracomunitario, che intende trasferirsi sul territorio di uno Stato membro. Non ci si riferisce pertanto al cittadino di uno Stato membro, come definito dall'art. 17, par. 1, CE (art. 20 TFUE), che si trasferisce in un altro Stato membro e che gode integralmente della libertà di circolazione delle persone nello spazio comunitario; quest'ultimo verrà quindi indicato con il termine generico di "cittadino europeo" o "cittadino dell'Unione". Sono esclusi dalla presente analisi i cittadini di paesi terzi già presenti regolarmente in un Stato membro e che intendono migrare in un altro Stato membro.

² La manodopera straniera presente in uno Stato membro arrivava principalmente da un altro Stato membro, in particolare dall'Italia, fino agli anni Settanta quando prese rilevanza l'immigrazione in provenienza da paesi terzi. Si pose allora il problema di definire una politica comune in materia migratoria per garantire l'esercizio della libera circolazione delle persone. M. CONDINANZI, A. LANG, B. NASCIMBENE, *Citizenship of the Union and free Movement of Persons*, Leiden-Boston, 2008, p. 202 ss.

³ Per favorire l'integrazione comunitaria, il progetto di istituire un mercato interno inizia a concretizzarsi con l'Atto unico europeo, del 17-28 febbraio 1986 ed entrato in vigore l'1° luglio 1987.

⁴ L'emigrazione è stata riconosciuta quale "diritto fondamentale" dal Parlamento europeo, cfr. raccomandazione 1449 (2000) del 28 gennaio 2000.

era originariamente concepita per affrontare anche la questione dell'ingresso nello spazio comune, materia lasciata alla competenza degli Stati membri⁵.

Con il Trattato di Maastricht (UE)⁶, del 1992, tra gli obiettivi dell'Unione europea viene elencato quello di creare uno spazio di libertà, sicurezza e giustizia (art. 2 UE – art. 3 TUE)⁷ nel quale possa esercitarsi la libertà di circolazione delle persone. Per la realizzazione di tale obiettivo si rendeva necessario una politica di concertazione e cooperazione relativamente all'immigrazione e, quindi, al trattamento dei cittadini dei paesi terzi.

Le Conclusioni della Presidenza del Consiglio europeo di Tampere, nel 1999, affermarono infatti la necessità di “una politica di integrazione più incisiva”, caratterizzata dall’“equo trattamento dei cittadini dei paesi terzi” e collegata con una “gestione più efficace dei flussi migratori in tutte le fasi” (paragrafi 18-22). Ciò venne in seguito riaffermato al Consiglio europeo di Siviglia nel 2002⁸ e nel 2003 in quello di Salonicco⁹.

Intervenire, sempre nel 1999, l'entrata in vigore del Trattato di Amsterdam (CE)¹⁰ il quale, in particolare, definiva al titolo IV (titolo V TFUE) le competenze de comunitarie in materia di visti, asilo, immigrazione e politiche connesse alla libertà di circolazione delle persone. L'art. 61, lett. b (divenuto, in seguito a modifica, art. 67 TFUE), attribuisce al Consiglio la competenza di adottare, allo scopo di istituire progressivamente uno spazio di libertà, sicurezza e giustizia, “misure nei settori dell'asilo, dell'immigrazione e della *salvaguardia dei diritti dei cittadini dei paesi terzi*” (corsivi aggiunti). La protezione dei diritto dei migranti nell'ordinamento comunitario è inoltre garantita dall'art. 6 UE che integrava i di-

⁵ Il Trattato istitutivo della Comunità economica europea (adottato a Roma, il 25 marzo 1957, entrato in vigore l'1 gennaio 1958) non presenta infatti alcuna disposizione relativa alla questione dell'immigrazione e, nemmeno, in relazione ai richiedenti asilo. Il primo strumento sulla materia è la dichiarazione 64/305/CEE del 25 marzo 1964 dei Rappresentanti dei governi degli Stati membri della Comunità economica europea, riuniti in sede di Consiglio, relativa ai rifugiati (in GU C 78 del 22 maggio 1964). Cfr. L. ZAGATO, *Le competenze della UE in materia di asilo dopo i trattati di Amsterdam e di Nizza, e nella prospettiva del Trattato su una costituzione per l'Europa*, in L. ZAGATO (a cura di), *Verso una disciplina comune europea del diritto d'asilo*, Padova, 2006, p. 134, nota 2.

⁶ Trattato di Maastricht sull'Unione europea, adottato il 7 febbraio 1992, entrato in vigore il 1° novembre 1993, in GU C 191 del 29 luglio 1992.

⁷ “L'Unione si prefigge i seguenti obiettivi: [...] conservare e sviluppare l'Unione quale spazio di libertà, sicurezza e giustizia in cui sia assicurata la libera circolazione delle persone insieme a misure appropriate per quanto concerne i controlli alle frontiere esterne, l'asilo, l'immigrazione, la prevenzione della criminalità e la lotta contro quest'ultima”.

⁸ Durante il Consiglio europeo di Siviglia, l'accento venne posto in particolare sulle problematiche relative all'integrazione equilibrata degli immigrati e sulle capacità di accoglienza degli Stati membri (Conclusioni del Consiglio europeo di Siviglia, 21-22 giugno 2002, paragrafi 26-29).

⁹ Conclusioni del Consiglio europeo di Salonicco, 19-20 giugno 2003, paragrafi 27-30.

¹⁰ Trattato di Amsterdam che modifica il Trattato sull'Unione europea, i trattati che istituiscono le Comunità europee ed alcuni atti connessi, adottato il 2 ottobre 1997, entrato in vigore l'1 maggio 1999, in GU C 340 del 10 novembre 1997.

ritti fondamentali, quali principi generali dell'ordinamento¹¹. Con il Trattato di Lisbona¹², all'art. 6 TUE¹³, la tutela dei diritti fondamentali nell'ordinamento dell'Unione europea si rafforza con l'integrazione della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea¹⁴ e dei diritti garantiti nella Convenzione europea di salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali¹⁵.

Queste premesse testuali non hanno implicato, al livello pratico, l'armonizzazione auspicata e necessaria ad un'efficace regolamentazione del fenomeno migratorio nel rispetto dei diritti dei migranti stessi, in particolare per quanto concerne le condizioni di ingresso.

2. L'assenza di una completa armonizzazione della politica dell'UE in materia di immigrazione

La legislazione comunitaria in materia di immigrazione si presenta, infatti, frammentaria e diversificata per le basi giuridiche su cui si fonda¹⁶, per la natura

¹¹ Art. 6 UE: "1. L'Unione si fonda sui principi di libertà, democrazia, rispetto dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali, e dello stato di diritto, principi che sono comuni agli Stati membri. 2. L'Unione rispetta i diritti fondamentali quali sono garantiti dalla Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali, firmata a Roma il 4 novembre 1950, e quali risultano dalle tradizioni costituzionali comuni degli Stati membri, in quanto principi generali del diritto comunitario".

¹² Trattato di Lisbona che modifica il trattato sull'Unione europea e il trattato che istituisce la Comunità europea, firmato a Lisbona il 13 dicembre 2007, entrato in vigore il 1° dicembre 2009, in GU C 306 del 17 dicembre 2007. Nel proseguo, si fa riferimento alla Versione consolidata del trattato sull'Unione europea (TUE) e del trattato sul funzionamento dell'Unione europea (TFUE), in GU C 155 del 9 maggio 2008.

¹³ Art. 6 TUE: "1. L'Unione riconosce i diritti, le libertà e i principi sanciti nella Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea del 7 dicembre 2000, adattata il 12 dicembre 2007 a Strasburgo, che ha lo stesso valore giuridico dei trattati. (...)".

2. L'Unione aderisce alla Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali. Tale adesione non modifica le competenze dell'Unione definite nei trattati.

3. I diritti fondamentali, garantiti dalla Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali e risultanti dalle tradizioni costituzionali comuni agli Stati membri, fanno parte del diritto dell'Unione in quanto principi generali". Si veda U. DRAETTA, *Elementi di diritto dell'Unione Europea*, Milano, 2009, p. 252 ss.

¹⁴ Proclamata a Nizza il 7 dicembre 2000 e adattata a Strasburgo il 12 dicembre 2007, in GU C 303 del 14 dicembre 2007.

¹⁵ Convenzione europea di salvaguardia dei diritti umani e delle libertà fondamentali, adottata a Roma il 4 novembre 1950, entrata in vigore il 3 settembre del 1953.

¹⁶ H. LABAYLE, *Vers une politique commune de l'asile et de l'immigration dans l'Union européenne*, in F. JULIEN-LAFERRIERE, H. LABAYLE, Ö. EDSTRÖM, *La politique européenne d'immigration et d'asile: Bilan critique cinq ans après le Traité d'Amsterdam*, Bruxelles, 2005, p. 15 ss. Si veda anche P. DE BRUYCKER, *Le niveau d'harmonisation législative de la politique européenne d'immigration et d'asile*, ivi, p. 70, in cui sostiene che "[l]'échec pour ce qui concerne le niveau d'harmonisation est patent, à tel point qu'on peut même s'interroger sur la primauté du droit communautaire en matière d'immigration et d'asile".

degli atti in cui è contenuta (direttive, regolamenti, raccomandazioni, comunicazioni, risoluzioni, programmi d'azione fra gli Stati membri e con Stati terzi) e in fine per le materie trattate (gestione frontiere esterne, visti, rimpatrio, traffico di esseri umani, cooperazione giudiziaria e di polizia, ecc.)¹⁷.

L'uniformità delle legislazione in materia di trattamento dei cittadini dei paesi terzi al loro ingresso, ma anche in relazione alla loro permanenza, è indispensabile in vista della realizzazione della libertà di movimento nello spazio comunitario.

Prima del Trattato di Amsterdam, entrato in vigore l'1 maggio 1999, in assenza di disposizioni in materia nel Trattato istitutivo¹⁸, la disciplina relativa all'immigrazione si sviluppò attraverso una cooperazione intergovernativa degli Stati membri¹⁹. Il risultato di questa prima fase fu l'adozione degli accordi di Schengen e della Convenzione di Dublino.

Dopo un primo accordo tra cinque paesi fondatori, firmato a Schengen il 14 giugno 1985²⁰, è stata elaborata una convenzione di applicazione, firmata il 19 giugno 1990 ed entrata in vigore nel 1995, che ha permesso di abolire i controlli interni tra gli Stati contraenti²¹ e di creare una frontiera esterna unica lungo la quale i controlli all'ingresso nel c.d. "spazio Schengen" vengono effettuati secondo principi comuni e uniformi²².

L'adozione di una politica comune per quanto riguarda i movimenti verso l'esterno della Comunità ha posto però molti problemi, non solo di dibattito poli-

¹⁷ R. PISILLO MAZZESCHI, *Strumenti comunitari di prevenzione e di contrasto all'immigrazione clandestina*, in U. LEANZA (a cura di), *Le migrazioni, una sfida per il diritto internazionale, comunitario e interno*, Napoli, 2005, p. 356.

¹⁸ Nella versione originaria del Trattato di Roma (Trattato istitutivo della Comunità economica europea, del 25 marzo 1957), nessuna disposizione attribuiva alle istituzioni dei poteri in materia di immigrazione; cfr. M. CONDINANZI, A. LANG, B. NASCIBENE, *Cittadinanza dell'Unione e libera circolazione delle persone*, Milano, 2006, p. 249.

¹⁹ Si veda, tra gli altri, R. CHOLEWINSKI, *European Policy on Irregular Migration: Human Rights Lost*, in B. BOGUSZ (a cura di), *Irregular Migration and Human Rights: Theoretical, European and International Perspectives*, Leiden, 2004, p. 166 ss.; M. CONDINANZI, A. LANG, B. NASCIBENE, *Cittadinanza dell'Unione*, cit., p. 254 ss.

²⁰ L'accordo era stato siglato tra gli Stati dell'Unione economica del Benelux (Belgio, Lussemburgo e Paesi Bassi), la Repubblica Federale di Germania e la Francia, il testo è riportato in *International Law Materials*, 1991, p. 73 ss.

²¹ Convenzione di applicazione dell'Accordo di Schengen del 14 giugno 1985 tra i governi degli stati dell'Unione Economica del Benelux, della Repubblica Federale di Germania e della Repubblica Francese relativo all'eliminazione graduale dei controlli alle frontiere comuni. Lo spazio Schengen si è esteso progressivamente inglobando quasi tutti gli Stati membri della CE. Gli accordi sono stati firmati dall'Italia il 27 novembre 1990, dalla Spagna e dal Portogallo il 25 giugno 1991, dalla Grecia il 6 novembre 1992, dall'Austria il 28 aprile 1995 e da Danimarca, Finlandia e Svezia il 19 dicembre 1996.

²² Cfr. titolo II, capitolo 2 della Convenzione e il *Manuale comune per le frontiere esterne* in cui sono descritte le modalità operative di applicazione dei principi sanciti dal testo convenzionale. Le disposizioni maggiormente rilevanti per il presente studio sono gli articoli 3, 5 e 6 della Convenzione relativi all'attraversamento delle frontiere esterne, l'ingresso degli stranieri per un soggiorno non superiore a tre mesi e gli obblighi di sorveglianza delle frontiere a carico degli Stati membri.

tico, ma anche operativi e di coordinamento. Nello stesso anno dell'accordo Schengen, la Commissione ha cercato, infatti, di sviluppare una politica comunitaria delle migrazioni²³ e ha adottato un orientamento generale che ha portato a considerare unitamente le problematiche dell'immigrazione e quelle del diritto d'asilo, benché distinte²⁴.

La questione della gestione dei richiedenti asilo venne affrontata nel 1990 con l'adozione di un trattato, la Convenzione di Dublino sulla determinazione dello Stato competente per l'esame di una domanda d'asilo presentata in uno degli Stati membri delle Comunità europee²⁵, che cercava di porre un freno al problema dell'abuso dell'istituto dell'asilo, in particolare alla pratica delle domande multiple. Questo strumento sollevò molte critiche²⁶ e fu oggetto, successivamente, di modifiche²⁷.

Prima dell'entrata in vigore della Convenzione di Dublino, intervenne il Trattato di Maastricht, nel 1992, il quale aprì una seconda fase nella cooperazione intergovernativa in materia di asilo, inserendo questa ultima nelle attività del terzo pilastro²⁸. Maastricht prevedeva però un periodo transitorio di cinque anni entro il quale doveva avvenire progressivamente "il trasferimento del settore dell'immigrazione al metodo comunitario"²⁹.

²³ Comunicazione della Commissione al Consiglio su orientamenti per una politica comunitaria delle migrazioni, COM(85)48 def. del 7 marzo 1985.

²⁴ R. PISILLO MAZZESCHI, *Strumenti comunitari*, cit., p. 352, nota 22, in cui l'autore elenca le comunicazioni della Commissione maggiormente rilevanti in materia.

²⁵ Convenzione di Dublino del 1990 sulla determinazione dello Stato competente per l'esame di una domanda d'asilo presentata in uno degli Stati membri delle Comunità europee, in GU C 254 del 19 agosto 1997; entrata in vigore il 1 settembre 1997; ratificata dall'Italia nel 1992 (legge n. 523 del 23 dicembre 1992, in *Gazzetta Ufficiale* n. 3 del 5 gennaio 1993).

²⁶ Cfr. *Evaluation de la Convention de Dublin* (document de travail de la Commission), SEC(2001) 756 def. del 13 giugno 2001.

²⁷ La Convenzione di Dublino è stata infatti comunitarizzata con regolamento (CE) n. 343/2003 del Consiglio del 18 febbraio 2003, che stabilisce i criteri e i meccanismi di determinazione dello Stato membro competente per l'esame di una domanda d'asilo presentata in uno degli Stati membri da un cittadino di un paese terzo (in GU L 50 del 25 febbraio 2003), reso operativo dall'adozione del regolamento (CE) n. 1560/2003 della Commissione del 2 settembre 2003, recante modalità di applicazione del regolamento (CE) n. 343/2003 (in GU L 222 del 5 settembre 2003). I due regolamenti, detti sistema "Dublino 2" in contrapposizione alla Convenzione del 1990, detta "Dublino 1", non hanno però apportato nessuna sostanziale modifica al testo originario. Cfr. S. BARBOU DES PLACES, *Le dispositif Dublin 2 ou les tribulations de la politique communautaire d'asile*, EUI Working Paper LAW n. 2004/6, disponibile su www.iue.it.

²⁸ Cfr. Titolo VI del Trattato di Maastricht sulla "cooperazione nei settori della giustizia e degli affari interni". Si veda anche L. ZAGATO, *Le competenze della UE*, cit., p. 141 ss.

²⁹ R. PISILLO MAZZESCHI, *Strumenti comunitari*, cit., p. 350; B. NASCIBENE, E. M. MAFROLLA, *Recenti sviluppi della politica comunitaria in materia di immigrazione e di asilo*, in *Diritto, immigrazione e cittadinanza*, 2002, p. 13.

Nel 1999, il Trattato di Amsterdam³⁰ comunitarizzava alcune materie, tra cui visti, asilo, immigrazione e altre politiche connesse alla libera circolazione delle persone (titolo IV CE, articoli 61-69 – divenuto, in seguito a modifica, titolo V TFUE, articoli 67-89). In particolare, il fondamento giuridico per le misure riguardanti il controllo delle frontiere esterne e della politica in materia di visti era posto all'art. 62 CE (art. 77 TFUE). Il successivo art. 63 CE (divenuto, in seguito a modifica, articoli 78, punti 1 e 2, e art. 79, par. 1 e 2 TFUE) si riferiva a misure in materia d'asilo, quali la determinazione dello Stato competente all'esame della domanda e norme minime in materia di accoglienza, e a misure in materia d'immigrazione, relative in particolare all'immigrazione irregolare al par. 3, lett. b (art. 79, par. 2, lett. c, TFUE)³¹. Lo stesso articolo disponeva, al par. 4, che gli Stati potevano mantenere o adottare la propria legislazione, purché conforme al diritto comunitario e al diritto internazionale in materia di ingresso e di soggiorno. Il testo dell'art. 63 CE disponeva quindi un'ampia discrezionalità degli Stati nell'armonizzazione delle normative interne nelle materie considerate. In particolare le competenze attribuite dall'art. 63 CE erano raggruppate da una parte della dottrina in quelle dette "parallele"³² nel senso in cui nel settore dell'asilo e dei rifugiati, l'Unione era competente per l'adozione di standard minimi e tale competenza non impediva agli Stati di agire autonomamente nello stesso settore, nel rispetto dei principi contenuti negli standard minimi così definiti.

Con il Trattato di Lisbona, tale discrezionalità subisce dei limiti, in particolare in materia d'ingresso e soggiorno visto che non compare più la norma di cui all'art. 63, par. 4 CE. Conformemente all'art. 79, par. 5 TFUE, l'attività normativa delle istituzioni dell'Unione in materia d'immigrazione non incide «sul diritto degli Stati membri di determinare il volume di ingresso nel loro territorio dei cittadini di paesi terzi, provenienti da paesi terzi, allo scopo di cercarvi un lavoro dipendente o autonomo»; la discrezionalità e l'autonomia degli Stati membri, nel settore qui considerato, sono quindi ridotte considerevolmente.

Conformemente all'art. 64, par. 1, CE (sostituito dall'art. 72 TFUE), gli Stati conservano comunque il potere di esercitare le proprie competenze per il mantenimento dell'ordine pubblico e la salvaguardia della sicurezza interna³³. Secondo

³⁰ Secondo alcuni autori, il Trattato di Amsterdam realizza una "rivoluzione copernicana" nella politica comunitaria in materia di immigrazione; cfr. M. CONDINANZI, A. LANG, B. NASCIBENE, *Cittadinanza dell'Unione*, cit., p. 263.

³¹ Art. 62 par. 3, lett. b, CE (art. 79, par. 2, lett. c, TFUE): "(...) immigrazione e soggiorno irregolare, compreso il rimpatrio delle persone in soggiorno irregolare".

³² A. VON BOGDANDY, J. BAST, *The European Union Vertical Order of Competence: the Current Law and Proposal for its Reform*, in *Common Market Law Review*, 2002, pp. 247-248.

³³ Art. 64, par. 1 CE (sostituito dall'art. 72 TFUE): "Il presente titolo non osta all'esercizio delle responsabilità incumbenti agli Stati membri per il mantenimento dell'ordine pubblico e della sicurezza interna".

una parte della dottrina, tale disposizione non implica una riserva di potere, ma un margine di discrezionalità per lo svolgimento concreto delle attività di polizia³⁴.

Il Trattato di Amsterdam, con apposito Protocollo³⁵, incorporò inoltre l'Accordo di Schengen e il c.d. "acquis Schengen" nell'ambito dell'Unione europea, le cui norme erano però ripartite tra il primo e il terzo pilastro. Le norme in materia di visto e soggiorno erano infatti state comunitarizzate; la cooperazione giudiziaria e di polizia rilevava ancora dalla cooperazione intergovernativa. Sempre nel 1999, lo "Spazio Schengen" è definito dal Consiglio nell'apposita decisione 999/436/CE³⁶ tramite la realizzazione di liste annesse alla decisione in cui sono elencati gli atti più significativi che devono disciplinare la materia. Con il Trattato di Lisbona, questa spartizione inter-pilastri dell' "acquis Schengen" scompare grazie alla comunitarizzazione della cooperazione giudiziaria e di polizia che viene integrata nel titolo V, capo 3 e 4, TFUE.

Nel 1999, si tenne anche il Consiglio europeo di Tampere il quale diede un impulso importante alla politica della Comunità in materia. Venne messo l'accento sulla necessità di affrontare la tematica dell'immigrazione in connessione con le questioni politiche, i diritti dell'uomo e, soprattutto, lo sviluppo economico e la stabilità sociale dei paesi d'origine e di transito dei migranti³⁷. Il Consiglio di Tampere riflette l'approccio globale della Commissione la quale, analizzando il fenomeno migratorio in generale, giudicava inadeguate le politiche di chiusura di alcuni Stati membri, le c.d. politiche "immigrazione zero", anche alla luce del bisogno di manodopera e del basso tasso di natalità in Europa³⁸. La Commissione voleva quindi condurre una politica che portasse ad un partenariato con i paesi di origine e i paesi di transito dei flussi migratori tramite l'adozione di ampie misure di cooperazione economica volte a facilitare e concretizzare la prevenzione, la gestione e la repressione dell'immigrazione irregolare³⁹.

³⁴ M. CONDINANZI, A. LANG, B. NASCIBENE, *Cittadinanza dell'Unione*, cit., p. 292.

³⁵ *Protocollo sull'integrazione dell'acquis di Schengen nell'ambito dell'Unione europea*. L'acquis Schengen è considerato il "primo esempio di cooperazione rafforzata che il Trattato di Amsterdam contempla"; cfr. G. CELLAMARE, *La disciplina dell'immigrazione* cit., p. 64 ss.; B. NASCIBENE, *Lo "Spazio Schengen": libertà di circolazione e controlli alle frontiere*, in *Divenire sociale e adeguamento del diritto. Studi in onore di Francesco Capotorti*, Milano, 2000, p. 310.

³⁶ Decisione del Consiglio del 20 maggio 1999, che definisce l'acquis di Schengen ai fini della determinazione, in conformità del trattato che istituisce la Comunità europea e del trattato sull'Unione europea, della base giuridica per ciascuna delle disposizioni o decisioni che costituiscono l'acquis, in GU L 176 del 10 luglio 1999.

³⁷ Conclusioni del Consiglio europeo di Tampere, 15-16 ottobre 1999, paragrafi 22-27.

³⁸ Comunicazione della Commissione al Consiglio e al Parlamento europeo su una politica comunitaria in materia di immigrazione, COM(2000) 757 def. del 22 novembre 2000, commentata da C. FAVILLI, *La comunicazione della Commissione al Consiglio e al Parlamento europeo su una politica comunitaria in materia di immigrazione: prime riflessioni*, in *Diritto, immigrazione e cittadinanza*, 2001, p. 54 ss.

³⁹ Comunicazione della Commissione al Consiglio e al Parlamento Europeo su "Integrare le questioni connesse all'emigrazione nelle relazioni dell'Unione europea con i Paesi terzi", COM(2002) 703 def. del 3 dicembre 2002.

Il Trattato che adotta una Costituzione per l'Europa⁴⁰ avrebbe dovuto realizzare una "unionizzazione"⁴¹ della materia. La politica comune relativa all'immigrazione sarebbe stata così inclusa tra le politiche interne e l'Unione avrebbe assunto un ruolo attivo nella determinazione della normativa applicabile, lasciando agli Stati una competenza concorrente⁴². Peraltro, il Trattato di Lisbona ha ripreso quasi interamente l'approccio del Trattato che adotta una Costituzione per l'Europa. L'immigrazione rimane quindi nell'ambito delle competenze concorrenti.

L'azione dell'Unione è limitata dalla mancata armonizzazione delle disposizioni legislative e regolamentari degli Stati membri⁴³. Lo Stato conserva il ruolo di principale interlocutore dei paesi terzi per l'eventuale conclusione di accordi in materia e l'Unione rappresenta il quadro d'azione⁴⁴, anche se assume sempre più rilievo l'azione dell'Unione a livello internazionale grazie alla conclusione di accordi di riammissione tra l'Unione e paesi terzi⁴⁵.

La mancanza di armonizzazione nella disciplina dell'immigrazione e il conseguente eterogeneo accesso alle frontiere dell'Unione favoriscono lo sviluppo del traffico di migranti. Ciò spiega anche il numero sempre maggiore di cittadini di paesi terzi, non rientranti nelle categorie internazionalmente protette⁴⁶, che tentano di penetrare clandestinamente nel territorio di uno Stato membro.

⁴⁰ In GU C 310 del 16 dicembre 2004. Nella materia qui analizzata rileva l'art. III-266 che dispone: "1. L'Unione sviluppa una politica comune in materia di asilo, di protezione sussidiaria e di protezione temporanea, volta a offrire uno status appropriato a qualsiasi cittadino di un paese terzo che necessita di protezione internazionale e a garantire il rispetto del principio di non respingimento. Detta politica deve essere conforme alla convenzione di Ginevra del 28 luglio 1951 e al protocollo del 31 gennaio 1967 relativi allo status dei rifugiati, e agli altri trattati pertinenti. 2. Ai fini del paragrafo 1, la legge o legge quadro europea stabilisce le misure relative a un sistema europeo comune di asilo che includa: (...) c) un sistema comune volto alla protezione temporanea degli sfollati in caso di afflusso massiccio".

⁴¹ B. NASCIBENE, *Politica sull'immigrazione e progetto di Costituzione europea*, in *Studi Emigrazione/Migration Studies*, 2004, pp. 71-81. In merito agli effetti del Trattato che adotta una Costituzione per l'Europa in materia di competenze dell'Unione, si veda R. MASTROIANNI, *Le competenze dell'Unione*, in *Diritto dell'Unione europea*, 2005, pp. 390-416.

⁴² Art. III-267: "1. L'Unione sviluppa una politica comune dell'immigrazione intesa ad assicurare, in ogni fase, la gestione efficace dei flussi migratori, l'equo trattamento dei cittadini dei paesi terzi che soggiornano legalmente negli Stati membri e la prevenzione e il contrasto rafforzato dell'immigrazione clandestina e della tratta degli esseri umani. 2. Ai fini del paragrafo 1, la legge o legge quadro europea stabilisce le misure nei seguenti settori: a) condizioni di ingresso e soggiorno (...); c) immigrazione e soggiorno irregolari, compresi l'allontanamento e il rimpatrio delle persone in soggiorno irregolare (...)"

⁴³ B. NASCIBENE, *Politica sull'immigrazione*, cit., p. 78.

⁴⁴ L'Unione ha comunque concluso alcuni accordi, detti accordi misti, con paesi terzi, in particolare relativamente alla riammissione e ai visti (*visa facilitation*).

⁴⁵ La competenza dell'Unione a concludere accordi di riammissione è stata esplicitamente prevista all'art. 79, par. 3, TFUE.

⁴⁶ Direttiva 2004/83/CE del Consiglio del 29 aprile 2004, recante norme minime sull'attribuzione, a cittadini di paesi terzi o apolidi, della qualifica di rifugiato o di persona altrimenti bisognosa di protezione internazionale, nonché norme minime sul contenuto della protezione riconosciuta, in GU L

La politica comunitaria in materia di immigrazione non possiede quindi, al momento, le caratteristiche dell'uniformità e dell'omogeneità. Essa è infatti frammentata e deve essere individuata per ora negli interventi compiuti in diversi settori, siano essi collegati direttamente o indirettamente con la materia migratoria⁴⁷. La Comunità è intervenuta infatti con modalità e forza diverse in cinque settori principalmente⁴⁸: le misure relative all'ingresso dei cittadini di Stati terzi, che comprendono la gestione delle frontiere esterne e i visti; le misure relative all'allontanamento ed al rimpatrio; le sanzioni per illeciti collegati all'immigrazione illegale, in particolare per il traffico illecito di persone e la tratta di essere umani; le misure generali di cooperazione amministrativa ed operativa fra gli Stati membri, tra cui quelle relative alla cooperazione amministrativa e operativa in materia di asilo; la cooperazione politica ed economica con i paesi terzi.

La politica comunitaria in materia di rifugiati e richiedenti asilo si presenta invece in modo più unitario avendo subito un processo di armonizzazione e di quasi completa comunitarizzazione. Ciò si evince anche dagli strumenti esistenti relativi alle condizioni d'ingresso delle differenti categorie di migranti interessati, strumenti di cui ci si propone di tracciare le caratteristiche principali qui di seguito.

3. Le condizioni d'ingresso dei cittadini dei paesi terzi per motivi di studio e ai fini di ricerca scientifica

L'ingresso dei cittadini di paesi terzi per motivi di studio ha fatto oggetto di regolamentazione al livello comunitario solo di recente. I testi di riferimento sono due direttive adottate in base all'art. 63, paragrafi 3 e 4, CE (art. 79 TFUE): la direttiva 2004/114/CE del 13 dicembre 2004 relativa alle condizioni di ammissione dei cittadini di paesi terzi per motivi di studio, scambio di alunni, tirocinio non retribuito o volontario⁴⁹; la direttiva 2005/71/CE del 12 ottobre 2005, relativa a una procedura specificamente concepita per l'ammissione di cittadini di paesi terzi a fini di ricerca scientifica⁵⁰.

La direttiva 2004/114/CE ha per oggetto le condizioni di ammissione "dei cittadini di paesi terzi che si recano nel territorio degli Stati membri, per un periodo superiore a tre mesi, per motivi di studio, scambio di alunni, tirocinio non retribuito o volontariato" (art. 1, par. 1). Sono invece esclusi dal campo di appli-

304 del 30 settembre 2004. Relativamente all'interpretazione dei criteri d'attribuzione, si veda la recente giurisprudenza della Corte di giustizia delle Comunità europee (Grande Sezione), *M. Elgafaji, N. Elgafaji c. Staatssecretaris van Justitie*, causa C-465/07, sentenza del 17 febbraio 2009.

⁴⁷ Si veda F. IPPOLITO, *La condizione dello straniero nell'ordinamento giuridico dell'Unione europea*, in P. DE CESARI (a cura di), *Persona e famiglia*, Torino, 2008, p. 178 ss.

⁴⁸ Si riprende qui la suddivisione compiuta dal R. PISILLO MAZZESCHI in *Strumenti comunitari*, cit., pp. 356-378.

⁴⁹ In GU L 375 del 23 dicembre 2004.

⁵⁰ In GU L 289 del 3 novembre 2006.

cazione della direttiva i richiedenti asilo o cittadini di paesi terzi tutelati da forme di protezione sussidiaria o temporanea, coloro che sono familiari di cittadini dell'Unione, i residenti di lungo periodo e i lavoratori (art. 3, par. 2).

Tali migrazioni sono per definizione temporanee, come ricordato dal considerando 7 del preambolo della direttiva stessa, in quanto è disposto che il permesso rilasciato non possa eccedere la durata di un anno per gli alunni, i tirocinanti e i volontari (articoli 13-15). Per gli studenti, la durata minima del permesso di soggiorno deve invece essere di un anno (art. 12) e può essere rinnovato qualora sussistano le condizioni poste agli articoli 6 e 7⁵¹. Nel considerando 6, il testo afferma inoltre l'importanza di questo tipo di immigrazione per "l'immagine dell'Europa intera in quanto centro mondiale di eccellenza per gli studi e per la formazione professionale". Per la realizzazione di tale obiettivo si indica come necessario il "ravvicinamento delle legislazioni nazionali degli Stati membri relative alle condizioni di ingresso e di soggiorno". La direttiva ricorda il rispetto dei diritti fondamentali dei migranti sottoposti alle procedure di ammissione, anche se il considerando 5 del preambolo contiene un condizionale al quanto discutibile: "Gli Stati membri *dovrebbero* applicare le disposizioni della presente direttiva senza operare discriminazioni fondate su sesso, razza, colore della pelle, origine etnica o sociale, caratteristiche genetiche, lingua, religione o credo, opinioni politiche o di qualsiasi altra natura, appartenenza ad una minoranza nazionale, patrimonio, nascita, disabilità, età o orientamento sessuale" (corsivo aggiunto).

L'obiettivo di fare dell'Europa un centro di eccellenza mondiale si concretizza anche nel creare uno Spazio europeo della ricerca⁵². Il Consiglio di Barcellona nel 2002 fissava l'obiettivo di investire il 3% del PIL nella ricerca per la realizzazione di un tale spazio europeo⁵³. La direttiva 2005/71/CE intende quindi "contribuire alla realizzazione di tali obiettivi favorendo l'ammissione e la mobilità dei cittadini di paesi terzi a fini di ricerca per soggiorni di oltre tre mesi, in modo che la Comunità eserciti un maggiore richiamo per i ricercatori di tutto il mondo e migliori le sue capacità di polo di ricerca a livello internazionale" (considerando 5 del preambolo).

La direttiva 2005/71/CE si applica alle persone non rientranti nelle categorie della sopra esaminata direttiva 2004/114/CE (art. 3, par. 2, lett. b e agli istituti di ricerca che siano stati autorizzati dallo Stato membro di appartenenza ad accogliere ricercatori extracomunitari (art. 5). Il ricercatore è ammesso sul territorio comunitario dopo aver firmato una convenzione con l'istituto di ricerca presso

⁵¹ Secondo l'art. 6 della direttiva in oggetto, i cittadini di paesi terzi rientranti in una delle categorie indicate dal testo stesso devono possedere un titolo di viaggio valido a norma della legislazione nazionale; essere coperti da un'assicurazione malattia; non essere considerato una minaccia per l'ordine pubblico, la sicurezza pubblica e la sanità pubblica. I successivi articoli 7, 9, 10 e 11 dispongono requisiti supplementari specifici per le diverse categorie, rispettivamente gli studenti, gli alunni, i tirocinanti e i volontari.

⁵² Conclusioni del Consiglio europeo straordinario di Lisbona del 23-24 marzo 2000, par. 12 ss.

⁵³ Conclusioni del Consiglio europeo di Barcellona del 15-16 marzo 2002, par. 47.

cui svolgere la propria attività (art. 6) e a condizione che riempi le condizioni poste all'art. 7, ossia il possesso di un documento di viaggio valido, della sopra menzionata convenzione e che non costituisca una minaccia per l'ordine pubblico. Il permesso di soggiorno così rilasciato ha una durata minima di un anno ed è rinnovabile (art. 8). Il titolare del permesso gode della parità di trattamento con i cittadini del paese ospitante (art. 12). L'applicazione del principio di non discriminazione nell'esame delle domande di ammissione è enunciato al considerando 24 del preambolo nei termini di cui al considerando 5 del preambolo della sopra citata direttiva 2004/114/CE. La direttiva 2005/71/CE mette però l'accento sul diritto alla vita familiare. Essa richiede infatti agli Stati di prestare "particolare attenzione alla necessità di agevolare e sostenere la salvaguardia dell'unità della famiglia del ricercatore" (considerando 18 del preambolo) e incoraggia gli Stati a permettere ai familiari di seguire il ricercatore durante il suo soggiorno (considerando 19). Il periodo di validità del permesso di soggiorno dei familiari dovrà essere uguale a quello del permesso di soggiorno rilasciato al ricercatore (art. 9).

Il diritto al ricongiungimento familiare fa inoltre oggetto di una normativa specifica, e al quanto criticata, al livello comunitario.

4. Il diritto al ricongiungimento familiare

Il diritto alla vita familiare, e conseguentemente al ricongiungimento familiare⁵⁴, è garantito al livello internazionale da vari strumenti in materia di diritti fondamentali, in particolare dall'art. 16 della Dichiarazione universale dei diritti umani⁵⁵, l'art. 8 della Convenzione europea dei diritti umani, gli articoli 17 e 23 del Patto delle Nazioni Unite sui diritti civili e politici⁵⁶ e dall'art. 10 della Convenzione di New York sui diritti del fanciullo⁵⁷.

Al livello comunitario gli strumenti in materia di ricongiungimento familiare sono principalmente: la direttiva 2003/86/CE del 22 settembre 2003 relativa al ricongiungimento familiare⁵⁸, la quale si applica solo ai membri di una famiglia

⁵⁴ Le questioni relative al ricongiungimento familiare sono l'oggetto di uno studio specifico in questo stesso *Volume*, cfr. A. DEL GUERCIO, *La tutela del diritto dei migranti all'unità familiare nella giurisprudenza della Corte europea dei diritti umani e nell'ordinamento dell'Unione europea*, pertanto, ci si propone in questa sede di delineare solamente i tratti caratteristici degli strumenti comunitari esistenti per quanto riguarda le condizioni di accesso per gli aventi diritto.

⁵⁵ Assemblea Generale, Dichiarazione universale dei diritti umani, UN Doc. A/RES/217(III) del 10 dicembre 1948.

⁵⁶ Patto internazionale sui diritti civili e politici, adottato a New York il 16 dicembre 1966, entrato in vigore il 23 marzo 1976, UN Doc. A/RES/2200(XXI) del 16 dicembre 1966.

⁵⁷ Convenzione sui diritti dei fanciulli, adottata a New York il 20 novembre 1989, entrata in vigore il 2 settembre 1990, UN Doc. A/RES/44/25 del 20 novembre 1989.

⁵⁸ In GU L 251 del 3 ottobre 2003.

di extracomunitari; la direttiva 2004/38/CE⁵⁹ relativa al diritto dei cittadini dell'Unione e dei loro familiari di circolare e di soggiornare liberamente nel territorio degli Stati membri, che si applica invece ai membri stranieri della famiglia di un cittadino comunitario.

La direttiva 2003/86/CE ha sollevato molte critiche in relazione alla presenza nel testo di numerose deroghe e clausole opzionali che minano l'obiettivo di armonizzazione della materia⁶⁰. Inoltre le critiche vertono anche sul fatto che la direttiva non realizza l'obiettivo posto a Tampere relativamente al trattamento equo dei cittadini dei paesi terzi⁶¹. Ciò si giustifica in prima battuta dalla nozione restrittiva di famiglia adottata dal testo che trova applicazione solo nei confronti della famiglia tradizionale, ossia esistente nell'ambito del vincolo matrimoniale (art. 4, par. 1). Sono pertanto esclusi i partner non sposati, nei confronti dei quali gli Stati membri hanno un potere discrezionale in relazione all'esercizio del ricongiungimento familiare (art. 4, par. 3). I partner non sposati legati ad un cittadino dell'Unione rientrano invece nell'ambito d'applicazione della direttiva 2004/38/CE (art. 2, par. 2).

Inoltre la direttiva 2003/86/CE si applica solamente al ricongiungimento familiare dei rifugiati o dei cittadini di paesi terzi titolari "di un permesso di soggiorno rilasciato da tale Stato membro per un periodo di validità pari o superiore a un anno, e ha una fondata prospettiva di ottenere il diritto di soggiornare in modo stabile". Sono pertanto esclusi i familiari dei richiedenti asilo il cui *status* non sia ancora stato riconosciuto, i familiari di coloro che godono di protezione sussidiaria o temporanea e i familiari di coloro che non hanno prospettive concrete di ottenere un permesso di soggiorno di lunga durata.

Una volta accertati i requisiti del cittadino del paese terzo residente in uno Stato membro, i suoi familiari dovranno essere autorizzati all'ingresso e il rilascio dei visti dovrà essere agevolato (art. 13, par. 1). I familiari dovranno ricevere un primo permesso di soggiorno di un anno, rinnovabile (art. 13, par. 2). Inoltre, trascorso un periodo massimo di cinque anni, i familiari potranno ottenere un titolo di

⁵⁹ Direttiva 2004/38/CE del Parlamento e del Consiglio del 29 aprile 2004, relativa al diritto dei cittadini dell'Unione e dei loro familiari di circolare e di soggiornare liberamente nel territorio degli Stati membri, che modifica il regolamento (CEE) 1612/68 ed abroga le direttive 64/221/CEE, 68/360/CEE, 72/194/CEE, 73/148/CEE, 75/34/CEE, 75/35/CEE, 90/364/CEE, 90/365/CEE e 93/96/CEE, in GU L 229 del 29 giugno 2004. Per un commento della prassi applicativa, si veda A. MAGGIOTTO, *I familiari extracomunitari di cittadini comunitari: prime applicazioni giurisprudenziali sui requisiti per il riconoscimento dello status previsto dalla Dir. 2004/38/CE*, in *Diritto, immigrazione e cittadinanza*, 2009, p. 120 ss.

⁶⁰ C. URBANO DE SOUSA, *Le regroupement familial au regard des standards internationaux*, in F. JULIEN-LAFERRIERE, H. LABAYLE, Ö. EDSTRÖM, *La politique européenne d'immigration et d'asile*, cit., p. 131. In particolare, l'autore definisce la direttiva 2003/86/CE, con tutti i suoi limiti e deroghe, un "monumento di ipocrisia" (ivi, p. 138).

⁶¹ Si veda D. SCHAFFRIN, *Which standards for family reunification of third-country nationals in the European Union*, in J.-Y. CARLIER, P. DE BRUYCKER, *Immigration and Asylum Law of the EU: current debates*, Bruxelles, 2005, pp. 139 e 142.

soggiorno autonomo, indipendente da quello del soggiornante (art. 15), lasciando pertanto i familiari in una situazione precaria nel lasso di tempo considerato.

Altro punto criticabile della direttiva 2003/86/CE è costituito dalle condizioni d'ingresso per i familiari minorenni. Conformemente all'art. 4, par. 1, un minore che "abbia superato i dodici anni e giunga in uno Stato membro indipendentemente dal resto della sua famiglia, quest'ultimo, prima di autorizzare l'ingresso ed il soggiorno ai sensi della presente direttiva, può esaminare se siano soddisfatte le condizioni per la sua integrazione richieste dalla sua legislazione in vigore al momento dell'attuazione della presente direttiva". Il limite d'età di dodici anni, giustificato con considerazioni legate alle difficoltà di integrazione di un minore di quella età⁶², mal si concilia con gli obblighi internazionali derivanti dal sopra citato articolo 10 della Convenzione sui diritti del fanciullo, il quale afferma che: "ogni domanda presentata da un fanciullo [ossia ogni essere umano avente un'età inferiore ai diciotto anni] o dai suoi genitori in vista di entrare in uno Stato Parte o di lasciarlo ai fini di un ricongiungimento familiare sarà considerata con uno spirito positivo, con umanità e diligenza".

Inoltre ciò può apparire come una parziale contraddizione con la sopra esaminata normativa in materia di ingresso dei cittadini di paesi terzi per motivi di studio. Infatti, il giovane adolescente a cui viene rifiutato il ricongiungimento familiare per motivi legati alla sua età potrà, nel giro di pochi anni, rientrare nel campo di applicazione della seconda direttiva. Il risultato sarà quindi solo quello di aver impedito al giovane di vivere con la propria famiglia per alcuni anni, ritardandone il processo di inserimento nella società dello Stato membro ospitante.

5. Le condizione d'ingresso dei migranti lavoratori

L'art. 39 CE (art. 45 TFUE) garantisce la libera circolazione dei lavoratori che sono cittadini europei. Il regolamento (CEE) 1612/68⁶³, come indica il suo titolo, si occupa della libera circolazione dei lavoratori all'interno dello spazio comunitario e non si occupa dell'ingresso di migranti extracomunitari nel territorio di uno Stato membro, tranne per la generale regola di preferenza per i lavoratori comunitari⁶⁴.

Non esiste infatti uno strumento comunitario unico in materia di ingresso dei lavoratori migranti. Essendo esso strettamente legato al mercato del lavoro

⁶² Si veda, al riguardo, il rapporto stilato dall'European Migration Network, *Family Reunification, January 2008*, p. 29 ss. Disponibile sul sito dell'European Migration Network: emn.sarenet.es.

⁶³ Regolamento (CEE) 1612/68 del Consiglio del 15 ottobre 1968, relativo alla libera circolazione dei lavoratori all'interno della Comunità, in GU L 257 del 19 ottobre 1968.

⁶⁴ Secondo tale regola, allorquando un posto di lavoro viene proposto a uno straniero, i cittadini degli Stati membri hanno un diritto di priorità rispetto ai cittadini dei paesi non membri dell'Unione europea.

degli Stati membri, la cui regolamentazione è ancora largamente di competenza di questi ultimi, non è stato ancora possibile giungere ad un accordo sulla questione. Nel 2001 la Commissione ha avanzato una proposta di direttiva relativa alle condizioni d'ingresso e di soggiorno dei cittadini di paesi terzi che intendono svolgere attività di lavoro subordinato o autonomo⁶⁵. Tale testo creava un permesso di "soggiorno-lavoro" e lasciava un ampio margine di discrezionalità agli Stati di rifiutare l'ingresso in considerazione del proprio mercato del lavoro. Esso sollevò obiezioni da vari Stati⁶⁶ e rimane al momento allo stato di proposta.

Nel 2009 è stata invece adottata la direttiva 2009/50/CE relativa alle condizioni di ingresso e soggiorno di cittadini di paesi terzi che intendono svolgere lavori altamente qualificati⁶⁷. Questo testo crea un permesso di soggiorno specifico, denominato "Carta Blu UE", che consente al cittadino extracomunitario che ne è titolare di entrare, rientrare, soggiornare e lavorare nel territorio dello Stato membro che ha rilasciato il documento (art. 2, lett. c; art. 7, par. 4, lett. a), di avere accesso e circolare nel territorio di un altro Stato membro che applica integralmente l'*acquis* di Schengen per un periodo non superiore a tre mesi (considerando 14 del preambolo). Il cittadino di un paese terzo, per essere ammissibile, deve presentare un contratto di lavoro o un'offerta vincolante di lavoro per svolgere un lavoro altamente qualificato avente durata di almeno un anno e i documenti che attestano la qualifica per l'esercizio dell'attività lavorativa (art. 5). I beneficiari della Carta Blu UE beneficiano della parità di trattamento con i cittadini dello Stato membro che ha rilasciato il permesso; ciò comprende, in particolare, le condizioni di retribuzione, la libertà di associazione, il riconoscimento dei diplomi, l'accesso all'istruzione e alla formazione professionale (art. 14). Trova applicazione, con deroghe, la direttiva 2003/86/CE per quanto concerne il ricongiungimento familiare (art. 15). La direttiva fa salvo il diritto degli Stati membri di determinare quote di ammissione di cittadini di paesi terzi (considerando 8 del preambolo).

Il regime applicabile ai migranti lavoratori non rientranti nell'ambito di applicazione della direttiva 2009/50/CE va invece individuato nelle varie direttive che contengono delle disposizioni in merito e che sanciscono le condizioni di ingresso nel territorio degli Stati membri. Esse prevedono infatti i criteri di accesso al mercato del lavoro dello Stato membro in cui il migrante si trova in situazione regolare in base alle categorie delineate⁶⁸.

⁶⁵ In GU C 332E del 27 novembre 2001.

⁶⁶ K. GROENENDIJK, *Access of third-country nationals to employment under the new EC migration law*, in F. JULIEN.LAFERRIÈRE, H. LABAYLE, Ö. EDSTRÖM, *La politique européenne d'immigration et d'asile*, cit., pp. 145-146.

⁶⁷ Direttiva 2009/50/CE del Consiglio del 25 maggio 2009 sulle condizioni di ingresso e soggiorno di cittadini di paesi terzi che intendono svolgere lavori altamente qualificati, in GU L 155 del 18 giugno 2009.

⁶⁸ Si veda, ad esempio, l'art. 12 della direttiva 2001/55/CE del Consiglio del 20 luglio 2001, sulle norme minime per la concessione della protezione temporanea in caso di afflusso massiccio di sfollati

L'esercitare un'attività lavorativa retribuita può però anche costituire una condizione per il mantenimento dello *status* o del godimento dei diritti garantiti in base allo strumento che ha permesso l'ingresso. L'art. 16, par. 1, lett. a, della direttiva 2003/86/CE sul ricongiungimento familiare prevede infatti che, "qualora il soggiornante non abbia risorse sufficienti che gli consentano di non ricorrere al sistema di assistenza sociale dello Stato membro", considerato anche il contributo dei familiari al reddito familiare, lo Stato membro interessato potrà ritirare o rifiutare il rinnovo del permesso di soggiorno di un familiare.

Il 23 ottobre 2007, la Commissione ha avanzato un'altra proposta di direttiva, relativa alla creazione di una procedura unica per l'ottenimento di un permesso di lavoro unico per i cittadini dei paesi terzi al fine di risiedere e lavorare sul territorio di uno Stato membro e relativa ad un nucleo comune di diritti per i lavoratori cittadini di paesi terzi e residenti legalmente in uno Stato membro⁶⁹. Tale proposta non si interessa delle condizioni di accesso al territorio o al mercato del lavoro di uno Stato membro, ma si concentra invece sulla definizione di un nocciolo duro di diritti di cui devono poter godere i lavoratori migranti già residenti legalmente sul territorio comunitario. Si propone inoltre la creazione di un unico permesso di soggiorno e di lavoro ottenuto tramite una procedura unica e uniforme in tutti i paesi membri. Ad esclusione dei lavoratori altamente qualificati in provenienza da uno Stato terzo, la tutela dei diritti dei lavoratori migranti per quanto riguarda le condizioni del loro accesso al territorio di uno Stato membro non ha le caratteristiche dell'uniformità al livello comunitario. Il Trattato di Lisbona non aggiunge nulla al riguardo.

6. Le condizioni d'ingresso per le persone bisognose di protezione internazionale

Nel diritto comunitario si possono individuare quattro categorie di persone che hanno diritto ad una qualche forma di protezione: i rifugiati; i richiedenti asi-

e sulla promozione dell'equilibrio degli sforzi tra gli Stati membri che ricevono gli sfollati e subiscono le conseguenze dell'accoglienza degli stessi (in GU L 212 del 7 agosto 2001); l'art. 11 della direttiva 2003/9/CE del Consiglio del 27 gennaio 2003, recante norme minime relative all'accoglienza dei richiedenti asilo negli Stati membri (in GU L 31 del 6 febbraio 2003); l'art. 14 della direttiva 2003/86/CE, sul ricongiungimento familiare (v. *supra* nota 58); l'art. 11 della direttiva 2004/81/CE del Consiglio del 29 aprile 2004, riguardante il titolo di soggiorno da rilasciare ai cittadini di paesi terzi vittime della tratta di esseri umani o coinvolti in un'azione di favoreggiamento dell'immigrazione illegale che cooperino con le autorità competenti (in GU L 261 del 6 agosto 2004).

⁶⁹ Commissione europea, Council for a Council Directive on a single application procedure for a single permit for third-country nationals to reside and work in the territory of a Member State and a common set of rights for third-country workers legally residing in a Member State, COM(2007)638 def. del 23 ottobre 2007 (testo disponibile solo nella versione inglese).

lo; coloro che hanno diritto ad una protezione sussidiaria; coloro che hanno diritto ad una protezione temporanea.

L'art. 63, par. 1, lett. b, CE (art. 78, par. 2, lett. f, TFUE) dispone la competenza del Consiglio ad adottare misure in materia di asilo, in particolare "norme minime relative all'accoglienza dei richiedenti asilo negli Stati membri"; queste vennero predisposte il 27 gennaio 2003 nella direttiva 2003/9/CE⁷⁰.

Come affermato nel considerando 8 della direttiva, l'"armonizzazione delle condizioni di accoglienza dei richiedenti asilo dovrebbe contribuire a limitare i movimenti secondari dei richiedenti asilo dovuti alla varietà delle condizioni di accoglienza". La volontà di ovviare al problema dei movimenti secondari sottende a tutta la politica comunitaria in materia di asilo e si concretizza, non solo con l'armonizzazione delle norme in materia di accoglienza, ma anche di quelle in materia di qualifica di rifugiato⁷¹ e di procedura per il riconoscimento dello *status* di rifugiato⁷².

La direttiva 2003/9/CE si applica a "tutti i cittadini di paesi terzi ed agli apolidi che presentano domanda di asilo alla frontiera o nel territorio di uno Stato membro, purché siano autorizzati a soggiornare in tale territorio in qualità di richiedenti asilo" (art. 3, par. 1). Sono pertanto escluse le domande di asilo diplomatico o territoriale presentate presso le rappresentanze degli Stati membri⁷³.

Si intende per richiedente asilo un qualsiasi cittadino di una paese terzo o un apolide che abbia presentato una domanda di asilo e il cui *status* di rifugiato non sia ancora stato riconosciuto (art. 2, lett. c). Per quanto riguarda la definizione di rifugiato⁷⁴, la direttiva, all'art. 2, lett. e, rinvia all'art. 1A della Convenzione di Ginevra relativa allo *status* di rifugiato del 1951⁷⁵, come modificata dal relativo Protocollo del 1967⁷⁶, che dispone:

"[I]l termine "rifugiato" si applicherà a colui: (...) che temendo a ragione di essere perseguitato per motivi di razza, religione, nazionalità, appartenenza ad un determinato gruppo sociale o per le sue opinioni politiche, si trova fuori del Paese, di cui è cittadino e non può o non vuole, a causa di questo timore, avvalersi della protezione di questo

⁷⁰ V. *supra* nota 68.

⁷¹ Direttiva 2004/83/CE, cit.; v. *supra* nota 46.

⁷² Direttiva 2005/85/CE del Consiglio, del 1° dicembre 2005, recante norme minime per le procedure applicate negli Stati membri ai fini del riconoscimento e della revoca dello status di rifugiato, in GU L 326 del 13 gennaio 2005.

⁷³ G. NOLL, *Seeking Asylum at Embassies: A right to Entry under International Law?*, in *International Journal of Refugee Law*, 2005, p. 542 ss.

⁷⁴ Le questioni relative alla nozione di rifugiato sono l'oggetto di uno studio specifico in questo *Volume*, cfr. B. I. BONAFÉ, *La nozione di persecuzione nel diritto dell'Unione europea in materia di rifugiati e la responsabilità internazionale dello Stato*.

⁷⁵ Convenzione relativa allo *status* dei rifugiati, adottata a Ginevra il 28 luglio 1951, entrata in vigore il 22 aprile 1954.

⁷⁶ Protocollo relativo allo *status* dei rifugiati, adottato a New York il 31 gennaio 1967, entrato in vigore il 4 ottobre 1967.

Paese: oppure che, non avendo la cittadinanza e trovandosi fuori del Paese in cui aveva residenza abituale, non può o non vuole tornarvi per il timore di cui sopra”.

La persona così definita ha diritto, entro tre giorni dalla presentazione della domanda, ad un documento nominale, rilasciato dallo Stato membro in cui è stata presentata la domanda, che attesti lo *status* di richiedente asilo e il diritto a soggiornare sul territorio in pendenza della determinazione definitiva dello *status* (art. 6, par. 1). Possono essere esclusi dall'applicazione di tale diritto coloro trattenuti alla frontiera o nelle more del procedimento volto a determinare se il richiedente ha il diritto di entrare legalmente sul territorio (art. 6, par. 2). Gli Stati possono determinare un luogo di residenza e determinare l'area in cui il richiedente ha diritto di circolare sul territorio (art. 7).

Gli Stati membri possono fornire l'alloggio in natura secondo le modalità previste dall'art. 14, par. 1: a) in locali utilizzati per alloggiare i richiedenti asilo durante l'esame della domanda d'asilo presentata alla frontiera; b) in centri di accoglienza che garantiscano una qualità di vita adeguata; c) in case private, appartamenti, alberghi o altre strutture atte a garantire un alloggio per i richiedenti. I successivi paragrafi dell'art. 14 dispongono alcuni criteri di base per quanto riguarda la gestione di queste forme di alloggio, quali: la tutela della vita familiare; la possibilità di comunicare con i parenti, con consulenti giuridici e rappresentanti delle organizzazioni competenti; l'adeguata formazione delle persone che lavorano nei centri di accoglienza. L'Alto Commissariato delle Nazioni Unite per i rifugiati (UNHCR)⁷⁷ ha criticato il contenuto di questo articolo nella sua risposta⁷⁸ al Libro verde della Commissione sul futuro regime comune europeo in materia di asilo⁷⁹. In particolare l'UNCHR ritiene che andrebbero ulteriormente specificati gli indicatori comuni relativi al concetto di “qualità di vita adeguata”. La stessa Commissione ha evidenziato come il testo della direttiva lasci un'eccessiva discrezionalità agli Stati in relazione alle condizioni materiali di accoglienza, oltre che nei settori dell'accesso all'istruzione e ai servizi sanitari⁸⁰.

In particolare, sia l'UNHCR che la Commissione affermano la loro preoccupazione in relazione alle forme di detenzione dei richiedenti asilo messe in atto dagli Stati membri. Il termine detenzione non compare nel testo della direttiva che invece di occupa di “trattenimento”, ossia “il confinamento del richiedente

⁷⁷ Organo sussidiario nelle Nazioni Unite, è stato istituito quale garante della Convenzione del 1951 sullo *status* di rifugiati. Negli anni il suo mandato si è ampliato anche nei confronti delle categorie non rientranti nella definizione convenzionale di rifugiato. Si veda il sito ufficiale dell'organizzazione: www.unhcr.it.

⁷⁸ UNHCR, *Response to the European Commission's Green Paper on the Future Common European Asylum System, September 2007*, disponibile su www.unhcr.org.

⁷⁹ Libro verde della Commissione sul futuro regime comune europeo in materia di asilo, COM(2007) 301 def. del 6 giugno 2007.

⁸⁰ Relazione della Commissione al Consiglio e al Parlamento europeo sull'applicazione della direttiva 2003/9/CE, COM(2007) 745 def. del 26 novembre 2007.

asilo, da parte di uno Stato membro, in un luogo determinato, che lo priva della libertà di circolazione” (art. 2, lett. k). Diversi Stati membri non applicano la direttiva nei centri di “trattenimento” e altri nelle zone di transito⁸¹, allorché la direttiva non ammette eccezioni di tipo territoriali. Inoltre la detenzione dovrebbe rimanere un’eccezione alla regola generale della libera circolazione e, pertanto, essere applicata solo quando necessaria. La detenzione automatica di tutti i richiedenti asilo entrati illegalmente nel territorio⁸² è quindi contraria alla direttiva, ma anche al diritto internazionale. L’art. 31 della sopra citata Convenzione di Ginevra del 1951 dispone infatti che:

- “1) Gli Stati contraenti non applicheranno sanzioni penali, per ingresso o soggiorno irregolare, a quei rifugiati che, provenienti direttamente dal paese in cui la loro vita o la loro libertà era minacciata nel senso previsto dall’art. 1, entrano o si trovano sul loro territorio senza autorizzazione, purché si presentino senza indugio alle autorità ed espongano ragioni ritenute valide per il loro ingresso o la loro presenza irregolari.
- 2) Gli Stati contraenti non applicheranno altre restrizioni ai movimenti di questi rifugiati se non quelle necessarie; queste restrizioni verranno applicate solo in attesa che lo status dei rifugiati nel Paese di accoglimento venga regolarizzato o che essi riescano a farsi ammettere in un altro Stato. In vista di quest’ultima ammissione gli Stati contraenti accorderanno a detti rifugiati un periodo di tempo ragionevole e così pure tutte le facilitazioni necessarie”.

I problemi collegati all’applicazione estensiva della detenzione da parte degli Stati membri è anche uno dei punti centrali della proposta di modifica della direttiva 2003/9/CE⁸³ in cui viene ribadito il carattere di eccezionalità del trattenimento che deve essere necessario e proporzionato. Il Trattato di Lisbona, inoltre, afferma che la politica dell’Unione in materia di asilo, di protezione sussidiaria e di protezione temporanea “deve essere conforme alla convenzione di Ginevra del 28 luglio 1951 e al protocollo del 31 gennaio 1967 relativi allo status dei rifugiati, e agli altri trattati pertinenti” (art. 78 TFUE). Il sopra citato art. 31 della Convenzione di Ginevra è quindi integrato al diritto comunitario e presume la necessità di provvedere a delle modifiche della disciplina esistente.

La direttiva 2003/9/CE non si applica qualora trovi applicazione la direttiva 2001/55/CE del Consiglio del 20 luglio 2001 sulle norme minime per la concessione della protezione temporanea in caso di afflusso massiccio di sfollati e sulla promozione dell’equilibrio degli sforzi tra gli Stati membri che ricevono gli sfollati e subiscono le conseguenze dell’accoglienza degli stessi⁸⁴. Si tratta quindi di norme minime applicabili nei casi eccezionali di afflussi massicci che sono intesi

⁸¹ Ivi, p. 3.

⁸² Ivi, pp. 7-8.

⁸³ Proposta di direttiva del Parlamento europeo e del Consiglio recante norme minime all’accoglienza dei richiedenti asilo negli Stati membri, COM(2008)815 def. del 3 dicembre 2008.

⁸⁴ V. *supra* nota 68.

quali “l’arrivo nella Comunità di un numero considerevole di sfollati, provenienti da un paese determinato o da una zona geografica determinata, sia che il loro arrivo avvenga spontaneamente o sia agevolato, per esempio mediante un programma di evacuazione” (art. 2, lett. d)⁸⁵. L’esistenza dell’afflusso massiccio è accertata con decisione del Consiglio su proposta della Commissione, la quale esamina le eventuali richieste degli Stati membri a tal fine (art. 5, par. 1). Sulla base dell’esame della situazione e delle informazioni comunicate dagli Stati membri, dall’UNHCR e da altre organizzazioni (art. 5, par. 4), il Consiglio adotta una decisione contenente la descrizione dei gruppi specifici a cui si applica la protezione temporanea e la data di inizio di questa (art. 3, par. 3).

La categoria “sfollati” comprende i cittadini dei paesi terzi e apolidi, non rientranti necessariamente nella definizione di rifugiato ex art. 1A della Convenzione di Ginevra del 1951, che hanno dovuto abbandonare o sono stati evacuati dal proprio paese d’origine e il cui ritorno stabile in condizioni sicure risulta impossibile. La direttiva fa riferimenti in particolare alle “persone fuggite da zone di conflitto armato o di violenza endemica” e alle “persone che siano soggette a rischio grave di violazioni sistematiche o generalizzate dei diritti umani o siano state vittime di siffatte violazioni” (art. 2, lett. c, punti *i* e *ii*).

La protezione accordata a tali persone è “immediata e temporanea” (art. 2, lett. a). Ha una durata di un anno che può essere prorogata di sei mesi per una durata massima di un anno (art. 4, par. 1). Un prolungamento di un ulteriore anno è possibile con deliberazione del Consiglio su proposta della Commissione (art. 4, par. 2). Gli Stati membri devono fornire ai titolari di questa protezione un titolo di soggiorno valido per l’intera durata della protezione, oltre ad agevolare l’ottenimento di visti, compresi i visti di transito (art. 8). Gli Stati membri si impegnano inoltre a riaccettare il titolare della protezione temporanea che è entrato illegalmente in un altro Stato membro (art. 11), a dare accesso al mercato del lavoro (art. 12) e al sistema educativo per i minorenni (art. 14). Gli Stati membri devono inoltre garantire un alloggio adeguato o fornire i mezzi per ottenerne uno (art. 13), e permettere il ricongiungimento familiare (art. 15).

La protezione temporanea non pregiudica agli aventi diritto di richiedere il riconoscimento dello *status* di rifugiato (articoli 3, 17-19).

Ultima categoria di migranti a cui il diritto comunitario offre una protezione particolare sono le vittime di tratta di esseri umani o coloro coinvolti in un’attività di favoreggiamento dell’immigrazione clandestina. La direttiva

⁸⁵ L’apprezzamento del carattere massiccio del flusso migratorio è quindi lasciato ampiamente alla discrezionalità degli Stati. In effetti si fonda principalmente sulla percezione soggettiva che lo Stato e la sua comunità hanno del flusso. Sulle difficoltà relative ad una tale determinazione, si rimanda a S. TREVISANUT, *Il flusso massiccio di migranti quale minaccia alla pace e alla sicurezza degli Stati*, in I. PAPANICOLOPULU (a cura di), *Atti del V Incontro di studio tra i giovani cultori delle materie internazionalistiche*, Milano, 2008, p. 219 ss.

2004/81/CE del 29 aprile 2004⁸⁶ crea infatti un titolo di soggiorno destinato alle vittime delle attività criminali sopra indicate e gli Stati membri possono estendere tale privilegio “ai cittadini di paesi terzi che sono stati coinvolti in un’azione di favoreggiamento dell’immigrazione illegale per i quali il titolo di soggiorno abbia carattere d’incitamento sufficiente perché essi cooperino con le autorità competenti, pur subordinandolo a determinate condizioni, per evitare gli abusi” (considerando 9 del preambolo). Visto il duplice scopo del titolo di soggiorno così creato, era necessario definire le condizioni e i criteri relativi al suo rilascio.

Se le autorità statali valutano che una persona, anche entrata illegalmente sul territorio, rientra nell’ambito di applicazione della direttiva, questa deve essere informata (art. 5) e deve poter usufruire di un periodo di riflessione “per consentirgli di riprendersi e sottrarsi all’influenza degli autori dei reati, affinché possa decidere consapevolmente se voglia cooperare con le autorità competenti” (art. 6, par. 1). Durante questo periodo di riflessione, che non conferisce un titolo di soggiorno (art. 6, par. 3), lo Stato deve garantire a questa persona un livello di vita che gli permetta la sussistenza e l’accesso alle cure mediche d’urgenza (art. 7, par. 1). Vista la situazione particolare in cui una tale persona si trova, lo Stato dovrà anche tenere in considerazione le sue esigenze di sicurezza e di protezione (art. 7, par. 2). Trascorso questo periodo, lo Stato deciderà sul rilascio del titolo di soggiorno valutando “l’esistenza di una chiara volontà di cooperazione manifestata dall’interessato” e “la rottura di ogni legame con i presunti autori” delle attività criminali considerate (art. 8, par. 1). Al rilascio del titolo di soggiorno di una durata di almeno 6 mesi, oltre alle condizioni minime garantite durante il periodo di riflessione, lo Stato dovrà permettere l’accesso al mercato del lavoro, all’educazione ed a programmi di sostegno e per la ripresa di una vita sociale normale (articoli 9-12).

7. Considerazioni conclusive

Da quanto esposto fino ad ora, si desume la volontà della Comunità e dei suoi Stati membri ad ovviare i movimenti secondari determinati dall’esistenza di migliori condizioni di trattamento in un paese membro diverso da quello d’ingresso. Pertanto, l’armonizzazione delle condizioni d’ingresso delle varie categorie di migranti riveste un’importanza fondamentale, ma la sua realizzazione è ostacolata dal ruolo primario detenuto dagli Stati membri in materia⁸⁷.

⁸⁶ Direttiva 2004/81/CE del Consiglio, del 29 aprile 2004, riguardante il titolo di soggiorno da rilasciare ai cittadini di paesi terzi vittime della tratta di esseri umani o coinvolti in un’azione di favoreggiamento dell’immigrazione illegale che cooperino con le autorità competenti, in GU L 261 del 6 agosto 2004.

⁸⁷ F. IPPOLITO, *Le condizioni dello straniero nell’Unione europea*, cit., pp. 203-204.

Oltre a generare dei movimenti secondari, la mancanza di uniformità delle condizioni d'ingresso dei cittadini di Stati terzi spinge i migranti alla clandestinità. Se un migrante sa di avere più probabilità di essere accolto in uno Stato piuttosto che in un altro, cercherà di rimanere nell'illegalità, fino al raggiungimento dello Stato in cui desidera risiedere⁸⁸. La conseguenza di ciò è spesso il crearsi di vere e proprie organizzazioni criminali adite al traffico di migranti e allo sfruttamento del lavoro di questi⁸⁹.

Pertanto una maggiore armonizzazione delle condizioni d'ingresso dei migranti rappresenta vantaggi maggiori sia per gli Stati membri, in relazione alla lotta contro il traffico di migranti e alla prevenzione di movimenti secondari, che per i migranti, in relazione alla tutela dei propri diritti civili, politici, sociali ed economici. Questo punto è stato messo in risalto in particolare in materia di asilo nel Piano strategico sull'asilo della Commissione⁹⁰, in cui si afferma: “[il] problema di fondo del sistema europeo comune di asilo vigente [è]: anche dopo una certa armonizzazione legislativa a livello europeo, vari fattori, fra cui la mancanza di prassi comuni, le differenti tradizioni e la diversità delle fonti d'informazione sui paesi d'origine, intervengono a determinare risultati divergenti. Ne conseguono movimenti secondari e ciò è contrario al principio della parità di accesso alla protezione in tutta l'UE”.

Con il Trattato Lisbona, l'Unione acquisisce la competenza di definire uno status uniforme in materia di asilo, di protezione sussidiaria e di protezione temporanea e di adottare misure volte a stabilire «procedure comuni per l'ottenimento e la perdita dello status uniforme in materia di asilo o di protezione sussidiaria» (art. 78, par. 2, lett. a-d, TFUE). Tali nuove competenze combinate all' “unionizzazione” della cooperazione giudiziaria e di polizia nel titolo V TFUE implicano un passo in avanti importante verso una politica integrata delle condizioni di accoglienza dei migranti. Le problematiche legate ad una maggior tutela dei diritti fondamentali dei migranti e quelle concernenti il settore della sicurezza nello spazio comune potranno finalmente essere affrontate più efficacemente e adeguatamente bilanciate agli interessi protetti.

⁸⁸ Tale rilievo era già stato fatto in relazione al sistema Dublino 1 (v. *Evaluation de la Convention de Dublin*, citato *supra* nota 26).

⁸⁹ Recentemente la questione dello sfruttamento del lavoro dei migranti irregolari ha fatto l'oggetto di un intervento legislativo a livello comunitario, si veda la direttiva 2009/52/CE del Parlamento europeo e del Consiglio del 18 giugno 2009 che introduce norme minime relative a sanzioni e a provvedimenti nei confronti di datori di lavoro che impiegano cittadini di paesi terzi il cui soggiorno è irregolare, in GU L 168 del 30 giugno 2009.

⁹⁰ COM(2008) 360 def. del 17 giugno 2008. Al riguardo, si veda A. ADINOLFI, *Riconoscimento dello status di rifugiato e della protezione sussidiaria: verso un sistema comune europeo?*, in *Rivista di diritto internazionale*, 2009, p. 688 ss.

Le operazioni di contrasto dell'immigrazione clandestina alle frontiere marittime dell'Unione europea e la tutela dei richiedenti asilo

Andrea Caligiuri

SOMMARIO: 1. Premessa. – 2. Competenze dell'UE e dei suoi Stati membri in materia di contrasto dell'immigrazione clandestina. – 2.1. Il ruolo di FRONTEX nella gestione integrata delle frontiere marittime dell'UE. – 2.2. Considerazioni in merito all'attribuzione della responsabilità internazionale nel caso di illeciti commessi nell'ambito di operazioni FRONTEX. – 3. Diritti dei migranti clandestini richiedenti asilo e divieto di respingimento. – 3.1. Trattamento dei richiedenti asilo nel mare territoriale e alla frontiera marittima di uno Stato membro. – 3.2. Trattamento dei richiedenti asilo in alto mare e nel mare territoriale di Stati terzi. – 3.3. Nozioni di “paese terzo sicuro” e di “paese d'origine sicuro” ai fini del respingimento. – 4. Salvaguardia della vita umana in mare e nozione di “luogo sicuro” ai fini del salvataggio. – 5 Osservazioni conclusive.

1. Premessa

La forte pressione migratoria che interessa ormai da decenni l'Unione europea, investe principalmente gli Stati membri le cui frontiere coincidono con la frontiera esterna marittima dell'Unione. Già, nel 2003, il Segretariato generale delle Nazioni Unite aveva calcolato che circa due terzi delle persone che entrano in Europa in provenienza da Asia, Africa e Medio Oriente, lo fanno attraverso il Mare Egeo e il Mediterraneo¹. I flussi di migranti, anche clandestini, attraversando la Spagna, l'Italia e la Grecia, si dirigono, per lo più, verso le regioni più ricche del Nord Europa. Proprio alla luce di questi dati il fenomeno dell'immigrazione clandestina, inizialmente gestito da ciascuno Stato membro con proprie politiche di contrasto e di repressione, ha finito per interessare in maniera diffusa l'intera Unione, venendo iscritto nell'agenda politica delle sue istituzioni².

¹ *Les océans et le droit de la mer*, Rapport du Secrétaire général, 3 marzo 2003, UN Doc. A/58/65, par. 111.

² Nel Consiglio europeo di Bruxelles del dicembre 2005 (Doc. 15914/1/05 REV 1), l'Unione europea ha adottato un “Approccio globale in materia di immigrazione” in cui viene delineata una strategia relativa al contrasto dell'immigrazione clandestina, incentrata sull'Africa e sul Mediterraneo (si veda anche Comunicazione della Commissione al Consiglio e al Parlamento europeo, *L'approccio globale in materia di migrazione un anno dopo: verso una politica europea globale della migrazione*, COM(2006)735 def.). Tale approccio è stato esteso dal Consiglio europeo del dicembre 2006 (16879/1/06 REV 1) anche alle aree orientali e suborientali vicine all'UE (cfr. Comunicazione della Commissione al Consiglio e al Parlamento europeo, *Applicazione*

Lo scopo di questo scritto è quello di evidenziare come il contrasto dell'immigrazione clandestina, quando si concretizza in azioni di polizia in mare coordinate a livello dell'Unione europea, ponga problemi in merito all'applicazione degli strumenti che tutelano il diritto dei migranti a godere, quando ve ne siano i presupposti, della protezione internazionale.

2. Competenze dell'UE e dei suoi Stati membri in materia di contrasto dell'immigrazione clandestina

Le operazioni di contrasto dell'immigrazione clandestina via mare sono ancora oggi pianificate e gestite dagli Stati alla luce della divisione del mare in settori di giurisdizione, così come elaborata dal diritto internazionale. Pertanto, in questo ambito, la Convenzione sul diritto del mare del 1982 (CNUDM), data anche la sua rispondenza al diritto consuetudinario, rappresenta il principale testo di riferimento³.

Come è noto, in base alla CNUDM, gli Stati esercitano una giurisdizione graduata sui diversi settori di mare. Lo Stato costiero esercita una sovranità piena sulle proprie acque interne, che si concretizza in una discrezionalità nella concessione dell'accesso alle navi straniere nelle proprie acque e nei propri porti; lo stesso avviene per il proprio mare territoriale, salvo il diritto al passaggio inoffensivo⁴. Invece, l'alto mare è la sola zona in cui gli Stati godono di eguali diritti e tutte le navi hanno piena libertà di navigazione, in ossequio al consolidato principio della libertà dei mari⁵. Di conseguenza, nell'alto mare, lo Stato di bandiera della nave è il solo ad esercitare una piena giurisdizione sulla stessa. Tale potere esclusivo incontra soltanto le limitazioni sancite dall'art. 110 CNUDM. La norma stabilisce, infatti, che una nave da guerra che incrocia una nave straniera nell'alto mare può legittimamente abbordarla qualora vi siano fondati motivi per sospettare che la nave sia impegnata in atti di pirateria, nella tratta degli schiavi o in trasmissioni non autorizzate; nonché qualora la nave sia priva di nazionalità oppure,

dell'approccio globale in materia di migrazione alle aree orientali e suborientali vicine all'Unione europea, COM(2007)247 def.), così da realizzare una vera politica integrata e globale, a livello europeo, che persegua alcune azioni prioritarie in materia di contrasto dell'immigrazione clandestina, lasciando ai singoli Stati membri la determinazione di politiche più dettagliate. Tale approccio è stato rafforzato dal Consiglio dell'Unione europea con l'adozione del *Patto europeo su immigrazione e asilo* (Doc. 13189/08 ASIM 68), adottato il 24 settembre 2008.

³ Sulla questione della rispondenza tra le norme sostanziali della CNUDM e il diritto internazionale consuetudinario, si veda, in particolare, T. TREVES, *Codification du droit international et pratique des Etats dans le droit de la mer*, in *Recueil des Cours*, 1990, IV, p. 9 ss., p. 58.

⁴ Sul punto, si veda G. CATALDI, *Il passaggio delle navi straniere nel mare territoriale*, Milano, 1990.

⁵ Si noti che gli Stati anche nella zona economica esclusiva godono della libertà di navigazione prevista dall'art. 87 per l'alto mare (art. 58 CNUDM).

pur battendo una bandiera straniera o rifiutando di esibire la sua bandiera, abbia in effetti la stessa nazionalità della nave da guerra (par. 1).

Alla luce di questo quadro e premesso che nessuna regola del diritto del mare, consuetudinaria o convenzionale, qualifica come illecito internazionale il traffico di migranti clandestini⁶, in alto mare, le navi da guerra non hanno alcun diritto di abbordaggio nei confronti di navi dedite al traffico di migranti, salvo qualora lo Stato di bandiera della nave sospettata di essere coinvolta in una tale attività, attraverso canali diplomatici, dia una specifica autorizzazione all'intervento⁷. Naturalmente, qualora la nave dedita al traffico di migranti ricadesse nell'ipotesi di nave priva di nazionalità o sospettata di utilizzare una bandiera di convenienza, la nave da guerra di un qualunque Stato sarebbe legittimata ad intervenire in base all'art. 110, par. 1, CNUDM.

Una parte della dottrina⁸ ritiene che vi sia un'altra possibilità di intervento, in quanto sostiene che uno Stato costiero possa esercitare un diritto di intercettazione in alto mare ogni volta sia necessario per prevenire la violazione delle proprie leggi da parte di una nave straniera che faccia rotta verso le sue coste⁹. Inoltre, in base al criterio della "presenza costruttiva", il diritto di intercettazione offrirebbe allo Stato costiero la possibilità di intervenire e abbordare una nave an-

⁶ In teoria si potrebbe prospettare l'inquadramento di questa attività nell'ambito della tratta degli schiavi. Tuttavia, una tale ipotesi non collima con la definizione di schiavo contenuta nella Convenzioni di Parigi relativa alla schiavitù del 1926, la quale presuppone che il soggetto passivo sia privo della sua capacità giuridica e del suo status di persona libera (art. I della Convenzione). Queste condizioni non sono applicabili al fenomeno del traffico di migranti clandestini. Infatti, i migranti clandestini, pur essendo soggetti a condizioni di privazione, inferiorità e sfruttamento da parte dei trafficanti, hanno scelto liberamente la strada dell'immigrazione clandestina per cercare condizione di vita migliore, lontano dai paesi di origine.

⁷ Il consenso dello Stato di bandiera può essere un consenso *ad hoc* o, più raramente, può essere incluso in una specifica convenzione bilaterale. Un esempio di quest'ultima soluzione è rappresentato dallo scambio di note diplomatiche del 25 marzo 1997, seguito da un protocollo di applicazione del 2 aprile 1997, tra Italia e Albania, in *Gazzetta Ufficiale* n. 163 del 15 luglio 1997. Sulla cooperazione italo-albanese, si veda, in particolare, T. SCOVAZZI, *Le norme di diritto internazionale sull'immigrazione illegale via mare con particolare riferimento ai rapporti tra Albania e Italia*, in A. de Guttry, F. Pagani (a cura di), *La crisi albanese del 1997*, Milano, 1999, p. 239 ss.

⁸ R.R. CHURCHILL, A. V. LOWE, *The Law of the Sea*, Manchester, 1999, p. 217; L.B. SOHN, *Interdiction of Vessels on the High Seas*, in *International Law*, vol. 18, 1984, p. 411 ss. Sul punto, si veda anche la limitata prassi statunitense: i casi storici delle navi *Virginius* (1873) e *Mary Lowell* (1879), citati da G. GIDEL, *Droit de la mer*, t. 1, Chateauroux, 1932, pp. 348-350, e lo *U. S. Presidential Proclamation 4865 of 29 September 1981* sull'intercettazione in alto mare dei migranti illegali, disponibile su uscis.gov/graphics/aboutus/history/pres_092981.htm.

⁹ L'intercettazione è definita come inclusiva di tutte le misure prese da uno Stato al di fuori del proprio territorio nazionale per prevenire, interrompere o fermare il movimento di persone sprovviste dei documenti richiesti che, attraversando le frontiere internazionali per via terrestre, aerea o marittima, si recano verso i paesi di destinazione ricercati. La definizione è contenuta nella nota dell'Alto Commissariato delle Nazioni Unite per i rifugiati "Interception of Asylum-Seekers and Refugees: the International Framework and Recommendations for Comprehensive Approach", EC/50/SC/CRP.17, 9 June 2000, in *Refugee Survey Quarterly*, 2000, p. 171 ss.

che nell'ipotesi in cui la stessa, pur essendo ancorata in alto mare, attraverso proprie imbarcazioni comunichi con la terraferma al fine di sbarcare migranti clandestini¹⁰.

La CNUDM è stata ratificata da tutti gli Stati membri dell'Unione europea e dalla Comunità europea (oggi Unione europea); tuttavia, come emerge dalla Dichiarazione sulle competenze della CE relative alle materie che rientrano nella Convenzione¹¹, la gestione delle frontiere esterne dell'Unione attraverso azioni di polizia rimane di competenza esclusiva degli Stati membri¹². L'esercizio di tali azioni di polizia deve comunque avvenire nel rispetto delle misure relative all'attraversamento delle frontiere esterne dell'Unione¹³ e delle misure in materia di asilo¹⁴, la cui definizione è riservata espressamente alle istituzioni dell'UE.

Nel contrasto al fenomeno dell'immigrazione clandestina, il quadro normativo offerto dalla CNUDM è stato sostanzialmente confermato dal Protocollo contro il traffico illegale di migranti per terra, aria e mare (c.d. Protocollo di Palermo)¹⁵, aggiuntivo alla Convenzione delle Nazioni Unite contro la criminalità transnazionale organizzata. Il Protocollo stabilisce che uno Stato che ha ragionevoli motivi per sospettare che una nave, che esercita la libertà di navigazione in conformità al diritto internazionale e che batte bandiera o che esibisce i segni di iscrizione al registro di un altro Stato, sia coinvolta nel traffico di migranti via mare, può informare di ciò lo Stato di bandiera, chiedere conferma dell'iscrizione sul registro e, se confermata, chiedere l'autorizzazione a detto Stato a prendere misure opportune in relazione a tale nave. Lo Stato di bandiera può autorizzare lo Stato richiedente, tra l'altro, a fermare la nave, ispezionarla e, se sono rinvenute prove che la nave sia coinvolta nel traffico di migranti via mare, prendere le misure opportune riguardo alla nave, alle persone e al carico a bordo, come da autorizzazione dello Stato di bandiera¹⁶.

¹⁰ L. LUCCHINI, M. VOELCKEL, *Droit de la mer*, vol. 2, Paris, 1996, par. 231 e par. 614.

¹¹ Il testo della CNUDM e la Dichiarazione sulle competenze della Comunità europea per quanto riguarda le materie che rientrano nella Convenzione delle Nazioni Unite sul diritto del mare del 10 dicembre 1982 e l'Accordo del 28 luglio 1994 relativo all'attuazione della parte XI della Convenzione (dichiarazione in virtù dell'articolo 5, paragrafo 1 dell'allegato IX della Convenzione e dell'articolo 4, paragrafo 4 dell'Accordo) sono riportate in GU L 179 del 23/06/1998.

¹² Il principio è fissato all'art. 72 TFUE (art. 64, par. 1, CE).

¹³ Art. 77, par. 2, TFUE (ex art. 62, par. 2, CE).

¹⁴ Art. 78 TFUE (ex art. 63 CE).

¹⁵ Il Protocollo è stato adottato dall'Assemblea Generale delle Nazioni Unite con la risoluzione A/RES/55/25 del 15 novembre 2000 ed è entrato in vigore il 28 gennaio 2004; attualmente, è stato ratificato da 124 parti (www.unodc.org/unodc/en/treaties/CTOC/countrylist-migrantismuggling_protocol.html). Anche l'Unione europea è parte contraente del Protocollo (Decisione 2006/616/CE del 24 luglio 2006, in GU L 262 del 22 settembre 2006; Decisione 2006/617/CE del Consiglio del 24 luglio 2006, in GU L 262 del 22 settembre 2006), mentre tra i suoi Stati membri, il Protocollo non è stato ratificato dalla Repubblica ceca, dalla Grecia, dall'Irlanda e dal Lussemburgo.

¹⁶ L'art. 8, par. 5, del Protocollo dispone che lo Stato di bandiera può subordinare la sua autorizzazione alle condizioni da stabilire di comune accordo tra detto Stato e lo Stato richiedente, incluse le condizioni concernenti la responsabilità e la portata delle misure efficaci da prendere.

L'opportunità di instaurare una tale cooperazione tra due o più Stati al fine di esercitare il diritto di visita in alto mare sulle imbarcazioni sospette di essere dedite al traffico dei migranti è stata colta da diversi Stati membri dell'UE. L'Italia, ad esempio, ha concluso con la Libia degli accordi bilaterali e/o intese a livello di forze di polizia che dovrebbero permettere il blocco e l'arresto di migranti – in molti casi potenziali richiedenti asilo – anche se provenienti da paesi terzi¹⁷. Gli stessi Stati membri dell'UE hanno concluso tra di loro accordi bilaterali di cooperazione¹⁸; mentre a livello multilaterale, si deve segnalare la conclusione della Convenzione di Prüm¹⁹, che all'art. 24 prevede la possibilità di attuare operazioni congiunte tra le polizie dei vari Stati parte al fine di mantenere l'ordine pubblico e la sicurezza e prevenire il crimine²⁰.

2.1. Il ruolo di FRONTEX nella gestione integrata delle frontiere marittime dell'UE

La cooperazione tra forze di polizia degli Stati membri dell'Unione nella lotta all'immigrazione clandestina è organizzata anche nell'ambito del quadro istituzionale dell'UE, con base giuridica nel titolo V TFUE (ex titolo IV CE). Come è noto, l'Unione ha elaborato una politica nel settore delle frontiere esterne che ha l'obiettivo di realizzare una gestione integrata atta a garantire un livello elevato e uniforme del controllo e della sorveglianza delle frontiere esterne, come necessario corollario alla libera circolazione delle persone tra gli Stati membri, nonché come componente fondamentale per la realizzazione di uno spazio di libertà, sicurezza e giustizia. L'azione dell'Unione si caratterizza essenzialmente per l'adozione di norme comuni in materia di criteri e procedure

¹⁷ Si veda, tra gli ultimi accordi, l'Accordo di cooperazione firmato a Tripoli il 19 dicembre 2007, che prevede un'azione comune di contrasto al traffico di immigrati clandestini attraverso il pattugliamento congiunto delle acque territoriali libiche e il Protocollo d'attuazione del 4 febbraio 2009, che rende operativi i pattugliamenti congiunti. L'impegno per una cooperazione bilaterale nella lotta all'immigrazione clandestina è stato ribadito nel Trattato di amicizia, partenariato e cooperazione del 30 agosto 2008 (art. 19).

¹⁸ Si veda, ad esempio, l'Accordo di cooperazione di polizia tra Italia e Slovenia, firmato a Lubiana il 5 luglio 1998, che prevede, tra l'altro, l'inseguimento transfrontaliero anche senza preventiva richiesta, sebbene entro un limite di 30 km dal confine, e l'istituzione di pattuglie miste lungo i confini a fini preventivi e di repressione.

¹⁹ Convenzione di Prüm, tra Belgio, Germania, Spagna, Francia, Lussemburgo, Olanda e Austria, firmata il 7 luglio 2005 con cui gli Stati parte hanno instaurato una cooperazione transfrontaliera, in particolare nei settori della lotta del terrorismo, del crimine transnazionale e dell'immigrazione clandestina. L'Italia ha ratificato la Convenzione di Prüm con legge n. 7 del 6 febbraio 2009, in *Gazzetta Ufficiale* n. 40 del 18 Febbraio 2009.

²⁰ L'art. 24 della Convenzione di Prüm fa genericamente riferimento a "joint patrols" e a "other joint operations", tra le quali sembra ragionevole poter includere anche le operazioni congiunte finalizzate alla sorveglianza delle frontiere marittime con finalità di contrasto dell'immigrazione clandestina.

relative al controllo delle frontiere esterne (art. 77 TFUE), per una “politica comune in materia di asilo, di protezione sussidiaria e di protezione temporanea” (art. 78 TFUE) e per una “politica comune dell’immigrazione” (art. 79 TFUE)²¹. A questa attività normativa si affianca anche uno strumento operativo, rappresentato dall’Agenzia europea per la gestione della cooperazione operativa alle frontiere esterne degli Stati membri dell’Unione europea (FRONTEX)²².

In particolare, l’Agenzia, tra i suoi compiti, “valuta, approva e coordina le proposte degli Stati membri relative alle operazioni congiunte e ai progetti pilota. L’Agenzia stessa, di concerto con lo/gli Stato/i membro/i interessato/i, può avviare iniziative relative a operazioni congiunte e a progetti pilota in cooperazione con gli Stati membri. Essa può anche decidere di mettere le proprie attrezzature tecniche a disposizione degli Stati membri che prendono parte alle operazioni congiunte o ai progetti pilota” (art. 3, par. 1). Inoltre, “uno o più Stati membri che si trovino in circostanze che richiedono una maggiore assistenza tecnica e operativa nell’adempimento dei propri obblighi relativi al controllo e alla sorveglianza delle frontiere esterne, possono rivolgersi all’Agenzia per assistenza. L’Agenzia può predisporre l’adeguata assistenza tecnica e operativa per lo Stato membro o gli Stati membri richiedente/i” (art. 8, par. 1)²³.

²¹ Per una descrizione degli strumenti giuridici adottati dall’Unione europea in materia di immigrazione clandestina, si veda R. PISILLO MAZZESCHI, *Strumenti comunitari di prevenzione e di contrasto dell’immigrazione clandestina*, in *Il Diritto dell’Unione europea*, 2004, p. 723 ss. Si deve comunque lamentare l’assenza di una normativa comunitaria organica sull’immigrazione clandestina; sul punto, si veda S. TREVISANUT, *Le Cap Anamur: profils de droit international et de droit de la mer*, in *Annuaire de Droit de la Mer*, t. 9, 2004, p. 49 ss., pp. 53-58.

²² Regolamento (CE) 2007/2004 del Consiglio del 26 ottobre 2004 che istituisce un’Agenzia europea per la gestione della cooperazione operativa alle frontiere esterne degli Stati membri dell’Unione europea, in GU L 349 del 25 novembre 2004, art. 14. Occorre evidenziare che il coordinamento dell’Agenzia FRONTEX nell’ambito della cooperazione tra gli Stati membri nella gestione delle frontiere esterne è richiamato dal Codice frontiere Schengen (Regolamento (CE) 562/2006 del Parlamento europeo e del Consiglio del 15 marzo 2006, in GU L 105 del 13 aprile 2006) all’art. 16, par. 2; il par. 3 del citato articolo contempla inoltre la possibilità per gli Stati membri “di continuare la cooperazione operativa con altri Stati membri e/o paesi terzi alle frontiere esterne, compreso lo scambio di ufficiali di collegamento”, purché “tale cooperazione integri l’azione dell’Agenzia stessa”. Sul dibattito sviluppatosi in merito all’adozione di strumenti operativi da parte dell’UE per il contrasto dell’immigrazione clandestina via mare, prima dell’istituzione di FRONTEX, si veda A. BELLAYER-ROILLE, *Vers un rôle accru de l’Union européenne dans la lutte contre le trafics illicites en mer?: exemples des trafics de migrants et de stupéfiants*, in A. CUDENNEC, G. GUÉGUEN-HALLOUËT, *L’Union européenne et la mer: vers une politique maritime de l’Union européenne?: actes du colloque de Brest, 18 et 19 octobre 2006*, Paris, 2007, p. 385 ss. Più in particolare sulla nascita e l’evoluzione di FRONTEX, v. G. CAGGIANO, *Attività e prospettive di intervento dell’agenzia FRONTEX nel Mediterraneo*, in E. TRIGGIANI (a cura di), *Europa e Mediterraneo. Le regole per la costruzione di una società integrata (XIV Convegno SIDI: Bari, 18-19 giugno 2009)*, Napoli, 2010, p. 403 ss.

²³ Si tenga presente che la Commissione europea ha presentato una Proposta di regolamento recante modifica del regolamento (CE) 2007/2004 del Consiglio che istituisce l’Agenzia FRONTEX (COM(2010) 61 def.). Tra le novità della proposta, emerge, in particolare, la possibilità anche di

Ad oggi, l'art. 8, par. 1, ha rappresentato l'unico fondamento giuridico utilizzato per costituire le diverse "operazioni congiunte" alle frontiere marittime dell'UE al fine di contrastare il continuo flusso di clandestini provenienti dal Nord Africa e dal golfo di Guinea²⁴.

Più di recente, attraverso l'adozione del regolamento (CE) 863/2007²⁵ è stato istituito un meccanismo, sempre coordinato da FRONTEX, volto a fornire assistenza operativa rapida per un periodo limitato allo Stato membro che ne faccia richiesta, nell'ipotesi in cui lo stesso si trovi a fare fronte a sollecitazioni urgenti ed eccezionali. Tale ipotesi si verificherebbe ogniqualvolta uno Stato membro si trovasse ad affrontare un afflusso massiccio di cittadini di paesi terzi che tentano di entrare illegalmente nel suo territorio. Al verificarsi di queste circostanze, l'Agenzia potrebbe decidere di inviare nel territorio dello Stato richiedente una o più "squadre di intervento rapido alle frontiere" (RABIT).

Tutte le operazioni coordinate da FRONTEX devono rispettare gli obblighi internazionali posti a tutela dei migranti; tuttavia, tali obblighi non sono desumibili con certezza dalle citate normative²⁶. Il regolamento (CE) 2007/2004, per quanto attiene alle "operazioni congiunte", si limita a fare riferimento al rispetto dei diritti fondamentali e ai principi sanciti nell'art. 6, par. 2, UE (divenuto art. 6 TUE) e contenuti nella Carta dei diritti fondamentali dell'UE (ora allegata al TUE)²⁷. La genericità del quadro normativo in merito alla tutela dei diritti dei mi-

una partecipazione operativa dell'Agenzia alle "operazioni congiunte" o ai "progetti pilota" attraverso proprio personale, in aggiunta a quello messo a disposizione dagli Stati membri. Si prevede, infatti, l'istituzione di "squadre comuni di sostegno FRONTEX", costituite con guardie di frontiera distaccate dagli Stati membri in qualità di esperti nazionali presso l'Agenzia (nuovo art. 3 *ter* aggiunto dalla Proposta di regolamento).

²⁴ In merito alle "operazioni congiunte" alle frontiere marittime, si vedano le Relazioni generali di FRONTEX per gli anni 2006 e 2007, disponibili su www.frontex.europa.eu/annual_report.

²⁵ Regolamento (CE) 863/2007 del Parlamento europeo e del Consiglio dell'11 luglio 2007 che istituisce un meccanismo per la creazione di squadre di intervento rapido alle frontiere e modifica il regolamento (CE) 2007/2004 del Consiglio limitatamente a tale meccanismo e disciplina i compiti e le competenze degli agenti distaccati, in GU L 199 del 31 luglio 2007.

²⁶ A riguardo non è di aiuto neanche l'accordo di collaborazione, concluso in forma di scambio di lettere, tra UNHCR e FRONTEX il 17 giugno 2008. L'accordo, infatti, prevede forme di mera cooperazione tra le due agenzie, quali incontri e consultazioni regolari, scambio di informazioni e di esperti, programmi di formazione e l'assegnazione di un funzionario dell'UNHCR all'agenzia europea.

²⁷ Preambolo, par. 22, regolamento (CE) 2007/2004. La Proposta di regolamento recante modifica del regolamento (CE) 2007/2004, nel descrivere il ruolo dell'Agenzia nel semplificare e rendere più efficace l'applicazione delle misure dell'Unione vigenti e future relative alla gestione delle frontiere esterne, puntualizza come ciò vada fatto "in osservanza delle pertinenti norme di diritto dell'Unione, di diritto internazionale, degli obblighi inerenti all'accesso alla protezione internazionale e dei diritti fondamentali, garantendo il coordinamento delle azioni intraprese dagli Stati membri ai fini dell'applicazione di tali misure, contribuendo in tal modo a un livello efficace, elevato e uniforme di controllo delle persone e di sorveglianza delle frontiere esterne degli Stati membri" (nuovo art. 1, par. 2, sostituito dalla Proposta di regolamento). Analogamente, nel disciplinare l'istituzione delle "squadre comuni di sostegno FRONTEX" e la loro partecipazione ad operazioni congiunte, la proposta di regolamento impone a queste il rispetto dei diritti fundamenta-

granti sembra del resto rispecchiarsi nell'approssimazione da cui sembrano essere caratterizzate le regole di ingaggio cui devono attenersi le unità navali degli Stati membri coinvolte nelle operazioni. Diversamente, il regolamento (CE) 863/2007 dimostra una maggiore precisione normativa, in quanto pone l'accento, oltre che sulla tutela dei diritti fondamentali, sul rispetto degli obblighi degli Stati membri in materia di protezione internazionale, di non respingimento e sul pieno rispetto degli obblighi derivanti dal diritto internazionale del mare, in particolare per quanto riguarda la ricerca e il salvataggio²⁸. Infatti, alla luce di questi principi, lo stesso regolamento detta precisi modelli comportamentali cui le "squadre RABIT" devono attenersi. In particolare, nello svolgimento dei loro compiti e nell'esercizio delle loro competenze, i membri delle squadre devono rispettare pienamente la dignità umana, qualsiasi misura da loro adottata deve essere proporzionata agli obiettivi perseguiti dalla misura stessa, e non devono essere esercitate verso le persone discriminazioni fondate sul sesso, la razza o l'origine etnica, la religione o le convinzioni, la disabilità, l'età o l'orientamento sessuale²⁹.

Più di recente, con la decisione 2010/252/UE³⁰, che integra il Codice frontiere Schengen, si è cercato di dettare regole comuni applicabili a tutti gli Stati membri che partecipano alle operazioni di FRONTEX³¹.

La decisione fornisce in un allegato le "Regole applicabili alle operazioni alle frontiere marittime coordinate dall'Agenzia" (di seguito, "Regole"), in cui si afferma in modo chiaro che le operazioni FRONTEX devono essere attuate nel rispetto del principio di non *refoulement*:

li e della dignità umana e il divieto di non discriminazione verso le persone (nuovo art. 3 *ter*, par. 4, aggiunto dalla Proposta di regolamento).

²⁸ Preambolo, paragrafi 17 e 18, regolamento (CE) 863/2007.

²⁹ Art. 6, par. 2, regolamento (CE) 863/2007.

³⁰ Decisione 2010/252/UE del Consiglio del 26 aprile 2010 che integra il codice frontiere Schengen per quanto riguarda la sorveglianza delle frontiere marittime esterne nel contesto della cooperazione operativa coordinata dall'Agenzia europea per la gestione della cooperazione operativa alle frontiere esterne degli Stati membri dell'Unione europea. In quanto modificativa del regolamento (CE) 562/2006, la decisione non è vincolante per il Regno Unito e l'Irlanda, in quanto non partecipano al regolamento citato (v. 200/363/CE per la posizione del Regno Unito in merito all'*acquis* di Schengen e la decisione 2002/192/CE per la posizione dell'Irlanda), mentre vincola, ai sensi del diritto internazionale, la Danimarca che ha recepito nel suo diritto interno il regolamento citato (v. lettera dell'8 giugno 2006 con cui la Danimarca comunicava l'avvenuta ricezione ai sensi dell'art. 5 del Protocollo sulla posizione della Danimarca). La decisione è, altresì vincolante per la Norvegia, l'Islanda, la Svizzera, e il Liechtenstein in quanto Stati associati al sistema Schengen. Si noti che la decisione, al considerando 6, afferma che essa non pregiudica gli obblighi che incombono sugli Stati membri in virtù delle convenzioni internazionali la cui applicazione può incidere concretamente sulla salvaguardia dei diritti dei migranti clandestini, e dei richiedenti asilo in particolare. Sull'iter di adozione della decisione, v. C. GABRIELLI, *L'obbligo di salvataggio in mare nelle attività dell'Agenzia Frontex secondo la decisione del Consiglio dell'Unione*, in *Gli stranieri*, 2010, p. 95 ss.

³¹ L'art. 1 della decisione stabilisce che le regole e gli orientamenti non vincolanti contenute nell'allegato costituiscono parte integrante del piano operativo predisposto per ciascuna operazione coordinata dall'Agenzia.

“Nessuno può essere sbarcato o altrimenti consegnato alle autorità di un paese in violazione del principio di non respingimento o nel quale sussista un rischio di espulsione o di rimpatrio verso un altro paese in violazione di detto principio. [...] alle persone intercettate o soccorse sono fornite informazioni adeguate affinché possano esprimere qualunque motivo induca loro a ritenere che lo sbarco nel luogo proposto violerebbe il principio di non respingimento”.

Il divieto di *refoulement* si deve applicare, pertanto, indipendentemente dallo *status* delle zone di mare in cui si trovano i soggetti che rischiano la persecuzione o altre forme di trattamenti inumani o degradanti. Si supera così l'annosa questione legata all'interpretazione divergente che di questo principio veniva fatta dai singoli Stati membri, alcuni dei quali ne negavano l'applicabilità nelle acque internazionali. Dunque, questa norma presuppone per la sua corretta applicazione che le autorità delle navi coinvolte nelle operazioni FRONTEX procedano ad una identificazione delle singole persone intercettate o soccorse, al fine di valutarne la condizione personale.

2.2. Considerazioni in merito all'attribuzione della responsabilità internazionale nel caso di illeciti commessi nell'ambito di operazioni FRONTEX

Dal quadro normativo delineato si evince chiaramente che le operazioni FRONTEX, ancorché coordinate dall'Agenzia, non sono attività imputabili all'Unione europea in quanto tale. Infatti, perché l'Unione possa essere considerata internazionalmente responsabile della condotta posta in essere dalle unità navali dei diversi Stati membri nell'ambito di tali operazioni, dette unità navali dovrebbero prestare la propria attività nella sfera di giurisdizione esclusiva dell'Unione ed essere pertanto poste sotto il controllo effettivo dell'Unione stessa. Solo in una simile circostanza, l'Unione risponderebbe internazionalmente dell'attività delle unità navali degli Stati membri in quanto organi prestati dagli Stati all'Unione³². Al contrario, in assenza di detta subordinazione gerarchica dell'organo nazionale all'organizzazione internazionale, quest'ultima non può essere ritenuta il soggetto internazionalmente responsabile per la commissione di un eventuale illecito internazionale.

Per determinare il soggetto internazionalmente responsabile delle attività svolte da operazioni FRONTEX, è necessario fare una distinzione tra l'attività

³² Commissione di diritto internazionale, *Text of the draft articles on responsibility of international organizations adopted by the Commission on first reading, in Report on the work of its sixty-first session (4 May to 5 June and 6 July to 7 August 2009)*, UN Doc. A/64/10, art. 6: “The conduct of an organ of a State or an organ or agent of an international organization that is placed at the disposal of another international organization shall be considered under international law an act of the latter organization if the organization exercises effective control over that conduct”.

svolta dalle unità navali degli Stati membri nell'ambito di "operazioni congiunte" e l'attività svolta nell'ambito delle "squadre RABIT". La differenza attiene al fatto che mentre nelle operazioni congiunte, istituite in base all'art. 8 del regolamento (CE) 2007/2004, i mezzi e il personale messi a disposizione dai singoli Stati membri operano sotto il comando e la responsabilità dello Stato di provenienza, i membri delle squadre RABIT possono operare esclusivamente agli ordini delle guardie di frontiera dello Stato membro ospitante e di norma in loro presenza, e nello svolgimento dei propri compiti e nell'esercizio delle competenze affidategli, i membri di dette squadre devono osservare la normativa comunitaria e la legislazione nazionale dello Stato membro ospitante.

Ne consegue che, in merito alle operazioni congiunte, ogni singolo Stato membro coinvolto è responsabile dell'attività posta in essere dalla propria unità navale³³; in tal senso, l'indicazione precisa del *modus operandi* delle unità navali coinvolte in tali operazioni è fondamentale per la determinazione del soggetto internazionalmente responsabile della eventuale violazione di norme a tutela dei migranti³⁴. Diverso è il discorso per quanto concerne le squadre RABIT, le cui attività sono svolte dalle unità e dal personale messo a disposizione dai diversi Stati membri nell'esercizio di prerogative dell'autorità di governo dello Stato membro richiedente l'intervento, secondo il modello del prestito d'organo³⁵. Tali attività, quindi, sono imputabili al solo Stato membro richiedente ed è quest'ultimo ad avere l'obbligo di applicare le norme internazionali in materia di tutela dei migranti e a rispondere internazionalmente per la loro eventuale violazione.

³³ La Proposta di regolamento recante modifica del regolamento (CE) 2007/2004, prevedendo la partecipazione dalle "squadre comuni di sostegno FRONTEX" alle operazioni congiunte, precisa che durante la missione "le istruzioni" a queste squadre sono impartite dallo Stato membro ospitante. Se ne deduce, pertanto, che le eventuali attività illecite poste in essere dai membri delle squadre, in violazione del diritto internazionale, saranno imputabili al solo Stato membro ospitante. L'Agenzia, infatti, tramite l'agente di coordinamento "può comunicare i suoi pareri sulle istruzioni allo Stato membro ospitante il quale, in tale eventualità, ne tiene conto" (v. nuovo art. 3 *quarter* aggiunto dalla Proposta di regolamento).

³⁴ La stessa Commissione europea ha messo in rilievo la necessità di "[d]eterminare più esattamente il corretto *modus operandi* per intercettare le imbarcazioni che trasportano, o che si sospetta che trasportino, immigranti illegali nell'Unione europea"; ciò migliorerebbe l'efficienza delle operazioni congiunte, alle quali partecipano forze di diversi Stati membri "che non sempre hanno un'idea comune sul modo e sul momento in cui svolgere tali intercettazioni" (Comunicazione della Commissione al Consiglio, "Rafforzare la gestione delle frontiere marittime meridionali dell'Unione europea", COM(2006)733 def., par. 33). A tal fine, la Proposta di regolamento recante modifica del regolamento (CE) 2007/2004 introduce l'obbligo di stabilire un piano operativo preventivo dell'attività delle operazioni congiunte che si vogliono istituire, il quale deve comprendere "per le operazioni in mare, requisiti specifici riguardanti la competenza giurisdizionale e le disposizioni di diritto del mare relative all'area geografica in cui si svolge l'operazione congiunta o il progetto pilota" (nuovo art. 3 *bis*, par. 1, lett. i, aggiunto dalla Proposta di regolamento).

³⁵ In tal senso, si veda l'art. 6 del Progetto di articoli sulla responsabilità degli Stati per fatti illeciti (in *Yearbook of the International Law Commission, 2001*, vol. II – Part Two).

Nei successivi paragrafi cercheremo di definire la portata degli obblighi relativi alla protezione dei richiedenti asilo, che sorgono in capo ad ogni Stato membro nell'ambito delle diverse situazioni in cui proprie unità navali, partecipanti ad "operazioni congiunte" coordinate da FRONTEX, attuano intercettazioni o operazioni di ricerca e salvataggio.

3. Diritti dei migranti clandestini richiedenti asilo e divieto di respingimento

La definizione di rifugiato, i criteri per la determinazione dello *status* di rifugiato e i relativi diritti e obblighi che discendono da tale condizione giuridica sono oggetto della Convenzione di Ginevra relativo allo *status* dei rifugiati del 28 luglio 1951 e del Protocollo di New York del 31 gennaio 1967. Questi due strumenti convenzionali sono stati ratificati da tutti gli Stati membri dell'Unione europea; al contrario, l'Unione non ne è parte contraente, sebbene l'art. 63, par. 1, CE affermasse che il Consiglio nell'adottare misure in materia di asilo doveva conformarsi alle norme in essi contenute. Pertanto, i due testi menzionati hanno costituito un punto di riferimento per la creazione di norme e procedure comuni in materia di asilo e a più riprese la Commissione europea, nel formulare proposte normative in materia, ha ritenuto opportuno richiamare anche i documenti elaborati dall'Alto Commissariato delle Nazioni Unite per i rifugiati (UNHCR) che forniscono una interpretazione attuale delle citate norme convenzionali³⁶. Il nuovo art. 78, par. 1, TFUE continua a rinviare ai medesimi testi convenzionali, ma innovando la formulazione della norma, fa riferimento anche "agli altri trattati pertinenti", sottolineando inoltre come la politica comune in materia di asilo, di protezione sussidiaria e di protezione temporanea, volta a offrire uno status appropriato a qualsiasi cittadino di un paese terzo che necessita di protezione internazionale, debba "garantire il rispetto del principio di non respingimento".

Dunque, perno fondamentale del sistema convenzionale di tutela dei rifugiati è l'art. 33 della Convenzione di Ginevra, in base al quale nessuno Stato contraente può "espellere o respingere – in nessun modo – un rifugiato verso le frontiere dei luoghi ove la sua vita o la sua libertà sarebbero minacciate a causa

³⁶ Ad esempio, nella Proposta di direttiva del Consiglio recante norme sull'attribuzione, a cittadini di paesi terzi ed apolidi, della qualifica di rifugiato o di persona altrimenti bisognosa di protezione internazionale, nonché norme minime sul contenuto dello status di protezione, COM/2001/0510 def. – CNS 2001/0207 (in GU 51 E del 26 febbraio 2002), la Commissione ammette di aver considerato, accanto alla Convenzione di Ginevra, come utili fonti di riferimento il "Manuale sulle procedure ed i criteri per la determinazione dello status di rifugiato", redatto dall'UNHCR per assistere gli Stati parti alla Convenzione nell'interpretazione della definizione di "rifugiato" contenuta nella Convenzione, e le conclusioni del Comitato esecutivo dell'UNHCR.

della sua razza, della sua religione, della sua nazionalità, della sua appartenenza ad una determinata categoria sociale o delle sue opinioni politiche³⁷.

L'ambito spaziale entro cui tale divieto di respingimento si applica è tuttavolta materia di dibattito in dottrina.

In base ad una interpretazione letterale dell'art. 33 della Convenzione di Ginevra, l'uso del termine inglese "return" e di quello francese "refoulement" farebbe supporre che il richiedente asilo debba essere presente nel paese di rifugio per poter godere del diritto che discende dalla norma in esame³⁸. In questo senso, è celebre una sentenza della Corte Suprema degli Stati Uniti, la quale, valutando la legittimità dell'*Executive Order* n. 12.807 del 23 maggio 1993 – in base al quale la Guardia costiera statunitense era autorizzata ad intercettare in alto mare e respingere verso il paese di origine le *boats peoples* provenienti da Haiti – alla luce della Convenzione di Ginevra, ha concluso che quest'ultima non si applica in acque internazionali³⁹. In favore di una diversa interpretazione, che valorizzi l'oggetto e lo scopo della Convenzione, si è espresso invece l'UNHCR, sottolineando a più riprese che la Convenzione di Ginevra non è territorialmente limitata e si applica "wherever a State exercises jurisdiction, including at the frontier, on the high seas or on the territory of another State"⁴⁰. In particolare, il divieto di

³⁷ Si noti che, in base all'art. 42, par. 1, della Convenzione del 1951, l'art. 33 non può essere soggetto a riserve da parte degli Stati contraenti (in tal senso anche l'art. VII, par. 1, del Protocollo del 1976). Dal canto suo, il Comitato esecutivo dell'UNHCR ha qualificato il divieto di *refoulement* come norma non derogabile del diritto internazionale, Conclusion No. 25 (XXXIII) 1982, para. (b). L'importanza fondamentale del divieto di respingimento, come perno del sistema di protezione dei rifugiati, è stata sottolineata a più riprese anche dall'Assemblea generale delle Nazioni Unite, da ultimo con la risoluzione 57/187, UN Doc. A/RES/57/187, 6 febbraio 2003, par. 4. Tuttavia, il carattere fondamentale del divieto di respingimento sembra messo in discussione qualora il richiedente asilo sia un terrorista o un sospetto terrorista; in tal senso, si veda la risoluzione 1373 (2001) del Consiglio di Sicurezza delle Nazioni Unite, UN Doc. S/RES/1373 (2001), 28 settembre 2001, par. 3, lett. (f).

³⁸ Si veda, in questo senso, la posizione di alcuni Stati in seno alla Conferenza di Ginevra sullo *status* dei rifugiati: Conference of Plenipotentiaries on the Status of Refugees and Stateless Persons, *Summary Record of the Sixteenth Meeting*, UN Doc. A/CONF.2/SR.16, p. 6 (11 luglio 1951); Conference of Plenipotentiaries on the Status of Refugees and Stateless Persons, *Summary Record of the Thirty fifth Meeting*, UN Doc. A/CONF.2/SR.35, pp. 21-22 (25 luglio 1951). In dottrina, si veda N. ROBINSON, *Convention Relating to the Status of Refugees. Its History, Contents and Interpretation*, New York, 1953 (riprodotto nel 1997 dalla Divisione della protezione internazionale dell'Alto Commissariato delle Nazioni Unite per i rifugiati), pp. 162-163.

³⁹ Corte Suprema degli Stati Uniti d'America, *Sale v. Haitian Ctrs. Council*, 509 U.S. 155 (1993), sentenza del 21 giugno 1993.

⁴⁰ Si veda, da ultimo, UNHCR, *Advisory Opinion on the Extraterritorial Application of Non-Refoulement Obligations under the 1951 Convention to the Status of Refugees and its 1967 Protocol*, 26 gennaio 2007. Nello stesso senso si è espressa la Commissione interamericana dei diritti umani nel caso *The Haitian Centre for Human Rights et al. v. United States*, Case 10.675, Report No. 51/96, InterAm.C.H.R., OEA/Ser.L/V/II.95 Doc. 7 rev. at 550 (1997). Si veda anche il caso dibattuto davanti alla English and Welsh Court of Appeal, *R (European Roma Rights Centre and Others) v. Immigration Officer at Prague Airport*, [2003] EWCA Civ 666 (Eng. CA, May 20, 2003).

refoulement dovrebbe applicarsi in tutte quelle situazioni in cui si esplica l'azione di organi dello Stato, di persone o enti che esercitano prerogative dell'autorità di governo, di organi posti a disposizione dello Stato da un altro Stato, di persone o gruppi di persone che agiscono secondo le istruzioni o sotto la direzione o il controllo dello Stato, o che esercitano di fatto prerogative dell'autorità di governo in assenza o a seguito di inattività delle autorità ufficiali, nei punti di imbarco, di transito, alle frontiere esterne o nelle zone internazionali⁴¹.

Uno specifico obbligo di non respingimento discende anche da altri strumenti internazionali a tutela dei diritti umani, sottoscritti dagli Stati membri. L'art. 3, par. 1, della Convenzione delle Nazioni Unite contro la tortura⁴², l'art. 7 del Patto internazionale sui diritti civili e politici⁴³ e, infine, l'art. 3 della Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti umani e delle libertà fondamentali⁴⁴.

⁴¹ E. LAUTERPACHT, D. BETHLEHEM, *The scope and content of the principle of non-refoulement: Opinion*, par. 67, disponibile su www.unhcr.org/publ/PUBL/419c75ce4.pdf. In tal senso, si veda anche P. BENVENUTI, *La Convenzione di Ginevra sullo status dei rifugiati*, in PINESCHI, L. (a cura di), *La tutela internazionale dei diritti umani. Norme, garanzie, prassi*, Milano, 2006, p. 151 ss., p. 168. Per un esame più approfondito della questione, si veda S. TREVISANUT, *The Principle of Non-Refoulement at Sea and the Effectiveness of Asylum Protection*, in *Max Planck Yearbook of United Nations Law* 2008, p. 205 ss.

⁴² Art. 3, par. 1, Convenzione contro la tortura: "Nessuno Stato Parte espelle, respinge né estrada una persona verso un altro Stato qualora vi siano serie ragioni di credere che in tale Stato essa rischia di essere sottoposta a tortura". In merito all'applicazione spaziale della Convenzione sulla tortura, si veda *Conclusions and recommendations of the Committee against Torture – United States of America*, UN Doc. CAT/C/USA/CO/2, 25 luglio 2006, par. 15.

⁴³ Comitato dei diritti umani, *General Comment No. 20: Replaces general comment 7 concerning prohibition of torture and cruel treatment or punishment (Art. 7)*, par. 9.

⁴⁴ La Corte europea dei diritti umani, secondo una giurisprudenza oramai consolidata, ha affermato che gli Stati contraenti, sulla base del diritto internazionale consuetudinario, hanno il diritto di controllare l'ingresso, il soggiorno e l'allontanamento degli stranieri e che la Convenzione stessa non tutela il diritto di asilo politico. Ciò nondimeno, l'espulsione dello straniero può sollevare dei problemi in relazione al rispetto dell'art. 3 CEDU. In particolare, lo Stato contraente, qualora abbia "*motifs sérieux et avérés*" di ritenere che un individuo corra il rischio reale di essere sottoposto a trattamenti contrari all'art. 3 nel paese di destinazione, ha l'obbligo di non espellere lo straniero verso quel paese (si veda, da ultimo, *Saadi c. Italia*, ricorso n. 37201/06, sentenza del 28 febbraio 2008, paragrafi 124-149). Come è noto gli Stati parte alla Convenzione devono riconoscere i diritti e le libertà definiti dalla CEDU ad ogni persona soggetta alla loro giurisdizione. Nella sentenza del 10 luglio 2008, *Medvedyev et al. c. Francia*, ricorso n. 3394/03, la Corte europea dei diritti umani ha avuto modo di affermare che, benché al di fuori del territorio di uno Stato parte, una nave e il suo equipaggio qualora si trovino sotto il controllo delle forze militari di uno Stato parte alla Convenzione sono da considerarsi sotto la sua giurisdizione ai sensi dell'art. 1 CEDU (v. anche sentenza della Grande Camera del 29 marzo 2010). Nella fattispecie si trattava di una nave dedita al traffico di stupefacenti catturata nelle acque territoriali cambogiane da una nave da guerra francese. *Rectius*, questo potrebbe valere anche nel caso di navi sospettate di essere dedite al traffico di clandestini, intercettate da navi da guerra degli Stati dell'UE in alto mare o nel mare territoriale di uno Stato terzo. Si deve inoltre sottolineare che il diritto fondamentale garantito dall'art. 3 CEDU è parte dei principi generali di diritto dell'UE, di cui la Corte di giustizia assicura il rispetto, e la giurisprudenza della Corte europea dei diritti umani è presa in considerazione nell'interpretare la portata di tale di-

Il rispetto dell'obbligo di non *refoulement* deve essere garantito dalle unità navali degli Stati membri impiegate in "operazioni congiunte" coordinate da FRONTEX⁴⁵. Tuttavia, il rispetto di tale obbligo è reso difficile dalle peculiari caratteristiche dell'immigrazione irregolare via mare. Quest'ultima, infatti, si presenta come un fenomeno di immigrazione mista, comprendente al tempo stesso migranti irregolari, che non richiedono particolare protezione, e rifugiati, che necessitano di una protezione internazionale. Inoltre, si deve constatare che, nella prassi, pur in presenza di una tale realtà, le unità navali coinvolte in azioni di contrasto dell'immigrazione clandestina, in nome della maggiore efficacia dell'operazione, sono per lo più portate ad attuare un respingimento in blocco delle imbarcazioni cariche di clandestini. Consapevole di tale problema, la Commissione europea ha sentito l'esigenza di ribadire che "[l]'asilo deve costituire ... un'opzione efficace per le persone che necessitano di protezione internazionale. A tale scopo, occorre assicurare che gli Stati membri applichino con coerenza ed efficienza gli obblighi di protezione, per quanto riguarda l'intercettazione e il salvataggio in mare di persone che possano necessitare di protezione internazionale e la sollecita identificazione di queste persone dopo lo sbarco, presso i luoghi di accoglienza"⁴⁶.

Al fine di definire le situazioni nelle quali uno Stato membro dell'Unione è tenuto ad assumere la responsabilità di esaminare una richiesta di asilo, in applicazione del diritto internazionale in materia di rifugiati, è necessario tener conto degli spazi marittimi – acque territoriali dello Stato membro, alto mare o mare territoriale di uno Stato terzo – in cui si svolgono le "operazioni congiunte" di FRONTEX.

3.1. Trattamento dei richiedenti asilo nel mare territoriale e alla frontiera marittima di uno Stato membro

In base al diritto internazionale, una delle circostanze in cui uno Stato costiero ha il diritto di vietare il passaggio di una nave straniera nel proprio mare territoriale è la violazione da parte di questa nave delle proprie norme sull'immigrazione⁴⁷; tuttavia, in ossequio a quanto sancito nella Convenzione di Ginevra del 1951, qualora sulla nave siano presenti rifugiati o richiedenti asilo, lo Stato ha l'obbligo di esaminare la posizione dei singoli individui che si trovano a bordo⁴⁸. In una tale linea sembra inserirsi la direttiva 2005/85/CE (c.d. "direttiva procedure"), la quale afferma che gli individui che cercano una protezio-

ritto nell'ordinamento giuridico UE (Corte di giustizia delle Comunità europee, *Meki Elgafaji c. Staatssecretaris van Justitie*, causa C-465/07, sentenza del 17 febbraio 2009, par. 28).

⁴⁵ Si ricordi la prescrizione del par. 1.2 delle "Regole" allegate alla decisione 2010/252/UE.

⁴⁶ Comunicazione della Commissione al Consiglio, "Rafforzare la gestione delle frontiere marittime meridionali dell'Unione europea", COM(2006)733 def., par. 10.

⁴⁷ Art. 19 CNUDM.

⁴⁸ Sul punto, G. S. GOODWIN-GILL, *The Refugee in International Law*, III ed., Oxford, 2007, pp. 272-275.

ne internazionale nel mare territoriale di uno Stato membro o alla sua frontiera marittima, indipendentemente dalla situazione e dalla forma di protezione cercata, vanno equiparati agli individui che chiedono protezione nel territorio di uno Stato membro o alla sua frontiera terrestre⁴⁹.

La stessa direttiva dichiara come l'obbligo di accettare e di esaminare le richieste d'asilo alle frontiere terrestri e marittime, prescindendo dal possesso di documenti validi per l'ingresso nel territorio dello Stato interessato, equivalga a garantire il principio internazionale di non *refoulement*⁵⁰. La direttiva afferma, inoltre, che tutte le domande di protezione internazionale sono considerate domande di asilo, salvo che la persona interessata richieda espressamente un altro tipo di protezione⁵¹. In quest'ultima ipotesi si tratta di una "protezione sussidiaria"⁵² concessa quando il cittadino di un paese terzo, o l'apolide, non possiede i requisiti per essere riconosciuto come rifugiato, ma sussistono fondati motivi per ritenere che il soggetto, qualora ritornasse nel paese di origine, o, nel caso di un apolide, nel paese nel quale aveva precedentemente la dimora abituale, corra un rischio effettivo di subire un grave danno e non possa o, a causa di tale rischio, non voglia avvalersi della protezione di detto paese⁵³.

⁴⁹ L'art. 3 afferma, infatti, che la direttiva "si applica a tutte le domande di asilo presentate nel territorio, compreso alla frontiera o nelle zone di transito degli Stati membri". Si noti, inoltre, che uno studio commissionato dalla Commissione europea conferma l'applicazione della direttiva al mare territoriale (Commission Staff Working Document, *Study on the international law instruments in relation to illegal immigration by Sea*, 27 maggio 2007, doc. 9804/07).

⁵⁰ In tal senso l'art. 3 b) del Codice frontiere Schengen specifica che i controlli di frontiera devono essere condotti senza pregiudizio "dei diritti dei rifugiati e di coloro che richiedono protezione internazionale, in particolare per quanto concerne il non respingimento".

⁵¹ Art. 2 b) direttiva procedure.

⁵² Direttiva 2004/83/CE del Consiglio, del 29 aprile 2004, recante norme minime sull'attribuzione, a cittadini di paesi terzi o apolidi, della qualifica di rifugiato o di persona altrimenti bisognosa di protezione internazionale, nonché norme minime sul contenuto della protezione riconosciuta (c.d. "direttiva qualifiche"), in GU L 304 del 30 settembre 2004. Come ebbe modo di sottolineare la Commissione europea (Proposta di direttiva del Consiglio recante norme sull'attribuzione, a cittadini di paesi terzi ed apolidi, della qualifica di rifugiato o di persona altrimenti bisognosa di protezione internazionale, nonché norme minime sul contenuto dello status di protezione, COM/2001/0510 def. – CNS 2001/0207, in GU C 51E del 26 febbraio 2002), la definizione di protezione sussidiaria è basata in larga misura sugli strumenti in materia di diritti dell'uomo pertinenti alla protezione sussidiaria: la Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e le libertà fondamentali (art. 3), la Convenzione dell'ONU contro la tortura ed altre pene o trattamenti crudeli, inumani o degradanti (art. 3) e il Patto internazionale del 1966 relativo ai diritti civili e politici (art. 7). Si noti che nello studio commissionato dalla Commissione europea dal titolo *Study on the international law instruments in relation to illegal immigration by Sea* (cit.) si afferma che l'ambito spaziale di applicazione della direttiva comprende anche il mare territoriale.

⁵³ L'art. 15 della direttiva citata stabilisce che sono considerati danni gravi: a) la condanna a morte o all'esecuzione; b) la tortura o altra forma di pena o trattamento inumano o degradante ai danni del richiedente nel suo paese di origine; c) la minaccia grave e individuale alla vita o alla persona di un civile derivante dalla violenza indiscriminata in situazioni di conflitto armato interno o internazionale.

Dunque, il diritto dell'UE offrirebbe agli individui intercettati o salvati nel mare territoriale di uno Stato membro la possibilità di chiedere la protezione internazionale e sembra ragionevole ritenere che le stesse considerazioni debbano valere per gli individui intercettati o salvati nella "zona contigua" al mare territoriale dello Stato membro interessato⁵⁴.

Il regolamento (CE) 343/2003 (c.d. "regolamento Dublino II")⁵⁵ indica come solo responsabile dell'esame della domanda di asilo lo Stato membro attraverso il cui mare territoriale il richiedente asilo è entrato⁵⁶. Tale prescrizione è in linea con le indicazioni del Comitato esecutivo dell'UNHCR, il quale ha affermato che, in materia di esame della richiesta di asilo delle persone intercettate, la responsabilità principale è dello Stato costiero nelle cui acque territoriali è avvenuta l'intercettazione⁵⁷.

Il quadro normativo illustrato permette di mostrare perché le operazioni congiunte coordinate da FRONTEX si prestano a delle critiche.

In particolare, si deve rilevare che la decisione 2010/252/UE, pur richiamando espressamente il divieto di *non refoulement*, non offre garanzie circa le modalità per l'applicazione della normativa dell'UE in materia di regimi di protezione internazionale da parte delle unità navali partecipanti ad operazioni FRONTEX⁵⁸. Inoltre, qualora si consideri che il divieto di respingimento grava esclusivamente sul paese di "primo asilo", cioè sul paese che accoglie i rifugiati provenienti direttamente dal paese in cui sono o potrebbero essere perseguitati, la normativa dell'UE resta incerta sul contenuto della nozione di paese di "primo asilo", permanendo il dubbio se in essa vadano ricomprese anche le navi da guerra e le navi utilizzate esclusivamente per un servizio pubblico non commerciale che nel mare territoriale di uno Stato terzo⁵⁹ o in alto mare⁶⁰ godono di im-

⁵⁴ In tal senso, si veda R. WEINZIERL, U. LISSON, *Border Management and Human Rights. A study of EU Law and the Law of the Sea*, German Institute for Human Rights, October 2007, pp. 55-56, consultabile in: www.libertysecurity.org/IMG/pdf_Law-of-the-seas-study-2008.pdf. Si rammenta che, in base alla CNUDM, la zona contigua può essere istituita da uno Stato costiero e che essa può avere una estensione massima di 24 miglia marine a partire dalla linea di base da cui si calcola la larghezza del mare territoriale. Ad oggi, non tutti gli Stati costieri dell'UE hanno istituito una loro zona contigua.

⁵⁵ Regolamento (CE) 343/2003 del Consiglio, del 18 febbraio 2003, che stabilisce i criteri e i meccanismi di determinazione dello Stato membro competente per l'esame di una domanda d'asilo presentata in uno degli Stati membri da un cittadino di un paese terzo, in GU L 50 del 25/02/2003.

⁵⁶ Art. 3, par. 1, regolamento (CE) 343/2003.

⁵⁷ UNHCR, Executive Committee, *Conclusion on Protection Safeguards in Interception Measures*, 10 ottobre 2003, No. 97 (LIV) – 2003, disponibile su www.unhcr.org/refworld/docid/3f93b2894.html.

⁵⁸ L'assenza di procedure operative chiare per le operazioni FRONTEX era stata già sottolineata nelle osservazioni svolte dall'Alto commissariato delle Nazioni Unite in merito ai limiti della legislazione dell'UE in materia di asilo: *UNHCR's Recommendations for Portugal's European Union Presidency July-December 2007*.

⁵⁹ Art. 32 CNUDM.

⁶⁰ Articoli 95 e 96 CNUDM.

munità completa dalla giurisdizione nei confronti di ogni Stato diverso dallo Stato di bandiera. In questa ipotesi, infatti, le unità navali coinvolte in una operazione congiunta, che non battono bandiera dello Stato territoriale, potrebbero essere ragionevolmente considerate alla stregua di paese di primo asilo nel caso di richieste di asilo da parte di clandestini, qualunque sia la zona di mare in cui sia avvenuta l'intercettazione o l'operazione di soccorso e salvataggio⁶¹.

3.2. *Trattamento dei richiedenti asilo in alto mare e nel mare territoriale di Stati terzi*

La questione del rispetto del divieto di *refoulement* si pone anche in relazione alle operazioni di interdizione navale di FRONTEX svolte oltre i confini marittimi dell'Unione (c.d. "*pre-border operations*"). Tali operazioni hanno il loro fondamento giuridico nell'art. 110, par. 1, CNUDM e nel già citato Protocollo di Palermo che prevede il diritto di visita in alto mare da parte delle navi da guerra di uno Stato al fine di contrastare le attività considerate illecite dal testo convenzionale. Come si è avuto modo di accertare, le operazioni possono coinvolgere, a seguito di un accordo, le navi da guerra di più Stati. Anche in queste circostanze, qualora una unità navale intercettasse delle imbarcazioni cariche di clandestini e le dirottasse in modo forzato verso lo Stato di partenza o verso un paese non scelto dal richiedente asilo o che comunque non presenta garanzie minime in materia di diritti umani si produrrebbe una violazione del principio di non respingimento.

Esempi di *pre-border operations* coordinate da FRONTEX sono state le operazioni HERA II e HERA III, nelle quali la missione dei pattugliatori era quella di intercettare, in alto mare, i natanti che trasportavano migranti clandestini provenienti dal Senegal e dalla Mauritania e diretti verso le isole Canarie, respingendoli verso i paesi di partenza⁶². L'operazione HERA II, in particolare, ha avuto la peculiarità di svolgere la propria attività di interdizione anche nelle ac-

⁶¹ Si veda in tal senso la risoluzione della sessione di Bath del 1950 dell'Institut de Droit International su "*L'asile en droit international public (à l'exclusion de l'asile neutre)*". L'art. 3 della risoluzione afferma: "1. L'asile peut être accordé dans les hôtels des missions diplomatiques, les consulats, les bâtiments de guerre, les navires d'Etat affectés à des services publics, les aéronefs militaires et les lieux relevant d'un organe d'un Etat étranger admis à exercer autorité sur le territoire.

2. L'asile peut être accordé à tout individu menacé dans sa vie, son intégrité corporelle ou sa liberté par des violences émanant des autorités locales ou contre lesquelles celles-ci sont manifestement impuissantes à le défendre, ou même qu'elles tolèrent ou provoquent. Ces dispositions s'appliquent dans les mêmes conditions lorsque de telles menaces sont le résultat de luttes intestines. (...)".

⁶² Si veda il Rapporto annuale 2006 di FRONTEX.

que territoriali dei due paesi africani⁶³. Tuttavia, dal Rapporto annuale 2006 di FRONTEX, non è possibile evincere se le persone intercettate nel periodo di attività delle due operazioni siano state sottoposte ad una valutazione preliminare del loro *status* giuridico prima che fosse disposto il loro respingimento.

Il rischio di una violazione dei diritti dei migranti che necessitano di protezione internazionale da parte delle unità navali coinvolte in operazioni congiunte FRONTEX è dunque concreto ed è più alto quando le navi che trasportano migranti clandestini sono cariche di passeggeri che intraprendono il viaggio a scopo puramente economico e solo una minima parte di essi fugge da luoghi di origine in cui rischiano una persecuzione.

La direttiva procedure non contiene disposizioni in materia di esame delle richieste di asilo presentate nell'alto mare o nel mare territoriale di uno Stato terzo, tuttavia, alcune disposizioni utili a tal fine possono essere rinvenute nel Codice frontiere Schengen. Infatti, nell'Annesso VI, par. 3.1.1., si afferma che le verifiche di frontiera, in virtù di appositi accordi, possono essere effettuate anche nel corso della traversata o, all'atto dell'arrivo o della partenza della nave, nel territorio di un paese terzo. Dunque, nel corso di controlli di frontiera effettuati in alto mare o nel mare territoriale di uno Stato terzo, è possibile ricevere domande di protezione internazionale provenienti da clandestini imbarcati su navi passeggeri. Tuttavia, nel caso in cui il controllo di frontiera avvenga in acque territoriali dello Stato terzo, le richieste di asilo che possono essere accettate sono unicamente quelle che provengono da individui che non hanno la cittadinanza dello Stato terzo, in quanto la Convenzione di Ginevra non si applica ai cittadini dello Stato territoriale.

Diverso è il caso in cui l'individuo che voglia richiedere asilo si trovi su una nave dedita al traffico di migranti. In questa ipotesi, che è anche la più frequente, il migrante ha diritto di veder esaminata la sua domanda di asilo solo se, per qualunque motivo, ad esempio, perché è stato soccorso in mare, riesca a trovarsi a bordo di navi da guerra o di navi utilizzate esclusivamente per un servizio pubblico non commerciale. Infatti, in tal caso, in ragione della giurisdizione esclusiva che lo Stato di bandiera esercita sulle proprie navi di Stato, i soggetti che lo vogliano, compresi i cittadini dello Stato nelle cui acque territoriali si trova la nave, possono chiedere la protezione internazionale e il comandante della nave è tenuto ad avviare le relative procedure, così come stabilito dalla normativa comunitaria in materia.

⁶³ Si noti che, per quanto l'operazione HERA II sia stata condotta anche nelle acque territoriali del Senegal e della Mauritania, l'Agenzia non ha rapporti formali con questi due paesi. Sulla legittimità dell'esercizio di poteri di polizia da parte di unità navali europee nelle acque territoriali di Stati terzi senza che questi ne abbiano dato espressa autorizzazione, si veda S. TREVISANUT, *L'Europa e l'immigrazione clandestina via mare: FRONTEX e diritto internazionale*, in *Il Diritto dell'Unione europea*, 2008, p. 367 ss., in particolare pp. 380-381.

3.3. Nozioni di “paese terzo sicuro” e di “paese d’origine sicuro” ai fini del respingimento

In caso di intercettazione di una nave che trasporti migranti clandestini, affinché il respingimento operato dalle unità navali coinvolte in operazioni congiunte coordinate da FRONTEX sia legittimo, è necessario valutare che esso non avvenga verso paesi in cui il soggetto o i soggetti respinti corrano il rischio di persecuzione. A questo riguardo, la direttiva procedure introduce le nozioni di “paese terzo sicuro” e di “paese d’origine sicuro” quali elementi utili per valutare l’irricevibilità delle domande d’asilo⁶⁴.

In merito alla nozione di “paese terzo sicuro”, la direttiva stabilisce che siano gli Stati membri a compilare le liste di paesi considerati tali e che le stesse siano comunicate periodicamente alla Commissione. Gli Stati membri possono qualificare come sicuro un paese terzo solo se le loro autorità competenti hanno accertato che nel paese in questione il richiedente asilo riceverà un trattamento conforme a determinati criteri: a) non sussistano minacce alla vita ed alla libertà del migrante per ragioni di razza, religione, nazionalità, opinioni politiche o appartenenza a un determinato gruppo sociale; b) sia rispettato il principio di non *refoulement* conformemente alla Convenzione di Ginevra; c) sia osservato il divieto di allontanamento in violazione del diritto a non subire torture né trattamenti crudeli, disumani o degradanti, sancito dal diritto internazionale; d) esista la possibilità di chiedere lo *status* di rifugiato e, per coloro a cui sia riconosciuto, ottenere protezione in conformità alla Convenzione di Ginevra⁶⁵.

Sebbene parte della dottrina mette in rilievo i rischi di incompatibilità del concetto di paese terzo sicuro con la Convenzione di Ginevra del 1951⁶⁶; tuttavia, esso viene accolto in linea di principio dall’UNHCR, che ne subordina l’applicazione alla circostanza che la persona interessata abbia già avuto la pos-

⁶⁴ Sulla portata delle due nozioni citate e sui problemi che essi comportano in termini di rispetto diritti dei richiedenti asilo, si veda, più ampiamente, G. BARTOLINI, *Osservazioni in margine alla “direttiva procedure” 2005/85/CE*, in P. BENVENUTI (a cura di), *Flussi migratori e fruizione dei diritti fondamentali*, Roma, 2008, p. 177 ss.

⁶⁵ Art. 27, par. 1, direttiva procedure. L’applicazione del concetto di paese terzo sicuro è subordinata alle norme stabilite dalla legislazione nazionale (art. 27, par. 2) e lo Stato membro ha il solo obbligo procedurale di comunicare periodicamente alla Commissione l’elenco degli Stati terzi cui si applica questo concetto (art. 27, par. 5).

⁶⁶ C. COSTELLO, *The Asylum Procedures Directive and the Proliferation of Safe Country Practices: Deterrence, Deflection and Dismantling of International Protection?*, in *European Journal of Migration and Law*, 2005, p. 35 ss., p. 50. L’A. sottolinea come il concetto potrebbe equivalere a porre una riserva all’art. 1 A della Convenzione, in contrasto con la disciplina sulle riserve fissata dall’art. 42, o potrebbe equivalere a porre una nuova limitazione geografica all’applicabilità della Convenzione.

sibilità di entrare in contatto con le autorità dello Stato terzo, al confine o sul suo territorio, prima di venire in contatto con lo Stato membro⁶⁷.

Il quadro che emerge è pertanto chiaro: la nozione di paese terzo sicuro prevede limiti di applicazione estremamente rigorosi e si basa sul presupposto che venga accertata la posizione giuridica individuale di ogni singolo richiedente asilo⁶⁸. E' sulla base di questi criteri che, ad esempio nel bacino del Mediterraneo, non dovrebbero essere considerati quali paesi terzi sicuri la Libia, il Libano e la Siria, non avendo essi ratificato la Convenzione di Ginevra del 1951 e non accogliendone, di conseguenza, i principi fondamentali. Eppure, si deve constatare come siano state effettuate, nell'ambito di operazioni congiunte coordinate da FRONTEX, diverse azioni di respingimento verso alcuni di questi paesi.

L'altro concetto previsto dalla direttiva procedure è quello di "paese d'origine sicuro"⁶⁹. Per un richiedente asilo, un paese d'origine è sicuro solo se questi ha la cittadinanza di quel paese, ovvero è un apolide che in precedenza soggiornava abitualmente in quel paese, e non ha invocato gravi motivi per ritenere che quel paese non sia un paese di origine sicuro nelle circostanze specifiche in cui si trova il richiedente stesso e per quanto riguarda la sua qualifica di rifugiato a norma della direttiva 2004/83/CE⁷⁰. La direttiva permette di definire, a livello dell'Unione europea, un elenco comune minimo di paesi terzi considerati paesi di origine sicura⁷¹, mentre concede, a ciascun Stato membro, la possi-

⁶⁷ Cfr. UNHCR, Executive Committee, *Conclusion No. 15 (XXX), 1979 e Background paper No. 2. The application of the "safe third country" notion and its impact on the management of flows and on the protection of refugees*, 2001. Si veda, anche, Consiglio d'Europa, *Recommendation No. R (97) 22 of the Committee of Ministers to Member States Containing Guidelines on the Application of the Safe Third Country Concept*, 25 novembre 1997.

⁶⁸ La direttiva procedure ha introdotto un concetto più specifico di paese terzo sicuro, quello di "paese terzo europeo sicuro" (art. 36). Il Consiglio può introdurre un elenco comune di tali paesi valutando, contestualmente, che gli stessi abbiano ratificato e osservino la convenzione di Ginevra senza limitazioni geografiche; dispongano di una procedura di asilo prescritta per legge; abbiano ratificato la Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali e ne rispetta le disposizioni, comprese le norme riguardanti i rimedi effettivi. In conformità a tale elenco gli Stati membri possono introdurre disposizioni nazionali in base alle quali è consentito che l'esame delle domande d'asilo "non abbia luogo o non sia condotto esaurientemente", ove i richiedenti siano migranti clandestini provenienti da questi Stati. Il concetto in esame si differenzia da quello di "paese terzo sicuro" in quanto fornisce uno *standard* di tutela particolarmente elevato in materia di rifugiati, tuttavia, l'incidenza di questo concetto ha una scarsa portata sul contenimento del flusso dei richiedenti asilo provenienti essenzialmente da paesi non europei.

⁶⁹ Si noti che il concetto è stato criticato in quanto costituirebbe una violazione dell'art. 3 della Convenzione di Ginevra del 1951, che vieta ogni forma di discriminazione riguardo la razza, la religione e il paese d'origine per l'accesso alle procedure di asilo; sul punto, Amnesty International, *Europe: Harmonization of asylum policy – Accelerated procedures for "manifestly unfounded" asylum claims & the "safe country" concept*, novembre 1992, disponibile su repository.forcedmigration.org/pdf/?pid=fmo:962, p. 13.

⁷⁰ Art. 31 direttiva procedure.

⁷¹ Art. 29, par. 1, direttiva procedure. Si tenga presente, tuttavia, che nella sentenza del 6 maggio 2008, causa C-133/66, *Parlamento c. Consiglio*, la Corte di giustizia ha avuto modo di stabilire, tra

bilità di designare paesi di origine sicuri diversi da quelli che figurano nell'elenco comune minimo, ai fini dell'esame delle domande di asilo⁷².

I dubbi sollevati da questo istituto concernono essenzialmente il grado di accuratezza con cui si provvede all'esame della situazione interna esistente in uno determinato Stato terzo, al fine della sua inclusione in una lista⁷³. Infatti, un paese d'origine potrebbe, in linea di principio, essere considerato sicuro qualora si avesse la certezza che il soggetto respinto possa rimanere in quel paese, ad esempio perché è cittadino di quello Stato, ma potrebbe non essere considerato un paese sicuro qualora sussistesse il pericolo che quel paese d'origine, a sua volta, respinga il soggetto verso un altro paese, senza accertare che in quest'ultimo Stato non sia esposto al rischio di persecuzione. Nel determinare se un paese d'origine è sicuro, quindi, potrebbero essere indicativi i criteri individuati dall'UNHCR: rispetto dei diritti umani e dello stato di diritto, attitudine a non produrre rifugiati, ratifica e applicazione degli strumenti sui diritti umani e accessibilità di organizzazioni nazionali o internazionali per verificare e supervisionare il rispetto dei diritti umani⁷⁴. In ultimo, anche la modalità di revisione della lista dei paesi d'origine sicuri solleva delle perplessità. La lentezza della procedura, infatti, fa sì che si possano creare tangibili sfasamenti temporali tra l'effettivo deterioramento della situazione dello Stato e il momento della richiesta della sua cancellazione dalle liste⁷⁵.

Dunque, anche in questo caso, sembra ragionevole sostenere che il ricorso al concetto di paese di origine sicuro non possa comportare il rigetto automatico di qualsiasi domanda presentata da individui provenienti da quel paese, a meno di voler incorrere nel rischio di un illecito *refoulement*⁷⁶.

Accanto alla questione relativa ai criteri da utilizzare per la compilazione delle diverse liste di paesi d'origine sicuri e di paesi terzi sicuri, occorre inoltre affrontare il problema di stabilire quali siano le liste che debbono essere utilizzate dalle unità

l'altro, l'annullamento dell'art. 29, paragrafi 1 e 2, della direttiva poiché la procedura di adozione dell'elenco comune minimo di paesi terzi considerati paesi di origine sicura introdotta dalle disposizioni impugnate si pone in conflitto con la procedura di codecisione, in quanto gli elenchi dei paesi sicuri sarebbero redatti non sulla base dell'art. 63 CE, bensì sulla base delle disposizioni citate, che prevedono una procedura più leggera rispetto a quella utilizzata per l'adozione dell'atto di base.

⁷² Art. 30 direttiva procedure.

⁷³ La direttiva indica quali fonti per verificare la situazione interna di uno Stato, le informazioni provenienti da altri Stati, dall'UNHCR, dal Consiglio d'Europa o da altre organizzazioni internazionali (articoli 29, par. 3, e 30, par. 5, direttiva procedure).

⁷⁴ *UNHCR Position Relating to the Resolution on Safe Countries of Origin (London, 30 November – 1 December 1992)*, disponibile su www.unhcr.org/43662e712.html.

⁷⁵ Art. 29, paragrafi da 2 a 5, direttiva procedure.

⁷⁶ L'UNHCR ha avuto modo di precisare che la nozione di "paese d'origine sicuro" deve essere usata "only as a procedural tool to assign certain applications to accelerated procedures such as procedures for 'manifestly unfounded' claims" (*Certain Comments by the United Nations High Commissioner for Refugees on the Asylum and Immigration Bill 1995, 19 January 1996*, disponibile su www.unhcr.org/refworld/docid/3ae6b32d8.html).

navali degli Stati membri coinvolte in operazioni congiunte di contrasto dell'immigrazione clandestina. Mentre non vi sono dubbi sulla necessità di adottare in ogni caso, l'elenco comune minimo di paesi d'origine sicuri elaborato dall'Unione, alcune questioni potrebbero sorgere in riferimento all'uso alle liste nazionali. Certamente, in alto mare o nelle acque territoriali di uno Stato terzo, essendo ogni unità navale coinvolta nelle operazioni congiunte coordinate da FRONTEX sotto l'autorità del proprio Stato di bandiera, sembra ragionevole ritenere che essa faccia riferimento all'elenco comune minimo di paesi d'origine sicuri, alla lista nazionale dei paesi di origine sicura e alla lista dei paesi terzi sicuri elaborate dal proprio Stato. Se la nave di uno Stato membro opera nelle acque territoriali di un altro Stato membro, non è invece chiaro se quella nave debba utilizzare, congiuntamente all'elenco comune minimo di paesi d'origine sicuri, anche le liste nazionali di paesi d'origine sicuri e di paesi terzi sicuri elaborata dal proprio Stato di bandiera, o soltanto le liste nazionali elaborate dallo Stato territoriale o le liste nazionali elaborate da entrambi gli Stati congiuntamente. Questa questione va ad inserirsi nel più volte richiamato problema della definizione del *modus operandi* delle unità navali coinvolte nelle operazioni congiunte e nelle difficoltà che queste unità incontrano, attualmente, nello svolgimento della loro attività di polizia.

4. Salvaguardia della vita umana in mare e nozione di “luogo sicuro” ai fini del salvataggio

Nell'ambito dell'attività di contrasto dell'immigrazione clandestina coordinata a livello europeo, le operazioni di FRONTEX sono soggette anche al rispetto degli obblighi internazionali in materia di salvaguardia della vita umana in mare. L'art. 98 CNUDM prescrive, infatti, l'obbligo di prestare assistenza in mare a carico di ogni Stato contraente. Detto obbligo si esplica sia nell'onere che grava sui comandanti delle navi che battono la bandiera di uno Stato contraente di prestare assistenza alle persone in mare in situazione di pericolo e ai naufraghi (par. 1)⁷⁷, sia attraverso la creazione e il funzionamento di un servizio permanente di ricerca e di salvataggio che risulti adeguato ed efficace per garantire la sicurezza marittima e aerea, se del caso, collaborando a tal fine con gli Stati vicini nel quadro di accordi regionali (par. 2)⁷⁸.

⁷⁷ Si veda anche la Convenzione internazionale per la sicurezza della vita umana in mare (SOLAS) del 1974, Capitolo V, Regola 33, par. 1.

⁷⁸ Si noti che l'art. 98 è una norma inderogabile alla luce del dettato dell'art. 311 CNUDM. Infatti, l'art. 311 dispone che tra gli Stati contraenti sono fatti salvi soltanto gli altri accordi internazionali compatibili con la Convenzione stessa. L'articolo in questione precisa, inoltre, che qualora, due o più Stati contraenti possono concludere degli accordi che modificano o sospendono l'applicazione delle disposizioni della presente convenzione e che si applicano soltanto alle loro mutue relazioni, a condizione che detti accordi non riguardino disposizioni della convenzione la cui deroga è incompatibile con la effettiva realizzazione dell'oggetto e dello scopo della Convenzione e a condizione,

La cooperazione tra gli Stati per il soccorso e la ricerca in mare è stata organizzata con la Convenzione sulla ricerca e il salvataggio in mare (SAR) del 1979⁷⁹ mediante l'istituzione di zone di ricerca e salvataggio, ripartite d'intesa tra gli Stati contraenti interessati e che non corrispondono necessariamente alle frontiere marittime esistenti. Inoltre, la Convenzione stabilisce che ogni Stato ha l'obbligo di approntare piani operativi che prevedano le varie tipologie d'emergenza e le competenze dei centri preposti; tuttavia, i poteri di intervento e di coordinamento delle attività di ricerca e soccorso da parte di un singolo Stato nella propria area di competenza non escludono che unità navali straniere possano iniziare il soccorso quando l'imminenza del pericolo per le vite umane lo richieda⁸⁰, né che l'area SAR di competenza di uno Stato non possa essere gestita con l'aiuto di un altro Stato, in seguito ad un accordo⁸¹. In particolare, per quanto concerne la tutela della vita umana, la Convenzione impone un preciso obbligo di soccorso e assistenza delle persone in mare "*regardless of the nationality or status of such a person or the circumstances in which that person is found*"⁸², stabilendo, oltre l'obbligo della prima assistenza, anche il dovere di sbarcare i naufraghi in un "luogo sicuro".

La questione della individuazione di un luogo sicuro, come porto di sbarco più appropriato dopo il salvataggio in mare, si lega necessariamente al problema dell'attribuzione della responsabilità di protezione tra i vari Stati che partecipano

inoltre, che detti accordi non influiscano sull'applicazione dei principi fondamentali enunciati dalla Convenzione e che le disposizioni di detti accordi non influiscano né sul godimento da parte di altri Stati contraenti dei loro diritti né sull'adempimento degli obblighi loro derivanti dalla Convenzione. Per un articolato commento all'art. 98 CNUDM, si veda S. CACCIAGUIDI-FAHY, *The Law of the Sea and Human Rights*, in *Sri Lanka Journal of International Law*, 2007, p. 85 ss.

⁷⁹ L'unico Stato membro dell'UE a non aver sottoscritto la Convenzione SAR è l'Austria. Si ricordi che, sebbene l'Unione europea non sia parte della Convenzione, essa ne ha raccomandato l'adozione da parte degli Stati membri per garantire "un servizio di ricerca e salvataggio uniforme nelle acque costiere della Comunità" (cfr. Raccomandazione del Consiglio del 25 luglio 1983 relativa alla ratifica della o all'adesione alla convenzione internazionale del 1979 sui servizi di ricerca e salvataggio in mare (SAR) (83/419/CEE), in GU L 237 del 26 agosto 1983). Infine, si noti che l'obbligo di salvaguardia della vita umana in mare (art. 98 CNUDM) è stato indirettamente richiamato dalla Corte europea dei diritti umani in *Xhavara et al. c. Italia e Albania*, ricorso n. 39473/98, sentenza dell'11 gennaio 2001. In quell'occasione, la Corte respinse il ricorso di 16 albanesi sopravvissuti alla collisione e all'affondamento della nave Kater I Rades, in acque internazionali, ad opera di una nave da guerra italiana operante sulla base ad un accordo italo-albanese del 1997 in materia di contrasto dell'immigrazione clandestina; tuttavia, la Corte rammentò alle parti l'applicazione estensiva dell'art. 2 CEDU (diritto alla vita), in base al quale lo Stato ha un obbligo negativo di astenersi dal provocare la morte volontaria di persone, ma ha, allo stesso tempo, un obbligo positivo di prendere ogni misura necessaria e precauzionale per proteggere la vita di una persona sottoposta alla sua giurisdizione. Sull'incidente che ha coinvolto il Kater I Rades, si veda T. 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.

⁸⁰ Regola 3.1.2. Convenzione SAR.

⁸¹ Regola 3.1.5. Convenzione SAR.

⁸² Capitolo 2.1.10 Convenzione SAR.

alle operazioni di ricerca e salvataggio nei confronti di chi rischia la vita in mare. A questo riguardo, il Comitato della sicurezza marittima dell'Organizzazione marittima internazionale (IMO) ha individuato nel governo responsabile dell'area SAR, all'interno della quale sono stati recuperati i sopravvissuti, il soggetto responsabile nel fornire un luogo sicuro o nell'assicurare che tale luogo venga fornito⁸³. Inoltre, il Comitato ha fatto maggiore chiarezza sul concetto di "luogo sicuro", considerando la nave soccorritrice un luogo di salvataggio puramente provvisorio, il cui raggiungimento non coincide con il momento terminale delle operazioni di soccorso. Nel definire la sicurezza di un luogo si deve tener conto del fatto che la sicurezza e la vita dei sopravvissuti non sia più minacciata, che le necessità umane primarie (come cibo, alloggio e cure mediche) possano essere soddisfatte e che possa essere organizzato il trasporto dei sopravvissuti verso una destinazione vicina o finale⁸⁴. Pertanto, solo dal momento dell'arrivo in un luogo sicuro sulla terraferma cessano per lo Stato gli obblighi internazionali relativi alle operazioni di salvataggio.

Tuttavia, si deve constatare che non tutti gli Stati membri dell'Unione hanno reso conformi alle nuove linee guida dell'IMO le proprie procedure nazionali relative al soccorso e al salvataggio in mare. Questa situazione non è mutata in seguito all'adozione della decisione 2010/252/UE che si è limitata a dettare orientamenti non vincolanti in materia di ricerca e salvataggio in mare. Le "Linee guida applicabili ai casi di ricerca e salvataggio e sbarco nel quadro di un'operazione alle frontiere marittime coordinata dall'Agenzia" individua le regole relative alla ricerca e salvataggio in mare, indicando alcuni degli elementi che devono essere presi in esame perché si riscontri la necessità di intervenire in soccorso da parte delle unità navali partecipanti all'operazione FRONTEX⁸⁵. Viene precisato, infatti, che l'emergenza di una nave non dipende né è determinata esclusivamente da una richiesta effettiva di assistenza⁸⁶ e che l'intera operazione di soccorso e salvataggio debba essere, comunque, coordinata con le autorità responsabili dell'area SAR in cui si verifica l'emergenza.

⁸³ Risoluzione MSC.167(78), adottata il 20 maggio 2004, *Guidelines on the treatment of persons rescued at sea*, par. 2.5.

⁸⁴ *Ibidem*, par. 6.12.

⁸⁵ Par. 1.3. delle "Linee guida": "Le unità partecipanti esaminano tutti gli elementi rilevanti e comunicano la loro valutazione al centro di coordinamento del soccorso competente, segnalando in particolare: a) l'esistenza di una richiesta di assistenza; b) la navigabilità della nave e la probabilità che questa non raggiunga la destinazione finale; c) il numero di passeggeri rispetto al tipo di imbarcazione (sovraccarico); d) la disponibilità di scorte necessarie (carburante, acqua, cibo, ecc.) per raggiungere la costa; e) la presenza di un equipaggio qualificato e del comandante della nave; f) l'esistenza di dispositivi di sicurezza, apparecchiature di navigazione e comunicazione; g) la presenza di passeggeri che necessitano assistenza medica urgente; h) la presenza di passeggeri deceduti; i) la presenza di donne in stato di gravidanza o di bambini; j) le condizioni meteorologiche e marine".

⁸⁶ Par. 1.4. delle "Linee guida".

Ma l'aspetto più interessante, contenuto nelle "Linee guida", riguarda i criteri per l'individuazione del luogo di sbarco delle persone soccorse e salvate in mare. La norma così recita:

"2.1. (...) Fatta salva la responsabilità del centro di coordinamento del soccorso e a meno che non sia diversamente indicato nel piano operativo, dovrebbe essere privilegiato lo sbarco nel paese terzo da cui è partita la nave che trasporta le persone interessate o dalle cui acque territoriali o regione di ricerca e soccorso tale nave è transitata e, qualora ciò non sia possibile, dovrebbe essere privilegiato lo sbarco nello Stato membro ospitante a meno che sia necessario agire diversamente per garantire l'incolumità di tali persone. (...)".

Tuttavia, questa disposizione sembra solo parzialmente risolvere la questione della individuazione di un "luogo sicuro" di sbarco. Infatti, se letta alla luce delle linee guida dell'IMO⁸⁷ si può notare come la vita e la sicurezza del sopravvissuto vengono garantite nella misura in cui è assicurato il rispetto del principio di non *refoulement*, ma come, al contempo, le unità navali coinvolte in operazioni FRONTEX non abbiano l'obbligo di prendere in considerazione alcuna se lo sbarco avviene in un luogo dove possano essere soddisfatte le necessità umane primarie dei naufraghi e in cui possa essere organizzato il trasporto dei sopravvissuti verso una destinazione vicina e finale.

Questo atteggiamento rende difficile l'individuazione dello Stato responsabile nel fornire un luogo sicuro ai naufraghi e, in particolare, si ripercuote sul *modus operandi* delle unità navali degli Stati membri coinvolte nelle operazioni congiunte coordinate da FRONTEX, generando in concreto il rischio che non venga garantito un effettivo rispetto dell'obbligo di salvaguardia della vita umana in mare⁸⁸. La questione si pone in tutta la sua gravità quando il salvataggio avviene in una area SAR che non si trova sotto la responsabilità dello Stato in cui si vuole realizzare lo sbarco dei naufraghi, magari in quanto porto più vicino. In questa ipotesi, la nave che ha prestato il soccorso, pur partecipe di una operazione congiunta di FRONTEX, in assenza di regole precise, si vede investita della responsabilità di individuare un luogo sicuro di sbarco dei naufraghi senza aver la certezza che altri Stati dell'Unione europea, all'infuori del proprio Stato di bandiera, siano disposti a consentire la conclusione dell'operazione di salvataggio.

Nella prassi, si deve osservare che il soccorso di migranti clandestini in mare si risolve spesso in un respingimento collettivo dei migranti verso i porti di

⁸⁷ Risoluzione MSC.167(78), cit., par. 6.12.

⁸⁸ Alcuni governi degli Stati membri maggiormente coinvolti nel contrasto all'immigrazione clandestina avevano proposto una armonizzazione delle procedure di soccorso nazionali e un sistema di sanzioni per chi non vi si conformi, proponendo tra l'altro l'individuazione di una definizione comunitaria di "*port or place of refuge*" ai fini del salvataggio (Consiglio dell'UE, *Information Note on Rescue at Sea – Information from the Spanish and Italian Delegations – Annex Statement by the Spanish Delegation*, Doc. 14758/07, 23 novembre 2007).

partenza, ritenuti luoghi sicuri ai sensi delle norme internazionali sul soccorso in mare. Questo rende concreto il rischio che, senza un esame individuale delle posizioni dei singoli soggetti soccorsi, il respingimento si concretizzi in una violazione dell'obbligo di non *refoulement*, affermato dall'art. 33 della Convenzione di Ginevra. I problemi che emergono in merito alla definizione di "luogo sicuro", dunque, vanno ad intrecciarsi con quelli legati alla nozione di "paese terzo sicuro" ai fini del respingimento ed emergono con tutta la loro intensità in relazione ai flussi di arrivo misti, vale a dire comprendenti sia migranti economici sia richiedenti asilo. Infatti, l'accertamento della presenza tra i naufraghi di possibili richiedenti asilo implica la necessità di potere procedere all'accertamento delle posizioni individuali di ogni straniero in condizioni che soddisfino gli standard internazionali. A prima vista, le linee guida dell'IMO, in base alle quali "[a]ny operations and procedures such as screening and status assessment of rescued persons that go beyond rendering assistance to persons in distress should not be allowed to hinder the provision of such assistance or unduly delay disembarkation guide"⁸⁹, non sembrano fornire una soluzione a questo problema. Tuttavia, considerando che detta prescrizione è stata pensata essenzialmente in riferimento alle navi private che prestano soccorso in mare, al fine di assicurare che ciascuno Stato costiero assuma un ruolo attivo nel liberare la nave soccorritrice dal peso non indifferente di gestire a bordo le persone salvate, sembra ragionevole considerare tale previsione non applicabile alle unità navali di polizia di uno Stato impegnate in operazioni di soccorso e salvataggio (*rectius* alle unità navali impegnate in operazioni congiunte coordinate da FRONTEX). Pertanto, la possibilità che la nave dedicata al traffico di migranti sia subito ricondotta verso un porto del paese di provenienza – spesso solo presunto – deve essere esclusa nel modo più assoluto, anche se tale porto si dovesse configurare come luogo sicuro per ciò che attiene il soccorso materiale e sanitario.

5. Osservazioni conclusive

Alla luce di quanto sino ad ora detto, si può sottolineare come lo scarso numero di operazioni FRONTEX condotte per contrastare l'immigrazione clandestina via mare sia dovuto alla mancanza di chiarezza del quadro normativo ed operativo nell'ambito del quale l'Agenzia deve muoversi nella sua azione di sostegno agli Stati membri. Queste carenze sul piano delle capacità operative sembrano in parte essere colmate dalla recente adozione della decisione 2010/252/UE e in prospettiva dall'auspicata approvazione della Proposta di regolamento recante modifica del regolamento (CE) 2007/2004. Il processo di riforma sembra invece trascurare di specificare le modalità di applicazione della

⁸⁹ Risoluzione MSC.167(78), cit., par. 6.20.

normativa dell'Unione in materia di asilo da parte delle unità navali coinvolte in operazioni FRONTEX. Probabilmente, ciò è dovuto al fatto che si dovrebbe più opportunamente procedere ad una modifica delle norme pertinenti in materia, quali il regolamento Dublino II e la direttiva procedure, specificando, in particolare, le modalità e le forme con cui le navi da guerra degli Stati membri impegnati in operazioni di contrasto dell'immigrazione clandestina debbano ricevere le domande di asilo. Tuttavia, un tale processo di riforma richiederebbe certamente un lungo periodo di tempo entro il quale si maturi un accordo politico tra gli Stati membri. Allo stato attuale, l'unico elemento che va nella direzione di una maggiore sensibilizzazione delle unità navali coinvolte in operazioni FRONTEX all'applicazione della normativa dell'Unione in materia di asilo è data dalla necessità che l'Agenzia instauri una stretta collaborazione con il neo istituito Ufficio europeo di sostegno per l'asilo⁹⁰.

⁹⁰ Regolamento (UE) 439/2010 del Parlamento europeo e del Consiglio del 19 maggio 2010 che istituisce l'Ufficio europeo di sostegno per l'asilo. L'art. 52 del regolamento specifica che la cooperazione con FRONTEX verrà istituita sulla base di un accordo operativo stipulato tra i due organismi dell'Unione.

Il diritto dei migranti all'unità familiare nella giurisprudenza della Corte europea dei diritti umani e nell'ordinamento dell'Unione europea

Adele Del Guercio

SOMMARIO: 1. Introduzione. – 2. Il trattamento dello straniero nella CEDU. – 2.1 Contenuti generali dell'art. 8: il rispetto della vita privata e familiare. – 2.2. La giurisprudenza della Corte europea dei diritti umani in materia di immigrazione: l'allontanamento dei cittadini di Paesi terzi. – 2.2.1. L'emergere della fattispecie della "vita privata". – 2.2.2 L'incertezza della giurisprudenza e la definizione di linee-guida. – 2.3. La giurisprudenza della Corte europea dei diritti umani in materia di immigrazione: il diritto al ricongiungimento familiare. – 3. Il diritto all'unità familiare nell'Unione europea. – 3.1. La direttiva 2003/86/CE. – 3.1.1 La sentenza *Parlamento c. Consiglio*. – 3.2 La direttiva sullo status di residente di lungo periodo. – 4. Conclusioni.

1. Introduzione

La varietà di culture, credo religioso e pratiche di vita che le migrazioni portano con sé ha fatto sì che il continente europeo acquisisse una connotazione marcatamente multietnica. Una società effettivamente inclusiva non può tuttavia limitarsi a "tollerare" la presenza dei migranti ma dovrebbe, piuttosto, favorirne l'integrazione¹ anche riconoscendo loro i diritti umani fondamentali che, in quanto tali, prescindono da considerazioni legate alla cittadinanza e allo status giuridico². Particolare rilevanza sembra avere al fine dell'integrazione il diritto all'unità familiare, che in Europa ha trovato tutela sia nel sistema istituito dalla CEDU sia nell'ordinamento dell'UE.

Il presente lavoro sarà volto pertanto ad esaminare la giurisprudenza elaborata dalla Corte di Strasburgo con riguardo alla suddetta situazione giuridica, in-

¹ Il termine "integrazione" è qui utilizzato con il significato di piena partecipazione e inclusione nella vita economica, sociale, civile e politica, da conseguire attraverso un processo bidirezionale, di riconoscimento delle diversità e di scambio, tra migranti e società di accoglienza (Cfr. COM (2003) 336 def., del 3 giugno 2003, p. 19).

² Il diritto all'unità familiare è stato riconosciuto quale diritto fondamentale dalla Corte internazionale di giustizia, *Case Concerning Military and Paramilitary Activities In and Against Nicaragua (Nicaragua v. United States of America)*, sentenza del 27 giugno 1986, *I.C.J. Reports 1986*, p. 14, e dalla Corte di giustizia delle Comunità europee, *Commissione c. Germania*, causa 249/86, sentenza del 18 maggio 1989.

tesa sia nella sua dimensione negativa, come limite al potere di espulsione³ degli Stati, sia in quella positiva, come diritto al ricongiungimento. Successivamente passerà a verificare la compatibilità con detta giurisprudenza della normativa dell'Unione e, in particolare, della direttiva 2003/86/CE relativa al diritto al ricongiungimento familiare dei cittadini dei Paesi terzi.

2. Il trattamento dello straniero nella CEDU

La Convenzione europea dei diritti umani si conforma al consolidato principio di diritto internazionale che vede gli Stati pienamente sovrani in materia di ingresso, soggiorno ed espulsione dello straniero⁴.

In origine solo poche disposizioni facevano espressamente riferimento al soggetto in questione⁵. Di fronte a tale “*vide normatif parties*”⁶, l’opera interpretativa svolta dagli organi di Strasburgo⁷ ha permesso di estendere, a particolari condizioni, la tutela derivante dal dettato pattizio a persone particolarmente vulnerabili, andando in tal modo ad incidere sulla discrezionalità statale in materia di immigrazione. In particolare, è stata riconosciuta una *protection par ricochet* agli stranieri colpiti da un provvedimento di allontanamento o dal diniego del permesso di soggiorno qualora tale misura vada a configurare un pregiudizio nel godimento dei diritti contemplati dalla CEDU, tra cui appunto quelli di cui all’art. 8 (rispetto della vita privata e familiare)⁸.

³ Nello svolgimento dell’elaborato verranno utilizzati come sinonimi i termini “allontanamento” ed “espulsione”, sebbene il primo abbia una portata più ampia comprensiva della seconda fattispecie.

⁴ La Convenzione non fa distinzione tra immigrati per ragioni economiche, richiedenti asilo e rifugiati; tuttavia, qualora l’ingresso sia avvenuto per ragioni umanitarie, la Corte può tenerne conto nell’esame del merito, soprattutto quando chiamata a pronunciarsi in relazione agli articoli 3 e 13.

⁵ Tuttavia va precisato che la lettura congiunta dell’art. 1 – che estende ad ogni persona sottoposta alla giurisdizione degli Stati Parti i diritti e le libertà enunciati nel dettato pattizio – e dell’art. 14 – che vieta qualsiasi discriminazione, tra cui quelle fondate sulla nazionalità e sullo status giuridico, nel beneficio delle situazioni giuridiche garantite – legittima l’interpretazione secondo cui gli stranieri, che si trovino o meno in posizione regolare, ricadono nell’ambito di applicazione della CEDU.

⁶ F. SUDRE, *Droit International et européenne des droits de l’homme*, Paris, III ed., 1997, par. 180.

⁷ Con l’entrata in vigore del Protocollo n. 11, il 1° novembre 1998, il sistema di controllo istituito dalla Convenzione è stato modificato con la previsione di un unico organo: la Corte europea dei diritti umani.

⁸ Attraverso il meccanismo della protezione *par ricochet*, sono state estese agli stranieri altresì le garanzie derivanti dagli articoli. 2, 3, nonché, eccezionalmente, dall’art. 6, qualora vi sia il rischio di un “*déni de justice flagrant*” (Cfr. Corte europea dei diritti umani, *Soering c. Regno Unito*, ricorso n. 14038/88, sentenza del 7 luglio 1989). Per approfondimenti si rimanda a A. LIGUORI, *Le garanzie procedurali avverso l’espulsione degli immigrati in Europa*, Napoli, 2008, in particolare p. 8 ss.

2.1 Contenuti generali dell'art. 8: il rispetto della vita privata e familiare

La Convenzione non fornisce una definizione delle fattispecie protette dalla norma in questione, per la quale si fa riferimento, pertanto, all'opera interpretativa svolta dalla Corte europea dei diritti umani⁹. Per quanto concerne la nozione di "famiglia", si ritiene che essa abbia una portata autonoma rispetto agli ordinamenti nazionali e non si limiti alle sole relazioni fondate sul matrimonio, come previsto invece dall'art. 12¹⁰ della stessa CEDU, ma comprenda i legami *de facto*, anche se privi di un riconoscimento legale¹¹, purché sussistano elementi caratterizzanti¹² quali la coabitazione e la presenza di figli¹³. In quanto a questi ultimi, "dal momento e per il solo fatto della [...] nascita" si viene ad instaurare con i genitori, anche se questi non coabitano, un legame costitutivo di vita familiare¹⁴, che solo in circostanze di una certa gravità può essere spezzato¹⁵. La centralità della persona umana ha inoltre portato ad escludere qualsiasi discriminazione tra "famiglia legittima" e "famiglia naturale"¹⁶, anche alla luce del divieto di cui all'art. 14¹⁷.

⁹ DJ. HARRIS, M. O'BOYLE, C. WABRICK (eds.), *Law of the European Convention on Human Rights*, London-Dublin-Edinburgh, 1995, p. 303; V. Z. ZENCOVICH, *Art. 8. Diritto al rispetto della vita privata e familiare*, in S. BARTOLE, B. CONFORTI, RAIMONDI (a cura di), *Commentario alla Convenzione europea per la tutela dei diritti dell'uomo*, Padova, 2001, p. 308; D. FELDMAN, *The developing scope of article 8 of the European Convention on Human Rights*, in *European Human Rights Law Review*, 1997, p. 265 ss.

¹⁰ Tale disposizione fa riferimento ad una nozione tradizionale di famiglia fondata sul matrimonio tra due individui di sesso diverso (con la sentenza *Goodwin c. Regno Unito*, ricorso n. 28957/95, del 1° luglio 2002, la Corte ha riconosciuto il diritto di contrarre matrimonio conformemente al sesso acquisito, e non più al solo sesso biologico). Per approfondimenti sull'art. 12 si rimanda a R. TOSI, *Art. 12. Diritto al matrimonio*, in S. BARTOLE, B. CONFORTI, G. RAIMONDI (a cura di), *Commentario alla Convenzione europea per la tutela dei diritti dell'uomo*, cit., pp. 369-375.

¹¹ Corte europea dei diritti umani, *Johnston e altri c. Irlanda*, ricorso n. 9697/82, sentenza del 18 dicembre 1986, par. 56.

¹² Corte europea dei diritti umani, *Kroon e altri c. Olanda*, ricorso n. 18535/91, sentenza del 27 ottobre 1994, par. 30.

¹³ Corte europea dei diritti umani [GC], *X.Y.Z. c. Regno Unito*, ricorso n. 21830/93, sentenza del 22 aprile 1997, par. 36.

¹⁴ Corte europea dei diritti umani, *Berrehab c. Paesi Bassi*, ricorso n. 10730/84, sentenza del 21 giugno 1988, par. 21.

¹⁵ Corte europea dei diritti umani, *C. c. Belgio*, ricorso n. 21794/93, sentenza del 7 agosto 1996, par. 25.

¹⁶ Corte europea dei diritti umani, *Marckx c. Belgio*, ricorso n. 6833/74, sentenza del 13 giugno 1979, par. 31.

¹⁷ Nei confronti dei Governi che l'abbiano ratificato trova applicazione inoltre il Protocollo n. 12 (adottato il 4 novembre 2000 ed entrato in vigore il 1° aprile 2005), che sancisce un divieto di discriminazione generale ed autonomo, a differenza dell'art. 14 CEDU, che ha invece carattere accessorio rispetto alla violazione di altre disposizioni della Convenzione. Nonostante l'art. 8 sia stato soggetto di una vasta opera di interpretazione evolutiva, non è stata ancora riconosciuta in termini di vita familiare la relazione tra individui dello stesso sesso, che viene piuttosto fatta ricadere nell'ambito di applicazione della nozione di vita privata. Cfr. Commissione europea dei diritti umani, *S. c. Regno Unito*, ricorso n. 11716/85, decisione del 14 Maggio 1986.

La disposizione in esame non è compresa tra quelle – specificamente gli articoli 2, 3, 4, e 7 – che l’art. 15 sottrae alla possibilità di deroga riconosciuta agli Stati Parti “in caso di guerra o di altro pericolo pubblico che minacci la vita della nazione”. Essa inoltre costituisce un “*qualified right*”¹⁸, ossia un diritto suscettibile di essere limitato sulla base di altri interessi della società tassativamente previsti dal par. 2¹⁹.

2.2 *La giurisprudenza della Corte europea dei diritti umani in materia di immigrazione: l’allontanamento dei cittadini di Paesi terzi*

Alla luce delle precedenti considerazioni, occorre adesso verificare gli orientamenti degli organi di Strasburgo quando siano dei migranti a lamentare una ingerenza nel proprio diritto all’unità familiare²⁰.

L’art. 8 è stato chiamato in causa con riferimento a due differenti tipologie di situazioni: *a)* l’allontanamento, generalmente in seguito a condanne penali, di uno straniero già residente nel territorio dello Stato convenuto; *b)* il diniego dell’ingresso ai familiari rimasti all’estero di un migrante provvisto del permesso di soggiorno.

La prima sentenza adottata con riguardo all’aspetto negativo del diritto all’unità familiare ha visto come protagonista A. Moustaquim²¹, un cittadino marocchino arrivato in Belgio da bambino al seguito dei genitori. Al raggiungimento della maggiore età gli viene notificato un provvedimento di espulsione in conseguenza di una condanna a poco più di due anni per una serie di furti commessi quando era minorenne.

L’iter giuridico seguito dalla Corte rispecchia lo schema classico di lettura dell’art. 8. Innanzitutto i giudici vanno a valutare se esista una vita privata o familiare effettiva, riscontrata, per quanto concerne il caso in esame, nella relazio-

¹⁸ H. LAMBERT, *The position of aliens in relation to the European Convention on Human Rights*, Strasburgo, 2008, p. 38.

¹⁹ “2. Non può esservi ingerenza di una autorità pubblica nell’esercizio di tale diritto a meno che tale ingerenza sia prevista dalla legge e costituisca una misura che, in una società democratica, è necessaria alla sicurezza nazionale, alla pubblica sicurezza, al benessere economico del paese, alla difesa dell’ordine e alla prevenzione dei reati, alla protezione della salute o della morale, o alla protezione dei diritti e delle libertà altrui”. Come emergerà nel prosieguo del lavoro, in materia di immigrazione sono stati richiamati soprattutto la tutela dell’ordine pubblico e la prevenzione dei reati. In alcuni casi gli organi di Strasburgo si sono inoltre trovati a valutare la compatibilità dell’ingerenza nella vita familiare del ricorrente con esigenze legate al benessere economico dello Stato.

²⁰ Ai sensi dell’art. 34 sono legittimati a presentare ricorso tutti gli individui sottoposti alla giurisdizione degli Stati contraenti, a prescindere dalla cittadinanza e dallo status giuridico.

²¹ Corte europea dei diritti umani, *Moustaquim c. Belgio*, ricorso n. 12313/86, sentenza del 18 febbraio 1991.

ne tra il ricorrente, anche se adulto, e la famiglia di origine²². Accertata l'esistenza di una situazione giuridica tutelata dalla CEDU, l'interdizione dal territorio è stata considerata di per sé stessa un'interferenza nell'esercizio dei diritti garantiti dall'art. 8. Ciò che va verificato è se tale interferenza risponda ai requisiti indicati al par. 2. I giudici hanno accertato che nel caso di specie l'espulsione era prevista dalla legge e volta ad un fine legittimo, quello della prevenzione dei reati. Pur non sottovalutando "the Contracting States' concern to maintain public order, in particular in exercising their right [...] to control the entry, residence and expulsion of aliens", la Corte giunge tuttavia alla conclusione che non è stato effettuato "a proper balance" tra i contrapposti interessi in gioco, giacché la misura adottata risulta sproporzionata rispetto all'obiettivo perseguito²³. Non viene sottostimata la condotta criminosa del ricorrente, ma viene evidenziato come la maggior parte dei reati sia stata commessa in giovane età e che, nel lungo intervallo di tempo tra l'ultimo reato compiuto e l'ordine di espulsione (circa 37 mesi di cui solo 16 passati in carcere), non vi è stato altro coinvolgimento in attività criminose. Soprattutto, a giocare a suo favore sono i legami familiari: in Belgio continuano a vivere i genitori e sette tra fratelli e sorelle.

Gli organi istituiti dalla Convenzione hanno altresì esaminato il ricorso sotto il profilo della violazione dell'art. 8 in combinato disposto con l'art. 14. Il ricorrente aveva infatti lamentato una discriminazione derivante dall'espulsione, in quanto la stessa misura non sarebbe stata ordinata, in caso di comportamento analogo, nei confronti di un cittadino belga o di uno Stato membro della Comunità europea. La Corte europea dei diritti umani, allineandosi al parere espresso dalla Commissione, non ha però ritenuto sussistente una violazione del dettato pattizio in quanto "il fatto che uno Stato accordi un trattamento preferenziale ai cittadini di Paesi con i quali persegue una politica di integrazione nel quadro di un ordine giuridico, com'è il caso degli Stati membri della CE, non costituisce un trattamento che possa qualificarsi discriminatorio", essendo basato su una giustificazione oggettiva e ragionevole²⁴. A maggior ragione ciò vale per i propri

²² Il giudice della CEDU ha altresì fatto ricadere nell'ambito di applicazione dell'art. 8 anche i rapporti tra altri "parenti stretti", quali quelli tra nonni e nipoti (Corte europea dei diritti umani, *Marckx c. Belgio*, cit., par. 45), tra fratelli (Corte europea dei diritti umani, *Boughanemi c. France*, ricorso n. 22070/93, sentenza del 24 aprile 1996) e tra zii e nipoti (Corte europea dei diritti umani, *Boyle c. Regno Unito*, ricorso n. 16580/90, cancellata dal ruolo il 28 febbraio 1994). L'approccio tradizionale è tuttavia più incline a far rientrare le ultime due fattispecie nella nozione di "vita privata"; cfr. Corte europea dei diritti umani, *Znamenskaya c. Russia*, ricorso n. 77785/01, sentenza del 2 giugno 2005, par. 27.

²³ Corte europea dei diritti umani, *Moustaquim c. Belgio*, cit., par. 46. È interessante notare lo spostamento dell'onere della prova sulle autorità statali. Cfr. P. VAN DIJK, *Protection of Integrated Aliens Against Expulsion under the European Convention on Human Rights*, in *European Journal of Migration and Law*, 1999, p. 301 ss.

²⁴ Tale affermazione è stata ripetuta, con l'aggiunta del riferimento alla cittadinanza dell'Unione, istituita dal Trattato di Maastricht, anche in Corte europea dei diritti umani, *C. c. Belgio*, cit.

cittadini che, in ottemperanza ad un consolidato principio di diritto internazionale, non possono essere oggetto di espulsione²⁵.

In contrasto con le conclusioni adottate nel caso di specie, alcuni giudici della CEDU hanno tuttavia avanzato la tesi che gli immigrati “integrati”, nati o soggiornanti di lungo periodo nello Stato convenuto, dovrebbero essere soggetti allo stesso trattamento riservato ai cittadini; e che l’allontanamento, in considerazione delle conseguenze radicali che produce nella vita personale e familiare delle persone coinvolte, dovrebbe essere previsto “*only in very exceptional circumstances*”²⁶. Ancora, secondo i giudici dissenzienti, la “doppia pena” da cui vengono colpiti i migranti, i quali scontata la detenzione sono poi costretti a lasciare il territorio, non può che essere letta alla stregua di una discriminazione basata sulla cittadinanza²⁷.

Non dello stesso avviso la Corte che, in composizione di Grande Camera, ha precisato che l’allontanamento “*ne constitue pas une double peine*”²⁸ quanto piuttosto “*une mesure de prévention spécifique en matière de polices des étrangers*”, pertanto avente natura amministrativa e non penale²⁹. Tale interpretazione va dunque a rafforzare quella distinzione tra cittadini e stranieri che appare quantomeno sorprendente alla luce della filosofia generale di uno strumento volto alla tutela dei diritti fondamentali, il cui primo articolo attribuisce il beneficio delle situazioni giuridiche contemplate “a tutte le persone”³⁰.

2.2.1. L’emergere della fattispecie della “vita privata”

Analogamente a quanto emerso con riguardo al caso *Moustaquim c. Belgio*, anche nell’esame di *Beldjoudi c. Francia*³¹ – che vedeva coinvolto un cittadino algerino nato e cresciuto nel territorio dello Stato convenuto – sono stati presi in considerazione non solo i legami familiari, ma altresì l’età di arrivo nel paese di

²⁵ La CEDU formalizza tale principio all’art. 3 del Protocollo n. 4.

²⁶ Corte europea dei diritti umani, *Beljoudi c. Francia*, ricorso n. 12083/86, sentenza del 26 marzo 1992, *Concurring Opinion* del giudice Martens, par. 2. Sempre con riferimento alla stessa sentenza, cfr. *Separate Opinion* del giudice De Meyer.

²⁷ Cfr. Corte europea dei diritti umani, *Boughanemi c. France*, cit., *Dissenting Opinion* del giudice Baka.

²⁸ Corte europea dei diritti umani [GC], *Üner c. Paesi Bassi*, ricorso n. 46410/99, sentenza del 18 ottobre 2006, par. 56.

²⁹ Corte europea dei diritti umani [GC], *Maaouia c. Francia*, ricorso n. 39652/98, sentenza del 5 ottobre 2000, par. 39. Sulla questione, cfr. A. LIGUORI, *Le garanzie procedurali avverso l’espulsione degli immigrati in Europa*, cit., p. 17 e ss.

³⁰ C. RAUX, *Le mesures d’éloignement du territoire devant la Grande Chambre de la Cour européenne des droits de l’homme*, in *Revue trimestrielle de droits de l’homme*, 2007, p. 850 ss. Ciononostante, si vedrà nel prosieguo come nella sentenza *Maslov* la Corte abbia parzialmente modificato la propria posizione.

³¹ Corte europea dei diritti umani, *Beljoudi c. Francia*, cit.

accoglienza, la durata del soggiorno e l'eventuale acquisto della cittadinanza, la conoscenza della lingua del paese di origine, la natura e la gravità del reato, tutti elementi che avrebbero a che fare piuttosto con la fattispecie della vita privata, sebbene anche in questo caso i giudici si siano rifiutati di svolgere l'esame sotto tale profilo.

In proposito bisogna però registrare le osservazioni espresse dal giudice Martens che, richiamando i principi elaborati a partire dalla sentenza *Dudgeon c. Regno Unito*³², e rifacendosi ad una nozione di "vita privata" come quel cerchio inviolabile dell'intimità che va a ricomprendere altresì la vita familiare e sociale dell'individuo, ha affermato, nella sua *Concurring Opinion*: "expulsion, especially (as in the present case) to a country where living conditions are markedly different from those in the expelling country and where the deportee, as a stranger to the land, its culture and its inhabitants, runs the risk of having to live in almost total social isolation, constitutes interference with his right to respect for his private life"³³.

Finalmente, in *C. c. Belgio* la Corte dà rilievo, per la prima volta con riguardo ad una doglianza sollevata da uno straniero colpito da misura di allontanamento, alla fattispecie della 'vita privata', "which encompasses the right for an individual to form and develop relationships with other human beings, including relationships of a professional or business nature"³⁴. Nella successiva giurisprudenza viene meno la distinzione tra vita privata e vita familiare e, nella recente sentenza *Üner c. Paesi Bassi*, i giudici giungono ad affermare che:

"it must be accepted that the totality of social ties between settled migrants and the community in which they are living constitute part of the concept of 'private life' within the meaning of Article 8. Regardless of the existence or otherwise of a 'family life', therefore, the Court considers that *the expulsion of a settled migrant constitutes interference with his or her right to respect for private life*. It will depend on the circumstances of the particular case whether it is appropriate for the Court to focus on the 'family life' rather than the 'private life' aspect"³⁵.

³² Corte europea dei diritti umani, *Dudgeon c. Regno Unito*, ricorso n. 7525/76, sentenza del 22 ottobre 1981.

³³ Corte europea dei diritti umani, *Beljoudi c. Francia*, ricorso n. 12083/86, sentenza del 26 marzo 1992, *Concurring opinion* del giudice Martens.

³⁴ Corte europea dei diritti umani, *C. c. Belgio*, cit., par. 25.

³⁵ Corte europea dei diritti umani [GC], *Üner c. Paesi Bassi*, cit., par. 59, corsivo aggiunto. Nelle decisioni in merito ai ricorsi *Slivenko c. Lituania* (n. 48321/99, sentenza della Grande Camera del 9 ottobre 2003) e *Kaftailova c. Lituania* (n. 59643/00, cancellato dal ruolo dalla Grande Camera il 7 dicembre 2007), i giudici di Strasburgo sono giunti a constatare una violazione dell'art. 8 esclusivamente sulla base di una ingerenza nella vita privata dei ricorrenti. L'ultimo caso citato lascia invero perplessi rispetto alla negazione della "vita familiare" nel rapporto tra una madre e una figlia maggiorenne, motivata sulla base dell'assenza di una dipendenza economica della seconda dalla prima, nonostante il forte legame affettivo (Cfr., in senso critico rispetto a tale impostazione, che sembra smentire tutta l'evoluzione interpretativa di cui è stato oggetto l'art. 8 a partire dalla sentenza *Marckx c. Belgio*, cit., *Dissenting opinion* del giudice Spielmann.).

2.2.2 L'incertezza della giurisprudenza e la definizione di linee-guida

La giurisprudenza della Corte di Strasburgo in materia di immigrazione ha registrato sin dal suo esordio, nei primi anni '90, un andamento altalenante. In una prima fase i giudici sono infatti apparsi più inclini a far prevalere la tutela delle situazioni giuridiche soggettive del migrante, soprattutto se di seconda generazione o comunque 'integrato', qualora l'allontanamento comportasse un pregiudizio delle stesse. Ne sono un esempio le richiamate sentenze *Moustaquim c. Belgio* e *Beldjoudi c. Francia*³⁶.

In una seconda fase viene invece attribuito un peso maggiore alla natura e alla gravità dei reati commessi e, di conseguenza, riconosciuto un margine di apprezzamento più ampio alle autorità governative nella scelta degli strumenti idonei al mantenimento dell'ordine pubblico, anche a discapito dei diritti dell'individuo³⁷. In particolar modo quando la condanna riguarda il coinvolgimento in attività legate al traffico degli stupefacenti, anche "in view of the devastating effects of drugs on people's lives", i giudici hanno mostrato grande fermezza "with regard to those who actively contribute to the spread of this scourge"³⁸.

La Corte europea, nel pronunciarsi sul ricorso *Boultif*³⁹, ha dunque provato a porre rimedio all'incertezza da cui sarebbe caratterizzata la propria giurisprudenza, accusata di essere alla stregua di una *lotteria*⁴⁰, sistematizzando in *linee-guida* gli elementi utilizzati fino a quel momento allo scopo di verificare se l'espulsione è "necessary in a democratic society" e "proportionate to the legitimate aim pursued". Tali principi sono stati poi ulteriormente precisati⁴¹ e in

³⁶ Analogamente in Corte europea dei diritti umani, *Nasri c. Francia*, cit., la Corte è giunta a constatare la violazione dell'art. 8, nonostante il grave reato commesso (stupro di gruppo), in considerazione dell'handicap (sordo-mutismo) e del disagio psichico del ricorrente che, in seguito all'espulsione, si sarebbe venuto a trovare in una realtà estranea senza il supporto della famiglia.

³⁷ Cfr., tra le altre, Corte europea dei diritti umani, *Dalia c. Francia*, ricorso n. 26102/95, sentenza del 19 febbraio 1998; *Boujlifa c. Francia*, ricorso n. 25404/94, sentenza del 21 ottobre 1997; *Baghli c. Francia*, ricorso n. 34374/97, sentenza del 30 novembre 1999.

³⁸ Corte europea dei diritti umani, *Baghli c. Francia*, cit., e *Dalia c. Francia*, cit., rispettivamente par. 48 e par. 54.

³⁹ Corte europea dei diritti umani, *Boultif c. Svizzera*, ricorso n. 54273/00, sentenza del 2 novembre 2001. Nel caso di specie, gli ostacoli all'allontanamento derivavano dalla difficoltà per moglie e figli di seguire nel Paese di origine il ricorrente, cittadino turco giunto nel territorio elvetico da pochi anni, la cui espulsione era stata decisa in seguito ad una condanna a due anni di detenzione per rapina.

⁴⁰ Corte europea dei diritti umani, *Boughanemi c. Francia*, cit., *Dissenting opinion* del giudice Martens. Si consideri, in proposito, l'esito contrapposto al quale i giudici di Strasburgo sono giunti nella valutazione dei ricorsi: Corte europea dei diritti umani, *Mehemi c. Francia*, ricorso n. 25017/94, sentenza del 26 settembre 1997 e *El Boujaïdi c. Francia*, ricorso n. 25613/94, decisione del 26 settembre 1997, che originavano da fattispecie analoghe.

⁴¹ Tra le altre, cfr. Corte europea dei diritti umani, *Mokrani c. Francia*, ricorso n. 52206/99, decisione del 15 luglio 2003; Corte europea dei diritti umani, *Sezen c. Paesi Bassi*, ricorso n. 50252/99, decisione del 3 luglio 2006.

Üner⁴² è stata estesa la loro applicazione “*in all cases concerning settled migrants who are to be expelled and/or excluded following a criminal conviction*”, anche quando non sia a rischio la vita familiare e a rilevare sia esclusivamente la “vita privata”⁴³.

Sulla base delle sentenze da ultimo citate, risulta che gli elementi da prendere in considerazione, nella valutazione della compatibilità dell'espulsione con la CEDU, dovrebbero essere: la natura e la gravità del reato commesso; la durata del soggiorno nel Paese convenuto; la condotta del ricorrente successivamente alla commissione del reato; la nazionalità delle persone coinvolte; la situazione familiare del ricorrente, che si evince dalla durata del matrimonio e da altri elementi comprovanti l'effettività del legame, in particolare la nascita di figli e la loro età; se il partner è a conoscenza della condotta criminosa del ricorrente al momento in cui è iniziata la relazione; la difficoltà che i familiari incontrerebbero nel seguire il ricorrente nel paese verso il quale è espulso, anche alla luce del principio del “superiore interesse del minore”; la solidità dei legami sociali, culturali e familiari con il paese di accoglienza e con quello di origine⁴⁴.

La definizione di linee-guida⁴⁵ ha tuttavia risolto solo in parte il problema, cui si è precedentemente accennato, della *manca di certezza del diritto* di cui sarebbe connotato il contenzioso di Strasburgo. Ciò è tanto più evidente se si confrontano i casi Üner e Maslov⁴⁶, entrambi rimessi alla decisione della Grande Camera a due anni di distanza l'uno dall'altro, e conclusisi in modo opposto⁴⁷.

Nella sentenza Üner c. Paesi Bassi, infatti, a rilevare è stata esclusivamente la gravità dei reati commessi dal ricorrente (aggressione e omicidio colposo), mentre alcun peso è stato attribuito né ai legami con il Paese di accoglienza – dove si svolgeva tutta la sua vita privata e familiare (soggiornante di lungo periodo, sposato con una cittadina olandese, padre di due bambini nati in Olanda) – né al principio del superiore interesse del minore. Paradossalmente, anche di fronte alla difficoltà per moglie e figli di seguire il congiunto in Turchia, la Corte

⁴² Corte europea dei diritti umani [GC], Üner c. Paesi Bassi, cit.

⁴³ Ivi, paragrafi 59 e 60.

⁴⁴ Gli ultimi due principi erano stati solo accennati in *Boutifé* e sviluppati esplicitamente in Üner.

⁴⁵ Le linee-guida sono state sistematizzate in due raccomandazioni del Comitato dei ministri del Consiglio d'Europa: la raccomandazione n. 15 del 13 settembre 2000, concernente la sicurezza dei soggiornanti di lungo periodo (l'art. 4 è specificamente destinato alla tutela dall'espulsione); e la raccomandazione n. 4 del 26 marzo 2002 sullo status giuridico delle persone ammesse per ricongiungimento familiare. Anche l'Assemblea parlamentare ha adottato, il 14 marzo 2001, la raccomandazione n. 1504 sulla non espulsione degli immigrati residenti di lungo periodo.

⁴⁶ Corte europea dei diritti umani [GC], Maslov c. Austria, ricorso n. 1638/03, sentenza del 23 giugno 2008.

⁴⁷ Con quattordici voti contro tre in Üner è stata esclusa la violazione dell'art. 8, riscontrata invece da sedici giudici su diciassette nel caso Maslov.

ha sottolineato che i reati commessi erano talmente gravi da mettere in secondo piano finanche la tutela della famiglia⁴⁸.

Nel pronunciarsi sul caso *Maslov*, la Grande Camera giunge invece alla conclusione che l'interdizione dal territorio austriaco è sproporzionata rispetto all'interesse, pur legittimo, del mantenimento dell'ordine pubblico⁴⁹. I giudici non si soffermano esclusivamente sulla natura e la gravità del reato, ma riconoscono rilievo a quei principi, esplicitati proprio nella sentenza *Üner*, della solidità dei legami con il Paese di accoglienza e del benessere del minore⁵⁰. Nonostante *Maslov*, a differenza di *Boultif* e di *Üner*, non possa far valere a proprio favore una relazione di coppia o la condizione di genitore, l'allontanamento viola l'art. 8, in quanto costituisce un'interferenza non solo nella sua vita familiare (le

⁴⁸ Corte europea dei diritti umani [GC], *Üner c. Paesi Bassi*, cit., par. 64. Ad una posizione analoga è giunta la Corte in *Cherif e a. c. Italia*, ricorso n. 1860/07, sentenza (rispetto alle doglianze presentate dalla seconda ricorrente, la moglie del sig. *Cherif*) del 7 aprile 2009. Quest'ultima sentenza è tra l'altro indicativa di come le esigenze connesse con la lotta al terrorismo internazionale abbiano comportato conseguenze rilevanti anche sull'esercizio, da parte dei cittadini dei Paesi terzi, del diritto tutelato dall'art. 8 CEDU. I giudici di Strasburgo hanno infatti escluso la violazione del dettato convenzionale nonostante l'espulsione, disposta sulla base del cd. decreto Pisanu (decreto legge n. 144 del 27 luglio 2005 "Misure urgenti per combattere il terrorismo internazionale", poi convertito in Legge n. 155 del 31 luglio 2005), avrebbe comportato la separazione del sig. *Cherif* – cittadino tunisino residente regolarmente nel territorio dello Stato convenuto da quattordici anni – dalla moglie, cittadina italiana, e dai tre figli. Tuttavia, afferma la Corte, "dans les circonstances particulières de l'espèce, les exigences de protection de l'ordre public et de la sécurité nationale l'emportent sur les intérêts de la famille" (par. 66). Per un approfondimento della sentenza *Cherif c. Italia* si rimanda a A. LIGUORI, *Obblighi internazionali e comunitari in materia di garanzie procedurali avverso l'espulsione dei migranti in Europa*, in *Diritto, Immigrazione e Cittadinanza*, n. 3/2009, p. 29 e ss.

⁴⁹ Come emerge dalla sentenza *Maslov*, l'interdizione non è di per sé sproporzionata rispetto alle situazioni giuridiche tutelate dall'art. 8, nemmeno quando abbia una durata decennale (secondo i giudici della CEDU, che così si sono espressi al par. 100 della sentenza considerata, "a limited duration"). Nel caso di specie (le autorità austriache avevano emanato un divieto di reingresso di 10 anni a carico del ricorrente), l'interdizione risulta tuttavia sproporzionata in virtù della giovane età di *Maslov*, in quanto va a coprire un periodo fondamentale della sua vita. Non analogamente si sono pronunciati i giudici di Strasburgo nella sentenza *Onur c. Regno Unito* (n. 27319/07, del 17 febbraio 2009), sebbene l'interdizione decennale vada a colpire il ricorrente per reati (furto con scasso e rapina a mano armata punita) commessi all'età di diciannove e ventidue anni. Precedentemente alla sentenza adottata in merito al ricorso *Aoulmi c. Francia* (n. 50278/99, sentenza del 17 gennaio 2006), veniva considerato di per sé sproporzionato, rispetto agli obiettivi legittimi di cui al par. 2 dell'art. 8, il divieto permanente di reingresso nel territorio dello Stato convenuto laddove rilevasse, a favore del ricorrente, una vita privata e familiare effettiva (si veda Corte europea dei diritti umani, *Ezzhoudi c. Francia*, ricorso n. 47160/99, sentenza del 13 febbraio 2001, par. 35). Nella pronuncia sopra richiamata la Corte europea ha ribaltato tale orientamento ritenendo che la condotta criminale del sig. *Aoulmi* (condanna a quattro anni di detenzione per traffico di stupefacenti) renda necessaria e non eccessiva non solo l'espulsione ma altresì l'interdizione permanente dal territorio francese, e ciò nonostante si tratti di un residente di lungo periodo (è giunto in Francia all'età di quattro anni) sposato con una cittadina francese e padre di una bambina che ha acquisito di diritto la nazionalità della madre.

⁵⁰ In proposito si rimanda alla nota n. 58.

relazioni dell'adulto con genitori e fratelli sono state fatte ricadere nell'ambito di applicazione di tale fattispecie⁵¹) ma soprattutto in quella privata (il ricorrente ha sempre vissuto in Austria fin dall'età di 6 anni).

A rilevare è stata altresì la condotta di Maslov successivamente alla commissione del reato. Alla luce della giurisprudenza sviluppata ex art. 3⁵², la valutazione dei fatti non deve limitarsi alle circostanze sussistenti al momento in cui il provvedimento di allontanamento è divenuto definitivo, ma deve prendere in considerazione anche gli elementi emersi successivamente, soprattutto quando sia trascorso un intervallo di tempo molto lungo tra l'adozione della misura statale ed il procedimento dinanzi alla Corte⁵³. Attraverso tale *modus operandi* viene dato rilievo all'elemento dell'*attualità* della minaccia derivante dalla presenza del ricorrente nel territorio dello Stato convenuto⁵⁴.

Passaggio fondamentale della sentenza in esame sembra essere ad ogni modo quello di cui ai paragrafi 74 e 75:

“Although article 8 provides no absolute protection against expulsion for any category of aliens, including those who were born in the host country or moved there in their early childhood the Court has already found that regard is to be had to the special situation of aliens who have spent most, if not all, their childhood in the host country, were brought up there and received their education there.

In short, the Court considers that *for a settled migrant* who has lawfully spent all or the major part of his or her childhood and youth in the host country very *serious reasons are required to justify expulsion*”⁵⁵.

La portata rivoluzionaria di tale affermazione emerge non soltanto dal suo contenuto sostanziale, ma altresì dal fatto che ad esprimersi in tal senso è la Grande Camera.

Piuttosto il limite della sentenza adottata in merito al ricorso *Maslov* sembra essere rinvenibile, a nostro avviso, nel non aver precluso allo Stato la possibilità di allontanare dei minorenni seppur colpevoli di gravi reati⁵⁶. Ci si chiede, difatti, come tale orientamento sia compatibile con il principio del “superiore interesse del minore”⁵⁷ – che i giudici di Strasburgo hanno abbracciato nel caso di specie, anche attraverso il richiamo esplicito agli articoli 3 e 40 della Convenzione

⁵¹ Analogamente in Corte europea dei diritti umani, *Bouchelkia c. Francia*, ricorso n. 23078/93, sentenza del 29 gennaio 1997.

⁵² Corte europea dei diritti umani [GC], *Saadi c. Italia*, ricorso n. 37201/06, sentenza del 28 febbraio 2008.

⁵³ Corte europea dei diritti umani [GC], *Maslov c. Austria*, cit., paragrafi 91 e 92.

⁵⁴ Principio già espresso in Corte europea dei diritti umani, *Yildiz c. Austria*, ricorso n. 37295/97, sentenza del 31 ottobre 2002.

⁵⁵ Corsivo aggiunto.

⁵⁶ Corte europea dei diritti umani [GC], *Maslov c. Austria*, cit., par. 85.

⁵⁷ Dal quale deriverebbe, ai sensi della Convenzione sui diritti del fanciullo, l'obbligo per lo Stato di favorirne il reinserimento in società in seguito ad una condanna penale.

sui diritti del fanciullo⁵⁸ – e con la responsabilità che sopravviene allo Stato di accoglienza di *re-integrare*, piuttosto che espellere, i figli dei lavoratori migranti, nati o cresciuti sul proprio territorio, che si siano resi colpevoli di comportamenti anti-sociali o criminali⁵⁹.

2.3. La giurisprudenza della Corte europea dei diritti umani in materia di immigrazione: il diritto al ricongiungimento familiare

Venendo, quindi, alla dimensione positiva del diritto all'unità familiare, ricavata in via interpretativa dall'art. 8, possono evidenziarsi due tipologie di ricorsi, a seconda che si tratti *a)* di ammettere nel territorio dello Stato convenuto i familiari rimasti all'estero di un immigrato regolarmente residente, *b)* di rinnovare il permesso di soggiorno a stranieri già presenti in virtù dei legami familiari intrattenuti nel paese di accoglienza.

Anche la giurisprudenza elaborata in tale ambito evidenzia delle contraddizioni. Nel pronunciarsi a margine del caso *Gül c. Svizzera*⁶⁰, che vedeva coinvolta una coppia di nazionalità turca che voleva ricongiungersi con i due figli rimasti nel Paese di origine, la Corte europea ha concluso – con una maggioranza di 7 voti contro 2 – per la non violazione dell'art. 8, dal momento che da tale norma non deriverebbe l'obbligo per lo Stato di “respecter le choix, par des couples mariés, de leur résidence commune et de permettre le regroupement familial sur son territoire”⁶¹.

Pur presentando il ricorso *Şen c. Paesi Bassi*⁶² numerose analogie con il precedente, i giudici di Strasburgo hanno invece concluso all'unanimità che, alla luce della nascita di altri figli, cittadini dello Stato convenuto e ivi frequentanti le

⁵⁸ La Convenzione delle Nazioni Unite sui diritti dei fanciulli è stata richiamata espressamente, con riferimento all'espulsione degli stranieri, nella sentenza del 12 ottobre 2006, *Mubilanzila Mayeka et Kaniki Mitunga c. Belgio* (ricorso n. 13178/03). Già nella sentenza della Grande Camera del 3 luglio 2006, *Rodrigues Da Silva e Hoogkamer c. Olanda* (ricorso n. 50435/99), vi era comunque un riferimento implicito allo strumento sopracitato. In quanto alla sentenza *Maslov c. Austria*, il riferimento alla Convenzione può essere spiegato con la minore età del ricorrente al momento della commissione dei reati, elemento che tra l'altro ha giocato a favore dello stesso nell'accertamento svolto dai giudici di Strasburgo. Questi ultimi hanno infatti valutato i reati commessi da Maslov alla stregua di episodi di “delinquenza giovanile”, relativizzandone quindi la gravità ed escludendo, di conseguenza, la compatibilità dell'espulsione con il diritto del giovane alla propria vita privata e familiare.

⁵⁹ Corte europea dei diritti umani, *Nasri c. Francia*, cit., *Partly dissenting Opinion* del giudice Morénilla, par. 3.

⁶⁰ Corte europea dei diritti umani, *Gül c. Svizzera*, ricorso n. 23218/94, sentenza del 19 febbraio 1996.

⁶¹ Ivi, par. 38. Cfr. *Dissenting opinion* del giudice Martens allegata alla sentenza (par. 14).

⁶² Corte europea dei diritti umani, *Şen c. Paesi Bassi*, ricorso n. 31465/96, sentenza del 21 dicembre 2001.

scuole, appare più ragionevole, al fine di non sradicare gli stessi dal loro contesto di vita, concedere il diritto di ingresso al minore rimasto nel Paese di origine⁶³.

Nell'esaminare situazioni in cui a rilevare è la richiesta di ammettere familiari residenti all'estero, come nei casi sopra considerati, i giudici di Strasburgo vanno preliminarmente a valutare se sussista o meno un'ingerenza nella vita familiare del ricorrente, sulla base di elementi quali l'età dei bambini coinvolti, la loro dipendenza dai genitori e la situazione nel Paese di origine. Solo dopo aver riscontrato l'ingerenza passano ad esaminarne la conformità alle condizioni poste dal par. 2 dell'art. 8 e a verificare che sia stato attuato un "fair balance" tra interessi individuali e collettivi. Se in alcuni casi sono state rigettate doglianze concernenti minori che avevano raggiunto un'età rispetto alla quale si poteva presumibilmente ritenere che avessero meno bisogno delle cure familiari, sia in *Şen c. Paesi Bassi*⁶⁴, sia in *Tuquabo-Tekle c. Paesi Bassi*⁶⁵, la Corte ha ritenuto che la mancata concessione del ricongiungimento costituiva un pregiudizio dei diritti sanciti dalla suddetta disposizione⁶⁶.

I giudici della CEDU sembrano tendenzialmente mostrare un maggior *favor* quando si trovano a decidere in merito a fattispecie che – diversamente da quelle precedentemente esaminate – vedono coinvolte persone già presenti nel territorio dello Stato convenuto⁶⁷, in particolar modo laddove sia venuta meno l'unità della coppia e, dal mancato rinnovo del permesso di soggiorno, derivi l'impossibilità per il genitore straniero di mantenere una relazione con il figlio⁶⁸. Tale situazione viene generalmente valutata alla stregua di un caso di espulsione, riconoscendo automaticamente la sussistenza della vita familiare e concentrando pertanto l'esame, ai sensi del par. 2 dell'art. 8, sulla legalità, necessità e proporzionalità dell'ingerenza. Non potendo il governo convenuto far valere interessi altri dalla tutela del benessere economico dello Stato, altresì in considerazione del fatto che

⁶³ Nel pronunciarsi sul caso di specie la Corte ha respinto la posizione del governo olandese, secondo cui i genitori che lasciano i propri figli nel Paese di origine rinuncino definitivamente alla possibilità di ricostituire l'unità familiare in seguito (Corte europea dei diritti umani, *Şen c. Paesi Bassi*, cit., par. 40).

⁶⁴ Corte europea dei diritti umani, *Şen c. Paesi Bassi*, cit.

⁶⁵ Cfr. Corte europea dei diritti umani, *Tuquabo-Tekle et al c. Paesi Bassi*, ricorso n. 60665/00, sentenza del 1 marzo 2006, par. 49.

⁶⁶ In particolare è interessante notare come, nel secondo caso citato, la minore fosse ormai quindicenne ma, "rather than making her less dependent on her mother", tale condizione "made it even more pertinent for her to be allowed to join her family". La giovane era stata affidata alle cure della nonna che, conformemente alle usanze locali, al compimento del quindicesimo anno di età l'aveva ritirata dalla scuola allo scopo di trovarle un marito. La ricorrente, pur non condividendo tale costume, non avrebbe potuto da lontano influire sulla scelta. Nel caso in esame, comunque, sarebbe stato inammissibile chiedere ai ricorrenti, l'uno rifugiato, l'altra con protezione umanitaria, di far ritorno nel paese di origine da dove erano fuggiti perché perseguitati.

⁶⁷ Alto Commissariato per i diritti umani, *Family reunification*, Migration Papers, Novembre 2005, p. 14, disponibile su www2.ohchr.org/english/issues/migration/taskforce/docs/familyreunification.pdf.

⁶⁸ N. ROGERS, *Immigration and the European Convention on Human Rights: are new principles emerging?*, in *European Human Rights Law Review*, 2003, p. 58.

i ricorrenti non costituiscono un pericolo per l'ordine pubblico, il diniego risulta sproporzionato rispetto ad un valore fondamentale quale il diritto a preservare le proprie relazioni familiari. Rilievo viene in particolare attribuito all'interesse del minore di beneficiare della presenza di entrambi i genitori, anche allorquando (e forse proprio in virtù di tale considerazione) sia venuto meno il matrimonio. Così si è espressa la Corte relativamente ai ricorsi *Berrehab c. Paesi Bassi*⁶⁹, *Ciliz c. Paesi Bassi*⁷⁰ e *Rodrigues da Silva c. Olanda*⁷¹.

In relazione a quest'ultimo caso appare particolarmente degna di nota l'apertura nei confronti degli immigrati irregolari. Nonostante la ricorrente, cittadina brasiliana, non sia mai riuscita a regolarizzare la propria posizione in Olanda, la Corte ha ritenuto che l'impossibilità di portare con sé nel Paese di origine la figlia di pochi anni (affidata al padre), e di prendersene cura, costituisca, anche alla luce del superiore interesse del minore, un'ingerenza sproporzionata nella situazione giuridica tutelata dall'art. 8. Tuttavia, tale orientamento non ha trovato conferma nella giurisprudenza successiva⁷².

Se le aperture evidenziate nel corso della trattazione hanno indotto a facili entusiasmi circa l'asestamento della Corte europea su posizioni più sensibili alla salvaguardia delle situazioni giuridiche di soggetti vulnerabili quali i migranti, un più attento esame evidenzia come la giurisprudenza continui piuttosto ad essere caratterizzata da un andamento altalenante in cui a rilevare, tranne che in poche pronunce esemplari, sono le prerogative sovrane dello Stato in materia di immigrazione invece che i diritti fondamentali dell'individuo.

Non si vuole con ciò negare l'importanza di alcuni sviluppi giurisprudenziali recenti, quali le osservazioni espresse a margine della sentenza *Maslov*, con riguardo alla necessità di limitare la previsione dell'allontanamento a casi ecce-

⁶⁹ Corte europea dei diritti umani, *Berrehab c. Paesi Bassi*, cit.

⁷⁰ Corte europea diritti umani, *Ciliz c. Paesi Bassi*, ricorso n. 29192/95, sentenza dell'11 luglio 2000.

⁷¹ Corte europea dei diritti umani [GC], *Rodrigues Da Silva e Hoogkamer c. Olanda*, cit., adottata all'unanimità.

⁷² Si veda Corte europea dei diritti umani [GC], *Darren Omoregie e altri c. Norvegia*, ricorso n. 265/07, sentenza del 31 ottobre 2008. Pur presentando il caso numerose analogie con *Rodrigues da Silva c. Olanda*, i giudici hanno escluso, con una maggioranza di cinque voti contro due, la violazione dell'art. 8. Secondo la Corte, infatti, "whether family life was created at a time when the persons involved were aware that the immigration status of one of them was such that the persistence of that family life within the host State would from the outset be precarious [...] the removal of the non-national family member would be incompatible with Article 8 only in exceptional circumstances" (par. 57). La discriminante tra i due casi sembra rinvenibile, paradossalmente, nell'unità della coppia che nel caso *Omoregie* non è venuta meno e che renderebbe quindi possibile ricostituire la vita familiare nel paese di origine del ricorrente. Soprattutto sembra possibile evidenziare una differenza fondamentale nel fatto che, nel caso *Rodrigues da Silva*, l'espulsione avrebbe privato la minore della *cura materna*. Essendo stata affidata al padre ma risultando evidente che la bambina, anche in considerazione della tenera età (3 anni), avesse bisogno della madre, con la quale manteneva frequenti contatti, la Corte ha concluso che "it is clearly in Rachael's best interests for the first applicant to stay in the Netherlands".

zionali laddove ad esserne colpiti siano migranti integrati⁷³, o l'apertura nei confronti degli irregolari nel caso *Rodrigues da Silva*. Si è d'altronde consapevoli del fatto che il sistema della CEDU, incentrato su un organo giurisdizionale dotato di poteri vincolanti, è quello che attualmente sembra garantire una più effettiva e completa tutela dei diritti, anche in considerazione dei limiti strutturali di altri meccanismi internazionali di controllo.

Ciononostante non appare risolto il problema evidenziato dai giudici Costa, Zupančič e Türmen nella loro opinione discordante a margine della sentenza *Üner*: "Quite apart from a problem of method (how do we assign relative weight to the various factors on the basis of some ten guiding principles) are we not seeing here *the implicit emergence of a method which gives priority to one criterion, relating to the offence, and treats the others as secondary or marginal?*"⁷⁴.

3. Il diritto all'unità familiare nell'Unione europea

Si è scelto di riservare ampio spazio alla trattazione della CEDU non solo per l'importanza delle sentenze dei giudici di Strasburgo, vincolanti per gli Stati Parti, ma altresì per il rilievo che essa riveste nel sistema di tutela dei diritti umani garantito dall'ordinamento dell'Unione europea.

A norma dell'art. 6 UE (art. 6 TUE), infatti, "I diritti fondamentali, garantiti dalla Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali e risultanti dalle tradizioni costituzionali comuni agli Stati membri, fanno parte del diritto dell'Unione in quanto principi generali" (par. 3). Un richiamo alla CEDU è contenuto anche nella Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea⁷⁵, il cui articolo 52, par. 3, precisa che, laddove i diritti ga-

⁷³ Va tuttavia sottolineato come la giurisprudenza della Corte europea, anche successivamente alla sentenza *Maslov c. Austria*, abbia continuato a dimostrarsi altalenante. Lo dimostrano i casi *Joseph Grant c. Regno Unito* (ric. n. 10606/07, sentenza dell'8 gennaio 2009), *Onur c. Regno Unito*, cit., e *Omojudi c. Regno Unito* (ric. n. 1820/08, sentenza del 24 novembre 2009). La violazione dell'art. 8 CEDU è stata esclusa all'unanimità con riguardo ai primi due ricorsi, nonostante la vita privata e familiare dei ricorrenti si svolgesse interamente nel territorio dello Stato convenuto e nessun legame fosse stato mantenuto con il Paese di origine. In aggiunta a ciò, il sig. Grant è tossicodipendente e non era mai tornato in Giamaica nei 34 anni trascorsi dal trasferimento; il sig. Onur ha tre bambini piccoli, di cittadinanza britannica, ed ha commesso in giovane età i reati che hanno determinato l'espulsione. Di senso contrario la sentenza emessa in merito al ricorso *Omojudi c. Regno Unito*, rispetto al quale il lungo periodo di soggiorno e i legami familiari intrattenuti dal ricorrente nel Paese convenuto, oltre che la difficoltà per i figli, cittadini britannici, di trasferirsi in Nigeria, hanno portato alla constatazione unanime della violazione del dettato pattizio.

⁷⁴ Corte europea dei diritti umani [GC], *Üner c. Paesi Bassi*, cit., *Joint Dissenting Opinion* dei giudici Costa, Zupančič And Türmen. Corsivo aggiunto.

⁷⁵ La Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea è stata solennemente proclamata per la prima volta a Nizza il 7 dicembre 2000. Dopo il naufragio della Costituzione europea, una versione della Carta, parzialmente riveduta e aggiornata, è stata poi proclamata a Strasburgo il 12 dicem-

rantiti siano corrispondenti, il loro significato e la loro portata sono analoghi a quelli della suddetta Convenzione (fatta salva la possibilità per l'Unione di concedere una protezione più estesa)⁷⁶.

Con riguardo, poi, all'oggetto della nostra indagine, non si può non evidenziare il riferimento allo strumento sopracitato contenuto nel secondo considerando del preambolo della direttiva 2003/86/CE, relativa al diritto al ricongiungimento familiare dei cittadini di Paesi terzi.

Nel prosieguo si vuole dunque verificare se, e in che misura, il diritto e la giurisprudenza dell'Unione si conformino all'interpretazione estensiva che la Corte di Strasburgo ha riservato alle situazioni giuridiche protette dall'art. 8 CEDU, in considerazione del fatto che, se l'UE non è Parte contraente del trattato in questione, lo sono nondimeno tutti gli Stati membri⁷⁷.

Una precisazione è d'obbligo circa l'ambito soggettivo dei successivi paragrafi: essi saranno dedicati alla disciplina relativa ai nuclei familiari composti interamente da cittadini di Paesi terzi, esulando dal presente lavoro l'esame di quella, più favorevole, prevista per quei migranti che siano familiari di cittadini dell'Unione⁷⁸.

3.1. La direttiva 2003/86/CE

Nel 1999, al Consiglio europeo di Tampere è stata sottolineata la necessità, ai fini della realizzazione dello spazio di libertà, sicurezza e giustizia richiamato dall'art. 61 CE (art. 67 TFUE), di "ravvicinare lo status giuridico dei cittadini dei Paesi terzi [in particolare ai residenti di lungo periodo] a quello dei cittadini degli Stati membri", garantendo nello Stato di accoglienza "una serie di diritti uniformi il più possibile simili a quelli di cui beneficiano i cittadini" dell'Unione⁷⁹.

Non a caso, una delle prime proposte avanzate dalla Commissione in materia di immigrazione, sulla base dell'art. 63, par. 3, lett. a, CE (sostituito dagli artt. 78-80 TFUE), ha riguardato proprio il ricongiungimento familiare. Sebbene non espressamente menzionato nelle Conclusioni del Vertice di Tampere, non si può, in effetti, negare che il ricongiungimento rappresenti un elemento decisivo

bre 2007 ed allegata al Trattato di Lisbona. Con l'entrata in vigore di quest'ultimo, il 1° dicembre 2009, anche la Carta ha acquisito carattere vincolante.

⁷⁶ L'art. 7 della Carta, che sancisce il rispetto della vita privata e familiare, ha ripreso il contenuto dell'art. 8 CEDU.

⁷⁷ A tal proposito cfr. la posizione della Corte europea dei diritti umani in *T.I. c. Regno Unito*, ricorso n. 43844/98, decisione del 7 marzo 2000 e *Bosphorus Hava Yollari Turizm Ve Ticaret Anonim Sirketi c. Irlanda*, ric. n. 45036/98, decisione della GC del 30 giugno 2005. Va ad ogni modo precisato che con l'art. 6, par. 2, TUE e con il Protocollo n. 8, allegato al Trattato di Lisbona, sono state poste le basi per l'adesione dell'Unione europea alla CEDU.

⁷⁸ Ai quali si applicano le disposizioni contenute nella direttiva 2004/38/CE, adottata il 29 aprile 2004, relativa al diritto dei cittadini dell'Unione e dei loro familiari di circolare e di soggiornare liberamente nel territorio degli Stati membri.

⁷⁹ Consiglio europeo di Tampere, Conclusioni della Presidenza, par. 21.

per l'integrazione dei migranti, dal momento che "contribuisce a creare una stabilità socio-culturale [...] permettendo d'altra parte di promuovere la coesione economica e sociale"⁸⁰.

L'approvazione della direttiva 2003/86/CE⁸¹ ha nondimeno seguito un iter travagliato, emblematico della reticenza degli Stati membri a vedersi sottrarre competenze in un settore da sempre rientrante nel loro dominio riservato. Il risultato è stato un testo di compromesso, fortemente contrassegnato dall'inserimento di clausole derogatorie, e ben lontano dagli standard proposti in origine dalla Commissione⁸².

La direttiva fissa le condizioni dell'esercizio del diritto al ricongiungimento familiare dei cittadini di Paesi terzi regolarmente residenti nel territorio dell'Unione (art. 1). Contrariamente a quanto affermato da una parte della dottrina⁸³, sia la Corte di Lussemburgo⁸⁴ sia la Commissione⁸⁵ hanno riconosciuto l'esistenza di un vero e proprio diritto soggettivo derivante dalla norma citata poiché, nelle specifiche circostanze stabilite, allo Stato membro è imposto l'obbligo di autorizzare l'ingresso e il soggiorno di alcuni familiari del soggiornante, senza alcun margine di discrezionalità in proposito. Tali circostanze specifiche appaiono nondimeno limitative della situazione giuridica sancita, in particolare con riguardo alla tipologia e al numero dei familiari ammissibili, oltre che ai requisiti oggettivi di natura economica richiesti. Le conseguenze sembrano essere la "precarizzazione della vita familiare" e l'affermazione di un regime di disuguaglianza giuridica "a fronte di situazioni oggettivamente omogenee che hanno nell'*affectio familiaris* l'elemento egualitario"⁸⁶.

La procedura è attivabile da un cittadino di un Paese terzo, titolare di un permesso di soggiorno di validità pari o superiore ad un anno, con una fondata

⁸⁰ Relazione che accompagna la proposta di direttiva sul ricongiungimento familiare, considerando n. 8.

⁸¹ La direttiva è stata adottata il 22 settembre 2003 ed è entrata in vigore il 3 ottobre 2003.

⁸² Cfr. U. DE SOUSA, *Le regroupement familial au regard des standards internationaux*, in F. J. LAFERRIERE, H. LABAYLE, O. EDSTROM (eds.), *The European immigration and asylum policy: critical assessment five years after the Amsterdam Treaty*, Bruxelles, 2005, p. 128 ss.; B. NASCIBENE-E. M. MAFROLLA, *Recenti sviluppi della politica comunitaria in materia di immigrazione e asilo*, in *Diritto Immigrazione e Cittadinanza*, 2002, p. 34 ss.

⁸³ G. BRINKMAN, *Family reunion, Third-Country Nationals and the Community's new power*, in E. GUILD-C. HARLOW (eds.), *Implementing Amsterdam: Immigration and asylum rights in EC law*, Oxford, 2001, p. 241 ss.; P. MOROZZO DELLA ROCCA, *Il diritto all'unità familiare in Europa tra "allargamento" dei confini e "restringimento" dei diritti*, in *Diritto Immigrazione e Cittadinanza*, 2004, p. 66 ss..

⁸⁴ Corte di giustizia dell'Unione europea, Caso C-540, *Parlamento c. Consiglio*, 26 giugno 2006. All'esame della sentenza è dedicato il par. 3.2.1.

⁸⁵ Relazione della Commissione al Consiglio e al Parlamento europeo sull'applicazione della direttiva 2003/86/CE relativa al diritto al ricongiungimento familiare, COM(2008)610 def. del 8 ottobre 2008.

⁸⁶ R. AVETA, *Famiglie migranti e rischi di degradazione del legame parentale nella disciplina comunitaria sul ricongiungimento*, in *I diritti dell'uomo. Cronache e battaglie*, 2007, p. 24.

prospettiva di ottenere un diritto di soggiorno permanente (art. 1, par. 1), oltre che da coloro cui sia stato riconosciuto lo status di rifugiato, ai quali si applica una disciplina più favorevole⁸⁷.

I familiari rispetto ai quali gli Stati *sono tenuti* a concedere l'ingresso e il soggiorno sono il coniuge (art. 4, par. 1, lett. a) e i figli minorenni⁸⁸ del soggiornante e del coniuge, anche adottati o in affidamento (art. 4, par. 1, lettere b, c, d)⁸⁹. La direttiva non riprende pertanto la nozione estensiva di 'famiglia' abbracciata dalla Corte europea dei diritti umani, e limita il proprio ambito di applicazione al nucleo familiare tradizionale fondato sul matrimonio. In quanto al ricongiungimento con il partner non coniugato – e dei figli di quest'ultimo – che abbia una relazione stabile, duratura e debitamente comprovata con il soggiornante, o che sia a quest'ultimo legato da una relazione formalmente registrata, si rimanda alla disciplina nazionale (art. 4, par. 3). È stato tuttavia detto che ciò non sarebbe in contrasto con il rispetto dei diritti fondamentali di cui l'Unione garantisce il rispetto, anche attraverso il richiamo alla CEDU, giacché non si sarebbe formato in proposito un *consensus* a livello europeo⁹⁰.

Esclusa è altresì la possibilità, in caso di matrimonio poligamo, di ammettere il ricongiungimento con i coniugi altri dal primo (art. 4, par. 4), mentre per quanto concerne i figli minorenni di questi ultimi è lasciata piena facoltà agli Stati. Tale limitazione di tipo culturale⁹¹ solleva “problemi di compatibilità con

⁸⁷ Si veda la disciplina contenuta nel Capo V della direttiva (ricongiungimento familiare dei rifugiati). Per l'esame della disciplina del diritto dell'Unione in materia di asilo, si rinvia all'articolo di S. TREVISANUT, *Le condizioni d'ingresso e la tutela dei migranti nell'ordinamento dell'Unione europea*, in questo *Volume*.

⁸⁸ Per la definizione della maggiore età si fa riferimento alla disciplina nazionale.

⁸⁹ La direttiva lascia agli Stati membri la facoltà di autorizzare il ricongiungimento con gli ascendenti diretti di primo grado, a carico del soggiornante o del coniuge, che non dispongano di un adeguato sostegno familiare nel Paese di origine (art. 4, par. 2, lett. a), e con i figli adulti non coniugati del soggiornante o del coniuge, qualora non possano soddisfare le proprie necessità per motivi di salute. Sia con riguardo a questi ultimi, sia con riguardo ai figli minorenni, ci si domanda se con l'espressione “non coniugato” si faccia riferimento altresì a coloro che si siano separati o che abbiano divorziato dal coniuge, o esclusivamente a chi non abbia mai contratto matrimonio. In quest'ultima ipotesi a pagarne le conseguenze sarebbero categorie già di per sé vulnerabili: si pensi, ad esempio, alle donne divorziate, ripudiate o vedove che, se venisse abbracciata un'interpretazione restrittiva della norma, sarebbero escluse dal beneficio del ricongiungimento, nonostante la condizione di emarginazione che in alcune società deriva loro da tale status.

⁹⁰ D. SCHAFFRIN, *Which Standard for Family Reunification of Third-Country Nationals in the European Union?*, in J. CARLIER - P. DE BRUYCKER (eds.), *Immigration and Asylum Law of the EU: Current Debates*, Brussels, 2005, p. 109. Solo sette Stati membri (Belgio, Germania, Finlandia, Olanda, Spagna, Portogallo, Lituania) si avvalgono infatti della facoltà di ammettere il partner non coniugato che abbia una relazione stabile, duratura e debitamente comprovata con il soggiornante, o che sia a quest'ultimo legato da una relazione formalmente registrata. Dati tratti dalla Relazione della Commissione al Consiglio e al Parlamento europeo sull'applicazione della direttiva 2003/86/CE relativa al diritto al ricongiungimento familiare, COM(2008)610 def. del 8 ottobre 2008, p. 6.

⁹¹ In effetti, la direttiva, la cui *ratio* è quella di rispondere ad un bisogno derivante dai flussi migratori e, conseguentemente, dalla creazione di società multiculturali, è invero poco attenta alle altrui

le disposizioni a tutela della vita familiare, previste dalla CEDU e dagli altri trattati sui diritti umani, ma soprattutto con l'esigenza, espressa nella Convenzione dei diritti del fanciullo, di tutelare l'interesse superiore" del minore⁹².

In quanto ai requisiti oggettivi, l'art. 7 della direttiva richiede la disponibilità di un alloggio, di un'assicurazione contro le malattie e di risorse stabili e sufficienti per il mantenimento proprio e dei propri familiari. Laddove tali condizioni non siano soddisfatte è possibile per le autorità statali negare il ricongiungimento. La *ratio* è di evitare che il mantenimento della famiglia del migrante divenga un aggravio per il sistema di sicurezza sociale dello Stato membro interessato. Tuttavia, tale previsione si pone in contrasto con i principi sviluppati dal giudice della CEDU, che non ritiene proporzionale alla tutela di un valore fondamentale, quale il rispetto della vita familiare, la salvaguardia del benessere economico dello Stato⁹³.

Le autorità governative possono altresì richiedere l'ottemperanza di "misure di integrazione" (art. 7, par. 2), quali ad esempio la dimostrazione della conoscenza della lingua e della cultura del Paese di accoglienza, che, laddove rappresentino un prerequisito per l'ammissione nel territorio⁹⁴, non sembrano però rispondere allo scopo perseguito dalla direttiva, ovvero di favorire l'integrazione del cittadino del paese terzo regolarmente soggiornante in uno Stato membro dell'Unione, né sembrano essere conformi al principio di proporzionalità⁹⁵.

L'istanza di ricongiungimento può essere respinta, con l'obbligo di motivazione, solo per ragioni di ordine pubblico, di sicurezza o sanità pubblica⁹⁶, nel rispetto dell'art. 17, che richiama la necessità di tener conto di elementi, chiaramente ispirati alla giurisprudenza di Strasburgo, quali "la natura e la solidità dei

tradizioni culturali. Ciò è soprattutto evidenziabile nella chiusura nei confronti delle altre mogli in caso di matrimonio poligamo e nella possibilità di stabilire un limite d'età per il ricongiungimento con il coniuge, che alcuni Stati (Belgio, Cipro, Lettonia, Malta, Paesi Bassi) hanno fissato a 21 anni. Cfr. P. MOROZZO DELLA ROCCA, *Il diritto all'unità familiare in Europa tra "allargamento" dei confini e "restringimento" dei diritti*, cit., p. 67 ss.

⁹² G. CATALDI, *L'immigrazione tra universalità dei diritti umani e particolarità culturali*, in M. CARTA, *Immigrazione, frontiere esterne e diritti umani*, Roma, 2008, p. 26. È stato anche osservato che la direttiva, piuttosto che limitarsi a negare rilevanza giuridica ad un istituto – il matrimonio poligamo – estraneo alla tradizione europea, sembra voler "sanzionare le 'manchevolezze culturali' dei genitori", in tal modo contraddicendo il percorso di emancipazione dei figli naturali affermatosi nel contenzioso di Strasburgo già a partire dalla sentenza *Marckx* del 1979; cfr. in tal senso anche P. MOROZZO DELLA ROCCA, *Il diritto all'unità familiare in Europa tra "allargamento" dei confini e "restringimento" dei diritti*, cit., p. 67.

⁹³ Cfr. Corte europea dei diritti umani, *Berrehab c. Paesi Bassi*, cit.; di segno contrario, tuttavia, *Ahmut c. Olanda*, ricorso n. 21702/93, sentenza del 28 novembre 1996.

⁹⁴ Come in Olanda, Germania e Francia, che le hanno introdotte in seguito al recepimento della direttiva stessa.

⁹⁵ In tal senso altresì la Commissione, cfr. par. 4.3.4 della Relazione sull'applicazione della direttiva, cit.

⁹⁶ L'insorgere della malattia dopo il rilascio del permesso di soggiorno non può in alcun modo giustificare il rifiuto del rinnovo o l'allontanamento dal territorio (art. 6, par. 3).

vincoli familiari della persona e la durata del suo soggiorno nello Stato membro, nonché l'esistenza di legami familiari, culturali e sociali con il suo paese di origine". Se non viene fornita una definizione di "ordine pubblico", lasciando espressamente allo Stato il compito di fissarne il contenuto, viene tuttavia precisato che, nel valutare la pericolosità della persona coinvolta, bisogna considerare la gravità e il tipo di reato commesso, prestando la dovuta attenzione alla proporzionalità della misura adottata e al rispetto dei diritti umani. La direttiva 2003/86/CE ammette anche la possibilità di far rientrare nella nozione di "ordine pubblico" la condanna penale per gravi motivi e la mera appartenenza ad un'organizzazione terroristica. Tale impostazione non sembra tuttavia compatibile con la giurisprudenza elaborata in relazione ai cittadini dell'Unione e ai loro familiari da parte della Corte di Lussemburgo. Quest'ultima ha infatti precisato che le nozioni di ordine pubblico e sicurezza nazionale vanno interpretate "restrittivamente"⁹⁷, che la minaccia deve essere "effettiva ed abbastanza grave", "attuale" e riguardare "uno degli interessi fondamentali della collettività"⁹⁸, e che pertanto non è possibile far derivare automaticamente la considerazione del pericolo dalla commissione di un reato penale⁹⁹. Inoltre, nella sentenza *Orfanopoulos*, la Corte di giustizia ha fatto esplicito riferimento ai criteri utilizzati dai giudici di Strasburgo al fine di valutare la proporzionalità della misura adottata con lo scopo del mantenimento dell'ordine pubblico¹⁰⁰. Non è chiaro, tuttavia, se i sopracitati principi, elaborati dai giudici di Lussemburgo con riguardo ai cittadini dell'Unione, possano venire in rilievo anche qualora ad essere coinvolti siano cittadini di Paesi terzi¹⁰¹.

Ad ogni modo, in caso di rifiuto del rilascio o del rinnovo del permesso di soggiorno per motivi familiari, l'art. 18 della direttiva riconosce al soggiornante e ai suoi familiari la possibilità di impugnare la decisione secondo le modalità stabilite negli ordinamenti nazionali. Sebbene in sede di adozione definitiva della direttiva l'aggettivo "giurisdizionale", che accompagnava la parola "impugnativa" nella proposta della Commissione, sia venuto meno, nella sentenza *Parla-*

⁹⁷ Corte di giustizia dell'Unione europea, *Carmelo Angelo Bonsignore c. Oberstadtdirektor der Stadt Köln*, causa 67/74, sentenza del 26 febbraio 1975.

⁹⁸ Corte di giustizia dell'Unione europea, *Regina contro Pierre Bouchereau*, causa 30/77, sentenza del 27 ottobre 1977.

⁹⁹ Corte di giustizia dell'Unione europea, *Areios Pagos contro Donatella Calfa*, causa C-348/96, sentenza del 19 giugno 1999 e *Georgios Orfanopoulos e a. contro Land Baden-Württemberg e Raffaele Oliveri c. Land Baden-Württemberg*, causa C-493/01, sentenza del 29 aprile 2004.

¹⁰⁰ La Corte europea dei diritti umani, nel decidere in merito al ricorso *Maslov*, ha inoltre ribadito che non è sufficiente che il ricorrente abbia commesso dei reati: la minaccia derivante dalla presenza di quest'ultimo nel territorio statale deve essere *attuale e di una certa intensità* per giustificare l'espulsione, in particolare modo quando si tratti di uno straniero integrato.

¹⁰¹ In merito alla questione si rimanda a A. LIGUORI, *Le garanzie procedurali avverso l'espulsione degli immigrati in Europa*, cit., p. 78, ed in particolare alla nota 250.

*mento c. Consiglio*¹⁰² la Corte di giustizia dell'Unione europea, in un *obiter dictum*, ha precisato che le decisioni di rigetto, revoca o di mancato rinnovo del permesso per motivi familiari sono soggette “al sindacato dei giudici nazionali [...] come previsto dall'art. 18”¹⁰³.

3.1.1 La sentenza *Parlamento c. Consiglio*

Le disposizioni maggiormente controverse della direttiva 2003/86/CE sono state sottoposte al vaglio della Corte di Lussemburgo a seguito di un ricorso per annullamento presentato, ex art. 230 TCE (ora art. 263 TFUE), dal Parlamento europeo¹⁰⁴, secondo il quale le stesse sarebbero in contrasto con il diritto alla tutela della vita familiare e con il principio di non discriminazione, garantiti rispettivamente dagli articoli 8 e 14 CEDU. Hanno costituito oggetto della doglianza:

a) l'art. 4, par. 1, ultimo comma, che, derogando al contenuto generale della norma, prevede la possibilità di subordinare l'autorizzazione all'ingresso e al soggiorno di un minore, che giunge non accompagnato e che abbia compiuto i dodici anni, al soddisfacimento delle condizioni di integrazione previste dalla legislazione nazionale”¹⁰⁵;

b) l'art. 4, par. 6, che consente agli Stati di imporre che le domande riguardanti il ricongiungimento dei figli minori debbano essere presentate prima del compimento del quindicesimo anno di età¹⁰⁶, salvo ammettere il rilascio di un permesso di soggiorno per motivi diversi da quelli familiari;

c) l'art. 8, che legittima gli Stati a introdurre un periodo minimo di soggiorno legale, non superiore a due anni, derogabile a tre nel caso in cui l'ordinamento interno – al momento del recepimento della direttiva – subordini

¹⁰² Corte di giustizia dell'Unione europea, *Parlamento c. Consiglio*, causa C-540, sentenza del 26 giugno 2006.

¹⁰³ Ivi, par. 106. Corsivo aggiunto. Cfr. anche par. 14. Sul punto cfr. A. LIGUORI, *Le garanzie procedurali avverso l'espulsione degli immigrati in Europa*, cit., p. 168 ss.

¹⁰⁴ Sentenza *Parlamento c. Consiglio*, cit. Per la bibliografia relativa alla sentenza in esame si rimanda a M. BULTERMAN, *Case C-540*, Parliament c. Council, *Judgment of the Grand Chamber of 27 June 2006*, [2006] ECR-5769, in *Common Market Law Review*, 2008, p. 256 ss.; F. MACRÌ, *La Corte di Giustizia sul diritto al ricongiungimento familiare dei cittadini di Stati terzi: la sentenza Parlamento c. Consiglio*, in *Il Diritto dell'Unione europea*, 2006, p. 793 ss.

¹⁰⁵ Sia la disposizione in esame, sia le successive, prevedono, comunque, delle deroghe “di tipo sospensivo” (Relazione sull'applicazione della direttiva, cit., p. 6), ovvero la restrizione può essere introdotta esclusivamente prima della data del recepimento della direttiva. Solo la Germania e Cipro si sono avvalsi di tali deroghe ed hanno introdotto le condizioni di integrazione come prerequisito per l'ingresso dei minori non accompagnati ultradodicesenni. Cipro ha introdotto tale disposizione dopo il recepimento della direttiva.

¹⁰⁶ Nessuno Stato membro si è tuttavia avvalso della deroga prevista dalla norma in questione. Relazione sull'applicazione della direttiva, cit., p. 6.

il rilascio del permesso per ricongiungimento familiare alle sue capacità di accoglienza¹⁰⁷. Tale restrizione è ammissibile anche con riguardo ai figli minori¹⁰⁸.

Da parte sua, la Corte di giustizia ha respinto il ricorso, non senza aver prima precisato che le norme contestate, pur lasciando un certo margine di discrezionalità alle autorità governative, devono essere attuate compatibilmente con i diritti fondamentali – tra i quali si annovera il diritto al rispetto della vita familiare – che sono parte integrante dei principi generali dei quali essa garantisce l’osservanza¹⁰⁹. A sostegno di tale considerazione, la Corte richiama le tradizioni costituzionali comuni degli Stati membri e alcuni trattati internazionali di cui gli stessi sono Parti contraenti: *in primis* la Convenzione europea dei diritti umani, ma anche il Patto sui diritti civili e politici, la Convenzione sui diritti del fanciullo – nonché la Carta dei diritti fondamentali. A proposito di quest’ultima, i giudici di Lussemburgo hanno affermato che nonostante non costituisca “uno strumento giuridico vincolante, il legislatore comunitario ha tuttavia inteso riconoscere l’importanza” riferendosi espressamente alla stessa nel secondo ‘considerando’ della direttiva¹¹⁰.

Le osservazioni svolte dall’organo giurisdizionale dell’Unione sono analoghe per tutte e tre le disposizioni contestate. Innanzitutto viene sottolineata la necessità di interpretare le stesse alla luce dell’art. 5, par. 5, che impone agli Stati di tenere in considerazione, nell’esame della richiesta, l’interesse superiore del minore, e dell’art. 17, che subordina il rigetto della domanda alla valutazione di elementi – quali i vincoli familiari – tratti dalla giurisprudenza di Strasburgo.

Rispetto all’art. 4, par. 1, viene affermato che sebbene “l’esclusione di una persona da un paese in cui vivono i suoi congiunti possa rappresentare un’ingerenza nel rispetto della vita familiare”¹¹¹, la possibilità di limitare il diritto

¹⁰⁷ La disposizione sulla capacità di accoglienza ha un’applicazione molto limitata dal momento che solo l’Austria prevede un sistema di quote per il rilascio del permesso per ricongiungimento familiare.

¹⁰⁸ In proposito è stato sottolineato che “Si cette période de séparation forcée de la famille peut être estimée trop longue dans la vie de n’importe quelle personne, dans la vie d’un enfant elle est une éternité” (U. DE SOUSA, *Le regroupement familial au regard des standards internationaux*, cit., p. 134). Secondo il Consiglio, invece, “tale periodo di attesa perseguirebbe uno scopo legittimo della politica di immigrazione, vale a dire l’integrazione efficace dei familiari nella società ospitante, garantendo che il ricongiungimento familiare abbia luogo solo dopo che il soggiornante si sia creato nello Stato ospitante una base solida, sotto il profilo tanto economico quanto familiare, per poter ivi installare una famiglia” (par. 93 della sentenza). Tuttavia, a nostro avviso, nelle contraddizioni che emergono dalla sentenza può rilevarsi l’uso strumentale e fazioso del ragionamento abbracciato dal Consiglio e dai giudici di Lussemburgo: dopo aver auspicato che il ricongiungimento avvenga quando i minori sono in giovane età, viene poi ritenuto legittimo il “periodo di attesa” sulla base di motivazioni prettamente economiche (si confrontino i passaggi di cui ai punti 93 e 98 con quelli di cui ai punti 67 e 79).

¹⁰⁹ Sentenza *Parlamento c. Consiglio*, cit., par. 35.

¹¹⁰ Ivi, par. 38. Va ad ogni modo precisato che, in seguito all’entrata in vigore del Trattato di Lisbona, il 1° dicembre 2009, la Carta dei diritti fondamentali ha acquisito natura giuridicamente vincolante. La sentenza dell’organo giurisdizionale dell’Unione è precedente a tale data.

¹¹¹ Ivi, par. 53.

al ricongiungimento per i minori di età superiore ai 12 anni è volta a tener conto della capacità di integrazione degli stessi giacché, in linea con il “considerando” dodicesimo della direttiva, l’istruzione e le competenze linguistiche sono di più facile acquisizione in giovane età¹¹². La Corte di giustizia tiene tuttavia a precisare che l’assenza di definizione del termine “integrazione” non può essere interpretata nel senso di autorizzare gli Stati ad avvalersi di tale nozione in modo contrario al diritto dell’Unione e, più in particolare, ai diritti fondamentali¹¹³. D’altra parte, dalla direttiva derivano in capo ai governi contraenti degli obblighi positivi, “cui corrispondono diritti soggettivi chiaramente definiti”, che impongono loro, nel rispetto delle condizioni poste dalla direttiva, di concedere il ricongiungimento senza potersi avvalere di alcun margine di discrezionalità in proposito¹¹⁴.

Sembra essere questa una delle considerazioni più rilevanti della sentenza in esame, dal momento che, seppure il testo della direttiva utilizzi una formulazione equivoca¹¹⁵, l’organo giurisdizionale dell’Unione ha fatto derivare dalla stessa un vero e proprio obbligo in capo agli Stati membri di riconoscere il diritto di ingresso per motivi familiari ai congiunti di uno straniero regolarmente soggiornante. Se le condizioni poste per beneficiare della situazione giuridica contemplata appaiono ad ogni modo restrittive, suscettibili di ostacolarne se non di impedirne l’esercizio, non va sottovalutato l’impatto della pronuncia, né tantomeno la portata del diritto ricavato, anche in considerazione della mancata previsione, negli altri strumenti internazionali (finanche nella stessa CEDU), di un vero e proprio diritto soggettivo al ricongiungimento familiare¹¹⁶.

Ciò che appare, a nostro avviso, criticabile è invece la considerazione espressa dalla Corte nel momento in cui sostiene che il diverso trattamento riservato al coniuge e al figlio di età superiore ai 12 anni non può essere considerato irragionevolmente discriminatorio, giacché “l’obiettivo stesso di un matrimonio è la costituzione di una comunità di vita durevole tra i due coniugi, laddove un figlio di età superiore ai 12 anni non resterà necessariamente a lungo con i propri genitori”¹¹⁷. Non si può in proposito fare a meno di richiamare l’interpretazione

¹¹² Ivi, par. 67.

¹¹³ Ivi, par. 70.

¹¹⁴ Ivi, par. 60.

¹¹⁵ Nella versione adottata, oggetto della direttiva è la definizione delle *condizioni a cui è sottoposto* sul piano europeo *l’esercizio del diritto al ricongiungimento familiare*; nella prima proposta della Commissione (COM (1999)638 def. del 1° dicembre 1999), invece, era individuato esplicitamente, quale scopo del documento, quello di “*istituire un diritto al ricongiungimento familiare a beneficio dei cittadini di Paesi terzi residenti legalmente sul territorio degli Stati membri*” [corsivo aggiunto].

¹¹⁶ A maggior ragione considerando che, come rilevato dalla Corte di giustizia (punti 54-55 della sentenza), nessun accordo in materia di salvaguardia dell’essere umano predispone un vero e proprio diritto di ingresso per motivi familiari: la stessa Corte europea dei diritti umani, nel pronunciarsi sul caso *Şen c. Paesi Bassi*, ha riconosciuto un certo margine di discrezionalità ai governi nel bilanciamento tra interessi individuali e collettivi, quindi escludendo che dall’art. 8 derivasse l’obbligo in capo agli stessi “di consentire il ricongiungimento familiare sul proprio territorio”.

¹¹⁷ Sentenza *Parlamento c. Consiglio*, cit., par. 75.

dell'art. 8 CEDU fornita dai giudici di Strasburgo che, sebbene in alcuni casi abbiano negato il ricongiungimento a minori adolescenti, non hanno mai messo in dubbio l'intensità del legame tra genitore e figlio, legame che viene a crearsi per il solo fatto della nascita di quest'ultimo, e che può essere spezzato solo in circostanze eccezionali¹¹⁸, a differenza della relazione di coppia, che è soggetta a maggiori condizionamenti. Inoltre, la Corte europea ha a più riprese ribadito l'importanza dello stare insieme per genitori e figli, essenza stessa del legame che viene a crearsi con la nascita. Pertanto le riflessioni di cui sopra appaiono essere in contrasto con la giurisprudenza richiamata nella prima parte del presente lavoro, oltre che con la Convenzione sui diritti del fanciullo, in particolare con l'art. 10, par. 1, che chiede agli Stati Parti di facilitare il ricongiungimento del minore con i propri genitori, in uno spirito positivo, con umanità e diligenza.

Alla luce delle considerazioni sopra svolte, la sentenza *Parlamento c. Consiglio* appare di un certo rilievo in quanto, oltre a rappresentare la prima pronuncia della Corte di giustizia dell'Unione europea in materia di immigrazione, fornisce i criteri attraverso i quali interpretare le disposizioni della direttiva 2003/86/CE. I giudici di Lussemburgo fanno infatti derivare da quest'ultima degli obblighi che non risultano chiaramente dal testo, laddove non si vincoli l'attuazione delle deroghe, pure ammesse, al rispetto dei diritti fondamentali. Nel riconoscere il diritto all'unità familiare quale diritto fondamentale, il suddetto organo richiama alcune delle sentenze emesse in riferimento a familiari di cittadini dell'Unione (sentenze *Carpenter* e *Akrich*, punto 52), "con ciò facendo presagire (...) che in tema di diritti umani la tutela debba in linea generale ispirarsi agli stessi principi, e non dovrebbero esserci differenziazioni a seconda che si tratti di cittadini comunitari (e loro familiari) o cittadini extracomunitari"¹¹⁹.

3.2 La direttiva sullo status di residente di lungo periodo

Le osservazioni svolte con riguardo alla direttiva 2003/86/CE possono essere in larga misura estese alla direttiva 2003/109/CE relativa allo status dei cittadini di paesi terzi che siano soggiornanti di lungo periodo.

Sono numerose le analogie tra i due strumenti adottati sulla base dell'art. 63 CE (sostituito dagli artt. 78-80 TFUE)¹²⁰. Entrambi i testi definitivi, che nel preambolo¹²¹ si richiamano al rispetto dei diritti fondamentali, in particolare alla CEDU e alla Carta di Nizza, sono infatti meno favorevoli rispetto a quelli inizial-

¹¹⁸ Il raggiungimento della maggiore età e, a maggior ragione, dei 12 anni non sembra poter costituire una "circostanza eccezionale" alla luce della giurisprudenza di Strasburgo.

¹¹⁹ A. LIGUORI, *Le garanzie procedurali avverso l'espulsione degli immigrati in Europa*, cit., p. 158.

¹²⁰ In quanto alla direttiva cui è dedicato il presente paragrafo, par. 3, lett. a, e par. 4.

¹²¹ La direttiva 2003/109/CE al considerando 3.

mente proposti dalla Commissione¹²², avendo lasciato agli Stati un ampio margine di discrezionalità che rende quasi nullo il tentativo perseguito di ravvicinare le legislazioni nazionali nel settore del trattamento dei cittadini dei Paesi terzi¹²³.

Il presente paragrafo, lungi dal voler esaminare in modo sistematico la direttiva 2003/109/CE, è volto piuttosto ad evidenziare quelle disposizioni maggiormente correlate al rispetto della vita privata e familiare.

Sulla base degli articoli da 4 a 6 ogni Stato membro è tenuto a riconoscere lo status di residente di lungo periodo al migrante che abbia soggiornato più o meno ininterrottamente nel proprio territorio per 5 anni, che disponga di risorse sufficienti e di un'assicurazione sanitaria, e che non costituisca un pericolo per l'ordine pubblico¹²⁴. Il diniego o la revoca dello status, una volta acquisito, può derivare da una serie di circostanze specificate dall'art. 9, tra cui l'aver commesso gravi reati. Tale ipotesi non configura automaticamente l'allontanamento dal territorio, che è ammissibile solo qualora il beneficiario costituisca "una minaccia effettiva e sufficientemente grave per l'ordine pubblico" e mai, comunque, per motivi economici (art. 12, paragrafi 1 e 2)¹²⁵. La tutela del soggiornante di lungo periodo risulta "rafforzata" anche dal punto 2 dell'art. 12 che subordina l'adozione di un provvedimento di espulsione alla verifica di elementi, tratti dal contenzioso di Strasburgo, quali la durata del soggiorno nel territorio, l'età dell'interessato, le conseguenze del provvedimento per il migrante e per i suoi familiari, il legame con il paese di soggiorno e con quello d'origine. Il par. 3 della stessa disposizione ammette poi la possibilità di impugnare la decisione di fronte ad un organo giurisdizionale.

L'anello debole della disciplina esaminata sembra essere, come rilevato altresì in relazione alla direttiva 2003/86/CE, nella vaghezza del concetto di "minaccia effettiva e sufficientemente grave per l'ordine pubblico" che, seppure subordinato all'interpretazione della Corte di Lussemburgo, lascia un ampio mar-

¹²² S. PEERS, *Key legislative development*, in *European Journal of Migration and Law*, 2002.

¹²³ G. CELLAMARE, *La disciplina dell'immigrazione nell'Unione europea*, Torino, 2006, p. 160. L'autore sottolinea come tale considerazione sia ancor più grave con riguardo alla direttiva 2003/86/CE se si tiene conto del fatto che una larga parte di coloro che migrano verso l'UE lo fanno per motivi familiari e la scelta dello Stato di stabilimento è fortemente condizionata dalla disciplina, più o meno favorevole, in materia di ricongiungimento.

¹²⁴ Agli Stati è lasciata la facoltà di richiedere i documenti attestanti l'idoneità dell'alloggio e di prevedere delle condizioni di integrazione.

¹²⁵ Si noti che non viene utilizzato l'aggettivo "attuale" per connotare la minaccia. A parte tale grave omissione, è evidente la scelta di redigere la disposizione tenendo conto delle linee guida elaborate dai giudici di Strasburgo. Alla luce delle osservazioni svolte, si ritiene che i residenti di lungo periodo ricevano nel sistema istituito dalla CEDU una protezione più ampia dall'espulsione per motivi di sicurezza, ma meno ampia da quella disposta per ragioni economiche, rispetto al diritto dell'Unione. Pertanto sembra non sia possibile stabilire in modo assoluto e definitivo quale, tra l'ordinamento dell'Unione e quello istituito dalla CEDU, accordi una tutela maggiore alle situazioni giuridiche soggettive dei migranti.

gine di discrezionalità agli Stati nello stabilire quali situazioni corrispondano a tale fattispecie¹²⁶.

In quanto al tema oggetto del presente lavoro, non è previsto un trattamento più favorevole nei confronti dei migranti integrati, il cui diritto all'unità familiare è sottoposto alle medesime condizioni stabilite per coloro che si trovino da un anno nel territorio dell'Unione. Ciò appare in contrasto con quanto auspicato dalla Commissione nella Comunicazione del gennaio 2004¹²⁷, nella quale si fa riferimento ad un "approccio incrementale" all'acquisizione di diritti¹²⁸, funzionale alla durata del soggiorno, per favorire l'integrazione dei migranti.

4. Conclusioni

Non si poneva tra gli obiettivi del presente studio la determinazione di quale, tra il sistema dell'Unione e quello istituito dalla Convenzione europea dei diritti umani, accordi una tutela maggiore alle situazioni giuridiche soggettive dei migranti¹²⁹. Ci si è limitati piuttosto ad osservare come, dal collegamento tra i due sistemi e dalle reciproche influenze, possano essere colmate le carenze di cui entrambi non sono scevri. La Corte di Strasburgo ha fatto dell'approccio casistico ed evolutivo il suo punto di forza, andando in tal modo ad estendere – come evidenziato nei primi paragrafi – la portata degli obblighi contemplati dalla CEDU. Sviluppi apprezzabili sono stati evidenziati sia con riguardo all'interpretazione della nozione di "famiglia", fattispecie meno formalistica e più ampia di quella abbracciata nell'ordinamento dell'Unione, sia all'estensione della tutela nei confronti dei non cittadini, in particolare quando siano colpiti da un provvedimento di allontanamento dal quale derivi loro un pregiudizio nelle situazioni giuridiche salvaguardate dall'art. 8¹³⁰. Tuttavia, la Corte europea non

¹²⁶ Si rimanda in proposito alle osservazioni svolte relativamente alla direttiva 2003/86/CE.

¹²⁷ Comunicazione della Commissione su "Immigrazione, integrazione e occupazione", COM (2003)336, del 15 gennaio 2004, reperibile su sito www.europa.eu.int.

¹²⁸ In senso critico rispetto all'approccio incrementale, R. AVETA, *Famiglie migranti e rischi di degradazione del legame parentale nella disciplina comunitaria sul ricongiungimento*, cit., p. 24. A nostro avviso, tuttavia, criticabile non sarebbe di per sé tale approccio, quanto piuttosto l'aver subordinato alla durata del soggiorno il riconoscimento dei diritti fondamentali, e tra questi del diritto all'unità familiare, che in quanto tali dovrebbero prescindere da limiti temporali e materiali. Appare nondimeno paradossale che non siano previste procedure semplificate per l'esame della domanda di ricongiungimento dello straniero al quale sia stato già riconosciuto un diritto di soggiorno permanente.

¹²⁹ D'altra parte, si suppone che, essendo gli Stati vincolati da entrambe le fonti, lo standard di trattamento garantito non possa andare al di sotto di quello minimo previsto rispettivamente dalla CEDU e dal diritto dell'Unione: è possibile che ci siano aspetti nei quali uno dei due sia più carente ma, in tal caso, l'ordinamento nazionale è tenuto ad applicare la norma più favorevole prevista dall'altro.

¹³⁰ Un livello analogo di protezione sembra nondimeno garantito dall'Unione europea ai migranti integrati sulla base della direttiva 2003/109/CE.

ha mai fatto derivare dalla suddetta disposizione un vero e proprio diritto soggettivo al ricongiungimento familiare, come ricavato invece dall'organo giurisdizionale dell'Unione dalla direttiva 2003/86/CE, rispetto alla quale si è pronunciata nella sentenza *Parlamento c. Consiglio*. Pur respingendo il ricorso, i giudici di Lussemburgo hanno precisato che le disposizioni in essa contenute devono essere attuate nel rispetto dei diritti umani, andando in tal modo a limitare il margine di discrezionalità statale al riguardo.

Nonostante gli orientamenti emersi dalla sentenza sopracitata, nella relazione, adottata di recente, sull'applicazione della direttiva 2003/86/CE, la Commissione europea ha lamentato che "l'impatto sull'armonizzazione della riunificazione familiare resta limitato. Il carattere scarsamente vincolante [della stessa] lascia agli Stati membri un ampio margine di discrezionalità e in alcuni di essi ha determinato un indebolimento delle norme quando delle disposizioni facoltative [...] relative a determinate condizioni di esercizio del diritto al raggruppamento familiare sono state applicate in modo troppo ampio o eccessivo"¹³¹.

La Commissione ha altresì evidenziato come gli Stati membri tendano ad applicare in maniera eccessivamente rigida, nei procedimenti interni, i requisiti richiesti per il ricongiungimento¹³², in tal modo disattendendo, a nostro avviso, le indicazioni fornite dalla Corte di giustizia: alla luce della sentenza C-540/03, le autorità nazionali dovrebbero infatti valutare ogni domanda su base individuale, tenendo nella dovuta considerazione il complesso degli elementi pertinenti, come nella prassi dei giudici di Strasburgo¹³³.

L'intenzione manifestata nella Comunicazione del 17 giugno 2008¹³⁴ è allora quella di una revisione¹³⁵ della disciplina del ricongiungimento familiare, strumento fondamentale per un'effettiva integrazione del migrante in una società di accoglienza¹³⁶.

¹³¹ Conclusioni della Relazione di applicazione, cit., p. 15. In particolare, vengono menzionati il periodo di attesa autorizzato, l'età minima del soggiornante, il livello di reddito richiesto e le eventuali condizioni di integrazione.

¹³² Relazione sull'applicazione della direttiva, cit., p. 12.

¹³³ Pertanto gli Stati membri non possono sentirsi autorizzati a rigettare *automaticamente* l'istanza di ricongiungimento familiare. Sentenza *Parlamento c. Consiglio*, cit., punti 64 e 99.

¹³⁴ Comunicazione della Commissione "Una politica d'immigrazione comune per l'Europa: principi, azioni, strumenti", COM(2008)359 def. del 17 giugno 2008.

¹³⁵ Come previsto dall'art. 19 della stessa direttiva in particolare con riguardo agli articoli 3, 4, 7, 8, 13.

¹³⁶ Appare pertanto preoccupante che nel Patto europeo su immigrazione e asilo, adottato il 16 ottobre 2008, si chieda agli Stati membri di regolare l'ingresso per motivi familiari sulla base di elementi quali la capacità d'accoglienza dello Stato membro e le capacità d'integrazione delle famiglie, valutate in considerazione delle risorse a disposizione e delle condizioni di alloggio nel paese di destinazione nonché, ad esempio, della conoscenza della lingua di tale paese. In senso critico rispetto a tale approccio cfr. il documento presentato dall'ECRE – *European Council on Refugees and Exiles* in occasione della Conferenza ministeriale sull'integrazione organizzata dalla Presidenza francese il 3-4 novembre 2008 a Vichy (www.ecre.org).

PARTE QUARTA

I NUOVI AMBITI DELLO SVILUPPO DELLA TUTELA DEI DIRITTI UMANI

Sezione I

La dimensione economica, sociale, culturale ed ambientale

The collocation of ‘social’ and ‘market’ in the economy and Europe’s elusive social identity in the stardust of the economic constitution

Mel J. Marquis*

TABLE OF CONTENTS: 1. Introduction. – 2. Europe’s economic constitution and the liberal dream. – 3. Eucken’s original concept. – 4. The Treaty of Rome as a prototype. – 5. Scharpf’s critique: constitutional asymmetry. – 6. “A prosperous synthesis, or a way out”: the Social Market Economy. – 7. Can Europe *will itself* to be a highly competitive social market economy? – 8. Final remarks.

1. Introduction

Looking back over the half-century adolescence of the “Union”, one can detect a slow metamorphosis in Europe’s constitutional fabric. Rising from the ashes of the European Defence Community, the European Economic Community’s (EEC) formal ambitions were essentially limited to fields of an *economic* nature: free trade and free movement within a common market; antitrust and state aid rules; and domain-specific integration projects such as agriculture and transport, which added to the ongoing collaboration and *planification à la Monnet* in the coal and steel sectors. Even as a gradual process marked out by milestones, economic interpenetration at such a massive scale obviously has a *political* dimension because it can significantly impact the distribution of wealth within constituent national systems. Nevertheless, in the case of the EEC, such consequences were given rather little attention overall, and the new Community was ushered into the world via the economic and technocratic paths of least resistance. The promoters of European integration, such as Beyen and Monnet, were well aware that economic integration might ‘spill over’ into other fields,¹ and a pragmatic ‘partial’ approach for those favouring more comprehensive cooperation and unity among the Six was thus attractive or at least palatable. Given the prevailing climate, the blueprint that emerged in March of 1957 was devoted almost entirely to *market-making*, i.e., to the construction of a European space in which the market could flourish – in particular through the gradual elimination of public and private barriers to trade and competition. The

* The author dedicates this essay to the memory of Randall Leo Marquis, attorney, judge, thespian and *metteur en scène*, 1926-2008.

¹ For the classic exposition of the ‘spillover’ thesis, whose vogue has famously ebbed and flowed with time, see E. HAAS, *The Uniting of Europe*, Stanford, 1958.

authors of the Treaty did embellish the text with Article 119 EEC (later Article 141 EC and now Article 157 TFEU), providing for equal pay for equal work between men and women, but this instance of *market-correcting* was an anomaly.²

The traditionally dominant market-integrating character of the Union has provoked both praise and lament. According to some, supranational integration presented a unique opportunity to disentangle the price mechanism from the excesses of the Welfare State, i.e., from arbitrary and often antidemocratic interventions of governments that distort what should be competitive markets. From this perspective, and with the exception of the highly distortive Common Agricultural Policy, the Union's market-making framework was interpreted as a *constitutional choice* in favour of an "open market economy with free competition"³ and a "system ensuring that competition is not distorted"⁴ standing in contrast to the mixed economies found at the national level. Together with the contributions of the Court of Justice (ECJ) in the areas of the *primacy* and *direct effect* of Un-

² For discussion, see C. BARNARD, *The Economic Objectives of Article 119*, in T. HERVEY and D. O'KEEFE (eds.), *Sex Equality Law and the European Union*, Chichester, 1996, p. 321 *et seq.* As Barnard and others have observed, the Court of Justice has interpreted Article 157 TFEU (Article 141 EC) creatively, releasing its transformative potential and making it a crucial source of principles of sexual equality. The prime example is *Defrenne v Sabena ('Defrenne II')*, Case 43/75, judgment of 8 April 1976 (endowing the equal pay principle with the rank of a fundamental right, although the precise form of discrimination *in casu* consisted of obligatory reassignment to a new post on the basis of age). On the other hand, in the three decades since *Defrenne* was decided, evidence of a strong commitment to fundamental social rights in the European jurisprudence has been rather scarce. See B. DE WITTE, *The Trajectory of Fundamental Social Rights in the European Union*, in G. DE BÚRCA and B. DE WITTE (eds.), *Social Rights in Europe*, Oxford, 2005, p. 153 *et seq.*, at pp. 154-155. According to de Witte, "[t]he problem is that social rights usually require positive state action, and the rather rudimentary human rights doctrine of the ECJ so far does not include a 'positive obligations' dimension." De Witte underlines the point by contrasting the approach of the Court in this area with its willingness in *Spanish Strawberries (Commission v France, Case C-265/95)*, judgment of 9 December 1997) to impose a positive duty on competent French authorities to protect the free movement of fruits and vegetables from angry French farmers.

³ Article 119(1) TFEU (ex-Article 4(1) EC) calls for "an economic policy [...] conducted in accordance with the principle of an open market economy with free competition". (See also Article 120 TFEU, ex-Article 98 EC.) The phrase "open market economy with free competition" was introduced by the Treaty of Maastricht as a counterweight to the Community's growing 'post-economic' competences. Despite the "repeal" of what was Article 3(1)(g) EC (the substance of which has migrated to Protocol 27 on the Internal Market and Competition), and despite the symbolism of that amendment, in my view it has no substantial legal effect. On the one hand, as noted above, Articles 4(1) and 98 EC have been retained in Articles 119(1) and 120 TFEU. More importantly, the bedrock economic provisions of competition and free movement law – which would to a large extent be deprived of their purpose if they did not operate within a system of effective competition – remain untouched.

⁴ See Article 3(1)(g) EC. As indicated in the previous footnote, this provision was technically repealed by the Treaty of Lisbon, but in substance it reappears in Protocol 27. The Protocol itself, of course, is formally equal in rank to the main text of the Treaty, and thus the concept of an internal market that includes a system ensuring the competition is not distorted continues to be a part of the Union's primary law – though not without some harm to its dignity.

ion law, the Treaty of Rome in the formative period was thus a scythe cutting through a lush thicket of national regulation that stultified markets and individual economic liberty. Dissatisfaction with this vision of a European *economic constitution*, punctuated no doubt by certain regulatory and policy failures worldwide in recent years (in the domains of finance and credit), raises the question of whether an appropriate alternative might be a related concept known as the social market economy. As will be seen, this orientation accepts that the market-making framework needs supplementary policies.

Swinging leftward to the Social Democrat perspective, the path-clearing scythe, and its compulsive eradication of *market-taming* social transfers, was far from a virtue; it constituted an unacceptable neoliberal bias or, as Scharpf has called it, a “constitutional asymmetry”.⁵ It is open to discuss exactly how far the Treaty has evolved to accommodate this perspective, but there is no doubt that the changes wrought in the last 20 years, and especially those introduced at Maastricht, have diverted Europe’s integration project significantly from its original unidirectional path, just as its original promoters suspected it might. A glance at Article 3 of the Treaty on European Union (not to mention the Treaty’s Preamble) confirms that the Union’s ambitions have grown well beyond mere economic integration. They now include goals that actually or potentially imply social protection, solidarity and (within limited budgetary means and in the absence of a system of direct taxes) redistribution of wealth. Furthermore, looking beyond the gradual accretion of (shared or supplementary) competences in the social sphere,⁶ the Court of Justice and the Commission – despite recent claims to the contrary – have *not* turned a blind eye to market-correcting social objectives. For example, the Court has recognized important spaces of deference to Member States in competition law in the areas of social solidarity and services of general economic interest.⁷

⁵ F. SCHARPF, *The European Social Model: Coping with the Challenges of Diversity*, in *Journal of Common Market Studies*, 2002, p. 645 *et seq.* Scharpf’s well-known and articulate ‘social deficit’ thesis is also discussed in F. SCHARPF, *Governing in Europe. Effective and Democratic?*, Oxford, 1999, especially chapter 4. After the present contribution was written, Scharpf stated some of his views in rather more shrill tones. See F. SCHARPF, *Legitimacy in the multilevel European Polity*, in *European Political Science Review*, 2009, p. 173 *et seq.*

⁶ See, e.g., the following Titles of Part Three of the TFEU: Employment (Title IX), Social Policy (Title X), Education, Vocational Training, Youth and Sport (Title XII), and Economic, Social and Territorial Cohesion (Title XVIII). See further R. BLANPAIN, *The EU Competence Regarding Social Policies*, in R. BLANPAIN, M. COLUCCI and S. SICA (eds.), *The European Social Model*, Antwerp, 2006, p. 57 *et seq.* The word ‘social’ can be problematic, of course. Without delving into a lengthy discussion, a rather loose cluster of notions is adopted here, beginning with the rights in the European Social Charter (housing, health, education, employment including the right to strike, social and legal protection, free movement of persons and non-discrimination) but also environmental protection and, arguably, consumer protection. This is not an exhaustive inventory. What is more controversial, and what could not possibly be settled here once and for all – but which *will* be discussed – is whether the market itself is properly regarded as a fundamental element of *social Europe*.

⁷ See J. BAQUERO CRUZ, *The Socioeconomic Model of the European Union: Stuck with the Status Quo*, in G. AMATO, H. BRIBOSIA and B. DE WITTE (eds.), *Genèse et destinée de la Constitution Eu-*

The jurisprudence in the area of *EU citizenship* is another important sign of the Court's willingness to embrace a more social vision of Europe.⁸ The Commission, for its part, has taken an active interest in a social Europe ever since the Jacques Delors era.⁹ To cite but one example, the Commission has made remarkable use of its discretion in state aid control to recognize objectives of an explicitly social nature such as vocational training, the promotion of women entrepreneurs, and the engagement of disabled persons (taking account of the UN Convention on the Rights of Persons with Disabilities of December 2006, which was negotiated and signed by the European Community on the basis of Articles 13, 95 and 300(2) EC – reproduced or superseded by Articles 19, 114 and 218 TFEU, respectively).¹⁰

Europe is thus “seeking its social self”, though clearly it is not doing so in a systematic manner and may thus be missing an opportunity for a more rational and reflexive process of development.¹¹ This essay is not ambitious enough to trace all the strands of this evolution toward a ‘more social’ Europe. No comprehensive discussion of the social rights found in the ‘Solidarity’ chapter of the European Charter of Fundamental Rights is presented here either, though it will surely have *some* (unforeseeable) impact on that evolution now that the Charter is vested with legally binding force.¹² Nor do I submit a formal analysis of jurisprudence. This is perhaps an unfortunate omission since in some areas, particu-

ropéenne, Brussels, 2007, p. 1105 *et seq.*, at pp. 1108-1111. For an extended discussion, see J. BAQUERO CRUZ, *Beyond Competition: Services of General Interest and European Community Law*, in G. DE BÚRCA (ed.), *EU Law and the Welfare State*, Oxford, 2005, p. 169 *et seq.*

⁸ Among others, see S. FRIES and J. SHAW, *Citizenship of the Union: First Steps in the Court of Justice*, in *European Public Law*, 1998, p. 533 *et seq.*; C. BARNARD, *EU Citizenship and the Principle of Solidarity*, in M. DOUGAN and E. SPAVENTA (eds.), *Social Welfare and EU Law*, Oxford, 2005, p. 157 *et seq.*; M. DOUGAN, *The Constitutional Dimension to the Case Law on Union Citizenship*, in *European Law Review*, 2006, p. 613 *et seq.*

⁹ The Commission was already emphasizing social protection in Europe by the early 1970s; however, Jacques Delors brought to the Commission an unprecedented sensitivity to social issues. This was a reflection of his socialist predilections but it was also intended to be a counterweight to the industrialist, efficiency-oriented initiative to complete the single market by 1992. On his own personal commitment to a “more social Europe”, see J. DELORS, *Mémoires*, Paris, 2004. For details on the role of the industrialists in the *relance*, see M. GREEN COWLES, *Setting the Agenda for a New Europe: The ERT and EC 1992*, in *Journal of Common Market Studies*, 1995, p. 501 *et seq.*

¹⁰ Objectives of common interest can thus include not only *efficiency* goals (correction of market failures) but also goals of *equity* concerning, e.g., social justice, social progress, equal opportunity, etc. It bears noting that the line between efficiency and equity is not always clear-cut, since the correction of market failures in the field of, say, environmental protection or imperfect information, can advance both of those objectives.

¹¹ See M. POIARES MADURO, *Europe's Social Self: The Sickness unto Death*, in J. SHAW (ed.), *Social Law and Policy in an Evolving Union*, Oxford, 2000, p. 325 *et seq.* See also M. POIARES MADURO, *Striking the Elusive Balance Between Economic Freedom and Social Rights in the EU*, in P. ALSTON, with M. BUSTELO and J. HEENAN (eds.), *The EU and Human Rights*, Oxford, 1999, p. 449 *et seq.*

¹² See Article 6(1) TEU (“The Union recognises the rights, freedoms and principles set out in the Charter of Fundamental Rights of the European Union of 7 December 2000, as adapted at Strasbourg, on 12 December 2007, which shall have the same legal value as the Treaties.”).

larly where the 'fundamental economic freedoms' are concerned, today's Union, with its newly designated 'not-just-economic-but-also-social-purpose' is experiencing difficult and fascinating growing pains. However, this fault will hopefully be forgiven, as hordes of scholars have already descended on the recent, controversial case law.¹³ Instead of lingering on that trodden ground, I will focus on a few anterior questions: what was the essence of this theoretical construct called the 'economic constitution'? If an economic constitution is untenable for the Union, what structural characteristics make it so? And finally, if the economic constitution lacks the stability to support the Union's *ordre social*, might its cousin the 'social market economy' furnish a more suitable response?

2. Europe's economic constitution and the liberal dream

While there are many versions of the liberal dream,¹⁴ in EU studies it is common to come across references to the economic constitution, an idea that "originated in the social turmoil and intellectual laboratory of Weimar"¹⁵ and thus pre-dates any concrete plans for European integration by more than two decades.¹⁶

¹³ Suffice it to cite, *ex multis*, the recent symposium on the *Viking* and *Laval un Partneri* cases, in *Cambridge Yearbook of European Legal Studies 2007-2008*, 2008, chapters 17-22.

¹⁴ One man's dream, of course, can be another's nightmare. For a thoughtful survey (from which I borrow the term 'liberal dream'), see M. FOURCADE and K. HEALY, *Moral Views of Market Society*, in *Annual Review of Sociology*, 2007, p. 285 *et seq.*

¹⁵ See C. JOERGES, *What is Left of the European Economic Constitution? A melancholic eulogy*, in *European Law Review*, 2005, p. 461 *et seq.*, at p. 465. See also C. JOERGES, *The Market without the State? The 'Economic Constitution' of the European Community and the Rebirth of Regulatory Politics*, *European Integration online Papers Vol. 1, no. 19 (1997)*, available at papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=302710.

¹⁶ According to Knut Knörr, intellectual antecedents include the French Physiocrats and other commentators of the 19th Century. An early *legal norm* from which Franz Böhm drew much inspiration was Germany's Trade Ordinance of 1869. Knörr has also stressed the role of the draft constitution of the German National Assembly in early 1919 and the corresponding report prepared by parliamentarian/jurist Hugo Sinzheimer. However, the 'economic constitution' of the Weimar Constitution of 1919, diametrically *contrary* to the market order later advocated by Böhm, was one of a publicly controlled economy (*Gemeinwirtschaft*). See K.W. KNÖRR, "Economic Constitution": *On the Roots of a Legal Concept*, in *Journal of Law and Religion*, 1995, p. 343 *et seq.* As noted by Jan Tumlir, "[t]he beginning of the discussion about the economic constitution may actually be placed in the closing decades of the nineteenth century when the German courts grappled with the question whether competition was a public good which the state should promote. They showed a lack of understanding [about the way an economic system should be "anchored in the legal system"] and the effects of their decisions proved disastrous in the following century". J. TUMLIR, *Franz Böhm and the Development of Economic-constitutional Analysis*, in A. PEACOCK AND H. WILLGERODT (eds.), *German Neo-liberals and the Social Market Economy*, London, 1989, p. 125 *et seq.*, at p. 136. One of the cases Tumlir undoubtedly had in mind, illustrative of the issues of *private economic power* and *coercion* that preoccupied ordoliberalism, was the *Saxon Wood Pulp* case, decided in February 1897 by the Reichsgericht (Germany's highest court), [1897] 38 RGZ

The story has long been familiar to lawyers and economists that read German, but in recent years it has been gaining currency in English-language literature as well.¹⁷ The ‘economic constitution’ is a metaphor denoting the totality of the structures governing a society’s economy. Such structures can take the form of law, as in the case of bankruptcy law, the law of obligations, real estate law, labor law, administrative law, and even family law;¹⁸ but the concept is still broader. As Vanberg explains, “[e]conomic orders ... must be understood in terms of the underlying *economic constitutions*, by which is primarily meant the formal legal-institutional framework, but which is also meant to include informal conventions and traditions that govern economic activities in the respective communities”.¹⁹

The economic constitution complements the *political* constitution.²⁰ Whereas the economic constitution sets the rules of the game for the economy, the political constitution frames the political-institutional order and provides, among other things, for constraints on the state *vis-à-vis* its citizens. Together these constitutions establish and safeguard a free and just society under the rule of law. It would therefore be misguided to criticize the concept of the economic constitution on the ground that it is devoid of political and civil rights. Indeed, the construction of an appropriate economic constitution was, from the perspective of the promoters of the idea, only “part of the broader project of inquiring into the constitutional foundations of a [workable] and humane socio-economic-

155 (*Sächsisches Holzstoffkartel*). See D. GERBER, *Law and Competition in Twentieth Century Europe: Protecting Prometheus*, Oxford, 1998, pp. 91-93, with references.

¹⁷ David Gerber, an American legal scholar, has done much to bring the classic German-language literature on the subject to the attention of a broader audience. See D. GERBER, cited previous footnote, chapter 7; D. GERBER, *Constitutionalizing the Economy: German Neoliberalism, Competition Law and the “New” Europe*, in *American Journal of Comparative Law*, 1994, p. 25 *et seq.* Other pertinent English-language sources include P. KOSLOWSKI (ed.), *The Theory of Capitalism in the German Economic Tradition*, Berlin, 2000, chapters 4 to 7; P. KOSLOWSKI (ed.), *The Social Market Economy: Theory and ethics of the economic order*, Berlin, 1998; K. TRIBE, *Strategies of Economic Order*, Cambridge, 1995, chapter 8; A. PEACOCK AND H. WILLGERODT (eds.), *Germany’s Social Market Economy: Origins and Evolution*, London, 1989; *Ibid.*, *German Neoliberals*, cited previous footnote; T.W. HUTCHINSON, *The Politics and Philosophy of Economics*, New York, 1981, chapter 5; K. ZWEIG, *The Origins of the German Social Market Economy*, London, 1980; A. MÜLLER-ARMACK, *The Social Market Economy as an economic and social order*, in *Review of Social Economy*, 1978, p. 325 *et seq.* A number of earlier contributions are also available, such as, e.g., C.J. FRIEDRICH, *The Political Thought of Neo-Liberalism*, in *American Political Science Review*, 1955, p. 509 *et seq.* Only a few original sources have been translated into English. For present purposes the most notable work is W. EUCKEN, *The Foundations of Economics: History and Theory of Economic Reality*, London, 1950 (originally published in German in 1940). I have had to rely on English- and French-language sources; my analysis is the poorer for it.

¹⁸ F. BÖHM, W. EUCKEN AND H. GROSSMANN-DOERTH, *Ordo Manifesto of 1936*, in A. PEACOCK AND H. WILLGERODT (eds.), *Germany’s Social Market Economy*, cited previous footnote, p. 15 *et seq.*, at p. 24.

¹⁹ V. VANBERG, *The Freiburg School: Walter Eucken and Ordoliberalism*, *Freiburg Discussion Papers on Constitutional Economics*, 2004, p. 6 (citing W. EUCKEN, *Grundsätze der Wirtschaftspolitik*, 6th edition, Tübingen, 1990, p. 377) (emphasis in original).

²⁰ See *ibid.*, pp. 17-18.

political order".²¹ At least in the classic conception, the economic constitution is thus not intended to be divorced from issues lying beyond economic life. Walter Eucken and other kindred spirits "believed that the eminent economic efficiency of a market order by itself is not sufficient to warrant its long-term stability, if it is not embedded in a social order which is sensitive to people's concern for such things as economic security, distributional issues, etc."²²

It is often said that the economic constitution involves a constitutional *decision*, or constitutional *choice*. These evocative words do not seem ill-suited if one wishes to refer to a strictly *descriptive* approach to the concept.²³ Often, however, the reference means not just *any* decision but a decision with a core set of substantive principles. This is the *prescriptive* approach to the economic constitution: a society chooses a carefully crafted economic system from among a variety of models.²⁴ From the ordoliberal perspective, the concept of the economic constitution has programmatic elements linked specifically to a free market economy functioning within a legal-institutional framework as opposed, at one extreme, to *central planning* (be it of the socialist kind or of the kind implemented by the Nazis) and unbridled *laissez-faire* at the other. "The task before us", as Franz Böhm put it, "is to prove that the free market economy and the competitive process must be understood as part of an economic constitution, as a *legal order with an exact constitutional structure*".²⁵ Furthermore, according to Eucken these programmatic elements entail 'constitutive' principles for the establishment of a competitive economic order and, once established, 'regulative' principles to correct any malfunctioning of it.²⁶ Responsibility for ensuring the

²¹ *Ibid.*, p. 7.

²² V. VANBERG, "Ordnungstheorie" as Constitutional Economics – The German Conception of a "Social Market Economy", in *ORDO Jahrbuch für die Ordnung von Wirtschaft und Gesellschaft*, 1988, p. 17 *et seq.*, at p. 21.

²³ As a descriptive tool, the economic constitution can even apply to a command economy, i.e., precisely the kind of economy the originators of the concept sought to avoid. See D. GERBER, *Economic Constitutionalism and the Challenge of Globalization: The Enemy is Gone? Long Live the Enemy*, in *Journal of Institutional and Theoretical Economics*, 2001, p. 16 (communities choose between a transaction economy and a command economy).

²⁴ See J. TUMLIR, cited *supra* note 16, at 135 ("The notion of a choice in the Freiburg context developed from an effort to assert the possibilities of freedom against Marxian historicism (iron laws of history).")

²⁵ F. BÖHM, *Wettbewerb und Monopolkampf* (which can be translated loosely as 'Competition and the Crusade to Kill It'), Berlin, 1933, passage translated by E.-J. MESTMÄCKER, *Competition Policy and Antitrust: Some Comparative Observations*, in *Zeitschrift für die gesamte Staatswissenschaft*, 1980, p. 387 *et seq.*, at p. 387 (emphasis added). For political reasons that Böhm could do nothing about, however, his defense of a competitive market order went unheeded: 1933 was also the dismal year in which a maniac became Chancellor and the year in which participation in price-fixing cartels, already legal and indeed encouraged, was made compulsory under German law.

²⁶ In *The Foundations of Economics* (see *supra* note 17), Eucken discussed seven *constitutive* principles: (i) a functioning price system, free from public and private forms of regulation, which serves to coordinate decentralized economic planning; (ii) stable monetary policy; (iii) markets

execution and maintenance of those principles was assigned to the State; among other features, it was this architecturally elaborate *libéralisme volontariste*²⁷ which made ordoliberalism strikingly different from the *laissez-faire* world of the 19th Century.²⁸ Yet while the classic design was deeply programmatic, the concept of an economic constitution is nevertheless adaptable: it has been applied, in academic analysis, not only to national economies but also to the multi-level system of the European Union.

Before proceeding, it bears pointing out that the legitimacy of the economic constitution has little to do with conventional principles of democracy. Controversially, the normative virtues of the concept itself often seem to be given more attention than the requirements of democratic rule. But if its defenders therefore seem elitist,²⁹ in a more positive light the concept is regarded as consistent with

with easy entry, again free from publicly and privately erected barriers; (iv) private ownership of the means of production (but subject to competitive markets, which theoretically would preclude undue accumulation of private economic power); (v) freedom of contract (but not the freedom to abolish it by contract); (vi) full contractual and tort liability for owners of property and the means of production; and (vii) continuity and stability of economic policy. A summary of the foregoing “essential rules and institutions” of a competitive order is provided by H.O. LENEL, *Evolution of the Social Market Economy*, in A. PEACOCK and H. WILLGERODT (eds.), *Germany's Social Market Economy: Origins and Evolution*, London, 1989, p. 16 *et seq.*, at pp. 29-32. As essential complements to the constitutive principles, Eucken added four *regulative* principles which serve to ‘police’ the performance of the economic system and to correct malfunctions. Some of these regulative principles implicitly reflect the possibility that inequities might ensue in the absence of additional (privilege-free) regulatory tasks to be performed by the State: (i) control or even dissolution of monopolies, which however might arguably prove superfluous if the first and third constitutive principles were respected; (ii) redistribution of income through progressive taxation, although Eucken also stresses the link between redistribution of wealth and adverse effects on investment incentives; (iii) regulation of externalities (e.g., worker health and safety laws); and (iv) minimum wages under certain circumstances. See further W. EUCKEN, *A Policy for Establishing a System of Free Enterprise*, in W. STÜTZEL (ed.), *Standard Texts on the Social Market Economy*, Gustav Fisher, New York, 1982, p. 291 *et seq.*

²⁷ See F. DENORD, *Néo-Libéralisme et «économie sociale de marché»: les origines intellectuelles de la politique européenne de la concurrence (1930-1950)*, in *Histoire, Économie et Société*, 2008, p. 23 *et seq.*, at pp. 25-26.

²⁸ As several commentators have noted, Alexander Rüstow was one of the ordoliberal thinkers most keen throughout the 1930s to distinguish the new brand of liberalism, which permitted some degree of even-handed State control over market forces, from the badly discredited paradigm of *laissez-faire*. He held his *pure* liberal (Viennese) contemporaries, Hayek and especially Hayek’s teacher von Mises, to be artefacts fit for the “museum” and even held them (vicariously) responsible for the “great crisis of the Twentieth Century”. *Ibid.*, p. 27 (my translation; citation omitted).

²⁹ Eucken, Böhm and Grossmann-Doerth (see *supra* note 18) do appear to expose themselves to charges of elitism. Tribe has this to say: “[Ordoliberal policy advisors] favoured a strong government capable of clearly forming and effectively implementing policy, if necessary against the immediate wishes of a population who did not necessarily understand the wisdom of any given measure. ‘Understanding’ thus here has two surfaces: policy-makers should understand the impartiality and technical propriety of the advice they were given; [and] subject populations should understand that any given policy was impartial and accept it without argument. In no respect is the promotion of informed public debate on the ends and means of public policy part of this under-

a free society based on individual liberties. If the blueprint is suitable to guarantee a stable system of freedom for all, the comparative virtue of pluralistic input in deciding higher order rules – likely entailing a ‘settlement’ diluting the coherence of the model – is less compelling. Against charges of illiberalism, those supporting the economic constitutional perspective, who *malgré tout* were thoroughgoing democrats,³⁰ respond that a system protecting undistorted competition ‘as an institution’ prevents the undue accumulation of private economic power and in doing so safeguards parliamentary democracy.³¹ As for the meaning of the exuberant expression ‘freedom for all’, this was not a hollow slogan but a reference to the freedom to live and act freely according to the precepts of what is largely a Kantian moral philosophy. As Eucken put it:

“Only the ability to make decisions in freedom enables recognition and realisation of the binding moral order and only the free person, while observing and thinking of his own accord, can approach the truth. [...] Just as each person may not deny his own sphere of freedom, however, *so he may not disregard the sphere of freedom belonging to others*. It is here, in the freedom of others, that he finds his personal limits. In respecting the freedom of others, he practises humanitarianism.”³²

standing of economy and polity: ‘ordoliberals’ are not republicans in the classical sense.” K. TRIBE, *Ordoliberalism and the Social Market Economy* (review essay), in *The History of Economic Thought*, 2007, p. 155 *et seq.*, at p. 158. For Tribe and others, therefore, ordoliberalism may be regarded as *anti-pluralist* liberalism or, more wryly, *authoritarian* liberalism. However, while the ‘authoritarian’ interpretation of ordoliberalism seems plausible based on the fact that they sought to constitutionalize the market order and thus place it beyond the reach of ‘low politics’, Tribe’s conclusion that the ordoliberals were “monarchists, not democrats” (*ibid.*, p. 157) misses important aspects of the ethical and structural nature of their proposed social order. The occasional charges of elitism are, of course, contested (see next footnote).

³⁰ With the proper institutional safeguards to ensure liberty for all, democracy was, for the ordoliberals, consistent with a *humane* and *just* society. By no means did they advocate benevolent despotism or rule by Philosopher-Kings. See H. WILLGERODT and A. PEACOCK, *German Liberalism and Economic Revival*, in A. PEACOCK and H. WILLGERODT (eds.), *Germany’s Social Economy*, cited *supra* note 17, pp. 5-6. Though not decisive, neither is it irrelevant that one chieftain among them, Franz Böhm, participated in West Germany’s democratic system as directly as anyone could, representing the CDU in the Bundestag from 1953 to 1965.

³¹ It is for this reason that Engel holds the market economy, of all economic orders, to be “the least dangerous for democracy”. C. ENGEL, *Imposed Liberty and its Limits: The EC Treaty as an economic constitution for the Member States*, in T. EINHORN (ed.), *Spontaneous Order, Organization and the Law. Roads to a European Civil Society. Liber Amicorum Ernst-Joachim Mestmäcker*, The Hague, 2003, p. 429 *et seq.*, at p. 431.

³² W. EUCKEN, *What Kind of Economic and Social System?*, in A. PEACOCK and H. WILLGERODT (eds.), *Germany’s Social Market Economy*, cited *supra* note 17, p. 27 *et seq.*, at p. 34 (emphasis added). For Eucken, freedom in society concerned, in the main, the *negative* liberty necessary for each person to have equal opportunities of social/market participation and individual fulfilment. The emphasis was not, as such, on *positive* liberty. For example, he did not seem to anticipate Sen’s ‘basic capabilities’ approach (see, from among a substantial literature, M. NUSSBAUM and A. SEN (eds.), *The Quality of Life*, Oxford, 1993). However, as hinted earlier in connection with the discussion of the complementarity of the economic and political constitutions, the protagonists of

Thus, not only is it impermissible to deny others their liberty, the same injunction applies with respect to one's own liberty. Freedom is not so boundless that it may be used to abolish itself.³³ The leitmotiv of liberty common to ordoliberals comes as no surprise; in their private lives they were either forced into exile³⁴ or forced to go morally underground when Germany degenerated into Nazism.³⁵ But beyond the inviolability of freedom of self and others, the paradigm of the economic constitution also takes the next ethical step. While liberty is safeguarded by subordinating both public authorities and private economic actors to the rule of law, within such a free society individuals are to be treated not as *means* by which the fortunes of others are attained, but as *ends in themselves*.³⁶ The legitimacy of Kantian solidarity goes some way toward compensating for deficiencies with respect to democratic legitimacy.

From the perspective described in the foregoing account, the legitimacy of the economic constitution, as judged in ways other than through the typical lens of pluralist democracy, also provided a central justification for, and a means of, understanding what was then European "Community" law, at least in its classic period of constitutional development.³⁷ The discussion returns to this point in a moment. First, it is useful to review the principal characteristics of the economic constitution as it was understood by its original shaper.

the economic constitution generally did recognize a need for some degree of redistribution (in Eucken's case, on the basis of progressive taxation), subject to important limiting principles such as non-discrimination and the strict avoidance of privileges. The introduction of social transfers that respect the boundaries imposed by the economic constitution is a principal basis of the 'social market economy', about which there is more to come (see point C below).

³³ See, e.g., H. WILLGERODT and A. PEACOCK, *German Liberalism and Economic Revival*, cited *supra* note 30, p. 6.

³⁴ The most notable figures obliged to leave Germany for the safety of their families and themselves were Alexander Rüstow and Wilhelm Röpke. See further P. BOARMAN, *Apostle of a Humane Economy – Remembering Wilhelm Röpke*, in *ORDO Jahrbuch für die Ordnung von Wirtschaft und Gesellschaft*, 1999, p. 69 *et seq.*, especially pp. 70-71.

³⁵ See D. JOHNSON, *Exiles and Half-Exiles*, in A. PEACOCK and H. WILLGERODT (eds.), *German Neo-liberals*, cited *supra* note 16, p. 40 *et seq.*

³⁶ See, e.g., W. MÖSCHEL, *The Proper Scope of Government Viewed from an Ordoliberal Perspective: The Example of Competition Policy*, in *Journal of Institutional and Theoretical Economics*, 1991, p. 3 *et seq.*, at p. 7; S. KARSTEN, *Eucken's Social Market Economy and its Test in Post-war West Germany: The Economist as Social Philosopher*, in *American Journal of Economics and Sociology*, 1985, p. 169 *et seq.*, at pp. 172-173.

³⁷ See E.-J. MESTMÄCKER, *On the Legitimacy of European Law*, in *Rabels Zeitschrift*, 1994, p. 615 *et seq.*, at pp. 619 and 626. See also C. JOERGES and F. RÖDL, "Social Market Economy" as Europe's Social Model?, *EUI Working Paper LAW No. 2004/8*, p. 14 ("Ordoliberalism presents economic policy as a cognitive exercise, deriving its legitimacy from the respect for the *ordo* which it seeks to uphold. This trans-positive framework does not need any further legitimacy, especially not the one constitutional democracies have to offer."). The paper was published as C. JOERGES and F. RÖDL, "Social Market Economy" as Europe's Social Model?, in L. MAGNUSSON and B. STRÄTH (eds.), *A European Social Citizenship? Pre-conditions for Future Policies in Historical Light*, Brussels, 2005, p. 125 *et seq.*

3. Eucken's original concept

Walter Eucken, who with his colleagues elaborated the original concept,³⁸ fell squarely in the classical liberal tradition, but Eucken constructed a complex theoretical analysis of the market economy as a reaction to specific historical circumstances: the wobbly, cartel-ridden Weimar Republic; the spasmodic German economy of the 1920s and its eventual collapse; and the totalitarian Nazi regime of the 1930s. Eucken was also motivated by his dissatisfaction with the economic science of the day, both within Germany (where the 'Historical School' popular at that time rejected theory and accepted governmental discretion in matters of economic policy) and abroad (where the influences of theorists such as Edgeworth, Jevons and Walras had produced a new breed of economists committing the opposite error, over-exalting theory and developing institution-blind, static models unfit to take account of the full range of relevant market characteristics).³⁹ Applying a rich theoretical approach but avoiding overly abstract, deductive reasoning, Eucken sought the stability of solid rules and institutions and generally sought to develop a system with not only a substantive content but also a process-oriented framework in which a market economy could function.

The emphasis on the importance of a robust set of rules drawn around the otherwise spontaneous functioning of the economy presented what might at first seem to be a paradox. On the one hand, the 'constitutional economic policy' which Eucken sought to elaborate was directly inspired by Adam Smith: the objective was "to create conditions under which economic actors in seeking to further their own interest also promote the common interest".⁴⁰ Yet the approach differed from that of another important descending line from Smith, a line rather more skeptical of state action.⁴¹ Eucken and his associates were optimistic about the capacity of *human design* to specify the rules and institutions necessary to

³⁸ Not surprisingly, the 'original concept' has evolved with time. Particularly in the 1960s and the 1970s, research efforts at the University of Freiburg took a Hayekian turn, not least due to Hayek's own presence there. See C. JOERGES, *What is Left?*, cited *supra* note 15, p. 473. Associated with the 'latter day' Freiburg school are names such as Hoppmann, Streit and Vanberg.

³⁹ See D. GERBER, *Constitutionalizing the Economy*, cited *supra* note 17.

⁴⁰ V. VANBERG, cited *supra* note 19, p. 7. For further discussion of the affinities between classical liberalism and the Freiburg circle, see R. SALLY, *Classical Liberalism and International Economic Order*, London, 1998.

⁴¹ As Streit and Wohlgemuth note, while Hayek "would not have strictly opposed" the guiding principles of the economic constitution, "a Hayekian evolutionist must frown at parts of the underlying ordoliberal *Weltanschauung*, with its amount of faith in human intelligence and knowledge to design a new order". M. STREIT and M. WOHLGEMUTH, *The Market Economy and the State*, in P. KOSLOWSKI, *The Theory of Capitalism*, cited *supra* note 17, p. 224 *et seq.*, at p. 248 (citing, for the first part of their proposition, V. VANBERG, *Hayek as Constitutional Political Economist*, in *Wirtschaftspolitische Blätter*, 1989, p. 170 *et seq.*, at p. 179).

guide the unseen hand that guided self-interested actors,⁴² subject to the need for constraints to bind executive officials within that institutional framework.⁴³ Thus, as Vanberg has noted, the economic order envisaged by Eucken was based on a nested framework of two systems: a *constitutional* regime establishing the essential tenets of an open market economy and its guardianship; and a *sub-constitutional* regime in which economic (order-based) policy *coordinates* and *shapes* economic activity on a non-discretionary, even-handed and holistic basis.⁴⁴ Such a nested structure would protect the democratic social order from its own wayward instincts, in the sense that the essential guarantees of an open economy and economic liberty would be removed from the reach of powerful and well-organized minorities ('factions', in Madisonian language) seeking state privileges detrimental to the public interest. *Ad hoc* interventionism by the State would be banned; permissible interventions would be limited to lower-order interventions which do not disturb organic economic processes and which could not prevail in a case of conflict with higher-order principles such as non-discrimination and market-compatibility. The fundamental idea was that the economic constitution "should respect the interdependence of a system of undistorted competition, individual freedoms and the rule of law – and [should] protect this precious balance against discretionary political influence".⁴⁵ Within such a robust constitutional environment, "a private law society consisting of equally free people with equal rights"⁴⁶ can thrive.

4. The Treaty of Rome as a prototype

The original Treaty of Rome has sometimes been regarded as an imperfect but compelling embodiment of Eucken's economic constitution, as adapted to the context of supranational governance.⁴⁷ As Joerges explains:

⁴² Cf. W. EUCKEN, *The Foundations of Economics*, cited *supra* note 17, at p. 314 ("The problem will not solve itself simply by letting our economic systems grow up spontaneously. [...] The economic system has to be consciously shaped.") (cited in N. GOLDSCHMIDT and M. WOHLGEMUTH, *Social Market Economy: origins, meanings and interpretations*, in *Constitutional Political Economy*, 2008, p. 261 *et seq.*, at p. 268). See also H.O. LENEL, *Evolution of the Social Market Economy*, cited *supra* note 26, at pp. 21 and 24.

⁴³ On the reining in of discretion, and its implications for the various branches of government, see D. GERBER, *Protecting Prometheus*, cited *supra* note 17, pp. 247-249.

⁴⁴ V. VANBERG, cited *supra* note 19, pp. 6 and 10-11.

⁴⁵ C. JOERGES, *What is left?*, cited *supra* note 15, p. 468, with references.

⁴⁶ F. BÖHM, *Rule of Law in a Market Economy*, in A. PEACOCK and H. WILLGERODT (eds.), *Germany's Social Market Economy*, cited *supra* note 17, p. 54. Böhm's contra-Schmittian, anti-positivist essay, originally entitled *Private Law Society and the Market Economy*, was first published in 1966.

⁴⁷ See, e.g., M. STREIT and W. MUSSLER, *The Economic Constitution and the European Community. From 'Rome' to 'Maastricht'*, in *European Law Journal*, 1995, p. 5 *et seq.*; A. HATJE, *The*

“The freedoms guaranteed in the EEC Treaty, the opening up of national economies, and anti-discrimination rules and the commitment to a system of undistorted competition, were interpreted as a ‘decision’ which supported an economic constitution [...] The fact that Europe had started its integrationist path as a mere economic community lent plausibility to ordoliberal arguments – and even required them: in the ordoliberal account, the Community acquired a legitimacy of its own by interpreting its pertinent provisions as prescribing a law-based order committed to guaranteeing economic freedoms and protecting competition by supranational institutions. This legitimacy was independent of the state’s democratic constitutional institutions. By the same token, it imposed limits upon the Community: discretionary economic policies seemed illegitimate and unlawful.”⁴⁸

It is no accident that the Treaty of Rome bore such distinct markings, considering that a key negotiator leading the German delegation, Alfred Müller-Armack, and the man giving him his instructions, Ludwig Erhard, were both (loosely) associated with ordoliberalism.⁴⁹ Less visibly, an important German technocrat playing a key role in the negotiations over the common market and competition rules of the Treaty was future Commissioner (and co-author of the Spaak Report) Hans von der Groeben, he of an even stronger *ordo* persuasion. As Germany had only one of six seats at the table, significant concessions inevitably had to be granted (whereby, e.g., the ground was prepared for the Common Agricultural Policy). Nevertheless, many of Germany’s partners were willing to accept the basic terms of what proved to be a formidable market-making apparatus. They could not have fully appreciated the capacity of the Treaty regime to impinge on their regulatory preferences, since future developments, such as the judgment in *Cassis de Dijon* or the Community’s ambitious liberalization programs since the late 1980s, were utterly inconceivable in 1956-57.⁵⁰

Economic Constitution, in A. V. BOGDANDY and J. BAST, *Principles of European Constitutional Law*, Oxford, 2006, pp. 587 *et seq.* See also the survey conducted by M. POIARES MADURO, *We the Court: The European Court of Justice and the European Economic Constitution. A Critical Reading of Article 30 of the EC Treaty*, Oxford, 1998, with references.

⁴⁸ C. JOERGES, *What is left?*, cited *supra* note 15, pp. 470-471 (footnote omitted) (passage also appearing in C. JOERGES and F. RÖDL, cited *supra* note 37, pp. 5-6). See also M. POIARES MADURO, cited previous footnote, pp. 127-128.

⁴⁹ Neither Müller-Armack (Cologne) nor Erhard (Bonn) was part of the Freiburg School. The shared premises but also the rather wide conceptual differences between Müller-Armack and Eucken are discussed below at point C. As for Erhard, the primary inspiration for his views regarding the social order was the ‘liberal socialism’ of his teacher at the University of Frankfurt, Franz Oppenheimer. See N. GOLDSCHMIDT and M. WOHLGEMUTH, cited *supra* note 42, pp. 264-266. However, “there is no doubt that the Freiburg School *did* influence Erhard”. *Ibid.*, p. 267, and Erhard very consciously drew on aspects of ordoliberal thought. In particular, he shared the notion that a market order based on free competition was necessary to avoid the discriminatory privileges that precluded real progress toward a humane and just social order. See *ibid.*, pp. 268-269.

⁵⁰ Since the spectre of *Cassis* is raised here, it should be clarified that ordoliberal conceptions of what the Court of Justice does in its jurisprudence do not necessarily reflect the views of the heterogeneous judges themselves. Indeed, any claim to the effect that the ECJ was an ‘ordoliberal court’ (e.g., in the

That ‘market-making apparatus’ was not matched by a comparable system of market-correction; instead, the Treaty of Rome effectively dissociated or ‘de-coupled’ the business of market-making from Europe’s social dimension (i.e., from social protection and redistributive mechanisms).⁵¹ This did not signify a complete rejection of that dimension; rather, it was perceived that social rights and social policy were more appropriately the domain of the State.⁵² The post-Rome *ordofederal* system had a “two-fold structure: at supranational level, it is committed to economic rationality and a system of undistorted competition. At national level, re-distributive (social) policies may be pursued and developed further”.⁵³ However, one immediately must wonder about the consequences

1970s or the early to mid-1980s) would be dubious and nearly impossible to substantiate. Maduro argues quite reasonably that the Court’s deregulatory posture, such as it was, had far more to do with the integration imperative inherent in the Treaty than with any ordoliberal agenda. See M. POIARES MADURO, *Balancing Economic Freedom and Social Rights*, cited *supra* note 11, at pp. 451 and 455. One can always raise the point that the normative content of the Treaty of Rome (or of the Spaak Report) was influenced by ordoliberal views, but obviously that need not imply that the ECJ’s interpretation of the Treaty was thus subject to corresponding conceptual constraints.

⁵¹ The relative absence in the original Treaty of social protection provisions did not pass unnoticed. As Marjolin recounted, the Treaty had to overcome significant resistance in the French Assemblée Nationale precisely for this reason. See R. MARJOLIN, *Architect of European Unity* (trans. W. Hall), London, 1989, pp. 284-297.

⁵² One may query whether this neat division of labour is consistent with Eucken’s belief in the interdependence of orders. Furthermore, from a rather different perspective, if the market is stubbornly embedded *within* the social order (despite the potential for juxtaposed and/or sequential ‘moves’ and ‘countermoves’ that give the embeddedness of markets a multifarious character), then the prospect of a permanent disengagement of social policy from supranational market-making instruments is necessarily a dubious one. Caporaso and Tarrow emphasize the ECJ’s progressive jurisprudence in the area of the free movement of workers and their families, and the free movement of persons; in their view, this case law serves to show that the conventional notion of a disembedded market-making Community is illusory. See J. CAPORASO and S. TARROW, *Polanyi in Brussels: European Institutions and the Embedding of Markets in Society* (forthcoming, *World Politics*). On the embeddedness of markets generally, the rich literature includes, among others, G. GRIPPNER, *The Elusive Market: Embeddedness and the Paradigm of Economic Sociology*, in *Theory and Society*, 2001, p. 775 *et seq.*; M. CALLON, *Introduction: The Embeddedness of Economic Markets in Economics*, in M. CALLON (ed.), *The Laws of the Markets*, London, 1998, p. 1 *et seq.*; M. GRANOVETTER, *Economic Action and Social Structure: The Problem of Embeddedness*, in *American Journal of Sociology*, 1985, p. 481 *et seq.*; and the seminal K. POLANYI, *The Great Transformation*, Boston, 1944/2001.

⁵³ C. JOERGES, *What is left?*, cited *supra* note 16, p. 471. The same description appears in C. JOERGES and F. RÖDL, *Informal Politics, Formalised Law and the ‘Social Deficit’ of European Integration: Reflections after the Judgments of the ECJ in Viking and Laval*, in *European Law Journal*, 2009, p. 1 *et seq.*, at p. 4. One version of the ordofederal view to which Joerges refers is provided by C. ENGEL, cited *supra* note 31, at p. 437 (“The Member States are in a better position to balance civil society concerns with different normative views. For only the Member States are true democracies to date. The Member States are also better placed to design and implement a social safety network and other elements of redistribution; for there is no true European demos to date. Solidarity is still basically a national affair. This approach has two important ramifications. The European Community must give the Member States sufficient leeway for their complementary tasks. And it might not be so wise to integrate more and more of the competing goals and tasks

when the orbits of these separate worlds set them on a collision course. In hindsight, and in light of the potent mix of (i) the 'constitutionalization' of Community law by the Court of Justice through the development of the above-mentioned principles of primacy and direct effect,⁵⁴ and (ii) the 'wildcard' nature of negative integration, it is not difficult to see that the two-fold structure that was erected for Europe was an unstable one.⁵⁵ The peculiar dynamics of European law have undermined the two-fold structure because it has kept the margin of manoeuvre of the Welfare State in constant retreat. Of at least equal importance were the changes wrought by the Treaty of Maastricht and by subsequent Treaty revisions, whereby the scope for intervention by the Union in spheres such as social protection and industrial policy was widened in contradiction with the pure logic of market-making. Some scholars do not seem to regard the economic constitution as if it were gripped by an existential crisis.⁵⁶ Others announce with a sigh that "the dream is over".⁵⁷ Living, dead or *undead*, the economic constitution has left an indelible legacy; but it is a legacy that has drawn fire (at least indirectly) for fetishizing the market.

5. Scharpf's critique: constitutional asymmetry

The beauty of a pure market-making European Community is assuredly in the eye of the beholder. One of the most eloquent beholders, Fritz Scharpf,⁵⁸

into the European Community. What had been a healthy division of labour might then result in a fuzzy multiplication of regulatory authorities.").

⁵⁴ For the seminal contributions, see E. STEIN, *Lawyers, Judges, and the Making of a Transnational Constitution*, in *American Journal of International Law*, 1981, p. 1 *et seq.*; J. WEILER, *The Community System: the dual character of supranationalism*, in *Yearbook of European Law*, 1981, p. 267 *et seq.*

⁵⁵ It is useful to recall that, according to neofunctionalist theory, regional integration tends to have expansionary dynamics of 'spillover', although – contrary to caricatures – spillover is not an ineluctable, one-way street. From this perspective, the tendency of economic integration to put pressure on welfare states and to require increased supranational attention would have been no surprise, even in the earliest stages of the European project. There is, of course, a rich literature on neofunctionalism; to cite only some early works, see E. HAAS, cited *supra* note 1; L. LINDBERG and S. SCHEINGOLD, *Europe's Would-Be Polity: Patterns of Change in the European Community*, Englewood Cliffs, 1970; P. SCHMITTER, *A Revised Theory of Regional Integration*, in *International Organization*, 1970, p. 836 *et seq.*

⁵⁶ See A. HATJE, cited *supra* note 47.

⁵⁷ I borrow, here, a Liverpudlian expression. See generally C. JOERGES, *What is Left?*, cited *supra* note 15. From this point of view, the French referendum of May 2005 might be seen as the last nail in the coffin of the elegant twofold structure described in the main text.

⁵⁸ See F. SCHARPF, *The European Social Model*, cited *supra* note 5; F. SCHARPF, *Governing in Europe*, cited *supra* note 5, especially chapter 2. Though he studied and taught law in the 1960s, in several places Scharpf's legal analysis in these otherwise masterful works can be misleading due to a failure to recognize legal mechanisms devised in connection with, for example, Article 106(2) TFEU (Article 86(2) EC), or the mandatory requirements doctrine (although it is true that, strictly

takes the view that the market-making bias in the Treaty of Rome was the Community's *original sin*, a transgression now compounded by other sinful structural features of European integration.⁵⁹ Scharpf did not cast his gaze specifically on the ordoliberal vision of the economic constitution – his critique is

speaking, 'economic' justifications, and hence *some* arguments of both an economic and social character, are excluded), or the state aid rules (see *supra* note 10 and corresponding text), which soften the market-making impact of the Union's competition and free movement rules. (Furthermore, it is sometimes neglected that *Cassis de Dijon* – one of the most powerful and intrusive judgments ever handed down by the Court – does not bring about pure deregulation; it imposes a regime of *mutual trust and recognition*. In a mutual recognition system, economic operators obviously remain subject to regulation.) Neglecting Treaty-based or judge-made instruments of flexibility and deference (and I do not suggest that these are free of limiting principles, or that they always operate consistently), Scharpf focuses on the more famous constitutional principles, direct effect and supremacy, and he concludes that the ECJ's judicial method amounts to a *lexicographic ordering* according to which the basest of European norms prevails over national constitutional principles. See F. SCHARPF, *The European Social Model*, cited *supra* note 5, pp. 657-658 and 665. In a recent broadside against the European Court of Justice (see *Legitimacy in the multilevel European polity*, cited *supra* note 5), whom he would subject to the appellate jurisdiction of the European Council (!) to stop the Court from *running wild* (to borrow Rasmussen's invective), Scharpf finally recognizes the mandatory requirements doctrine (see *ibid.*, p. 194) but this is given short shrift (fiscal concerns irrelevant; proportionality leaves the Member States with nothing; failure to respect the diversity of national institutions), and the discussion of the doctrine is juxtaposed with a notably selective account of the Court's more deregulatory jurisprudence.

A more rigorous and balanced look at the Union's 'economic constitutional law' is provided by J. BAQUERO CRUZ, *Stuck with the Status Quo*, cited *supra* note 9, p. 1105 *et seq.* It is also relevant to consider the 'majoritarian approach' of the ECJ in the field of the free movement of goods. See M. POIARES MADURO, *We the Court*, cited *supra* note 47, at pp. 72 *et seq.* According to Maduro, the Court takes account of whether contested social regulations are out of step with the regulatory regimes of a majority of Member States, and it is prepared to "strike them down" if they are. *Ibid.*, at pp. 73-74, with case references. If the fate of trade barriers depends on the constellation of regulations across the Member States, it would be a mistake to assume the Court's activism in the late 1970s and 1980s was equivalent to *economic due process*, or that it was driven by an ideological propensity for deregulation. Cf. D. CARUSO, *Lochner in Europe*, in *Boston University Law Review*, 2005, p. 867 *et seq.*, at pp. 869-871 (noting significant differences in the methodology of the ECJ in matters of social protection compared to the majority opinion in *Lochner* – an opinion that is often mischaracterized, I might add – while at the same time affirming a "vulgarized" analogy to *Lochner* since the ECJ obviously can and does enter judgments with deregulatory effect. However, whereas Baquero's investigation and Maduro's findings contradict the claim of a market bias with regard to the directly effective provisions of the Treaty (see BAQUERO CRUZ, pp. 1108-1112), Baquero corroborates the claim that the "Community", as it was when he wrote his contribution, cannot hope to achieve a social balance with its current competences and decision-making apparatus (pp. 1112-1117). The Constitutional Treaty, he suggested, and by extension the Treaty of Lisbon, notwithstanding Title IV of the Charter of Fundamental Rights ("Solidarity"), would do little good (but much harm in light of the EU's rigid revision procedures).

⁵⁹ As remarked earlier (*supra* note 2 and accompanying text), a famous exception was Article 119 EEC (now Article 157 TFEU), designed to avoid 'social dumping' pressures on Member States, like France, in which women were relatively better paid than they were in other Member States. Scharpf acknowledges this at footnote 2 of *The European Social Model*, cited *supra* note 5, p. 646. The other exceptions to which he refers are rules prohibiting discrimination and ensuring the portability of social benefits for migrant workers. *Ibid.*

quite independent of that intellectual framework. It is directed more generally at the scant weight afforded to 'social Europe' in the context of the integration project (which is unlikely to be remedied by soft modes of governance). For purposes of Scharpf's critique it makes little difference how the constraints imposed on the Welfare State by European norms and by the entrepreneurship of Treaty-wielding private litigants are intellectualized. Europe has caught itself in a trap of *social regression*, as it were. Social Europe, in all its diversity, finds itself cornered by an untamed market-making Europe, recoiling into an inexorably diminishing space.

Further precision is required to better convey Scharpf's 'decoupling' argument and to de-dramatize the stylized portrayal above. First, as regards the making of the internal market, Scharpf pragmatically takes it as given that the enterprise cannot realistically be unwound. Yet the ever-deeper incursions of the internal market into the social balance achieved in the various national traditions – Anglo-Saxon, Scandinavian, Continental⁶⁰ – call for ever-more urgent positive action at the European level to restore the balance while respecting diversity. Action at the national level has become unsustainable, particularly for Eurozone countries, since they can no longer manipulate interest rates and since they are (normally) bound to hold their deficit spending in check.⁶¹ Scharpf's analysis confirms the instability of the *ordofederal* structure.⁶² And for all the Member States, competition law, state

⁶⁰ One might also distinguish a Mediterranean tradition, since there seem to be significant differences depending on where on the Continent one looks. Indeed, most attempts at classification seem doomed to oversimplification. In the somewhat unusual scheme of G. ESPING-ANDERSON, *The Three Worlds of Welfare Capitalism*, Princeton, 1990, the three main models which correspond to those mentioned in the main text: "liberal" (US), "social democratic" (Scandinavia) and "conservative" (France, Germany and Italy). Needless to say, there is plenty of debate. See, e.g., Wil Arts and John Gelissen, *Three Worlds of Welfare Capitalism or More?*, in *Journal of European Social Policy*, 2002, p. 137 *et seq.*

⁶¹ One could hardly expect Scharpf to have foreseen the recent surge in Keynesian interventions in response to dire circumstances. But in any event, even if the margin of manoeuvre for the Member States has shifted to some degree as a consequence of the "Great Recession", this does not call into question the points made by Scharpf in the following illustrative passage: "[C]ompared to the repertoire of policy choices that was available two or three decades ago, European legal constraints have greatly reduced the capacity of national governments to influence growth and employment in the economies for whose performance they are politically accountable. In principle, the only national options which remain freely available under European law are supply-side strategies involving lower tax burdens, further deregulation and flexibilization [*sic*] of employment conditions, increasing wage differentiation and welfare cutbacks to reduce reservation wages. At the same time, governments face strong economic incentives to resort to just such strategies of competitive deregulation and tax cuts in order to attract or retain mobile firms and investments that might otherwise seek locations with lower production costs and higher post-tax incomes from capital. By the same token, unions find themselves compelled to accept lower wages or less attractive employment conditions in order to save existing jobs." F. SCHARPF, *The European Social Model*, cited *supra* note 5, pp. 648-649.

⁶² Cf. S. LEIBFRIED and P. PIERSON, *Social Policy: Left to Courts and Markets?* in H. WALLACE and W. WALLACE, *Policy-Making in the European Union*, 4th edition, Oxford, 2000, chapter 10, at pp.

aid rules and ongoing liberalization pressures over the last twenty years have tightened the screws further still, as the States now have less discretion to use government-decreed monopolies as strategic instruments of social policy.⁶³ Europe's machinery has progressively substituted the *value* rationality of national communities (authenticity of commitment, irrespective of costs, benefits or outcome) with an efficiency-based *instrumental* rationality.⁶⁴

But the way to European corrective action is blocked. What Scharpf calls the *dilemma* of social Europe is that its nurturing and development is precluded by the heterogeneity of Europe's welfare models.⁶⁵ Such heterogeneity is not limited to the economic capacities of the Member States; more fundamentally, it is found in their cultural-psychological ethos.⁶⁶ It follows that, not only is Europe's formal legal and institutional machinery ill-matched for the task of market-taming, the profound diversity among the welfare cultures of the Member States makes that machinery impervious to structural change. Furthermore, faced with the dilemma just described, Europe's turn to softer modes of governance, after roughly a decade of experience, has yielded inconclusive results at best.⁶⁷ Though useful, such modes by themselves are limited and may be incapable of delivering what they promise to achieve.⁶⁸ Scharpf's conclusion is that the

284-286. Leibfried and Pierson present a somewhat more mixed account than does Scharpf. Nevertheless, they conclude: "the picture that emerges is one where national governments possess diminished control over many of the policies that have traditionally supported national welfare states: macroeconomic policies, public finance, tax policies, and also industrial relations systems. Again, these developments challenge the dominant view that European integration is a 'market-building' process that advances relentlessly while leaving the development of social policy a purely national affair." *Ibid.*, p. 286.

⁶³ Cf. F. SCHARPF, *The European Social Model*, cited *supra* note 5, pp. 647-648.

⁶⁴ This loaded terminology dates back to M. WEBER, *Economy and Society: An Outline of Interpretive Sociology, Volume I*, Berkeley, 1978, chapter 1. For critical discussion, see, e.g., G. OAKES, *Max Weber on Value Rationality and Value Spheres*, *Journal of Classical Sociology*, 2003, p. 27 *et seq.* Heike Schweitzer has applied the notion of value rationality to services of general economic interest. There is also a good deal of general legal literature touching on the theme. Among others, see N. MACCORMICK, *Contemporary Legal Philosophy: the Rediscovery of Practical Reason*, in *Journal of Law and Society*, 1983, p. 1 *et seq.*; I. ZEITLIN, *Max Weber's Sociology of Law*, in *University of Toronto Law Journal*, 1985, p. 183 *et seq.*; E. RUBIN, *Law and the Methodology of Law*, in *Wisconsin Law Review*, 1997, p. 521 *et seq.*; D. KENNEDY, *The Disenchantment of Logically Formal Rationality*, in *Hastings Law Journal*, 2004, p. 1031 *et seq.*

⁶⁵ See F. SCHARPF, *The European Social Model*, cited *supra* note 5, pp. 649-650.

⁶⁶ Cf. *ibid.*, pp. 650-651.

⁶⁷ Many scholars have been intensively scrutinizing the effects of new modes of governance in various policy arenas, but there is substantial doubt as to how effective they have been or could be. See, e.g., U. DIEDRICHS, W. WESSELS and W. REINERS, *New Modes of Governance – Policy Developments and the hidden steps of EU integration*, in A. HÉRITIER and D. LEHMKUHL (eds.), *New Modes of European Governance* (forthcoming 2010).

⁶⁸ Since the perceived market bias is draped in the chain mail of the Union's *acquis*, softer modes such as the open method of coordination offer little hope of restoring the social balance. See F. SCHARPF, *The European Social Model*, cited *supra* note 5, p. 655. As is often pointed out, how-

response to the 'social regression' trap must be a European response rooted in (hard) law. Such a response could take the form of 'differentiated framework directives', that is, framework directives with legal commitments "formulated at a fairly high level of generality" that do not impose a homogeneous institutional choice on national welfare systems.⁶⁹ This hard instrument could then be complemented by softer modes, in particular the open method of coordination.

6. "A prosperous synthesis, or a way out": the Social Market Economy

The sonorous 'social market economy' is closely associated with the economic policies of West Germany beginning with Ludwig Erhard's promethean gambit of 1948⁷⁰ and kept alive at least rhetorically for many years as "the officially accepted guideline for Germany's economic policy".⁷¹ It is a term whose meanings must be untangled before it can be discussed without sinking in the quicksand of ambiguity. Most typically, perhaps, discussions of the social market economy refer loosely to the post-War economic policy of the Federal Republic of Germany (FRG) during the 1950s and 1960s, not least because the term was long embraced as a political slogan by the Christian Democratic Union (CDU).⁷² In that regard, it is sometimes assumed, in error, that the policies actually pursued by the Government were the embodiment of the theoretical vision of Alfred Müller-Armack. Another tendency is to conflate the ideas of Müller-Armack with those of Erhard, the Minister of Economics from 1949 to 1963,⁷³ whereas in real-

ever, soft modes and hard law can operate in such a way as to influence each other, notably in feedback loops, and, in some cases, to 'hybridize'.

⁶⁹ See *ibid.*, pp. 663-664. In Scharpf's view, framework directives flexible enough to accommodate different social models would be preferable to enhanced cooperation (Title IV of the Treaty on European Union), which is subject to limitations and which can divide the Member States into various splintered camps.

⁷⁰ Acting decisively and beyond his formal authority to do so, Erhard in June of that year brought an end to the rationing regime in occupied West Germany and largely abolished a comprehensive system of price controls. For details, see, e.g., A. MIERZEJEWSKI, *Ludwig Erhard. A Biography*, Chapel Hill, 2004, chapter 3. See also F.A. HAYEK, *The Rediscovery of Freedom: Personal Recollections*, in P. KLEIN (ed.), *The Collected Works of F.A. Hayek, Volume IV*, Chicago, 1992, p. 185 *et seq.*, at pp. 193 *et seq.*

⁷¹ See, e.g., V. VANBERG, "Ordnungstheorie" as *Constitutional Economics* cited *supra* note 22, at p. 17.

⁷² The CDU's "Articles of Düsseldorf" of 1949 are described by F. DENORD, *Néo-Libéralisme et «économie sociale de marché»*, cited *supra* note 27, at pp. 29-30.

⁷³ During his tenure, Erhard's ability to pursue the policies of his choice was constrained by Chancellor Adenauer, a Social Democrat with corporatist leanings. The need for pragmatism was true above all with respect to domestic matters, and with the strong and sustained economic performance of the FRG, there was little perceived need to change this formula. Corporatist constellations had become rather entrenched by the time Erhard succeeded Adenauer in 1963, and Erhard's stint of less than three years at the helm afforded him scant opportunity to chart a new course.

ity the views of these two economists differed in an important methodological sense: like Eucken, Erhard saw the market as an inherently *social* institution,⁷⁴ Müller-Armack, as will be seen, did not share quite the same view.

It is Müller-Armack who is normally credited with the invention of the term *Soziale Marktwirtschaft*. The historical accuracy of this attribution is now in doubt,⁷⁵ but the fact remains that it was Müller-Armack who (building on but ‘amending’ the work of Walter Eucken and laying more stress on outcomes as opposed to process⁷⁶) elaborated its theoretical properties. Referring to some of the intellectual progenitors of the social market economy – Eucken, Franz Böhm, Wilhelm Röpke, Alexander Rüstow and even Hayek,⁷⁷ Müller-Armack

⁷⁴ See, e.g., A. MIERZEJEWSKI, *Water in the desert? The influence of Wilhelm Röpke on Ludwig Erhard and the social market economy*, in *Review of Austrian Economics*, 2006, p. 275 *et seq.*, pp. 283-284. Cf. also J. WISEMAN, *Social Policy and the Social Market Economy*, in A. PEACOCK AND H. WILLGERODT (eds.), *German Neo-liberals*, cited *supra* note 16, p. 160 *et seq.*, at pp. 163-164 (“All acts of man in organised society are ‘social’, whether implemented through markets or not: individuals choose between procedures (of cooperation, competition, or whatever) that they believe might contribute to the achievement of their personal goals.”).

⁷⁵ See N. GOLDSCHMIDT and M. WOHLGEMUTH, cited *supra* note 42, at pp. 262-264. The authors discuss a variety of “diverse and diffuse” original sources, which might have included Erhard himself or others such as Karl Günther Weiss or Harold Rasch. Digging underneath the literal term, Goldschmidt and Wohlgemuth trace the concept of a social-liberal economy (or a ‘controlled market economy’) to earlier sources: Erich Preiser in 1942, or even Werner Sombart in 1913 (the latter speaking of ‘social capitalism’).

⁷⁶ Müller-Armack recalled that, “[a]lready during the last years of the war, I gratefully picked up thoughts by Walter Eucken and his circle that aimed at a renewal of competition. The strong emphasis on the competitive order as the means to design economic policy I sure enough always felt to be too narrow.” A. MÜLLER-ARMACK, *Vorwort* (Foreword), in *Wirtschaftsordnung und Wirtschaftspolitik*, Bern, 1965, quoted in translation by N. GOLDSCHMIDT and M. WOHLGEMUTH, cited *supra* note 42, at p. 270.

⁷⁷ Although Hayek had a deep appreciation for the *ordo* camp, and for Eucken in particular, he might have been surprised to be included in this group. Whereas an important justification for the social market economy is some form of solidarity and social justice, for Hayek, material social justice (as opposed to procedural justice for all in a system of universally applicable ‘rules of just conduct’) was a “mirage”. F.A. HAYEK, *Law, Legislation and Liberty, Volume II*, London, 1976, especially p. 62 *et seq.* and 175 *et seq.* Among his other works, see also *What is Social – What Does it Mean?*, in F.A. HAYEK, *Studies in Philosophy, Politics and Economics*, Chicago, 1967/1969, chapter 17. As Streit and Wohlgemuth have pointed out, Hayek was critical of the application of social justice criteria (whereby, e.g., market outcomes are corrected to redress ‘pecuniary externalities’) to the spontaneous social order of societies, abstracted far above the spheres of family or tribe. See M. STREIT and M. WOHLGEMUTH, *The Market Economy and the State*, cited *supra* note 41, pp. 250-251. On the other hand, Hayek sometimes acknowledged a need for social transfers, such as a guaranteed minimal income for all to avoid severe deprivation. *Ibid.* (with reference to *Law, Legislation and Liberty, Volume II*, cited above in this footnote, p. 87; and *cf.* also *The Constitution of Liberty*, Routledge, London, 1960, chapter 19 on social security). Hayek’s general, if not unequivocal aversion to ‘social justice’ seems to be in keeping with his views regarding the ‘constitutional ignorance’ of human beings. To the extent that social justice presupposes an adjudicator deciding what is *just*, or whether one distributive arrangement is more *just* than another, the concept is, from his perspective, a quixotic conceit. There are, of course, strong

explained that “[t]he advocates of a social market economy share with Neo-liberalism the conviction that while the functional importance of competition was recognised under the ‘Old Liberalism’, nevertheless insufficient attention was paid to social and sociological problems. In contrast to ‘Old Liberals’, Neo-liberals do not wish to restore a *laissez-faire* economy; their goal is a new kind of synthesis.”⁷⁸

Müller-Armack’s point of departure was the market order itself and its important functions.

“A social market economy”, he said, “is a consciously designed and global *free market* system. Competition is intended to be the primary principle of economic coordination. It is based on the realisation that [...] in a system of free competition it is possible for the social duties of modern society to be carried out better than in the past. [...] The concept of a social market economy may therefore be defined as a regulative policy which aims to combine, on the basis of a competitive economy, free initiative and social progress.”⁷⁹

Consistent with classical liberalism,⁸⁰ Müller-Armack saw the price mechanism as indispensable to reduce coordination and search costs to the advantage of consumers, and by making this coordination possible the market economy itself was a public good that performed a “social service”.⁸¹

defenses of social justice and state provision of social and educational services, health services and the like in order to enhance individual freedom by creating the *capabilities* (assessed with reference to cultural specificities) to take advantage of it. The proposition that the State is obliged to positively provide for those capacities is reinforced by the desirable impact of capabilities not only for the freedom of the person concerned but also for that of others. As Sen has recently remarked, “*la tua salute influenza anche la mia; se la tua produttività si abbassa, anche questo ha un effetto su di me. Servizi sanitari, sicurezza sociale e istruzione sono servizi di cui dovrebbe occuparsi lo Stato*”. *Corriere della Sera*, 28 gennaio 2009, p. 22. While Hayek’s criticisms of ‘social justice’ are well taken, I remain convinced that the difficulties of achieving satisfactory conceptions of social justice, the problematic task of determining those to whom such justice is owed, and how to administer it should not preclude a political community (or in the case of the EU, a political system) from striving toward such an objective. See also *infra* note 107.

⁷⁸ A. MÜLLER-ARMACK, *The Meaning of the Social Market Economy*, in A. PEACOCK and H. WILLGERODT, *Germany’s Social Market Economy*, cited *supra* note 17, at p. 83. The paper cited here is a 1989 translation of a piece originally published in German in 1956.

⁷⁹ *Ibid.* (emphasis supplied).

⁸⁰ For the affinities between the concept of the social market economy and the views of Adam Smith, see T.W. HUTCHISON, *Walter Eucken and the German Social-Market Economy*, in T.W. HUTCHISON, *The Politics and Philosophy of Economics*, cited *supra* note 17, p. 155 *et seq.*

⁸¹ See A. MÜLLER-ARMACK, *The Meaning of the Social Market Economy*, cited *supra* note 78, at p. 83. Müller-Armack also recognized the incentive structures endemic to a market economy that stimulate investment and innovation on the supply side. He appeared confident, though, that – with the aid of a sound competition law system – the “competitive process” would tend to prevent excess profits and *exceptional* economic power. See *ibid.*, pp. 83-84.

But Müller-Armack did not believe that the virtues of the market would by themselves grant the competitive order a sufficiently social character; he was therefore equally committed to principles of distributive justice. The income generated by a thriving transaction economy could and should be disseminated to those in need through a system of welfare, pension schemes, housing grants, subsidies and so on. Yet among the features distinguishing the social market economy from the more conventional ‘mixed economy’ formula was the crucial obligation on the State to ensure that income redistribution and other forms of intervention were consistent with the price mechanism and the proper functioning of the market economy. This requirement that interventions had to be *marktkonform* therefore served as an important limiting principle to guard against an incoherent, ‘ad hoc’ economic policy and, at worst, the risk of a slide back into (totalitarian) socialism.⁸² Of course, the concept of ‘market conformity’ raises a host of questions. What does it mean to conform? How much conformity? And to exactly *which* market-oriented principles must interventions conform, given that ‘the market’ is susceptible to a variety of interpretations? Müller-Armack knew that the question of whether a given measure passes muster might sometimes be a difficult one.⁸³ But the principle at least obliges the lawmaker or policy maker to give careful thought to the consequences of a proposed action before following through. Favoring particular interests through the manipulation of interest rates, or a blanket rent freeze that takes no account of renters’ ability to pay, were cited by Müller-Armack as examples of measures that would fail the test.⁸⁴ The emphasis on permitting only market-conforming interventions was a clear reaction to the forceful central planning of the Nazis and to the command-style economy imposed by the allies in the aftermath of the Second World War.⁸⁵

This does not mean that there were no exceptions to the principle of market conformity. One domain in particular where market logic seemed to be accorded less weight was publicly funded education (from elementary to higher education). Public education would be unlikely to pass the test, since a privately funded system could probably be sustained if vouchers were available for the needy to ensure universal access. Yet ordoliberal advocates of the social market

⁸² See *ibid.*, p. 84 (“[I]n diverting income for social expenditure it is easy to overstep the threshold at which disturbance of the market begins.”). See also C. WATRIN, *Alfred Müller-Armack – Economic Policy Maker and Sociologist of Religion*, in P. KOSLOWSKI (ed.), *The Theory of Capitalism*, cited *supra* note 17, p. 192 *et seq.*, at pp. 209-212.

⁸³ As Vanberg notes, German neoliberals themselves would be unlikely to have uniform views as to whether particular policy measures are market-conforming. See V. VANBERG, “*Ordnungstheorie*” as *Constitutional Economics*, cited *supra* note 22, at p. 21. One should also bear in mind the diverse forms regulation takes. Of course, even regulation that does not directly interfere with prices is likely to influence scarcity, relative prices, and allocation of resources in the economy. See J. WISEMAN, cited *supra* note 74, at pp. 165-166.

⁸⁴ A. MÜLLER-ARMACK, *The Meaning of the Social Market Economy*, cited *supra* note 78, p. 84.

⁸⁵ See V. VANBERG, “*Ordnungstheorie*” as *Constitutional Economics*, cited *supra* note 22, p. 19.

economy generally refrained from calling for such controversial reforms.⁸⁶ But then Adam Smith himself held education and roads to be prime examples of legitimate state action.⁸⁷

The differences between Müller-Armack's social market economy and the system envisaged by Eucken have been highlighted by, among others, Viktor Vanberg. He explains that, for the Freiburg school, "the market order, as a non-discriminating, *privilege-free* order of competition, is in and by itself an *ethical* order".⁸⁸ Privileges going beyond minimum income guarantees for persons unable to pursue gainful activity – such as subsidies or selective tax benefits – violate the ethics of the competitive order. As for Müller-Armack, while he made much of the principle of 'market conformity' (see above), Vanberg indicates that he felt less constrained by the injunction against privileges. In treating the competitive order as a "technical instrument" with no inherent *ethical* qualities, Müller-Armack is reproached for a "lack of constraint [i.e., a failure to adhere scrupulously to the 'no privilege' principle] that has allowed for the erosion of market principles that has taken place in Germany during the last half century through legislation and jurisdiction."⁸⁹

Goldschmidt and Wohlgemuth take Vanberg's critique a step farther.⁹⁰ For these authors, the weakness of Müller-Armack's approach is the premise that market forces need to be tamed or 'stabilized' by positive social policies. In his quest to 'synthesize' the market order and social imperatives, Müller-Armack effectively set them in mutual opposition. It is thus maintained that:

"[i]n contrast to Eucken or Böhm, Müller-Armack saw the principle of free market competition and the idea of social balance as potentially antagonistic ideals that needed to be reconciled [...]. For Müller-Armack, a 'framework of rules' is not sufficient; the outcome of the competitive forces must be corrected. The crucial problem [is]: 'How to bring to a novel balance the diverging objectives of social security and economic freedom?' [...] Müller-Armack saw his 'Social Market Economy' as the dissolution of libertarian and socialist antagonisms through the ideas of balance, equilibrium and compensation. His is not a perspective which integrates social and economic aspects on a

⁸⁶ See A. PEACOCK and H. WILLGERODT, *Overall View of the German Liberal Movement*, in A. PEACOCK and H. WILLGERODT (eds.), *German Neo-liberals*, cited *supra* note 16, at p. 12.

⁸⁷ See R. HEILBRONER, *The Worldly Philosophers*, 7th edition, London, 2000, p. 69. Smith certainly denounced government 'meddling' with the laws of the market (e.g., by means of trade restrictions and other anticompetitive laws), but he remained open to certain forms of intervention suitable to promote the general welfare. See *ibid.*, pp. 68-69. For further discussion, see Jacob Viner, *Adam Smith and Laissez-Faire*, in *Journal of Political Economy*, 1927, p. 128 *et seq.*

⁸⁸ V. VANBERG, *The Freiburg School*, cited *supra* note 19, at p. 2 (emphasis in original).

⁸⁹ *Ibid.*, and *cf.* N. GOLDSCHMIDT and M. WOHLGEMUTH, cited *supra* note 42, at pp. 272-274. *Cf.* also W. HAMM, *The Welfare State at its Limit*, in A. PEACOCK and H. WILLGERODT (eds.), *Germany's Social Market Economy*, cited *supra* note 17, at p. 171 *et seq.*

⁹⁰ See N. GOLDSCHMIDT and M. WOHLGEMUTH, cited *supra* note 42, at p. 269 *et seq.*

constitutional level, but a dualistic conception which first separates and then mediates between conflicting objectives of freedom and social justice.”⁹¹

Among other criticisms of this conflictual or “dualistic” approach, said to be deficient for example because it fails to insist on antidotes against rent-seeking,⁹² Goldschmidt and Wohlgemuth point out that Müller-Armack’s approach “hinted at a comparative moral inferiority of the market society *vis-à-vis* the ‘socially’ needed counterbalances”. From this perspective, Müller-Armack *inverted* Eucken’s principle of an economic constitution binding the autonomy and discretion of the State – a State whose main purpose is to ensure respect for the privilege-free rule of law and thereby to maintain the prerequisites for what Böhm later called the ‘private law society’.⁹³

7. Can Europe *will itself* to be a highly competitive social market economy?

Outside of Germany, the concept of the social market economy is destined to draw greater attention to itself in coming years now that the Treaty of Lisbon has managed to weave its way through the landmine of ratification.⁹⁴ This is because Article 3(3) TEU now provides:

“The Union shall establish an internal market. It shall work for the sustainable development of Europe based on balanced economic growth and price stability, *a highly competitive social market economy, aiming at full employment and social progress* [...] It shall combat social exclusions and discrimination, and shall promote social

⁹¹ *Ibid.*, pp. 270-271 (citations omitted). On this note of mediating between conflicting objectives, Goldschmidt and Wohlgemuth proceed to discuss Müller-Armack’s *social irenics*, an overarching system aimed at reconciling various disparate cultural-sociological, philosophical and theological elements and achieving a “possible unity”. With a touch of irony the authors also link this ‘irenic’ approach to the early work of the Historical School. See *ibid.*, pp. 271-272.

⁹² See *ibid.*, p. 272.

⁹³ See *supra* note 46.

⁹⁴ The scholarly literature is already being tugged in this direction. See, e.g., L. AZOULAI, *The Court of Justice and the Social Market Economy: The Emergence of an Ideal and the Conditions for its Realization*, in *Common Market Law Review*, 2008, p. 1335 *et seq.* Azoulai espouses a ‘social’ reading of the term at p. 1337. One may also observe efforts by certain representatives of the Union’s institutions to add the words ‘social market economy’ to the Union’s peculiar lexicon. See Viviane Reding, “The Need for a European Social Market Economy and a Re-Launch of the Single Market Project”, SPEECH/09/479 of 16 October 2009. At page 2 of her speech, Reding (then Commissioner for INFOSOC and now a candidate Commissioner for Justice, Fundamental Rights and Citizenship) proposes that “one of the first actions of the new Commission should be to integrate, into the next series of the broad economic policy guidelines, *a clear and reaffirmed commitment to the social market economy, based on sound public finances, on price stability, on effective competition, on open borders for trade with our partners, and on competitive social and health systems*” (emphasis in original).

justice and protection, equality between women and men, solidarity between generations and protection of the rights of the child. It shall promote economic, social and territorial cohesion, and solidarity among Member States.” (emphasis added)

Article 3(3) TEU thus maintains the substance of Article I-3(3) of the Constitutional Treaty,⁹⁵ although Article 3 TEU does not bear the label, “The Union’s objectives”, as Article I-3 did. Article 3(3) TEU responds to the reference in the Preamble to the Union’s determination “to promote economic and social progress” and “to implement policies ensuring that advances in economic integration are accompanied by parallel progress in other fields”. The Union is plainly embarrassed by its own stunted growth in the social realm. Nevertheless, the aspirations of Article 3(3) TEU generally do not translate into major innovations. The most interesting development would be the ‘Solidarity’ chapter of the Charter of Fundamental Rights. Even if one cannot ignore the legal constraints trussing up the social rights in that chapter, recounted (and criticized) so many times,⁹⁶ the impact of the chapter could gather momentum over time as the Union responds to its provisions with incremental positive action.⁹⁷ There might also be synergies with the new *mainstreaming clause* (Article 9 TFEU), which obliges the Union to “take into account requirements linked to the promotion of a high level of employment, the guarantee of adequate social protection, and the fight against social exclusion, and a high level of education, training and protection of human health”.⁹⁸

Article 3(3) TEU remains subject, however, to Article 3(6) TEU: “The Union shall pursue its objectives by appropriate means commensurate with the competences which are conferred upon it in the Treaties”. Consistently with Article 4(1) and Article 5 TEU, the principle of conferred powers is thus undisturbed. Never-

⁹⁵ For a discussion of Article I-3 of that dearly departed document, see L. AZOULAI, *Article I-3. Les objectifs de l’Union*, in L. BURGOGUE-LARSEN, A. LEVADE AND F. PICOD (eds.), *Traité établissant une Constitution pour l’Europe. Commentaire article par article, Volume I*, Brussels, 2007, p. 60 *et seq.*

⁹⁶ Among a general glut of literature, see G. DE BÚRCA and B. DE WITTE (eds.), cited *supra* note 2; T. HERVEY and J. KENNER (eds.), *Economic and Social Rights under the EU Charter of Fundamental Rights*, Oxford, 2003; S. PEERS and A. WARD (eds.), *The European Union Charter of Fundamental Rights*, Oxford, 2004. There is of course the full range of hope and fears. For example, for the view that the Charter’s dynamic character may unlock the potential of the Charter’s social rights/principles and ‘move’ them toward greater justiciability, see B. BERCUSSON, *Social and Labour Rights under the EU Constitution*, in G. DE BÚRCA and B. DE WITTE (eds.), cited *supra* note 2, p. 169 *et seq.* For a somewhat less sanguine view on justiciability, see, e.g., S. STISMANS, *How to be fundamental with soft procedures? The Open Method of Coordination and Fundamental Social Rights*, in *ibid.*, p. 217 *et seq.*, at p. 227.

⁹⁷ Cf. B. DE WITTE, cited *supra* note 2, at pp. 163-164 (“It seems that, for most of the social rights included in the Charter [in particular, those concerning education, health and the ‘supporting and complementing’ social policy competences listed in Article 153 TFEU, formerly Article 137 EC], the EU does have competence, whether broad or narrow, to take positive steps to promote their application.”).

⁹⁸ This provision carries over Article III-117 of the Constitutional Treaty. See *ibid.*, pp. 165-166.

theless, the fact that Treaty of Lisbon has institutionalized the notion of a *highly competitive social market economy* that “aims” at *full employment* and *social progress*, all of which would form part of the basis for Europe’s sustainable development, raises questions about what that might mean. Is this the social market economy of Müller-Armack? Or that of the Christian Democrats of the post-War Federal Republic of Germany? How far should it be adapted to accommodate the Union’s peculiar structures, governing modes and heterogeneity? Or is the *Union* supposed to adapt *to it*? Or is Article 3(3) TEU a new, autonomous construction whose consequences cannot be foreseen? A normative view will be put forward in the concluding section of this essay, but first it is useful to consider some important scholarly work that has already taken up some of these issues.

In 2004, following the conclusion of the Constitutional Treaty, Joerges and Rödl sensed that the *conventioners* in Brussels (above all, Joschka Fischer and Dominique de Villepin) had made a grave category error, enshrining the words *social market economy* in the Constitution more for its melodious blend of desirable attributes than for any appreciation of its history or sophisticated content. The inclusion of those words was a mistake, in their view, for three reasons.⁹⁹ First, the common perception that the ‘social market economy’ paradigm brought about Germany’s post-War ‘economic miracle’ is fallacious because this model, in its proper Müller-Armackian sense, was never coherently implemented in the Federal Republic. West Germany’s ‘variety of capitalism’¹⁰⁰ was one of corporatist arrangements and considerable state intervention.¹⁰¹ Proper credit for the economic miracle goes predominantly to a series of endogenous and especially exogenous factors which can be summed up as: growing demand, inside and outside of Germany, for German industrial products.¹⁰² Second, the social market economy in its German incarnation was never conceived of as an *objective*, as the conventioners made it. Rather, it was intended to be a ‘method’ or ‘strategy’ of economic policy. If one counters that the real objective behind the

⁹⁹ C. JOERGES and F. RÖDL, *Social Market Economy*, cited *supra* note 37, at pp. 17-21.

¹⁰⁰ See P. HALL and D. SOSKICE, eds., *Varieties of Capitalism: The Institutional Foundations of Comparative Advantage*, Oxford, 1999. In the framework suggested by Hall and Soskice, which focuses on the role of economic operators in different traditions, Germany exemplifies a ‘coordinated’ market economy, or ‘CME’. See *ibid.*, pp. 21-27. While the main organizing principle of a ‘liberal market economy’ is, as the name suggests, the institution of the market (which the authors acknowledge is embedded *à la* Granovetter), a coordinated market economy implies “more extensive relational or incomplete contracting, network monitoring based on the exchange of private information inside networks, and more reliance on collaborative, as opposed to competitive, relationships to build the competencies of the firm”. *Ibid.*, p. 8. Firm behaviour in a CME thus tends to reflect the strategic interaction between firms and other types of actors. Other CMEs would include Japan, Switzerland, Austria, the Netherlands and Scandinavian countries. LCEs include the usual suspects.

¹⁰¹ C. JOERGES and F. RÖDL, *Social Market Economy*, cited *supra* note 37, at p. 18 (emphasis added).

¹⁰² For details, see *ibid.*, p. 19.

words 'social market economy' is the aim to achieve a balance between economic performance and socially targeted redistribution, Joerges and Rödl respond by stating that the "'social market economy' is conceptually not an objective, but a *restriction* [of] social objectives".¹⁰³ The latter judgment seems unduly harsh: the objective of social protection for those in need does not cease to be an objective merely because the methods to pursue it are limited to those consonant with the price mechanism.

Third and more significant, in my view, is the authors' claim that designating the social market economy as an *objective* of the Union makes a *non sequitur* of the Union's actual capacities. The argument (and once again, softer modes of governance are of limited assistance here) is that the Union still falls far short of the competences necessary to embark on the kind of redistributive programs – minimum wages, rent subsidies and so on – that would be required if the synthesis of *market* and *social* envisaged by Müller-Armack is to be achieved. So long as there is insufficient political will to endow the Union with significant tax-and-spend powers (which does not automatically imply the institution of federal statehood), the objective of a social market economy may raise expectations, only to disappoint them.¹⁰⁴ I would point out, however, that the wide range of citizens' expectations as to what the EU should deliver *already* lies beyond its reach. The concept of a social market economy will not solve that problem, but neither will it be its cause.

The critique of Joerges and Rödl lays bare the irony of what the conventioners have done. But the fate of words inscribed in a treaty is not necessarily predetermined by their pre-treaty past. In a new context, the enchanting five-word formula ("highly competitive social market economy") might take on a life of its own. No amount of symbolism can overcome the fundamentally weak structural character of the Union as far as positive integration is concerned. And constraints such as those expressed in Article 3(6) TEU cannot be ignored. But the unanimous endorsement by the Member States of a social market economy as one of the Union's key 'constitutional' ambitions may be interpreted by the Union's institutions in unexpected ways. Now that the Treaty of Lisbon has survived its inauspicious journey, it cannot be excluded that, contrary to the misgivings of Joerges and Rödl, instead of holding social Europe back, the social market economy *might* have the opposite effect.

8. Final remarks

In light of the foregoing observations, perhaps the question to end with is whether the notion of a *highly competitive social market economy*, now that it is

¹⁰³ *Ibid.*, p. 20.

¹⁰⁴ See *ibid.*, pp. 20-21.

emblazoned across the face of the Treaty on European Union (though – perhaps exacerbating its ambiguity – it only appears in the Treaty once in all of the Lisbon texts), holds out any hope for Europe. Joerges and Rödl have carefully shown that, submerged beneath the sparkle of the term ‘social market economy’ and unnoticed at the European Convention, there lurks a complex and controversial system of normative ideals. But the fact that key conventioners hastily grabbed the term off the shelf and injected it into the EU’s unique political structure – without bothering to examine whether it has any coherent place within that structure – *does not* foreclose the possibility that the term might have a European future. While there may be cause for regret if and when the concept comes unhinged from its rich cultural-intellectual history, the fact remains that its future significance for Europe will likely have to be pondered.

Of course, one cannot exclude that the notion of a *social market economy* will have no significance at all. It might resolve itself into a rhetorical dew; a sweet-smelling ointment giving romantic disputation a brighter shine. Or it might waste away and rot, since the expression is easy to interpret as Janus-like and might therefore be studiously avoided by heroes of both the left and the right. If such disuse and decay are indeed to be its fate, however, one might expect them to set in only after each of those political camps – failing to see the term’s ambivalence – had tried to claim the term as its own.¹⁰⁵

Recall that it was precisely the competing claims up and down the political spectrum that Müller-Armack sought to reconcile. Taking the liberty to reduce his *irenics* to a simplistic form, and to extricate them from his post-Nazi, post-socialist historical and spatial context, there seem to be three central ideas that could be useful for Europe’s constitutional future. First, there is the Smithean idea that private ‘vice’ and public virtue are closely linked.¹⁰⁶ While Smith is often pilloried for this heresy, it remains one of the most powerful insights in social theory; critics should not be so quick to write off the proposition that a well-functioning market order does have social and ethical ‘content’. At its best – and if supported by appropriate flanking institutions – such an order holds for labor and capital the potential for constructive symbiosis.

In that regard, it is important not to mistake Smith for an advocate of *laissez-faire* capitalism, or a champion of the *nightwatchman* State. It is obvious that Smith regarded the market as a prime coordinating principle of the social order; but though he died too soon to see the hellish working conditions for both adults

¹⁰⁵ Cf. B. DE WITTE, *Non-market values in internal market legislation*, in N. SHUIBHNE (ed.), *Regulating the Internal Market*, Cheltenham, 2006, p. 61 *et seq.*, at p. 77 (“[D]epending on whether one emphasises the word ‘social’ or the word ‘market’, [the term ‘social market economy’] can provide ammunition both to those who think that the EU should act in a more market-oriented way and to those who argue that it should intervene more actively to regulate the operation of the market”).

¹⁰⁶ For discussion, find floating on the sea of commentary R. COASE, *Adam Smith’s View on Man*, in *Journal of Law and Economics*, 1976, p. 529 *et seq.*

and children in the 19th Century, Smith was alive to the need for a State which, while avoiding injudicious interference in the economy, was nevertheless in a position to provide public goods.

A second crucial idea, therefore, facilitated by but also legitimizing the first, is the criterion of *distributive justice* espoused by (among others, of course) Müller-Armack and, more recently, with reference to the EU, by Miguel Maduro.¹⁰⁷ To attain market efficiency and social justice in the same stroke – though such a notion may be dismissed as a holy grail – does not seem *inherently* impossible. The most formidable barrier will remain the EU's limited ability to effectuate social transfers (see *supra* Section 7), and that obstacle will not lumber out of the way anytime soon. Over the long haul, that could change; our present expectations based on present legal and political context do not preordain future happenstance.

The third idea was the contribution of Muller-Armack himself: while it is appropriate for the State to take steps to ensure that the less privileged members of society enjoy a fair share of the benefits of economic growth and market efficiency, state intervention must not deteriorate into legal cartels, distortive state aid (i.e., selective aid that is *not* justified by market failure) and interest-driven industrial programming, sheltered state monopolies and other nasty habits by which economic policy, instead of plucking fruit from the tree, leaves only a stump. As we have seen, Müller-Armack has been criticized for imposing a *market conformity* criterion on state intervention, and this idea will always prompt a hostile reaction in some quarters. In grim times of 'burst bubbles',

¹⁰⁷ See M. POIARES MADURO, cited *supra* note 11, at p. 464-472. I do not mean to *compare* Maduro to Müller-Armack, but Maduro's views are pertinent here. He argues strenuously for the introduction, as a counterpart to wealth creation, of a criterion of distributive justice based on thick notions of European citizenship (taking Article 18 EC – now Article 21 TFEU – to its logical limits and shaking off the 'market citizen' mentality) and expressed through full recognition of fundamental social rights. Maduro digs deeper than the rather common 're-balancing' or 'counter-revolution' discourse in which the market denigrates human dignity and must be tamed and subordinated to it. For convenience, his approach – informed by new institutional economics – may be termed 'social order efficiency'. This approach embraces a particularly broad view of efficiency that can only be fulfilled under conditions of full participation and representation in the political system (which may be measured by the degree of voice and exit at the disposal of individuals and groups). I agree that efficiency should be a broad concept that takes account of the need for intervention not only in cases of market failure but also institutional failures and 'democracy failures' that lead to distortions in participation and representation. I further agree that the EU must turn its ambitions toward equitable and rational redistribution of wealth aimed at restoring social justice and therefore social order efficiency. On the other hand I would not endorse certain arguments raised recently in the social rights literature according to which the internal market rules should be suspended once it is determined that fundamental social rights are at stake. I prefer to maintain limiting principles (as suggested here in the final paragraph of the main text) to guard against a gradual drift whereby EU law, in its effort to recognize the prerogatives of welfare states, finds itself caught in a regressive process of disintegration by which, paradoxically, the noble goal of broad (national and transnational) participation and representation is undermined.

there may be overriding reasons justifying measures to prime the pump and restore confidence. In such times, a market conformity requirement might be applied flexibly, since for example public spending is less likely under those circumstances to crowd out investment. But even when the economy falters, calls for re-nationalized industries or ‘old style’ capitalism should be regarded with caution.¹⁰⁸ Those who would attack the criterion of market conformity should reflect on whether Müller-Armack’s conception presents a real risk for social justice, or whether it has the potential to contribute to the kind of symbiosis described here: a highly competitive social market economy whose benefits redound ideally to all citizens, privileged and needy alike.

To end on the less wistful note of a prognosticator: while the role of the social market economy concept in Europe can only really be understood and judged after the passing of future decades, chances are better that the concept will have to adapt to the Union and not vice versa.

¹⁰⁸ Nationalization, for example, is not only costly for taxpayers, it also distorts competition and creates or exacerbates moral hazard problems. In the specific case of banks, whose lending function is so vital for the real economy, majority participation by the State, or outright nationalization, may be justified as a last resort, but even then only as temporary measures followed quickly by privatization. See, e.g., A. MATEUS, *The Current Financial Crisis and State Aid in the EU*, in *European Competition Journal*, 2009, p. 1, at pp. 8 and 14; B. LYONS, *Competition Policy, Bail-outs and the Economic Crisis*, CCP Working Paper 09-4, available at www.uea.ac.uk/polopoly_fs/1.112187!CCP09-4.pdf, pp. 7-8.

La responsabilità delle società multinazionali per violazioni dei diritti fondamentali nell'Unione europea

Marco Fasciglione

SOMMARIO: 1. Introduzione. – 2. Diritti umani, imprese ed ordinamento internazionale. – 3. Autoregolamentazione e responsabilità sociale delle società multinazionali europee. – 4. Responsabilità e regolamentazione giuridica delle imprese europee nell'ordinamento dell'UE. – 4.1. La responsabilità civile: la Convenzione di Bruxelles del 1968, il regolamento (CE) 44/2001 e il dibattito sulla creazione di un *European Tort Claims Act*. – 4.2. La responsabilità penale: lo sviluppo di una disciplina europea della responsabilità penale degli attori economici privati. – 5. Conclusioni.

1. Introduzione

La constatazione secondo la quale gran parte delle società multinazionali siano oggi più potenti ed influenti di gran parte degli Stati presenti sul nostro pianeta è diventata una sorta di *cliché* con cui vengono usualmente analizzati i contemporanei processi di globalizzazione dell'economia nonché l'impatto di tali processi in relazione al godimento dei diritti fondamentali¹. Questa constatazione, tuttavia, continua a rivestire un'importanza fondamentale nell'attuale assetto delle relazioni internazionali nella misura in cui gli Stati nel privatizzare e deregolamentare le proprie economie e nel liberalizzare gli scambi commerciali ed i flussi del capitale finanziario hanno progressivamente, e sostanzialmente, ridotto il loro potere di intervento in determinati settori e hanno posto le basi per una riformulazione del rapporto tra governanti e governati caratterizzata dallo spostamento di una parte delle funzioni di "governo" che tradizionalmente rientrano nella loro sfera di competenza, a siffatti attori non statali². Questo processo, da alcuni descritto in termini di *declino dello Stato nazione*³, si caratterizza, dun-

¹ Un interessante analisi svolta in chiave storicistica delle relazioni tra imprese multinazionali e società e governi locali, dalle prime grandi imprese multinazionali del periodo coloniale quali la *British East India Company*, la *British South African Company* e la *South Manicurian Railway* per giungere ai nostri giorni alla *United Fruit*, alla *Monsanto*, all'*ENI*, alla *Royal Dutch/Shell*, e alla *Nike*, è fornita da D. LITVIN, *Gli imperi del profitto. La globalizzazione e le responsabilità delle multinazionali*, Milano, 2007.

² Cfr. A. REINISCH, *Governance without Accountability*, in *German Yearbook of International Law*, 2001, p. 271 ss.

³ Cfr. V. A. SCHMIDT, *The New World Order, Incorporated: The Rise of Business and the Decline of the Nation-State*, Firenze, 1995; O. SCHACHTER, *The Decline of the Nation-State and its Implications for International Law*, in *Columbia Journal of Transnational Law*, 1997, p. 7 ss.; C. H. SCHREUER,

que, per l'affermazione di “poteri forti” privati esercitati da parte delle società multinazionali. Tali attori, in tutto e per tutto differenti da Stati e dalle altre tipiche autorità di governo, non sono solo in grado di interferire pesantemente con il godimento dei diritti umani, ma riescono a sottrarsi facilmente a qualsivoglia tentativo di controllo e di regolamentazione nazionale. Grazie alla progressiva erosione della sovranità statale, e alla perdita di capacità degli Stati di controllare e disciplinare le decisioni delle multinazionali, queste ultime non hanno difficoltà a sfruttare a loro vantaggio l'abbassamento competitivo⁴ degli standard interni in materia sociale e ambientale (c.d. *race to the bottom*) che gli Stati praticano proprio al fine di attrarne gli investimenti⁵. La conseguenza di tutto ciò è

The Waning of the Sovereign State: Towards a New Paradigm for International Law?, in *European Journal of International Law*, 1993, p. 447 ss.; S. SUR, *The State between Fragmentation and Globalization*, in *European Journal of International Law*, 1997, p. 421 ss.; J. A. CAMILLERI, J. FALK, *The End Of Sovereignty?: The Politics of a Shrinking and Fragmenting World*, Aldershot, 1992.

⁴ Cfr. A. PERULLI, *La promozione dei diritti sociali fondamentali nell'era della globalizzazione*, in S. SCARPONI (a cura di), *Globalizzazione e diritto del lavoro*, Milano, 2001, p. 104). Secondo l'autore nel momento in cui “le barriere tariffarie si riducono o spariscono e i costi legati alla distanza diminuiscono drasticamente (grazie al progresso tecnologico delle telecomunicazioni e dei trasporti internazionali), la competizione si trasferisce alle condizioni sociali di produzione di ciò che viene scambiato. La conseguenza è che i sistemi economici aggrediscono i fattori sociali e culturali che alterano lo scambio al fine di diminuirne i costi ed affrontare al meglio la competizione internazionale, in questo contesto la ricerca di maggiore competitività viene spesso perseguita, anche nei sistemi economici consolidati, riducendo gli standard sociali e praticando strategie di *sweatshop* piuttosto che attraverso la riprogettazione dei modelli organizzativi di produzione”.

⁵ Il condizionamento che gli attori economici privati riescono a produrre sui processi statali di *decision-making* in materia di diritti umani è palesemente evidenziato da due fenomeni ricorrenti nel sistema internazionale degli investimenti. Il primo è rappresentato dalla creazione delle cosiddette “Zone di produzione all'esportazione” (Export Processing Zones), zone franche create soprattutto dai governi dei paesi in via di sviluppo, e destinate ad attirare gli insediamenti produttivi delle imprese attraverso l'applicazione di regimi legislativi speciali in deroga alle normative nazionali ed internazionali, in tema di tutela dei lavoratori, protezione dell'ambiente, ecc. Il secondo riguarda le cosiddette “clausole di stabilizzazione” spesso inserite nei contratti di investimento tra Stati ed imprese; in ossequio al principio della “santità del contratto”, tali clausole servono a “tutelare” l'investitore-impresa dalle sopravvenute modifiche legislative interne che comportino un innalzamento degli standard domestici sociali ed ambientali con conseguenti oneri per l'impresa stessa. Nella prassi, le clausole di stabilizzazione operano sia escludendo l'applicabilità della nuova legislazione a quel dato investimento (c.d. *freezing clauses*), sia prevedendo una compensazione (c.d. *economic equilibrium clauses*) in favore dell'investitore-impresa, compensazione che potrà sostanzarsi in modifiche tariffarie, prolungamento della concessione, riduzione del peso fiscale, indennizzo monetario, ecc. (in dottrina, quanto alle zone di produzione per l'esportazione, rinviamo a C.Y.J. NAM, *Competing for Foreign Direct Investment through the Creation of Export Processing Zones: the Impact on Human Rights*, in O. DE SCHUTTER, *Transnational Corporations and Human Rights*, Hart, 2006; nonché a P. MUCHLINSKI, *Multinational Enterprises and the Law*, Oxford, 2007, p. 226 ss.; quanto alle clausole di stabilizzazione si veda T. WAEDELDE, G. NDI, *Stabilizing International Investment Commitments: International Law Versus Contract Interpretation*, in *Texas International Law Journal*, 1996, p. 215 ss., p. 230 ss.; con particolare riguardo all'impatto sulle garanzie dei diritti fondamentali delle clausole di stabilizzazione si veda lo studio su “Stabilization Clauses and Human Rights” condotto congiuntamente dalla International Finance

l'accresciuta capacità delle società multinazionali di violare direttamente o indirettamente le norme sui diritti umani e ciò all'interno di un quadro giuridico in cui le difficoltà che a livello degli ordinamenti nazionali si frappongono alla regolamentazione delle condotte transnazionali delle società multinazionali, trovano un *pendant*, dal punto di vista dell'ordinamento internazionale, nella circostanza che il sistema internazionale di salvaguardia dei diritti umani, così come esso si è consolidato a partire dalla Dichiarazione universale dei diritti umani in poi, ruota intorno ad un unico centro di gravità: quello riconducibile alla visione statocentrica per cui i diritti umani opererebbero esclusivamente come limite alle interferenze derivanti da poteri degli Stati. Solo questi ultimi, conseguentemente, sarebbero i destinatari delle norme internazionali in materia di diritti umani.

2. Diritti umani, imprese ed ordinamento internazionale

A ben vedere, secondo la concezione tradizionale, la personalità giuridica internazionale, *rectius* la soggettività internazionale, sarebbe a dire quel requisito necessario per poter operare sulla scena internazionale, può essere riconosciuta esclusivamente agli Stati e alle Organizzazioni internazionali da essi create. Secondo questo punto di vista, dunque, al pari degli individui e delle persone fisiche, le società transnazionali rilevarebbero l'ordinamento internazionale solo in qualità di oggetti del diritto internazionale: non possono, in altre parole, essere titolari di obblighi nei riguardi della comunità internazionale e pertanto non possono essere considerati soggetti di tale ordinamento⁶. In base alla visione tradizionale, dunque, solo gli Stati, possono essere titolari di diritti ed obblighi; solo essi sono in grado di partecipare alla funzione di produzione, di applicazione e di accertamento delle norme del diritto internazionale. Le medesime constatazioni valgono quando si

Corporation - IFC e dal Rappresentate speciale delle Nazioni unite su imprese e diritti umani, che propende per una valutazione negativa dell'impatto di siffatte clausole, cfr. *Stabilization Clauses and Human Rights*, testo disponibile su www.ifc.org/ifcext/media.nsf/Content/Stabilization_Clauses_Human_Rights.

⁶ Il punto di vista tradizionale, espresso nelle teorie 'dualistiche' con cui Triepel ed Anzillotti cominciarono a descrivere le relazioni tra diritto internazionale e diritto interno si fonda sulla rigida distinzione dei protagonisti di tali ordinamenti: lo Stato nel primo caso e l'individuo nel secondo. La conseguenza di tale impostazione è che il diritto internazionale non ha una giurisdizione 'diretta' sugli individui. Cfr. H. TRIEPEL, *Völkerrecht und Landesrecht*, Leipzig, 1889 (trad. it. *Diritto internazionale e diritto interno*, Torino, 1913); D. ANZILLOTTI, *Il diritto internazionale nei giudizi interni*, Bologna, 1905 (riprodotto in *Opere di Dionisio Anzillotti, II Scritti di diritto internazionale pubblico*, tomo I, CEDAM, Padova, 1956, p. 281 ss.). Si veda altresì A. VERDROSS, *Zur Konstruktion des Völkerrechts* in *Zeitschrift für Völkerrecht*, 1914, p. 329; G. SPERDUTI, *Le principe de souveraineté et le problème des rapports entre le droit international et le droit interne*, *Recueil des Cours*, 1976-V, pp. 319-410, e in particolare p. 333. Più recentemente si veda G. ARANGIO-RUIZ, *Dualism Revisited. International Law and Interindividual Law*, in *Rivista di diritto internazionale*, 2003, p. 911ss.

sposta la lente focale sul sistema internazionale di protezione dei diritti umani: anche in siffatto sistema, secondo la comune visione dualistica, i relativi trattati individuano solo gli Stati come soggetti titolari dei corrispondenti obblighi.

Tuttavia, questa rappresentazione statocentrica piuttosto che codificare dei caratteri immutabili dell'ordinamento internazionale, fotografa, a nostro sommo avviso, un preciso momento storico, una fase di quel processo di continua evoluzione di siffatto ordinamento e di adeguamento dello stesso alle evoluzioni della realtà sociale sottostante. Non è un mistero, d'altronde, che il diritto internazionale delle origini, la cosiddetta *law of the nations* fondata sul diritto naturale non si indirizzava soltanto agli Stati e non includeva solo le relazioni inter-statali; piuttosto tendeva a disciplinare anche le relazioni tra entità distinte da quelle statali. Nel diciassettesimo secolo, ad esempio, entità non statali quali le due Compagnie delle Indie Orientali: quella britannica e quella olandese esercitavano elementi di poteri sovrani ivi inclusi il diritto di vedere disciplinati i propri accordi commerciali alla stregua di trattati internazionali, il diritto di muovere guerra, battere moneta, amministrare territori e mantenere truppe militari da impiegare eventualmente in operazioni militari⁷. Peraltro, lo stesso ordinamento internazionale contemporaneo testimonia come la dicotomia tradizionale soggetti-oggetti di diritto, sia *de facto* messa in crisi dai processi di interdipendenza economica, finanziaria, commerciale e più in generale dai processi di allargamento *ratione personae* derivanti dall'esigenza di salvaguardia di valori fondamentali. In questa prospettiva, in effetti, è un dato di fatto che in determinate aree sensibili caratterizzate dall'emersione di valori ed interessi sentiti come fondamentali per la comunità internazionale, gli strumenti internazionali tendono ad indirizzare in modo sempre più frequente obblighi anche a soggetti diversi dagli Stati ("*individuals*", "*groups*", "*other organs of society*"), inclusi gli attori economici privati.

I segnali di siffatta ... '*anomalia*'⁸ sono molteplici. In primo luogo, esistono tutta una serie di strumenti di *soft law*, che hanno ad oggetto la promozione e la protezione dei diritti umani e che si indirizzano direttamente agli attori economici privati. Ci riferiamo, in particolare, alla Dichiarazione Tripartita di Principi concernente le Multinazionali e la Politica Sociale, adottata nel 1977 dal *Governing Body* dell'Organizzazione Internazionale del Lavoro (ILO), nonché le Linee-guida per le imprese Multinazionali adottate dall'Organizzazione per la Cooperazione e lo Sviluppo Economico (OCSE) nel 1976.

In secondo luogo, vanno ricordati gli strumenti di protezione internazionale dei lavoratori ed in particolare le Convenzioni internazionali sul lavoro. Questi trattati, pur muovendosi secondo i tradizionali paradigmi e pur ponendo sugli

⁷ Sul punto si veda A. S. MILLER, *The Corporation as a Private Government in the World Community*, in *Virginia Law Review*, 1960, p. 1539 ss., e, più recentemente, A. D. GARRETT, *The Corporation as Sovereign*, in *Maine Law Review*, 2008, p. 129 ss.

⁸ Cfr. N.D. WHITE, S. MACLEOD, *EU operations and private military contractors: issues of corporate and institutional responsibility*, in *European Journal of International Law*, 2008, p. 965 ss.

Stati l'obbligo principale di dare attuazione alle norme in esse contenute, non mancano di indirizzarsi alle imprese⁹. Così avviene, ad esempio, nella Convenzione concernente il diritto di contrattazione collettiva del 1949 che all'art. 1 prevede che "*Workers shall enjoy adequate protection against acts of anti-union discrimination in respect of their employment*". La Convenzione, in altre parole, non invita solo gli Stati ad adottare delle norme legislative tese ad impedire certe condotte da parte del settore privato: essa sembra implicare anche l'obbligo per le imprese di non interferire sul diritto dei lavoratori di formare dei sindacati.

Un ulteriore settore del diritto internazionale in cui già sussistono norme internazionali che si indirizzano alle imprese è quello della salvaguardia dell'ambiente. In effetti, in relazione alla responsabilità civile da risarcimento dei danni all'ambiente, l'applicazione del principio "chi inquina paga" è stata resa effettiva dagli Stati anche attraverso il suo inserimento in strumenti convenzionali che prevedono la responsabilità dell'ente che inquina anche quando quest'ultimo sia un ente privato¹⁰. In modo del tutto analogo, ma in relazione ai regimi di responsabilità penale per i crimini contro l'ambiente, la prassi internazionale testimonia un considerevole aumento di strumenti convenzionali finalizzati ad sanzionare penalmente le cosiddette "*atteintes massives*" all'ambiente. La peculiarità di tali strumenti è che essi prevedono l'applicazione delle sanzioni penali anche nei confronti di imprese private¹¹.

Ancora, proprio il settore del diritto penale internazionale e la prassi del Tribunale di Norimberga, forniscono delle ulteriori segnali del processo, in corso nell'ordinamento internazionale, di responsabilizzazione delle compagnie private. È noto, in effetti, che in base alle disposizioni del suo Statuto, il Tribunale di Norimberga non aveva la facoltà di esercitare la giurisdizione penale sulle imprese; la sua competenza, infatti, era limitata esclusivamente alle persone fisiche. È altrettanto noto, tuttavia, che attraverso il riconoscimento al Tribunale della facoltà di determinare i casi in cui una organizzazione poteva essere considerata criminale, prevista dall'art. 9 dello Statuto, e dall'art. 2 della Control Council Law No. 10, fu possibile processare tra i complici del regime nazista anche gli industriali tedeschi. L'aspetto interessante è che in questi giudizi (cfr., *inter alia*, *United States v Flick*, *United States v Frauch* – anche noto come *I.G. Farben case*, e *United States v Krupp*), nonostante il fatto che i tribunali stessero giudican-

⁹ Per una ricostruzione degli strumenti vincolanti, o di *soft law*, relativi agli standard internazionali sul lavoro rinviamo a P. ALSTON (a cura di), *Labor Rights as Human Rights*, Oxford, 2005; V.A. LEARY, D. WARNER, *Social Issues, Globalization and International Institutions: Labour Rights and the EU, ILO, OECD and WTO*, Leiden, 2006; R. BLANPLAIN, M. COLUCCI, *The Globalization of Labour Standards*, The Hague, 2004. Sia consentito altresì il rinvio a M. FASCIGLIONE, *Standard internazionali di lavoro*, in *Diritti Umani. Cultura dei diritti e dignità della persona nell'epoca della globalizzazione*, vol. 2, Padova, 2007.

¹⁰ In materia di regimi civilistici fissati a protezione dell'ambiente rinviamo a C. ZILIOLO, *Il risarcimento del danno derivante da incidenti industriali transnazionali*, Milano, 1995.

¹¹ Si rinvia più avanti (par. 4) per l'analisi di tale processo all'interno dell'Unione europea.

do individui, essi si espressero di frequente con terminologie che rinviavano in modo evidente alla responsabilità dell'impresa-persona giuridica, in qualità di ente unitario distinto dalle persone fisiche dei propri dirigenti¹². Sebbene lo Statuto della corte penale internazionale non abbia, poi, ripreso il precedente di Norimberga ed anzi nel corso della Conferenza di Roma una proposta francese tendente ad introdurre la giurisdizione della Corte sulle persone giuridiche non fu accolta, resta la sensazione che la nozione di responsabilità dell'ente giuridico non sia affatto estranea al diritto penale internazionale. Anzi, sotto tale profilo è sintomatico rilevare che proprio nel corso della Conferenza di Roma, nessuna delegazione si oppose all'idea di fondo che sottostava la proposta francese e cioè che le imprese e le persone giuridiche possano essere responsabili dal punto di vista del diritto penale internazionale. Il disaccordo tra le delegazioni si manifestò in effetti su altri aspetti (ovvero chi sottoporre all'atto di citazione, chi doveva sedere in giudizio in rappresentanza dell'ente, quale era il livello di intenzionalità richiesto in tali ipotesi, come fare per evitare che le persone fisiche non utilizzassero la responsabilità dell'ente per celare le proprie responsabilità, ecc.).

Accanto alle fattispecie summenzionate, in cui la protezione dei diritti umani dalle violazioni derivanti dalle operazioni economiche delle multinazionali è realizzata attraverso la regolamentazione diretta della loro condotta, vi sono quelle situazioni in cui la regolamentazione avviene in modo indiretto ponendo sugli Stati l'obbligo di controllare che le attività degli attori economici privati non si svolgano in contrasto con le norme internazionali sui diritti umani. La regolamentazione indiretta delle società multinazionali può avvenire, più in particolare, in due modi distinti: in primo luogo attraverso l'imputazione allo Stato della condotta illecita dell'ente privato; in secondo luogo attraverso il riconoscimento che nel sistema internazionale di protezione dei diritti umani la responsabilità dello Stato deriva anche dalla mancata adozione delle misure volte a prevenire e reprimere le condotte illecite poste in essere da enti privati.

Quanto al primo problema, quello della imputazione di atti di privati allo Stato, l'ultima versione del Progetto di articoli sulla Responsabilità degli Stati, elaborato della Commissione di diritto internazionale e adottato dall'Assemblea generale il 12 dicembre 2001¹³, copre esplicitamente le condotte di quegli enti

¹² Cfr. A. CLAPHAM, *The Question of Jurisdiction under International Criminal Law Over Legal Persons: Lessons from the Rome Conference on an International Criminal Court*, in M.T. KAMMINGA, S. ZIA-ZARIFI (eds.), *Liability of Multinational Corporations Under International Law*, The Hague, 2000, p. 139 ss., p. 164, secondo cui "the Prosecutors in Nuremberg in fact started with the investigation of the legal persons and chose their human defendants in order to be able to ensure the representation and defence of the legal person". Sul tema si veda anche S. RATNER, *Corporations and Human Rights: a Theory of Legal Responsibility*, in *Yale Journal of International Law*, 2001, p. 443 ss.; A. RAMASASTRY, *Corporate Complicity: From Nuremberg to Rangoon. An examination of Forced Labor Cases and Their Impact on the Liability of Multinational Corporations*, in *Berkeley Journal of International Law*, 2002, p. 91 ss.

¹³ Cfr. UN. Doc. A/Res/56/83 del 12 dicembre 2001.

privati che operano in contesti di privatizzazione delle funzioni statali di governo. Il progetto, in effetti, nell'introdurre la regola generale secondo cui la condotta di privati non agenti in qualità di organo dello Stato (e dunque in suo conto) non può essere attribuita a quest'ultimo (art. 4 del Progetto), chiarisce che essa incontra alcune eccezioni. In base agli articoli 5 e seguenti del Progetto di Articoli, infatti, la responsabilità per condotte di privati può essere attribuita allo Stato nel caso in cui il privato sia "empowered by law to exercise elements of the governmental authority" (art. 5), oppure "in fact acting on the instructions of, or under the direction or control of the State" (art. 8); oppure "in fact exercising elements of the governmental authority in the absence or default of the official authorities and in circumstances such as to call for exercise of the elements of that authority" (art. 9). Infine, in base all'art. 11 "conduct which is not attributable to a State under the preceding articles shall [...] be considered an act of the State under international law if and to the extent that the State acknowledges and adopts the conduct as its own" (art. 11). Tirando le somme, l'imputabilità allo Stato delle condotte dei privati può avvenire non solo qualora tali attori privati siano "empowered" dallo Stato ad esercitare funzioni di governo, o quando la loro attività sia svolta sotto il controllo o la direzione dello Stato, ma anche in tutti quei contesti in cui l'ente privato eserciti di fatto funzioni di governo, in assenza di una investitura ufficiale o quando lo Stato sempre in assenza di una investitura ufficiale riconosca *ex post* la condotta del privato come propria¹⁴.

Per quanto riguarda il secondo criterio di responsabilità dello Stato, esso costituisce una applicazione della regola secondo la quale gli Stati sono responsabili allorché essi violino l'obbligo di proteggere o di rimediare agli atti dei privati che sono in contrasto con norme internazionali sui diritti umani. In tali ipotesi non è la condotta del privato ad implicare la responsabilità dello Stato; quest'ultima viene in rilievo solo qualora lo Stato integri alla condotta illecita del privato la sua personale condotta illecita omissiva mancando di prevenire o di porre rimedio alla prima. Siffatto criterio di responsabilità, si fonda dunque sulla teoria dei c.d. 'obblighi positivi' che derivano dalle norme sui diritti umani e sul dovere *due diligence* che grava sullo Stato nella esecuzione di tali obblighi; esso ha ricevuto ufficiale riconoscimento proprio nella particolare formulazione del summenzionato art. 11 del Progetto di articoli della Commissione di diritto internazionale e soprattutto sembra trovare conforto nella giurisprudenza degli organismi di monitoraggio sui diritti umani. In questo contesto, in effetti, ed in particolare nell'ambito dei sistemi regionali sui diritti umani (Convenzione europea dei diritti dell'uomo, Convenzione americana sui diritti dell'uomo, Carta Africana dei diritti dei popoli), l'esercizio di un siffatto controllo indiretto sulle

¹⁴ Per una analisi del tema dell'imputabilità allo stato di atti di privati alla luce del Progetto di Articoli rinviamo a M. SPINEDI, *La responsabilità dello Stato per comportamenti di private contractors*, in M. SPINEDI, A. GIANNELLI, M.L. ALAIMO, *La Codificazione della responsabilità internazionale degli Stati alla prova dei fatti*, Milano, 2006, p. 67 ss., e alla bibliografia *ivi* citata.

attività degli attori economici privati è già giuridicamente possibile semplicemente attraverso il riconoscimento che tra gli obblighi che derivano sugli Stati dalle norme convenzionali sui diritti umani vi è quello di adottare la dovuta diligenza nella prevenzione e nella repressione delle violazioni ‘private’ delle norme convenzionali. La conseguenza è che in siffatti sistemi lo Stato sarà responsabile sul piano internazionale di tali violazioni nel caso in cui abbia ommesso di esercitare la diligenza all’uopo richiesta.

L’applicazione di una forma siffatta di responsabilità dello Stato implica un duplice ordine di considerazioni. La prima è che in siffatte ipotesi il controllo indiretto sulle attività di enti privati può essere attivato anche nel quadro del diritto di ricorso individuale e ciò rappresenta un aspetto estremamente positivo dal momento che si attribuisce agli individui lesi da attività economiche private un rimedio nel caso di inazione da parte di autorità statali¹⁵. In secondo luogo, e cosa di estremo interesse quando si consideri la facilità con cui le imprese transnazionali si sottraggono ai tentativi di regolamentazione da parte degli Stati, è che l’applicazione di tale regime di responsabilità potrebbe consentire il controllo sulla condotta extraterritoriale delle imprese di uno Stato e costituire, pertanto, una sorta di risposta giuridica al fenomeno della delocalizzazione delle attività produttive a fini di *dumping sociale*. Purtroppo, allo stato attuale della prassi internazionale l’applicazione di un tale criterio di responsabilità non sembra essere (o almeno non ancora) possibile, nella misura in cui i trattati internazionali sui diritti umani utilizzano una nozione essenzialmente territoriale di “giurisdizione dello Stato”, con la conseguenza di doversi escludere in tali casi la possibilità di imporre sulle parti contraenti l’obbligo di controllare la condotta extraterritoriale dei propri cittadini, siano essi persone fisiche o persone giuridiche¹⁶.

¹⁵ Per quanto attiene alla giurisprudenza relativa alla responsabilità dello Stato per “violazioni private” delle convenzioni regionali sui diritti umani, con riferimento al sistema CEDU si veda Corte europea dei diritti umani, *López Ostra c. Spagna*, ricorso n. 16798/90, sentenza del 9 dicembre 1994; *Hatton e altri c. Regno Unito*, ricorso n. 36022/97, sentenza del 2 ottobre 2001; *Guerra e altri c. Italia*, ricorso n. 14967/89, sentenza del 19 febbraio 1998; *Fadeyeva c. Russia*, ricorso n. 55723/00, sentenza del 9 giugno 2005; *Tatar c. Romania*, ricorso n. 67021/01, sentenza del 27 gennaio 2009. Quanto alla prassi degli altri sistemi regionali rinviamo a M. FASCIGLIONE, *La tutela internazionale dei diritti umani e le imprese: quali responsabilità?*, in L. CIMMINO, N. RAMPAZZO, *Diritti umani nell’era della globalizzazione e dei conflitti*, Napoli, 2008, pp. 53-54. Più in generale, si vedano anche A. CLAPHAM, *Human rights in the private sphere*, Oxford, 1996; E. FURA-SANDSTROM, *Business and Human Rights – Who Cares?*, in L. CAFLISCH, J. CALLEWAERT, R. LIDDELL, P. MAHONEY, M. VILLIGER (eds.), *Liber amicorum Luzius Wildhaber. Human Rights – Strasbourg Views*, Kehl, 2007, p. 159 ss.

¹⁶ Ad esempio ciò è quanto avvenuto nel sistema della Convenzione europea dei diritti dell’uomo, dove la Corte di Strasburgo nell’attestarsi su di una interpretazione del concetto di giurisdizione fortemente ancorata al dato territoriale, ha stabilito che le parti contraenti della Convenzione non sono responsabili di condotte poste in essere al di fuori dei propri confini territoriali, e ciò a meno che essi non esercitino un controllo de facto sull’area geografica in cui tale condotta si è verificata. (cfr. Corte europea dei diritti umani, *Bankovic e altri c. Belgio e altri*, ricorso n. 52207/99, decisione del 12 dicembre 2001). Per una analisi dell’incidenza di siffatta nozione di giurisdizione sui

La tendenziale impunità¹⁷ che si accompagna alle violazioni dei diritti umani da parte delle multinazionali vale, ovviamente, anche in relazione all'ordinamento europeo. Le imprese multinazionali aventi sede legale negli stati membri dell'Unione europea difficilmente sono destinatarie di sanzioni nell'eventualità che le loro operazioni commerciali *off-shore* determinino violazioni dei diritti umani in altri paesi. Ciò è oltremodo vero quando le multinazionali europee, estendendo le proprie attività commerciali oppure creando società sussidiarie dotate di distinta personalità giuridica, decidono di effettuare investimenti nei paesi in via di sviluppo per sfruttare la mancanza di interesse nella salvaguardia dei diritti umani da parte delle autorità locali di governo di questi paesi, o l'incapacità di questi ultimi ad assicurare in modo effettivo la garanzia di tali diritti. Nelle pagine che seguono si cercherà di passare in rassegna gli sforzi compiuti a livello di ordinamento giuridico dell'Unione europea¹⁸, se non per porre fine, almeno per circoscrivere l'impunità delle multinazionali operanti nell'ambito geografico europeo. Al pari di quanto avviene a livello più generale, anche il dibattito europeo in materia di responsabilità delle società multinazionali per violazione dei diritti umani implica per l'interprete le medesime le difficoltà ed i medesimi dilemmi che si pongono quando si affronta il problema della regolamentazione internazionale di tali fattispecie. È preferibile il ricorso a meccanismi di autoregolamentazione e di *soft-law* nonché ai c.d. incentivi di mercato, introducendo in via esemplificativa criteri di selezione etica e sociale nelle procedure di *public procurement*, incoraggiando la certificazione e l'etichettatura sociale ed ambientale in modo da consentire che siano gli stessi consumatori a sanzionare le pratiche di business non etiche, oppure devono essere privilegiate soluzioni che favoriscono una regolamentazione giuridicamente vincolante? In tale seconda ipotesi, che tipo di regolamentazione conviene utilizzare: quella fondata sugli schemi civilistici del risarcimento dei danni oppure quella fondata su schemi penalistici e che può essere dotata di un maggiore effetto deterrente e dunque di maggiore effettività? Come vedremo nel corso di questa pagine il sistema europeo di... *responsabilizzazione* delle multinazionali a

tentativi di regolamentazione della condotta delle imprese a fini di salvaguardia dei diritti umani si veda O. DE SCHUTTER, *The Accountability of Multinationals for Human Rights Violations in European Law*, in P. ALSTON (ed.), *Non-State Actors and Human Rights*, Oxford, 2005, p. 227 ss. e soprattutto pp. 234-251.

¹⁷ Cfr. S. JOSEPH, *Taming the Leviathans: Multinational Enterprises and Human Rights*, in *Netherlands International Law Review*, 1999, p. 171 ss.

¹⁸ Non è possibile, per evidenti motivi di spazio, passare in rassegna l'azione del Consiglio d'Europa, l'altra grande organizzazione regionale operante in Europa, in tema di impatto delle attività del settore economico privato sulla salvaguardia dei diritti umani. In tale organizzazione, il tema in esame è emerso sia in relazione alle attività dell'Assemblea parlamentare ed in particolare nella risoluzione n. 1392 (2004) in materia di *shareholders activism* (cfr. Risoluzione n. 1392 (2004) su *Corporate Ethics in Europe*), nonché come visto poco più sopra nell'ambito della Convenzione europea per i diritti umani, in relazione all'emersione della categoria delle c.d. 'violazioni private' della Convenzione.

fini di salvaguardia dei diritti umani sembra orientarsi verso l'integrazione funzionale dei diversi strumenti descritti.

3. Autoregolamentazione e responsabilità sociale delle società multinazionali europee

Nell'Unione europea l'emersione di sistemi di autoregolamentazione sulle attività delle multinazionali a fini di protezione dei diritti umani, avviene nel quadro più generale del dibattito in corso presso le istituzioni dell'Unione relativamente al tema della c.d. responsabilità sociale delle imprese - RSI (nella terminologia inglese *Corporate social responsibility* - CSR) nonché relativamente alla questione, strettamente connessa, riguardante la definizione all'interno dell'Unione di politiche destinate al raggiungimento di uno sviluppo sostenibile e alla massima integrazione e coesione sociale. Ebbene il tema dell'impatto delle operazioni di business delle multinazionali europee sulla protezione dei diritti dell'uomo e dell'ambiente è presente nella agenda delle istituzioni comunitarie sin dal 1973 quando la Commissione europea sottoponeva al Consiglio dei ministri la Comunicazione dell'8 Novembre 1973 dal titolo "*Multinational Undertakings and the Community*" e con la quale avanzava una proposta diretta all'elaborazione di un quadro normativo destinato a vigilare sugli eventuali danni cagionati dalle operazioni economiche e commerciali delle multinazionali europee¹⁹. A partire da allora l'attenzione da parte delle istituzioni europee verso la questione dell'impatto sui diritti umani delle operazioni economiche e commerciali delle imprese europee è stato oggetto di una crescita costante ma che, tuttavia, non ha prodotto risultati particolarmente soddisfacenti e questo nonostante il fatto che l'Unione, ed in particolar modo la Commissione europea, abbia recentemente dichiarato di voler divenire un "polo di eccellenza"²⁰ nella *subjecta materia*.

Più in particolare, la prima, ed ufficiale, presa di posizione da parte delle Istituzioni europee è rappresentata senz'altro dall'adozione, avvenuta nel Settembre 1977 del Codice di Condotta per le imprese europee operanti in Sudafrica²¹. Il Codice adottato nel quadro della *Cooperazione politica europea* (CPE), predecessore della PESC, invitava le imprese operanti in Sudafrica a trattare i propri dipendenti in modo equo, ad assicurare la libertà di associazione e ad incoraggiare e sostenere il processo di formazione di rappresentanze sindacali dei lavorato-

¹⁹ COM(73)1930 def. del 7 novembre 1973.

²⁰ Cfr. la Comunicazione della Commissione europea COM(2006)136 def. del 22 Marzo 2006 relativa a "Il partenariato per la crescita e l'occupazione: fare dell'Europa un polo di eccellenza in materia di responsabilità sociale delle imprese", inedita (ma disponibile al sito ec.europa.eu/social/main.jsp?catId=331&langId=en).

²¹ Cfr. *Codes of Conduct for European Community Companies with Subsidiaries, Branches or Representation in South-Africa*, pubblicato in *International Legal Materials*, 1985 p. 1477 ss.

ri di colore. Il Codice, peraltro, piuttosto che fissare stringenti obblighi giuridici, si limitava, a richiedere alle imprese europee che avessero deciso volontariamente di adottarlo, di stilare un rapporto annuale circa i progressi raggiunti nell'attuazione delle disposizioni da esso fissate e di depositarne una copia presso i rispettivi governi (art. 7)²². Proprio il sistema dei rapporti periodici, ed il loro deposito attraverso i rispettivi governi nazionali, fu il principale elemento di debolezza del sistema di monitoraggio introdotto dal Codice del 1977. A ben vedere, dal momento che il Codice era uno strumento predisposto nell'ambito della *Cooperazione politica europea* il compito di monitorarne l'attuazione non spettava agli organi comunitari, tantomeno la Commissione, e rientrava, invece, nella competenza degli Stati membri. Ora, in assenza di un accordo sulla predisposizione di un modello di rapporto periodico armonizzato quanto a forma, contenuto, e applicazione, e nonostante i tentativi delle istituzioni comunitarie diretti ad ovviare siffatto problema²³, le informazioni che di volta in volta venivano incluse nei singoli rapporti, secondo le regole fissate da ciascuno Stato, erano così differenti le une dalle altre che non potevano in alcun modo essere oggetto di valutazioni comparative. Tra l'altro il sistema non prevedeva alcuna modalità per costringere le imprese aderenti, ma che non avevano stilato il rapporto, a fornire le informazioni richieste.

Queste carenze sono ancora più evidenti se comparate al sistema di monitoraggio introdotto per sorvegliare l'attuazione di due strumenti simili, adottati nello stesso periodo del Codice del 1977: si tratta delle già menzionate *Linee Guida OCSE per le imprese Multinazionali* del 1976, e della *Dichiarazione Tripartita ILO concernente le multinazionali e la Politica Sociale* del 1977. In effetti, sebbene i meccanismi di monitoraggio delle Linee Guida OCSE e della Dichiarazione Tripartita ILO, entrambe espressione dell'approccio basato sull'autoregolamentazione volontaria, non abbiano di certo brillato per la loro efficacia, almeno questi due strumenti prevedevano un modello standardizzato dei rapporti periodici nonché il riesame periodico dei rapporti stessi affidato a degli organi di monitoraggio istituiti a tal fine²⁴.

²² Tra le informazioni che occorre includere nel rapporto vi era l'indicazione del numero di dipendenti africani di colore che prestavano manodopera per l'impresa, nonché le valutazioni circa i progressi compiuti in ciascuna delle sei aree di applicazione del Codice.

²³ Va segnalato che già poco dopo l'adozione del Codice, le istituzioni comunitarie procedevano all'adozione di una Risoluzione con la quale veniva evidenziato il pericolo di distorsione della concorrenza tra imprese europee operanti in Sudafrica che derivava dall'assenza di una applicazione uniforme del Codice (cfr. *Résolution sur la forme, le statut, le contexte et l'application du code de conduite pour les entreprises de la Communauté ayant des filiales ou des représentations en Afrique du Sud*, in GU C 127 del 21 maggio 1979, par. 10).

²⁴ Quanto alla dottrina in tema di Linee Guida OCSE e di Dichiarazione Tripartita ILO rinviamo a S. C. VAN EYK, *The OECD Declaration and Decisions Concerning Multinational Enterprises. An Attempt to Tame the Shrew*, Nijmegen, 1995; R. BLANPLAIN (ed.), *Multinational enterprises and the social challenges of the XXIst century*, The Hague, 2000; P. GRECO, *Mercato Globale e tutela*

Quando, nel 1993, la creazione di un governo di transizione del Sudafrica condusse all'abbandono del Codice e del suo sistema di rapporti periodici, una valutazione globale dei risultati raggiunti nel corso dei quindici anni della sua applicazione apparve sin da subito poco soddisfacente: in effetti, a partire dal 1985 in poi, il numero di dipendenti rientrante nella sfera di applicazione del codice si era progressivamente contratto (va tuttavia precisato che questo fenomeno fu dovuto, in verità, anche e soprattutto, alla politica di disinvestimento adottata in ambito europeo per protestare contro il regime di *apartheid*). Soprattutto, nel 1990 non era ancora stato raggiunto un riconoscimento generalizzato ed universale dei sindacati dei lavoratori di colore; il 10% della forza lavoro continuava ad essere rappresentato da forza lavoro migrante; il 2% dei lavoratori riceveva ancora uno stipendio inferiore al minimo fissato dagli standard internazionali e il processo di desegregazione razziale che le imprese avrebbero dovuto promuovere ai sensi della sezione 6 del Codice, non era stato completato da un certo numero di imprese²⁵. Nonostante tutti questi limiti il Codice di condotta del 1977 è stato a lungo, e precisamente fino al 1984, l'unico strumento di politica estera delle Comunità utilizzato dalla Commissione nei confronti del Sudafrica.

Più recentemente, poi, le istituzioni europee hanno incominciato a concentrare la propria attenzione sugli aspetti connessi alla promozione della responsabilità sociale delle imprese. In particolare, è a partire dal 1993 epoca dell'insediamento della presidenza di Jacques Delors al vertice della Commissione europea, che quest'ultima ha incominciato a sviluppare un profondo interesse in materia di *corporate responsibility*²⁶. Questo interesse è confluito

del lavoro, Salerno, 2000; e da ultimo P. T. MUCHLINSKI, *Multinational Enterprises and the Law*, Oxford, 2007, in particolare pp. 473-506.

²⁵ I dati sono consultabili in O. DE SCHUTTER, *The Accountability of Multinationals for Human Rights Violations in European Law*, in P. ALSTON (ed.), *Non-State Actors and Human Rights*, Oxford, 2005, pp. 296-297.

²⁶ In questa prima fase un posto di particolare rilievo fu occupato dal Libro Bianco su "*Crescita competitività ed occupazione – Le sfide e le vie da percorrere per entrare nel XXI secolo*" adottato da Delors del 1993. Di fronte alla crisi occupazionale che gravava sui paesi europei, il Libro Bianco, proponeva di impegnarsi a costruire una nuova economia sana, aperta, decentrata, competitiva e solidale. Secondo il punto di vista della Commissione Delors scommettere sulla crescita dell'Europa significava investire sul "capitale umano, la risorsa principale, e sulla superiore competitività rispetto agli altri paesi valorizzando congiuntamente il senso di responsabilità individuale e di responsabilità collettiva, elementi questi che caratterizzano quei valori di civiltà europea che vanno conservati e adattati al mondo di oggi e di domani". Già allora, in risposta al *dumping* sociale esercitato da alcuni paesi asiatici, il Libro Bianco sottolineava come nel lungo periodo una delle soluzioni migliori poteva consistere nel cooperare alla realizzazione delle condizioni necessarie allo sviluppo della domanda nazionale ed al miglioramento delle condizioni di vita dal momento che "lo strumento contro il *dumping* sociale non è erodere il sistema di protezione sociale in Europa o ignorare i diritti all'estero [...] piuttosto contribuire a diffondere tutele sociali". Circa le 'pietre miliari' della tematica in esame in ambito europeo si veda L. CALAFÀ, *Dialogo sociale RSI e governance*, in *Lavoro e Diritto*, 2006, p. 104 ss. nonché R. SOLOMONE, *La responsabilità sociale dell'impresa: riflessioni a margine di una strategia europea sullo sviluppo sostenibile*, in *Diritto delle relazioni industriali*,

nell'istituzionalizzazione del metodo aperto di coordinamento tra istituzioni comunitarie e settore privato finalizzato al raggiungimento di obiettivi prioritari per la comunità in campo sociale. Soprattutto nella sua fase iniziale, il metodo aperto del coordinamento ha riguardato in modo specifico il settore della lotta contro l'esclusione sociale e ha condotto nel 1995 alla creazione del c.d. *European Business Network for Social Cohesion* (che dal 2000 ha preso il nome di "CSR Europe"), quando un gruppo di imprese europee decideva di sottoscrivere la *European Business Declaration against Social Exclusion* aderendo all'appello lanciato nel 1993 da Delors affinché il settore privato divenisse parte attiva della soluzione dei problemi strutturali dell'Europa in materia di disoccupazione, ristrutturazione ed esclusione sociale.

Dalla metà degli anni '90 in poi il *metodo aperto del coordinamento* ha allargato la propria sfera di azione all'intero tema della responsabilità sociale delle imprese²⁷. Conseguentemente, nel 1997 il Rapporto *Gyllenhammar*, adottato nell'ambito dell'*High Level Group* sulle conseguenze economiche e sociali derivanti dal cambiamento industriale, suggeriva che le imprese con più di 1000 dipendenti pubblicassero rapporti annuali "per dare conto dell'impatto sociale derivante dalle loro attività". Successivamente, il 15 gennaio del 1999 il Parlamento Europeo procedeva alla adozione della Risoluzione dal titolo "Risoluzione sulle norme comunitarie applicabili alle imprese europee operanti nei PVS: verso un codice di condotta europeo"²⁸. Nella risoluzione il Parlamento non solo incoraggiava l'introduzione di codici di condotta, a condizione che essi fossero efficaci e monitorati da enti indipendenti, ma richiedeva alla Commissione Europea di procedere con la redazione di un progetto di codice di condotta europeo, inizialmente volontario, ed ispirato ai principali strumenti internazionali esistenti, da applicarsi a tutte le multinazionali la cui direzione generale fosse situata nell'Unione europea, nonché ai rispettivi contraenti, fornitori e concessionari. Nella Risoluzione inoltre, il Parlamento Europeo faceva appello alla Commissione Europea ed al Consiglio europeo per costituire una Piattaforma Europea di Controllo (c.d. *European Monitoring Platform*) con compiti di monitoraggio sull'attuazione del futuro codice di condotta da parte delle multinazionali europee, e proponeva che, fintantoché siffatta Piattaforma non fosse stata creata, il monitoraggio fosse assicurato attraverso l'organizzazione di udienze annuali sull'argomento, incaricando un relatore di riferire sulle prassi delle compagnie.

2004, p. 379 ss., e A. TURSI, *La responsabilità sociale delle imprese e l'Unione europea*, in M. NAPOLI (a cura di), *La responsabilità sociale delle imprese*, Milano, 2005, p. 23 ss.

²⁷ Sul metodo aperto di coordinamento e, più in generale, sull'utilizzo del principio di cooperazione nelle interazioni tra ordinamento europeo e ordinamenti nazionali, nonché nel coinvolgimento di soggetti non istituzionali si veda O. PORCHIA, *Principi dell'ordinamento europeo. La cooperazione pluridirezionale*, Bologna, 2008, ed in particolare pp.124-127. Più in generale relativamente alle diverse forme con cui si manifesta la funzione 'regolatrice' dell'Unione si veda B. EGELUND OLSEN, *Regulation in EU*, København, 2006.

²⁸ Cfr. Risoluzione A4-0508/1998 del 15 gennaio 1999, in GU C 104 del 14 aprile 1999, p. 180.

La risoluzione, infine, rivolgeva alla Commissione ed al Consiglio l'invito a procedere con l'elaborazione di una idonea base legale per assicurare una corretta regolamentazione delle operazioni delle imprese europee in tutto il mondo.

Nel 2001, la Commissione europea decideva di adottare un Libro Verde intitolato *"Promoting a European Framework for corporate social responsibility"*²⁹. Nel Libro Verde, la Commissione nel proporre l'inizio di un ampio dibattito al fine di creare un quadro europeo di promozione della responsabilità sociale delle imprese, ha fornito la definizione tutt'oggi più accettata degli aspetti di autoregolamentazione propri della "responsabilità sociale d'impresa": essa è descritta, infatti, come *"l'integrazione su base volontaria, da parte delle imprese, delle preoccupazioni sociali ed ecologiche nelle loro operazioni commerciali e nei loro rapporti con le parti interessate"*³⁰. Il Libro Verde distingue due dimensioni della responsabilità sociale delle imprese: da un lato, la dimensione interna rileva prevalentemente i temi e le questioni di carattere endogeno, interno all'organizzazione dell'impresa (in via esemplificativa quelle riguardanti la gestione delle risorse umane, quelle riguardanti la sicurezza e la salute sul lavoro, ecc.); dall'altro lato la dimensione esterna della responsabilità sociale delle imprese fa rinvio a tutte quelle problematiche di carattere esogeno e che attengono alle relazioni con le comunità locali, quelle con gli azionisti, e ogni altra parte interessata (partner commerciali e fornitori, clienti, poteri pubblici e organizzazioni della società civile, ecc.).

In seguito ai positivi riscontri ricevuti dal Libro Verde³¹, nel luglio 2002 la Commissione procedeva alla pubblicazione della Comunicazione *"Responsabilità sociale delle imprese: un contributo delle imprese allo sviluppo sostenibile"*³². La Comunicazione del 2002 si pone in una prospettiva di continuità con il Libro Verde ed anzi con essa la Commissione accentua ancora di più l'approccio per così dire *business-oriented* al problema del rapporto tra attività economiche del settore privato e salvaguardia di valori essenziali per la società internazionale. La Comunicazione in effetti, si caratterizza per l'enfasi posta sul momento dell'autoregolamentazione e sull'importanza di un approccio volontario alla ma-

²⁹ Cfr. COM(2001)366 def. del 18 luglio 2001.

³⁰ Si veda in modo particolare il paragrafo 20 del Libro Verde.

³¹ La Commissione riceveva all'incirca 250 risposte ufficiali alla pubblicazione del Libro Verde; di queste circa la metà proveniva da organismi di rappresentanza dei datori di lavoro, delle imprese. Gran parte dei commenti al Libro Verde esprimevano il proprio sostegno al suo contenuto, confermando l'utilità e la necessità di avviare il più ampio dibattito in materia di responsabilità sociale d'impresa. In tutti i casi, veniva espresso parere favorevole all'azione della Commissione europea in questa materia. I commenti che provenivano dal settore delle organizzazioni non governative e della società civile non erano, tuttavia, privi di posizioni di critica all'approccio della Commissione spesso definito come "difettoso" a causa della totale assenza di qualsivoglia considerazione diretta all'introduzione di meccanismi di monitoraggio e di *compliance* (si veda in particolare la posizione espressa da Amnesty International, disponibile su ec.europa.eu/employment_social/social/csr/csr_responses.htm#30).

³² Cfr. COM(2002)347 def. del 2 luglio 2002.

teria, in sintonia con quanto richiesto dallo stesso settore privato, nonché sulla necessità di accrescere la consapevolezza delle imprese sul valore commerciale di tali strumenti, affinché aumentino le adesioni spontanee. Nell'assenza di proposte riguardanti gli aspetti regolamentari, della materia il risultato principale della Comunicazione, si traduce nella proposta di creazione di un network tra i manager del settore privato europeo. Viene, pertanto, istituito l'*European Multi-Stakeholders Forum on Corporate Social Responsibility* (EMS Forum on CSR), promosso dalla Commissione stessa al fine di unire nel dialogo 40 organizzazioni europee rappresentative del mondo degli affari, dei sindacati, dei gruppi di consumatori e delle organizzazioni non governative per promuovere innovazione, convergenza e trasparenza sulle pratiche e sugli strumenti esistenti³³.

Nell'aprile del 2003 il Parlamento europeo ha pubblicato il proprio Rapporto sulla Comunicazione della Commissione dell'anno precedente. Il Rapporto, che contiene anche i commenti e le opinioni depositate dalle principali commissioni del Parlamento (industria, commercio con l'estero, ricerca e energia, ambiente, salute pubblica e politica dei consumatori, sviluppo e cooperazione, diritti delle donne e pari opportunità) costituisce una forte critica alla metodologia adottata dalla Commissione europea per avviare all'interno delle istituzioni dell'Unione il dibattito sulla CSR e, in particolare, al fatto che il Parlamento sia stato completamente escluso dal processo di consultazione³⁴.

Nel 2006 dopo diversi rinvii la Commissione pubblica una nuova Comunicazione; la Comunicazione relativa al varo della "*Alleanza europea per la responsabilità sociale delle imprese*"³⁵. Nuovamente l'enfasi della Commissione è sull'approccio dell'autoregolamentazione volontaria da parte delle imprese e nuovamente ciò indurrà il Parlamento ad esprimere le proprie perplessità circa l'approccio adottato dalla Commissione. Da ultimo, infatti, con la Risoluzione su

³³ Il *Multistakeholder forum* ha incominciato ad operare nel 2002 e nel 2004 ha presentato il suo primo rapporto. L'aspetto più interessante della comunicazione della Commissione del 2002 è l'idea della necessità dell'adozione di una metodologia di *mainstreaming* alla materia in esame e cioè della progressiva integrazione della CSR in tutte le politiche dell'Unione: da quelle riguardanti il settore del lavoro e delle politiche sociali a quelle relative al settore dell'industria, da quelle relative al settore ambientale a quelle riguardanti le problematiche della concorrenza e agli appalti pubblici. Sulla nozione di *mainstreaming* così come elaborata originariamente in ambito ONU, in riferimento al settore dei diritti umani ed in particolare ai diritti delle donne, rinviamo a P. ALSTON, *Diritti umani e globalizzazione*, Firenze, 1998 nonché, più recentemente, G. OBERLEITNER, *A Decade of Mainstreaming Human Rights in the UN: Achievements, Failures, Challenges*, in *Netherlands Quarterly of Human Rights*, 2008, pp. 359-390.

³⁴ In effetti, la Commissione europea procedeva con la pubblicazione della Comunicazione del 2002 nonostante il fatto che la risposta del Parlamento europeo al Libro Verde non fosse stata ancora resa nota ufficialmente.

³⁵ Cfr. Comunicazione della Commissione "Implementing the Partnership for Growth and jobs: Making Europe a Pole of Excellence on Corporate Social Responsibility", COM(2006)136 def. del 22 marzo 2006.

“*Responsabilità sociale delle imprese: un nuovo partenariato*” del 13 marzo 2007, il Parlamento pur accettando la definizione di responsabilità sociale d’impresa così come formulata dalla Commissione, ne sottolinea nuovamente i limiti. Ancora una volta, il Parlamento evidenzia la necessità non solo di un monitoraggio indipendente ma anche della istituzionalizzazione di un meccanismo europeo di controllo sulle attività extraterritoriali delle imprese. Conformemente a tali premesse, la Risoluzione contiene una serie di richieste presentate alla Commissione e precisamente:

a) intraprendere gli studi necessari per valutare le modalità di creazione di meccanismi giurisdizionali di indennizzo dinanzi ai tribunali nazionali degli Stati membri per le vittime (anche quando cittadini di paesi terzi) delle operazioni extraterritoriali di imprese europee;

b) provvedere, in tali situazioni, al riconoscimento del diritto a un processo equo e accessibile alle vittime;

c) procedere alla nomina di un *ombudsman* dell’Unione europea per la responsabilità sociale d’impresa che svolga indagini indipendenti su questioni attinenti le sue competenze previa richiesta di imprese o di qualsiasi gruppo di soggetti interessati.

Una valutazione delle scelte politico-legislative adottate sino ad ora dalla Commissione europea circa l’impatto delle attività delle multinazionali sulla salvaguardia dei diritti umani, a nostro sommo avviso, non può non essere negativa. L’azione della Commissione in questa materia è stata incompleta, dal momento che essa ha mostrato un evidente atteggiamento di favore verso l’approccio dell’autoregolamentazione, evidenziando, al contrario, una scarsa inclinazione all’introduzione di un sistema europeo di regolamentazione e di monitoraggio sulla condotta extraterritoriale delle imprese comunitarie. Questo in netto contrasto con le posizioni di altre istituzioni dell’Unione ed in modo particolare di quella del Parlamento europeo fondata, più correttamente, sulla necessaria integrazione tra il momento dell’autoregolamentazione e quello della regolamentazione giuridica. La carenza evidenziata è ancora più grave qualora si consideri che l’esercizio extra-territoriale della *prescriptive jurisdiction* è, invece, generalmente accettato non solo in altri contesti regionali³⁶ ma è riconosciuto anche all’interno dello stesso ordinamento dell’Unione in specifici settori considerati di particolare rilievo³⁷. In secondo luogo, anche perché in base al diritto dell’Unione

³⁶ È il caso ad esempio dell’ordinamento giuridico degli Stati Uniti che estende con effetti extraterritoriali la disciplina nazionale oltre che in materia di concorrenza anche, per esempio, nel settore della lotta alla corruzione. In materia di limiti giurisdizionali alla regolamentazione extraterritoriale rinviamo a P. MUCHLINSKI, *Multinational Enterprises and the Law*, cit., p. 125 ss.

³⁷ Questo è il caso, ad esempio, del settore della concorrenza, in cui la Commissione prima e la Corte di Giustizia poi, non hanno mostrato grosse esitazioni ad applicare extraterritorialmente la normativa europea, ed in particolare gli articoli 81 e 82 CE (ora articoli 101 e 102 TFUE), alle filiali di gruppi aventi sede in Europa in base al principio della c.d. ‘unità di interessi’, e questo al fine di attribuire le condotte anticoncorrenziali della sussidiaria (nonostante la distinta personalità

le imprese aventi sede nell'Unione sono senz'altro destinatarie di obblighi giuridicamente vincolanti finalizzati a proibire eventuali condotte non conformi con la normativa comunitaria e la stessa Commissione è dotata di ampi poteri per far rispettare tale normativa potendo giungere ad investigare situazioni specifiche e a comminare multe alle imprese che ne abbiano violato il contenuto³⁸. In linea di principio, dunque, l'ordinamento dell'Unione avrebbe tutte le carte in regola per poter regolamentare la condotta delle società multinazionali a fini di tutela dei diritti umani e, per giunta, potendo raggiungere un grado di effettività delle protezione senza equivalenti in altri ordinamenti giuridici sovranazionali.

4. Responsabilità e regolamentazione giuridica delle imprese europee nell'ordinamento dell'UE

L'imposizione sulle multinazionali domiciliate nell'Unione Europea di determinati obblighi giuridici al fine di assicurare che esse rispettino le garanzie sui diritti umani nell'ambito delle proprie attività extraterritoriali, è una questione che può essere esaminata secondo una duplice visuale. In primo luogo, le imprese possono essere sottoposte ad un regime di responsabilità civile destinato al risarcimento dei danni derivanti dalle violazioni dei diritti umani sia che queste siano compiute direttamente, ad esempio nel caso in cui la violazione derivi direttamente dalla condotta della società stessa, o indirettamente quando la violazione è posta in essere nel quadro delle attività di una sua controllata. In secondo luogo, in alcune determinate aree particolarmente sensibili, e a determinate condizioni, è possibile rilevare una tendenza nell'ordinamento giuridico europeo all'introduzione di un regime di responsabilità penale in capo all'impresa. Esami-

giuridica) alla casa madre nel caso in cui risulti che quest'ultima abbia agito attraverso la sussidiaria proprio per violare le norme comunitarie sulla concorrenza (cfr. Corte di giustizia delle Comunità europee, *Stora Kopparbergs Bergslags AB*, causa C-286/98, sentenza del 16 novembre 2000, appello del caso *Stora Kopparbergs Bergslags c. Commissione*, causa T-354/94, sentenza del 14 maggio 1998). In materia di applicazione extraterritoriale del diritto comunitario si veda N. DIACAKIS, *Problèmes liés aux effets extraterritoriaux des normes communautaires*, Bruxelles, 2000, in particolare p. 35 ss.

³⁸ A parte il settore della concorrenza (cfr. la nota precedente) questo vale anche in materia di diritti fondamentali almeno nella misura in cui la loro tutela sia funzionale all'affermazione delle c.d. quattro libertà; in tal senso in relazione alla lotta alla discriminazione si veda Corte di giustizia delle Comunità europee, *Walrave c. Association Union Cycliste Internationale*, causa 36/74, sentenza del 12 dicembre 1974; *Defrenne c. Société Anonyme Belge de Navigation Aérienne Sabena*, causa 43/75, sentenza del 8 aprile 1976. Tali decisioni si basavano sul fatto che la terminologia del trattato di Roma in relazione al divieto di discriminazione per motivi di nazionalità o di genere, non distingue tra entità pubbliche ed entità private. Sul punto si veda A. CLAPHAM, *Human Rights in the Private Sphere*, cit., p. 248 ss. In generale, in materia di poteri di sanzione delle Comunità cfr. M. POELEMANS, *La sanction dans l'ordre juridique communautaire*, Paris, 2004, p. 197 ss.

neremo qui di seguito il primo aspetto rinviando al prossimo paragrafo l'esame della responsabilità penale delle persone giuridiche nell'ordinamento europeo.

4.1. La responsabilità civile: la Convenzione di Bruxelles del 1968, il regolamento (CE) 44/2001 e il dibattito sulla creazione di un European Tort Claims Act

Nel preambolo della già citata “*Risoluzione sulle norme comunitarie applicabili alle imprese europee operanti nei PVS*” del 15 gennaio 1999³⁹, il Parlamento affermava che la risoluzione poggiava su tre pilastri normativi: il vecchio articolo 220 CE (adesso abrogato) in tema di reciproco riconoscimento delle sentenze giurisdizionali; la Convenzione di Bruxelles del 1968 sulla giurisdizione e sul reciproco riconoscimento delle sentenze in materia civile e commerciale; l’Azione comune del 24 febbraio 1997 adottata dal Consiglio sulla base del vecchio art. K.3 del trattato sull’Unione europea (divenuto prima art. 31 UE e poi sostituito dagli articoli 82, 83 e 85 TFUE) riguardante la lotta alla traffico di esseri umani e allo sfruttamento sessuale dei minori. La parte operativa della risoluzione non opera ulteriori riferimenti a tali testi ma il progetto di risoluzione come predisposto dal relatore includeva un paragrafo (il par. 24) in base al quale il Parlamento europeo richiedeva al Consiglio di confermare la possibilità di interpretare la Convenzione di Bruxelles nel senso di consentire che “for cases of basic duty of care, legal action may be taken against a company in the E.U. country where its registered office is, in respect of any third country throughout the world, and calls on the Commission to study the possibility of enacting legislation, which open European courts lawsuits involving damage done by MNEs, thus creating a precedent for developing customary international law in the field of corporate abuse”. Sebbene tale proposta sia stata derubricata in sede di adozione del testo definitivo di Risoluzione⁴⁰, l’utilizzo del meccanismo di giurisdizione extraterritoriale fissato dalla Convenzione di Bruxelles, come strumento per convenire in giudizio le imprese europee per i danni cagionati all’estero nell’ambito delle rispettive operazioni commerciali è senz’altro azionabile anche in virtù del fatto che la Convenzione del 1968 nel frattempo è stata “comunitarizzata” con il Regolamento (CE) 44/2001⁴¹.

³⁹ La risoluzione del 1999 è nota anche come *Risoluzione Howitt* dal nome del parlamentare britannico Richard Howitt autore della mozione finalizzata alla adozione della risoluzione, nonché relatore in assemblea sulla stessa.

⁴⁰ Il par. 24 fu respinto con 96 voti contro e 89 a favore.

⁴¹ In questo stesso senso, si veda G. BETLEM, *Transnational Litigations against Multinational Corporations before Dutch Civil Courts*, in M. T. KAMMINGA, S. ZIA-ZARIFI (eds.), *Liability of Multinational Corporations Under International Law*, The Hague, 2000, p. 283 ss.; nonché O. DE SCHUTTER, *The Accountability of Multinationals for Human Rights Violations in European Law*, in P. ALSTON (ed.), *Non-State Actors and Human Rights*, Oxford, 2005, pp. 263-264.

A ben vedere, il processo di armonizzazione a livello europeo delle condizioni relative all'esercizio della competenza giurisdizionale, come derivante dal processo di 'comunitarizzazione' della Convenzione di Bruxelles, ha comportato l'introduzione a favore dei tribunali nazionali degli Stati dell'Unione Europea di una specifica competenza giurisdizionale in materia di responsabilità extracontrattuale per accertare la responsabilità civile delle condotte di persone residenti nel territorio dell'Unione che cagionino danni a cose o persone⁴². Tale competenza giurisdizionale si applica indipendentemente dal dove questi danni si verificano e anche nel caso in cui il danno si sia verificato o sia causato al di fuori del territorio degli Stati membri dell'Unione. Uno dei corollari derivanti da siffatto processo di armonizzazione riguarderebbe la possibilità di applicare tale sistema alle azioni di risarcimento dei danni derivanti dalle violazioni di norme sui diritti umani compiute all'estero nel quadro delle operazioni economiche delle multinazionali europee.

Ora, in base all'art. 2, par. 1, del Regolamento (CE) 44/2001⁴³ "*person domiciled in a Member State shall, whatever their nationality be sued in the courts of that Member State*". Ancora, l'art. 60, par. 1, del medesimo Regolamento chiarisce cosa debba intendersi per domicilio quando il soggetto convenuto è una persona giuridica; in effetti esso specifica che "a company or other legal person or association of natural or legal persons is domiciled at the place where it has its: (a) statutory seat, or (b) central administration, (c) principal place of business". L'art. 5 del Regolamento, inoltre, disciplina i criteri per stabilire la competenza giurisdizionale. Ebbene tale disposizione fissa un duplice criterio, alternativo, di giurisdizione a favore dei tribunali degli Stati membri. In primo luogo, in materie riguardanti "*torts, delict or quasi-delict*" l'attore può procedere presso i tribunali del posto in cui l'evento dannoso si è verificato o potrebbe verificarsi⁴⁴. In secondo luogo, una persona domiciliata in uno Stato

⁴² Circa i caratteri del regolamento (CE) 44/2001 con riferimento particolare alla materia degli illeciti extracontrattuali si veda G. PIZZOLANTE, *Il regolamento (CE) n. 44/2001 e il foro dell'illecito civile*, in G. CARELLA (a cura di), *Cooperazione giudiziaria ed efficacia delle sentenze: problematiche di diritto internazionale ed europeo*, Bari 2007, p. 71 ss. Più in generale sul tema di veda H. GAUDEMONT-TALLON, *Compétence et exécution des jugements en Europe*, Paris, 2002.

⁴³ L'art. 2 del Regolamento, che è entrato in vigore il 1 Marzo del 2002, corrisponde, quanto a contenuto, all'art. 2 della Convenzione del 1968 (il regolamento è pubblicato in GU L 12 del 16 gennaio 2001).

⁴⁴ È di significativa rilevanza il fatto che la Corte di giustizia abbia voluto chiarire che nel caso in cui il luogo in cui viene posta in essere la condotta che origina la responsabilità da "*tort, delict or quasi-delict*" non corrisponda al luogo in cui materialmente si è manifestato l'evento dannoso, la locuzione "*place where the harmful event occurred*" di cui all'art. 5, par. 3, deve essere intesa sia nel senso che essa si riferisca al luogo in cui si è verificato il danno sia al luogo in cui si è verificata la condotta da cui lo stesso si è originato, di modo che il convenuto può essere citato dall'attore indifferentemente presso i tribunali di uno o dell'altro dei due fori (cfr. Corte di giustizia delle Comunità europee, *Réunion européenne SA e altri*, causa C-51/97, sentenza del 27 ottobre 1998, par. 28). La conseguenza di tale impostazione è che, ad esempio, nel caso in cui il consiglio di

membro può essere citata in un altro Stato membro, per le controversie scaturenti dalle operazioni di un ramo della stessa, di una sua agenzia o di altra filiale, presso i tribunali del luogo in cui sono situati il ramo, l'agenzia o la filiale⁴⁵. Ciò implica che un'impresa domiciliata in uno Stato membro può essere citata in un altro Stato membro nel caso in cui, ad esempio, le operazioni di una sua filiale o di un suo ramo hanno causato i danni per i quali si domanda il risarcimento.

L'insieme coordinato di queste disposizioni sembra operi nel senso che i tribunali degli Stati membri dell'Unione europea sono competenti a conoscere azioni civili di risarcimento dei danni cagionati dalle attività di una impresa multinazionale domiciliata in uno degli Stati membri, o da quelle di una sua filiale, e ciò indipendentemente dal luogo in cui sono domiciliate le vittime, ed indipendentemente dalla nazionalità delle vittime stesse. La conseguente azione di risarcimento dei danni potrà essere depositata sia presso i tribunali dello Stato in cui la capogruppo è domiciliata, oppure, nel caso in cui la causa del danno sia la condotta di una filiale, presso i tribunali dello Stato in cui è situata la filiale.

Alla luce di siffatti criteri di giurisdizione, ci sembra che il Regolamento (CE) 44/2001⁴⁶ introduca un sistema analogo all'ormai noto *Alien Tort Claims Act* in vigore negli Stati Uniti dal 1789 e che, al pari del suo omologo statunitense, può costituire il fondamento giuridico, per azioni di risarcimento dei danni cagionati ad individui nell'ambito di violazioni dei diritti umani compiuti nel quadro delle operazioni economiche *off-shore* delle società multinazionali domiciliate in Europa. Rispetto all'ATCA, tuttavia, il sistema derivante dalla comunitarizzazione della Convenzione di Bruxelles differisce relativamente ad una serie di aspetti significativi. Il primo riguarda il ricorso a criteri di legittimazione attiva più larghi rispetto all'ATCA. In effetti, mentre l'ATCA può essere utilizzato esclusivamente da attori stranieri, l'ambito di applicazione *ratione personae* del Regolamento (CE) 44/2001 non conosce siffatta limitazione⁴⁷. Il secondo riguarda la diversa incidenza della regola del c.d. *forum non conveniens* e più in gene-

amministrazione di una multinazionale adotti una decisione in uno Stato membro differente da quello in cui l'impresa ha sede, e da tale decisione derivi il danno di cui si chiede il risarcimento, l'attore potrà citare la parte convenuta presso i tribunali del primo Stato membro, cioè del luogo in cui la decisione è stata adottata. Si tratta di una interpretazione diretta ad evitare che un'applicazione eccessivamente rigida della regola del luogo della sede dell'impresa possa ritorcersi a danno dell'attore quando per questi sia più conveniente intentare l'azione civile nello Stato in cui è stata adottata la decisione da cui è scaturito il danno piuttosto che in quello in cui l'impresa ha sede.

⁴⁵ Cfr. l'art. 5, par. 5.

⁴⁶ E prima del Regolamento, la Convenzione di Bruxelles del 1968.

⁴⁷ La differenza, importante, comunque non deve essere sopravvalutata, e questo da un lato perché tale limitazione nel sistema statunitense è stata eliminata, in relazione ai crimini di tortura e alle esecuzioni arbitrarie compiuti nel quadro di condotte statali, dal *Torture Victim Protection Act* del 1991; in secondo luogo perché alla luce della prassi, nelle azioni civili per danni cagionati dalla violazione dei diritti umani da parte di imprese operanti all'estero, o dalle loro filiali, le vittime sono per la maggior parte cittadini degli Stati che ospitano gli insediamenti produttivi delle multinazionali o delle loro filiali.

rale delle norme che, al pari di siffatta regola, perseguono lo scopo di risolvere i conflitti transfrontalieri sulla competenza giurisdizionale favorendo la competenza di tribunali non europei. In effetti, e a differenza di quanto avviene nel sistema dell'ATCA statunitense, in cui l'eccezione *forum non conveniens* è una strategia sovente utilizzata dalle imprese convenute in giudizio per sottrarsi alla giurisdizione dei tribunali americani, tale regola non potrà trovare applicazione nel sistema istituito dal Regolamento (CE) 44/2001 in quanto "la Convenzione di Bruxelles osta a che il giudice di uno Stato contraente declini la competenza conferitagli dall'articolo 2 della Convenzione medesima sulla base del rilievo che il giudice di uno Stato non contraente costituirebbe un foro maggiormente idoneo a decidere la controversia in questione, anche se non si pone la questione della competenza del giudice di un altro Stato contraente, o tale controversia non presenta alcun altro fattore di collegamento con un altro Stato contraente"⁴⁸. Il terzo elemento di differenza riguarda il diverso ambito di applicazione *ratione materiae* della competenza giurisdizionale su tale tipologia di azioni civili. In effetti, mentre l'ATCA statunitense, ha un contenuto prescrittivo in quanto prevede espressamente la competenza giurisdizionale dei tribunali interni in relazione ad illeciti civili derivanti da violazioni del diritto internazionale, il sistema della Convenzione di Bruxelles del 1968 è differente: esso è strutturato, ed opera, come una norma sulla competenza giurisdizionale mancando di qualsivoglia riferimento prescrittivo-sostanziale, e non fornisce indicazioni circa il diritto applicabile alle eventuali azioni di responsabilità civile intentate ad esempio nei confronti di multinazionali aventi domicilio nell'Unione. Ne deriva che il giudice competente, in conformità a quanto previsto dall'art. 5 della Convenzione, dovrà operare il rinvio al diritto applicabile come determinato in base al criterio della *lex loci commissi delicti*; il giudice comune europeo, in altri termini, applicherà il diritto del luogo in cui è stato compiuto l'evento dannoso⁴⁹.

4.2 La responsabilità penale: lo sviluppo di una disciplina europea della responsabilità penale degli attori economici privati

Uno dei pilastri su cui si basava la citata *Risoluzione Howitt* del 1999 era rappresentato dall'Azione comune in materia di lotta al traffico di esseri umani e allo sfruttamento sessuale dei minori, adottata il 24 febbraio 1997 dal Consiglio in base al vecchio art. K.3 del Trattato sull'Unione europea (divenuto prima art. 31 UE e poi sostituito dagli articoli 82, 83 e 85 TFUE). Sebbene l'Azione comune del 1997 sia stata successivamente integrata dalla decisione Quadro del 19

⁴⁸ Cfr. Corte di giustizia delle Comunità europee, *Owusu c. Jackson*, causa C-281/02, sentenza del 1 marzo 2005, par. 46.

⁴⁹ Tale criterio ad esempio, è applicato dalla legislazione di diritto internazionale privato italiana all'art. 62 della legge n. 218/1995 di riforma di tale sistema.

luglio 2002 in materia di traffico di esseri umani⁵⁰, il rinvio effettuato dal Parlamento europeo resta una significativa testimonianza dell'esigenza che la salvaguardia dei diritti umani dalle interferenze del settore privato può richiedere anche la criminalizzazione delle condotte che costituiscano un attentato a tali interessi. Tanto l'Azione comune, quanto la Decisione Quadro del 2002 combinavano una serie di caratteristiche che sono rinvenibili in tutti gli altri successivi strumenti adottati dall'Unione a fini di armonizzazione penale degli ordinamenti nazionali: in primo luogo l'utilizzo delle competenze dell'Unione nel settore della cooperazione giudiziaria penale per assicurare l'armonizzazione penale degli ordinamenti degli Stati membri in settori di particolare interesse (ivi inclusi la tutela dei diritti umani, la protezione dell'ambiente, ecc.); l'imperativo indirizzato agli Stati a sottoporre al regime di responsabilità penale le persone giuridiche e gli enti privati; l'invito agli Stati membri ad adottare legislazioni nazionali estendenti in via tendenziale la repressione penale extraterritorialmente.

A ben vedere, l'Azione comune e la Decisione-quadro del 2002 testimoniano una corrente di pensiero emergente all'interno delle istituzioni europee che persegue l'idea dell'introduzione della responsabilità penale delle persone giuridiche per sanzionare le gravi ed efferate interferenze di valori sentiti come fondamentali nella società europea ed internazionale. Questa 'riscoperta' della responsabilità penale, si caratterizza, da un lato, nell'inclusione delle imprese, i principali attori dei processi di globalizzazione, in siffatto regime penale, e dall'altro nella circostanza che gli imperativi di origine comunitaria diretti alla punizione delle condotte delle persone giuridiche che sono contenuti nei processi di armonizzazione e di convergenza giuridica stanno favorendo il superamento, in siffatti settori per così dire 'sensibili' (ad es. traffico di esseri umani, anche nel settore della lotta alla corruzione e in quello della salvaguardia dell'ambiente), del principio *societas delinquere non potest*.

Proprio il settore della salvaguardia dell'ambiente sembra essere quello in cui siffatto processo sembra essere maggiormente sviluppato⁵¹. In tale ambito l'azione dell'Unione tiene conto dei principi sanciti nella "Convenzione sulla protezione dell'ambiente attraverso il diritto penale" adottata dal Consiglio d'Europa il 4 novembre 1998, e trae la propria origine dalla preoccupazione delle istituzioni europee per l'aumento dei reati in danno dell'ambiente e per le loro conseguenze, che sempre più frequentemente rivestono carattere transnazionale⁵². Più in particolare, vanno segnalate la direttiva 2008/99/CE del Parlamento

⁵⁰ Cfr. Decisione quadro del Consiglio 2002/626/GAI del 19 luglio 2002.

⁵¹ Sul tema dell'uso della sanzione penale a fini di protezione dell'ambiente a livello europeo si veda M. WATSON, *The Use of Criminal and Civil Penalties to Protect the Environment: a Comparative Study*, in *European Environmental Law Review*, 2006, p. 108 ss.; sia consentito anche il rinvio a M. FASCIGLIONE, *L'internazionalizzazione della tutela dell'ambiente attraverso il diritto penale*, in G. CATALDI, A. PAPA (a cura di), *Ambiente, diritti ed identità culturale*, Napoli 2006, p. 151 ss.

⁵² La Convenzione del Consiglio d'Europa sulla protezione dell'ambiente attraverso il diritto penale (Convenzione n. 172), persegue lo scopo di stimolare le Parti contraenti a criminalizzare le "most

Europeo e del Consiglio del 19 novembre 2008 sulla tutela penale dell'ambiente⁵³, nonché il consolidato della direttiva 2005/35/CE del 7 settembre 2005 come modificata dalla novella del 29 aprile 2009 dalla relativa all'inquinamento provocato dalle navi e all'introduzione di sanzioni per le violazioni come emendata dalla risoluzione del Parlamento del 5 maggio 2009⁵⁴. In effetti, a prescindere dal conflitto istituzionale tra Commissione e Parlamento, da un lato, e Consiglio, dall'altro, generato dai primi tentativi di protezione penale dell'ambiente, e riguardante a chi tra Commissione e Consiglio spettasse la competenza di obbligare gli Stati membri ad adottare sanzioni penali⁵⁵, l'aspetto interessante delle due direttive risiede nel fatto che esse sottopongono ai regimi di responsabilità penale da essi istituiti a fini di salvaguardia dell'ambiente anche gli enti e le persone giuridiche⁵⁶.

La tendenza al superamento, almeno in ambito regionale europeo, del principio *societas delinquere non potest*, in relazione a settori "sensibili" per l'assetto istituzionale europeo, ha avuto evidenti ripercussioni anche in quegli ordinamenti

serious environmental offences" nei confronti dell'ambiente, e a fare ciò anche attraverso l'applicazione di "[...]criminal or administrative sanctions or measures on legal persons on whose behalf an offence referred to in Article 2 or 3 has been committed by their organs or by members thereof or by other representative". Tuttavia, l'aspetto di maggior interesse risiede, forse, nelle modalità con cui la convenzione disciplina l'esercizio della giurisdizione sulle offese all'ambiente che costituiscono dei crimini ai sensi degli articoli 2, 3 e 4. L'art. 5 della Convenzione, infatti, nel confermare i tradizionali criteri di collegamento con il reato prevede al paragrafo 3 la possibilità per gli Stati contraenti di esercitare legittimamente la giurisdizione anche al di fuori delle ipotesi summenzionate, riconoscendo che la Convenzione "does not exclude any criminal jurisdiction exercised by a Party in accordance with its domestic law". Si tratta, come confermato dal Rapporto esplicativo alla Convenzione, dell'introduzione del principio della giurisdizione universale per le gravi offese all'ambiente applicabile a prescindere dal luogo di commissione o da chi le abbia commesse, in quanto trattasi di offese che minacciano "universal values and the interest of mankind".

⁵³ Cfr. Direttiva 2008/99/CE del Parlamento Europeo e del Consiglio del 19 novembre 2008 sulla tutela penale dell'ambiente pubblicata, in GU L 328 del 6 dicembre 2008.

⁵⁴ Cfr. M. FASCIGLIONE, *La comunitarizzazione della tutela penale dell'ambiente e la circolazione marittima: la direttiva 2005/35/CE relativa all'inquinamento provocato dalle navi e all'introduzione di sanzioni per violazioni*, in *Diritti umani e diritto internazionale*, 2009, p. 621 ss.

⁵⁵ Ci riferiamo all'adozione da parte del Consiglio della Decisione-quadro 2003/80/GAI del 27 gennaio 2003 relativa alla protezione dell'ambiente attraverso il diritto penale nonché alla Decisione-quadro 2005/667/GAI del 12 luglio 2005 intesa a rafforzare la cornice penale per la repressione dell'inquinamento provocato dalle navi, entrambe annullate dalla Corte di Giustizia per violazione del riparto di competenze tra Commissione e Consiglio. Cfr. Corte di giustizia delle Comunità europee, *Commissione c. Consiglio*, causa C-176/03, sentenza del 13 dicembre 2005; *Commissione c. Consiglio*, causa C-440/05, sentenza 23 ottobre 2007. Sul punto si rinvia a M. FASCIGLIONE, *L'internazionalizzazione della tutela dell'ambiente*, cit., p. 180 ss. nonché a O. PORCHIA, *Tutela dell'ambiente e competenze dell'Unione Europea*, in *Rivista italiana di diritto pubblico comunitario*, 2006, 17 ss.; K. INGLIS, *Creeping Community Criminal Competences in Environment Law ? The Implications of the ECJ Judgment in Case C-176/03 for the Criminal Law Enforcement of European Community Law*, in *Journal of European Criminal Law*, 2006, p. 9 ss.;

⁵⁶ Cfr. in particolare l'art. 6 della Direttiva 2008/99/CE nonché l'art. 8ter del testo consolidato della Direttiva 2005/35/CE.

nazionali tradizionalmente restii a simili aperture ivi inclusi quelli di tradizione romano-germanica, come il nostro, che hanno intrapreso il sentiero della criminalizzazione delle condotte illecite degli enti giuridici secondo logiche situate a metà strada tra il diritto penale e la repressione di tipo amministrativo⁵⁷.

5. Conclusioni

In un sistema internazionale in cui le relazioni economiche internazionali sono rette da processi di mondializzazione di tipo capitalistico il problema di riconciliare il “fondamentalismo” del mercato⁵⁸, con la necessità di salvaguardare i diritti umani risulta particolarmente complesso e di difficile soluzione. A ben vedere, a partire dalla seconda metà del secolo appena trascorso, i mutamenti nel sistema del commercio e l'avvento di un'economia globale sembrano aver contribuito alla crescita delle violazioni dei diritti umani. I cicli economici degli ultimi anni sono stati caratterizzati dalla progressiva integrazione ed interdipendenza economica su scala mondiale: si tratta di un fenomeno che si è sviluppato di pari passo con l'imporsi sulla scena mondiale di nuovi attori, cioè le società multinazionali in grado di svolgere un ruolo significativo sia in campo economico sia in campo politico. La creazione di un'economia globale, tuttavia, non è stata bilanciata, dall'affermazione di una società globale e, cioè, da un sistema di regole in grado di elaborare gli anticorpi giuridici necessari alla pur naturale evoluzione delle relazioni economiche planetarie. In pratica avviene sempre più spesso che i livelli di garanzia dei diritti diventino reversibili a seconda dei cambiamenti imposti dal mercato. Infatti, in un quadro, caratterizzato dalla progressiva erosione

⁵⁷ Quanto al nostro ordinamento giuridico tale evoluzione sembra essere alla base del d. lgs. 8 giugno 2001, n. 231 recante norme per la “*Disciplina della responsabilità amministrativa delle persone giuridiche, delle società e delle associazioni anche prive di personalità giuridica, a norma dell'articolo 11 della legge 29 settembre 2000, n. 300*”. La particolarità del decreto è che esso introduce una responsabilità degli enti per gli illeciti amministrativi dipendenti da reato che è definita sul piano formale come “amministrativa” ma che opera di fatto secondo schemi processualpenalistici. Sul tema si rinvia in particolare a V. M. CARBONE, *La nuova disciplina della responsabilità amministrativa delle società*, in *Danno e Responsabilità*, 2002, pp. 237ss. Quanto ad altri ordinamenti continentali di *civil law* basti ricordare che già nel corso degli anni '80 e '90 Norvegia, Francia e Finlandia hanno proceduto ad inserire nei rispettivi codici penali disposizioni relative alla criminalizzazione delle persone giuridiche. La Francia ad esempio ha varato nel 1991 una riforma del codice penale al fine di rimuovere il principio della impossibilità di sottoporre a responsabilità penale le “*personnes morales*” di diritto francese e dal 1994 il codice penale francese grazie al combinato disposto degli articoli 121-2 e 213-4 prevede esplicitamente la possibilità di incriminare le persone giuridiche anche per crimini contro l'umanità. Circa le novità introdotte nel diritto penale francese si veda H. ASCENSIO, E. DECAUX A. PELLET (dir.), *Droit international pénal*, Paris, 2000; per una comparazione tra i diversi ordinamenti rinviamo a A. ESER, G. HEINE, B. HUBER (eds.), *Criminal Responsibility of Legal and Collective Entities*, Freiburg, 1999.

⁵⁸ Cfr. U. BAXI, *Market Fundamentalisms: Business Ethics at the Altar of Human Rights*, in *Human Rights Law Review*, 2005, p. 1 ss.

della sovranità statale, ed in cui gli Stati sono sempre meno in grado di incidere sulle decisioni delle multinazionali (sul cosa e dove investire, oppure sul non investire o disinvestire da un determinato paese), l'abbassamento degli standard interni in materia sociale e di lavoro (denominato «*race to the bottom*»), diventa lo strumento privilegiato con cui gli Stati competono tra loro per attrarre gli investimenti. Si tratta, dunque, di una competizione tra sistemi sociali in cui la ricerca di maggiore competitività viene perseguita riducendo gli standard sociali e praticando strategie di c.d. *sweatshop* (termine con cui si indicano luoghi di lavoro caratterizzati da condizioni inumane, bassi salari, ecc.) e di *dumping* sociale.

L'esigenza di contenere questi effetti negativi ha indotto le principali istituzioni internazionali, ad avviare un profondo dibattito circa l'opportunità la creazione di una 'dimensione sociale' della globalizzazione e le ha indotte, sia pure con risultati altalenanti, ad incominciare ad indirizzare al settore privato strumenti destinati alla tutela dei diritti umani e alla promozione di pratiche di business responsabili. Quanto all'azione dell'Unione europea in questo settore, ciò che emerge è, da un lato, il ruolo che l'Unione sta svolgendo dal punto di vista del processo di armonizzazione giuridica dei regimi di responsabilità civile e penale applicabili nei confronti delle società multinazionali ma anche, dall'altro lato, l'eccessiva fiducia che la Commissione europea ripone nell'approccio volontaristico e nella capacità del settore privato di auto-regolamentazione e di *self-restraint*. In breve, in materia di responsabilizzazione delle imprese a fini di tutela dei diritti umani, esiste all'interno delle istituzioni europee un latente conflitto tra volontarismo e massimalizzazione normativa, e cioè tra l'assegnazione al settore privato del potere di auto-selezionare, di scegliere da sé quali norme sui diritti umani applicare (e quali non applicare) alle proprie operazioni di business da un lato, e, dall'altro lato, la consapevolezza della necessità che proprio per evitare il fenomeno del *forum shopping* normativo da parte delle imprese occorre applicare alle imprese i più alti standard normativi esistenti in materia. In ciò risiede forse, e a nostro sommo avviso, il limite che sino ad ora ha caratterizzato la posizione della Commissione europea: a ben vedere la Commissione cade esattamente nello stesso errore che caratterizza la posizione contro cui essa intende reagire: *one size does not fits for all!*

In effetti, se è accettabile l'idea che la responsabilizzazione delle imprese a fini di tutela dei diritti umani non possa essere realizzata pienamente attraverso un approccio esclusivamente regolamentare, allo stesso modo l'autoregolamentazione da sola non basta. A ben vedere la nozione di *corporate responsibility* in materia di diritti umani rinvia, sotto un certo punto di vista, alle condivisibili esigenze di autoregolamentazione volontaria che costituiscono una parte consistente del dibattito economico, sociologico e filosofico contemporaneo sull'etica d'impresa⁵⁹; sotto un altro punto di vista, tuttavia essa rinvia anche a tutta una

⁵⁹ In materia si veda da ultimo G. BOSI, *Autoregolazione societaria*, Milano, 2009. Si muove, invece, lungo una chiave di lettura di comparazione tra l'azione delle istituzioni ONU e quella delle

serie di aspetti giuridici che tendono a riconoscere precise responsabilità, con le conseguenti modalità di *enforcement*, sulle imprese. Questi due versanti sono strettamente collegati, complementari ed interdipendenti, e nessuno dei due può essere considerato da solo prevalente ed esaurire l'argomento. L'autoregolamentazione, intesa come partecipazione al processo di formazione di standard e principi, è, come ci insegna lo stesso sistema di diritto internazionale, un momento senza dubbio fondamentale, ma l'autoregolamentazione non può da sola assolvere la funzione di 'garanzia' di siffatti standard e di siffatti principi, dal momento che tale funzione richiede, ad esempio, la predisposizione di procedure di attuazione e di controllo. E questo è un compito che spetta al diritto. Proprio sotto questo aspetto, forse, è rilevabile una sorta di 'peccato originale' con cui sino ad oggi la Commissione europea ha affrontato il tema della *corporate social responsibility*: facendo esclusivo riferimento agli aspetti dell'autoregolamentazione e affidandosi ciecamente alla idoneità delle forze del mercato di originare buone prassi. A chi scrive pare, invece, che così facendo si fornisca una rappresentazione parziale del fenomeno. Lasciare il rispetto dei diritti umani all'autoregolamentazione volontaria e alle forze del mercato non è sufficiente. Se così non fosse, avremmo dovuto aspettarci una diminuzione delle violazioni dei diritti umani che si verificano nel quadro delle attività del settore privato, posto che, come detto, questo è stato il paradigma applicato in modo prevalente. I fatti, purtroppo, dimostrano esattamente il contrario: nonostante il movimento della '*business ethics*', nonostante il ricorso sempre più frequente a certificazioni etiche, codici di condotta di autoregolamentazione, ecc., le violazioni dei diritti umani che vengono compiute nel quadro delle attività del settore privato sembrano essere aumentate anziché essere diminuite. L'autoregolamentazione, in realtà, deve essere completata dal versante giuridico del fenomeno della *corporate responsibility*, ed in questo versante l'ordinamento dell'Unione ed il suo sistema normativo hanno senz'altro un fondamentale ruolo dal svolgere.

istituzioni europee l'analisi di A. GIGANTE, *L'evoluzione della politica dell'ONU e dell'UE nel campo della responsabilità sociale delle imprese multinazionali*, in *La Comunità internazionale*, 2009, p. 589 ss.

Spazio pubblico e diritti individuali. Pluralismo culturale e società democratica nel sistema della Convenzione europea dei diritti umani

Adriana Di Stefano

SOMMARIO: 1. Spazio pubblico e pluralismo culturale nella Convenzione europea dei diritti umani. – 2. Spazio pubblico e società democratica nella Convenzione europea dei diritti umani. – 3. Spunti dalla giurisprudenza sull’art. 9. – 4. *Segue*: e dalla giurisprudenza sui diritti alla libertà di espressione (art. 10), di associazione e di riunione (art. 11). – 5. Prime conclusioni. La sostanziale garanzia dell’autonomia dello spazio pubblico nazionale. – 6. *Segue*: Verso una tutela dell’identità culturale nel sistema della Convenzione?

1. Spazio pubblico e pluralismo culturale nella Convenzione europea dei diritti umani

Le considerazioni di questo intervento traggono spunto da una riflessione di carattere interdisciplinare sulle sfide poste dal modello occidentale di società multiculturale alla democrazia ed alla protezione dei diritti individuali in Europa¹.

Il quadro di riferimento è, in particolare, quello del “sistema” della CEDU e della rinnovata esigenza di interpretazione delle relative garanzie alla luce delle questioni poste dal variegato panorama di riferimento degli Stati Parti.

Il dato di partenza della riflessione è la grave e ben nota crisi dello spazio pubblico (nel senso precipuo di spazio “politico”) nelle società democratiche europee, dimensione vitale dei diritti individuali, che rappresenta il luogo ideale all’interno del quale emergono i conflitti identitari e si pongono le fondamentali questioni giuridiche legate alla coesistenza di appartenenze culturali².

¹ I processi di trasformazione in atto nelle società multiculturali impongono una rinnovata riflessione ed un attento vaglio critico, in sede giuridica, delle categorie normative consolidate nell’interpretazione dei diritti di matrice liberale. Ciò che sta in parte emergendo, nel dibattito filosofico e giuridico nazionale e internazionale, sia pure con metodi ed esiti non sempre coerenti. Cfr. A. DI STEFANO (a cura di), *In pelago vasto. Culture, democrazia e diritti nel Mediterraneo*, Catania, 2009.

² La nozione di spazio pubblico è utilizzata dalla Corte europea dei diritti umani in contrapposizione allo spazio privato, e in questo senso viene qui assunta. Essa, com’è noto, è anche oggetto di una cospicua letteratura per la quale il miglior riferimento resta probabilmente J. HABERMAS, *Storia e critica dell’opinione pubblica* (trad. it. A. Illuminati, F. Masini, W. Perretta), III ed., Roma-Bari, 2008. Sulle stesse tematiche v., in relazione però alla giurisprudenza relativa allo spazio privato, A. DI STEFANO, *Considerazioni sulla protezione della diversità culturale nella giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell’uomo*, in P. BARCELLONA, R. CAVALLO (a cura di), *L’Europa allo specchio. Questioni sociali e forme di governo*, vol. 2, Acireale-Roma, 2008, p. 127 ss.

Il problema del “pluralismo culturale” condiziona inevitabilmente, com’è noto, ogni discorso sull’universalità dei diritti dell’uomo, in sede filosofica e politica, prima ancora che giuridica³.

La stessa teoria dei diritti umani, culturalmente condizionata dalla matrice storica occidentale, ridiscute oggi il lessico ed i postulati che ne hanno consacrato la fondazione a livello internazionale, alla ricerca di un dialogo che metta in relazione la pluralità delle culture e delle tradizioni nazionali all’interno di un discorso unitario sulla indisponibilità di valori giuridici supremi.

Tale ripensamento critico dell’universalità dei diritti dell’uomo alla luce del rispetto e della protezione delle diversità culturali assume, come si sa, un valore fondamentale nel contesto dei processi di globalizzazione giuridica nelle cosiddette “società plurali”.

Il fenomeno non si manifesta solo a livello nazionale, ove emergono chiaramente, in sede legislativa o giurisprudenziale, esigenze di ripensamento complessivo e di “adattamento” degli ordinamenti interni al modello multiculturale⁴. Anche a livello internazionale, l’esigenza di conciliare, in termini di bilanciamento di valori, universalità dei diritti umani e particolarità culturali tende ad assumere una qualche rilevanza, con particolare riferimento ai principi ed ai valori tutelati nel contesto di fonti convenzionali⁵.

L’Europa rappresenta, e non a caso, una cornice normativa assai eterogenea e multiforme della disciplina giuridica delle libertà individuali e collettive nello spazio pubblico “multiculturale”. Di qui l’esigenza di una riflessione, che questo intervento intende solo avviare, sul modo in cui il sistema della Convenzione europea reagisce al fenomeno multiculturale e soprattutto alla problematica sollevata dall’esigenza di tutela della diversità culturale nello spazio pubblico.

Ma, come tenteremo di mostrare, il modello offerto dalla tutela convenzionale di Strasburgo non pare ancora assestato su posizioni univoche e, lungi dall’offrire parametri europei, appare ancora condizionato dalle soluzioni nazionali in materia.

³ Cfr. S. BENHABIB, *La rivendicazione dell’identità culturale. Eguaglianza e diversità nell’era globale*, Bologna, 2005. Con riferimento al contesto convenzionale cfr., in particolare, J. RINGHELHEIM, *Diversité culturelle et droits de l’homme. La protection des minorités par la Convention européenne des droits de l’homme*, Bruxelles, 2006.

⁴ Cfr., in particolare, G. CATALDI, *Universalità dei diritti umani e particolarità culturali*, in I. ZILIO-GRANDI (a cura di), *Il dialogo delle leggi. Ordinamento giuridico italiano e tradizione giuridica islamica*, Venezia, 2006, p. 71 ss.

⁵ Cfr., in generale, F. LENZERINI, *Riflessioni sul valore della diversità culturale nel diritto internazionale*, in *La Comunità Internazionale*, 2001, p. 671 ss.; ed inoltre Y. M. DONDEERS, *Towards a Rights to Cultural Identity*, Oxford-New York, 2002; M. IOVANE, *The Universality of Human Rights and the International Protection of Cultural Identity: Some Theoretical and Practical Considerations*, in *International Journal on Minority and Groups Rights*, 2007, p. 231 ss.; F. FRANCONI, M. SCHEININ (eds.), *Cultural Human Rights*, Leiden-Boston, 2008.

2. Spazio pubblico e società democratica nella Convenzione europea dei diritti umani

La Convenzione europea dei diritti umani garantisce tipicamente, come si sa, una serie di diritti e libertà classiche, espressioni della dimensione pubblica dell'agire umano: si pensi, in particolare, alle libertà religiose di cui all'art. 9 (che sempre di più assume una valenza politica e dunque informa di sé il dibattito nello spazio pubblico) come pure alle libertà di espressione e opinione (art. 10) e di associazione e riunione (art. 11).

L'interpretazione che di tali norme offre la giurisprudenza di Strasburgo pare delineare solo occasionalmente manifestazioni significative di tutela delle "diversità" (individuali o collettive) nello spazio pubblico democratico, lasciando, come dicevamo, ampio margine alle soluzioni interne dei conflitti generati dal confronto pluralistico.

La Corte europea, in altre parole, appare solamente preoccupata di indirizzare le scelte nazionali verso adeguati livelli di tutela dei diritti. E per far ciò utilizza una nozione di spazio pubblico dalla quale non ricava appigli garantistici ulteriori rispetto alle insufficienti o inadeguate tutele interne delle libertà pubbliche e/o pluralistiche. Insomma, per la Corte, lo spazio pubblico è quello che esiste all'interno degli Stati, spazio ove "naturalmente" coesistono diritti e libertà.

Inoltre, sia pure nel quadro di un modello di interpretazione delle norme convenzionali oggi assestato sulla considerazione di un vero e proprio nucleo minimale di valori riconducibili alla nozione di "società democratica", il giudice della Convenzione europea si pone sempre in una logica tipicamente internazionalistica, decidendo, salvo evenienze eccezionali, per il caso singolo, per la controversia, piuttosto che adottare modelli di lungo periodo, *lato sensu* "costituzionali".

Il riferimento alla Convenzione come strumento vivente di garanzia delle libertà individuali e collettive nello "spazio pubblico multiculturale europeo" rischia dunque di apparire, per molti aspetti, problematico, per diversi ordini di ragioni, comunque riassumibili nella considerazione del modello di società democratica e conseguentemente di spazio pubblico che essa accoglie.

Venendo adesso ad esaminare la giurisprudenza della Corte sulla nozione di società democratica nell'ottica di una valorizzazione del riferimento alla protezione dell'identità culturale⁶, conviene *in primis* esaminare la struttura stessa dei diritti precedentemente evocati. Come si nota comunemente, questi articoli presentano una caratteristica struttura diadica in due commi, al primo dei quali viene enunciato il diritto e nel secondo le legittime cause di restrizione del godimento del diritto stesso. Tra gli aspetti comuni a questi secondi paragrafi figura, com'è noto, la previsione che la misura restrittiva debba, per essere conforme a

⁶ I riferimenti alla giurisprudenza di Strasburgo appresso richiamati nel testo e in nota sono disponibili su echr.coe.int/echr/en/hudoc.

quanto previsto dalla Convenzione, potersi dire, tra l'altro, "necessaria in una società democratica"⁷.

Nei famosi casi *Handyside* del 1976 e *Sunday Times* del 1979 è affermato con chiarezza il senso del riferimento alla "democratic society" ("société démocratique"). E così, rispettivamente, nel primo si legge con riferimento al margine d'apprezzamento della Corte:

"The Court's supervisory functions oblige it to pay the utmost attention to the principles characterising a 'democratic society'. Freedom of expression constitutes one of the essential foundations of such a society, one of the basic conditions for its progress and for the development of every man. Subject to paragraph 2 of Article 10 (art. 10-2), it is applicable not only to 'information' or 'ideas' that are favourably received or regarded as inoffensive or as a matter of indifference, but also to those that offend, shock or disturb the State or any sector of the population. Such are the demands of that pluralism, tolerance and broadmindedness without which there is no 'democratic society'"⁸.

Ancora, nel secondo caso richiamato, l'opinione separata di alcuni giudici:

"We wish to recall at this juncture that there can be no democratic society unless 'pluralism, tolerance and broad-mindedness' [...] find effective expression in the society's institutional system, and unless this system is subject to the rule of law, makes basic provision for an effective control of executive action to be exercised, without prejudice to parliamentary control, by an independent judiciary [...], and assures respect of the human person"⁹.

L'esame della giurisprudenza che attiene ai tre articoli evocati (9, 10 e 11 CEDU) evidenzia chiaramente che la Corte ha elaborato sì una nozione di società democratica, ma all'interno di uno schema formale di compatibilità tale da definire lo spazio della socialità come uno spazio "vuoto" all'interno del quale si attua un pluralismo di mera coesistenza. Questa nozione appare così uno schema troppo generale, per non dire generico, una di quelle espressioni indeterminate per precisare il contenuto delle quali la Corte inevitabilmente ricorre alla tecnica del margine d'apprezzamento statale, limitandosi pertanto ad un controllo estrin-

⁷ Cfr., in generale, P.T. VEGLERIS, *Valeur et signification de la clause "dans une société démocratique" dans la Convention européenne des droits de l'homme*, in *Human Rights Journal*, 1968, p. 219 ss.; V. FABRE-ALIBERT, *La notion de "société démocratique" dans la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme*, in *Revue Trimestrielle des Droits de l'Homme*, 1998, p. 465 ss.; cfr. inoltre S. WHEATLEY, *Minorities under the ECHR and the Construction of a "Democratic Society"*, in *Public Law*, 2007, p. 770 ss.

⁸ Corte europea dei diritti umani, *Handyside c. Regno Unito*, ricorso n. 5493/72, sentenza del 7 dicembre 1976, par. 49.

⁹ Corte europea dei diritti umani, *Sunday Times c. Regno Unito*, ricorso n. 6538/74, sentenza del 20 aprile 1979, cfr. il par. 8 della *Joint Dissenting Opinion* dei Giudici Wiarda, Cremona, Thór, Ryssdal, Ganshof Van Der Meersch, Sir Gerald Fitzmaurice, Bindschedler-Robert, Liesch e Matscher.

seco (in funzione delle esigenze di decisione del caso concreto) dei modelli giuridici e sociali, talora profondamente diversi fra di loro, presenti nei diversi Stati Parte¹⁰. Insomma, e in ipotesi, il pluralismo culturale non viene protetto in quanto elemento di garanzia della diversità culturale, ma in quanto “pluralismo”, elemento questo genericamente assunto quale caratterizzante di una struttura sociale definibile come “democratica”.

3. Spunti dalla giurisprudenza sull'art. 9 CEDU

L'idea del rispetto dell'identità culturale trova, com'è ovvio, significative implicazioni nella sfera delle libertà religiose. L'art. 9 CEDU offre dunque un interessante parametro di riferimento per una verifica delle possibili espressioni della diversità culturale che si manifestano soprattutto in relazione alle libertà di manifestazione, individuale o collettiva, di una fede o di un credo¹¹. La stessa Corte europea ha riconosciuto, in termini generali, che la libertà di religione costituisce un elemento fondamentale “of [...] identity of believers and their conception of life”¹².

È soprattutto con riferimento al godimento o all'esercizio collettivo delle libertà religiose che questioni problematiche relative alla tutela dell'identità culturale sono sottoposte all'interpretazione giudiziale. Nella visione dei giudici di Strasburgo, la dimensione collettiva dei diritti garantiti all'art. 9 CEDU merita tutela essenzialmente perché connessa ai fondamentali valori del pluralismo democratico delle società degli Stati contraenti¹³.

¹⁰ Cfr. sul punto lo scritto di apertura di R. SAPIENZA, *Sul margine d'apprezzamento statale nel sistema della Convenzione europea dei diritti dell'uomo*, in *Rivista di diritto internazionale*, 1991, p. 571 ss.

¹¹ Sull'art. 9 CEDU cfr., in particolare, J. A FROWEIN, *Article 9 § 1*, in L.-E. PETTITI, E. DECAUX, P.-H. IMBERT (éd.), *La Convention européenne des droits de l'homme. Commentaire article par article*, Paris, 1999, p. 353 ss.; V. COUSSIRAT-COUSTÈRE, *Article 9 § 2*, *ibidem*, p. 361 ss.; C. EVANS, *Freedom of Religion under the European Convention of Human Rights*, Oxford, 2001; S. LARICCIA, *Articolo 9, Libertà di pensiero, di coscienza e di religione*, in S. BARTOLE, B. CONFORTI, G. RAIMONDI (a cura di), *Commentario alla Convenzione europea per la tutela dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali*, Padova, 2001, p. 319 ss.; C. EVANS, *Freedom of Religion under the European Convention on Human Rights*, Oxford, 2001; B. CONFORTI, *La tutela internazionale della libertà religiosa*, in *Rivista internazionale dei diritti dell'uomo*, 2002, p. 269 ss.; J.-F. FLAUSS (éd.), *La protection internationale de la liberté religieuse. International Protection of Religious Freedom*, Bruxelles, 2002.

¹² Corte europea dei diritti umani, *Kokkinakis c. Grecia*, ricorso n. 14307/88, sentenza del 25 maggio 1993, par. 31. V. inoltre, in argomento, *Manoussakis e al. c. Grecia*, ricorso n. 18748/91, sentenza del 26 settembre 1996; *Thlimmenos c. Grecia* [GC], ricorso n. 34369/97, sentenza del 6 aprile 2000.

¹³ È essenzialmente con riferimento alle libertà religiose riconosciute dal testo dell'art. 9 CEDU come momento fondamentale di una concezione pluralista del governo dei diritti che la giurisprudenza di Strasburgo ricorre all'idea/nozione di spazio pubblico (public sphere/espace public). Cfr., *inter alia*, Commissione europea dei diritti umani, *Arrowsmith c. Regno Unito*, ricorso n. 7050/75, decisione del 12 ottobre 1978; Commissione europea dei diritti umani, *C. c. Regno Unito*, ricorso

Tanto si dispone rispetto, ad esempio, all'autonomia organizzativa delle singole comunità religiose da indebite ingerenze delle autorità statali, autonomia implicante il diritto di determinare i requisiti e i criteri di scelta dei relativi leader, come pure una piena indipendenza nell'amministrazione delle comunità stesse.

Si pensi alle decisioni sulle vicende dei leader musulmani in Bulgaria e Grecia, nelle quali la Corte ha rinvenuto una violazione dell'art. 9 CEDU, atteso che la detenzione del leader religioso per aver assunto le funzioni di ministro di una "known religion" non poteva ritenersi "necessary in a democratic society" per la protezione dell'ordine pubblico¹⁴. La Corte è basata sulla stretta relazione tra l'autonomia dell'organizzazione e i principi del pluralismo religioso nelle società europee.

O ancora si pensi al successivo giudizio sul caso *Hasan e Chaoush*¹⁵, relativo ad una fattispecie di rimozione forzata dei capi legittimi della comunità musulmana da parte delle autorità statali.

L'esigenza di riconoscere l'autonomia della comunità religiosa nella gestione dei suoi "internal affairs" viene fatta derivare dalla garanzia fondamentale dell'identità culturale dei suoi membri e del rispetto della loro diversità nel contesto di una "pluralist democratic society".

In sintesi, l'orientamento della Corte secondo cui "State measures favouring a particular leader or group in a divided religious community or seeking to compel the community, or part of it, to place itself under a single leadership against

n. 10358/83, decisione del 15 dicembre 1983: "Article 9 primarily protects the sphere of personal beliefs and religious creeds, i. e. the area which is sometimes called the *forum internum*. In addition, it protects acts which are intimately linked to these attitudes, such as acts of worship or devotion which are aspects of the practice of a religion or belief in a generally recognised form. However, in protecting this personal sphere, Article 9 of the Convention does not always guarantee the right to behave *in the public sphere* in a way which is dictated by such a belief [...]" (corsivo aggiunto); Corte europea dei diritti umani, *Kalaç c. Turchia*, ricorso n. 20704/92, sentenza dell'1 luglio 1997, par. 27; *Shirley Porter c. Regno Unito*, ricorso n. 15814/02, decisione dell'8 aprile 2003; ancora, *Leyla Şahin c. Turchia*, ricorso n. 44774/98, sentenza del 24 giugno 2004, par. 66: "[...] Article 9 does not protect every act motivated or inspired by a religion or belief and does not in all cases guarantee the right to behave in the public sphere in a way which is dictated by a belief"; *Klaus Blumberg c. Germania*, ricorso n. 14618/03, decisione del 18 marzo 2008; nonché e particolarmente, da ultimo, *Kervanci c. Francia*, ricorso n. 31645/04, sentenza del 4 dicembre 2008, par. 69: "par ailleurs, la Cour observe que, de façon plus globale, cette limitation de la manifestation d'une conviction religieuse avait pour finalité de préserver les impératifs de la laïcité dans l'espace public scolaire [...]".

¹⁴ Corte europea dei diritti umani, *Serif c. Grecia*, ricorso n. 38178/97, sentenza del 14 dicembre 1999. Cfr., *inter alia*, sulle stesse conclusioni della Corte, i casi *Agga c. Grecia (n. 2)*, ricorsi nn. 50776/99 e 52912/99, sentenza del 17 ottobre 2002, *Agga c. Grecia (n. 3)*, ricorso n. 32186/02, sentenza del 13 luglio 2006, *Agga c. Grecia (n. 4)*, ricorso n. 33331/02, sentenza del 13 luglio 2006.

¹⁵ Corte europea dei diritti umani, *Hasan and Chaoush c. Bulgaria* [GC], ricorso n. 30985/96, sentenza del 26 ottobre 2000.

its will”¹⁶ costituiscono una violazione della libertà di religione nella sua dimensione collettiva, contribuisce allo sviluppo di un autentico “pluralismo culturale” tutelato e difeso attraverso la salvaguardia dei diritti convenzionali. Ne deriva il necessario riconoscimento del rispetto dell’identità culturale delle comunità religiose e dei loro membri nel contesto delle società democratiche europee:

“93. The Court reiterates that the autonomous existence of religious communities is indispensable for *pluralism in a democratic society*. While it may be necessary for the State to take action to reconcile the interests of the various religions and religious groups that coexist in a democratic society, the State has a duty to remain neutral and impartial in exercising its regulatory power and in its relations with the various religions, denominations and beliefs. What is at stake here is the preservation of pluralism and the proper functioning of democracy, one of the principal characteristics of which is the possibility it offers of resolving a country’s problems through dialogue, even when they are irksome [...].

96. It is true that States enjoy a wide margin of appreciation in the particularly delicate area of their relations with religious communities [...]. The Court reiterates, however, that in democratic societies the State does not need in principle to take measures to ensure that religious communities remain or are brought under a unified leadership. The role of the authorities in a situation of conflict between or within religious groups is not to remove the cause of tension by eliminating pluralism, but to ensure that the competing groups tolerate each other”¹⁷.

Come si vede, quindi, dai passi testé citati, viene in considerazione non tanto la tutela della diversità culturale come valore in sé considerato, ma come elemento della garanzia di un pluralismo di posizioni, ravvisato quale elemento costitutivo della nozione di società democratica e, in questo particolare caso, anche come prova e sostanza della laicità dello Stato. Da sottolineare fin d’ora il riferimento al margine d’apprezzamento statale, definito “wide” in questa materia a riprova del convincimento della Corte che non le sia consentito andare oltre un certo limite nell’esercizio dei suoi poteri di controllo¹⁸.

¹⁶ Corte europea dei diritti umani, *Supreme Holy Council of the Muslim Community c. Bulgaria*, ricorso n. 39023/97, sentenza del 16 dicembre 2004, par. 76.

¹⁷ *Ibidem*.

¹⁸ Cfr. R. SAPIENZA, *Sul margine d’apprezzamento statale*, cit., p. 571 ss.; A.D. OLINGA, C. PICHERAL, *La théorie de la marge d’appréciation dans la jurisprudence récente de la Cour européenne des droits de l’homme*, in *Revue Trimestrielle des Droits de l’Homme*, 1995, p. 567 ss.; E. KASTANAS, *Unité et diversité: notions autonomes et marge d’appréciation des États dans la jurisprudence de la Cour Européenne des Droits de l’Homme*, Bruxelles, 1996; H. CH. YOUROW, *The Margin of Appreciation Doctrine in the Dynamics of European Human Rights Jurisprudence*, Dordrecht-Boston-London, 1996; P. MAHONEY, *Marvellous Richness of Diversity or Invidious Cultural Relativism?*, in *Human Rights Law Journal*, 1998, p. 1 ss.; J. SCHOKKENBROEK, *The Basic, Nature and Application of the Margin-of-Appreciation Doctrine in the Case-Law of the European Court of Human Rights*, in *Human Rights Law Journal*, 1998, p. 30 ss.; M. R. HUTCHINSON, *The Margin of Appreciation Doctrine in the European Court of Human Rights*, in *International and*

In altri casi decisi a Strasburgo, l'identità culturale di singoli individui o di gruppi è stata considerata indirettamente vulnerata da legittime (cioè, secondo la Corte, compatibili con la Convenzione, tenuto anche conto del margine d'apprezzamento) limitazioni statali all'esercizio di diritti che la Convenzione garantisce.

La decisione nel caso *Cha'are Shalom ve Tsedek*¹⁹ ha riguardo alla pretesa ingerenza delle autorità francesi nella sfera delle tradizioni culturali/religiose della minoranza ebrea in Francia. Era stata negata, nella specie, un'autorizzazione ad una particolare forma di macellazione rituale prescritta da norme religiose del gruppo. Il ricorso di una associazione in difesa dei diritti religiosi della minoranza ebrea ultraortodossa francese, per violazione degli articoli 9 e 14 CEDU, è respinto dalla Corte a motivo della insussistenza di una ingerenza statale nel diritto garantito, esistendo la possibilità di ricevere carne macellata ritualmente da altri fornitori.

Ancora, con riferimento alle pratiche religiose, una considerazione particolare merita una recente sentenza della Grande Camera sull'uso di simboli religiosi all'interno di "spazi pubblici", il celeberrimo caso *Şahin*²⁰.

La vicenda è interessante per il tema trattato, assai significativo della rilevanza dei diritti della sfera pubblica come manifestazione del pluralismo culturale nei singoli Stati membri²¹, ed anche perché si riferisce ad uno Stato, la Turchia, il cui ordinamento offre spunti importanti di riflessione ai nostri fini²². Nella specie, la Corte ha ritenuto, a maggioranza, il divieto dell'uso del foulard da parte di donne musulmane all'interno di strutture universitarie pubbliche una legittima limitazione della libertà religiosa, al fine di prevenire derive fondamentaliste in una società a maggioranza musulmana il cui ordinamento costituzionale è fondato sul carattere laico e secolare delle istituzioni repubblicane.

Comparative Law Quarterly, 1999, p. 638 ss.; M. DELMAS-MARTY, M. L. IZORCHE, *Marge nationale d'appréciation et internationalisation du droit. Réflexions sur la validité formelle d'un droit commun pluraliste*, in *Revue Internationale de Droit Comparé*, 2000, p. 753 ss.; J. A. SWEENEY, *Margin of Appreciation: Cultural Relativity and the ECHR in the Post-Cold War Era*, in *International and Comparative Law Journal*, 2005, p. 459 ss.; Y. SHANY, *Toward a General Margin of Appreciation Doctrine in International Law?*, in *European Journal of International Law*, 2006, p. 907 ss.

¹⁹ Corte europea dei diritti umani, *Cha'are Shalom Ve Tsedek c. Francia* [GC], ricorso n. 27417/95, sentenza del 27 giugno 2000.

²⁰ Corte europea dei diritti umani, *Leyla Şahin c. Turchia* [GC], ricorso n. 44774/98, sentenza del 10 novembre 2005.

²¹ Per una sintesi comparativa degli ordinamenti europei sulla questione, cfr. i contributi pubblicati in *Diritto pubblico comparato ed europeo*, 2005, p. 127 ss.; nonché D. MAC GOLDRICK, *Human Rights and Religion. The Islamic Headscarf Debate in Europe*, Oxford-Portland, 2006.

²² Sul tema cfr., inoltre, Corte europea dei diritti umani, *Senay Karaduman c. Turchia*, ricorso n. 16278/90, decisione del 3 maggio 1993; *Dahlab c. Svizzera*, ricorso n. 42393/98, decisione del 15 febbraio 2001; *Zeynep Tekin c. Turchia*, ricorso n. 41556/98, sentenza del 29 giugno 2004; *Fazilet Partisi et Kutan c. Turchia*, ricorso n. 1444/02, sentenza del 27 aprile 2006; *Şefika Köse e al. c. Turchia*, ricorso n. 26625/02, decisione del 24 gennaio 2006; *Sevgi Kurtulmuş c. Turchia*, ricorso n. 65500/01, decisione del 24 gennaio 2006; *Dogru c. Francia*, ricorso n. 27058/05, sentenza del 4 dicembre 2008; *Kervancı c. Francia*, ricorso n. 31645/04, sentenza del 4 dicembre 2008.

La sentenza nel caso *Leyla Şahin* rappresenta bene, mi pare, il punto di vista della Corte rispetto a questioni connesse all'uso di segni altamente espressivi di una appartenenza nello spazio pubblico²³.

La Corte respinge il ricorso della studentessa argomentando che il divieto di indossare il velo costituisce una ingerenza nel diritto garantito dall'art. 9, e che tale ingerenza può considerarsi prevista dalla legge allo scopo di tutelare l'ordine pubblico e i diritti e le libertà altrui.

Il nodo cruciale sta poi nel determinare se una tale ingerenza può essere considerata "necessary in a democratic society". Ed è qui che la Corte si diffonde sull'importanza del pluralismo religioso nelle società democratiche:

"108. Pluralism, tolerance and broadmindedness are hallmarks of a "democratic society". Although individual interests must on occasion be subordinated to those of a group, democracy does not simply mean that the views of a majority must always prevail: a balance must be achieved which ensures the fair and proper treatment of people from minorities and avoids any abuse of a dominant position [...]. Pluralism and democracy must also be based on dialogue and a spirit of compromise necessarily entailing various concessions on the part of individuals or groups of individuals which are justified in order to maintain and promote the ideals and values of a democratic society [...]. Where these "rights and freedoms" are themselves among those guaranteed by the Convention or its Protocols, it must be accepted that the need to protect them may lead States to restrict other rights or freedoms likewise set forth in the Convention. It is precisely this constant search for a balance between the fundamental rights of each individual which constitutes the foundation of a "democratic society [...]".

²³ In argomento cfr. in generale, J.-F. FLAUSS, *Les signes religieux*, in TH. MASSIS, CH. PETTITI (éd.), *La liberté religieuse et la Convention européenne des droits de l'homme*, Bruxelles, 2004, p. 99 ss.; S. VAN DROOGHENBROECK, *Strasbourg et le voile*, in *Journal du juriste*, 2004, n. 34, p. 10 ss.; G. GONZALEZ (dir.), *Laïcité, liberté de religion et Convention européenne des droits de l'homme*, Bruxelles, 2006; M. PERTILE, *Libertà di pensiero, di coscienza e di religione*, in L. PINESCHI (a cura di), *La tutela internazionale dei diritti umani. Norme, garanzie, prassi*, Milano, 2006, p. 409 ss. Sulla vicenda giurisprudenziale relativa al caso *Leyla Şahin c. Turkey* cfr., in particolare, E. BRIBOSIA, I. RORIVE, *Le voile à l'école: une Europe divisée*, in *Revue Trimestrielle des Droits de l'Homme*, 2004, p. 951 ss.; D. CH. DECKER, M. LLOYDD, *Leyla Şahin c. Turkey*, in *European Human Rights Law Review*, 2004, p. 672 ss.; B. D. BLEIBERG, *Unveiling the Real Issue: Evaluating the European Court of Human Rights' Decision to Enforce the Turkish Headscarf Ban in Leyla Sahin c. Turkey*, in *Cornell Law Review*, vol. 91, 2005, p. 129 ss.; K. PABEL, *Islamisches Kopftuch und Prinzip des Laizismus*, in *Europäische Grundrechte Zeitschrift*, 2005, p. 12 ss.; CH. D. BELELIEU, *The Headscarf as a Symbolic Enemy of the European Court of Human Rights' Democratic Jurisprudence: Viewing Islam Through a European Legal Prism in Ligh of the Şahin Judgment*, in *Columbia Journal of European Law*, 2006, p. 573 ss.; E. BRANDOLINO, *La Corte europea dei diritti dell'uomo e l'annosa questione del velo islamico*, in *Diritto pubblico comparato ed europeo*, 2006, p. 97 ss.; L. BURGORGUE-LARSEN, E. DUBOUT, *Le port du voile à l'université. Libres propos sur l'arrêt de la Grande Chambre Leyla Şahin c. Turquie du 10 novembre 2005*, in *Revue Trimestrielle des Droits de l'Homme*, 2006, p. 183 ss.; C. SKACH, *Şahin c. Turkey, "Teacher Headscarf" Case*, in *American Journal of International Law*, 2006, p. 186 ss.; R. NIGRO, *Il margine d'apprezzamento e la giurisprudenza della Corte europea dei diritti umani sul velo islamico*, in *Diritti umani e diritto internazionale*, 2008, p. 71 ss.

L'esigenza di assicurare tale pluralismo in un contesto democratico come quello turco gioca dunque un ruolo centrale nel delimitare l'estensione del margine di apprezzamento delle autorità statali nella limitazione del diritto:

“109. Where questions concerning the relationship between State and religions are at stake, on which opinion in a democratic society may reasonably differ widely, the role of the national decision-making body must be given special importance [...]”.

This will notably be the case when it comes to regulating the wearing of religious symbols in educational institutions, especially [...] in view of the diversity of the approaches taken by national authorities on the issue. It is not possible to discern throughout Europe a uniform conception of the significance of religion in society [...] and the meaning or impact of the public expression of a religious belief will differ according to time and context [...]. Rules in this sphere will consequently vary from one country to another according to national traditions and the requirements imposed by the need to protect the rights and freedoms of others and to maintain public order [...]. Accordingly, the choice of the extent and form such regulations should take must inevitably be left up to a point to the State concerned, as it will depend on the domestic context concerned [...].

110. This margin of appreciation goes hand in hand with a European supervision embracing both the law and the decisions applying it. The Court's task is to determine whether the measures taken at national level were justified in principle and proportionate [...]. In delimiting the extent of the margin of appreciation in the present case the Court must have regard to what is at stake, namely the need to protect the rights and freedoms of others, to preserve public order and to secure civil peace and true religious pluralism, which is vital to the survival of a democratic society [...]”²⁴.

Tale orientamento, conforme ad una consolidata teorizzazione del margine d'apprezzamento statale, tanto più rispetto a questioni sollevate dal rapporto tra diritti fondamentali e “laicità” di uno “spazio pubblico” dato, non pare confermato, almeno *prima facie*, dalle più recenti conclusioni della seconda sezione della Corte nel caso *Lautsi*, del 3 novembre 2009²⁵.

La vicenda decisa a Strasburgo ha riproposto in sede di ricorso internazionale una ben nota questione, ampiamente dibattuta nel contesto italiano, relativa alla compatibilità della esposizione del crocifisso nelle aule scolastiche di istituti pubblici con le libertà religiose e di educazione (art. 9 CEDU e art. 2 del Protocollo n. 1) e lo stesso principio costituzionale di laicità dello Stato.

Argomentando sulla base delle contrapposte doglianze della parte ricorrente e del Governo italiano, la Corte ha valutato all'unanimità la sussistenza di un'illegittima limitazione delle libertà individuali contestate alla luce dell'esigenza

²⁴ Il giudice Tulkens, in particolare, si discosta dalle conclusioni della maggioranza sul punto relativo alla violazione degli art. 9 CEDU e dell'art. 2 del Protocollo n. 1, contestando fortemente l'approccio seguito dalla Corte con riferimento alla dottrina del margine di apprezzamento.

²⁵ Corte europea dei diritti umani, *Lautsi c. Italia*, ricorso n. 30814/06, sentenza del 3 novembre 2009.

primaria di garantire il “pluralismo educativo” nello spazio pubblico, ritenuto elemento fondamentale della nozione convenzionale di “società democratica”²⁶.

L’esposizione obbligatoria di un simbolo di natura confessionale all’interno di istituzioni educative contraddice infatti, secondo i giudici di Strasburgo, il fondamentale dovere di neutralità dello Stato nell’esercizio di funzioni pubbliche, determinando una violazione dell’art. 2 del Protocollo n. 1 in rapporto all’art. 9 CEDU.

Ogni riferimento al margine d’apprezzamento statale – costante nella giurisprudenza internazionale in tema di tutela delle libertà religiose nello spazio democratico – viene qui meno probabilmente in nome del tentativo di affermare un’idea di spazio pubblico assolutamente neutrale, svuotato di tutto, in cui ogni libertà ed espressione identitaria è garantita e nessuna può prevalere. Ciò imporrebbe, in definitiva, la necessaria e incondizionata garanzia di un pluralismo democratico istituzionalmente indifferente e paritario, costruito a partire dalla considerazione primaria di singoli contesti nazionali e del margine di apprezzamento statale e talvolta eccentricamente applicato come mero modello astratto e unitario, alieno da nuove o diverse sperimentazioni.

Il dibattito sui simboli religiosi sembra dunque confermare ancora, sia pure attraverso differenti percorsi, l’idea di fondo di uno “spazio pubblico” di esercizio dei diritti convenzionali dai contorni non definiti, asetticamente sperimentato in contesti assai eterogenei (Francia, Turchia, Italia), ed identificato dal mero riferimento al pluralismo democratico dei valori sottostanti alle tutele giuridiche garantite.

4. Segue: e dalla giurisprudenza sui diritti alla libertà di espressione (art. 10), di associazione e di riunione (art. 11)

Quanto abbiamo visto in relazione all’art. 9, può anche riscontrarsi con riferimento agli altri articoli che proteggono libertà altrettanto significative nello spazio pubblico, come ad esempio il 10 o l’11. Anche se, va riconosciuto, la tematica non ha ancora avuto sviluppi comparabili a quelli relativi alla libertà di pensiero, di coscienza e di religione.

Nella giurisprudenza di Strasburgo la libertà di espressione è considerata, come si sa, un valore fondamentale e primario per il buon funzionamento di una società democratica²⁷. La norma racchiude un insieme di disposizioni che sono

²⁶ Cfr. il par. 56, “La Cour ne voit pas comment l’exposition, dans des salles de classe des écoles publiques, d’un symbole qu’il est raisonnable d’associer au catholicisme (la religion majoritaire en Italie) pourrait servir le pluralisme éducatif qui est essentiel à la préservation d’une «société démocratique» telle que la conçoit la Convention, pluralisme qui a été reconnu par la Cour constitutionnelle en droit interne”.

²⁷ V., in argomento, *Artikel 10, Meinungsfreiheit*, J. A., FROWEIN, W. PEUKERT, *Europäische Menschenrechtskonvention*, in *EMRK-Kommentar*, 2. Aufl., Kehl, 1996, p. 383 ss.; G. COHEN-JONHATAN, *Article 10*, L.-E. PETITTI, E. DECAUX, P.-H. IMBERT (éd.), *La Convention européenne*

state interpretate dalla Corte come manifestazioni tipiche dell'interazione sociale e politica nello spazio pubblico democratico.

Con riferimento alle questioni connesse a identità e appartenenze *lato sensu* culturali, pare utile qui ricordare le numerose sentenze relative alle formazioni nazionaliste curde nello specifico contesto del sud-est della Turchia. Si tratta di rivendicazioni identitarie legate all'esistenza di gruppi minoritari all'interno dello Stato. Qui entra in gioco l'applicazione del secondo paragrafo dell'art. 10 nella parte in cui richiama le finalità di tutela degli interessi della sicurezza nazionale, della pubblica sicurezza e della prevenzione dei reati come giustificazioni delle limitazioni della libertà di espressione che siano, ancora una volta, "necessarie in una società democratica".

Con riferimento al contesto nazionale turco, la Corte ha molte volte riconosciuto la legittimità di misure fortemente restrittive delle libertà individuali, sul presupposto di un ampio margine d'apprezzamento statale nella valutazione della necessità e proporzionalità delle stesse misure. Ne è derivata una sostanziale discriminazione operata dalle autorità pubbliche nei confronti delle attività politiche di istanze autonomiste curde ed una connessa negazione delle manifestazioni dell'identità culturale delle relative comunità di soggetti in nome di imperative esigenze di difesa dell'integrità territoriale dello Stato²⁸.

Assai significative, in tale quadro di riferimento, sono in particolare le decisioni sulla dissoluzione dei partiti comunista e socialista turco, nelle quali la Corte esercita tipicamente un tentativo di bilanciamento di valori e interessi contrapposti²⁹.

Con riferimento agli articoli 10 e 11, la Corte enfatizza il ruolo fondamentale delle libertà ivi garantite ai fini del buon funzionamento delle società democratiche. Lo scioglimento dei detti partiti è ritenuto, in relazione alle circostanze dei casi di specie, contrario alla Convenzione alla luce della legittimità delle istanze politiche curde, coerenti con i principi e i valori di una società democratica.

"57. The Court considers one of the principal characteristics of democracy to be the possibility it offers of resolving a country's problems through dialogue, without recourse to violence, even when they are irksome. Democracy thrives on freedom of expression. From that point of view, there can be no justification for hindering a political group solely because it seeks to debate in public the situation of part of the

des droits de l'homme, cit., p. 365 ss.; V. COUSSIRAT-COUSTERE, *Article 10-2, ibidem*, p. 409 ss.; P. CARETTI, *Art. 10, Libertà di espressione*, S. BARTOLE, B. CONFORTI, G. RAIMONDI (a cura di), *Commentario alla Convenzione europea*, cit., p. 337 ss.

²⁸ Cfr. G. GILBERT, *The Burgeoning Minority Rights Jurisprudence of the European Court of Human Rights*, in *Human Rights Quarterly*, 2002, p. 736 ss.

²⁹ Corte europea dei diritti umani, *Partito Comunista Unito della Turchia e al. c. Turchia* [GC], ricorso n. 19392/92, sentenza del 30 gennaio 1998; *Partito Socialista e al. c. Turchia* [GC], ricorso n. 21237/93, sentenza del 25 maggio 1998; *Partito Libertà e Democrazia (OZDEP) c. Turchia*, ricorso n. 23885/94, sentenza dell'8 dicembre 1999; *Aksoy c. Turchia*, ricorsi nn. 28635/95, 30171/96 e 34535/97, sentenza del 10 ottobre 2000.

State's population and to take part in the nation's political life in order to find, according to democratic rules, solutions capable of satisfying everyone concerned. [...] 58. Admittedly, it cannot be ruled out that a party's political programme may conceal objectives and intentions different from the ones it proclaims. To verify that it does not, the content of the programme must be compared with the party's actions and the positions it defends. In the present case, the *TBKP*'s programme could hardly have been belied by any practical action it took, since it was dissolved immediately after being formed and accordingly did not even have time to take any action. It was thus penalised for conduct relating solely to the exercise of freedom of expression.

59. The Court is also prepared to take into account the background of cases before it, in particular the difficulties associated with the fight against terrorism [...]. In the present case, however, it finds no evidence to enable it to conclude, in the absence of any activity by the *TBKP*, that the party bore any responsibility for the problems which terrorism poses in Turkey. [...]

61. Regard being had to all the above, a measure as drastic as the immediate and permanent dissolution of the *TBKP*, ordered before its activities had even started and coupled with a ban barring its leaders from discharging any other political responsibility, is disproportionate to the aim pursued and consequently unnecessary in a democratic society. It follows that the measure infringed Article 11 of the Convention³⁰.

Infine, un riconoscimento dell'identità "culturale" di gruppi minoritari nello spazio pubblico pluralistico può essere riscontrato anche nelle decisioni di Strasburgo relative ai cosiddetti "propaganda cases", tutti riguardanti ipotesi di incriminazione e condanna di autori, editori e proprietari di articoli, libri ed altre pubblicazioni destinate a sostenere, direttamente o indirettamente istanze autonomiste³¹.

Qui la Corte conclude quasi sempre per la violazione dell'art. 10 da parte delle autorità turche, ad eccezione dei casi in cui il contenuto delle pubblicazioni è volto ad incitare l'uso di mezzi violenti o non pacifici di confronto democratico suscettibili di metter in pericolo l'integrità dello Stato.

Ma il caso che meglio pare offrire spunti di riflessione in tale contesto è quello relativo al caso *Refah*³².

La considerazione dei caratteri di una società democratica come parametro dell'ampiezza delle garanzie convenzionali assume infatti in questa sentenza un rilievo particolare. Lo spazio pubblico proprio del peculiare contesto turco, all'interno del quale si confrontano identità portatrici di visioni contrapposte del pluralismo religioso, politico e giuridico, costituisce una sorta di cartina di torna-

³⁰ Corte europea dei diritti umani, *Partito Comunista Unito della Turchia e al. c. Turchia* [GC], cit.

³¹ Corte europea dei diritti umani, *Arslan c. Turchia* [GC], ricorso n. 23462/94, sentenza dell'8 luglio 1999; *Baskaya & Okçuoglu c. Turchia* [GC], ricorsi nn. 23536 e 4408/94, sentenza dell'8 luglio 1999; *Ceylan c. Turchia* [GC], ricorso n. 23556/94, sentenza dell'8 luglio 1999; *Erdogdu & Ince c. Turchia* [GC], nn. 25067 e 25068/94, sentenza dell'8 luglio 1999; *Karatas c. Turchia* [GC], ricorso n. 23168/94, sentenza dell'8 luglio 1999; *Sürek & Özdemir c. Turchia* [GC], ricorsi nn. 23927/94 e 24277/94, sentenza dell'8 luglio 1999.

³² Corte europea dei diritti umani, *Refah Partisi (Partito del Benessere) e al. c. Turchia* [GC], ricorsi nn. 41340/98, 41342/98, 41343/98 and 41344/98, sentenza del 13 febbraio 2003.

sole della nozione europea di società democratica e dell'esigenza di verificarne di volta in volta i presupposti alla luce delle caratteristiche e delle dinamiche proprie degli spazi pubblici nazionali.

La questione originava dalla sentenza di scioglimento pronunciata dalla Corte costituzionale turca nei confronti del partito *Refah*, allora al Governo, a motivo di alcune esternazioni dei suoi quadri dirigenti che prospettavano la reintroduzione dell'ordinamento confessionale sciaraitico, vigente durante l'impero ottomano. La Corte europea, nelle due pronunce sul caso (2001, Terza Sezione, e 2003, Grande Camera) ha approvato l'operato delle istituzioni turche, negando la pretesa violazione dell'art. 11 CEDU³³. Essa si sofferma, in particolare, sul carattere personale e confessionale dell'ordinamento sciaraitico, che esproprierebbe il ruolo statale di regolatore della vita associata nello spazio pubblico. La *Sharia*, negando alla radice il pluralismo politico e l'evoluzione stessa delle libertà della sfera pubblica, si pone in radicale contrasto con i principi fondamentali della democrazia.

“72. Like the Constitutional Court, the Court considers that sharia, which faithfully reflects the dogmas and divine rules laid down by religion, is stable and invariable. Principles such as pluralism in the political sphere or the constant evolution of public freedoms have no place in it. The Court notes that, when read together, the offending statements, which contain explicit references to the introduction of sharia, are difficult to reconcile with the fundamental principles of democracy, as conceived in the Convention taken as a whole. It is difficult to declare one's respect for democracy and human rights while at the same time supporting a regime based on sharia, which clearly diverges from Convention values, particularly with regard to its criminal law and criminal procedure, its rules on the legal status of women and the way it intervenes in all spheres of private and public life in accordance with religious precepts. ... In the Court's view, a political party whose actions seem to be aimed at introducing sharia in a State party to the Convention can hardly be regarded as an association complying with the democratic ideal that underlies the whole of the Convention”³⁴.

Insomma, sembra sostenere la Corte, la tutela del pluralismo non può spingersi fino alla legittimazione, attraverso il riconoscimento di diritti, di posizioni che quello stesso pluralismo intendano negare per una loro intrinseca inconciliabilità con i valori di una società aperta.

³³ Sull'art. 11 CEDU cfr., in generale, *Artikel 11, Versammlungs – und Vereinigungsfreiheit*, J. A. FROWEIN, W. PEUKERT, *Europäische MenschenRechtsKonvention*, cit., p. 409 ss.; N. VALTICOS, *Article 11*, L.-E. PETITTI, E. DECAUX, P.-H. IMBERT (éd.), *La Convention européenne des droits de l'homme*, cit., p. 419 ss.; P. RIDOLA, *Art. 11, Libertà di riunione e di associazione*, S. BARTOLE, B. CONFORTI, G. RAIMONDI (a cura di), *Commentario alla Convenzione europea*, cit., p. 351 ss.

³⁴ Corte europea dei diritti umani, *Refah Partisi (Partito del Benessere) e al. c. Turchia* [GC], cit.

5. Prime conclusioni. La sostanziale garanzia dell'autonomia dello spazio pubblico nazionale

Quanto abbiamo fin qui esposto conduce a due considerazioni per il momento conclusive. Esporremo la prima in questo paragrafo, la seconda nel successivo.

Come si vede, in definitiva, i diritti umani sanciti nella Convenzione vivono all'interno dei singoli ordinamenti statali vicende diverse e molteplici, sempre inscindibilmente legate ai particolari "contesti culturali" nei quali trovano attuazione e riconoscimento.

Così, nel frequente ricorso alla nozione di "società democratica" (quale parametro di valutazione della legittimità di pretese violazioni dei diritti convenzionali) ed alla dottrina del margine d'apprezzamento statale (quale momento di delimitazione dell'ampiezza delle garanzie riconosciute nell'ambito di giudizi di ragionevolezza o di bilanciamento di interessi) i giudici di Strasburgo fanno usualmente riferimento al "contesto culturale" del sistema nazionale considerato ed alle correlate scelte garantistiche statali. Con ciò confermando l'opzione di fondo della logica convenzionale, che è quella di un controllo esterno della conformità di comportamenti statali rispetto agli obblighi internazionali di garanzia dei diritti.

Il modello della Convenzione, infatti, rimanda tutto allo schema statale della garanzia dei diritti, salvo un controllo ultimo e sussidiario³⁵. Esso non mira all'uniformità delle soluzioni, ma riconosce l'eterogeneità dei contesti nazionali nello sviluppo di soluzioni garantistiche coerenti con il parametro della Convenzione.

In altre parole, e pur facendo ricorso alle descritte tecniche interpretative al fine di ampliare e compaginare le garanzie convenzionali, la Corte europea non costruisce una sua nozione di interazione sociale o di spazio pubblico, ma si limita per dir così ad osservare quello che accade negli Stati membri e a trarne le conseguenze³⁶.

D'altra parte non va dimenticato che il compito della Corte è quello di dirimere una controversia data rendendo una decisione valida *inter partes* e non quello di costruire orientamenti validi *erga omnes*.

Se il pluralismo culturale nasce e si sviluppa essenzialmente nello spazio pubblico interno, è a tale sfera di interazione che occorre fare riferimento nell'interpretazione dei diritti garantiti. In questo senso, la Convenzione europea ben poco ha da dire sullo sviluppo di standard garantistici di coesistenza delle diversità culturali nello spazio pubblico.

³⁵ Sul principio di sussidiarietà nella Convenzione europea, cfr., per tutti, H. PETZOLD, *The Convention and the Principle of Subsidiarity*, in R. ST. J. MACDONALD, F. MATSCHER, H. PETZOLD (eds.), *The European System for the Protection of Human Rights*, Dordrecht-Boston, 1993, p. 41 ss.

³⁶ Cfr. in generale, *ex plurimis*, F. MATSCHER, *Methods of Interpretation of the Convention*, in R. ST. J. MACDONALD, F. MATSCHER, H. PETZOLD (eds.), *op. cit.*, p. 63 ss.; E. KASTANAS, *Unité et diversité: notions autonomes et marge d'appréciation*, cit.; P. PUSTORINO, *L'interpretazione della Convenzione Europea dei diritti dell'uomo nella prassi della Commissione e della Corte di Strasburgo*, Napoli, 1998.

Se un livello minimo di garanzia delle “diversità” appare infatti chiaramente, come dicevamo, dall’applicazione giurisprudenziale di numerose disposizioni convenzionali, un “diritto alla diversità” (in quanto tale non espressamente tutelato dalla Convenzione né dai suoi protocolli) non può dirsi riconosciuto nemmeno in via interpretativa nel quadro convenzionale, salvo il riferimento indiretto nella previsione espressa dei principi di uguaglianza e non discriminazione.

Certo è che la formula magica della “necessarietà in una società democratica” si rivela assai spesso strumento argomentativo ben poco efficace e perspicuo al fine di dare sostanza all’idea di uno “spazio pubblico europeo” dei diritti autenticamente multiculturali.

La nozione di società democratica che la Corte costruisce ed usa non pare dunque idonea a rappresentare la complessità e l’eterogeneità dello spazio pubblico statale in Europa. Essa resta una formula vaga, suscettibile di prestare sostanza a soluzioni concrete di volta in volta modellate sul contesto statale di riferimento, ma priva di una valenza semantica univoca, al di là del quadro formale di riferimento al contesto democratico.

6. *Segue: Verso una tutela dell’identità culturale nel sistema della Convenzione?*

Quanto fin qui sostenuto non implica però che la Corte nulla abbia da dire sulla tutela della identità culturale, la quale viene comunque presa in considerazione, anche se non attraverso il riconoscimento di una sua specifica titolarità alla protezione, ma come elemento costitutivo, tra gli altri, di quel pluralismo nel quale si sostanzia la “società democratica”. Mi pare di poter dire che si aprano quindi prospettive ad una evoluzione interessante della giurisprudenza della Corte in materia.

Uno sguardo veloce alla casistica di Strasburgo in tema di tutela delle manifestazioni della diversità culturale di singoli o gruppi nel sistema della Convenzione, quale quello fin qui offerto, mostra già infatti la ricorrenza di fattispecie via via tipizzate nelle quali tale valore è riconosciuto, in varia misura, come rilevante in sede di determinazione del contenuto o della violazione di un diritto convenzionale nello spazio pubblico.

Le istanze del controllo internazionale sembrano orientate a delineare, per via di sviluppi progressivi, i contorni di un obbligo statale di non interferenza rispetto a espressioni di autonomia di gruppi religiosi, minoranze linguistiche o più generalmente a garanzie correlate all’esercizio di “pratiche culturali” in contesti pluralistici³⁷.

³⁷ Cfr. M. LARRALDE, *La Convention européenne des Droits de l’Homme et la protection de groupes particuliers*, in *Revue Trimestrielle des droits de l’homme*, 2003, p. 1246 ss.

In tale prospettiva, può parlarsi, con specifico riferimento al quadro convenzionale, di una embrionale nozione giudiziale di identità culturale, dai contorni ancora non del tutto delineati, ma tale da comprendere e sintetizzare sfere diverse delle libertà individuali, accomunate quasi sempre dalla dimensione collettiva dell'esercizio di taluni diritti. Ancora, pur trattandosi di elaborazione per certi aspetti puntiforme e controversa, chiaramente il principio del rispetto dell'identità culturale come espressione del valore del pluralismo democratico, tende a proporsi, in tale ambito, come criterio valoriale particolarmente idoneo a sostanziare interpretazioni evolutive dei diritti internazionalmente garantiti. Così talora orientando i giudici verso una effettiva "attualizzazione" della Convenzione, "strumento vivente" di riconoscimento delle libertà individuali nel quadro di società democratiche pluraliste e autenticamente multiculturali.

La protezione dell'ambiente nella giurisprudenza della Corte europea dei diritti umani

Andrea Saccucci

SOMMARIO: 1. Premessa. – 2. L'assenza nella CEDU di norme espresse relative alla protezione dell'ambiente ed il progressivo affermarsi delle istanze ambientaliste nella giurisprudenza degli organi di Strasburgo. – 3. L'interesse generale alla protezione dell'ambiente come "scopo legittimo" per limitare l'esercizio dei diritti e delle libertà individuali. – 4. Lo sviluppo della dimensione "ambientale" dei diritti individuali garantiti dalla CEDU. – 4.1. L'incidenza dei fenomeni di degrado ambientale sul diritto al rispetto della vita privata e familiare e del domicilio (art. 8 CEDU): dai disturbi sonori all'inquinamento industriale. – 4.2. Le possibili ripercussioni dell'inquinamento ambientale sulla vita e sull'integrità psicofisica delle persone (articoli 2 e 3 CEDU): dalla punizione dei responsabili di incidenti ambientali aventi conseguenze letali alla prevenzione dei rischi di danni alla salute. – 5. I limiti della protezione indiretta dell'ambiente nel quadro della CEDU: la valutazione in concreto degli effetti lesivi prodotti dal degrado ambientale e l'ampio margine di apprezzamento riconosciuto alle autorità statali. – 6. La "proceduralizzazione" della tutela ambientale come strumento per compensare i limiti strutturali e metodologici del sindacato della Corte europea. – 7. Le nuove frontiere della protezione dell'ambiente nel quadro della CEDU: verso una "class-action" per la rivendicazione dei diritti ambientali?

1. Premessa

L'affermarsi della protezione dell'ambiente quale valore di importanza fondamentale per la comunità internazionale nel suo insieme si è storicamente manifestato in varie forme. Parallelamente allo sviluppo di un autonomo complesso di norme internazionali nel settore ambientale soprattutto a partire dalla Conferenza delle Nazioni Unite sull'ambiente del 1972, l'esigenza di protezione dell'ambiente ha "reagito" più o meno marcatamente su vari settori materiali del diritto internazionale e sugli stessi assetti normativi delle organizzazioni internazionali, dando luogo alla creazione di nuove regole ovvero all'adeguamento di quelle esistenti in funzione di tale esigenza¹. Ciò è quanto si è verificato, ad esempio, nel campo della tutela internazionale dei diritti umani, dove i "valori ambientali" – inizialmente del tutto estranei ai vari sistemi normativi regionali e universali – sono venuti ad essere gradualmente "assorbiti" in essi fino ad assu-

¹ Per un'analisi dettagliata dell'impatto che i valori ambientali hanno avuto sull'evoluzione dei vari settori del diritto internazionale v., per tutti, P. SANDS, *Principles of International Environmental Law*, II ed., Cambridge, 2003, e H. RUIZ FABRI, L. GRADONI (dir.), *La circulation des concepts juridiques: le droit international de l'environnement entre mondialisation et fragmentation*, Paris, 2009.

mervi primaria importanza anche indipendentemente da un loro esplicito riconoscimento formale o ancor prima di riceverlo.

Un ruolo determinante nell'evolversi di tale processo deve senza dubbio tributarsi alla continua opera di "aggiornamento" interpretativo svolta dalla giurisprudenza degli organi istituiti dai vari trattati sui diritti umani, la quale ha consentito – anche in questo ambito come in altri – di anticipare nella prassi applicativa la realizzazione di valori sostanziali già di fatto affermatasi nella comunità internazionale ovvero di colmare le lacune normative in funzione dell'emergere di tali valori.

Ed è questa la ragione che ci induce a concentrare la nostra analisi sulla giurisprudenza degli organi istituiti dalla CEDU, al fine di verificare in che modo essi abbiano "metabolizzato", all'interno del sistema normativo regionale, le istanze di tutela ambientale emerse nel più ampio quadro di sviluppo del diritto internazionale e delle legislazioni interne degli ordinamenti statali². Dopo aver ricostruito organicamente le tecniche interpretative impiegate per ancorare la protezione dell'ambiente alle norme convenzionali e dopo aver illustrato i risultati cui esse hanno dato luogo soprattutto nella giurisprudenza più recente, cercheremo di approfondire i limiti strutturali e metodologici caratterizzanti il sindacato del giudice di Strasburgo sulle questioni ambientali per poi verificare, conclusivamente, se ed in quale misura il dinamismo interpretativo della Corte europea dei diritti umani (di seguito la "Corte europea") abbia ancora spazio per svilupparsi nella direzione di una più ampia tutela del diritto all'ambiente.

² In generale, sul tema della protezione dell'ambiente nel quadro della CEDU v., tra gli altri, M. DÉJEANT-PONS, *L'insertion du droit de l'homme à l'environnement dans les systèmes régionaux de protection des droits de l'homme*, in *Revue trimestrielle des droits de l'homme*, 1991, p. 461 ss., R. DESGAGNÉ, *Integrating Environmental Values into the European Convention on Human Rights*, in *American Journal of International Law*, 1995, p. 263 ss., M. ARCARI, *Tutela dell'ambiente e diritti dell'uomo: il caso López Ostra contro Spagna e la prassi di Commissione e Corte europea dei diritti dell'uomo*, in *Rivista giuridica dell'ambiente*, 1996, p. 745 ss., M. T. ACEVEDO, *The Intersection of Human Rights and Environmental Protection in the European Court of Human Rights*, in *New York University Environmental Law Journal*, 2000, p. 437 ss., J.-P. MARGUÉNAUD, *Droit de l'homme à l'environnement et Cour européenne des droits de l'homme*, in *Revue juridique de l'environnement*, 2003, p. 15 ss., L. LOUCAIDES, *Environmental Protection Through the Jurisprudence of the European Convention on Human Rights*, in *British Yearbook of International Law*, 2004, p. 249 ss., D. GARCIA SAN JOSÉ, *Environmental protection and the European Convention on Human Rights*, Strasbourg, 2005, M. DE SALVIA, *Principes généraux du droit de l'homme à un environnement sain, selon la Convention européenne des droits de l'homme*, in *Annuaire international des droits de l'homme*, 2006, p. 57 ss., C. PITEA, *L'interpretazione evolutiva del diritto al rispetto della vita privata e familiare in materia di libertà sessuale e di tutela dell'ambiente*, in L. PINESCHI (a cura di), *La tutela internazionale dei diritti umani. Norme, garanzie e prassi*, Milano, 2006, p. 384 ss., N. Y. TURGUT, *The European Court of Human Rights and the Rights to the Environment*, in *Ankara Law Review*, 2007, p. 1 ss.

2. L'assenza nella CEDU di norme espresse relative alla protezione dell'ambiente ed il progressivo affermarsi delle istanze ambientaliste nella giurisprudenza degli organi di Strasburgo

Come noto, la CEDU non riconosce un diritto individuale ad un ambiente salubre né contiene alcuna disposizione riguardante più genericamente l'esigenza di protezione dell'ambiente³; il che si spiega agevolmente considerando che, al tempo in cui tale Convenzione è stata redatta, le questioni ambientali erano ancora ritenute del tutto estranee al nascente settore della tutela internazionale dei diritti fondamentali della persona umana.

In effetti, l'esistenza di uno stretto collegamento tra protezione dell'ambiente e tutela dei diritti umani è stata distintamente avvertita a livello internazionale soltanto in epoca successiva, proprio in coincidenza con lo sviluppo del diritto internazionale dell'ambiente e per effetto della graduale presa di coscienza delle gravi ripercussioni prodotte dall'inquinamento sul benessere individuale⁴. Non a caso, neppure la Dichiarazione universale dei diritti umani del 1948, il Patto delle Nazioni Unite sui diritti civili e politici del 1966 e la Con-

³ L'idea di colmare tale lacuna mediante l'integrazione del testo convenzionale è stata più volte proposta dall'Assemblea parlamentare del Consiglio d'Europa a partire dalla fine degli anni '70, ma sino ad oggi non ha mai incontrato il favore degli Stati membri. Ancora di recente, con la raccomandazione n. 1614(2003) del 27 giugno 2003, l'Assemblea parlamentare ha invitato il Comitato dei Ministri ad elaborare un protocollo addizionale alla CEDU concernente la tutela dei diritti individuali di natura procedurale in materia ambientale, ma tale invito non è stato raccolto in quanto "the Convention system already indirectly contributes to the protection of the environment through existing Convention rights and their interpretation in the case-law of the European Court of Human Rights" (cfr. *Reply from the Committee of Ministers to the Recommendation 1614(2003) on environment and human rights*, 21 gennaio 2004). Ciò nonostante, l'Assemblea sembra intenzionata a riprendere in esame la questione (cfr. il discorso del Presidente dell'Assemblea parlamentare, tenuto in occasione del Nevsky International Ecological Congress, San Pietroburgo, 15 maggio 2009, il cui testo è disponibile su *assembly.coe.int*). Nel frattempo è stata, invece, accolta la proposta dell'Assemblea di elaborare un compendio dei principi in materia di protezione dell'ambiente desumibili dalla giurisprudenza della Corte europea (cfr. Committee of Experts for the Development of Human Rights (DH-DEV), *Manual on Human Rights and the Environment: Principles Emerging from the Case-Law of the European Court of Human Rights*, Council of Europe, Strasbourg, 2006).

⁴ Così il *Principio n. 1* della Dichiarazione di Stoccolma del 1972 includeva tra i diritti fondamentali della persona umana "la libertà, l'eguaglianza e l'adeguatezza delle condizioni di vita, in un ambiente di qualità tale da consentirle una vita dignitosa e nel benessere". Sull'evoluzione dei rapporti tra diritti umani e ambiente v., in particolare, D. SHELTON, *Human Rights, Environmental Rights, and the Right to Environment*, in *Stanford Journal of International Law*, 1991, p. 103 ss., M. R. ANDERSON, *Human Rights Approaches to Environmental Protection: An Overview*, in A. BOYLE, M. ANDERSON (eds.), *Human Rights Approaches to Environmental Protection*, Oxford, 1998, p. 1 ss., e G. J. MERRILLS, *Environmental Protection and Human Rights: Conceptual Aspects*, *ibidem*, p. 25 ss., M.T. ACEVEDO, *The Intersection of Human Rights*, cit., p. 449 ss., P. LAMBERT, *Le droit de l'homme à un environnement sain*, in *Revue trimestrielle des droits de l'homme*, 2000, p. 565 ss., e K. COOK, *Environmental Rights as Human Rights*, in *European Human Rights Law Review*, 2002, p. 196 ss.

venzione americana dei diritti umani del 1968 menzionavano il diritto alla protezione dell'ambiente, che invece ha fatto la sua prima apparizione (ancorché nella forma di un diritto collettivo dei popoli) nella Carta africana dei diritti dell'uomo e dei popoli del 1981⁵, per essere poi riconosciuto in altri strumenti internazionali sui diritti umani, quali il Protocollo alla Convenzione americana sui diritti economici e sociali del 1988⁶, la Convenzione sui diritti del fanciullo del 1989⁷ e, più di recente, la Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea del 7 dicembre 2000, adattata il 12 dicembre 2007 (questa la dicitura risultante dal nuovo art. 6, par. 1, TUE)⁸.

L'assenza nella CEDU di espresse disposizioni in materia ambientale ha portato gli organi di Strasburgo ad escludere sin dall'inizio la possibilità per gli individui di reclamare dinanzi ad essi un autonomo diritto avente ad oggetto la tutela della qualità dell'ambiente in quanto tale. Così, già nei primi anni di funzionamento del sistema, la Commissione europea dei diritti umani (oggi estinta) aveva dichiarato irricevibili numerosi ricorsi nei quali si lamentavano violazioni attinenti alla preservazione dell'ambiente, ritenendo tali doglianze incompatibili

⁵ Cfr. art. 24 della Carta africana, a norma del quale: "All peoples shall have the right to a general satisfactory environment favorable to their development". Su tale disposizione v. K. S. A. EBOKU, *The right to a satisfactory environment and the African Commission*, in *African Human Rights Law Journal*, 2003, p. 149 ss., e S. DOUMBE-BILLE, *La Charte africaine des droits de l'homme et des peuples*, in *Annuaire international des droits de l'homme*, cit., p. 139 ss.

⁶ Cfr. art. 11 del Protocollo sui diritti economici e sociali, il quale statuisce quanto segue: "1. Everyone shall have the right to live in a healthy environment and to have access to basic public services. 2. The States Parties shall promote the protection, preservation, and improvement of the environment". Al riguardo v. M. CRAVEN, *The Protection of Economic, Social and Cultural Rights under the inter-American System of Human Rights*, in D. HARRIS, S. LIVINGSTONE (eds.), *The Inter-American System of Human Rights*, Oxford, 1998, p. 289 ss.

⁷ Cfr. art. 24, par. 2, della Convenzione sui diritti del fanciullo, il quale impone agli Stati contraenti l'obbligo di adottare misure appropriate al fine di combattere le malattie e la malnutrizione "taking into consideration the dangers and risks of environmental pollution". Relativamente allo sviluppo della tutela ambientale negli strumenti delle Nazioni Unite sui diritti umani v. J. DHOMMEAUX, *Le droit de l'homme à un environnement sain dans les principaux instruments des Nations Unies relatifs aux droits de l'homme*, in *Annuaire international des droits de l'homme*, 2006, p. 71.

⁸ Cfr. art. 37 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea, il quale stabilisce quanto segue: "Un livello elevato di tutela dell'ambiente e il miglioramento della sua qualità devono essere integrati nelle politiche dell'Unione e garantiti conformemente al principio dello sviluppo sostenibile". A ben vedere, tale disposizione – che configura la tutela ambientale come un obiettivo delle politiche comunitarie anziché come oggetto di un vero e proprio diritto individuale – trova già ampio riscontro negli articoli 4, 11, 194 TFUE (già articoli 2, 6 e 176 CE). Sulla tutela dell'ambiente nell'ordinamento comunitario v., per tutti, A. KISS, *Environment and Consumer Protection*, in S. PEERS, A. WARD (eds), *The European Union Charter of Fundamental Rights*, Oxford, 2004, p. 247 ss., e più in generale P. DAVIES, *European Union Environmental Law. An Introduction to Key Selected Issues*, Ashgate, 2004.

ratione materiae con le disposizioni convenzionali ai sensi dell'art. 35, par. 3, CEDU e quindi esorbitanti rispetto alla propria competenza⁹.

La medesima posizione di principio è stata poi recepita dalla Corte europea e mantenuta – almeno formalmente – nel corso del tempo sino ai giorni nostri, tanto è che, ancora di recente, la Corte non ha mancato di ribadire che “neither Article 8 nor any of the other Articles of the Convention are specifically designed to provide general protection of the environment as such”¹⁰ e che “no right to nature preservation is as such included among the rights and freedoms guaranteed by the Convention”¹¹.

Ciò nonostante, la giurisprudenza di Strasburgo – al pari di quella di altri organi internazionali di tutela dei diritti umani¹² – non è affatto rimasta insensibile allo sviluppo delle istanze ambientaliste a livello internazionale, ma al contrario ha sfruttato sino in fondo le potenzialità offerte dalla dottrina dello “strumento vivente”, in forza della quale la CEDU deve essere interpretata alla luce delle mutate condizioni di vita e delle concezioni e dei valori prevalenti nelle società democratiche¹³, al fine di realizzare – ben al di là del dato testuale e della volontà dei compilatori – quel connubio tra diritti umani e protezione dell'ambiente sempre più avvertito come ineludibile. Ed è così che le questioni concernenti la protezione dell'ambiente da varie forme di inquinamento, l'adozione di adeguate misure per la preservazione delle risorse naturali e la tempestiva diffusione alle popolazioni interessate di informazioni sui rischi per la salute causati da contaminazioni nocive hanno cominciato a comparire sempre più frequentemente nella giurisprudenza della CEDU.

Sviluppatosi a partire dagli anni in cui le tematiche ambientali andavano assumendo importanza crescente tanto a livello internazionale quanto a livello nazionale, il dinamismo interpretativo degli organi europei – che proprio da ultimo

⁹ Cfr., ad esempio, Commissione europea dei diritti umani, *S. c. Repubblica Federale Tedesca*, ricorso n. 715/60, decisione del 5 agosto 1969, *X e Y c. Repubblica Federale Tedesca*, ricorso n. 7407/76, decisione del 13 maggio 1976, e *X c. Repubblica Federale Tedesca*, ricorso n. 9234/81, decisione del 14 luglio 1981.

¹⁰ Cfr., in particolare, Corte europea dei diritti umani, *Kyrtatos c. Grecia*, ricorso n. 41666/98, sentenza del 23 agosto 2003, par. 52. Da notare, tuttavia, come l'affermazione riportata nel testo non compaia in una fra le più recenti sentenze rese dalla Corte in materia di effetti dell'inquinamento sul rispetto della vita privata tutelata dall'art. 8 CEDU (cfr. *Tatar c. Romania*, ricorso n. 67021/01, sentenza del 27 gennaio 2009, sulla quale si tornerà *infra* par. 4.1).

¹¹ Cfr. Corte europea dei diritti umani, *Fadeyeva c. Russia*, ricorso n. 55723/00, sentenza del 9 giugno 2005, par. 68.

¹² Al riguardo v. D. SHELTON, *Human Rights and the Environment: Jurisprudence of Human Rights Bodies*, in *Environmental Policy and Law*, 2002, p. 158 ss., e R. CHURCHILL, *Environmental Rights in Existing Human Rights Treaties*, in *Human Rights Approaches to Environmental Protection*, cit., p. 89 ss.

¹³ Secondo la formula ormai ricorrente nella giurisprudenza, la CEDU “is a living instrument which [...] must be interpreted in the light of present day conditions” (cfr., per tutte, Corte europea dei diritti umani, *Selmouni c. Francia*, ricorso n. 25803/94, sentenza del 28 luglio 1999, par. 101).

sta raggiungendo i suoi approdi più innovativi – ha portato ad ampliare notevolmente (e per certi versi, come vedremo, in modo “imprevedibile”) l’ambito di applicazione delle disposizioni convenzionali nel campo della protezione dell’ambiente. Come segnalato dalla dottrina¹⁴, siffatto ampliamento si è realizzato essenzialmente attraverso due modalità che saranno oggetto di esame particolareggiato nei successivi paragrafi, e cioè: *a*) includendo la protezione dell’ambiente fra gli scopi legittimi che possono giustificare restrizioni statali all’esercizio di certi diritti individuali tutelati dalla CEDU e riconoscendo in materia un ampio margine di apprezzamento in capo alle autorità statali; ovvero *b*) ponendo a carico degli Stati parte degli obblighi positivi in materia ambientale sia di natura sostanziale sia di natura procedurale ritenuti funzionali alla concreta realizzazione di singoli diritti tutelati dalla CEDU.

Trattasi, come è evidente, di due tecniche interpretative assai diverse per ispirazione ed effetti. La prima – che considera l’ambiente come un “valore oggettivo” di interesse generale in grado di limitare l’esercizio dei diritti e delle libertà individuali da cui possono derivare danni ambientali – trova un appiglio testuale nelle rilevanti disposizioni convenzionali, ma non è idonea a configurare veri e propri obblighi giuridici di protezione dell’ambiente a carico degli Stati contraenti (restando questi liberi di predisporre misure più o meno stringenti a tale scopo). La seconda – che considera l’ambiente come un “valore soggettivo” facente parte integrante della sfera di diritti e libertà di ciascun individuo e che tende ad ampliare la portata degli obblighi positivi di protezione gravanti in capo agli Stati contraenti – è inevitabilmente limitata dall’assenza di un espresso riconoscimento convenzionale del diritto alla protezione dell’ambiente e, per questa ragione, resta ancora oggi piuttosto “sotto-sviluppata” rispetto all’estrema varietà delle situazioni di degrado ambientale suscettibili di arrecare pregiudizio al benessere della persona.

3. L’interesse generale alla protezione dell’ambiente come “scopo legittimo” per limitare l’esercizio dei diritti e delle libertà individuali

Nella prima fase della sua evoluzione, la giurisprudenza di Strasburgo ha preferito dare risalto alle esigenze di salvaguardia dell’ambiente attraverso l’ampliamento del margine di discrezionalità di cui godono gli Stati nell’adozione di misure incidenti in senso restrittivo sull’esercizio di alcuni diritti individuali (e in modo particolare sul diritto di proprietà sancito dall’art. 1 del Protocollo n. 1), allorché dette misure risultassero funzionali alla realizzazione di obiettivi di tutela ambientale considerati necessari nell’“interesse generale” o per la “protezione dei diritti altrui”. Ciò ha indotto gli organi della CEDU a rite-

¹⁴ Cfr. M. DEJEANT-PONS, *L’insertion du droit de l’homme à l’environnement*, cit., p. 461 ss., e D. GARCIA SAN JOSÉ, *Environmental protection*, cit., p. 16 ss.

nere proporzionate rispetto allo scopo perseguito talune forme di regolamentazione dell'uso dei beni particolarmente penalizzanti per gli interessi economici dei soggetti interessati ovvero per il libero godimento del loro "domicilio".

Così, ad esempio, nel caso *Fredin*, dove il ricorrente lamentava la violazione dell'art. 1 del Protocollo n. 1 per effetto della revoca dell'autorizzazione allo sfruttamento di una cava di ghiaia, sia la Commissione sia la Corte hanno preso atto della crescente importanza assunta dalla protezione dell'ambiente nelle società moderne ed hanno entrambe ritenuto che, nonostante il grave pregiudizio economico sofferto dal ricorrente, fosse stato nella specie preservato il giusto equilibrio tra gli interessi individuali e gli imperativi dell'interesse generale alla salvaguardia della natura¹⁵. Qualche mese dopo, nel caso *Pine Valley Development Ltd*, la Corte riteneva conforme all'art. 1 del Protocollo n. 1 la revoca della licenza edilizia per lo sviluppo di un'area industriale in quanto misurata proporzionata rispetto allo scopo legittimo di salvaguardare l'ambiente nell'interesse generale della comunità¹⁶.

Lo stesso approccio è stato seguito dagli organi della CEDU in molti altri casi concernenti restrizioni all'uso dei beni per scopi di salvaguardia dell'ambiente o delle risorse naturali, in cui essi hanno giudicato conformi ai requisiti dell'art. 1 del Protocollo n. 1 provvedimenti di pianificazione urbanistica, limitazioni all'edificabilità dei terreni e, talvolta, anche misure più drastiche quali l'imposizione di vincoli generalizzati su determinate aree di particolare pregio naturalistico.

Ad esempio, nel caso *Uuhiniemi*, le doglianze dei ricorrenti aventi ad oggetto i vincoli imposti su alcuni terreni per effetto di un programma di protezione delle aree rivierasche di fiumi e laghi sono state dichiarate manifestamente infondate, in quanto – a giudizio della Commissione – tale programma rispondeva alle esigenze di interesse generale della comunità relativamente alla tutela dell'ambiente¹⁷. Analogamente, nel caso *Herrik*, la Commissione ha ritenuto che il divieto imposto al ricorrente di continuare a risiedere in una costruzione di sua proprietà situata nella "zona verde" dell'isola di Jersey costituisca una restrizione all'uso dei beni proporzionata rispetto alla finalità di interesse generale cui essa era diretta, rilevando come "planning controls are necessary and desirable

¹⁵ Cfr. Commissione europea dei diritti umani, *Fredin (n. 1) c. Svezia*, ricorso n. 12033/86, rapporto del 6 novembre 1989, spec. par. 69, ove si afferma che "the interest of preserving nature is commonly recognised in all Contracting States as being of great importance in present-day society" e che "this interest cannot be effectively protected without restricting the use of property"; Corte europea dei diritti umani, *Fredin (n. 1) c. Svezia*, ricorso n. 12033/86, sentenza del 8 febbraio 1991, spec. par. 48, ove la Corte riconosce che "in today's society the protection of the environment is an increasingly important consideration". In senso conforme, cfr. anche Commissione europea dei diritti umani, *Backstrom c. Finlandia*, ricorso n. 27894/95, decisione dell'11 settembre 1997.

¹⁶ Cfr. Corte europea dei diritti umani, *Pine Valley Developments Ltd e al. c. Irlanda*, ricorso n. 12742/87, sentenza del 29 novembre 1991, spec. par. 57.

¹⁷ Cfr. Commissione europea dei diritti umani, *Uuhiniemi e al. c. Finlandia*, ricorso n. 21343/93, decisione del 10 ottobre 1994.

in order to preserve areas of outstanding natural beauty for the enjoyment of both the inhabitants of Jersey and visitors of the Island"¹⁸. Ed ancora, nel caso *Photiades Ltd*, ove la società ricorrente si lamentava dell'impossibilità di sviluppare i terreni di sua proprietà per effetto dei vincoli naturalistici imposti da varie misure legislative che consentivano soltanto la realizzazione di opere destinate a preservare le speciali caratteristiche dell'area, la Commissione ha dichiarato manifestamente infondata la pretesa violazione dell'art. 1 del Protocollo n. 1, facendo leva sulla circostanza che la proprietà in questione era integralmente situata "within an area of great environmental and ecological importance"¹⁹.

La Commissione si è spinta sino al punto di ritenere legittima l'imposizione in capo ai proprietari di certe terre dell'obbligo di impiantare una determinata specie arborea ritenuta utile per la protezione dell'ambiente in quanto misura proporzionata rispetto all'esigenza di "protection of the environment and other public interest notably that of providing a permanently high and valuable timber yield"²⁰.

Anche la più recente giurisprudenza della Corte europea – pur adoperandosi soprattutto sul fronte dello sviluppo della dimensione soggettiva della tutela ambientale quale componente dei diritti individuali – ha ciò non di meno continuato ad utilizzare questa tecnica di protezione indiretta dell'ambiente consistente nel salvaguardare il più possibile le misure adottate dai singoli Stati a tale scopo in base alle rispettive legislazioni nazionali.

Ad esempio, nel caso *Bahia Nova S.A.*, concernente la revoca delle autorizzazioni ottenute dalla società ricorrente per la realizzazione di un centro turistico sull'isola di Maiorca in seguito alla riclassificazione dei terreni di sua proprietà come zona naturale di interesse speciale, la Corte ha ritenuto che tale ingerenza costituisse una forma di regolamentazione dell'uso dei beni (e non invece, come sostenuto dalla ricorrente, una espropriazione di fatto) compatibile con i requisiti dell'art. 1 del Protocollo n. 1 in quanto diretta a soddisfare l'interesse generale alla "protection de la nature et de l'environnement"²¹.

Analogamente, nel caso *Aarniosalo*, la Corte ha fatto salve le misure espropriative adottate dal Governo finlandese ai danni di un gruppo persone abitanti sull'isola di Lubanka al fine di salvaguardare l'habitat naturale del picchio dor-

¹⁸ Cfr. Commissione europea dei diritti umani, *Herrick c. Regno Unito*, ricorso n. 11185/84, decisione dell'11 marzo 1985.

¹⁹ Cfr. Commissione europea dei diritti umani, *Photiades Ltd c. Cipro*, ricorso n. 41113/98, decisione 21 ottobre 1998. Secondo la Commissione, anche ad ammettere che nella specie l'intensità dei vincoli configurasse una privazione di fatto della proprietà, il giusto equilibrio tra interessi individuali e interessi generali risultava comunque mantenuto, tenuto altresì conto della possibilità per la società ricorrente di ottenere una compensazione pecuniaria in base alla legislazione nazionale.

²⁰ Cfr. Commissione europea dei diritti umani, *Denev c. Svezia*, ricorso n. 12570/86, decisione del 18 gennaio 1989 (nella specie si trattava dell'obbligo di impiantare 2.500 pini svedesi per ciascun ettaro di terreno).

²¹ Cfr. Corte europea dei diritti umani, *Bahia Nova S.A. c. Spagna*, ricorso n. 50924/99, decisione del 12 dicembre 2000. Analogamente, cfr. *Capsalis e Nima-Capsalis c. Grecia*, ricorso n. 20937/03, decisione del 23 settembre 2004.

sobianco (una specie in via di estinzione), giacché non vi era motivo di dubitare che questa fosse la reale finalità perseguita dalle misure contestate avendo le giurisdizioni interne accertato che “the site was of such environmental importance as to render it a special protection area”²².

Nel caso *Kozubek*, si trattava invece dei vincoli di inedificabilità imposti dalla legislazione polacca in determinate aree urbane destinate a verde, vincoli che la Corte ha ritenuto proporzionati rispetto alla finalità di interesse generale perseguita dalle autorità nazionali consistente in “preserving the existing forest areas in towns [...] in the justified interest of the urban community”²³.

Nel caso *Saliba*, infine, la Corte ha ritenuto non censurabile sotto il profilo dell'art. 1 del Protocollo n. 1 il provvedimento di demolizione di un immobile costruito in conclamata violazione delle norme urbanistiche (ma acquistato dal ricorrente in buona fede), in quanto tale provvedimento perseguiva “the legitimate aim of preserving the environment and ensuring compliance with the building regulations, with a view to establish an orderly development of the countryside” ed era necessario per “guarantee a full protection of the environment as well as deterring other potential offenders”²⁴.

D'altro canto, anche quando la Corte ha, invece, ritenuto che la misura restrittiva contestata non fosse concretamente proporzionata rispetto allo scopo perseguito dalle autorità statali e che non fosse pertanto mantenuto nella specie il “giusto equilibrio”, essa ha pur sempre riconosciuto nella protezione dell'ambiente uno “scopo legittimo” corrispondente ad un interesse generale²⁵.

Nonostante i limiti connaturati al metodo interpretativo sin qui considerato, che derivano in primo luogo dal fatto che esso non impone agli Stati contraenti

²² Cfr. Corte europea dei diritti umani, *Aarniosalo e al. c. Finlandia*, ricorso n. 39737/98, decisione del 5 luglio 2005.

²³ Cfr. Corte europea dei diritti umani, *Kozubek c. Polonia*, ricorso n. 62040/00, decisione dell'11 dicembre 2007.

²⁴ Cfr. Corte europea dei diritti umani, *Saliba c. Malta*, ricorso n. 4251/02, sentenza dell'8 novembre 2005, paragrafi 43-48, ove la Corte ha, tra l'altro, ritenuto irrilevante che il ricorrente fosse stato prosciolto nel procedimento penale instaurato a suo carico, giacché “[t]o hold otherwise would be tantamount to oblige the domestic authorities to tolerate unlawful constructions each time their ownership is transferred to a third *bona fide* party”. Ad una conclusione diversa la Corte è pervenuta nel caso *Sud Fondi s.r.l. e al.*, ove però la violazione del “giusto equilibrio” derivava essenzialmente dal fatto che la confisca dei terreni disposta dalle autorità italiane (cui aveva fatto seguito la demolizione dell'ecomostro di Punta Perotti) difettava di una base legale (cfr. *Sud Fondi s.r.l. e al. c. Italia*, ricorso n. 75909/01, sentenza del 20 gennaio 2009, paragrafi 130-142).

²⁵ Cfr., ad esempio, Corte europea dei diritti umani, *Papastavrou e al. c. Grecia*, ricorso n. 46372/99, sentenza del 10 aprile 2003, paragrafi 33-39, e *Katsoulis e al. c. Grecia*, ricorso n. 66742/01, sentenza dell'8 luglio 2004, paragrafi 30-35, entrambi concernenti misure restrittive dell'uso dei beni finalizzate ad assicurare il rimboscimento di aree forestali; nonché *Urbarska Obec Trencianske Biskupice c. Slovacchia*, ricorso n. 74258/01, sentenza del 27 novembre 2007, paragrafi 118-120, ove il trasferimento *ex lege* della proprietà di certi terreni è stato ritenuto funzionale ad un “rational arrangement of land ownership in accordance with the need for protection of the environment and the creation of stable ecological systems”.

la realizzazione di determinati standard minimi di tutela ambientale ma si affida piuttosto alle scelte da ciascuno di essi operate nell'esercizio del proprio ampio margine di discrezionalità, esso ha contribuito in modo non trascurabile all'emergere dei valori ambientali nella giurisprudenza europea ed a preparare il terreno per il passaggio successivo consistente nello sviluppo della dimensione "ambientalistica" di alcuni diritti garantiti dalla CEDU.

Quali, in conclusione, gli spunti ricostruttivi di carattere sistematico desumibili dalla giurisprudenza appena sommariamente descritta circa la rilevanza delle istanze di tutela ambientale quale scopo legittimo che può giustificare limitazioni all'esercizio dei diritti individuali e, in modo particolare, del diritto al rispetto dei beni?

In primo luogo, dall'esame della casistica cui si è fatto riferimento si trae l'impressione che l'accertata destinazione funzionale di certe misure restrittive alla salvaguardia dell'ambiente nella sua accezione più ampia incida sulla qualificazione delle misure stesse, affievolendo a monte la valutazione degli effetti limitativi che esse producono sui diritti individuali. Con specifico riferimento all'art. 1 del Protocollo n. 1, la Corte (e in passato la Commissione) sembra incline ad escludere che eventuali limitazioni del diritto di proprietà dirette alla salvaguardia delle risorse naturali e faunistiche diano luogo ad una "privazione della proprietà" ai sensi della seconda frase del primo paragrafo, prediligendo invece la categoria della "regolamentazione dell'uso dei beni" (di cui al secondo paragrafo)²⁶ ovvero – nel caso di misure più invasive – quella della "ingerenza nel pacifico godimento dei beni" (di cui alla prima frase del primo paragrafo)²⁷.

Se è vero che in tutte le ipotesi contemplate dall'art. 1 del Protocollo n. 1 i principi di fondo cui è subordinata la legittimità dell'ingerenza restano sostanzialmente gli stessi (legalità, finalità di pubblico interesse e proporzionalità), è vero anche che soltanto con riguardo alla "privazione di proprietà" la compensazione pecuniaria in misura ragionevolmente correlata al valore del bene ablatto costituisce un elemento indispensabile affinché sia garantito il rispetto del giusto equilibrio tra interessi individuali e interessi generali²⁸.

²⁶ Così, ad esempio, nel caso *Bahia Nova*, cit. nota 21, la Corte ha ritenuto che la revoca dell'autorizzazione allo sviluppo di un centro turistico già in parte realizzato sui terreni di proprietà della società ricorrente in conseguenza della qualificazione di tale area come sito protetto costituisca una forma di regolamentazione dell'uso dei beni, affermando in particolare che "les effets de la mesure critiquée, bien que diminuant la disponibilité des biens en question, ne sont pas tels qu'on puisse les assimiler à une expropriation formelle ni à une expropriation de fait. En effet, la requérante peut exploiter les terrains dans le respect des limitations découlant des dispositions applicables aux sites protégés".

²⁷ Così, ad esempio, nel caso *Aarniosalo e al.*, cit. nota 22, la Corte ha qualificato come ingerenza nel pacifico godimento dei beni le misure contestate dai ricorrenti che consistevano nell'espropriazione del fondo di uno di essi e nella revoca per tutti del diritto alla realizzazione di una strada di collegamento con la terra ferma.

²⁸ Al riguardo cfr., per tutti, M. PADELLETTI, *La tutela della proprietà nella Convenzione europea dei diritti dell'uomo*, Milano, 2003, spec. p. 235 ss., secondo la quale peraltro la giurisprudenza

In secondo luogo, si può osservare come la giurisprudenza tenda ad ampliare notevolmente il margine di apprezzamento delle autorità statali sia per quanto riguarda l'individuazione delle misure più appropriate per la realizzazione di determinati obiettivi di tutela ambientale, sia per quanto concerne la scelta delle modalità di attuazione delle stesse, attribuendo così notevole peso all'interesse generale nella valutazione del giusto equilibrio rispetto ai diritti individuali in gioco. Ciò finisce sostanzialmente per attenuare il sindacato della Corte sui profili riguardanti l'effettiva destinazione delle misure restrittive alla protezione dell'ambiente e la proporzionalità delle stesse rispetto agli scopi perseguiti, concentrando invece l'attenzione sui profili della conformità alla legge delle limitazioni imposte a tutela dell'ambiente, della non arbitrarietà delle qualificazioni operate a livello nazionale che costituiscono il presupposto per l'applicabilità di tali limitazioni²⁹ e dell'esistenza di adeguate garanzie procedurali fruibili dal soggetto destinatario delle stesse³⁰.

4. Lo sviluppo della dimensione “ambientale” dei diritti individuali garantiti dalla CEDU

4.1. L'incidenza dei fenomeni di degrado ambientale sul diritto al rispetto della vita privata e familiare e del domicilio (art. 8 CEDU): dai disturbi sonori all'inquinamento industriale

A partire dai primi anni '80, la giurisprudenza di Strasburgo ha cominciato a svolgere un ruolo più dinamico ed energico nella promozione delle istanze ambientali rispetto a quello consistente nella mera ratifica dell'operato delle autorità nazionali, occupandosi con sempre maggiore frequenza degli effetti prodotti

della Corte sarebbe incline ad attribuire rilevanza all'esistenza di misure compensative anche nel quadro di misure di interferenza nel diritto di proprietà che non si sostanzino comunque in provvedimenti espropriativi.

²⁹ Nel caso *Aarniosalo e al.*, cit. nota 22, dove i ricorrenti contestavano tra l'altro che le misure espropriative fossero realmente dirette ad assicurare la sopravvivenza del picchio dorsobianco, la Corte ha rilevato come “[t]here is no evidence before this Court which would indicate that this conclusion, reached after an adversarial procedure, was arbitrary or unreasonable”. Nei casi *Papa-stavrou* e *Katsoulis*, cit. nota 25, la Corte ha, invece, assunto un atteggiamento più rigoroso in quanto vi erano dubbi sulla reale esigenza di rimboscimento delle aree di proprietà dei ricorrenti (“there is a large amount of conflicting evidence as to the nature of the land in issue”) e le giurisdizioni nazionali avevano omesso di riesaminare le determinazioni assunte al riguardo dalle autorità amministrative (cfr., rispettivamente, paragrafi 36 e 33).

³⁰ Cfr., per esempio, Corte europea dei diritti umani, *Kukkola c. Finlandia*, ricorso n. 26890/95, decisione del 30 novembre 2004, ove la Corte ha escluso che i divieti imposti per la tutela del picchio dorsobianco avessero posto a carico del ricorrente un “onere eccessivo”, tenuto conto tra l'altro delle “procedural safeguards afforded”.

da varie forme di inquinamento sul godimento dei diritti garantiti dalla CEDU. Anziché, cioè, limitarsi a prendere atto dell'assenza di espresse disposizioni a tutela dell'ambiente, la Commissione prima e la Corte poi hanno ammesso che certe situazioni di degrado ambientale potessero dare luogo ad un'ingerenza nel godimento del diritto al rispetto della vita privata e familiare e del domicilio (art. 8 CEDU) e del diritto al rispetto dei beni (art. 1 del Protocollo n. 1), ovvero anche – nei casi più gravi – ad una violazione del diritto alla vita (art. 2 CEDU) e del diritto all'integrità psico-fisica (art. 3 CEDU).

Le prime questioni ad essere affrontate nella prospettiva appena indicata riguardavano i disturbi causati dai livelli eccessivi di inquinamento acustico nelle vicinanze delle strutture aeroportuali. Chiamata ad esaminare alcuni ricorsi presentati da abitanti delle zone residenziali adiacenti agli aeroporti di Gatwick e di Heathrow, la Commissione non esitò a dichiarare ricevibili le doglianze riguardanti la violazione del diritto al rispetto della vita privata e del domicilio (per effetto dei rumori provocati dalla continua movimentazione di aeromobili), nonché del diritto al rispetto dei beni (per effetto della riduzione del valore degli immobili di proprietà dei ricorrenti), ritenendo così applicabili *ratione materiae* le relative disposizioni convenzionali³¹.

In particolare, nel caso *Powell e Rayner* (l'unico che sarebbe poi sfociato in una decisione sul merito)³², la Commissione ebbe l'occasione di precisare che il diritto previsto dall'art. 8 CEDU non poteva interpretarsi come applicabile unicamente alle “misure dirette” adottate dalle autorità nazionali contro la *privacy* e/o il domicilio individuale, ma doveva estendersi alle “intrusioni indirette” costituenti la conseguenza inevitabile di misure che non sono affatto dirette nei confronti degli individui, affermando per la prima volta che “considerable noise nuisance can undoubtedly affect the physical well-being of a person and thus interfere with his private life” e “deprive a person of the possibility of enjoying the amenities of his home”³³.

Anche la Corte europea, cui il caso era stato deferito su istanza del Governo convenuto, riconobbe nella propria sentenza che il rumore generato

³¹ Cfr., in particolare, Commissione europea dei diritti umani, *Arrondelle c. Regno Unito*, ricorso n. 7889/77, decisione del 15 luglio 1980; *Baggs c. Regno Unito*, ricorso n. 9310/81, decisione del 19 gennaio 1985; *Rayner c. Regno Unito*, ricorso n. 9310/81, decisione del 16 luglio 1986.

³² I due casi precedenti erano stati invece cancellati dal ruolo a seguito del raggiungimento di un compromimento amichevole in forza del quale il Governo britannico si era impegnato a versare ai ricorrenti una compensazione pecuniaria equivalente al deprezzamento degli immobili causato dai disturbi sonori (cfr. Commissione europea dei diritti umani, *Arrondelle c. Regno Unito*, ricorso n. 7889/77, rapporto del 13 maggio 1982, e *Baggs c. Regno Unito*, ricorso n. 9310/81, rapporto dell'8 luglio 1987).

³³ Cfr. decisione *Rayner*, cit. nota 31. In precedenza, la Commissione aveva invece dichiarato inammissibile un ricorso riguardante i disturbi provocati da un poligono di tiro militare adiacente all'abitazione del ricorrente in quanto mancava la prova di “an intolerable and exceptional noise nuisance of such a level and frequency as to amount to a possible interference” (cfr. Commissione europea dei diritti umani, *Vearncombe c. Regno Unito e Repubblica Federale Tedesca*, ricorso n. 12816/87, decisione del 18 gennaio 1989).

dall'aeroporto di Heathrow era tale da incidere negativamente sulla “quality of the applicant's private life and the scope for enjoying the amenities of his home”, ma ritenne in conclusione che siffatta ingerenza fosse compatibile con le norme convenzionali invocate, tenuto conto tra l'altro del fatto che l'esistenza di larghi scali aeroportuali anche in prossimità di aree urbane densamente popolate era necessaria nell'interesse economico generale del Paese e che comunque le autorità nazionali avevano introdotto, in consultazione con le popolazioni interessate, varie misure per controllare, ridurre e compensare il rumore degli aerei³⁴.

Una questione analoga si è riproposta dinanzi alla Corte alcuni anni più tardi nel caso *Hatton*, in cui gli abitanti nelle vicinanze dell'aeroporto di Heathrow si lamentavano degli effetti sulla propria vita privata dell'elevato rumore causato dagli aeromobili a seguito dell'introduzione di un nuovo piano di voli notturni. Nel pronunciarsi per la prima volta sul ricorso, la Corte aveva ravvisato una violazione dell'art. 8 CEDU da parte del Governo britannico per non essere stato realizzato nella specie un giusto equilibrio tra i contrapposti interessi in gioco, nonché dell'art. 13 CEDU per i limiti del sindacato esercitabile dalle autorità giudiziarie sulle misure contestate, affermando quanto segue: “in particularly sensitive field of environmental protection, mere reference to the economic well-being of the country is not sufficient to outweigh the rights of others [...]. States are required to minimize, as far as possible, the interference with these rights, by trying to find alternative solutions and by generally seeking to achieve their aims in the least onerous way as regards human rights. In order to do that, a proper and complete investigation and study with the aim of finding the best possible solution which will, in reality, strike the right balance should precede the relevant project” (il corsivo è aggiunto)³⁵.

L'enunciazione di questi due criteri guida per l'azione statale in campo ambientale (e, cioè, la minimizzazione delle interferenze nei diritti individuali e la valutazione preventiva dell'impatto ambientale), che mettevano in secondo piano gli interessi di carattere prettamente economico, fu subito accolta come uno dei più grandi progressi nello sviluppo della dimensione individuale della protezione dell'ambiente, ma è stata successivamente almeno in parte superata dalla Grande Camera della Corte, la quale – riesaminando il caso – è giunta alla conclusione che, nel bilanciare i contrapposti interessi, le autorità statali non avessero oltrepassato i limiti del proprio margine di apprezzamento³⁶. Tuttavia, anche la Grande

³⁴ Cfr. Corte europea dei diritti umani, *Powell e Rayner c. Regno Unito*, ricorso n. 9310/81, sentenza del 21 febbraio 1990, paragrafi 30-46. La Commissione aveva, invece, ravvisato in relazione ad uno soltanto dei ricorrenti la violazione del diritto ad un rimedio effettivo sancito dall'art. 13 CEDU (cfr. *Powell e Rayner c. Regno Unito*, ricorso n. 9310/81, rapporto del 19 gennaio 1989, paragrafi 58-62).

³⁵ Cfr. Corte europea dei diritti umani, *Hatton e al. c. Regno Unito*, ricorso n. 36022/97, sentenza del 2 ottobre 2001, spec. par. 97. Al riguardo v. J.-P. MARGUENAUD, *Vols de nuit et droit européen des droits de l'homme*, in *Revue juridique de l'environnement*, 2002, p. 171 ss.

³⁶ Cfr. Corte europea dei diritti umani [GC], *Hatton e al. c. Regno Unito*, ricorso n. 36022/97, sentenza dell'8 luglio 2003, paragrafi 116-130. V. anche l'opinione dissenziente comune di cinque

Camera ha riscontrato una violazione del diritto ad un rimedio effettivo (che – come noto – presuppone la “difendibilità” della doglianza relativa al diritto sostanziale invocato), tanto è che, a giudizio di alcuni, le diverse conclusioni delle due pronunce relativamente all’art. 8 CEDU riguarderebbero la valutazione delle circostanze di fatto piuttosto che i principi interpretativi applicabili in materia³⁷.

In ogni caso, la giurisprudenza successiva ha continuato a ritenere che l’inquinamento acustico (anche quando provocato da condotte di soggetti privati) costituisca un’ingerenza nel godimento effettivo del diritto al rispetto della vita privata e del domicilio, pervenendo in alcuni casi ad una constatazione di violazione dell’art. 8 CEDU. Così, ad esempio, nel caso *Moreno Gomez*, la ricorrente si lamentava dei rumori notturni provenienti dai locali adiacenti alla sua abitazione nella marina valenciana che contravvenivano ai livelli ammessi di emissioni sonore con la tolleranza delle autorità locali; ribadita l’applicabilità dell’art. 8 CEDU, la Corte ha ritenuto che l’omessa adozione da parte delle autorità competenti di adeguate misure per il controllo e la riduzione dei disturbi sonori notturni concretasse una violazione degli obblighi positivi su di esse incombenti per garantire il diritto al rispetto della vita privata e del domicilio della ricorrente³⁸.

Nel frattempo, la Corte aveva altresì esteso i medesimi principi interpretativi ad altre forme più tradizionali e diffuse di inquinamento ambientale, quali quelle derivanti dal funzionamento di stabilimenti industriali o dall’esercizio di altre attività potenzialmente nocive per la salute. Il *leading case* in materia è costituito dalla nota sentenza sul caso *López Ostra*, in cui la ricorrente si lamentava dell’inattività delle autorità locali rispetto ai gravi disagi e rischi per la propria salute causati da un impianto di smaltimento dei rifiuti situato a breve distanza dalla sua abitazione. In tale decisione, la Corte ha affermato per la prima volta il principio generale (che sarebbe poi divenuto uno dei cardini della tutela ambientale in ambito CEDU) secondo cui “severe environmental pollution may affect individuals’ well-being and prevent them from enjoying their homes in a way as

giudici della Grande Camera, i quali sottolineavano “the close connection between human rights protection and the urgent need for a decontamination of the environment”, criticando la decisione della maggioranza in quanto, tra l’altro, “it gives precedence to economic considerations over basic health conditions in qualifying the applicants’ sensitivity to noise as that of a small minority of people”. Per un commento cfr. H. POST, *The Judgment of the Grand Chamber in Hatton and Other v/ the United Kingdom: what is left of the “indirect” right to healthy environment?*, in *Non-State Actors and International Law*, 2004, p. 135 ss.

³⁷ Cfr. al riguardo J. HYAM, *Hatton v. UK in the Grand Chamber: One Step Forward, Two Steps Back*, in *European Human Rights Law Review*, 2003, p. 631 ss. Da notare, però, come nella sentenza della Grande Camera non venga ribadito il principio secondo cui gli Stati devono “minimize, as far as possible, the interference with these rights, by trying to find alternative solutions and by generally seeking to achieve their aims in the least onerous way as regards human rights”.

³⁸ Cfr. Corte europea dei diritti umani, *Moreno Gomez c. Spagna*, ricorso n. 4143/02, sentenza del 16 novembre 2004, paragrafi 53-63.

to affect their private and family life adversely, without, however, seriously endangering their health"³⁹.

Mentre, però, nel caso *Powell e Rayner* e (in seguito) nel caso *Hatton*, la Corte ha ritenuto che le autorità nazionali avessero ottemperato ai propri obblighi positivi di protezione mediante l'adozione di misure ritenute ragionevoli ed adeguate, rispetto alle circostanze concrete, per ridurre i disturbi sonori, nel caso *López Ostra* essa è pervenuta ad una diversa conclusione alla luce della comprovata riluttanza delle autorità locali a farsi carico degli effetti lesivi per la vita privata della ricorrente provocati dalle emissioni nocive del depuratore e della conseguente rottura del giusto equilibrio tra interessi generali e istanze di protezione individuale, ravvisando pertanto una violazione degli obblighi positivi derivanti dall'art. 8 CEDU⁴⁰.

Una decisione analoga è stata assunta dalla Corte qualche anno più tardi nel caso *Giacomelli*, concernente le esalazioni nocive promananti da un impianto di smaltimento di rifiuti industriali tossici situato nei pressi di Brescia, il cui funzionamento era stato autorizzato dall'amministrazione regionale senza una preventiva valutazione di impatto ambientale e non era stato sospeso neppure a seguito delle decisioni rese dalle giurisdizioni amministrative che ne avevano sanzionato l'illegittimità⁴¹.

Più di recente, nel caso *Fadeyeva*, la Corte ha avuto modo di precisare ulteriormente la portata degli obblighi derivanti dall'art. 8 CEDU nel campo della tutela ambientale e le modalità di esercizio del proprio sindacato sul rispetto di tali obblighi da parte degli Stati contraenti. Chiamata a stabilire se le emissioni altamente nocive prodotte da un'acciaieria privata e il mancato ricollocamento abitativo della ricorrente al di fuori della zona sanitaria di sicurezza fossero compatibili con il suo diritto al rispetto della vita privata e del domicilio, la Corte ha ribadito che, in materia ambientale, la responsabilità dello Stato può insorgere ai sensi dell'art. 8 CEDU non soltanto allorché l'attività inquinante sia svolta, direttamente o indirettamente, da enti pubblici, ma anche allorché lo Stato non abbia ottemperato all'obbligo positivo di regolare adeguatamente l'industria

³⁹ Cfr. Corte europea dei diritti umani, *López Ostra c. Spagna*, ricorso n. 16798/90, sentenza del 9 dicembre 1994, par. 51. Per un commento su tale sentenza v., in particolare, M. ARCARI, *Tutela dell'ambiente e diritti dell'uomo*, cit., e P. SANDS, *Human Rights, Environment and the Lopez-Ostra Case. Context and Consequences*, in *European Human Rights Law Review*, 1996, p. 597 ss.; più in generale, sullo sviluppo della tutela ambientale per il tramite dell'art. 8 CEDU v. F. SUDRE, *Le droit à un environnement sain et le droit au respect de la vie privée*, in *Annuaire international des droits de l'homme*, cit., p. 201 ss.

⁴⁰ Cfr. *ibidem*, spec. paragrafi 52-58. La Corte ha, invece, escluso che le condizioni di disagio in cui la ricorrente e la sua famiglia avevano vissuto per alcuni anni fossero di gravità sufficiente per ricadere nell'ambito di applicazione del divieto di trattamenti inumani o degradanti (cfr. par. 60). Al riguardo v. anche *infra* par. 5.

⁴¹ Cfr. Corte europea dei diritti umani, *Giacomelli c. Italia*, ricorso n. 59909/00, sentenza del 2 novembre 2006, paragrafi 76-98.

privata, omettendo di adottare le misure ragionevoli ed appropriate “so as to prevent or put an end to the alleged infringement of the applicant’s rights”⁴².

Per quanto concerne la giustificazione dell’ingerenza nella vita privata e nel domicilio, la Corte ha affermato che i criteri applicabili nel caso di una pretesa violazione degli obblighi positivi sono “largamente simili” a quelli elaborati in rapporto alle ingerenze dirette da parte dello Stato (“conformità alla legge”, “scopo legittimo” e “necessità in una società democratica”). Allo stesso tempo, però, essa ha dettato una serie di direttive per adeguare le modalità di esercizio del proprio sindacato alle caratteristiche peculiari degli obblighi positivi ed alle esigenze specifiche poste dalla tutela ambientale, stabilendo che: a) il requisito della “conformità alla legge” – diversamente dal caso di ingerenze dirette – non possiede una propria rilevanza autonoma e conclusiva, ma costituisce uno dei vari elementi di cui tenere conto per valutare se sia stato rispettato il “giusto equilibrio”⁴³; b) anche lo “scopo legittimo”, in quanto previsto dall’art. 8, par. 2, CEDU con esclusivo riguardo agli obblighi negativi di non ingerenza, contribuisce alla valutazione del temperamento tra interessi individuali ed interessi generali⁴⁴; c) la realizzazione del “giusto equilibrio” è lasciata in primo luogo alle autorità nazionali, cui spetta un ampio margine di apprezzamento nel campo delle politiche ambientali, ma è sottoposta al controllo “sussidiario” da parte della Corte⁴⁵. In particolare, quest’ultima potrà riscontare eventuali “errori manifesti di apprezzamento” delle autorità nazionali e potrà verificare se il processo decisionale sia stato “equo” ed abbia assicurato il dovuto rispetto per gli interessi individuali tutelati dall’art. 8 CEDU, restando inteso che “only in exceptional circumstances may it go beyond this line and revise the material conclusions of the domestic authorities”⁴⁶.

Da ultimo, nella sentenza sul caso *Tatar*, la Corte ha definitivamente consolidato la propria giurisprudenza relativa all’applicabilità dell’art. 8 CEDU in materia ambientale, ribadendo che da tale disposizione discende: a) l’obbligo di introdurre un quadro legislativo e amministrativo tendente ad una prevenzione efficace dei danni all’ambiente ed alla salute umana, che – nel caso di attività perico-

⁴² Cfr. Corte europea dei diritti umani, *Fadeyeva c. Russia*, ricorso n. 55723/00, sentenza del 9 giugno 2005, spec. par. 89.

⁴³ Cfr. *ibidem*, paragrafi 94-98. In particolare, trattandosi dell’obbligo di adottare misure positive, la scelta dei mezzi è rimessa in linea di principio alle autorità nazionali, sicché esse – anche quando abbiano omesso di applicare una particolare misura prevista dal diritto interno – possono ancora adempiere all’obbligo positivo mediante il ricorso a misure di tipo diverso. Tuttavia, la Corte ha anche rilevato come l’inosservanza di alcuni aspetti della legislazione domestica fosse stata decisiva in tutte le pregresse decisioni in cui era stata ravvisata una violazione della CEDU in materia ambientale.

⁴⁴ Cfr. *ibidem*, paragrafi 99-101. Nella specie, la Corte ha ritenuto che gli scopi perseguiti dal Governo convenuto consistessero nell’esigenza di protezione degli interessi degli altri residenti dell’area e del benessere economico del Paese.

⁴⁵ Cfr. *ibidem*, par. 102.

⁴⁶ Cfr. *ibidem*, par. 105. Sugli obblighi di natura procedurale derivanti dall’art. 8 CEDU si tornerà *infra* nel par. 6.

lose – comporta l'adozione di regole specifiche concernenti l'autorizzazione, la messa in funzione, lo sfruttamento e il controllo dell'attività in questione, nonché l'imposizione a tutte i soggetti coinvolti di misure di ordine pratico idonee ad assicurare la protezione effettiva dei cittadini la cui vita è esposta ai rischi inerenti al tipo di attività; b) l'obbligo di svolgere indagini e studi appropriati al fine di predeterminare e valutare in anticipo gli effetti delle attività che potrebbero recare danno all'ambiente ed ai diritti individuali, permettendo così di realizzare un giusto equilibrio tra i concorrenti interessi in gioco nell'ambito del processo decisionale; c) l'obbligo di rendere accessibili al pubblico le conclusioni di tali indagini e studi, nonché tutte le altre informazioni utili per valutare i pericoli ai quali le persone sono esposte; d) l'obbligo di garantire agli individui il diritto di ricorrere dinanzi ad un'autorità giudiziaria contro tutte le decisioni, tutti gli atti e le omissioni, allorché ritengano che i propri interessi o le proprie osservazioni non siano stati adeguatamente tenuti in considerazione nel processo decisionale⁴⁷.

4.2. Le possibili ripercussioni dell'inquinamento ambientale sulla vita e sull'integrità psico-fisica delle persone (articoli 2 e 3 CEDU): dalla punizione dei responsabili di incidenti ambientali aventi conseguenze letali alla prevenzione dei rischi di danni alla salute

Lo sviluppo in chiave individuale della tutela dell'ambiente ad opera degli organi della CEDU non si è, però, limitato al riconoscimento delle ricadute pregiudizievoli che l'inquinamento può avere sulla sfera della vita privata e del domicilio, ma ha altresì investito – nei limiti che si analizzeranno poco oltre – quelle disposizioni convenzionali che tutelano direttamente i beni della vita e dell'integrità psico-fisica della persona (e, cioè, principalmente gli articoli 2 e 3 CEDU), allorché detti beni risultassero concretamente offesi o minacciati da gravi fenomeni di degrado ambientale.

Già in alcuni casi concernenti gli effetti per la salute dell'esposizione alle radiazioni prodotte da esperimenti nucleari, sia la Commissione sia la Corte avevano ammesso in linea di principio che gli articoli 2 e 3 CEDU potessero essere invocati per far valere la mancata adozione da parte delle autorità statali delle misure necessarie a scongiurare eventuali rischi per la vita e l'incolumità delle persone connessi allo svolgimento di certe attività estremamente pericolose, ancorché nessuno di questi casi si fosse concluso con un accertamento di violazione a carico dello Stato convenuto⁴⁸.

⁴⁷ Cfr. Corte europea dei diritti umani, *Tatar c. Romania*, ricorso n. 67021/01, sentenza del 27 gennaio 2009, spec. paragrafi 85-88.

⁴⁸ Cfr. in particolare Commissione europea dei diritti umani, *Tauira e al. c. Francia*, ricorso n. 28204/95, decisione del 4 dicembre 1995, con la quale è stato dichiarato irricevibile per difetto della qualità di vittima il ricorso proposto da un gruppo di abitanti della Polinesia francese che si

Ciò è invece accaduto per la prima volta nel caso *Oneriyildiz*, ove la Corte ha addebitato a responsabilità delle autorità turche la morte di nove parenti del ricorrente causata da un'esplosione di metano in una discarica municipale di rifiuti domestici⁴⁹. Nel ribadire la sua costante giurisprudenza secondo la quale la prima frase dell'art. 2 CEDU non si limita ad imporre in capo agli Stati l'obbligo di astenersi dal privare intenzionalmente della vita una persona, ma comporta anche in talune circostanze "a positive obligation to take appropriate steps to safeguard the lives of those within their jurisdiction", la Corte ha precisato che una violazione del diritto alla vita può configurarsi anche in relazione a situazioni di inquinamento ambientale e che l'obbligo positivo derivante dall'art. 2 CEDU deve interpretarsi "as applying in the context of any activity, whether public or not, in which the right to life may be at stake, and *a fortiori* in the case of industrial activities, which by their very nature are dangerous, such as the operation of waste-collection sites"⁵⁰.

Sulla base di tale premessa, ed ispirandosi agli standard europei in materia ambientale⁵¹, la Corte ha specificato la portata dell'obbligo positivo di protezione della vita in rapporto alle minacce poste dallo svolgimento di attività pericolose per l'ambiente. In particolare, l'accertamento in ordine all'eventuale responsabilità dello Stato per violazione dell'art. 2 CEDU dovrà tenere conto dei seguenti fattori: *a*) l'adozione e l'effettiva attuazione di un adeguato sistema normativo ed amministrativo per la regolamentazione dell'attività pericolosa idoneo a ridurre il livello di rischio per la vita delle persone potenzialmente esposte ai suoi effetti nocivi⁵²; *b*) l'adeguata informativa del pubblico sui rischi deri-

lamentava della contaminazione radioattiva conseguente agli esperimenti nucleari condotti dal Governo francese sull'isola di Mururoa a partire dagli anni '70; nonché Commissione europea, *L.C.B. c. Regno Unito*, ricorso n. 23413/94, decisione del 28 novembre 1995, e Corte europea, *L.C.B. c. Regno Unito*, ricorso n. 23413/94, sentenza del 9 giugno 1998, in cui si è esclusa la sussistenza di elementi in grado di comprovare l'esistenza del nesso di causalità tra il morbo contratto dalla ricorrente e l'esposizione del padre alle radiazioni causate dagli esperimenti nucleari condotti dal Regno Unito sull'isola di Christmas alla fine degli anni '50.

⁴⁹ Cfr. Corte europea dei diritti umani [GC], *Oneriyildiz c. Turchia*, ricorso n. 48939/99, sentenza del 30 novembre 2004, sostanzialmente confermativa della precedente sentenza resa dalla Camera il 18 giugno 2002.

⁵⁰ Cfr. *ibidem*, paragrafi 71-72. Secondo la Corte, in siffatto contesto, la nocività dei fenomeni inerenti all'attività in questione, la contingenza del rischio cui era nella specie esposto il ricorrente (in quanto abitante in prossimità della discarica) ed il carattere doloso o colposo delle azioni od omissioni dei soggetti responsabili dell'incidente erano soltanto "fattori" da tenere in considerazione nel valutare il merito delle doglianze al fine di stabilire l'eventuale responsabilità dello Stato convenuto ai sensi dell'art. 2 CEDU.

⁵¹ Cfr. *ibidem*, paragrafi 59-62. La Corte ha, in particolare, fatto riferimento alla Convenzione sulla responsabilità civile per i danni risultanti da attività pericolose per l'ambiente, adottata a Lugano il 21 giugno 1993, nonché alla Convenzione sulla protezione dell'ambiente attraverso il diritto penale, adottata a Strasburgo il 4 novembre 1998.

⁵² Cfr. *ibidem*, paragrafi 89-90. In particolare, la normativa interna deve regolare le condizioni per l'autorizzazione, l'avvio e la messa in funzione, la sicurezza ed il controllo dell'attività pericolosa

vanti dall'esposizione all'inquinamento causato da certe attività industriali⁵³; c) la conduzione di indagini ufficiali effettive, da svolgersi con diligenza e speditezza esemplari, al fine di accertare le circostanze che hanno determinato la morte e le eventuali carenze nell'applicazione del sistema regolativo, nonché al fine di stabilire le eventuali responsabilità (dolose o colpose) dei soggetti pubblici e privati coinvolti nella verifica dell'evento letale⁵⁴.

A tale ultimo riguardo, e sempre ispirandosi agli standard europei applicabili in materia, la Corte ha ritenuto che, nel caso di decessi involontari causati dall'inquinamento, la portata degli obblighi positivi di carattere procedurale derivanti dall'art. 2 CEDU debba essere determinata sulla falsariga della giurisprudenza riguardante le ipotesi di privazione intenzionale della vita, e ciò in quanto anche nel contesto delle attività pericolose le autorità pubbliche sono spesso le sole ad avere le conoscenze necessarie per individuare e stabilire i complessi fenomeni che potrebbero aver causato l'incidente letale. Di conseguenza, a differenza di quanto affermato in generale per i decessi dovuti a negligenza medica⁵⁵, il fatto che i soggetti responsabili della gestione o del controllo dell'attività non siano stati accusati di un reato o perseguiti penalmente – allorché, beninteso, la negligenza oltrepassi il semplice errore di giudizio e consista nella mancata adozione delle misure necessarie e sufficienti per evitare i rischi propri dell'attività pericolosa – potrebbe costituire una violazione dell'art. 2 CEDU, indipendentemente dagli altri rimedi civili o amministrativi a disposizione delle vittime⁵⁶.

Gli stessi principi sono stati successivamente ribaditi dalla Corte in relazione alla mancata adozione di misure appropriate per mitigare i rischi e gli effetti di disastri naturali. In particolare, nel caso *Budayeva*, ove i ricorrenti addebitavano alle autorità russe la responsabilità per le conseguenze prodotte da una violenta inondazione fangosa che aveva tra l'altro provocato la morte di varie persone, la Corte ha riscontrato una violazione degli obblighi positivi derivanti dall'art. 2 CEDU per la mancata adozione di un quadro normativo e amministra-

e deve imporre il rispetto da parte di tutti i soggetti interessati delle misure pratiche necessarie per assicurare l'effettiva protezione dei cittadini le cui vite potrebbero essere messe in pericolo dai rischi inerenti lo svolgimento di tale attività. Inoltre, la normativa in questione deve prevedere appropriate procedure tecniche per l'identificazione di eventuali difetti nei processi applicati ovvero di eventuali errori commessi dai responsabili ai vari livelli.

⁵³ Come rilevato dalla stessa Grande Camera, tale obbligo – sul quale ci soffermeremo in seguito – discende anche dall'art. 8 CEDU (cfr. *ibidem*, par. 90).

⁵⁴ Cfr. *ibidem*, paragrafi 91-96.

⁵⁵ Cfr., ad esempio, Corte europea dei diritti umani, *Vo c. Francia*, ricorso n. 53924/00, sentenza dell'8 luglio 2004, par. 90, *Calvelli e Giglio*, ricorso n. 32967/96, sentenza del 17 gennaio 2002, par. 51, e *Mastromatteo c. Italia*, ricorso n. 37703/97, sentenza del 24 ottobre 2002, paragrafi 90-99.

⁵⁶ La Corte ha, tuttavia, precisato che, anche nel contesto di esame, non è configurabile un diritto per il ricorrente a che terzi siano processati e puniti penalmente ovvero un obbligo assoluto di concludere il processo penale con una condanna o con la condanna ad una pena determinata, ma è necessario che le giurisdizioni nazionali non si mostrino in alcun modo ed in alcun caso pronte a lasciare impunite offese che abbiano messo in pericolo la vita delle persone.

tivo idoneo a costituire un effettivo deterrente rispetto a minacce per il diritto alla vita, nonché per l'assenza di qualsiasi indagine giudiziaria o amministrativa sulle possibili responsabilità delle autorità statali al riguardo⁵⁷.

In tale contesto, la Corte ha avuto modo di precisare quali siano i limiti all'obbligo positivo degli Stati di intervenire *preventivamente* per scongiurare i rischi derivanti da fenomeni naturali e gli elementi di cui tenere conto nella valutazione del rispetto di tale obbligo, adottando un approccio interpretativo assai simile a quello seguito per l'art. 8 CEDU⁵⁸. Posto che vi sono varie misure egualmente idonee ad assicurare il godimento dei diritti tutelati dalla CEDU e che le autorità statali, anche quando abbiano omesso di adottare una certa misura prevista dal diritto interno, potrebbero ancora adempiere al proprio dovere di protezione attraverso altri mezzi, la Corte ha sottolineato come le autorità statali non debbano essere gravate di un onere impossibile o sproporzionato che non tenga conto delle scelte operative che esse devono fare in termini di priorità e risorse e per le quali esse godono di un ampio margine di apprezzamento, soprattutto allorché trattasi di interventi di emergenza resi necessari da fenomeni meteorologici al di fuori del controllo umano.

Inoltre, nel valutare la condotta statale, si devono prendere in esame le particolari circostanze del caso, avendo riguardo tra l'altro alla legalità interna degli atti o delle omissioni delle autorità competenti, al processo decisionale seguito a livello nazionale (e, in particolare, allo svolgimento di appropriati studi ed indagini), nonché alla complessità delle questioni (specialmente quando sono in gioco interessi convenzionali tra loro in conflitto)⁵⁹. Secondo la Corte, infine, una siffatta valutazione ai sensi dell'art. 2 CEDU in materia di calamità naturali si rende necessaria nella misura in cui le circostanze del caso inducano a ritenere imminente il verificarsi di un rischio naturale chiaramente identificabile e specialmente allorché si tratti di calamità ricorrenti che colpiscono una specifica area urbanizzata. In tali ipotesi, “[t]he scope of the positive obligations imputable to the State in the particular circumstances would depend on the origin of the threat and the extent to which one or the other risk is susceptible to mitigation”⁶⁰.

⁵⁷ Cfr. Corte europea dei diritti umani, *Budayeva e al. c. Russia*, ricorsi n. 15339/02, n. 11673/02, n. 15343/02, n. 20058/02 e n. 21166/02, sentenza del 20 marzo 2008, spec. paragrafi 159 e 165.

⁵⁸ Secondo la Corte, infatti, “in the context of dangerous activities the scope of the positive obligations under Article 2 of the Convention largely overlap with those under Article 8”, sicché “the principles developed in the Court’s case-law relating to planning and environmental matters affecting private life and home may also be relied on for the protection of the right to life” (cfr. *ibidem*, par. 133).

⁵⁹ Cfr. *ibidem*, paragrafi 135-136.

⁶⁰ Cfr. *ibidem*, par. 137.

5. I limiti della protezione indiretta dell'ambiente nel quadro della CEDU: la valutazione in concreto degli effetti lesivi prodotti dal degrado ambientale e l'ampio margine di apprezzamento riconosciuto alle autorità statali

Nonostante la significativa evoluzione registratasi nella giurisprudenza europea relativamente alla tutela dell'ambiente, quest'ultima resta tuttora caratterizzata da taluni pregnanti limiti che discendono, per un verso, dagli stessi caratteri tipici della protezione dei diritti individuali offerta dalla CEDU e, per altro verso, da un certo atteggiamento di *self-restraint* della Corte nell'esercizio del proprio sindacato sulle scelte politiche o sugli apprezzamenti tecnici in materia ambientale operati dalle autorità nazionali.

Per quanto concerne il primo aspetto, la possibilità di far valere dinanzi alla Corte europea le situazioni di degrado ambientale per il tramite dei diritti garantiti dalla CEDU è subordinata alla sussistenza in capo all'individuo ricorrente della qualità di "vittima" ai sensi dell'art. 34 CEDU, nel senso che tale individuo deve poter dimostrare di essere stato *personalmente e direttamente* riguardato dagli effetti pregiudizievoli dell'azione o dell'omissione statale che si assume lesiva dei diritti invocati.

Poiché, infatti, la CEDU non autorizza l'esercizio di un'*actio popularis* al fine di assicurare il rispetto delle sue disposizioni sostanziali da parte degli Stati contraenti, non sarà mai possibile lamentarsi *in abstracto* dinanzi alla Corte degli effetti nocivi per l'ambiente, potenzialmente causati da una condotta statale, essendo invece necessario che il ricorrente abbia già subito nella propria sfera personale delle significative ripercussioni pregiudizievoli per l'esercizio dei suoi diritti come conseguenza diretta della condotta stessa o quanto meno che vi sia la seria probabilità che tali ripercussioni possano verificarsi (specie allorché siano in gioco la vita e l'incolumità della persona)⁶¹.

Affinché, dunque, la Corte sia messa in grado di valutare l'eventuale responsabilità delle autorità statali, è indispensabile stabilire in via pregiudiziale l'esistenza di un collegamento sufficientemente qualificato tra la situazione di degrado ambientale che si intende lamentare ed il godimento effettivo dei diritti convenzionali che si assumono lesi, fermo restando che detto collegamento verrà ad atteggiarsi in modo diverso a seconda della natura del diritto di volta in volta invocato.

La necessità di una diretta e personale incidenza degli effetti nocivi prodotti da certe attività altamente pericolose per l'ambiente è stata subito avvertita nei casi in cui i ricorrenti lamentavano una violazione del diritto alla vita o del diritto al rispetto dell'integrità psico-fisica. Ad esempio, nel caso *Tauria*, concernen-

⁶¹ Al riguardo cfr. L. LOUCAIDES, *Environmental Protection*, cit., spec. pp. 250-252, e E. LAMBERT ABDELGAWAD, *Le principe de précaution dans le système de la Convention européenne des droits de l'homme*, in H. RUIZ FABRI, L. GRADONI (dir.), *La circulation*, cit., p. 493 ss., spec. pp. 498-509. Ma sui possibili scenari di ulteriore evoluzione della giurisprudenza europea in materia ambientale v. anche *infra* par. 7.

te la pretesa violazione degli articoli 2 e 3 CEDU per effetto della decisione del Presidente francese di riprendere gli esperimenti nucleari nelle isole della Polinesia francese e per effetto dell'inquinamento radioattivo già prodotto in passato, la Commissione ha dichiarato irricevibile il ricorso per difetto della qualità di "vittima" dei ricorrenti, osservando, da un lato, come la generica denuncia dei rischi inerenti all'impiego dell'energia nucleare, tanto civile che militare, non fosse sufficiente a conferire loro tale qualità e, dall'altro, come essi non avessero fornito alcuna prova in ordine agli effetti pregiudizievoli per la loro salute asseritamente prodotti dall'esposizione alle radiazioni⁶².

Ad analoghe conclusioni sono pervenute sia la Commissione sia la Corte nel caso *L.C.B.* relativamente al ricorso presentato dalla figlia di un militare britannico che aveva partecipato agli esperimenti nucleari nel Pacifico, la quale lamentava la violazione degli articoli 2 e 3 CEDU per il fatto che le autorità nazionali non avevano informato i suoi genitori circa i livelli di radiazioni cui era stato esposto il padre e circa i conseguenti rischi di leucemia genetica⁶³. In particolare, secondo la Corte, non vi erano nella specie prove convincenti in ordine alla sussistenza di un nesso di causalità tra la contaminazione subita dal padre e la comparsa della leucemia nella figlia concepita successivamente, sicché non si poteva ragionevolmente pretendere dalle autorità britanniche – tenuto conto delle informazioni di cui esse disponevano all'epoca dei fatti – l'adozione di misure particolari a tutela della salute della ricorrente⁶⁴.

Nessun dubbio in ordine all'invocabilità dell'art. 2 CEDU si è invece posto allorché, come nel caso *Oneriyildiz*, l'attività pericolosa per l'ambiente fosse la causa accertata della morte di una persona⁶⁵.

Due sono, dunque, gli elementi essenziali che consentono – almeno in base all'attuale giurisprudenza – di stabilire l'esistenza di un collegamento sufficiente al fine di far valere una doglianza in materia ambientale per il tramite dell'art. 2 CEDU (fatta sempre salva la possibilità di riqualificazione giuridica della doglianza da parte della Corte⁶⁶), e cioè, da un lato, il verificarsi di un evento letale ovvero il comprovato rischio che esso possa verificarsi⁶⁷ e, dall'altro, la dimo-

⁶² Cfr. Commissione europea dei diritti umani, *Tauira e al. c. Francia*, ricorso n. 28204/95, decisione del dicembre 1995.

⁶³ Cfr. Commissione europea dei diritti umani, *L.C.B. c. Regno Unito*, ricorso n. 23413/94, decisione del 28 novembre 1995, e Corte europea dei diritti umani, *L.C.B. c. Regno Unito*, ricorso n. 23413/94, sentenza del 9 giugno 1998.

⁶⁴ Cfr. *ibidem*, paragrafi 39-42.

⁶⁵ Cfr. *supra* par. 4.2., spec. nota 49.

⁶⁶ Per un caso in cui la Corte ha riqualificato ai sensi dell'art. 8 CEDU una doglianza ambientale sollevata in relazione all'art. 2 CEDU cfr. *Tatar e Tatar c. Romania*, ricorso n. 67021/01, decisione del 5 luglio 2007.

⁶⁷ Nel caso *Tauira e al.*, cit. nota 62, la Commissione aveva avuto modo di precisare – richiamando la giurisprudenza formatasi in rapporto a situazioni completamente diverse – che “dans circonstances tout à fait exceptionnelles (...) le risque d'une violation future peut néanmoins conférer à un requérant la qualité de victime d'une violation de la Convention”, purché il ricorrente produca “des

strazione in base a prove tecnico-scientifiche della riconducibilità causale dell'evento/rischio alla contaminazione dell'ambiente. Lo stesso dicasi per la possibilità di invocare la violazione del divieto di trattamenti inumani o degradanti sancito dall'art. 3 CEDU in relazione a danni non letali alla salute provocati dall'inquinamento, nel qual caso, però, ai due elementi appena menzionati se ne aggiunge un altro, costituito dalla necessità che la menomazione dell'integrità psico-fisica oltrepassi la soglia minima di gravità cui è subordinata l'applicazione del divieto stesso⁶⁸.

Per quanto riguarda, invece, le possibili ricadute delle situazioni di degrado ambientale sul rispetto della vita privata e familiare e del domicilio, la pronuncia nel caso *López Ostra* sembrava ammettere che l'art. 8 CEDU potesse essere invocato a prescindere dall'entità del pregiudizio personalmente sofferto dalla vittima, attribuendo così agli organi della CEDU il potere di sanzionare la mera inerzia delle autorità nazionali nell'attuazione degli obblighi positivi di protezione dell'ambiente⁶⁹. Tuttavia, la giurisprudenza successiva ha chiarito che non ogni situazione di degrado ambientale trascurata o tollerata dallo Stato può essere fatta valere per il tramite dell'art. 8 CEDU, essendo a tal fine necessario accertare la concreta idoneità della stessa ad incidere *direttamente ed in misura significativa* sul godimento dei diritti tutelati da tale disposizione nonché la rilevanza dei valori in gioco⁷⁰.

Così, già nel caso *Gounaridis*, la Commissione aveva dichiarato inammissibile per difetto della qualità di vittima il ricorso presentato da alcuni individui che si lamentavano degli effetti pregiudizievoli per l'ambiente che la costruzione di una nuova strada era suscettibile di provocare, osservando come, per potersi pretendere vittime di una violazione dell'art. 8 CEDU, “[i]l faut qu’ils puissent prétendre, de manière défendable et circonstanciée, que le degré de probabilité de survenance d’un dommage les affectant directement est tel qu’il puisse être considéré comme constitutif d’une violation”, mentre nella specie “les requérants se bornent à invoquer un risque futur et n’apportent la moindre preuve pouvant étayer leurs allégations”⁷¹.

indices raisonnables et convaincants de la probabilité de réalisation d’une violation en ce qui le concerne personnellement”, non essendo all’uopo sufficienti “de simples suspicions ou conjectures”.

⁶⁸ Così, ad esempio, nel caso *López Ostra*, cit. nota 39, la Corte ha ritenuto che “[l]es conditions dans lesquelles la requérante et sa famille vécurent pendant quelques années furent certainement très difficiles, mais elles ne constituent pas un traitement dégradant au sens de l’article 3” (par. 60).

⁶⁹ Cfr. sentenza *López Ostra*, cit. nota 39, spec. par. 51.

⁷⁰ Secondo D. GARCIA SAN JOSÉ, *Environmental protection*, cit., pp. 14-15, la stessa sentenza della Corte nel caso *López Ostra* avrebbe in realtà implicitamente tenuto conto dell’esistenza nella specie di un serio rischio per la salute della ricorrente e della sua famiglia documentata da una serie di rapporti medici prodotti in giudizio.

⁷¹ Cfr. Commissione europea, *Gounaridis e al. c. Grecia*, decisione del 21 ottobre 1998, ricorso n. 41207/98. Nello stesso senso, cfr. *Bernard e 47 altre persone fisiche nonché Greenpeace Lussemburgo c. Lussemburgo*, ricorso n. 29197/95, decisione del 29 giugno 1999.

Analogamente, nel caso *Kyrtatos*, la Corte ha escluso l'applicabilità dell'art. 8 CEDU alla doglianza del ricorrente il quale si opponeva alla costruzione di alcuni edifici (autorizzata dalle autorità locali) in un'area di particolare valore naturalistico, in quanto "the crucial element which must be present in determining whether, in the circumstances of a case, environmental pollution has adversely affected one of the rights safeguarded by paragraph 1 of Article 8 is the existence of a harmful effect on a person's private or family sphere" e nella specie i ricorrenti non avevano prodotto alcuna prova convincente per dimostrare "that the alleged damage to the birds and other protected species living in the swamp was of such a nature as to directly affect their own rights under Article 8 § 1 of the Convention"⁷².

Oltre a ripercuotersi direttamente sulla sfera privata dell'individuo, gli effetti dell'inquinamento ambientale devono, dunque, aver causato allo stesso un "pregiudizio" di una certa entità (senza tuttavia necessariamente danneggiare in modo grave la salute, il che peraltro renderebbe operanti gli articoli 2 e 3 CEDU). Per diversi anni la Corte si è limitata ad esprimere tale esigenza in modo generico e, per certi aspetti, contraddittorio, preferendo affidarsi a soluzioni caso per caso. Di recente, però, essa ha finalmente precisato i criteri da impiegare per la determinazione dell'entità del "pregiudizio" rilevante ai fini dell'applicabilità dell'art. 8 CEDU, mutuando sostanzialmente l'approccio già seguito con riguardo all'art. 3 CEDU.

Segnatamente, nel caso *Fadeyeva*, la Corte ha statuito che, per ricadere nell'ambito di applicazione dell'art. 8 CEDU, gli effetti pregiudizievoli dell'inquinamento ambientale "must attain a certain minimum level" e che la valutazione di tale "livello minimo" è per sua natura relativa, dipendendo dalle circostanze del caso concreto "such as the intensity and the duration of the nuisance, and its physical or mental effects". La Corte ha, dunque, escluso la configurabilità di un "arguable claim under Article 8" nel caso in cui il pregiudizio lamentato sia "negligible in comparison to the environmental hazards inherent to life in every modern city"⁷³.

In conclusione, affinché una doglianza concernente situazioni di degrado ambientale possa farsi valere per il tramite dell'art. 8 CEDU, è necessario che il ricorrente dimostri "al di là di ogni ragionevole dubbio" la diretta incidenza (in termini di efficacia causale) dell'inquinamento sulla sua sfera privata, familiare e domiciliare, da un lato, e il prodursi in tale sfera di conseguenze pregiudizievoli che raggiungano un livello minimo di gravità, dall'altro. Soltanto allorché tali due requisiti risultino soddisfatti, la Corte si occuperà di verificare il rispetto da

⁷² Cfr. Corte europea, *Kyrtatos e al. c. Grecia*, ricorso n. 41666/98, sentenza del 22 maggio 2003, paragrafi 51-55. Analogamente, cfr. Corte europea, *Gronus c. Polonia*, ricorso n. 39695/96, decisione del 2 dicembre 1999, e *Furlepa c. Polonia*, ricorso n. 62101/00, decisione del 18 marzo 2008.

⁷³ Cfr. sentenza *Fadeyeva*, cit. nota 42, paragrafi 69-71. I medesimi principi sono stati ribaditi nella giurisprudenza successiva: cfr., ad esempio, *Fagerskiold c. Svezia*, ricorso n. 37664/04, decisione del 26 febbraio 2008.

parte delle autorità statali degli obblighi sostanziali e procedurali alla luce dei requisiti sanciti dal par. 2 dell'art. 8 CEDU.

Tuttavia, l'analisi della giurisprudenza più recente della Corte (specie se confrontata con quella riguardante gli articoli 2 e 3 CEDU) evidenzia una graduale tendenza a stemperare il rigore valutativo dei criteri di collegamento delle situazioni di degrado ambientale con l'art. 8 CEDU⁷⁴, tendenza che, in futuro, potrebbe condurre ad un ulteriore ampliamento della dimensione "ambientalistica" di tale disposizione⁷⁵.

In effetti, già nel citato caso *Fadeyeva*, pur in assenza di prove conclusive circa il deterioramento della salute della ricorrente e la sua riconducibilità causale alle emissioni tossiche prodotte dall'acciaieria⁷⁶, la Corte aveva ritenuto raggiunta nella specie la soglia minima di gravità richiesta per l'applicazione dell'art. 8 CEDU, traendo da una serie di prove indirette e presunzioni la conclusione che "the applicant health deteriorated as a result of her prolonged exposure to the industrial emissions" e che, anche ad ammettere che l'inquinamento non avesse causato un danno quantificabile alla sua salute, "it inevitably made the applicant more vulnerable to various illness" e senza dubbio "adversely affected her quality of life at home"⁷⁷. Ad analoghe conclusioni la Corte è pervenuta anche nei casi in cui gli effetti potenzialmente nocivi di un'attività per i soggetti ad essi esposti erano stati accertati nel quadro di una procedura interna di valutazione di impatto ambientale in modo tale da stabilire "a sufficiently close link with private and family life for the purposes of Article 8 of the Convention"⁷⁸.

Nella successiva pronuncia sul caso *Tatar*, concernente i pericoli per la salute umana derivanti dall'impiego del cianuro di sodio da parte di un'industria estrattiva dell'oro e dell'argento, la Corte sembra essersi spinta sino al punto da configurare – almeno con riguardo agli effetti prodotti dall'uso di sostanze chimiche altamente tossiche – una sorta di presunzione di raggiungimento del livello minimo di gravità richiesto per l'applicazione dell'art. 8 CEDU⁷⁹.

Sebbene, infatti, mancasse nella specie qualsiasi decisione interna o documento ufficiale attestante in modo sufficientemente certo quale fosse il livello di

⁷⁴ Ciò sembra valere soprattutto allorché si tratti di verificare il rispetto degli obblighi di natura procedurale derivanti dall'art. 8 CEDU, sui quali si tornerà nel paragrafo seguente.

⁷⁵ Al riguardo v. anche *infra*, par. 7.

⁷⁶ Cfr. sentenza *Fadeyeva*, cit. nota 42, par. 80.

⁷⁷ Cfr. *ibidem*, paragrafi 83-88. In particolare, la Corte ha attribuito rilievo alla circostanza che le stesse autorità nazionali avessero riconosciuto l'elevatissima concentrazione di sostanze tossiche in prossimità dell'abitazione della ricorrente (superiore di circa 10 volte rispetto alla media annuale), l'aumento dei livelli di morbosità dei residenti della zona prodotto dall'inquinamento ambientale, nonché il diritto della ricorrente ad una ricollocazione abitativa al di fuori della zona stessa.

⁷⁸ Cfr., in particolare, Corte europea dei diritti umani, *Taskin e al. c. Turchia*, ricorso n. 46117/99, sentenza del 10 novembre 2004, par. 113; in termini analoghi, cfr. anche sentenza *Giacomelli*, cit. nota 41, paragrafi 76-78, e *Brândușe c. Romania*, ricorso n. 6586/03, sentenza del 7 aprile 2009, paragrafi 66-67.

⁷⁹ Cfr. sentenza *Tatar*, cit. nota 47, spec. paragrafi 89-97.

rischio per la salute umana e per l'ambiente derivante dall'attività estrattiva⁸⁰ e sebbene le prove scientifiche addotte dai ricorrenti non fossero ritenute idonee a stabilire, neppure in termini di probabilità causale, l'esistenza di un nesso eziologico tra l'esposizione a certe dosi di cianuro di sodio e l'aggravamento dell'asma da cui uno di essi era affetto⁸¹, la Corte ha comunque ritenuto applicabile l'art. 8 CEDU in considerazione dell'esistenza di un serio rischio di contaminazione dell'ambiente capace di causare "une détérioration de la qualité de vie des riverains et, en particulier, affecter le bien-être des requérants et les priver de la jouissance de leur domicile de manière à nuire à leur vie privée et familiale"⁸².

Quand'anche tale approccio dovesse trovare conferma nella giurisprudenza successiva, rendendo così possibile invocare l'art. 8 CEDU in relazione a generiche situazioni di rischio ambientale⁸³, la tutela offerta da tale disposizione risulterebbe comunque limitata, sul piano sostanziale, dalla dottrina del "margine di apprezzamento statale"⁸⁴, cui la Corte ha fatto sino ad ora ricorso per circoscrivere il perimetro del proprio sindacato sulle scelte politiche e sulle valutazioni tecniche operate dai singoli Stati in materia ambientale⁸⁵.

Come si è già osservato, infatti, gli organi di Strasburgo hanno costantemente riconosciuto alle autorità statali una notevole libertà sia per quanto riguarda l'individuazione delle misure da adottare al fine di garantire un'adeguata prote-

⁸⁰ Cfr. *ibidem*, par. 93. Il caso di specie si distingueva dunque rispetto ad altri precedentemente esaminati dalla Corte nei quali essa aveva potuto fare affidamento sui risultati delle indagini e delle procedure giudiziarie intraprese a livello nazionale (cfr., in particolare, sentenza *Taskin e al.*, cit. nota 78, par. 112, sentenza *Giacomelli*, cit. nota 41, paragrafi 38 e 41, e sentenza *Fadeyeva*, cit. nota 42, paragrafi 31-32)

⁸¹ Cfr. *ibidem*, paragrafi 105-106. Al riguardo v. anche l'opinione parzialmente dissenziente del giudice Zupančić annessa alla sentenza, secondo il quale i dati statistici disponibili avrebbero consentito di stabilire l'esistenza del nesso di causalità tra l'aggravamento della patologia asmatica da cui era affetto uno dei ricorrenti e la contaminazione da cianuro di sodio e, di conseguenza, di estendere la responsabilità dello Stato convenuto anche agli aspetti sostanziali dell'art. 8 CEDU.

⁸² Cfr. *ibidem*, par. 97.

⁸³ In senso contrario cfr., in particolare, Corte europea dei diritti umani [GC], *Athanassoglou e al. c. Svizzera*, ricorso n. 27644/95, sentenza del 6 aprile 2000, spec. par. 59, ove la Corte ha ritenuto che non fosse neppure configurabile una "doglianza difendibile" di violazione degli articoli 2 e 8 CEDU in relazione ai rischi generali per l'ambiente e la salute connessi all'impiego dell'energia nucleare.

⁸⁴ Al riguardo v., per tutti, R. SAPIENZA, *Sul margine d'apprezzamento statale nel sistema della Convenzione europea dei diritti dell'uomo*, in *Rivista di diritto internazionale*, 1991, p. 571 ss., R. ST.-J. MACDONALD, *The Margin of Appreciation*, in R. ST.-J. MACDONALD, F. MATSCHER, H. PETZOLD (eds.), *The European System for the Protection of Human Rights*, Dordrecht, 1993, p. 83 ss., e P. MAHONEY, *The Doctrine of the Margin of Appreciation under the European Convention on Human Rights: Its Legitimacy in Theory and Application in Practice*, in *Human Rights Law Journal*, 1998, p. 1 ss.

⁸⁵ Sul margine di apprezzamento statale in materia ambientale cfr., in particolare, L. LOUCAIDES, *Environmental Protection*, cit., p. 261 ss., D. GARCIA SAN JOSÉ, *Environmental protection*, cit., p. 48 ss., e E. LAMBERT ABDELGAWAD, *La proportionnalité dans le système de la Convention européenne des droits de l'homme*, in H. RUIZ FABRI, L. GRADONI (dir.), *La circulation*, cit., p. 427 ss., spec. pp. 455-468.

zione dei diritti individuali, sia per quanto riguarda la realizzazione di un equo bilanciamento tra i contrapposti interessi dell'individuo e della collettività⁸⁶.

Secondo la Corte, in particolare, le autorità nazionali sono meglio posizionate rispetto ad una giurisdizione internazionale per valutare le esigenze legate alla protezione dell'ambiente in un contesto locale specifico e per decidere le politiche e le misure individuali più adeguate nel rispetto dei bisogni della collettività locale⁸⁷. Di conseguenza, sono assai ristretti i margini entro cui può esplicarsi il suo controllo sul contenuto materiale delle decisioni interne, e ciò soprattutto allorché trattasi di censurare nel merito una responsabilità omissiva delle autorità statali per inosservanza degli obblighi positivi di protezione ovvero di rimettere in discussione le conclusioni di merito cui esse sono pervenute all'esito delle procedure di valutazione di impatto ambientale o delle procedure giudiziarie intraprese dalle vittime in sede civile e/o penale.

A tale proposito, la Corte ha precisato che l'ambito del proprio sindacato di merito sulle decisioni statali è circoscritto all'accertamento "in circostanze eccezionali" di eventuali "errori manifesti di apprezzamento" nella realizzazione del giusto equilibrio tra contrapposti interessi ad opera delle autorità nazionali⁸⁸.

Sono, in effetti, alquanto rari i casi in cui essa ha riscontrato una violazione "sostanziale" dell'art. 8 CEDU in materia ambientale. A quanto consta, ciò è accaduto solamente quando le decisioni contestate risultavano già illegittime dal punto di vista del diritto interno per contrasto con la normativa ambientale. In particolare, nel caso *Giacomelli*, la Corte ha ritenuto che le autorità italiane non avessero assicurato un giusto equilibrio tra l'interesse della collettività a disporre di un impianto per lo smaltimento dei rifiuti tossici industriali ed il godimento effettivo del diritto del ricorrente al rispetto del suo domicilio e della sua vita privata e familiare, e ciò in quanto l'attività inquinante non era stata sospesa per molti anni nonostante il pericolo concreto per la salute delle persone residenti nelle sue vicinanze accertato dal Ministero dell'ambiente all'esito della tardiva valutazione di impatto ambientale e nonostante l'annullamento da parte delle giurisdizioni amministrative delle decisioni di rinnovo della concessione alla società di gestione dell'impianto per violazione della vigente normativa ambientale⁸⁹.

⁸⁶ Cfr., ad esempio, sentenza *Powell e Rayner*, cit. nota 34, par. 44, ove si afferma che "[i]t is certainly not for the Commission or the Court to substitute for the assessment of the national authorities any other assessment of what might be the best policy in this difficult social and technical sphere" e che "[t]his is an area where the Contracting States are to be recognised as enjoying a wide margin of appreciation". Analogamente, cfr. sentenza *Hatton e al.*, cit. nota 36, paragrafi 100-103 e 122-123, e sentenza *Taskin e al.*, cit. nota 78, par. 116, ove si riconosce che "the State must be allowed a wide margin of appreciation".

⁸⁷ Così, in particolare, sentenza *Giacomelli*, cit. nota 41, par. 80.

⁸⁸ Cfr. sentenza *Fadeyeva*, cit. nota 42, par. 105.

⁸⁹ Cfr. sentenza *Giacomelli*, cit. nota 41, paragrafi 76-88, nel qual caso, peraltro, la Corte sembra aver valutato congiuntamente gli aspetti sostanziali e quelli procedurali. Lo stesso è accaduto nel caso *Fadeyeva*, cit. nota 42, dove la violazione dell'art. 8 CEDU è stata ricollegata al fatto che, nonostante l'accertata violazione degli standard ambientali previsti dalla legislazione interna, le

6. La “proceduralizzazione” della tutela ambientale come strumento per compensare i limiti strutturali e metodologici del sindacato della Corte europea

I limiti strutturali e metodologici caratterizzanti il sindacato della Corte europea in materia ambientale, di cui si è dato conto nel paragrafo precedente, sono stati almeno in parte controbilanciati dalla marcata tendenza della giurisprudenza a valorizzare i profili procedurali della tutela dei diritti individuali suscettibili di essere compromessi da situazioni di degrado ambientale. Assecondando la più generale evoluzione del diritto internazionale dell’ambiente⁹⁰, l’attenzione della Corte si è così progressivamente spostata dal contenuto sostanziale delle decisioni statali incidenti sull’ambiente al rispetto di talune regole e garanzie di natura procedurale ritenute essenziali al fine di assicurare un equo contemperamento degli interessi individuali e collettivi, quali in particolare quelle concernenti l’informazione del pubblico sui rischi ambientali, la partecipazione delle popolazioni interessate ai processi decisionali (e, segnatamente, alle procedure di valutazione di impatto ambientale) e l’accesso alla giustizia.

L’enucleazione di obblighi positivi di natura procedurale funzionali all’effettiva attuazione dei diritti sostanziali costituisce una tecnica interpretativa ormai consolidata nella giurisprudenza di Strasburgo, mediante la quale la Corte (al pari di altri organi di protezione internazionale dei diritti umani) mira a conciliare la natura sussidiaria della propria giurisdizione (ed i limiti cognitivi ad essa inerenti) con l’esigenza di non affidare alla discrezionalità incontrollata degli Stati le scelte generali e le valutazioni di merito in ordine al rispetto dei diritti fondamentali⁹¹.

autorità russe non avevano dato il dovuto peso agli interessi della comunità residente in prossimità dell’acciaiera e non avevano adottato misure effettive “which would take into account the interests of the local population, affected by the pollution, and which would be capable of reducing the industrial pollution to acceptable levels” (cfr. paragrafi 124-134).

⁹⁰ Cfr., in particolare, il *Principio 10* della Dichiarazione di Rio de Janeiro, adottata al termine della Conferenza delle Nazioni Unite sull’ambiente e lo sviluppo del 1992, ai sensi del quale “Environmental issues are best handled with participation of all concerned citizens, at the relevant level. At the national level, each individual shall have appropriate access to information concerning the environment that is held by public authorities, including information on hazardous materials and activities in their communities, and the opportunity to participate in decision-making processes. States shall facilitate and encourage public awareness and participation by making information widely available. Effective access to judicial and administrative proceedings, including redress and remedy, shall be provided”. Sull’attuazione di tale principio a livello internazionale v. P. SANDS, *Principles*, cit., p. 799 ss.

⁹¹ V., per tutti, E. DUBOUT, *La procéduralisation des obligations relatives aux droits fondamentaux substantiels par la Cour européenne des Droits de l’Homme*, in *Revue trimestrielle des droits de l’homme*, 2007, p. 397 ss., e A. MOWBRAY, *The Development of Positive Obligations under the European Convention on Human Rights by the European Court of Human Rights*, Oxford, 2004. Sullo sviluppo degli obblighi procedurali in materia ambientale v., in particolare, M. DEJEANT-PONS, *Human Rights to Environmental Procedural Rights*, in Council of Europe, *Human Rights and the Environment*, Strasbourg, 2002, p. 23 ss., e J.-F. FLAUSS, *La procéduralisation des droits*

Nello specifico settore della tutela dell'ambiente, tale tecnica ha consentito, da un lato, di attenuare progressivamente i criteri di valutazione del collegamento necessario affinché possano trovare applicazione le varie disposizioni sostanziali e, dall'altro, di rendere più penetranti le valutazioni della Corte sul rispetto del "giusto equilibrio" tra interessi individuali e generali attraverso un ridimensionamento del margine di apprezzamento statale.

La prima e più rilevante decisione con cui ha avuto inizio lo sviluppo della tutela "procedurale" dell'ambiente nella giurisprudenza europea è quella relativa al noto caso *Guerra*, avente ad oggetto il ricorso proposto da un gruppo di abitanti di Manfredonia i quali si lamentavano dei rischi per la salute dovuti alle emissioni tossiche di un impianto chimico per la produzione di fertilizzanti situato nelle vicinanze e classificato come "molto pericoloso" dalla legislazione nazionale, in cui, tra l'altro, si era verificato in passato un grave incidente che aveva portato all'intossicazione di varie persone⁹². Dopo aver affermato l'applicabilità nella specie dell'art. 8 CEDU in ragione della pericolosità intrinseca dell'attività industriale, della breve distanza dall'abitato e del rischio di ripetersi di incidenti (ancorché in assenza di un comprovato pregiudizio per la salute dei ricorrenti), la Corte ha riscontrato la responsabilità dello Stato italiano per non aver adottato le misure necessarie al fine offrire ai ricorrenti "d'informations essentielles qui leur auraient permis d'évaluer les risques pouvant résulter pour elles et leurs proches du fait de continuer à résider sur le territoire de Manfredonia, une commune aussi exposée au danger en cas d'accident dans l'enceinte de l'usine"⁹³.

Diversamente dalla Commissione europea, che aveva riscontrato – per le medesime ragioni – una violazione del diritto del pubblico di ricevere informazioni sancito dall'art. 10 CEDU⁹⁴, la Corte ha preferito, dunque, ricavare dallo stesso art. 8 CEDU un'esigenza di carattere procedurale consistente nell'obbligo positivo dello Stato di mettere a disposizione delle persone interessate tutte le informazioni necessarie a valutare i rischi per la propria salute cui sono esposte per effetto dello svolgimento di attività industriali altamente inquinanti e potenzialmente nocive⁹⁵.

substantiels de la Convention européenne de droits de l'homme au service de la lutte contre les pollutions et nuisances, in *Pur un droit commun de l'environnement. Mélanges en l'honneur de Michel Prieur*, Paris, 2007, p. 1263 ss.

⁹² Cfr. Corte europea dei diritti umani, *Guerra e al. c. Italia*, ricorso n. 14967/89, sentenza del 19 febbraio 1998.

⁹³ Cfr. *ibidem*, spec. paragrafi 59-60.

⁹⁴ Cfr. Commissione europea dei diritti umani, *Guerra e al. c. Italia*, ricorso n. 14967/89, rapporto 20 giugno 1996, paragrafi 36-51.

⁹⁵ Sulla portata di tale obbligo v., tra gli altri, S. MALJEAN-DUBOIS, *La Convention européenne des droits de l'homme et le droit à l'information en matière d'environnement*, in *Revue générale de droit international public*, 1998, p. 995 ss., e più di recente P. LAMBERT, *Le droit de l'homme à un environnement sain et le droit à l'information*, in *Annuaire international des droits de l'homme*, cit., p. 193 ss.

Lo stesso approccio è stato successivamente seguito nel caso *McGinley e Egan*, concernente l'esposizione dei ricorrenti alle radiazioni provocate da esperimenti nucleari, in cui la Corte – pur escludendo nella specie la violazione dell'art. 8 CEDU – ha affermato che “where a government engages in hazardous activities [...] which might have hidden adverse consequences on the health of those involved in such activities, respect for private and family life under Article 8 requires that an effective and accessible procedure be established which enables such persons to seek all relevant and appropriate information”⁹⁶. La violazione del diritto all'informazione è stata, invece, riscontrata dalla Corte nel più recente caso *Roche*, concernente i potenziali effetti nocivi dell'esposizione ai gas prodotti dalla sperimentazione di armi chimiche, dove essa ha precisato che l'obbligo di *disclosure* sussiste in capo alle autorità statali indipendentemente dalla decisione dell'interessato di intraprendere azioni legali per ottenerne l'adempimento⁹⁷.

Un analogo requisito di carattere procedurale è stato altresì desunto dall'art. 2 CEDU nel caso in cui l'assenza di adeguate informazioni sui rischi ambientali avesse provocato il decesso delle persone interessate⁹⁸. Così, nel citato caso *Oneryildiz*, la Corte ha esteso la responsabilità dello Stato convenuto agli aspetti procedurali della protezione della vita, ritenendo che questo fosse venuto meno all'obbligo positivo di fornire informazioni adeguate sui rischi ambientali della discarica che avrebbero consentito ai ricorrenti di valutare il serio pericolo derivante dal continuare a vivere nelle vicinanze della stessa⁹⁹.

Ma è senza dubbio con la decisione sul caso *Taskin* che l'evoluzione interpretativa della tutela “procedurale” dell'ambiente offerta dall'art. 8 CEDU è stata portata a definitivo compimento, sulla scorta del principio secondo cui il compito della Corte non è soltanto quello di valutare nel merito il contenuto materiale delle decisioni assunte dalle autorità nazionali (rispetto al quale, come si è visto, il margine di apprezzamento statale è assai ampio), bensì anche quello di sindacare il processo decisionale da esse seguito al fine di assicurarsi che gli in-

⁹⁶ Cfr. Corte europea dei diritti umani, *McGinley e Egan c. Regno Unito*, ricorsi n. 21825/93 e n. 23414/94, sentenza del 9 giugno 1998, par. 101.

⁹⁷ Cfr. Corte europea dei diritti umani, *Roche c. Regno Unito*, ricorso n. 32555/96, sentenza del 19 ottobre 2005, paragrafi 155-169, e spec. par. 165.

⁹⁸ Nel caso *Guerra e al.*, cit. nota 92, la Corte non aveva ritenuto necessario esaminare separatamente la doglianza relativa alla violazione “potenziale” del diritto alla vita alla luce delle conclusioni cui era pervenuta in relazione alla violazione dell'art. 8 CEDU. Sulla scorta della giurisprudenza in precedenza richiamata, si può tuttavia ritenere che l'art. 2 CEDU non potesse concretamente venire in rilievo, difettando nella specie un rischio personale, attuale ed imminente per la vita dei ricorrenti.

⁹⁹ Cfr. sentenza *Oneryildiz e al.*, cit. nota 49, spec. paragrafi 90 e 108, e sentenza *Budayeva e al.*, cit. nota 57, par. 132. In tale contesto, peraltro, l'obbligo di informazione del pubblico sui rischi ambientali viene preso in esame dalla Corte nell'ambito degli aspetti sostanziali della protezione della vita, quale specifica misura di prevenzione.

teressi individuali abbiano ricevuto la dovuta considerazione¹⁰⁰. Così, nel caso di specie, la Corte ha ritenuto che non vi fosse alcuna violazione degli obblighi sostanziali derivanti dall'art. 8 CEDU (e ciò in quanto le autorità giudiziarie avevano annullato la decisione amministrativa di autorizzazione all'esercizio dell'attività estrattiva), ma ha riscontrato una violazione dei requisiti procedurali della medesima disposizione, definendone in dettaglio il contenuto anche alla luce delle altre "norme pertinenti del diritto internazionale applicabili tra le parti"¹⁰¹ (e, in particolare, della Convenzione di Aarhus sull'accesso all'informazione, la partecipazione del pubblico al processo decisionale e l'accesso alla giustizia in materia ambientale¹⁰²).

Secondo la Corte, allorché lo Stato sia chiamato a decidere su complesse questioni di politica economica ed ambientale, il processo decisionale deve: a) comportare lo svolgimento di indagini e studi appropriati al fine di predeterminare e valutare in anticipo gli effetti di quelle attività che possono danneggiare l'ambiente e compromettere i diritti individuali ed al fine di garantire la realizzazione di un equo bilanciamento tra i vari interessi in gioco; b) consentire al pubblico l'accesso alle conclusioni di tali indagini e studi, nonché offrire alle persone interessate tutte le altre informazioni utili a consentire una valutazione dei rischi cui esse sono esposte; c) prevedere la possibilità per le persone interessate di contestare dinanzi ad un giudice qualsiasi decisione, atto od omissione allorché ritengano che i propri interessi o le proprie osservazioni non siano stati sufficientemente considerati nel processo decisionale¹⁰³.

Attraverso l'elaborazione di questi obblighi di natura procedurale, che si ispirano largamente a quelli sanciti dalla Convenzione di Aarhus del 1998, la Corte europea ha ampliato in modo considerevole il proprio ruolo di supervisione sulla compatibilità convenzionale delle decisioni statali in materia ambientale, senza perciò oltrepassare i confini segnati dal principio di sussidiarietà. Ciò che in futuro assumerà rilievo determinante nel contenzioso dinanzi alla Corte

¹⁰⁰ Cfr. sentenza *Taskin e al.*, cit. nota 78, spec. par. 115. In senso analogo, cfr. sentenza *Fadeyeva*, cit. nota 42, par. 105, sentenza *Giacomelli*, cit. nota 41, par. 79, sentenza *Tatar*, cit. nota 47, spec. par. 88, e sentenza *Brândușe*, cit. nota 78, par. 63.

¹⁰¹ Cfr. *ibidem*, paragrafi 116-125.

¹⁰² La Convenzione di Aarhus è stata adottata il 25 giugno 1998 dalla Commissione economica per l'Europa delle Nazioni Unite allo scopo di dare applicazione al *Principio n. 10* della Dichiarazione di Rio de Janeiro (cfr. *supra* nota 90). La Convenzione è entrata in vigore il 30 ottobre 2001 e di essa fanno attualmente parte la maggioranza degli Stati membri del Consiglio d'Europa. Al riguardo v. M. PALLEMAERTS, *Proceduralizing Environmental Rights: the Aarhus Convention on Access to Information, Public Participation in Decision-Making and Access to Justice in Environmental Matters in a Human Rights Context*, in *Human Rights and the Environment*, Proceedings of the Geneva Environment Network Roundtable, 12 marzo 2004 (disponibile su www.environmenthouse.ch).

¹⁰³ Cfr. sentenza *Taskin e al.*, cit. nota 78, par. 119. Sulla base di tali principi, la Corte ha riscontrato nella specie una violazione "procedurale" dell'art. 8 CEDU in ragione della mancata tempestiva esecuzione della sentenza definitiva con la quale le giurisdizioni interne avevano annullato la decisione contestata, privando "the procedural guarantees available to the applicants of any useful effect".

non sarà più l'accertamento degli effetti dannosi prodotti dall'inquinamento ambientale sulla salute, sulla vita privata e sul domicilio individuale, bensì piuttosto il modo in cui le autorità nazionali hanno proceduto ad effettuare le necessarie valutazioni di impatto ambientale con il coinvolgimento delle persone interessate e ad informarle circa i rischi derivanti dall'esposizione a sostanze nocive¹⁰⁴.

In siffatto contesto, l'assenza di prove conclusive circa il nesso di causalità tra la situazione di degrado ambientale ed eventuali ripercussioni pregiudizievoli per i diritti individuali di volta in volta invocati non precluderà comunque alla Corte europea la possibilità di sindacare le scelte di metodo operate a livello nazionale al fine di determinare i rischi per la salute umana; inoltre, il margine di apprezzamento di cui godono gli Stati nell'adempimento degli obblighi positivi di natura procedurale è inevitabilmente limitato, in quanto le esigenze di pubblicità, trasparenza e partecipazione ai processi decisionali possono essere soddisfatte anche in presenza di concorrenti interessi generali idonei a giustificare nel merito scelte politiche, economiche o tecniche potenzialmente dannose per l'ambiente.

Per quanto concerne, invece, l'accesso alla giustizia in materia ambientale, la giurisprudenza della Corte non sembra tuttora disposta ad ammettere, in linea generale, la possibilità di invocare le garanzie di cui all'art. 6, par. 1, CEDU o, alternativamente, all'art. 13 CEDU per sottoporre al controllo delle giurisdizioni interne le situazioni di degrado ambientale che non si siano tradotte in un rischio specifico, attuale ed imminente per i soggetti interessati¹⁰⁵.

Ad esempio, nel caso *Balmer-Schafroth*, i ricorrenti lamentavano la violazione del diritto di accesso ad un tribunale perché la legislazione svizzera impediva loro di contestare la legittimità di una decisione amministrativa che autorizzava la messa in funzione di una centrale nucleare e di far valere i potenziali rischi per la loro salute derivanti da tale attività. Pur ammettendo che i ricorrenti potessero pretendersi "vittime" ai sensi dell'art. 34 CEDU, la Corte ha comunque escluso l'applicabilità nella specie sia dell'art. 6 sia dell'art. 13 CEDU per l'assenza di un nesso diretto tra le condizioni di funzionamento della centrale e il diritto dei ricorrenti alla protezione dell'integrità fisica, non avendo essi dimo-

¹⁰⁴ Così, ad esempio, nella recente sentenza *Tatar*, cit. nota 47, ove era assai dubbia la reale pericolosità per la salute dell'impiego del cianuro di sodio nell'attività estrattiva, la Corte ha concentrato la sua attenzione sui profili procedurali della tutela offerta dall'art. 8 CEDU, riscontrandone la violazione in rapporto alle modalità di svolgimento del processo decisionale e alla mancanza di un'adeguata informazione delle persone interessate sui possibili rischi per la loro salute (paragrafi 98-125). Analogamente, cfr. sentenza *Brândușe*, cit. nota 78, paragrafi 68-76.

¹⁰⁵ Sui profili concernenti l'accesso alla giustizia in materia ambientale v., in particolare, C. REDGWELL, *Access to Environmental Justice*, in F. FRANCONI (ed.), *Access to Justice as a Human Right*, Oxford, 2007, p. 153 ss., e J. CAMERON, R. MACKENZIE, *Access to Environmental Justice and Procedural Rights in International Institutions*, in *Human Rights Approaches to Environmental Protection*, cit., p. 129 ss.

strato che “the operation of the power station exposed them personally to a danger that was not only serious but also specific and, above all, imminent”¹⁰⁶.

Le medesime conclusioni sono state ribadite dalla Corte nel successivo caso *Athanassoglou*, ove i ricorrenti si lamentavano non tanto di essere personalmente esposti ad un pericolo specifico ed imminente, quanto piuttosto dei rischi generali per la sicurezza e l'ambiente inerenti all'uso dell'energia nucleare¹⁰⁷.

Tuttavia, se è vero che attualmente – e salvo futuri sviluppi giurisprudenziali – un individuo non può rivendicare il diritto di accesso ad un tribunale o ad un rimedio interno in materia ambientale là dove non sia direttamente e personalmente riguardato dalla misura che intende contestare¹⁰⁸, è vero anche che la giurisprudenza sembra invece ammettere una tale possibilità nel caso in cui l'individuo possa fare affidamento su un diritto all'ambiente riconosciuto in maniera sufficientemente definita dalla legislazione nazionale. Così, nel caso *Okyay*, concernente la mancata esecuzione delle decisioni interne che disponevano l'interruzione dell'attività di una stazione di energia termale altamente inquinante, la Corte ha riconosciuto che i ricorrenti potevano rivendicare in base alla normativa turca il diritto a vivere in un ambiente salubre ed equilibrato, ritenen-

¹⁰⁶ Cfr. Corte europea dei diritti umani, *Balmer-Schafroth e al. c. Svizzera* [GC], ricorso n. 22110/93, sentenza del 26 agosto 1997, paragrafi 37-40. In particolare, a giudizio della Corte, il collegamento tra la decisione amministrativa contestata ed i diritti invocati dai ricorrenti era troppo “tenue e remoto”, sicché il risultato di un'eventuale azione giudiziaria non avrebbe avuto la caratteristica della “diretta decisività” richiesta dalla giurisprudenza per l'applicazione dell'art. 6 CEDU. Nella loro opinione dissenziente comune, i giudici di minoranza (Pettiti, Gölcüklü, Walsh, Russo, Valticos, Lopes Rocha e Jambrek) hanno criticato tale conclusione, sottolineando l'esigenza di rafforzare il “principio di precauzione” attraverso la predisposizione di rimedi giurisdizionali per la salvaguardia dei diritti delle persone esposti a gravi rischi ambientali contro l'imprudenza delle autorità statali. Per un commento v. P. FRUMER, *Protection de l'environnement et droits procéduraux de l'homme: des relations tumultueuses. Observations. Cour européenne des droits de l'homme (Grande Chambre). Affaire Balmer-Schafroth et autres c. la Suisse, 26.8.1997*, in *Revue trimestrielle des droits de l'homme*, 1998, p. 799 ss.

¹⁰⁷ Cfr. Corte europea dei diritti umani, *Athanassoglou e al. c. Svizzera* [GC], ricorso n. 27644/95, sentenza del 6 aprile 2000, spec. paragrafi 45-55. Da segnalare, al riguardo, l'opinione dissenziente di cinque giudici della Grande Camera, secondo i quali l'approccio restrittivo seguito dalla maggioranza renderebbe “virtually impossible to prove imminent danger in the case of inherently dangerous installations: the catastrophes that have happened in a number of countries were obviously unforeseeable or, in any event, unforeseen”.

¹⁰⁸ L'applicabilità dell'art. 6 CEDU è stata, ad esempio, riconosciuta dalla Corte in *Zander c. Svezia*, ricorso n. 14282/88, sentenza del 25 novembre 1993, spec. paragrafi 22-25, dove si trattava della contaminazione delle falde acquifere causata dalle sostanze tossiche prodotte da un impianto di smaltimento di rifiuti adiacente alla proprietà del ricorrente; e in *Gorraiz Lizarraga e al. c. Spagna*, ricorso n. 62543/00, sentenza del 27 aprile 2004, spec. paragrafi 43-48, dove l'associazione ricorrente faceva valere “a direct and specific threat hanging over its members' personal assets and lifestyles” conseguente all'inondazione di una vallata necessaria alla costruzione di una diga.

do, pertanto, applicabile nei loro confronti l'art. 6 CEDU a prescindere dall'esposizione a qualsiasi danno attuale ed imminente per la loro salute¹⁰⁹.

7. Le nuove frontiere della protezione dell'ambiente nel quadro della CEDU: verso una "class-action" per la rivendicazione dei diritti ambientali?

L'esame della giurisprudenza degli organi di Strasburgo condotta nei paragrafi precedenti dimostra come, pur in assenza di espresse disposizioni convenzionali, la protezione dell'ambiente venga oramai considerata come un valore fondamentale delle società contemporanee ed una condizione imprescindibile per la piena realizzazione dei diritti individuali consacrati nella CEDU, in cui essa è stata innestata soprattutto grazie alla categoria degli obblighi positivi¹¹⁰.

Nonostante i limiti connaturati alle modalità di esplicazione del controllo affidato alla Corte europea (competenza *ratione materiae*, requisito della qualità di vittima, natura sussidiaria della protezione, margine di apprezzamento statale), che ancora oggi forse impediscono di affermare l'esistenza nel quadro della CEDU di un diritto (completo ed autonomamente azionabile) ad un ambiente salubre, vivibile e di qualità¹¹¹, le più recenti pronunce rivelano senz'altro una maggiore fermezza della Corte nel sindacare le scelte statali in materia ambientale (specialmente quelle procedurali e di metodo) che potrebbe preludere ad un futuro ulteriore sviluppo interpretativo ovvero stimolare l'adozione di un apposito protocollo addizionale sul diritto all'ambiente.

Mettendo da parte quest'ultima ipotesi, sulla cui concreta praticabilità nel breve periodo nutriamo più di qualche dubbio, ci si può interrogare se vi siano e quali siano gli spazi tuttora residui di cui la Corte potrebbe usufruire sul piano interpretativo per rafforzare la dimensione "ambientalista" dei diritti individuali sanciti dalla CEDU.

A tale proposito, si può anzitutto osservare come alcuni degli spunti interpretativi più interessanti ed innovativi emersi nella giurisprudenza recente attendano ancora di trovare un proprio definitivo consolidamento e, in alcuni casi, un

¹⁰⁹ Cfr. Corte europea dei diritti umani, *Okyay e al. c. Turchia*, ricorso n. 36220/97, sentenza del 12 luglio 2005, spec. paragrafi 65-69. In particolare, secondo la Corte, il concetto di "diritto civile" ai sensi dell'art. 6, par. 1, CEDU "cannot be construed as limiting an enforceable right in domestic law within the meaning of Article 53 of the Convention" ed è questo aspetto a distinguere il caso di specie dai precedenti *Balmer-Schafroth e al. e Athanassoglou e al.* "where the applicants had been unable to secure a ruling by a tribunal on their objections to the extension of the operating permits of nuclear power plants".

¹¹⁰ Lo stesso Comitato dei Ministri del Consiglio d'Europa ha riconosciuto "the importance of a healthy, viable and decent environment" ed ha affermato che "human rights which may be relevant to the protection of the environment need to be effectively protected" (cfr. *Reply from the Committee of Ministers to the Recommendation 1614(2003)*, cit. nota 3).

¹¹¹ In questo senso cfr. E. LAMBERT ABDELGAWAD, *La proportionnalité*, cit., p. 433.

più completo inquadramento sistematico. Ciò vale, ad esempio, per l'assimilazione operata dalla Corte tra ingerenze dirette e indirette nel rispetto della vita privata e familiare ai fini delle valutazioni concernenti la compatibilità di certe situazioni di degrado ambientale con i requisiti di cui all'art. 8, par. 2, CEDU, cui consegue l'attenuarsi della rilevanza del nesso di attribuzione della condotta inquinante alle autorità statali e della distinzione tra responsabilità per condotte attive o omissive¹¹². Lo stesso dicasi per l'applicazione "aggravata" degli obblighi positivi di natura procedurale derivanti dall'art. 2 CEDU nel caso di decessi causati dall'inquinamento ambientale, il cui contenuto andrebbe determinato secondo i parametri più severi elaborati con riguardo alle ipotesi di privazione intenzionale della vita¹¹³.

Sul piano più strettamente processuale, resta poi da chiarire quali siano esattamente gli standard probatori applicabili dalla Corte per determinare l'esistenza in concreto di un pregiudizio alla salute eziologicamente riconducibile alle emissioni inquinanti di determinate attività pericolose (o eventualmente per vagliare la ragionevolezza dei criteri seguiti dalle giurisdizioni nazionali per escludere il nesso di causalità), e in particolare come si possa conciliare il criterio della prova "beyond any reasonable doubt"¹¹⁴ con la possibilità di ricorrere ad indici dimostrativi di tipo statistico (che si rende spesso indispensabile per i danni causati da inquinamento)¹¹⁵.

Ma i due aspetti senza dubbio più rilevanti sui quali il dinamismo interpretativo della Corte potrebbe in futuro costruire le nuove frontiere della tutela ambientale sono, da un lato, quello concernente i criteri di valutazione del collegamento tra condizioni ambientali e diritti individuali e, dall'altro, quello concernente la rilevanza da attribuire al riconoscimento del diritto all'ambiente nei singoli ordinamenti degli Stati contraenti.

Per quanto riguarda il primo aspetto, la Corte potrebbe portare a compimento l'evoluzione già in parte emersa nella sua giurisprudenza più recente, stemperando ulteriormente i limiti derivanti dal requisito della qualità di "vittima" ed estendendo così le possibilità per gli individui di agire dinanzi ad essa per lamentare situazioni di degrado ambientale che non abbiano ancora provocato ripercussioni dirette e personali di sensibile entità.

Nel quadro dell'art. 8 CEDU (destinato a mantenere un ruolo assolutamente dominante in materia ambientale), tale obiettivo potrebbe realizzarsi anzitutto abbandonando il criterio della "soglia minima di gravità" (che si riferisce alla

¹¹² Cfr. sentenza *Fadeyeva*, cit. nota 42, par. 94, nonché sentenza *Brândușe*, cit. nota 78, par. 69.

¹¹³ Cfr. sentenza *Oneryildiz*, cit. nota 49, par. 93, *Budayeva*, cit. nota 57, par. 140.

¹¹⁴ Cfr. sentenza *Fadyeva*, cit. nota 42, par. 79.

¹¹⁵ Sulle divergenze esistenti tra gli stessi giudici della Corte in merito agli standard probatori applicabili in materia si confrontino le conclusioni della maggioranza nel caso *Tatar*, cit. nota 47, con quelle formulate dal giudice Zupančić nella propria opinione parzialmente dissenziente (cfr. nota 81). A tale riguardo v. E. LAMBERT ABDELGAWAD, *La proportionnalité*, cit., p. 468 ss., la quale parla di una "politica della prova" che favorisce lo Stato convenuto.

posizione del singolo individuo)¹¹⁶ a favore di un giudizio oggettivo di “rilevanza ambientale” della questione concretamente sottoposta al vaglio della Corte (che prescinderebbe dal grado dell’impatto sulla sfera privata, familiare e domiciliare dei singoli ricorrenti). Ogni qual volta, cioè, il ricorrente dimostri – anche sulla base di elementi statistici o presuntivi – l’esistenza di un rischio di danno ambientale (dimostrazione che sarebbe peraltro già implicita nelle procedure di valutazione eventualmente avviate a livello nazionale), la sua legittimazione ad agire in qualità di vittima (quanto meno “potenziale”) di una violazione dell’art. 8 CEDU dovrebbe scaturire automaticamente dalla semplice localizzazione della sua vita privata e familiare nell’ambiente esposto a rischio, specialmente allorché le sue doglianze riguardino il rispetto dell’obbligo di informazione e degli altri obblighi di carattere procedurale¹¹⁷.

In alternativa, come da altri suggerito, la Corte potrebbe optare per una più ampia interpretazione della nozione di “domicilio”, in modo da includervi non soltanto i locali destinati ad uso abitativo, ma anche l’insieme dell’ambiente naturale circostante¹¹⁸. Un segnale in questa direzione può rintracciarsi nella decisione sul caso *Kyrtatos*, in cui la Corte – nel respingere per difetto della qualità di vittima la doglianza del ricorrente relativa al danno ambientale prodotto dallo sviluppo urbano – ha affermato come “it might have been otherwise if, for instance, the environment deterioration complained of had consisted in the destruction of a forest area in the vicinity of the applicants’ house, a situation which could have affected more directly the applicants’ own well-being”¹¹⁹.

Parallelamente, con riferimento agli articoli 2 e 3 CEDU, la Corte potrebbe fare ricorso alla nozione di “vittima potenziale” per estendere l’applicazione di tali norme a tutte le situazioni di rischio per la vita o l’integrità psico-fisica derivanti dalla dispersione nell’ambiente di sostanze nocive, indipendentemente dal materializzarsi di tale rischio ovvero dall’esistenza di prove scientifiche conclusive in merito alla determinazione causale dei danni alla salute subiti dalle persone

¹¹⁶ Cfr. sentenza *Fadeyeva*, cit. nota 42, paragrafi 68-70.

¹¹⁷ In questa direzione sembrano muoversi le pronunce della Corte in cui si è ammessa l’applicabilità dell’art. 8 CEDU in rapporto al diritto dei ricorrenti di ottenere informazioni sui rischi derivanti dall’esposizione a sostanze nocive, nonostante l’assenza di comprovate ripercussioni sulla loro vita privata e domiciliare. In particolare, nel caso *McGinley e Egan*, cit. nota 96, e nel caso *Roche*, cit. nota 97, la Corte ha affermato che “la question de l’accès à des informations qui auraient pu soit apaiser les craintes des intéressés à cet égard, soit leur permettre d’évaluer le danger auquel ils avaient été exposés, présente un lien suffisamment étroit avec leur vie privée et familiale au sens de l’article 8 pour soulever une question sur le terrain de cette disposition” (cfr., rispettivamente, par. 97 e par. 155). Sulla tendenza ad attenuare i criteri di collegamento necessari per l’applicazione dell’art. 8 CEDU cfr. anche i casi citati *supra*, note 76-79.

¹¹⁸ In questo senso v. L. LOUCAIDES, *Environmental Protection*, cit., spec. p. 266-267. Vi è anche, però, chi ritiene che la tutela ambientale debba realizzarsi attraverso l’interpretazione evolutiva della nozione di “vita privata” piuttosto che di quella di “domicilio” (v. al riguardo le considerazioni svolte dal giudice Kovler nella sua opinione concordante annessa alla sentenza *Fadeyeva*, cit. nota 42).

¹¹⁹ Cfr. sentenza *Kyrtatos*, cit. nota 72, par. 53.

esposte a tali sostanze¹²⁰. E ciò almeno al fine di verificare se, nei singoli casi, le autorità statali abbiano fatto tutto quanto si poteva da loro ragionevolmente attendere per valutare l'impatto ambientale di determinate attività pericolose, per informare le popolazioni interessate sui possibili rischi cui erano esposte, per ridurre eventualmente tali rischi e per prevenire, con adeguate misure, il verificarsi di eventi lesivi per la vita o l'integrità psico-fisica delle persone coinvolte¹²¹.

In altre parole, la Corte dovrebbe abbandonare l'approccio restrittivo accolto in passato nei casi concernenti l'esposizione alle radiazioni prodotte da esperimenti nucleari¹²² e potenziare invece – come già accaduto in altri campi – la *dimensione preventiva* o (se si preferisce) *precauzionale* delle tutele offerte dalla CEDU, riconoscendo la legittimazione degli individui ad agire (almeno per il mancato rispetto degli obblighi di natura procedurale) ogni qual volta essi siano in grado di addurre un "principio di prova" circa gli effetti letali o gravemente lesivi per la salute potenzialmente derivanti dall'esposizione a certe forme di inquinamento ambientale od a certi pericoli naturali¹²³.

Per quanto riguarda il secondo aspetto, ci si può attendere in futuro una maggiore incidenza del diritto interno dei singoli Stati contraenti nella definizione dell'ambito di applicazione materiale delle norme convenzionali alla tutela ambientale, soprattutto allorché siano in gioco garanzie di carattere procedurale. Posto, infatti, che ormai quasi tutte le legislazioni nazionali riconoscono il valore fondamentale dell'ambiente e la sua stretta correlazione con il godimento dei diritti fondamentali della persona, la Corte potrebbe sfruttare più a fondo il principio enunciato nel caso *Okyay* relativamente all'applicazione dell'art. 6 CEDU¹²⁴, estendendolo anche all'art. 13 CEDU nonché agli stessi profili procedurali della tutela offerta dagli articoli 2, 3 e 8 CEDU. In tali casi, cioè, essendo il collega-

¹²⁰ È assai dubbio, però, che uno sviluppo della giurisprudenza in questa direzione possa giungere sino al punto da affermare l'esistenza di un obbligo generale in capo allo Stato di assicurare un'adeguata qualità dell'ambiente, indipendentemente dalle conseguenze concrete che l'esposizione a certe forme di inquinamento ha prodotto (o è in grado di produrre) per la salute di singoli individui. Ciò significherebbe, infatti, estendere l'applicazione dell'art. 2 CEDU ben al di là di quanto la Corte abbia sino ad ora fatto in rapporto alla tutela della salute e del benessere individuale.

¹²¹ Una siffatta evoluzione interpretativa sarebbe peraltro coerente con l'affermarsi del principio di precauzione nel quadro del diritto internazionale dell'ambiente, principio che sino ad oggi è stato piuttosto inteso in ambito CEDU come una sorta di "prolungamento" del principio di prevenzione. Al riguardo cfr. E. LAMBERT ABDELGAWAD, *Le principe de précaution*, cit., p. 494 ss.

¹²² Cfr. sentenza *L.C.B.*, cit. nota 63, e sentenza *Powell e Rayner*, cit. nota 34.

¹²³ Un primo passo in questa direzione è stato compiuto dalla Corte nella sentenza *Budayeva*, cit. nota 57, ove per la prima volta essa ha ravvisato una violazione dell'art. 2 CEDU in relazione ad un rischio di morte non verificatosi (per un precedente in materia diversa da quella ambientale cfr. Corte europea dei diritti umani, *Makarazis c. Grecia*, ricorso n. 50385/99, sentenza del 20 dicembre 2004). In particolare, secondo la Corte, "although only one of the present applications, brought by Ms Budayeva, concerns the death of a family member, the circumstances of the case in respect of the other applicants leave no doubt as to the existence of a threat to their physical integrity. This brings their complaints within the ambit of Article 2 of the Convention" (par. 146).

¹²⁴ Cfr. sentenza *Okyay*, cit. nota 109, par. 68.

mento tra ambiente e diritti umani già realizzato per il tramite delle legislazioni interne, la clausola di salvaguardia dell'art. 53 CEDU dovrebbe precludere alla Corte la possibilità di decidere – in modo autonomo – l'esistenza di tale collegamento ai fini dell'applicazione delle disposizioni convenzionali.

Ove la giurisprudenza dovesse effettivamente muoversi nella direzione poc'anzi segnalata, ci troveremmo ben presto di fronte al diffondersi di una nuova tipologia di controversie ambientali, caratterizzate dalla proposizione di azioni collettive nell'interesse di intere "classi" di soggetti individuali accomunati dall'esposizione al medesimo rischio ambientale¹²⁵. Venendo infatti meno l'esigenza di un collegamento qualificato con gli articoli 2, 3 e 8 CEDU, i singoli ricorrenti potrebbero agire dinanzi alla Corte a tutela di un interesse diffuso facente capo all'intera classe di appartenenza (gli abitanti nei pressi di un impianto industriale altamente inquinante, le vittime di gravi fenomeni naturali causati dal deterioramento ambientale, le persone esposte a particolari forme di contaminazione, ecc.) e l'eventuale sentenza con cui dovesse essere accertata la responsabilità dello Stato produrrebbe inevitabilmente i suoi effetti nei confronti dell'intera classe, senza che ciò comporti l'introduzione nel sistema convenzionale di una vera e propria *actio popularis*.

In rapporto ad azioni siffatte, che verrebbero presumibilmente ad incentrarsi sul rispetto degli obblighi positivi di natura sostanziale e procedurale, il ruolo della Corte non sarebbe più soltanto quello di accertare le conseguenze pregiudizievoli subite dai singoli ricorrenti per effetto del deterioramento ambientale (conseguenze che, in ipotesi, potrebbero anche non essersi prodotte o non essere sufficientemente provate), ma soprattutto quello di dettare – ricorrendo, ove necessario, alla procedura della sentenza "pilota"¹²⁶ – le misure di carattere generale che lo Stato dovrà adottare a beneficio dell'intera "classe" interessata allo scopo di rimuovere le cause strutturali della violazione riscontrata¹²⁷ (ad esempio, l'inadeguata informativa sui rischi, la mancata partecipazione delle popolazioni interessate al processo decisionale, l'insufficienza dei meccanismi interni di riparazione del danno o l'inefficacia delle misure di prevenzione).

¹²⁵ L'analogia con le *class-actions* delle controversie in cui la Corte viene chiamata ad accertare una c.d. violazione "strutturale" della CEDU è profilata dal giudice Zupančić nella propria opinione concordante annessa a Corte europea dei diritti umani, *Hutten-Czapska c. Polonia*, ricorso n. 35014/97, sentenza del 19 giugno 2006. In dottrina v. A. GATTINI, *Mass Claims at the European Court of Human Rights*, in S. BREITENMOSER, B. EHRENZELLER, M. SASSOLI, W. STOFFEL, B. WAGNER PFEIFER (eds.), *Human Rights, Democracy and the Rule of Law, Liber Amicorum Luzius Wildhaber*, Baden Baden, 2007, p. 271 ss.

¹²⁶ Al riguardo v., per tutti, V. ZAGREBELSKY, *Violazioni "strutturali" e Convenzione europea dei diritti umani: interrogativi a proposito di Broniowski*, in *Diritti umani e diritto internazionale*, 2008, p. 5 ss., e F. PALOMBINO, *La "procedura di sentenza pilota" nella giurisprudenza della Corte europea dei diritti umani*, in *Rivista di diritto internazionale privato e processuale*, 2008, p. 91 ss.

¹²⁷ È la stessa Corte europea a parlare di "class of persons" in *Broniowski c. Polonia*, ricorso n. 31443/96, sentenza del 28 settembre 2005, par. 34.

A ben vedere, per quanto possa apparire remoto, uno scenario del genere si inserirebbe a pieno titolo nel quadro dell'evoluzione più generale cui sono attualmente esposti il sistema europeo di protezione dei diritti umani e la Corte di Strasburgo, quest'ultima sempre meno giudice del singolo individuo e sempre più garante della piena attuazione dei diritti fondamentali nell'ambito dei vari ordinamenti statali¹²⁸.

¹²⁸ Cfr. L. WILDHABER, *De l'évolution des idées sur les missions de la Cour européenne des droits de l'homme*, in M. G. KOHEN (ed.), *Promoting justice, human rights and conflict resolution through international law, Liber Amicorum Lucius Caflisch*, Leiden, 2007, p. 639 ss.

Sezione II

Questioni particolari

La Convenzione europea dei diritti umani e i conflitti di civilizzazione

Gianluca Contaldi

SOMMARIO: – 1. I conflitti di civilizzazione e le norme internazionali per la protezione dei diritti dell'uomo. – 2. L'individuazione di soluzioni alternative potenzialmente idonee ad evitare l'insorgenza del contrasto. – 3. La ricostruzione di diritti umani assoluti, insuscettibili di derogazione attraverso l'applicazione delle norme straniere richiamate dalle disposizioni di conflitto, da parte della Corte di cassazione francese. – 4. L'adozione di un parametro di valutazione flessibile, fondato sulla prossimità della fattispecie con il foro, nella giurisprudenza italiana più recente. – 5. Conclusioni: inesistenza di metodi precostituiti di soluzione del contrasto determinato dall'incidenza, sul funzionamento dei sistemi di diritto internazionale privato, di specifiche norme internazionali poste a tutela di diritti dell'uomo.

1. I conflitti di civilizzazione e le norme internazionali per la protezione dei diritti dell'uomo

Il tema del rapporto tra diritto internazionale privato e protezione internazionale dei diritti dell'uomo è estremamente articolato. La regolamentazione dei diritti dell'uomo può, infatti, incidere in vario modo sul funzionamento delle regole di conflitto. In certi casi, gli strumenti di diritto internazionale privato possono essere impiegati per realizzare una protezione più efficace dei diritti umani. Sono ad esempio noti, in giurisprudenza, taluni casi nei quali le norme sulla giurisdizione sono state impiegate al fine di individuare un foro favorevole rispetto all'accoglimento di determinate richieste risarcitorie¹. Oppure, la stessa scelta di un determinato criterio di collegamento, concepito in maniera tale da proteggere la parte debole del rapporto, può, in concreto, risultare maggiormente vantaggiosa per la protezione di specifici diritti collettivi².

¹ V., in via esemplificativa, la decisione della House of Lords, 20 luglio 2000, *Lubbe vs. Cape Plc*, in 1 *WLR*, p. 1545 ss. (nella specie, mediante la dottrina, di origine anglosassone, del *forum non conveniens*, è stato possibile esercitare un'azione risarcitoria nel Regno Unito, sul presupposto che la medesima azione non avrebbe trovato nel foro straniero, che pure appariva astrattamente più idoneo, a causa della sua vicinanza spaziale agli eventi). V., in generale, C. KESSEDIAN, *Les actions civiles pour la violation des droits de l'homme. Aspects de droit international privé*, in *Travaux du Comité français de droit international privé*, 2002-2004, Paris, 2005, p. 151 ss., p. 165 ss.

² Tale sarebbe, in particolare, la norma di conflitto sui consumatori (art. 6), prevista dal regolamento (CE) 593/2008, del 17 giugno 2008, sulla legge applicabile alle obbligazioni contrattuali, in GU L 177, del 4 luglio 2008. Questa disposizione consente di applicare, nell'ambito di un rapporto contrattuale internazionale, la legge del paese del consumatore anche nell'ipotesi in cui l'impresa che fornisce il bene o il servizio sia localizzata all'estero. In questo modo, i consumatori europei possono im-

Un settore nel quale questi due ambiti normativi (protezione internazionale dei diritti dell'uomo e diritto internazionale privato) entrano, invece, in collisione è quello dei rapporti tra ordinamenti di tipo laico e sistemi giuridici ispirati, al contrario, dall'osservanza dei dettami di testi sacri. La materia nella quale si rilevano i conflitti più evidenti è, tradizionalmente, quella del diritto famiglia. Ciò è dovuto al fatto che, in questo ambito, si riscontrano ispirazioni profondamente antitetiche. Siffatto contrasto può ravvisarsi, in particolare, nel rapporto tra ordinamenti di tipo occidentale (europei e nordamericani) e sistemi giuridici ispirati da concezioni religiose, quali, in particolare, quelli islamici. Tanto è vero che, al riguardo, si usa il termine di "conflitti di civilizzazione", per indicare non solo l'esistenza di conflitti tra disposizioni normative di contenuto divergente, entrambe potenzialmente applicabili per la regolamentazione di una determinata fattispecie, ma per dare atto della sussistenza di un vero e proprio contrasto nelle ispirazioni di fondo dei sistemi normativi coinvolti³.

Gli istituti che, in questo ambito, pongono i problemi più rilevanti sono la poligamia, il ripudio e l'attribuzione automatica della patria potestà – in presenza di taluni presupposti quali l'età e il sesso – in capo ad un soggetto soltanto del rapporto. Essi sono infatti caratterizzati da una profonda sperequazione a favore dell'uomo e a discapito della donna. È quindi evidente che questi si pongano in netto contrasto con l'ispirazione giuridica che caratterizza gli ordinamenti di tipo occidentale, i quali sono, al contrario, caratterizzati da un generale divieto di discriminazione in base al sesso⁴.

D'altro canto, non può neppure liquidarsi la questione limitandosi a constatare il contrasto di simili istituti con l'ordine pubblico del foro. Può infatti accadere che, per l'evoluzione concreta delle relazioni individuali, si debba in qualche misura tenere conto dei rapporti validamente sorti all'estero, al fine di consentire ai medesimi di produrre taluni effetti nei sistemi giuridici ad essi non avvezzi. Si

porre, anche alle imprese che operano nell'ambito dei paesi terzi, taluni standard di trattamento particolarmente elevati, perché provengono dai sistemi giuridici dei paesi membri dell'Unione europea (v., con riferimento alla corrispondente disposizione della Convenzione di Roma, L. PICCHIO FORLATI, *Critères de rattachement et règles d'applicabilité, à l'heure de la protection des droits de l'homme en Europe*, in *Rivista di diritto internazionale privato e processuale*, 2005, p. 907 ss.).

³ J. DEPREZ, *Droit international privé et conflits de civilisations. Aspects méthodologiques (les relations entre systèmes d'Europe occidentale et systèmes islamiques en matière de statut personnel)*, in *Recueil des Cours*, 1988-IV, p. 9 ss.; CAMPIGLIO, *Matrimonio poligamico e ripudio nell'esperienza giuridica dell'occidente europeo*, in *Rivista di diritto internazionale privato e processuale*, 1990, p. 853 ss.; A. MEZGHANI, *Le juge français et les institutions de droit musulman*, in *Journal de droit international*, 2003, p. 722 ss.; F. MARCHADIER, *Les objectifs généraux du droit international privé à l'épreuve de la Convention européenne des droits de l'homme*, Bruxelles, 2007.

⁴ Su questo tema v. recentemente, per un'approfondita analisi dello stato della giurisprudenza e dell'elaborazione teorica, C. CAMPIGLIO, *Il diritto di famiglia islamico nella prassi italiana*, in *Rivista di diritto internazionale privato e processuale*, 2008, p. 43 ss.; R. CLERICI, *La compatibilità del diritto di famiglia musulmano con l'ordine pubblico internazionale*, in *Famiglia e diritto*, 2009, p. 197 ss.

pensi, per fare un esempio, ad un matrimonio poligamico tra persone che, per vicende successive, si vengono a stabilire sul territorio di uno Stato con un ordinamento di tipo occidentale. In questo caso sarebbe certamente contrario, anche ad un'esigenza di giustizia sostanziale, non riconoscere alcun diritto al sostentamento alla seconda moglie oppure negare qualunque aspettativa ereditaria ai figli nati dalle seconde o terze nozze. Come è evidente, sulla base di questa ipotesi, si pone l'esigenza di fornire una regolamentazione positiva anche dei rapporti giuridici incompatibili, nella loro connotazione strutturale, con l'ordinamento del foro.

Il problema è quindi molto complesso ed esso appare, nel suo assetto normativo, ambivalente. Dal lato degli ordinamenti occidentali vi è, infatti, la necessità di rispettare un principio fondamentale, quale è quello della protezione del principio della parità dei sessi. Si tratta di un principio garantito sia da disposizioni di rango costituzionale, sia da fonti internazionali. Si pensi, a questo riguardo, all'art. 14 della Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo ovvero all'art. 5, del Protocollo n. 7, i quali entrambi sanciscono l'uguaglianza tra uomo e donna⁵.

Tra le fonti internazionali in materia, è poi opportuno fare riferimento alla Convenzione delle Nazioni Unite sull'eliminazione di tutte le forme di discriminazione nei confronti delle donne, la quale obbliga gli Stati membri sia a stabilire nei propri ordinamenti (anche a livello di norme costituzionali) un principio di uguaglianza tra i sessi e, correlativamente, ad eliminare ogni previsione normativa che determini, pure indirettamente, una discriminazione, sia, infine, a "prendre toutes mesures appropriées pour éliminer la discrimination à l'égard des femmes par une personne, une organisation ou une entreprise quelconque"⁶. Si ritiene correntemente che detta disposizione imponga agli Stati membri di attivarsi anche al fine di evitare che si realizzino forme di discriminazione indirette, quali potrebbero essere quelle che si determinano in conseguenza dell'applicazione nel foro di norme straniere⁷.

⁵ Più dettagliatamente, la prima disposizione, garantisce ad ogni essere umano il godimento dei diritti previsti dalla Convenzione, senza alcuna distinzione, ivi inclusa quella fondata sul sesso; la seconda stabilisce il principio di uguaglianza tra i coniugi all'interno del matrimonio. La Convenzione per la salvaguardia dei Diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali è stata firmata a Roma il 4 novembre 1950 ed è entrata in vigore per l'Italia il 26 ottobre 1955 (Legge 4 agosto 1955, n. 848, in *Gazzetta Ufficiale* n. 221 del 24 settembre 1955). Il Protocollo n. 7 alla Convenzione per la salvaguardia dei Diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali è stato firmato a Strasburgo il 22 novembre 1984 ed è entrato in vigore per l'Italia il 1° febbraio 1992 (Legge 9 aprile 1990, n. 98, in *Gazzetta Ufficiale* n. 100 del 2 maggio 1990).

⁶ Art. 2, lett. e, della Convenzione sull'eliminazione di ogni forma di discriminazione nei confronti delle donne, firmata a New York, il 18 dicembre 1979 (per l'Italia v. la Legge 14 marzo 1985 n. 132, in *Gazzetta Ufficiale*, n. 89 S.o. del 15 aprile 1985).

⁷ V. P. LAGARDE, *Exposé préliminaire et questionnaire*, in *Annuaire de l'Institut de droit international, Première partie: Travaux préparatoires, Différences culturelles et ordre public*, Session de Cracovie, vol. 71-I, Paris, 2005, p. 23 ss.

D'altro canto, anche il rispetto di determinati istituti, quali il matrimonio poligamico e il ripudio, che, dal nostro punto di vista, implicano un'evidente discriminazione tra i sessi, corrispondono ad elementi tradizionali della cultura e della religione islamica. In un certo senso, il rispetto di questi istituti contribuisce alla configurazione stessa dell'identità culturale dei popoli che professano tale religione. Nei sistemi giuridici che rispettano la *Shari'a* (o anche forme più blande di osservanza dei precetti coranici), la religione determina l'appartenenza dell'individuo ad un determinato gruppo sociale: il rispetto dei parametri religiosi costituisce, pertanto, il collante stesso della comunità ed è sintomatico della partecipazione del singolo ad una data collettività. Una preclusione totale rispetto a istituti quali la poligamia o il ripudio, potrebbe, conseguentemente, tradursi, a propria volta, nella violazione di un altro principio fondamentale, quale è quello del rispetto dell'identità culturale dei popoli⁸.

2. L'individuazione di soluzioni alternative potenzialmente idonee ad evitare l'insorgenza del contrasto

Il problema dell'applicazione nel foro di previsioni straniere che riconoscono la legittimità di istituti quali la poligamia o il ripudio discende, a ben vedere, dal ricorso incondizionato, in materia di diritto di famiglia, al criterio di collegamento fondato sulla cittadinanza degli individui partecipanti alla relazione. Nella generalità dei casi, la situazione tipica nella quale questi istituti assumono rilievo ricorre allorché i partecipanti ad una data relazione coniugale, regolarmente presenti sul territorio di un paese con un ordinamento di tipo occidentale, invocano l'applicazione di una legge straniera per costituire nel foro una nuova relazione giuridica o chiedono il riconoscimento di un provvedimento già ottenuto all'estero per disciplinare i reciproci rapporti personali e patrimoniali.

Da più parti si insiste, tuttavia, sulla scarsa rispondenza di detto criterio di collegamento rispetto all'evoluzione delle relazioni sociali internazionali. In un'epoca caratterizzata da vasti movimenti migratori, appare priva di senso l'applicazione della legge nazionale anche nei confronti di soggetti che hanno perso qualunque collegamento con il proprio paese di origine⁹.

Naturalmente, *de iure condendo*, si può anche ipotizzare una modifica della norma di diritto internazionale privato applicabile e la sua sostituzione con un criterio di tipo domiciliare. Ovvero, si possono immaginare soluzioni alternative,

⁸ V. E. JAYME, *Identité culturelle et intégration. Le droit international privé postmoderne*, in *Recueil des Cours*, 1995, t. 251, p. 11 ss., p. 167.

⁹ Il criterio della cittadinanza risulterebbe anche meno favorevole rispetto all'obiettivo di una uniforme diffusione dei diritti dell'uomo nell'ambito di una data comunità; circostanza, quest'ultima, che ne suggerirebbe la sua sostituzione con il criterio della residenza abituale (v. M. HUNTER-HENIN, *Droit des personnes et droits de l'homme: Combinaison ou confrontation?*, in *Revue critique de droit international privé*, 2006, p. 743 ss., p. 762 ss.).

quali l'eventualità di un'esplicita rinuncia, da parte dei soggetti di religione musulmana, al godimento di determinati diritti discendenti dal sistema giuridico al quale appartengono¹⁰; oppure si potrebbe concepire la sottoposizione dei rapporti giuridici creati nell'ordinamento dello Stato ospite all'applicazione generalizzata ed esclusiva della *lex fori*¹¹.

Altrimenti, si possono immaginare soluzioni che, pur non facendo ricorso agli ordinari strumenti internazionalprivatistici, abbiano comunque l'effetto, di ridurre potenzialmente il numero dei contrasti normativi. In questo contesto, una conseguenza per certi versi estrema è quella prescelta dal legislatore dell'Unione europea. Nella specie, la direttiva 2003/86/CE, impone agli Stati membri di non rilasciare un visto di ingresso per ricongiungimento familiare alla seconda moglie nell'ambito di un matrimonio poligamico. In altri termini, il coniuge di sesso maschile, che si trovi in uno degli Stati membri dell'Unione europea e che qui disponga di un permesso di soggiorno, può certamente chiedere un visto per ricongiungimento familiare a favore di una delle proprie mogli, ma soltanto di una di queste¹². In questo modo è verosimile che i conflitti determinati dall'applicazione nel foro di leggi straniere improntate a precetti religiosi integralisti, con il decorso del tempo, si riducano progressivamente, per il fatto stesso che vengono meno le occasioni per l'insorgenza dei contrasti.

In realtà, nonostante l'utilità pratica del ricorso a simili espedienti, l'assetto normativo che discende da un'adozione generalizzata del criterio di collegamento fondato sulla cittadinanza dell'individuo, nell'ambito delle relazioni giuridiche familiari, non sembra agevolmente superabile. Il fatto è che tale criterio di collegamento risponde ad una funzione specifica negli stessi ordinamenti islamici. In detti sistemi, il criterio di collegamento della nazionalità è strettamente connesso con l'idea di appartenenza dell'individuo al gruppo religioso dal quale proviene: esso serve, pertanto, sia per ricordare e a mantenere saldo tale collegamento, sia per garantire una sostanziale continuità del relativo *status* personale¹³. Tanto è vero che la cittadinanza o l'appartenenza ad un dato gruppo, spesso

¹⁰ P. LAGARDE, *La théorie de l'ordre public international face à la polygamie et à la répudiation*, in *Nouveaux itinéraires en droit. Hommage à François Rigaux*, Bruxelles, 1993, p. 263 ss.

¹¹ Questa impostazione avrebbe, d'altro canto, il pregio, di fare salve le situazioni giuridiche consolidate nel vigore del sistema normativo precedentemente applicabile. Sul metodo in questione v. P. PICONE, *Il metodo dell'applicazione generalizzata della lex fori*, in P. PICONE (a cura di), *La riforma del diritto internazionale privato italiano*, Padova, 1998, p. 371 ss.

¹² Cfr. art. 4, par. 4. In maniera forse un po' singolare, la direttiva e il testo unico sull'immigrazione, non escludono che il marito possa, pure nell'ambito di un matrimonio poligamico, chiedere il ricongiungimento con i figli nati dall'altra moglie. Non può pertanto escludersi che, in questo modo, si riesca ad ottenere un ricongiungimento anche con l'ulteriore moglie rimasta in patria, dal momento che i figli di questa potrebbero, a propria volta, chiedere il ricongiungimento con la genitrice (v. C. CAMPIGLIO, *Il diritto di famiglia islamico nella prassi italiana*, cit., p. 52).

¹³ V. S. ALDEEB, *La personnalité des lois en Turquie et en Egypte*, in *Revue internationale de droit comparé*, 2007, p. 1 ss.; H. AL DABBAGH, *Principe de la personnalité des lois et droit de la famille en Iraq (Approche comparative des droits irakien et égyptien)*, in *Arab Law Quarterly*, 2008, p. 3

si estende anche all'altro membro della coppia. In questo contesto, il criterio di collegamento fondato sulla nazionalità del soggetto non è facilmente sostituibile con uno di tipo domiciliare, se non a scapito della conseguenza che, in tal modo, si creano diverse situazioni claudicanti: ovvero rapporti che risultano validi in taluni ordinamenti soltanto, ma che non possono trovare né ingresso né riconoscimento negli stessi sistemi giuridici di origine.

3. La ricostruzione di diritti umani assoluti, insuscettibili di deroga attraverso l'applicazione delle norme straniere richiamate dalle disposizioni di conflitto, da parte della Corte di cassazione francese

Il problema del contrasto tra determinati diritti fondamentali, garantiti da fonti internazionali pattizie, da un lato e leggi ispirate da motivazioni religiose, dall'altro, non sembra quindi risolvibile attraverso l'impiego di criteri di collegamento a carattere domiciliare. Al contrario, e al di là di taluni palliativi quali possono essere le restrizioni all'ingresso negli Stati dell'Unione europea di cittadini di paesi terzi precedentemente legati da matrimoni poligamici, i contrasti normativi descritti all'inizio del lavoro sono verosimilmente destinati a crescere, in maniera esponenziale, con il progressivo aumento dei flussi migratori.

Una soluzione al problema in esame potrebbe, tuttavia, essere rappresentata dall'individuazione di un nucleo essenziale di diritti fondamentali. Questi sarebbero quei diritti che non sono mai suscettibili di deroghe – nemmeno nell'ambito delle fonti internazionali pertinenti – e che pertanto, anche in conseguenza della loro origine internazionale, si imporrebbero con carattere di prevalenza nella regolamentazione dei rapporti giuridici soggettivi, pure nel caso in cui questi siano disciplinati da una legge straniera. Nel novero di detti diritti rientrerebbe, per l'appunto, quello dell'uguaglianza dei sessi¹⁴.

Un percorso logico di siffatto contenuto corrisponde, in effetti, a quello correntemente seguito, in tema di ripudio, dalla giurisprudenza francese. Come è noto, il ripudio è un atto unilaterale, con il quale l'uomo dichiara di non essere più legato in matrimonio alla propria moglie. La volontà del marito di procedere al ripudio deve essere portata a conoscenza della consorte, la quale può anche intervenire al momento della dichiarazione. Il coniuge di sesso femminile non ha, tuttavia, nell'ambito di detto procedimento, alcuna prerogativa, salvo quella

ss., p. 158 ss.; ID., *Mariage mixte et conflit entre droits religieux et laïque*, in *Revue critique de droit international privé*, 2009, p. 29 ss., p. 36 ss.; G. CARELLA, *Diritto di famiglia islamico, conflitti di civilizzazione e Convenzione europea dei diritti dell'uomo*, in G. Carella (a cura di), *La Convenzione europea dei diritti dell'uomo e il diritto internazionale privato*, Torino, 2009, p. 67 ss., p. 74 s.

¹⁴ Il citato art. 5, del Protocollo n. 7, consente infatti di introdurre deroghe al principio di uguaglianza dei coniugi solo nello specifico interesse dei figli. V., in dottrina, H. GAUDEMET-TALLON, *Le pluralisme en droit international privé: richesses et faiblesses*, in *Recueil des Cours*, 2005, t. 312, p. 9 ss., spec. p. 407 ss.

di chiedere un'indennità economica per il proprio sostentamento. La dichiarazione stessa viene sovente ricevuta da un giudice: in questo modo essa acquista un crisma di ufficialità che contribuisce a conferire, almeno dal punto di vista formale, una natura giudiziale al provvedimento. È bene peraltro sottolineare che, in talune ipotesi, l'intervento del giudice, è più incisivo, dal momento che determina pure le condizioni economiche conseguenti allo scioglimento dell'unione coniugale¹⁵. È infine opportuno avvertire che, nel caso in cui la moglie sia rimasta contumace nell'ambito del procedimento, la dichiarazione di ripudio le deve essere portata formalmente a conoscenza.

La giurisprudenza francese, dopo un primo periodo di oscillazione, nel quale aveva dato segni di apertura nei confronti dell'istituto¹⁶, ha successivamente e progressivamente mostrato una totale chiusura al riconoscimento dei ripudi pronunciati all'estero. Nella specie, l'ostacolo al riconoscimento dei ripudi validamente ottenuti nei sistemi giuridici che conoscono tale forma di scioglimento del matrimonio, secondo la Corte di Cassazione francese, sarebbe rappresentato, per l'appunto, dalla violazione del principio di parità tra i sessi sancito dal citato art. 5, del Protocollo n. 7, della Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo; e nel corrispondente obbligo dello Stato di garantire, a tutti i soggetti

¹⁵ Taluni sistemi giuridici hanno introdotto un meccanismo di maggior rigore per l'accesso alla procedura di ripudio. Nella specie, la legge marocchina (legge n. 03-70, *Dahir*, n. 1-04-22 del 3 febbraio 2004) ha previsto dei meccanismi diretti a consentire un effettivo controllo giudiziario del ripudio. Questi consistono, in particolare, nell'autorizzazione preliminare da parte del giudice ed in una supervisione generale delle sue conseguenze.

¹⁶ La Corte di cassazione francese ha seguito, al riguardo, un andamento oscillante: mentre in un primo tempo si è mostrata possibilista in ordine all'eventualità di riconoscere i ripudi pronunciati all'estero (v., Francia, Corte di cassazione, 3 novembre 1983, *Rohbi* in *Revue critique de droit international privé*, 1984, p. 325 ss., con nota di FADLALLAH), ha poi successivamente ristretto la possibilità di riconoscere tali atti. Ciò è dovuto essenzialmente all'incidenza della Convenzione europea dei diritti dell'uomo (v. Francia, Corte di cassazione, 1 giugno 1994, in *Revue critique de droit international privé*, 1995, p. 103 ss.; Francia, Corte di cassazione, 31 gennaio 1995, *ivi*, 569 ss., entrambe con note di J. DÉPREZ). Il momento di maggiore apertura è tuttavia rappresentato dalla decisione, sempre della Corte di cassazione francese, 3 luglio 2001, *Douibi*, in *Revue critique de droit international privé*, 2001, p. 704 ss., con commento di L. GANNAGÉ, nella quale la Corte, per agevolare il riconoscimento dell'istituto, ha attribuito rilievo alle circostanze concrete nelle quali esso era intervenuto, quali l'assenza di frode, la sussistenza di un contraddittorio effettivo e la previsione di vantaggi economici per la moglie. Detta decisione ha poi dato luogo ad un ricorso della donna agli organi di controllo della Convenzione europea dei diritti dell'uomo: v. il ricorso n. 3/02, successivamente concluso con una rinuncia da parte della ricorrente. È curioso rilevare che, pur dopo la decisione della Corte di cassazione, la giurisprudenza di merito ha costantemente seguito un atteggiamento restrittivo nei confronti dell'istituto (v. Cour d'Appel de Paris, 13 décembre 2001, in *Revue critique de droit international privé*, 2002, p. 730 ss., con commento di L. GANNAGÉ). Per l'analisi della giurisprudenza francese in materia v. R. EL HUSSEINI-BEGDACHE, *Le droit international privé français et la répudiation islamique*, Paris, 2002; P. COURBE, *L'ordre public de proximité*, in *Le droit international privé: esprit et méthodes. Melange en l'honneur de P. Lagarde*, Paris, 2005, p. 292 ss.

domiciliati sul proprio territorio, il diritto all'uguaglianza senza alcuna distinzione di sesso¹⁷.

È bene d'altro canto precisare che, nella maggior parte dei casi affrontati dalla giurisprudenza francese, il ripudio veniva invocato dall'uomo, il quale, convenuto in giudizio in Francia nell'ambito di un procedimento di separazione con addebito, cercava di far valere il ripudio ottenuto all'estero, al fine di svuotare di contenuto, per effetto del principio della litispendenza internazionale ovvero per quello dell'esistenza di un giudicato straniero contrastante, l'azione intentata in Francia dalla consorte. In sostanza, il ripudio, al quale il marito aveva fatto ricorso a seguito di un apposito viaggio nella terra natia, appariva, in genere, come un espediente fraudolento, in quanto diretto esclusivamente a mitigare le conseguenze negative di un'azione di separazione.

Nonostante le peculiarità delle fattispecie esaminate, la soluzione fornita dalla Corte di Cassazione francese non appare comunque passibile di modulazione, a seconda delle peculiarità della situazione concreta. A fronte di una chiusura netta, le circostanze specifiche, nell'ambito delle quali è intervenuto il ripudio, sembrano perdere qualunque valenza oggettiva. Nella specie, il fatto che la moglie sia stata correttamente avvisata dell'intenzione dell'uomo di procedere al ripudio e che costei abbia avuto modo di partecipare al procedimento¹⁸, come la circostanza che la dichiarazione sia poi stata debitamente portata a conoscenza della stessa; o, infine, il fatto che, nell'ambito, del procedimento, vengano previsti taluni emolumenti per la moglie, non può, nella ricostruzione della Cassazio-

¹⁷ Si tratta di un gruppo di cinque decisioni, rese dalla Corte di cassazione in data 17 febbraio 2004, e contraddistinte con i numeri 256, 257, 258, 259 e 260; talune di queste sono pubblicate in *Revue critique de droit international privé*, 2004, p. 423 ss., con commento di P. HAMMJE; v. inoltre J. LEMONTEY, *Le volontarisme en jurisprudence: l'exemple des répudiations musulmanes devant la Cour de Cassation*, in *Travaux du Comité français de Droit international privé. Années 2004-2006*, Paris, 2008, p. 63 ss., G. ROSSOLILLO, *Identità personale e diritto internazionale privato*, Padova, 2009, p. 176 ss.

¹⁸ Questo aspetto, concretamente identificabile nell'osservanza del principio del contraddittorio, discende dall'applicazione di una diversa disposizione della Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo. Si tratta, nella specie, dell'art. 6, che garantisce il diritto ad un processo equo. È pacifico, infatti, che detta disposizione debba essere osservata anche nel momento in cui lo Stato membro proceda al riconoscimento di una decisione straniera: in sostanza, incombe sulle autorità giudiziarie l'obbligo di verificare il rispetto dei parametri del giusto processo nell'ambito dell'ordinamento dal quale proviene la sentenza. V., in questo senso, la decisione della Corte di Strasburgo nel noto caso *Pellegrini*, 20 luglio 2001, n. 30882/96, riprodotta in *Rivista di diritto internazionale*, 2001, p. 1117 ss.; in dottrina v. C. FOCARELLI, *Equo processo e riconoscimento di sentenze straniere: il caso Pellegrini*, ivi, p. 995 ss.; P. KINSCH, *The Impact of Human Rights on the Application of Foreign Law and on the Recognition of Foreign Judgments – A Survey of the Cases Decided by the European Human Rights Institutions*, in T. EINHORN, K. SIEHR (eds), *Intercontinental Cooperation Through Private International Law. Essays in Memory of Peter Nygh*, The Hague, 2004, p. 198 ss., p. 218 ss.; A. CAFAGNA, *L'art. 6 della Convenzione europea dei diritti dell'uomo e la circolazione delle decisioni*, in G. CARELLA (a cura di), *La Convenzione europea*, cit., p. 17 ss., p. 25 s.

ne francese, determinare un'effettiva compensazione rispetto alla sperequazione insita nella disciplina stessa dell'istituto.

In sostanza, nella prospettiva dei giudici francesi, i principi garantiti dalla Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo, presentano comunque un carattere di assolutezza. Questa lettura, seppure appare apprezzabile per il rafforzamento che determina nella protezione dei diritti dell'uomo, risulta tuttavia scarsamente condivisibile per il sacrificio che ne consegue all'identità culturale delle popolazioni straniere coinvolte. La soluzione fornita dalla Corte di Cassazione francese, determina, infatti, un'evidente rottura rispetto alle tradizioni culturali e religiose islamiche. D'altro canto essa impedisce di prendere in considerazione i provvedimenti stranieri, anche nel caso in cui questi abbiano ormai dato luogo, negli stessi ordinamenti di origine, a situazioni fattuali consolidate: si pensi, in via esemplificativa, all'ipotesi in cui entrambi i coniugi si siano, in seguito al ripudio, risposati e abbiano dato vita a nuclei familiari autonomi. In un contesto siffatto, il diniego assoluto di riconoscimento dei ripudi stranieri costituisce la causa per l'insorgenza di situazioni giuridiche claudicanti.

Questo assetto, sostanzialmente negativo, ci spinge a cercare una soluzione al problema in esame attraverso un meccanismo che consenta di operare un maggiore contemperamento ed un bilanciamento delle rispettive esigenze. Al riguardo è opportuno prendere in esame la ricostruzione dell'istituto correntemente accolta nel sistema giuridico nazionale.

4. L'adozione di un parametro di valutazione flessibile, fondato sulla prosimità della fattispecie con il foro, nella giurisprudenza italiana più recente

Anche la giurisprudenza italiana sembrava, fino a pochi anni or sono, del tutto avversa rispetto alla possibilità di riconoscere i ripudi validamente pronunciati all'estero.

I casi esaminati dai nostri giudici sono, in definitiva, numericamente scarsi. Come nei corrispondenti francesi, essi sono, d'altro canto, caratterizzati dall'applicazione generalizzata della clausola dell'ordine pubblico. Nella specie, dall'analisi complessiva dell'ordinamento interno, i giudici desumevano sovente l'esistenza di un principio di parità tra i sessi, il quale precludeva invariabilmente la possibilità di riconoscere effetto al ripudio pronunciato all'estero¹⁹.

¹⁹ V. Corte d'Appello di Roma, *Mahmond Wael Tarxam c. Amati*, sentenza del 29 ottobre 1948, in *Il Foro padano*, 1949, I, c. 348 ss.; Corte di cassazione, sentenza del 5 dicembre 1969, n. 3881, in *Rivista di diritto internazionale privato e processuale*, 1970, p. 868 ss.; Corte d'Appello di Torino, sentenza del 9 marzo 2006, in *Diritto e famiglia*, 2007, p. 156 ss., con nota di A. SINAGRA. In un altro caso, il riconoscimento del ripudio è stato escluso in ragione del fatto che questo non era stato soggetto al vaglio di un organo giudiziario straniero (v. Corte d'Appello di Milano, sentenza del 14 dicembre 1965, in *Rivista di diritto internazionale privato e processuale*, 1966, p. 381 ss., con nota di F. LANFRANCHI, *Sull'efficacia in Italia di un atto di ripudio iraniano*, p. 526 ss.).

Soltanto in due casi, esaminati dai giudici italiani, il marito invocava direttamente l'applicazione della norma iraniana che consentiva al marito di divorziare a proprio piacimento dalla moglie. In entrambe le ipotesi, i giudici aditi si sono rifiutati di fare applicazione della norma straniera (nella specie, l'art. 1133 del codice civile iraniano), perché hanno ravvisato un insanabile contrasto con i principi fondamentali del nostro ordinamento. Nella specie, secondo la Corte d'Appello di Milano, il fatto che la legge iraniana consenta al solo marito di ottenere un divorzio in maniera unilaterale, senza che la moglie possa in alcun modo contrastare tale decisione, appare un fatto decisivo ai fini della valutazione della compatibilità di detto istituto con l'ordine pubblico, non soltanto interno, ma addirittura con quello dell'intera società occidentale²⁰.

Nonostante questo assetto sostanzialmente negativo, in tempi più recenti, la giurisprudenza italiana sembra tuttavia incline a mostrare una cauta apertura nei confronti dei ripudi pronunciati all'estero²¹.

In un'ipotesi concreta, era infatti avvenuto che il marito aveva, a suo tempo, ripudiato la moglie, la quale non era né intervenuta nell'ambito della procedura, né aveva conseguentemente rivendicato alcun tipo di aspettativa economica. Costei si era, d'altro canto, finanche risposata nel paese di origine e, dalla nuova unione, erano nati dei figli. A ciò si aggiunga che solo l'uomo era residente in Italia, con la conseguenza che solo a quest'ultimo interessava effettivamente ottenere il riconoscimento del ripudio, al fine di conseguire lo stato di libero: in sostanza, il ripudio straniero, ormai corrispondeva ad una situazione cristallizzata nell'ambito dell'ordinamento di origine.

Sulla base di questi elementi, la Corte d'Appello di Cagliari, ha fornito una lettura certamente evolutiva dell'istituto, perché da un lato ha ritenuto che, nel caso di specie, non vi fosse alcuna lesione del principio del contraddittorio, dal momento che la moglie era stata correttamente avvertita dello svolgimento della procedura ed aveva consapevolmente deciso di non prendervi parte; dall'altro ha constatato la presenza di diversi elementi che, nell'ipotesi in esame, consentivano di pervenire ad una soluzione positiva rispetto alla richiesta di riconoscimento.

È opportuno riportare per esteso le parti rilevanti della decisione: «quanto al rispetto dei diritti di difesa della moglie e del principio del contraddittorio, la manifestazione della volontà del marito è stata portata a conoscenza della sig.ra R, che ha così avuto la possibilità, in conformità a quanto previsto dalla legge egiziana, di portare alla cognizione dell'autorità competente e di far valere le sue

²⁰ È opportuno riportare per esteso tale parte della motivazione: «che poi il ripudio sia in contrasto non soltanto con l'ordine pubblico interno italiano, ma con principi più generali radicati nella civiltà giuridica comune all'area della quale l'Italia fa parte, non pare dubbio, né viene contestato da alcuno nel presente giudizio»: Corte d'Appello di Milano, *Mansouri c. Shirnia*, sentenza del 17 dicembre 1991, in *Rivista di diritto internazionale privato e processuale*, 1993, p. 109 ss.; v. anche Tribunale di Milano, *Gianfala c. El Sayed Ahmed*, sentenza del 11 marzo 1995, *ivi*, 1996, p. 129 ss.

²¹ Corte d'Appello di Cagliari, *M. c. R.*, sentenza del 16 maggio 2008, in *Rivista di diritto internazionale privato e processuale*, 2009, p. 647 ss.

ragioni economiche e di provocare la riconciliazione con il marito". In sostanza, da un lato, la Corte d'Appello di Cagliari esclude che il ripudio sia una procedura meramente unilaterale. Questa parte della decisione appare, in realtà, non del tutto convincente. Come si è già avuto modo di rilevare, la partecipazione della moglie alla procedura è ridotta a poco più di una presenza meramente formale; costei può certamente intervenire, presentare osservazioni o chiedere la corresponsione di una somma per il proprio sostentamento; ma non ha alcun diritto di opporsi effettivamente alla dichiarazione del marito.

Una maggiore attinenza, dal punto di vista internazionalprivatistico, nel contesto della valutazione operata dalla Corte, presenta quindi un altro argomento, al quale la Corte accenna, in realtà, solo al termine della motivazione. Nella fattispecie in esame vi sarebbe, infatti, un "esclusivo interesse dell'attore, unico residente in Italia" a pervenire ad una pronuncia di riconoscimento. Nella valutazione della Corte, il ripudio avrebbe ormai dato luogo ad una situazione già definita nei propri elementi materiali, con la conseguenza che solo il marito, unico soggetto residente in Italia, avrebbe interesse a trarne giovamento.

Costituisce, d'altro canto, osservazione costante quella per cui gli effetti dell'ordine pubblico si attenuino progressivamente in funzione della lontananza di una determinata fattispecie dall'ordinamento del foro. Questo fenomeno, della diversa incidenza dell'ordine pubblico a seconda della maggiore o minore connessione di un dato rapporto con il sistema giuridico del foro (*Inlandsbeziehung*), ricorre con una certa frequenza nell'elaborazione giurisprudenziale. In tal modo si può, ad esempio, ammettere che da un matrimonio poligamico validamente celebrato all'estero possano discendere taluni effetti a favore della moglie ripudiata, quali, in particolare, il diritto ad ottenere nel foro un assegno di mantenimento, anche nel caso in cui questo non le era stato riconosciuto (o le era stato riconosciuto in misura inadeguata) nell'ordinamento di origine del provvedimento²².

5. Conclusioni: inesistenza di metodi precostituiti di soluzione del contrasto determinato dall'incidenza, sul funzionamento dei sistemi di diritto internazionale privato, di specifiche norme internazionali poste a tutela di diritti dell'uomo

Volendo quindi desumere talune conclusioni dall'analisi fin qui condotta, ci sembra evidente che non esista una modalità univoca di composizione dei conflitti di civilizzazione. È esatto che i diritti umani sanciti dalle fonti internazionali penetrano negli ordinamenti interni e che, in questo modo, essi determinano un certo

²² Come l'obbligo, in capo al marito, di corrispondere gli alimenti anche alla seconda moglie: v., al riguardo, le decisioni in Francia della Corte di cassazione nel caso *Chemouni*: sentenza del 28 gennaio 1958, in *Revue critique de droit international privé*, 1958, p. 110 con nota di R. JAMBU-MERLIN, e sentenza del 19 dicembre 1963, ivi, p. 559 ss. con nota di D. HOLLEAUX.

assetto dei sistemi giuridici nazionali²³. Tale assetto, per effetto della clausola di ordine pubblico, può effettivamente incidere anche sulla portata materiale del rinvio operato alla legge straniera per la disciplina dei rapporti giuridici soggettivi.

Il punto è, tuttavia, che i diritti umani garantiti da fonti pattizie, anche nell'ipotesi in cui essi risultino insuscettibili di deroghe sul piano internazionale, non conservano necessariamente un carattere di esclusività sul piano interno. Troppo eterogenee e dense di sfumature possono essere le situazioni giuridiche privatistiche a carattere transnazionale, per stabilire aprioristicamente le modalità di incidenza di uno specifico diritto umano sul modo di operare della clausola di ordine pubblico.

Questo punto di vista risulta, d'altro canto, confermato anche dalla Risoluzione adottata dall'*Institut de Droit International* nel corso della sessione del 2005. In questo ambito, infatti, è stato riconosciuto che «(l)'ordre public *pourra* être opposé à la reconnaissance d'une répudiation unilatérale de la femme par son mari lorsque la femme a la nationalité de l'Etat de reconnaissance ou y a sa résidence habituelle, à moins qu'elle y ait consenti ou qu'elle ait bénéficié d'une protection pécuniaire suffisante».

Lo stesso *Institut* non assume, pertanto, una posizione preconstituita in relazione al rapporto tra diritti umani e diritto internazionale privato. La previsione di una mera clausola facoltativa ("pourra") dimostra, d'altro canto, l'inesistenza di soluzioni preordinate ed astrattamente utilizzabili in qualunque contesto. In sostanza, l'operatività della clausola di ordine pubblico, anche in presenza di diritti umani garantiti da fonti internazionali, non esclude la necessità di prendere in considerazione le circostanze che caratterizzano la fattispecie concreta. Queste possono infatti, in vario modo, intervenire nell'assetto specifico del rapporto e nella posizione che le parti assumono in relazione alla valenza di un determinato diritto fondamentale.

È infatti evidente, che, in queste ipotesi, l'ordine pubblico possa anche operare in maniera meno incisiva sulle relazioni giuridiche preconstituite²⁴. Si usa, correntemente, il termine di ordine pubblico attenuato, proprio per dare atto della minore incidenza di tale limite nelle relazioni giuridiche soggettive che siano già perfettamente costituite e produttive di effetti nell'ordinamento di origine.

È difficile, invero, stabilire quale sia il fondamento teorico di tale minore incisività dell'ordine pubblico²⁵. Talora, a sostegno di questa impostazione è sta-

²³ Ciò si verifica anche per effetto dell'introduzione, nel testo dell'art. 117, primo comma, della Costituzione, di uno specifico riferimento alle fonti internazionali. V., in particolare, Corte costituzionale, sentenza n. 348 del 22 ottobre 2007 e n. 349 del 22 ottobre 2007. In dottrina v. gli scritti di G. GAJA, E. CANNIZZARO, M.L. PADELLETTI, A. SACCUCCI, in *Rivista di diritto internazionale*, 2008 e di G. CATALDI, in *Diritti umani e Diritto internazionale*, 2008.

²⁴ P. HAMMJE, *Droits fondamentaux et ordre public*, in *Revue critique de droit international privé*, 1997, p. 1 ss., ravvisa, al riguardo, una sorta di adattamento dell'eccezione di ordine pubblico a seguito dell'incidenza dei diritti umani.

²⁵ In certi casi, l'attenuazione dell'ordine pubblico è prevista espressamente dal legislatore. È opportuno, a questo riguardo, menzionare la legislazione belga. L'art. 57, della recente legge di ri-

to invocato il rispetto delle situazioni giuridiche acquisite all'estero. In questo senso depone, ad esempio, l'affermazione della Cassazione francese nel caso *Rivière*: "la réaction à l'encontre d'une disposition contraire à l'ordre public n'est pas la même suivant qu'elle met obstacle à l'acquisition d'un droit en France ou suivant qu'il s'agit de laisser se produire en France les effets d'un droit acquis, sans fraude, à l'étranger et en conformité de la loi ayant compétence en vertu du droit international privé français"²⁶.

Questa spiegazione non consente, in realtà, di risolvere la generalità delle ipotesi, dal momento che, in certi casi, la teoria dell'ordine pubblico attenuato è stata invocata, al contrario, al fine di favorire coloro che rivestivano la cittadinanza dello Stato a discapito degli stranieri²⁷.

In altri casi, invece, la minore incidenza dell'ordine pubblico è stata giustificata in virtù delle circostanze del caso di specie. Così, ad esempio, il fatto che proprio il soggetto nel cui interesse potrebbe operare l'eccezione di ordine pubblico faccia valere una determinata situazione giuridica sorta all'estero può indurre le autorità a non ravvisare alcun contrasto con i principi della *lex fori*: si pensi al caso in cui la moglie intenda far valere nel foro una sentenza straniera di ripudio (pertanto una decisione per lei pregiudizievole) al fine di proporre, a propria volta una causa di divorzio e acquistare nuovamente la libertà di *status*²⁸.

In questa ipotesi, pertanto, più che il rispetto dei diritti acquisiti, parrebbe rilevare, al fine del superamento dell'esame di compatibilità con l'ordine pubblico, una valutazione della situazione giuridica nel suo complesso.

Sulla base della disamina svolta sembra potersi concludere che l'attenuazione degli effetti in funzione della localizzazione spaziale di una determinata fattispecie dipenda, in realtà, da una pluralità di fattori: talvolta essi sono riconducibili nell'alveo delle situazioni giuridiche acquisite e dalla necessità di evitare la nascita di rapporti claudicanti; in altre ipotesi questo medesimo effetto dipende, al contrario, dalla necessità di costituire i presupposti per la creazione nel foro di rapporti giuridici nuovi, al fine di fornire comunque una regolamentazione di situazioni ormai cristallizzate nei loro elementi materiali.

forma del diritto internazionale privato (loi du 16 juillet 2004 portant le code de Droit international privé, riprodotta in *Rivista di diritto internazionale privato e processuale*, 2005, p. 231 ss.), consente espressamente, in presenza di una pluralità di presupposti, di riconoscere il ripudio validamente pronunciato all'estero ed ivi omologato da un giudice straniero.

²⁶ Francia, Corte di cassazione, sentenza del 17 aprile 1953, in *Revue critique de droit international privé*, 1953, p. 413 ss.

²⁷ V. le decisioni, in Francia della Corte di cassazione nel caso *Baaziz*: sentenza del 17 febbraio 1982 e sentenza del 6 luglio 1988, in *Revue critique de droit international privé*, rispettivamente 1983, p. 275 ss. e 1989, p. 71 ss., entrambe con commento di Y. LEQUETTE.

²⁸ V., per uno spunto in questo senso, Francia, Corte di cassazione, sentenza del 8 dicembre 1987, in *Revue critique de droit international privé*, 1989, p. 733 ss., con nota di M.-L. NIBOYET-HOEGY. Sulla "rinunciabilità" dei diritti fondamentali garantiti dalla Convenzione europea v. G. CARELLA, *Diritto di famiglia islamico*, cit., p. 87 ss.

Diritti umani e diritto umanitario nella giurisprudenza dei tribunali interni e della Corte europea dei diritti umani*

Giovanni Carlo Bruno

SOMMARIO: 1. Introduzione. – 2. Le violazioni dell’obbligo di proteggere le popolazioni e gli obiettivi civili, e della proibizione degli attacchi contro i civili, e l’art. 91 del Protocollo aggiuntivo del 1977 alle Convenzioni di Ginevra. – 3. Il caso *Varvarin*. – 4. Il caso *Marković*. – 5. Il caso *Marković* di fronte alla Corte europea dei diritti umani. – 6. Considerazioni finali.

1. Introduzione

L’obiettivo di questo contributo è di prendere parte all’ampio dibattito nato sul tema delle misure effettive di rimedio per gli individui alle possibili violazioni del diritto umanitario¹.

Il diritto internazionale umanitario è stato a lungo considerato esclusivamente come diritto *inter-statale*, pertanto la questione della ‘giustiziabilità’ dei diritti previsti nei trattati di diritto umanitario è aperta.

In maniera eufemistica, gli Stati tendono a parlare di ‘danni collaterali’, espressione militare che designa il ferimento o l’uccisione di civili e il danneggiamento di beni privati, come conseguenza di operazioni militari², nei casi in cui, nel corso di conflitti armati, la protezione e il rispetto delle popolazioni civili non sono garantiti.

* Una versione precedente del saggio, con il titolo “‘Collateral damages’ of military operations: is implementation of international humanitarian law possible using international human rights law tools?” è stata pubblicata in R. ARNOLD, N. QUÉNIVET (EDS.), *International Humanitarian Law and Human Rights Law. Towards a New Merger in International Law*, Leiden, Boston, 2008, p. 295 ss.

¹ L’*International Law Association*, nel mese di maggio del 2003, ha istituito un comitato “*Compensations for victims of war*” al fine di analizzare la questione della riparazione per le vittime delle violazioni dei diritti umani e, più specificamente, delle vittime civili di guerra. I rapporti di tale comitato, presentati nelle conferenze di Berlino del 2004, Toronto del 2006 e Rio de Janeiro del 2008, costituiscono un utile riferimento per la ricostruzione del tema e le soluzioni suggerite, nonché per la ricca bibliografia: www.ila-hq.org/en/committees/index.cfm/cid/1018.

² In un rapporto di *Amnesty International*, è affermato che “[b]roadly defined, collateral damage is unintentional damage or incidental damage affecting facilities, equipment or personnel occurring as a result of military action directed against a targeted enemy force or facilities. Such damage can occur to friendly, neutral, and even enemy forces.” *Amnesty International, NATO/FRY, Collateral Damage or Unlawful Killings: Violations of the Laws of War by NATO During Operation Allied Force, AI Index: EUR 70/18/00* (giugno 2000), par. 2, nota 6 (www.web.amnesty.org/ai.nsf/index/EUR700182000). Lo stesso documento chiarisce che il termine ‘danno collaterale’ non è usato nel diritto internazionale umanitario.

Viene spesso ricordato che, a dispetto del differente *background* storico e delle specificità normative, l'interesse centrale del diritto umanitario e del diritto dei diritti umani è la 'dignità umana'³. Ma ci si chiede se tale base comune possa costituire una base sufficiente per stabilire ed invocare un diritto al risarcimento per i danni causati alle 'presunte vittime' di qualsiasi 'grave' violazione dei diritti umani e, soprattutto, del diritto umanitario. Inoltre, non è chiaro se sia possibile invocare un diritto individuale alla riparazione dei danni qualora venga accertata la responsabilità dello Stato per 'danni collaterali'.

Per tentare di rispondere si farà riferimento alla prassi relativa alla campagna aerea condotta, dal 24 marzo al 10 giugno 1999, dalle forze della NATO contro la Repubblica Federativa di Jugoslavia (operazione *Allied Force*). Sebbene la NATO non abbia rilasciato stime ufficiali riguardanti le vittime, civili e militari, le notizie riguardanti un numero importante di civili morti sono state numerose⁴.

³ V. M. ODELLO, *Fundamental Standards of Humanity: A Common Language of International Humanitarian Law and Human Rights Law*, in R. ARNOLD, N. QUENIVET (eds.), *International Humanitarian Law and Human Rights Law. Towards a New Merger in International Law*, Leiden-Boston, 2008, p. 15 ss. Nel parere consultivo dell'8 luglio 1986 sulla legalità della minaccia e dell'uso delle armi nucleari, la Corte internazionale di giustizia ha confermato la convergenza e la complementarità del diritto dei diritti umani e del diritto umanitario. Nel riconoscere l'applicabilità del diritto dei diritti umani nel corso di un conflitto armato, i giudici della Corte de L'Aja hanno affermato: "the protection of the International Covenant of Civil and Political Rights does not cease in times of war, except by operation of Article 4 of the Covenant whereby certain provisions may be derogated from in a time of national emergency. Respect for the right to life is not, however, such a provision. In principle, the right not arbitrarily to be deprived of one's life applies also in hostilities. The test of what is an arbitrary deprivation of life, however, then falls to be determined by the applicable *lex specialis*, namely, the law applicable in armed conflict which is designed to regulate the conduct of hostilities. Thus whether a particular loss of life, through the use of a certain weapon in warfare, is to be considered an arbitrary deprivation of life contrary to Article 6 of the Covenant, can only be decided by reference to the law applicable in armed conflict and not deduced from the terms of the Covenant itself." (in *I.C.J. Reports* 1996, par. 25). V., in generale, V. CHETAIL, *The Contribution of the International Court of Justice to International Humanitarian Law*, in *International Review of the Red Cross*, 2003, p. 235 ss.

⁴ Sull'operazione *Allied Force* e sulle questioni giuridiche ad essa legate, v. A. CASSESE, *Ex iniuria jus oritur: Are We Moving Towards International Legitimation of Forcible Humanitarian Countermeasures in The World Community?*, in *European Journal of International Law*, 1999, p. 23 ss.; B. CONFORTI, *Nazioni Unite, NATO e crisi del Kosovo*, in *Atti dell'Accademia Nazionale dei Lincei*, 1999, p. 481 ss.; P. DE SENA, *Uso della forza a fini umanitari, intervento in Jugoslavia e diritto internazionale*, in *Ragion Pratica*, 1999, p. 141 ss.; N. RONZITTI, *Raidi aerei contro la Repubblica Federale di Jugoslavia e Carta delle Nazioni Unite*, in *Rivista di diritto internazionale*, 1999, p. 476 ss.; B. SIMMA, *NATO, the UN, and the Use of Force: Legal Aspects*, in *European Journal of International Law*, 1999, p. 2 ss.; V. STARACE, *L'azione militare della NATO contro la Jugoslavia secondo il diritto internazionale*, in *Filosofia dei diritti umani*, 1999, p. 36 ss.; U. VILLANI, *La guerra del Kosovo: una guerra umanitaria o un crimine internazionale?*, in *Volontari e terzo mondo*, 1999, p. 26 ss.; C. ZANGHÌ, *Il Kosovo fra Nazioni Unite e diritto internazionale*, in *Quaderni costituzionali*, 1999, p. 378 ss.; S. ZAPPALÀ, *Nuovi sviluppi in tema di uso della forza armata in relazione alle vicende del Kosovo*, in *Rivista di diritto internazionale*, 1999, p. 975 ss.; P. PICONE, *La 'guerra del Kosovo' e il diritto internazionale generale*, in *Rivista di diritto internazionale*, 2000, p. 309 ss.; E. SCISO (a cura

Dinanzi ai tribunali interni e internazionali sono state presentate numerose richieste di risarcimento per la responsabilità per le vittime civili da parte dei familiari morti nel corso degli attacchi aerei.

Saranno prese in considerazione principalmente due controversie, relative al caso *Varvarin* e al caso *Marković*, sorte dinanzi ai tribunali tedeschi e italiani, rispettivamente.

Mentre nel caso *Varvarin* la richiesta è stata dichiarata ammissibile nel 2003, ma poi, al momento dell'esame nel merito, i giudici tedeschi hanno rigettato la richiesta di risarcimento, nel caso italiano la Corte di cassazione ha affermato, nel corso di un procedimento di regolamento preventivo di giurisdizione nel 2002, che i tribunali interni non avevano giurisdizione nel caso *Marković*. Una richiesta presentata presso la Corte europea dei diritti umani dichiarata parzialmente inammissibile nel 2003 è stata esaminata, con esito negativo per i ricorrenti, nel 2006.

La prassi esaminata mostra quanto complesso sia il problema di assicurare un rimedio effettivo alla violazione delle norme di diritto internazionale umanitario. Né le corti interne, né l'intervento della Corte di Strasburgo – l'organo creato per monitorare ed dare attuazione al sistema europeo di protezione dei diritti umani – sono riusciti, almeno fino ad ora, a garantire soluzione una ritenuta valida ed accettabile per le vittime.

2. Le violazioni dell'obbligo di proteggere le popolazioni e gli obiettivi civili, e della proibizione degli attacchi contro i civili, e l'art. 91 del Protocollo aggiuntivo del 1977 alle Convenzioni di Ginevra

Prima di esaminare i due casi, appare utile ricordare le disposizioni del Protocollo aggiuntivo del 1977 alle Convenzioni di Ginevra del 1949 alle quali viene fatto riferimento.

Il principio riguardante la distinzione tra combattenti e non combattenti è uno dei principi cardine del diritto internazionale umanitario⁵.

Secondo l'art. 57, par. 1, del Primo Protocollo aggiuntivo: "In the conduct of military operations, constant care shall be taken to spare the civilian population, civilians and civilian objects.". Inoltre, l'art. 51, par. 4, fornisce una definizione ampio degli 'attacchi indiscriminati' proibiti in ogni tipo di conflitto armato⁶.

di), *L'intervento in Kosovo. Aspetti internazionalistici ed interni*, Milano, 2000 (v. contributi di S. MARCHISIO, p. 21 ss.; G. PALMISANO, p. 33 ss.; M.R. SAULLE, p. 43 ss.; E. SCISO, p. 47 ss.).

⁵ Il Tribunale penale internazionale per la ex-Iugoslavia ha affermato che: "the rule that the civilian population as such, as well as individual civilians, shall not be the object of attack, is a fundamental rule of international humanitarian law applicable to all armed conflicts" (ICTY, Trial Chamber I, *Prosecutor v. Martić*, caso n. IT-95-11-R61, decisione dell'8 marzo 1996, par. 10).

⁶ "Indiscriminate attacks are: (a) Those which are not directed at a specific military objective; (b) Those which employ a method or means of combat which cannot be directed at a specific military objective; or (c) Those which employ a method or means of combat the effects of which cannot be

Le ‘gravi violazioni’ del Protocollo ed il regime di responsabilità statale ed individuale sono previsti agli articoli 85 e 86; l’art. 91 afferma che

“A Party to the conflict which violates the provisions of the Conventions or of this Protocol shall, if the case demands, be liable to pay compensation. It shall be responsible for all acts committed by persons forming part of its armed forces”.

La dottrina⁷ e in alcuni casi anche la giurisprudenza interna⁸ tendono a considerare tali disposizioni – e l’art. 91 in particolare – come *non self-executing*, con la conseguenza che esse non potrebbero essere invocate dalle presunte vittime delle violazioni delle Convenzioni di fronte ai giudici interni.

Va anche ricordata la questione relativa all’applicabilità delle stesse norme convenzionali in caso di interventi condotti da coalizioni militari istituite sotto gli auspici di organizzazioni internazionali. Con specifico riferimento all’operazione *Allied Force*, oltre alla giurisdizione interna degli Stati partecipanti, sussisteva la giurisdizione concorrente del Tribunale per la ex-Iugoslavia: l’eventuali gravi violazioni delle Convenzioni di Ginevra (art. 2 dello Statuto) e le possibili altre violazioni delle leggi e consuetudini di guerra (art. 3) commesse da qualsiasi persona, senza alcun riguardo per la nazionalità, a partire dal 1991 nel territorio della ex Repubblica Federativa di Iugoslavia, ricadevano sotto la giurisdizione del Tribunale⁹.

3. Il caso *Varvarin*

Il 30 maggio 1999, nel corso di un raid aereo della NATO, il ponte della

limited as required by this Protocol; and consequently, in each such case, are of a nature to strike military objectives and civilians or civilian objects without distinction.” Vengono poi indicati due esempi di attacco ‘indiscriminato’: “(a) An attack by bombardment by any methods or means which treats as a single military objective a number of clearly separated and distinct military objectives located in a city, town, village or other area containing a similar concentration of civilians or civilian objects; and (b) An attack which may be expected to cause incidental loss of civilian life, injury to civilians, damage to civilian objects, or a combination thereof, which would be excessive in relation to the concrete and direct military advantage anticipated.”

⁷ V. F. KALSHOVEN, *State Responsibility for Warlike Acts of the Armed Forces: From Article 3 of the Hague Convention IV of 1907 to Article 91 of Additional Protocol I and Beyond*, in *International Comparative Law Quarterly*, 1991, p. 827 ss.; Y. SANDOZ, *Les dommages illicites dans les conflits armés et leur réparation dans le cadre du droit international humanitaire*, in *International Review of the Red Cross*, 1982, p. 135 ss. V. anche le osservazioni di R. PISILLO MAZZESCHI, *Reparations Claims by Individuals for States Breaches of Humanitarian Law and Human Rights: An Overview*, in *Journal of International Criminal Justice*, 2003, p. 339 ss.

⁸ M. FRULLI, *When Are States Liable Towards Individuals for Serious Violations of Humanitarian Law? The Marković Case*, in *Journal of International Criminal Justice*, 2003, p. 406 ss.

⁹ The Committee Established to Review the NATO Bombing Campaign Against the Federal Republic of Yugoslavia, Final Report to the Prosecutor (13 giugno 2000), www.un.org/icty/pressreal/nato061300.htm.

piccola città serba di Varvarin venne bombardato, causando la morte di dieci civili, oltre a diciassette feriti gravi.

Un gruppo di parenti delle vittime aveva avviato un procedimento di fronte alla Corte distrettuale di Bonn (*Landesgerichts*) sostenendo la responsabilità della Germania per le modalità in cui era stato condotto l'attacco aereo. Il ponte di Varvarin era stato considerato un obiettivo militare; nell'opinione dei ricorrenti, il risarcimento del danno avrebbe dovuto essere concesso per il sostegno generale offerto dalla Germania alla campagna della NATO, inclusa l'assenza di opposizione sulla questione specifica riguardante l'inclusione del ponte di Varvarin tra gli obiettivi militari.

Nella sentenza del 10 dicembre 2003¹⁰ la Corte distrettuale ha dichiarato il ricorso inammissibile giacché non poteva essere riconosciuto alcun diritto ai ricorrenti – e ai singoli, in generale – in relazione al risarcimento dei danni per violazione del diritto umanitario. Secondo la Corte, né il diritto internazionale né il diritto tedesco supportavano la tesi dei ricorrenti. La concezione tradizionale del diritto internazionale come 'diritto della comunità degli Stati non consentiva di riconoscere che gli stati come destinatari di un 'diritto alla riparazione'; l'unica eccezione era rappresentata dal regime dei diritti umani, per la tutela dei quali un'azione diretta degli individui di fronte ai tribunali. Ritenuto che il sistema facente capo alla CEDU fosse un'eccezione, i giudici hanno affermato che la riparazione per la violazione del diritto internazionale – incluso il diritto umanitario – potesse essere ottenuta solo attraverso la protezione diplomatica dello stato nazionale¹¹. Quanto al diritto tedesco, la Corte ha negato la possibile applicazione della legge sulla responsabilità statale per le azioni armate prese in considerazione¹². Infine, seguendo l'orientamento della Corte di giustizia federale (*Bundesgerichtshof*) nel caso *Distomo* del 2003¹³, il *Landesgerichts* ha rigettato il ricorso.

La Corte regionale di Colonia (*Oberlandesgericht*), nella decisione d'appello del 28 luglio 2005¹⁴, pur confermando che il diritto internazionale umanitario non aveva ritenuto vigente alcun diritto individuale diretto alla riparazione, ha riconosciuto l'esistenza un diritto individuale ad accertare la responsabilità ufficiale dello stato, come già per i crimini di guerra. Tale diritto sarebbe nato, in seguito a recenti sviluppi del diritto internazionale, non solo per i diritti fondamentali della

¹⁰ Landgericht (LG) Bonn, 1 O 361/02, riprodotto in *Neue Juristische Wochenschrift*, 2004, p. 525 ss. e in *Humanitäres Völkerrechts*, 2004, p. 111 ss. Sulla decisione v. N. QUENIVET, *The Varvarin Case: The Legal Standing of Individuals as Subjects of International Humanitarian Law*, in *Journal of Military Ethics*, 2004, p. 181 ss.

¹¹ Par. 122 ss.

¹² Par. 133 ss.

¹³ Germania, Bundesgerichtshof, Case No. III ZR 245/98, decisione del 26 giugno 2003, in *Neue Juristische Wochenschrift*, 2003, p. 3488 ss.

¹⁴ Germania, Oberlandesgericht (OLG) Köln, 7 U 8/04, reperibile su www.olg-koeln.nrw.de.

persona umana, ma anche per la prassi relativa alla punizione degli individui riconosciuti colpevoli di gravi violazioni delle convenzioni di Ginevra¹⁵.

Ciononostante, la Corte regionale ha negato la responsabilità civile delle autorità tedesche per le morti e i feriti di Varvarin, con la motivazione che un ampio margine di apprezzamento sulle questioni di politica estera avrebbe dovuto essere garantito al Governo. Inoltre il principio secondo il quale le autorità tedesche avrebbero 'dovuto sapere', applicato al processo decisionale all'interno della NATO non comportava alcuna responsabilità per la Germania, giacché i rappresentanti del governo avevano solo manifestato l'assenso alle decisioni della NATO, presumendo la conformità delle stesse al diritto internazionale¹⁶.

La Corte federale di giustizia ha chiuso il caso con la decisione del 2 novembre 2006¹⁷. In sostanza, pronunciandosi in maniera contraria all'*Oberlandesgericht*, i giudici hanno affermato ancora una volta che le vittime di violazioni del diritto umanitario non hanno alcun diritto alla riparazione né per il diritto tedesco né per il diritto internazionale. Solo la protezione diplomatica era applicabile a tali casi, giacché solo gli stati, e non gli individui, possono chiedere misure riparatorie.

Infine, rigettando il ricorso, la Corte ha affermato che non era possibile accertare alcuna violazione nella condotta dell'esercito tedesco né delle autorità politiche; la Germania aveva appoggiato i raid aerei senza alcun intervento diretto ma solo offrendo assistenza tecnica attraverso i propri aeroplani.

4. Il caso *Marković*

Il caso *Marković* affronta in maniera più diretta la questione dell'utilizzo del sistema di protezione dei diritti umani per garantire l'applicazione del diritto umanitario.

Un gruppo di parenti di cinque delle sedici vittime civili perite nel corso del bombardamento della torre della televisione a Belgrado la notte del 23 aprile 1999 aveva presentato presso la Corte d'Appello di Roma un ricorso per il risarcimento dei danni¹⁸. Secondo i ricorrenti, la Presidenza del Consiglio dei Ministri, il Ministero della Difesa e il Comando NATO delle Forze alleate nell'Europa Meridionale (AFSOUTH) avrebbero dovuto essere riconosciuti come responsabili della morte dei loro congiunti, avvenuta nel corso dell'operazione *Allied Force*.

¹⁵ V. i paragrafi 18 e ss. del testo, disponibile su www.olg-koeln.nrw.de/home/presse/archiv/urteile/2004/7U008-04u.pdf.

¹⁶ Ivi, par. 23 ss.

¹⁷ Germania, Bundesgerichtshof, III ZR 190/05, 2 novembre 2006.

¹⁸ Il testo del ricorso del 31 maggio 2000 è riprodotto in E. SCISO (a cura di), *L'intervento in Kosovo. Aspetti internazionalistici ed interni*, cit., p. 399 ss.

L'Italia aveva partecipato ad *Allied Force* fornendo le basi militari dalle quali erano partiti gli aerei che avevano bombardato Belgrado e la torre della televisione serba. Nell'opinione dei ricorrenti, l'atto illecito che avrebbe causato il presunto danno avrebbe dovuto essere considerato come commesso in Italia, giacché l'azione militare sarebbe stata pianificata sul territorio italiano ed avrebbe, sia pure parzialmente, avuto luogo sullo stesso territorio; in altre parole, sulla base dell'art. 6 del codice penale italiano, i giudici italiani avrebbero avuto competenza a decidere sulla questione. Inoltre, la violazione del Primo Protocollo aggiuntivo del 1977 alle convenzioni di Ginevra avrebbe supportato la richiesta dei ricorrenti: il bombardamento della torre della televisione costituiva una condotta bellica non ammessa dal Protocollo, in primo luogo giacché l'edificio avrebbe dovuto essere considerato un obiettivo non militare e in secondo luogo perché l'atto sarebbe stato intenzionalmente indirizzato contro i civili¹⁹.

Le amministrazioni resistenti, per le quali non era possibile procedere di fronte al giudice, avevano chiesto un regolamento preventivo di giurisdizione di fronte alla Corte di cassazione, a norma dell'art. 41 del codice di procedura civile²⁰; esse sostenevano che, per le modalità di esercizio di atti dell'autorità statale non venisse lasciata alcuna possibilità per agire in giudizio di fronte ai tribunali interni. Gli atti *iure imperii* non avrebbero in nessun caso potuto costituire una base per accertare l'esistenza di forme di garanzia di presunti e astratti diritti individuali di risarcimento dei danni.

Le Sezioni Unite della Cassazione, con ordinanza del 5 giugno 2002, hanno sostenuto l'inesistenza della giurisdizione, ponendo fine al procedimento di fronte alla Corte d'Appello di Roma²¹.

Secondo la linea di pensiero seguita dalla Corte, le motivazioni della propria decisione dovevano essere individuate nella peculiarità dell'atto in esame; il caso *Marković* riguardava una questione di accertamento della responsabilità statale derivante da un atto di guerra, in particolare di guerra aerea, da considerarsi come una modalità di condotta bellica. Per la Corte,

¹⁹ V. soprattutto i paragrafi 32-34 del ricorso. In aggiunta, i ricorrenti sostenevano che il bombardamento violava l'art. 174 del codice penale militare di guerra, il quale prevede la punizione del comandante di una forza militare, che, per nuocere al nemico, ordini o autorizzi l'uso di alcuno dei mezzi o dei modi di guerra vietati dalla legge o dalle convenzioni internazionali; anche l'art. VIII, par. 5, dell'Accordo di Londra del 19 giugno 1951 tra gli Stati Membri della NATO riguardante lo *status* delle forze armate – reso esecutivo in Italia con la legge n. 1335 del 30 novembre 1955 – era applicabile al caso, originato “out of acts or omissions of members of a force or civilian component done in the performance of official duty, or out of any other act, omission or occurrence for which a force or civilian component is legally responsible, and causing damage in the territory of the receiving state to third parties, other than any of the Contracting Parties”.

²⁰ V. il testo in E. SCISO (a cura di), *L'intervento in Kosovo. Aspetti internazionalistici ed interni*, cit., p. 407 ss. In dottrina, v. F. CIPRIANI, *Regolamento di giurisdizione (I) Diritto processuale civile*, in *Enciclopedia Giuridica*, vol. XXVI, 1991, p. 1 ss.

²¹ Corte d'Appello di Roma, ordinanza del 5 giugno 2002, n. 8157.

“[l]a scelta di una modalità di conduzione delle ostilità rientra tra gli atti di Governo. Sono questi atti che costituiscono manifestazione di una funzione politica, della quale è nella Costituzione la previsione della sua attribuzione ad un organo costituzionale: funzione che per sua natura è tale da non potersi configurare, in rapporto ad essa, una situazione di interesse protetto a che gli atti in cui si manifesta assumano o non assumano un determinato contenuto”²².

Sul punto, essa ha concluso che “[r]ispetto ad atti di questo tipo nessun giudice ha potere di sindacato circa il modo in cui la funzione è stata esercitata”²³.

Con specifico riguardo al diritto internazionale umanitario ed al diritto internazionale dei diritti umani convenzionale, e in particolare agli articoli 35, par. 2, 48, 49, 51, 52, 57 del Primo Protocollo aggiuntivo del 1997, come pure con riferimento alla Convenzione europea dei diritti umani (articoli 2 e 15), la Corte di cassazione ha sottolineato che, benché tali disposizioni riguardanti la condotta delle ostilità mirino a proteggere i civili, esse non possano essere considerate direttamente applicabili (*self-executing*)

“in quanto norme di diritto internazionale [esse] regolano rapporti tra Stati. Gli stessi trattati strutturano i procedimenti per accertare le violazioni, prevedono le sanzioni in caso di responsabilità (art. 91 del Protocollo; art. 41 della Convenzione), indicano le Corti internazionali competenti ad affermarla”²⁴.

Le leggi interne di esecuzione di tali trattati nello stato italiano, ha aggiunto la Cassazione,

“non contengono per contro norme espresse che consentano alle persone offese di chiedere allo Stato riparazione dei danni loro derivati dalla violazione delle norme internazionali”²⁵.

In conclusione, i giudici della Suprema Corte hanno ritenuto che una disposizione che riconosca il diritto di una vittima a convenire lo Stato per risarcimento del danno non potrebbe considerarsi *implicitamente* introdotta nel sistema giuridico italiano attraverso l'ordine di esecuzione dato al trattato nel suo complesso. Alla base di tale affermazione è ribadita la esclusione della protezione giurisdizionale degli interessi individuali per le attività poste in essere nell'esercizio della funzione politica dello Stato.

Con riferimento all'Accordo di Londra del 1951, la Corte di cassazione ha escluso la rilevanza nel caso di specie, sia pure con motivazioni abbastanza am-

²² Ivi, par. 2.

²³ *Ibidem*.

²⁴ Ivi, par. 3.

²⁵ *Ibidem*.

bigue²⁶. Probabilmente, si è voluta evidenziare la difficoltà ad attribuire ad un soggetto la responsabilità della morte delle vittime nonché il *tipo* di danno da riparare:

“[I]a circostanza che gli aerei impiegati nel bombardamento della stazione radio televisiva di Belgrado possano avere utilizzato basi ubicate sul territorio italiano costituisce un momento della più complessa operazione di cui si chiede di valutare la liceità e dunque non rileva ai fini della applicazione della norma dettata dal paragrafo 5 dell’art. VIII della Convenzione, che presuppone al contrario la commissione di un atto al riguardo del quale la valutazione di illiceità possa essere compiuta.^{27”}

5. Il caso *Marković* di fronte alla Corte europea dei diritti umani

Chiusa la fase di fronte ai tribunali italiani, i ricorrenti presentavano un ricorso di fronte alla Corte europea dei diritti umani, per violazione dell’art. 6, in combinato disposto con l’art. 1, nonché degli articoli 2, 10, 13 e 17 CEDU.

Il 12 giugno 2003, la Corte di Strasburgo ha reso una decisione di inammissibilità parziale, riservandosi di dar seguito al ricorso per la parte relativa alla presunta violazione dell’art. 6²⁸. Dopo aver affidato il caso alla Grande Camera, il 14 dicembre 2006 la Corte europea ha deciso nel merito escludendo la violazione della Convenzione²⁹.

Il caso *Marković* presentava alcune somiglianze con un altro ricorso presentato di fronte alla Corte di Strasburgo dai parenti di altre vittime dei raid aerei della NATO, contro gli Stati membri della NATO e parti della Convenzione europea: il caso *Banković*³⁰.

La decisione di parziale inammissibilità del 2003 nel caso *Marković* ha seguito la linea argomentativa della decisione con cui, nel 2001, era stato dichiarato irricevibile il caso *Banković*; in breve, la Corte ha sostenuto che i ricorsi riguardanti i diritti essenziali protetti dalla Convenzione europea erano inammissibili, *ratione loci*, perché le presunte violazioni avrebbero avuto luogo in un territorio fuori dal ‘controllo effettivo’ degli Stati convenuti³¹. Il riferimento era

²⁶ Secondo la Presidenza del Consiglio dei Ministri, l’Accordo non sarebbe stato applicabile al caso, giacché l’Italia non era un ‘receiving State’ ai sensi della convenzione.

²⁷ Corte d’Appello di Roma, ordinanza n. 8157 del 2002, cit., par. 4.

²⁸ Corte europea dei diritti umani, *Marković e al. c. Italia*, ricorso n. 1398/03, decisione parziale sulla ricevibilità del 12 giugno 2003 (d’ora innanzi *Markovic (2003)*).

²⁹ Corte europea dei diritti umani, *Marković e al. c. Italia*, ricorso n. 1398/03, sentenza del 14 dicembre 2006 (d’ora innanzi *Marković (2006)*).

³⁰ Corte europea dei diritti umani, *Banković e al. c. Belgio e altri 16 Stati contraenti*, ricorso n. 52207/99, decisione del 19 dicembre 2001.

³¹ V. la decisione nel caso *Banković* del 19 dicembre 2001, par. 59: “As to the ‘ordinary meaning’ of the relevant term in Article 1 of the Convention, the Court is satisfied that, from the standpoint of public international law, the jurisdictional competence of a State is primarily territorial. While

dunque all' art. 1 della Convenzione che afferma: “[I]e Alte Parti Contraenti riconoscono ad ogni persona soggetta alla loro giurisdizione i diritti e le libertà definiti al Titolo primo della presente Convenzione”.

A questo proposito, la Corte ha affermato che

“dans l’affaire *Banković et autres*, [la Cour] avait déclaré l’inexistence d’un «lien juridictionnel» au sens de l’article 1 de la Convention entre les personnes qui avaient été victimes de l’acte incriminé et les Etats défendeurs et avait conclu que l’action en cause n’engageait pas la responsabilité de ceux-ci au regard de la Convention. Sur la base de ce constat, elle avait jugé ne pas devoir examiner les autres questions de recevabilité soulevées par les parties.

Elle estime en l’occurrence que les circonstances particulières de l’espèce, notamment la saisine des juridictions italiennes par les requérants, ne lui permettent pas de s’écarter de ladite jurisprudence”³².

L’inesistenza di un ‘vincolo giurisdizionale’ tra la vittima delle violazioni lamentate e lo stato convenuto, condizione necessaria richiamata nel caso *Banković* e applicata nel caso in esame, ha portato la Corte di Strasburgo a dichiarare irricevibili i capi relativi alle presunte violazioni degli articoli 2, 10, 13 e 17 CEDU per i ricorrenti nel caso *Marković*.

Nella sentenza del 2006, il ricorso è stato dichiarato non manifestamente infondato; nell’opinione della Corte le questioni di fatto e di diritto richiedevano un esame nel merito. Tuttavia, al termine del procedimento non è stata accertata alcuna violazione dell’art. 6 della Convenzione europea.

Secondo i ricorrenti, l’impossibilità di presentare una richiesta di risarcimento per i danni causati da una presunta violazione dei propri diritti come conseguenza di un atto di politica estera – come un atto di guerra – equivaleva a riconoscere una immunità, da giudicarsi come un arbitrario ostacolo all’esercizio della giurisdizione riguardo ad un’intera categoria di azioni di risarcimento in campo civile.

Secondo la Corte europea dei diritti umani, detto impedimento è solo uno dei principi che governano il diritto sostanziale di agire di fronte ai giudici nel diritto interno³³. La continuazione del procedimento

“would only have served to protract the domestic proceedings unnecessarily because, even assuming that the Court of Cassation’s decision did not automatically bring the

international law does not exclude a State’s exercise of jurisdiction extra-territorially, the suggested bases of such jurisdiction (including nationality, flag, diplomatic and consular relations, effect, protection, passive personality and universality) are, as a general rule, defined and limited by the sovereign territorial rights of the other relevant States”. V., in dottrina, G. RESS, *Problems of Extraterritorial Human Rights Violations: The Jurisdiction of the European Court of Human Rights: The Bankovic Case*, in *Italian Yearbook of International Law*, 2002, p. 51 ss.

³² Corte europea dei diritti umani, *Marković* (2003).

³³ Corte europea dei diritti umani, *Markovic* (2006), par. 114.

proceedings pending in the Rome District Court to an end, the District Court would only have had power to determine the nature of the impugned acts and, in the circumstances of the case, would have had no alternative but to dismiss the claim³⁴.

La linea argomentativa della Corte è parsa poco convincente anche al giudice Costa, al tempo della decisione uno dei Vice Presidenti della Corte; nella sua opinione individuale, afferma che, nel caso *Markovic*, sarebbe stato

“simpler – and clearer – to apply the standard principles [that is] the right of access to a court is not absolute, but may be subject to implied limitations. Some of these limitations are inherent in the right of access to a court, for instance those arising out of State immunity in international law³⁵”.

6. Considerazioni finali

Prima di chiudere, occorre fare alcune considerazioni. Innanzitutto, bisogna soffermarsi sulla questione relativa alla ‘funzione politica’. È certamente vero che le attività di governo che richiedano l’esercizio del ‘potere estero’ possano, in linea di principio, essere poste in essere anche a costo di sacrificare alcuni diritti individuali, incluso quello di ottenere protezione giurisdizionale a tutela dei propri interessi e diritti; gli ordinamenti giuridici interni dispongono di altre e differenti modalità di controllo sulla legittimità degli ‘atti politici’ degli esecutivi³⁶. Tuttavia, continua a sembrare inopportuno che la possibilità di esercitare un sindacato giurisdizionale su tali attività sia completamente esclusa, anche e soprattutto quando eventuali violazioni dei diritti fondamentali della persona umana siano configurabili³⁷. Come affermato anche dall’*Institut de droit international*, la possibilità per le corti interne di esaminare la condotta dell’esecutivo nell’esercizio dell’“*authoritative power in foreign matters*” non dovrebbe essere esclusa *a priori*, quando l’esercizio di tale potere riguardi ambiti soggetti a norme di diritto internazionale³⁸.

³⁴ Ivi, par. 115.

³⁵ Ivi, Opinione individuale del Giudice Costa, paragrafi 14-15.

³⁶ V. A. PIZZORUSSO, *Controlli. III) Controlli costituzionali*, in *Enciclopedia Giuridica*, vol. III, 1989, p. 1 ss.

³⁷ V. l’analisi di N. RONZITTI, *Azioni belliche e risarcimento del danno*, in *Rivista di diritto internazionale*, 2005, p. 682 ss., p. 685. Sull’uso della teoria dell’atto politico nella giurisprudenza italiana, v. la critica di P. PICONE, *Giurisprudenza italiana e diritto internazionale: il Repertorio 1987-1998*, in *La Comunità internazionale*, 1998, p. 19 ss., p. 28.

³⁸ V. il testo della risoluzione “The activities of national judges and the international relations of their state” approvata il 7 settembre 1993 nel corso della sessione di Milano, in *Yearbook of the Institute of International Law*, 1993, p. 319 ss. La risoluzione è basata sui rapporti di B. CONFORTI, *Preliminary Report*, ivi, p. 327 ss., p. 331 ss.; *Provisional Report*, ivi, p. 371 ss., p. 382 ss.; e *Final Report*, ivi, p. 428 ss., p. 437.

Passando poi alla tesi relativa alla ‘natura’ dei trattati ‘umanitari’, non può essere condivisa l’affermazione fatta dalle corti italiane e tedesche, le quali hanno affermato che tali trattati siano *non-self-executing*.

È certamente vero che, per quello che riguarda l’Italia, il tema della diretta applicabilità da parte dei giudici interni dei trattati sui diritti umani – e delle convenzioni internazionali in generale – è stato altamente controverso³⁹. È appena il caso di ricordare che le fonti di diritto internazionale siano state usate in molti casi soprattutto a conferma e supporto delle norme interne relative alle stesse fattispecie. Inoltre, per contrastare l’applicazione diretta delle norme dei trattati, inclusi i trattati sui diritti umani, a lungo si è fatto ricorso, da una parte, alla tesi della natura programmatica delle norme internazionali, e dall’altra parte all’equiparazione del diritto internazionale come ‘diritto dei diplomatici’. In anni recenti, e soprattutto con riferimento alla CEDU, non mancano però decisioni apertamente favorevoli alla diretta applicazione dei trattati⁴⁰.

Nei casi *Varvarin* e *Marković*, i trattati di diritto umanitario sono stati considerati come accordi che pongono in essere diritti ed obblighi ‘tra gli Stati’; la tesi che attribuisce all’art. 91 del Primo protocollo aggiuntivo del 1977 un diritto di riparazione agli individui in caso di violazione delle norme contenute nel trattato è respinta senza eccezioni. Il dovere degli Stati di ‘comply with and ensure’ il diritto internazionale umanitario non tocca, nell’opinione dei tribunali interni, la sfera dei diritti individuali; tuttavia, un mutamento progressivo di tale attitudine potrebbe essere un segnale importante per far aumentare le garanzie delle vittime.

In particolare, eventuali violazioni del diritto umanitario, commesse come conseguenza di ‘misure’, oppure ‘azioni’ poste in essere nel corso di operazioni militari, soprattutto quando coinvolgano civili, potrebbero costituire una ulteriore eccezione alla immunità dalla giurisdizione dello Stato per le richieste di risarcimento del danno. I recenti sviluppi in tema di giurisdizione sugli atti commessi durante la seconda guerra mondiale, identificati come ‘crimini internazionali’, sono un esempio importante della estensione delle garanzie poste al servizio degli individui per la protezione di ‘valori fondamentali’⁴¹.

³⁹ V. F. FRANCONI, *The Jurisprudence of International Human Rights Enforcement: Reflections on the Italian Experience*, in B. CONFORTI, F. FRANCONI (eds), *Enforcing Human Rights in Domestic Courts*, 1997, p. 15 ss.; T. SCOVAZZI, *The Application by Italian Courts of Human Rights Treaty Law*, ivi, p. 57 ss.; A. CASSESE, *Diritto internazionale*, 2006, pp. 297-298; B. CONFORTI, *Diritto internazionale*, VII ed., Napoli, 2006, par. 38.4.

⁴⁰ V., tra le sentenze più recenti, Corte costituzionale, sentenza del 12 dicembre 1998, n. 399; sentenza del 22 ottobre 1999, n. 388; Corte di cassazione (Sezione I civile), sentenza dell’8 luglio 1998, n. 6672; Corte d’Appello di Roma (Sezione lavoro), ordinanza dell’11 aprile 2002; Corte di cassazione (Sezione I penale), *Somogvi*, sentenza del 3 ottobre 2006, n. 32678. V., in dottrina, G. CATALDI, *Convenzione europea dei diritti dell’uomo e ordinamento italiano: un tentativo di bilancio*, in *Divenire sociale e adeguamento del diritto: studi in onore di Francesco Capotorti*, Milano, 1999, p. 55 ss.

⁴¹ V. Corte di cassazione (Sezioni Unite civili), *Ferrini c. Repubblica Federale di Germania*, sentenza dell’11 marzo 2004, n. 5044 (in dottrina, v. M. IOVANE, *The Ferrini Judgment of the Italian Supreme Court: Opening up Domestic Courts to Claims of Reparation for Victims of Serious Vio-*

Anche la CEDU, attraverso il suo consolidato meccanismo di controllo, potrebbe offrire una ulteriore possibilità per verificare l'effettiva applicazione del diritto umanitario. In generale, sarebbe auspicabile una utilizzazione diversa da parte della Corte europea della nozione di giurisdizione in casi simili a quelli esaminati, nei quali potrebbe configurarsi l'esercizio extraterritoriale di attività statali pur nel quadro di operazioni militari multinazionali⁴². Inoltre, si potrebbe anche fare riferimento all'art. 15, par. 1, CEDU, il quale contiene una 'finestra' attraverso la quale sarebbe possibile esaminare i comportamenti statali anche in presenza di una deroga alla stessa Convenzione: europea. Detto articolo, infatti, specifica, con riferimento alla protezione del diritto alla vita (art. 2), che nessuna deroga è ammissibile "salvo per il caso di decesso causato da *legittimi* atti di guerra"⁴³.

Per concludere, l'assenza di procedure a disposizione delle eventuali vittime delle violazioni del diritto internazionale umanitario potrebbe essere bilanciata da una 'complementarità' stretta con il sistema di protezione dei diritti umani. Ma questa prospettiva, alla luce della prassi appena descritta, appare ancora lontana.

lations of Fundamental Human Rights, in *Italian Yearbook of International Law*, 2004, p. 165 ss.; P. DE SENA, F. DE VITTOR, *State Immunity and Human Rights: The Italian Supreme Court Decision on the Ferrini Case*, in *European Journal of International Law*, 2005, p. 89 ss.; A. GATTINI, *War Crimes and State Immunity in the Ferrini Decision*, in *Journal of International Criminal Justice*, 2005, p. 224 ss.; A. BIANCHI, *Italian Court of Cassation Ruling on Immunity from Suit for Damages for Deportation and Forced Labour during World War II*, in *America Journal of International Law*, 2005, p. 242 ss.); Corte di cassazione (Sezione I penale), *Milde*, sentenza del 13 gennaio 2009, n. 1072/09 (v. il commento di M. IOVANE, in *Italian Yearbook of International Law*, 2008, p. 325 ss.).

⁴² V. P. DE SENA, *La nozione di giurisdizione statale nei trattati sui diritti dell'uomo*, Torino, 2002, p. 229 ss.

⁴³ Il corsivo nella citazione è aggiunto. V. R. PROVOST, *International Human Rights and Humanitarian Law*, Cambridge, 2002, p. 332 ss.

PARTE QUINTA

**ASPETTI PARTICOLARI RELATIVI ALL'APPLICAZIONE DELLA
CONVENZIONE EUROPEA DEI DIRITTI UMANI**

La natura *self-executing* delle norme della CEDU e l'applicazione delle sentenze della Corte europea negli ordinamenti nazionali

Giuseppe Cataldi

SOMMARIO: 1. Introduzione. – 2. Effetti delle norme CEDU negli ordinamenti interni. – 3. Effetti delle sentenze della Corte di Strasburgo. – 4. Obblighi di esecuzione delle sentenze della Corte di Strasburgo per gli Stati soccombenti. – 5. *Segue*: esecuzione delle sentenze della Corte che richiedono l'adozione di misure individuali. – 6. Esecuzione delle decisioni della Corte di Strasburgo che indicano misure provvisorie. – 7. Conclusioni.

1. Introduzione

Con l'adesione alla Convenzione di Roma del 1950 gli Stati contraenti hanno assunto l'obbligo di rendere il loro diritto interno compatibile con la Convenzione stessa. Tale obbligo si ricava direttamente dall'art. 1, a norma del quale "Le Alte Parti contraenti riconoscono ad ogni persona soggetta alla loro giurisdizione i diritti e le libertà definiti al titolo primo della presente Convenzione"¹. Tuttavia, né nella Convenzione, né in altre regole di diritto internazionale sono rinvenibili obblighi specifici quanto alle tecniche e alle procedure da adottare per conformare l'ordinamento interno alle sue disposizioni. Quello che importa è che sia assicurata agli individui la "sostanza" dei diritti previsti nella Convenzione. La Corte europea dei diritti umani, nelle due sentenze del 21 febbraio 1986 nel caso *James*² e dell'8 luglio 1986 nel caso *Lithgow*³ ha infatti affermato quanto segue: "Bien que donc non tenus d'incorporer la Convention à leur système juridique national, [les Etats contractants] n'en doivent pas moins, aux termes de l'article 1 et sous une forme ou un autre, y assurer à quiconque relève de leur juridiction la substance des droits et libertés reconnus....L'art. 13 garantit l'existence en droit interne d'un recours effectif permettant de s'y prévaloir des droits et libertés de la Convention tels qu'ils peuvent s'y trouver consacrés". Non è quindi necessario che le norme della Convenzione siano rese direttamente invocabili dinanzi agli organi dello Stato

¹ In proposito si veda G. GAJA, *Art. 1. Obbligo di rispettare i diritti dell'uomo*, in S. BARTOLE, B. CONFORTI, G. RAIMONDI (a cura di), *Commentario alla Convenzione europea per la tutela dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali*, Padova, 2001, p. 23 ss.

² Corte europea dei diritti umani, *James e al. c. Regno Unito*, ricorso n. 8793/79, sentenza del 21 febbraio 1986, par. 84.

³ Corte europea dei diritti umani, *Lithgow e al. c. Regno Unito*, ricorsi nn. 9006/80; 9262/81; 9263/81; 9265/81; 9266/81; 9313/81; 9405/81, sentenza dell'8 luglio 1986, par. 205.

contraente, né che l'ordinamento di quest'ultimo venga provvisto di norme riprodotte di quelle della Convenzione⁴. Al di là della possibilità di diretta utilizzazione della norma convenzionale, gli obblighi assunti con l'adesione alla Convenzione risultano pertanto violati solo se nell'ordinamento interno non viene rispettato lo *standard* minimo di protezione del singolo diritto garantito, *standard* minimo di cui la norma della Convenzione è espressione.

Non deve quindi stupire la constatazione che alcuni Stati contraenti solo in un momento di molto successivo alla ratifica hanno reso la Convenzione parte del diritto interno, incorporandola mediante apposito provvedimento normativo⁵. Va tuttavia ricordato che anche in mancanza di un'incorporazione propriamente detta, ossia prodotta mediante atto formale del Parlamento, si era andata affermando quella che suole definirsi come "incorporazione indiretta" della Convenzione, operata cioè dai tribunali interni mediante lo sforzo di attribuire alle norme nazionali un'interpretazione quanto più conforme possibile agli obblighi internazionalmente assunti dallo Stato utilizzando il ben noto criterio interpretativo della c.d. "presunzione di conformità"⁶. Oggi tale "sforzo" giurisprudenziale appare meno necessario del passato, alla luce anche della circostanza che nei Paesi di più recente adesione al sistema della Convenzione l'inserimento nell'ordinamento interno delle sue disposizioni si è prodotto in genere da subito, di solito in maniera automatica attraverso il rinvio operato dalla norma costituzionale relativa in generale al valore dei trattati nell'ordinamento interno⁷.

Anche la situazione circa la posizione assunta dalla Convenzione nella gerarchia delle fonti del diritto interno e circa la possibilità di diretta applicazione delle sue disposizioni differisce da Stato a Stato.

⁴ Sul punto v. ancora G. GAJA, *op. cit.*, p. 24.

⁵ È il caso in particolare del Regno Unito e dell'Irlanda, che solo nel 1998 con lo *Human Rights Act*, e nel 2003 con lo *European Convention on Human Rights Act*, rispettivamente, hanno consentito, tramite l'incorporazione, la possibilità di invocare le disposizioni della convenzione stessa dinanzi ai tribunali interni. In proposito si rinvia (in particolare per le particolarità dell'incorporazione disposta nel Regno Unito) a R. SAPIENZA, *L'"incorporation" della Convenzione europea dei diritti umani nell'ordinamento britannico attraverso lo Human Rights Act del 1998*, in questo Volume. Adde, ID., *Convenzione europea dei diritti umani e Human Rights Act 1998: in margine all'obbligo delle corti inglesi to take into account la giurisprudenza della Corte di Strasburgo*, in *Diritti umani e diritto internazionale*, 2008, p. 253 ss. Per l'ordinamento irlandese in particolare si rinvia, per tutti, a U. KILKELLY (ed.), *ECHR and Irish Law*, II ed., Bristol, 2009.

⁶ In proposito si rinvia, per una più ampia disamina del fenomeno, a J.-F. FLAUSS, *L'incorporation indirecte des traités de protection des droits de l'homme*, in *Revue Trimestrielle des Droits de l'Homme*, 1997, p. 35 ss. Sulla presunzione di conformità sia consentito il rinvio a G. CATALDI, *Rapporti tra norme internazionali e norme interne*, in *Digesto delle discipline pubblicistiche*, XII, Torino, 1997, p. 404 e autori ivi citati.

⁷ Sul punto si rinvia agli autori citati in G. CATALDI, *Convenzione europea dei diritti dell'uomo e ordinamento italiano: un tentativo di bilancio*, in *Divenire sociale e adeguamento del diritto. Scritti in onore di Francesco Capotorti*, vol. I, Milano, 1999, nota 15 a p. 60. V., ad esempio, in relazione ai rapporti tra ordinamento albanese e CEDU, L. BIANKU, *La Convenzione europea dei diritti umani nel sistema giuridico albanese*, in questo Volume.

Sebbene l'incorporazione, come vedremo trattando dell'ordinamento italiano, non risolve certo tutti i problemi di applicazione delle sue disposizioni nel diritto interno⁸, riteniamo sia da salutare con favore, tuttavia, l'indubbia tendenza in atto verso questo sistema, che sembra meglio assicurare, soprattutto grazie all'opera dei giudici nazionali, la prevenzione delle violazioni agli obblighi internazionalmente assunti e la diretta tutela delle posizioni soggettive garantite⁹. Questa tendenza appare peraltro in linea con gli orientamenti espressi in proposito dalla Corte europea dei diritti umani¹⁰, ed è coerente con il sistema complessivo della Convenzione, che affida in primo luogo al giudice nazionale la tutela dei diritti in essa garantiti, rivestendo il controllo internazionale solo un carattere di sussidiarietà.

2. Effetti delle norme CEDU negli ordinamenti interni

L'intensità degli effetti che si producono in conseguenza dell'introduzione della Convenzione di Roma nell'ordinamento giuridico interno variano a seconda della suscettibilità di diretta applicazione delle sue disposizioni e a seconda del rango che ad esse è riconosciuto nella gerarchia delle fonti del diritto interno, nell'ottica soprattutto delle possibilità di prevalenza rispetto alle norme confliggenti di origine nazionale. In ordine al primo punto, si è già detto che nessuna indicazione espressa è desumibile dalla lettera della Convenzione. D'altra parte, la diretta applicabilità dipende principalmente dal modo di essere della singola norma con riferimento ad un dato ordinamento in un preciso momento storico. Come è stato a giusta ragione osservato¹¹, infatti, non ha senso affermare che "la Convenzione europea dei diritti dell'uomo è *self-executing*", poiché le possibilità di diretta applicazione vanno valutate con riferimento specifico ad ogni singola previsione e in rapporto al modo di essere dell'ordinamento interno, in particola-

⁸ Per interessanti considerazioni sui vantaggi e sugli inconvenienti del sistema dell'incorporazione della Convenzione si veda C.A. NØRGAARD, *La mise en oeuvre des accords internationaux en matière de droits de l'homme dans un système juridique national*, in *Les rapports entre le droit international et le droit interne. Actes du Séminaire UniDem organisé à Varsovie du 19 au 21 mars 1993*, Strasbourg, 1994, p. 16 ss.

⁹ V. in questo senso le considerazioni sempre valide di G. VAN DER MEERSCH, *Aspects de la mise en oeuvre d'une sauvegarde collective des droits de l'homme en droit international. La Convention européenne*, in *Mélanges Fernand Dehousse*, vol. I, Bruxelles, 1979, p. 199.

¹⁰ Già nella sentenza del 18 gennaio 1978, *Irlanda c. Regno Unito*, ricorso n. 5310/71, la Corte osservò quanto segue: "En substituant les mots 'reconnaissent' à 's'engagent à reconnaître' dans le libellé de l'article 1, les rédacteurs de la Convention ont voulu indiquer... que les droits et libertés du titre I seraient directement reconnus à quiconque relèverait de la juridiction des Etats contractants. Leur intention se reflète avec une fidélité particulière là où la Convention a été incorporée à l'ordre juridique interne..." (par. 239).

¹¹ Cfr. M. BOSSUYT, *The Direct Applicability of International Instruments on Human Rights*, in *L'effet direct en droit belge des traités internationaux en général et des instruments internationaux relatifs aux droits de l'homme en particulier*, Bruxelles, 1981, p. 319.

re alla “struttura di accoglienza” di quest’ultimo; non è da escludere che norme di per sé incomplete possano essere suscettibili di diretta applicazione, mentre norme dettagliate possano risultare non *self-executing* per una “reazione di rigetto” dell’ordinamento interno¹². Naturalmente, un problema di diretta applicazione può porsi solo laddove l’ordinamento non escluda *a priori* questa possibilità per le norme di diritto internazionale convenzionale, come ad esempio avviene di solito negli ordinamenti di *common law*.

Nell’ordinamento italiano questa possibilità è, in astratto, riconosciuta. Ciò è confermato dalla coesistenza, per l’adattamento ai trattati, del procedimento ordinario con il procedimento speciale mediante rinvio. Al primo dovrebbe ricorrersi da parte del legislatore nei casi in cui il trattato contenga norme soltanto programmatiche o delle quali non sia determinabile il contenuto solo in via interpretativa, norme cioè che, non disciplinando compiutamente tutti i dettagli delle fattispecie regolate, richiedano un’attività di integrazione normativa da parte degli organi statali. L’adattamento mediante ordine di esecuzione dovrebbe invece essere utilizzato nei casi in cui le norme internazionali siano provviste di idoneità astratta alla diretta applicazione, idoneità che naturalmente andrà poi verificata nel caso concreto¹³. Non sono infrequenti casi, peraltro, nei quali, successivamente all’emanazione di una legge contenente l’ordine di esecuzione di un trattato, il legislatore ha ritenuto di riformulare le disposizioni dello stesso trattato in una nuova legge che provvedesse, in via ordinaria, a rendere le sue disposizioni concretamente applicabili nell’ordinamento interno; allo stesso modo, può verificarsi che una legge, oltre all’autorizzazione alla ratifica e all’ordine di esecuzione di un trattato, ponga, contestualmente, norme di adattamento ordinario relative a disposizioni dello stesso trattato che non siano *self-executing*¹⁴. Quindi, tranne ipotesi nelle quali è lo stesso legislatore a negare il carattere *self-executing* ad una norma di

¹² Per più ampi rilievi sull’identificazione dei criteri che consentono di affermare la diretta applicabilità o meno di una norma convenzionale si rinvia a G. CATALDI, *Rapporti tra norme internazionali e norme interne*, cit., p. 400 ss.

¹³ Significativamente la Corte di cassazione, sentenza del 10 settembre 1993, n. 9459, nel riconoscere valore solo programmatico all’art. 3, par. 3, della Convenzione dell’OIL n. 146 del 1976, ratificata con l. del 10 aprile 1981, n. 159, ha affermato che: “di per sé, l’ordine di esecuzione non è sufficiente perché le disposizioni del trattato internazionale possano essere recepite nel loro contenuto normativo nell’ordinamento interno, senza ulteriore attività applicativa, ma occorre, allo scopo, valutare la stessa convenzione internazionale, per verificare, attraverso una lettura sistematica della stessa, se le sue disposizioni, valutate nel loro complesso, siano intrinsecamente fornite della capacità di trovare automaticamente ingresso nell’ordinamento interno ... L’ordine di esecuzione, riferito a norme internazionali *self-executing*, consente a queste ultime di spiegare effetti nell’ordinamento interno, incidendo direttamente sui rapporti giuridici alla cui disciplina il trattato si rivolge. Perché ciò avvenga occorre che le norme internazionali siano formulate in modo tale da riuscire direttamente applicabili ai rapporti giuridici facenti capo a soggetti degli ordinamenti statali, senza necessità di adattamento mediante il procedimento ordinario” (v. *Rivista di diritto internazionale*, 1995, p. 807 ss.).

¹⁴ Per qualche esempio si rinvia ancora a G. CATALDI, *Rapporti tra norme internazionali e norme interne*, cit., p. 401 ss.

un trattato avendo adottato il procedimento ordinario, la valutazione della possibilità di diretta applicazione di una norma internazionale di carattere convenzionale è rimessa dall'ordinamento italiano all'interprete nel singolo caso dinanzi a lui dedotto. A questo punto decisiva appare la disponibilità di quest'ultimo ad enucleare, nella massima misura possibile, effetti diretti dalla norma convenzionale. Tuttavia, e non solo nell'ambito del nostro ordinamento, è frequente l'affermazione della impossibilità di diretta applicazione, *in toto*, di una convenzione internazionale senza alcun rapporto con il contenuto delle sue singole norme o con quella che abbiamo definito la struttura dell'ordinamento 'di accoglienza'¹⁵. Si tratta di una conclusione assolutamente ingiustificabile perché non compatibile con il *favor* per le norme internazionali, desumibile nel nostro ordinamento anche dalla mutata formulazione dell'art. 117, comma 1, Cost. conseguente alla riforma del 2001 del Titolo V della Costituzione¹⁶, e che denota una chiara volontà di eludere l'applicazione delle norme in questione¹⁷.

Quanto detto vale a maggior ragione nel caso di norme convenzionali a tutela dei diritti umani. L'Italia ha provveduto ad inserire la Convenzione di Roma nell'ordinamento interno mediante un ordine di esecuzione emanato in forma di legge ordinaria¹⁸. In virtù della regola per cui il rango delle norme convenzionali, nella gerarchia delle fonti interne, dipende dal rango delle norme di adattamento, le norme della Convenzione hanno pertanto assunto valore di legge ordinaria¹⁹. La "costituzionalizzazione" del principio del rispetto degli obblighi internazionali, disposta dall'art. 117, comma 1, Cost., conduce anche a ritenere formalizzato il punto di arrivo della giurisprudenza della Corte di cassazione circa la "particolare forza di

¹⁵ È noto il punto di vista delle corti statunitensi, che tendono a negare *a priori* carattere *self-executing* addirittura a tutta la Carta delle Nazioni Unite. Il *leading case* in materia è considerata la sentenza della *US District Court of Columbia* (1975), nel caso *Diggs v. Dent*, (*International Legal Materials*, 1975, p. 804). Più di recente la Corte Suprema degli Stati Uniti, nella sentenza del 25 marzo 2008 nel caso *Medellin v. Texas* (552 U.S. 2008; *ivi*, 2008, p. 287 ss.) ha ribadito tale posizione.

¹⁶ "La potestà legislativa è esercitata dallo Stato e dalle Regioni nel rispetto della Costituzione, nonché dei vincoli derivanti dall'ordinamento comunitario e dagli obblighi internazionali".

¹⁷ Sul punto si rinvia ai rilievi di B. CONFORTI, *Cours général de droit international public*, in *Recueil des Cours de l'Académie de droit international de La Haye*, 1988-V, p. 40 ss.

¹⁸ Legge 4 agosto 1955, n. 848, recante "Autorizzazione alla ratifica e ordine di esecuzione della Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali", in *Gazzetta Ufficiale* n. 221 del 24 settembre 1955.

¹⁹ Il punto è stato di recente ribadito dalla Corte costituzionale in due sentenze nelle quali, richiamando la sua giurisprudenza pregressa, il giudice delle leggi afferma che "le norme della CEDU non si collocano, come tali, a livello costituzionale, non potendosi loro attribuire un rango diverso da quello dell'atto – legge ordinaria – che ne ha autorizzato la ratifica e le ha rese esecutive nel nostro ordinamento" (par. 6.1.1 della sentenza n. 349/2007). V. testi delle sentenze nn. 348 e 349 del 24 ottobre 2007, in *Rivista di diritto internazionale*, 2008, p. 197 ss., con commenti di G. GAJA, E. CANNIZZARO, M.L. PADELLETTI, A. SACCUCCI a p. 136 ss. Sia consentito anche il rinvio a G. CATALDI, *Convenzione europea dei diritti dell'uomo e ordinamento italiano. Una storia infinita?*, in *Diritti umani e diritto internazionale*, 2008, p. 321 ss.; v. anche M. PEDRAZZI, *La CEDU nell'ordinamento italiano*, in questo *Volume*.

resistenza” da riconoscere alle norme convenzionali (e a quelle della CEDU in particolare) rispetto alla legislazione nazionale sopravvenuta²⁰. La Corte costituzionale ha espresso questo concetto in forma diversa e più complessa, qualificando come “norma interposta” (tra Costituzione e legge) la norma convenzionale²¹.

Dopo un periodo in cui l’idoneità delle norme della CEDU, in via generale e astratta, a tradursi in norme di diretta applicabilità nell’ordinamento italiano era stata controversa, le Sezioni Unite della Corte di cassazione, con l’importante sentenza dell’8 maggio 1989, in causa *Polo Castro*, avevano affermato la possibilità di utilizzazione diretta di quella norma convenzionale che contenesse “il modello di un atto interno completo nei suoi elementi essenziali” (nella specie si trattava dell’art. 5, par. 4, CEDU che accorda a chiunque venga privato della libertà personale il diritto di proporre un ricorso diretto a sollecitare una decisione sulla legalità dell’arresto o della detenzione), vale a dire delle disposizioni che a giudizio dell’interprete siano *self-executing*²². Potrebbe obiettarsi che, nella specie, si trattava di colmare una lacuna dell’ordinamento interno attraverso la diretta applicazione della norma internazionale (non esistendo una normativa specifica in materia di origine nazionale) e non di contestuale disapplicazione di una determinata norma di legge interna. Più di recente, tuttavia, e successivamente alla riforma dell’art. 117, comma 1, Cost., la Suprema Corte, sempre a sezioni unite, ha espressamente affermato (in una controversia in tema di occupazione a fini di espropriazione) che “l’eventuale applicazione, diretta, dell’art. 1 prot. n. 1 della Convenzione (peraltro introdotta nel nostro ordinamento con la legge di ratifica 4.8.1955, n. 848), spetta al giudice nazionale, che ove ravvisi un contrasto della disciplina nazionale è tenuto a dare prevalenza alla norma pattizia, che sia dotata di immediata precettività rispetto al caso concreto, anche ove ciò comporti una disapplicazione della norma interna”²³. Questa conclusione, che come si dirà subito è conforme anche agli o-

²⁰ V., in particolare, la nota sentenza della Corte di cassazione (Sezione I penale) del 10 luglio 1993, nel caso *Medrano*, in *Rivista di diritto internazionale*, 1994, p. 530 ss. Per gli sviluppi successivi si rinvia a G. CATALDI, *op. ult. cit.*, p. 337 s., note 43 e 44.

²¹ V. il par. 4.6 della sentenza n. 348/2007, cit. La sentenza n. 249/2007 esprime diversamente il concetto affermando che: “con l’art. 117, primo comma, si è realizzato, in definitiva, un rinvio mobile alla norma convenzionale di volta in volta conferente, la quale dà vita e contenuto a quegli obblighi internazionali genericamente evocati” e, con essi, al parametro costituzionale dell’art. 117.

²² In *Rivista di diritto internazionale*, 1990, p. 1037 ss. Naturalmente, come si è già avuto occasione di rilevare, il valore di norme direttamente applicabili dinanzi al giudice interno, attribuito alle disposizioni della CEDU, non esime però l’interprete dal compito di valutare, in concreto, in relazione alla singola disposizione e alla singola ipotesi interpretativa, se la diretta applicazione è possibile. E difatti non è infrequente che, con riferimento alla medesima disposizione, la giurisprudenza italiana sia giunta a conclusioni tra loro opposte, come ad esempio nel caso della possibilità della diretta applicazione dell’art. 5, par. 5, CEDU sul diritto a riparazione per le vittime di arresto o detenzione effettuati in violazione dei principi sanciti nello stesso art. 5 (sul punto, e per le differenti valutazioni della giurisprudenza, si rinvia a G. CATALDI, *Convenzione europea dei diritti dell’uomo e ordinamento italiano: un tentativo di bilancio*, cit., p. 64 s.).

²³ Corte di cassazione (Sezioni Unite civili), sentenza del 19 luglio 2002 n. 10542, in *Foro italiano* 2002, I, col. 2606 ss.

rientamenti emersi in seno alla Corte di Strasburgo, risulta confermata da altre decisioni²⁴, fino ad arrivare addirittura all'affermazione, in sede di esecuzione di sentenza penale passata in giudicato, della necessità di dare applicazione piena e diretta al diritto alla rinnovazione del giudizio, riconosciuto dalla Corte di Strasburgo in conseguenza dell'accertata violazione dell'art. 6 CEDU, dichiarando ineseguibile una sentenza passata in giudicato e così disapplicando, di conseguenza, le norme del codice di procedura penale relative all'irrevocabilità del giudicato²⁵.

A noi non pare che l'introduzione dell'art. 117 come novellato nel 2001 imponga un ... passo indietro sulla via dell'apertura alle norme internazionali (soprattutto a quelle in materia di diritti umani), operato mediante una lettura rigida e formalistica delle sue disposizioni, quale è rappresentata, a nostro avviso, e con il dovuto rispetto, dall'obbligo per il giudice comune, affermato dalla recente giurisprudenza della Corte costituzionale in materia, di rimettere in tutti i casi alla medesima Corte la valutazione della conformità alla CEDU delle leggi interne sul presupposto per l'appunto del conflitto con la norma costituzionale²⁶. Tale obbligo, come si evince dagli sviluppi giurisprudenziali più recenti, varrebbe anche nei casi in cui il conflitto con la CEDU riguardi norme di legge antecedenti all'entrata in vigore della Convenzione nell'ordinamento italiano²⁷.

La Corte costituzionale giunge a queste conclusioni sulla base del percorso logico seguente. Si parte dall'ipotesi in cui la norma interna non possa assolutamente conciliarsi con la norma internazionale attraverso l'utilizzazione di strumen-

²⁴ V. Corte di cassazione (Sezioni Unite civili), sentenza 23 dicembre 2005, n. 28507, in *Giurisprudenza italiana*, 2005, p. 1902 ss., con nota di S. FURFARO.

²⁵ Corte di cassazione (Sezione I penale), *Dorigo*, sentenza del 25 gennaio 2007, n. 2800, in *Rivista diritto internazionale* 2007, p. 601 ss. Per un commento su tutta l'articolata vicenda processuale si rinvia a S. DORIGO, P. PUSTORINO, *Diritto a una tutela giurisdizionale effettiva e revisione dei processi penali*, in *Diritti umani e diritto internazionale*, 2009, p. 85 ss.

²⁶ Così le sentenze citate *supra* alla nota 19.

²⁷ Si veda in proposito la sentenza della Corte costituzionale n. 39 del 27 febbraio 2008 (in *Rivista di diritto internazionale*, 2008, p. 536 ss.). Sostiene il G. TESAURO, *Costituzione e norme esterne*, in *Il Diritto dell'Unione europea*, 2009, p. 195 ss., p. 226, che con la nuova formulazione dell'art. 117, comma 1, Cost., "il confronto rilevante non è più tra legge materiale e legge di adattamento, il cui pari rango solo consentiva l'abrogazione della prima se anteriore". Da ciò ne discende che "nel momento in cui si qualifica il contrasto tra legge interna e fonte esterna come questione di costituzionalità, tale questione riguarda anche la legge anteriore". Tale opinione, particolarmente significativa perché proveniente dal giudice costituzionale relatore della sentenza 249/2007, è sicuramente coerente con la giurisprudenza della Corte in materia, ma non convince, a nostro avviso, perché troppo rigidamente ancorata a criteri formalistici. Non è un caso che, a supporto di essa, venga recuperata la prima, storica, decisione della Corte costituzionale, e cioè la n. 1 del 1956. La sentenza n. 39 del 2008 è invece criticata (con argomentazioni in parte diverse tra loro) da R. MASTROIANNI, *Anche le leggi precedenti la Convenzione europea dei diritti dell'uomo debbono essere rimosse dalla Corte costituzionale?*, in *Rivista di diritto internazionale*, 2008, p. 456 ss.; B. CONFORTI, *Atteggiamenti preoccupanti della giurisprudenza italiana sui rapporti fra diritto interno e trattati internazionali, con particolare riferimento alla CEDU*, in *Diritti umani e diritto internazionale*, 2008, p. 581 ss.

ti interpretativi²⁸. In questo caso si determina quello che la Corte definisce un “contrasto insanabile”, che obbliga il giudice comune, sempre secondo la Corte, ad investire quest’ultima della questione di legittimità costituzionale per la verifica della compatibilità con l’art. 117, comma 1, Cost. L’impossibilità per il giudice di applicare direttamente la norma internazionale disapplicando la norma interna, che viene così a prodursi in maniera assoluta, si giustificerebbe, a dire della corte, per varie ragioni. Innanzitutto, per la esclusa ‘comunitarizzazione’ della CEDU, che impedisce la possibilità di rilevanza “indiretta” del parametro dell’art. 11 Cost.²⁹. In secondo luogo perché, a dire della Corte, “allo stato, nessun elemento relativo alla struttura e agli obiettivi della CEDU ovvero ai caratteri di determinate norme consente di ritenere che la posizione giuridica dei singoli possa esserne direttamente e immediatamente tributaria, indipendentemente dal tradizionale diaframma normativo dei rispettivi Stati di appartenenza, fino al punto da consentire al giudice la non applicazione della norma interna confliggente. Le stesse sentenze della Corte di Strasburgo, anche quando è il singolo ad attivare il controllo giurisdizionale nei confronti del proprio Stato di appartenenza, si rivolgono allo Stato membro legislatore e da questo pretendono un determinato comportamento. Ciò è tanto più evidente quando, come nella specie, si tratti di un contrasto ‘strutturale’ tra la conferente normativa nazionale e le norme CEDU così come interpretate dal giudice di Strasburgo e si richieda allo Stato membro di trarne le necessarie conseguenze”³⁰.

Queste affermazioni della Corte, e le relative conseguenze, vanno a nostro avviso confutate.

Per quanto riguarda innanzitutto l’impedimento alla diretta applicazione delle norme convenzionali derivante dalla ‘struttura’ e dagli ‘obiettivi’ della CEDU è chiaro, alla luce del lungo *excursus* che la Corte costituzionale dedica nelle sentenze nn. 348/2007 e 349/2007 alla posizione del diritto comunitario

²⁸ Affermando la necessità che il giudice interpreti la norma interna “in modo conforme alla disposizione internazionale, entro i limiti nei quali ciò sia permesso dalle norme” (v. par. 6.2 della sentenza n. 349/2007) la Corte accede al criterio cosiddetto dell’“interpretazione conforme”. Opportunamente, nello stesso paragrafo della sentenza, la Corte chiarisce che l’interpretazione del giudice deve tenere conto del fatto che il testo della CEDU fa corpo con la giurisprudenza della Corte europea dei diritti umani e che pertanto occorre applicare la normativa interna conformemente alle norme CEDU come interpretate dalla Corte di Strasburgo.

²⁹ Afferma in particolare la Corte nella sentenza n. 349/2007, par. 6.1, che “la giurisprudenza è sì nel senso che i diritti fondamentali fanno parte integrante dei principi generali del diritto comunitario di cui il giudice comunitario assicura il rispetto, ispirandosi alle tradizioni costituzionali comuni degli Stati membri ed in particolare alla Convenzione di Roma (...). Tuttavia, tali principi rilevano esclusivamente rispetto a fattispecie alle quali tale diritto sia applicabile: in primis gli atti comunitari, poi gli atti nazionali di attuazione di normative comunitarie, infine le deroghe nazionali a norme comunitarie asseritamente giustificate dal rispetto dei diritti fondamentali (...). La Corte di Giustizia ha infatti precisato che non ha tale competenza nei confronti di normative che non entrano nel campo di applicazione del diritto comunitario (...): ipotesi che si verifica precisamente nel caso di specie”.

³⁰ Sentenza n. 349/2007, par. 6.1.

nell'ordinamento italiano, che ci si vuole riferire alla circostanza per cui la CEDU non ha dato vita ad un ordinamento sopranazionale comparabile, nella struttura e negli obiettivi, per l'appunto, all'ordinamento dell'Unione europea. Solo la provenienza da un ordinamento con le caratteristiche di quest'ultimo garantirebbe alle norme l'obbligatorietà nel nostro ordinamento, attraverso la 'copertura' costituzionale dell'art. 11³¹. Il punto è, in maniera meno sfumata, esplicitato nella sentenza n. 348/2007 dove si afferma che, diversamente da quanto avvenuto con i trattati istitutivi dell'Unione europea, la CEDU "non crea un ordinamento giuridico sopranazionale e non produce quindi norme direttamente applicabili negli Stati contraenti"³². Ma sono i due elementi dell'esistenza di un ordinamento sopranazionale e della 'diretta applicabilità' delle norme internazionali necessariamente collegati? A nostro avviso la risposta è assolutamente negativa e ciò ponendosi sia dal punto di vista dell'ordinamento italiano (come dimostrato dalla giurisprudenza della Corte di cassazione e dalla possibilità di scelta tra procedimento ordinario e procedimento speciale che il nostro ordinamento offre), che da quello della CEDU.

A nostro avviso la disapplicazione delle norme interne incompatibili con la CEDU da parte del giudice (con contestuale diretta applicazione della norma convenzionale come interpretata dalla Corte di Strasburgo) può senz'altro coesistere con il controllo di costituzionalità della Corte costituzionale, da sollecitare, quest'ultimo, in casi particolari nei quali il contrasto tra norma interna e norma della CEDU costituisca un contrasto "sistemico", nel senso che la violazione è provocata da un problema strutturale dell'ordinamento interno, problema di solito già censurato da parte della Corte di Strasburgo attraverso le c.d. "sentenze pilota", nelle quali per l'appunto viene accertato non solo l'inadempimento nel caso concreto ma anche l'esistenza di una legislazione o prassi (amministrativa o giurisdizionale) che comporti una violazione continuata e persistente della Convenzione³³. In questi casi, in attesa dell'intervento del legislatore, ed anche al fi-

³¹ Afferma la Corte (*ibidem*) che "l'art. 11, il quale stabilisce, tra l'altro, che l'Italia 'consente, in condizioni di parità con gli altri Stati, alle limitazioni di sovranità necessarie ad un ordinamento che assicuri la pace e la giustizia tra le Nazioni', è invece la disposizione che ha permesso di riconoscere alle norme comunitarie efficacia obbligatoria nel nostro ordinamento (sentenze n. 284 del 2007; n. 170 del 1984)".

³² Sentenza n. 348/2007, par. 3.3.

³³ Sul punto si rinvia a F. PALOMBINO, *Gli effetti della sentenza internazionale nei giudizi interni*, Napoli, 2008, p. 52 ss. È in particolare con la sentenza del 22 giugno 2004 della Corte europea dei diritti umani, *Broniowski c. Polonia* [GC], ricorso n. 31443/96, che fu inaugurata la nuova procedura della sentenza-pilota, sulla quale si veda ID., *La 'procedura di sentenza pilota' nella giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo*, in *Rivista di diritto internazionale privato e processuale*, 2008, p. 91 ss. e autori citati alla nota 9 a p. 94, ai quali *adde* V. ZAGREBELSKI, *Violazioni 'strutturali' e Convenzione europea dei diritti umani: interrogativi a proposito di Broniowski*, in *Diritti umani e diritto internazionale*, 2008, p. 5 ss.

ne di sollecitarlo, è opportuno che la Corte costituzionale si pronunci con una sentenza di annullamento di tipo c.d. “additivo”³⁴.

Ad eccezione quindi di queste ipotesi, la tecnica della disapplicazione delle norme interne per dar corso all’applicazione di norme internazionali *self-executing* è una scelta praticabile nel nostro ordinamento senza che ciò debba destare eccessive preoccupazioni. Non vediamo in che modo la ‘struttura’ e gli ‘obiettivi’ della CEDU possano impedire questo risultato né, a maggior ragione, come lo possano i “caratteri di determinate norme” (quali?), dal momento che, come si è visto, ai fini della diretta applicazione occorre una duplice verifica: innanzitutto dell’avvenuta incorporazione, attraverso il rinvio operato dal legislatore, di una norma internazionale astrattamente idonea all’applicazione e, in secondo luogo, come sottolineato dalla Corte di cassazione nelle sentenze alle quali si è fatto riferimento, della possibilità in concreto per la singola norma di disciplinare la fattispecie nel caso dedotto in giudizio. Siamo pertanto convinti che il c.d. controllo di ‘convenzionalità’ diffuso delle norme di legge non costituisca assolutamente un “aggiramento” del controllo di costituzionalità, come spesso sostenuto, dalla dottrina costituzionalistica soprattutto³⁵, e ci rafforza in questo convincimento proprio la posizione subcostituzionale nella gerarchia delle fonti del diritto italiano attribuita alla CEDU dalla Corte costituzionale³⁶. Nel caso delle norme della CEDU, ne consegue anche l’effetto, da salutare sempre con favore, di moltiplicazione delle possibilità di tutela per chi lamenti una violazione nei suoi confronti dei diritti convenzionalmente previsti, poiché allo scrutinio del giudice ordinario può eventualmente aggiungersi il controllo di costituzionalità, ferma restando la praticabilità, successivamente, del ricorso a Strasburgo.

D’altra parte la diretta applicazione delle norme della CEDU è prevista e praticata costantemente in molti ordinamenti stranieri. Anche il Tribunale costituzionale tedesco, nell’ambito quindi di un ordinamento che, come quello italia-

³⁴ La sentenza additiva si caratterizza per la circostanza che, attraverso di essa, i giudici riconoscono l’illegittimità costituzionale della norma nella parte in cui la stessa non contiene una certa previsione, che la Consulta espressamente enuncia. In proposito si veda R. ROMBOLI, *Sentenza costituzionale*, in S. CASSESE (dir.), *Dizionario di diritto pubblico*, vol. VI, Milano, 2006, p. 5494 ss. Nell’ordinanza di rimessione alla Corte costituzionale che ha poi dato luogo alle due sentenze del 2007 già ricordate, la Corte di cassazione aveva correttamente affermato che la predisposizione dei mezzi idonei a rimuovere la violazione sistemica del diritto di proprietà accertata dalla Corte di Strasburgo con la sentenza del 29 marzo 2006, *Scordino c. Italia* [GC], ricorso n. 36813/97, spettava al legislatore, non essendo inoltre in grado il giudice di elaborare un criterio, per l’indennizzo dovuto a seguito di espropriazione, che, con la contestuale disapplicazione della legge in contrasto con la Convenzione di Roma, potesse sostituirsi al criterio indicato dalla legge stessa. Di qui la necessità di una sentenza additiva della Corte costituzionale. Sul punto, e per i riferimenti alla giurisprudenza, si rinvia ancora a F. PALOMBINO, *Gli effetti della sentenza internazionale nei giudizi interni*, cit., p. 53 ss.

³⁵ Si veda, ad esempio, A. GUAZZAROTTI, *I giudici comuni e la CEDU alla luce del nuovo art. 117 della Costituzione*, in *Quaderni costituzionali*, 2003, p. 25 ss.

³⁶ V. *supra* alla nota 19, quanto la Corte costituzionale afferma in proposito al par. 6.2 della sentenza n. 349/2007.

no, prevede un controllo di costituzionalità accentrato, si è senza indugi pronunciata, in una sentenza del 18 ottobre 2004, nel senso della competenza dei giudici interni a valutare l'applicabilità e la conformità ai principi fondamentali della Legge fondamentale delle norme della CEDU, come interpretate dalla Corte di Strasburgo³⁷. Non diversamente accade in altri Stati³⁸.

Conforta tuttavia constatare che una sia pur timida apertura dell'ordinamento italiano nel senso appena indicato sembra trasparire dalla sentenza della Corte costituzionale n. 311 del 26 novembre 2009³⁹. In tale decisione, infatti, il giudice delle leggi esplicitamente riconosce la competenza del giudice nazionale, in quanto giudice comune della Convenzione, ad applicare direttamente le relative norme nell'interpretazione offertane dalla Corte di Strasburgo. Tale competenza, precisa tuttavia la Corte, appartiene al giudice ordinario solo qualora non ricorra il c.d. "contrasto insanabile" con una norma nazionale confliggente, contrasto che lo vincola a sollevare la questione di costituzionalità. È interessante inoltre rilevare che in questa stessa sentenza la Corte osserva che l'ordinamento dell'Unione europea è *allo stato* l'unico riconducibile all'art. 11 Cost. e quindi in grado di produrre effetti diretti nell'ordinamento interno. L'espressione "allo stato" non figura nelle corrispondenti affermazioni contenute sul punto nelle due sentenze del 2007 in materia. Questa circostanza può forse

³⁷ In commento a questa sentenza (2 BvR 1481/04, cfr. in particolare i paragrafi 52, 58 e 62) si vedano M. HARTWIG, *Much Ado About Human Rights: The Federal Constitutional Court Confronts the European Court of Human Rights*, in *German Law Journal* 2005, p. 869 ss.; S. BELJIN, *Bundesverfassungsgericht on the Status of the European Convention on Human Rights and ECHR Decisions in the German Legal Order. Decision of 14 October 2004*, in *European Constitutional Law Review*, 2005, p. 553 ss.; A. DI MARTINO, *L'efficacia delle decisioni della Corte europea dei diritti dell'uomo nel diritto tedesco: il significato del Görgülü-Beschluß per una tutela multilivello dei diritti*, in *Rivista di Diritto pubblico comparato ed europeo*, 2006, p. 911 ss.; J. GERGRATH, *L'effet contraignant des arrêts de la Cour européenne des droits de l'homme vu à travers le prisme de la Cour constitutionnelle allemande*, in *Revue Trimestrielle des Droits de l'Homme*, 2006, p. 716 ss. Interessante anche una seconda sentenza, del 25 ottobre 2006 (2 BvR 2115/01; 2 BvR 2132/01; 2 BvR 348/03), che, nella medesima ottica, affronta invece il rapporto dei giudici interni con le decisioni della Corte Internazionale di Giustizia (in proposito, si veda, per un opportuno confronto con la posizione assunta in merito dalla Corte Suprema degli Stati Uniti d'America, S. FORLATI, *Il diritto all'assistenza consolare al vaglio della Corte Suprema degli Stati Uniti e della Corte Costituzionale tedesca*, in *Diritti umani e diritto internazionale*, 2007, p. 403 ss.). In generale sulla "apertura al diritto internazionale" della Costituzione tedesca si veda A. BLECKMANN, *Die Völkerrechtsfreundlichkeit der Deutschen Rechtsordnung*, in *Die öffentliche Verwaltung* 1979, p. 309 ss.

³⁸ Per i riferimenti alla dottrina relativa alla diretta applicazione della CEDU negli Stati europei si rinvia a G. CATALDI, *Convenzione europea dei diritti dell'uomo e ordinamento italiano. Una storia infinita?*, cit., p. 328, note 18, 19 e 20. Sembra importante rilevare, soprattutto perché trattasi di uno Stato che non è Parte Contraente della CEDU, che la Costituzione del Kosovo, entrata in vigore il 15 giugno 2008, prevede, all'art. 22, la diretta applicabilità della CEDU e la prevalenza della sue disposizioni in caso di conflitto con norme, anche di legge, di diritto interno. L'art. 53 aggiunge che i diritti umani e le libertà fondamentali garantite dalla Costituzione saranno interpretati in conformità con le decisioni della Corte di Strasburgo.

³⁹ La si può leggere in *Rivista di diritto internazionale*, 2010, p. 164 ss.

autorizzare la percezione della disponibilità della Corte a rivedere la sua posizione in futuro sulla base di nuovi elementi di fatto o di diritto, elementi che però non è facile ipotizzare quali potranno essere⁴⁰.

3. Effetti delle sentenze della Corte di Strasburgo

La soluzione della diretta applicazione da parte del giudice delle disposizioni della CEDU che risultino *self-executing*, disapplicando eventuali norme interne in contrasto, assicura in maniera migliore la ‘sussidiarietà’ voluta dal sistema della CEDU, nello spirito di quell’ordine pubblico europeo di cui la Corte di Strasburgo è promotrice e garante⁴¹. Va ricordato infatti, e qui ci poniamo nell’ottica convenzionale, che il sistema è improntato alla valorizzazione del ruolo del giudice nazionale, giudice naturale della Convenzione, come dimostra la giurisprudenza della Corte di Strasburgo nei casi, ad esempio, in cui quest’ultima non ha esitato a censurare l’operato di quelle corti interne che non avessero automaticamente dato applicazione a quanto già dalla Corte deciso in fattispecie analoghe⁴², o non avessero tenuto conto della circostanza per cui leggi di altri Paesi di contenuto identico a quelle considerate, dal giudice interno, conformi alla CEDU erano state invece dalla Corte dichiarate contrarie alla Conven-

⁴⁰ In proposito si veda N. NAPOLETANO, *Rango ed efficacia delle norme della CEDU nella recente giurisprudenza della Corte costituzionale*, in *Diritti umani e diritto internazionale*, 2010, p. 194 ss. La recente sentenza del Consiglio di Stato, Sezione IV, 2 marzo 2010, n. 1220, facendo leva sull’entrata in vigore (il 1° dicembre 2009) del Trattato di Lisbona che modifica il Trattato sull’Unione europea e il Trattato che istituisce la Comunità europea, ha affermato che le norme CEDU sono divenute “direttamente applicabili nel sistema nazionale”. V. anche la sentenza del TAR Lazio (Sezione II bis), del 18 maggio 2010, la quale in modo più articolato afferma che essendo prevista l’adesione dell’Unione europea alla CEDU (art. 6 TUE), “il riconoscimento dei diritti fondamentali sanciti dalla CEDU come principi interni al diritto dell’Unione ha immediate conseguenze di assoluto rilievo, in quanto le norme della Convenzione divengono immediatamente operanti negli ordinamenti nazionali degli Stati membri dell’Unione, e quindi nel nostro ordinamento nazionale, in forza del diritto comunitario, e quindi in Italia ai sensi dell’art. 11 della Costituzione”. Pur apprezzando lo sforzo rivolto all’affermazione della diretta applicazione delle norme della CEDU nell’ordinamento italiano, non siamo convinti della possibilità che questa applicazione avvenga per il tramite del diritto dell’Unione, soprattutto in considerazione della circostanza che l’adesione alla CEDU dell’Unione è per ora solo prevista, e non ancora quindi avvenuta. In dottrina: A. CELOTTO, *Il Trattato di Lisbona ha reso la CEDU direttamente applicabile nell’ordinamento italiano? (in margine alla sentenza n. 1220/2010 del Consiglio di Stato)*, disponibile su www.neldiritto.it/appdottrina.asp?id=5272.

⁴¹ V. in particolare le affermazioni della Corte europea dei diritti umani, *Loizidou c. Turchia* [GC], ricorso n. 15318/89, sentenza del 23 marzo 1995.

⁴² Nel caso *Vermeire c. Belgio*, ricorso n. 12849/87, sentenza del 29 novembre 1991, la Corte affermò che i giudici belgi avrebbero dovuto attenersi alle conclusioni della precedente sentenza del 13 giugno 1979, *Marckx c. Belgio*, ricorso n. 6833/74, in cui lo Stato era stato condannato in una fattispecie del tutto analoga, senza necessità di attendere eventuali iniziative legislative rivolte a rendere il sistema conforme alle norme della CEDU come interpretate dalla Corte di Strasburgo.

zione⁴³. In questi casi è evidente l'affidamento che la Corte europea fa alla conoscenza della sua giurisprudenza da parte dei giudici nazionali nonché alla possibilità, per essi, di applicare direttamente le norme della CEDU così come interpretate a Strasburgo nonostante l'esistenza di norme interne di segno contrario. Nella recente Dichiarazione di Interlaken del 19 febbraio 2010 adottata dalla "Conferenza ministeriale sul futuro della Corte europea dei diritti umani" si mette in evidenza, tra l'altro, che al fine di garantire l'applicazione della Convenzione a livello nazionale gli Stati Parti dovrebbero impegnarsi anche a "taking into account the Court's developing case-law, also with a view to considering the conclusions to be drawn from a judgment finding a violation of the Convention by another State, where the same problem of principle exists within their own legal system"⁴⁴.

Siamo quindi giunti a trattare il tema dell'applicazione delle sentenze della Corte europea dei diritti umani negli ordinamenti interni.

Ai sensi dell'art. 46, par. 1, della Convenzione, gli Stati hanno l'obbligo di "conformarsi alle sentenze definitive della Corte sulle controversie nelle quali sono parti". Il paragrafo successivo attribuisce al Comitato dei Ministri, principale organo politico del Consiglio d'Europa, il compito specifico di sorvegliare l'esecuzione delle sentenze definitive della Corte⁴⁵.

⁴³ Si veda il caso deciso con la sentenza del 22 aprile 1993, *Modinos c. Cipro*, ricorso n. 15070/89, relativa al divieto legislativo degli atti omosessuali tra adulti consenzienti, già dichiarato contrario alla CEDU dalla Corte con sentenza del 22 ottobre 1981, *Dudgeon c. Regno Unito*, ricorso n. 7525/76.

⁴⁴ V. il punto B dell'*Action Plan* della Dichiarazione (il cui testo è consultabile nel sito web del Consiglio d'Europa). Sui lavori della Conferenza si veda V. ZAGREBELSKY, *La Conferenza di Interlaken per assicurare l'avvenire della Corte europea dei diritti umani*, in *Diritti umani e diritto internazionale*, 2010, p. 309 ss.

⁴⁵ In dottrina v. A. DRZEMCZEWSKI, *Art. 46*, in S. BARTOLE, B. CONFORTI, G. RAIMONDI (a cura di), *op. cit.*, p. 685 ss. Sulla nozione di sentenza definitiva ai sensi della Convenzione v. A. BULTRINI, *Art. 44*, *ivi*, p. 677 ss. Per un esame approfondito si rinvia a P. PIRRONE, *L'obbligo di conformarsi alle sentenze della Corte europea dei diritti dell'uomo*, Milano, 2004. Con la riforma prodottasi in seguito all'entrata in vigore, il 1° giugno 2010, del Protocollo n. 14, ai primi due paragrafi dell'art. 46 ne sono stati aggiunti altri tre, nei quali è prevista la competenza del Comitato dei Ministri a ricorrere alla Corte nei casi di difficoltà di esecuzione delle sentenze dovute a problemi di interpretazione (par. 3) e nei casi in cui ravvisi la violazione da parte di uno Stato dell'obbligo, di cui al par. 1, di conformarsi alla sentenza (paragrafi 4 e 5). In commento alle disposizioni del Protocollo n. 14 si rinvia a E. SAVARESE, *Il Protocollo n. 14 alla Convenzione europea dei diritti dell'uomo*, in *Rivista di diritto internazionale*, 2004 p. 714 ss.; R. PISILLO MAZZESCHI, *Il coordinamento tra la nuova condizione di ricevibilità prevista dal Protocollo n. 14 alla Convenzione europea e la regola del previo esaurimento dei ricorsi interni*, *ivi*, 2005, p. 601 ss.; U. VILLANI, *Il Protocollo n. 14 alla Convenzione Europea dei Diritti dell'Uomo*, in *La Comunità internazionale*, 2004, p. 487 ss.; P. VOYATZIS, *Protocol No. 14, present challenges and perspectives for the European Court of Human Rights*, in *The Global Community*, 2008, p. 347 ss.; A. SACCUCCI, *L'entrata in vigore del Protocollo n. 14 e le nuove regole procedurali per la sua applicazione*, in *Diritti umani e diritto internazionale*, 2010, p. 319 ss.; A. VITERBO, *Origini e sviluppo della Convenzione europea dei diritti umani*, in questo *Volume*.

Il sistema distingue quindi nettamente (e ciò, come è noto, a partire dal 1998, in seguito all'entrata in vigore del Protocollo n. 11) la fase giurisdizionale dalla fase esecutiva. Tuttavia nessuna indicazione ulteriore può dedursi, dalla Convenzione, circa le modalità di esecuzione delle sentenze.

Prima di esaminare la fase dell'esecuzione, occorre preliminarmente accennare, però, agli effetti propri della sentenza della Corte di Strasburgo.

La sentenza definitiva della Corte ha effetto di "cosa giudicata" tra le parti: è incontestabile in giudizio e va eseguita. L'autorità di "cosa giudicata" posseduta dalle sentenze della Corte di Strasburgo è quella, tipica, della funzione giurisdizionale esercitata in un ordinamento giuridico, sia esso nazionale o internazionale⁴⁶. Questa autorità emana, evidentemente, non dalle regole previste nei singoli ordinamenti interni ma dalle regole proprie della Convenzione, principalmente gli articoli 41, 44 e 46. Essa ha effetto preclusivo rispetto ad un'eventuale reiterazione della domanda. In altri termini, l'eccezione della cosa giudicata da parte della Corte europea dei diritti umani potrà essere sollevata da qualsiasi giudice investito della stessa questione⁴⁷. Ha inoltre effetto relativo, e cioè riguarda esclusivamente il caso che ha dato luogo alla decisione e le parti in causa. I giudici sono tenuti a riconoscere questo effetto senza ricorrere a procedure speciali, come ad esempio l'*exequatur*, poiché nel caso delle decisioni della Corte di Strasburgo ci troviamo, come è ovvio, al di fuori del quadro tradizionale proprio degli atti giurisdizionali stranieri.

Come la Corte ha però chiarito fin dalla già ricordata sentenza del 18 gennaio 1978, resa nella controversia *Irlanda c. Regno Unito*⁴⁸, le sentenze della Corte "fanno corpo" con le norme della Convenzione, e pertanto la sua interpretazione serve sì a decidere i casi di specie ma, più in generale, a precisare, salvaguardare e sviluppare le regole poste dalla Convenzione contribuendo in tal modo all'osservanza da parte degli Stati degli impegni da loro assunti in quanto Parti contraenti. Ciò significa che, secondo la Corte, le sue sentenze possiedono un effetto che va al di là della semplice "cosa giudicata", come si evince dalle decisioni poco sopra ricordate, nelle quali la Corte ha stigmatizzato le violazioni compiute nonostante i precedenti specifici esistenti nella sua giurisprudenza, relativi a Stati differenti, non presi in considerazione dagli operatori del diritto in-

⁴⁶ V. in proposito Corte internazionale di giustizia, *Effetti delle decisioni del Tribunale amministrativo delle Nazioni Unite che prevedono un indennizzo*, parere consultivo del 13 luglio 1954, *I.C.J. Reports* 1954, p. 47: "suivant un principe de droit bien établi et généralement reconnu, un jugement rendu par un corps judiciaire est chose jugée et a force obligatoire entre les parties au différend".

⁴⁷ Per qualche esempio di accoglimento da parte di tribunali nazionali dell'eccezione della cosa giudicata sollevata in base ad una decisione della Corte di Strasburgo si rinvia a F. PALOMBINO, *L'efficacità des arrêts de la Cour européenne des droits de l'homme dans le cadre des procédures nationales*, in *Revue de droit international et de droit comparé*, 2008, p. 528 ss., p. 536 ss..

⁴⁸ V. *supra* alla nota 10.

terno dello Stato condannato⁴⁹. Pertanto, nell'ottica della Corte, oltre ad essere obbligati a conformarsi a quanto disposto nelle sentenze relative alle controversie nelle quali essi sono coinvolti in qualità di parte, gli Stati devono tener conto dell'incidenza nel proprio ordinamento nazionale della giurisprudenza della Corte complessivamente considerata. Ciò significa, in altri termini, che la Corte, conformemente del resto agli orientamenti che emergono dalle raccomandazioni del Comitato dei Ministri, auspica l'esistenza negli ordinamenti interni di procedure che consentano una "verifica permanente di conformità" alla Convenzione. È quanto, come è noto, dispone lo *Human Rights Act* del Regno Unito con riferimento ai progetti di legge, per i quali è prevista un'attestazione preventiva di conformità alla Convenzione qualora contengano disposizioni suscettibili di incidere nella materia dei diritti umani⁵⁰.

Sulla scorta di questa posizione adottata dalla Corte, parte della dottrina ha inteso attribuire un valore di *res interpretata* alle sue sentenze, e quindi un effetto *ultra partes*, nel senso di un vincolo degli Stati ad uniformarsi anche alla giurisprudenza resa in controversie di cui non sono parti. Per la verità nelle sue sentenze la Corte non utilizza espressamente queste espressioni; il riconoscimento formale da parte degli Stati contraenti del valore di *res interpretata* è però auspicato nel *Memorandum* presentato in vista della Conferenza di Interlaken dal Presidente della Corte⁵¹. A nostro avviso, questo effetto è già ricavabile implicitamente, oltre che dalla giurisprudenza della Corte, dall'esame delle risoluzioni del Comitato dei Ministri, che mostra come le autorità nazionali, in particolare i giudici, siano (pur con delle eccezioni) in genere portate a seguire la giurisprudenza della Corte complessivamente considerata. Ciò sia per il riconoscimento ai giudici di Strasburgo di un ruolo particolarmente qualificato per poter interpretare il senso e la portata delle nozioni utilizzate nella CEDU, certamente svincolate da autonome ricostruzioni basate sul diritto interno, sia perché le autorità nazionali sono coscienti dei rischi che il disconoscimento dell'effetto di *res iudicata* alle sentenze della Corte può comportare in termini di responsabilità internazio-

⁴⁹ V. *supra* le decisioni della Corte citate alle note 42 e 43. V. anche il già ricordato invito rivolto agli Stati nella Dichiarazione di Interlaken del 19 febbraio 2010.

⁵⁰ Sul punto si rinvia ancora al contributo di R. SAPIENZA in questo *Volume*

⁵¹ V. *Mémoire du Président de la Cour européenne des droits de l'homme aux Etats en vue de la Conférence d'Interlaken*, 3 luglio 2009. Si legge nel documento (consultabile nel portale web del Consiglio d'Europa): "Enfin, dès à présent, un consensus pourrait permettre de reconnaître aux arrêts de la Cour l'autorité de la chose interprétée, ce qui renforcera l'obligation pour les Etats de prévenir des violations de celle-ci. Il n'est plus acceptable qu'un Etat ne tire pas le plus tôt possible les conséquences d'un arrêt concluant à une violation de la Convention par un autre Etat lorsque son ordre juridique comporte le même problème. L'autorité de la chose interprétée par la Cour va au-delà de la *res iudicata* au sens strict. Une telle évolution ira de pair avec l'effet direct de la Convention en droit interne et avec son appropriation par les Etats. Elle constituera une nouvelle étape de l'évolution du droit de la Convention, dont on ne peut sous-estimer l'effet utile et les conséquences positives pour tous".

nale e di svilimento complessivo del sistema. Il riconoscimento formale di questo valore non tarderà, comunque, a venire.

Piuttosto, occorre interrogarsi sulle caratteristiche e i limiti di tale valore, nonché sul suo fondamento nella Convenzione.

Ogni decisione della Corte fa corpo immediatamente con le disposizioni convenzionali alle quali fa riferimento. Ciò implica che uno Stato non può differire l'adattamento del suo diritto alla CEDU nell'attesa di una conferma giurisprudenziale del contenuto delle sue obbligazioni o piuttosto nella speranza di un *revirement* della Corte. Naturalmente occorre che la sentenza sia definitiva ai sensi dell'art. 44 della Convenzione. Non è ipotizzabile, quindi, che solo di fronte ad una giurisprudenza "consolidata" da molteplici precedenti valga il principio della *res interpretata*. È vero che la Corte ha affermato di non essere vincolata dalle sue decisioni anteriori⁵², ma essa ha anche sottolineato che, nell'interesse della certezza del diritto, della prevedibilità e uguaglianza davanti alla legge, è importante che non si discosti senza motivo valido dai suoi precedenti⁵³.

Quindi l'operatore del diritto interno ha l'obbligo di seguire la giurisprudenza di Strasburgo complessivamente considerata, anche al di là cioè dell'effetto tra le parti del processo. Questo valore di *res interpretata* delle sentenze della Corte va però, naturalmente, sempre temperato con il rispetto dei principi fondamentali dell'ordinamento interno. Il giudice interno, in particolare, non può non tener conto dei limiti necessariamente scaturenti dalla circostanza per cui ogni decisione della Corte è resa in un caso di specie che è proprio di un contesto particolare, e relativo ad un determinato ordinamento⁵⁴. In secondo luogo, la recente entrata in vigore del Protocollo n. 14, che implica una certa "semplificazione" nel lavoro della Corte, potrebbe, a nostro avviso, nuocere talvolta alla qualità delle sue sentenze. In terzo luogo non va sottovalutato che in certi settori l'ottica della Corte – rivolta a garantire esclusivamente i diritti individuali – tende a non coincidere con il punto di vista più ampio dell'ordinamento interno: un esempio per tutti, e ben noto, è la "funzione sociale" attribuita dall'art. 42 della Costituzione italiana alla proprietà privata, non rinvenibile né nell'art. 1 del Protocollo n. 1 della CEDU, né nella giurisprudenza della Corte, come di recente dimostrato dalla decisione resa il 20 gennaio 2009 contro l'Italia nel caso *Punta Perotti*⁵⁵.

⁵² V. in particolare Corte europea dei diritti umani, *Cossey c. Regno Unito*, ricorso n. 10843/84, sentenza del 27 settembre 1990, par. 35.

⁵³ Così Corte europea dei diritti umani, *Chapman c. Regno Unito*, ricorso n. 27238/95, sentenza del 18 gennaio 2001, par. 70.

⁵⁴ La stessa Corte europea dei diritti umani, *Sunday Times c. Regno Unito*, ricorso n. 6538/74, sentenza del 26 aprile 1979, riconobbe che "non si possono ignorare caratteristiche di fondo e procedura dei diritti interni rispettivi degli Stati Parte" (par. 61).

⁵⁵ *Sud Fondi srl e al. c. Italia*, ricorso n. 75909/01, sentenza del 20 gennaio 2009. In commento v. A. DI PERNA, *Il caso di Punta Perotti di fronte alla Corte europea dei diritti umani*, in *Diritti umani e diritto internazionale*, 2009, p. 436 ss.; E. SCISO, *Punta Perotti a Bari: ancora una con-*

Ciò che è importante, e lo si ribadisce ancora, è l'atteggiamento di apertura e disponibilità dell'interprete, il quale riconoscerà il valore di *res interpretata* alla giurisprudenza della Corte, discostandosi solo eccezionalmente, per l'esigenza di dare corso all'applicazione di principi fondamentali dell'ordinamento interno, dalle conclusioni di quest'ultima. Non è senza rilievo sottolineare che questo stesso atteggiamento da parte del giudice interno è stato ritenuto dalla Corte costituzionale tedesca, come già ricordato, necessario (alla luce dell'apertura al diritto internazionale – *Völkerrechtsfreundlichkeit* – propria della Legge fondamentale tedesca) anche con riferimento alle decisioni della Corte internazionale di giustizia⁵⁶.

La dottrina si è poi interrogata sul fondamento nella Convenzione del valore di *res interpretata* delle sentenze della Corte⁵⁷. Poco convincente appare far leva sull'art. 46, dal momento che la lettera del par. 1 sembra escludere questa possibilità, limitando alle sentenze relative alle controversie in cui sono parti l'impegno degli Stati Contraenti a conformarsi. Inoltre, il compito del Comitato dei Ministri sarebbe in questo caso insostenibile, dovendo assicurare per ogni sentenza resa dalla Corte, ai sensi del par. 2, il controllo dell'esecuzione all'interno di 47 Stati. Sembra invece senz'altro plausibile e coerente con il sistema della Convenzione partire dall'art. 1, e cioè dalla circostanza per cui i diritti e le libertà definiti nella CEDU sono riconosciuti a tutte le persone soggette alla giurisdizione dello Stato nell'interpretazione offerta dalla Corte, che fa corpo con le norme convenzionali come ripetutamente rilevato⁵⁸. Si tratta, in definitiva, di un'applicazione analogica di quanto normalmente avviene nel diritto interno, dove certo di regola non si prescinde dall'interpretazione, per tutti, della norma offerta dalle giurisdizioni superiori rispetto ad un singolo caso. D'altra parte, la CEDU fa parte del diritto nazionale pressoché in tutti gli Stati contraenti e lo stesso art. 32 della Convenzione, nel definire la competenza della Corte, implica una garanzia di una applicazione effettiva e almeno armoniosa (se non uniforme) della Convenzione in tutto lo "spazio giudiziario" in cui essa trova applicazione.

Naturalmente, facendo derivare l'effetto di *res interpretata* dall'art. 1 della Convenzione, resta esclusa la competenza del Comitato dei Ministri a vigilare sull'esecuzione della sentenza da parte di Stati diversi dallo Stato soccombente in giudizio. Non sono quindi prospettabili delle sanzioni dirette per gli Stati inadempienti, che corrono solo il rischio di un ricorso individuale. Va tuttavia rilevato che se le norme o la prassi di uno Stato sono contrarie alla giurisprudenza

danna per una confisca da parte della Corte europea dei diritti dell'uomo, in *Rivista di diritto internazionale*, 2009, p. 487 ss.

⁵⁶ V., *supra*, la nota 37.

⁵⁷ Sulle diverse posizioni sostenute in proposito si veda D. KRÄHENBÜHL, *L'autorité des arrêts de la Cour européenne des droits de l'homme, notamment en Suisse et en Allemagne*, Mémoire de master de la Faculté de droit de l'Université de Neuchâtel, octobre 2006, p. 121 ss., disponibile su www.weblaw.ch/pdf/magister_kraehenbuehl_121_iv_autoritedechoseinterpretee.pdf.

⁵⁸ Ivi, p. 128 ss.

della Corte si è già in una situazione di violazione della CEDU. Ovviamente la violazione dell'autorità della *res interpretata* non potrà costituire motivo autonomo di ricevibilità di un eventuale ricorso, dal momento che l'art. 1, troppo impreciso, non è da considerare direttamente applicabile nell'ordinamento interno. Occorrerà sempre dimostrare, da parte del ricorrente, la sua condizione di vittima di una violazione al dettato convenzionale.

4. Obblighi di esecuzione delle sentenze della Corte di Strasburgo per gli Stati soccombenti

Come è stato precisato nel corso degli anni dalla giurisprudenza della Corte di Strasburgo⁵⁹, l'art. 46 prevede più obblighi. Lo Stato "resistente" (e soccombente) in giudizio, tenuto a conformarsi, deve porre in essere tutte le misure necessarie a tal fine, e quindi è tenuto innanzitutto a far cessare la causa della violazione; ad eliminare, poi, nei limiti del possibile, gli effetti di tale violazione; dovrà, infine, fare in modo che la violazione in questione non abbia a ripetersi.

Un obbligo di *restitutio in integrum* grava pertanto sullo Stato, il quale attraverso misure legislative, giudiziarie, amministrative è tenuto a provvedere. Quest'obbligo, fino agli sviluppi recenti della prassi degli organi di controllo, di cui si dirà, è stato sempre inteso quale un obbligo di risultato, nel senso che "la sentenza lascia allo Stato la scelta dei mezzi da usare nell'ordinamento nazionale per dare effetto alla sua obbligazione"⁶⁰. Ciò d'altra parte è coerente con la natura dichiarativa delle sentenze della Corte, alla quale fu da subito inibito, ad esempio, come risulta dai lavori preparatori della Convenzione, il potere di annullare una legge nazionale. Le modifiche al sistema intervenute successivamente con i Protocolli 11 e 14 non hanno introdotto variazioni in proposito.

Lo Stato è in linea di massima libero quindi di scegliere i mezzi, sia inerenti al caso individuale, sia di carattere generale, al di là dei confini del caso specifico, necessari all'esecuzione della sentenza. Come misure individuali possono, a titolo d'esempio, menzionarsi l'accelerazione di un procedimento durato troppo a lungo, l'eliminazione dell'iscrizione al casellario giudiziale, la concessione di un permesso di soggiorno, la riapertura di un processo. In molti casi però, soprattutto per evitare il ripetersi della violazione accertata dalla Corte, è indispensabile adottare misure di carattere generale. Se all'origine della violazione c'è l'applicazione di una legge o di una prassi incompatibile con la Convenzione, è pacifico che sullo Stato incomba l'obbligazione di intervenire per modificare la situazione una volta per tutte. Nella maggioranza dei casi si tratterà di abrogare

⁵⁹ Si veda, ad esempio, Corte europea dei diritti umani, *Papamichalopoulos e al. c. Grecia*, ricorso n. 14556/89, sentenza del 31 ottobre 1995.

⁶⁰ Così Corte europea dei diritti umani, *Belilos c. Svizzera*, ricorso n. 10328/83, sentenza del 29 aprile 1988, par. 78.

la disposizione legislativa censurata; in altri casi invece occorrerà rivedere norme e prassi amministrative, o addirittura orientamenti giurisprudenziali⁶¹.

Va poi ricordata la possibilità per la parte lesa, prevista all'art. 41, di ottenere un' "equa soddisfazione". Questa possibilità è rimessa alla discrezionalità della Corte ed è comunque subordinata alla condizione che il diritto interno dello Stato convenuto non consenta se non in modo imperfetto la rimozione delle conseguenze della violazione⁶². Si tratta quindi, di un obbligo sussidiario, contemplato per i casi in cui, ad esempio, la natura intrinseca di una lesione (si pensi ad esempio all'impossibilità di restituire...il tempo passato in prigione a persona detenuta in violazione della Convenzione⁶³) non consenta alcuna possibilità di *restitutio in integrum*. In ordine alla valutazione dell'impossibilità, nel caso concreto, di procedere alla *restitutio* è da ritenere che lo Stato goda di un certo margine di apprezzamento⁶⁴. Va tuttavia rilevato che questo tipo di soddisfazione si presenta come particolarmente interessante per il ricorrente, dal momento che la Corte l'ha sempre determinata in termini monetari. Tale circostanza, insieme con l'evidente maggiore semplicità e spesso economicità rispetto a più complesse iniziative che coinvolgano riforme strutturali, ha sovente indotto gli Stati a sottovalutare la sussidiarietà di quest'obbligo rispetto al dovere primario di cui all'art. 46⁶⁵. Anche la Corte, per la verità, è stata oggetto di critiche allorché è parso che attribuisse allo Stato una sorta di facoltà di scelta tra l'una e l'altra forma di obbligazione, mettendole di fatto sullo stesso piano⁶⁶.

Nella grande maggioranza dei casi le sentenze della Corte sono eseguite senza difficoltà particolari da parte degli Stati. Numerose, in ogni ordinamento nazionale, sono le riforme legislative che sono conseguenti a procedure iniziate a Strasburgo, circostanza che viene anche ad attribuire alla Corte un importante ruolo di stimolo

⁶¹ Dopo la sentenza della Corte del 25 maggio 1993, *Kokkinakis c. Grecia*, ricorso n. 14307/88, ad esempio, il Comitato dei Ministri ha seguito per oltre tre anni l'evoluzione giurisprudenziale dei tribunali greci al fine di assicurarsi che fossero cessati i procedimenti penali per proselitismo ritenuti dalla Corte di Strasburgo contrari all'art. 9 CEDU

⁶² "Se la Corte dichiara che vi è stata violazione della Convenzione o dei suoi protocolli e se il diritto interno dell'Alta Parte Contraente non permette che in modo imperfetto di rimuovere le conseguenze di tale violazione, la Corte accorda, se del caso, un'equa soddisfazione alla parte lesa". V. F. SUNDBERG, *Art. 41*, in S. BARTOLE, B. CONFORTI, G. RAIMONDI (a cura di), *op. cit.*, p. 661 ss. Più in generale, da ultimo, G. BARTOLINI, *Riparazione per violazione dei diritti umani e ordinamento internazionale*, Napoli, 2009.

⁶³ Così la Corte nella sentenza del 18 giugno 1971 resa nel caso *De Wilde, Ooms e Versyp c. Belgio*, ricorsi n. 2832/66, 2835/66, 2899/66.

⁶⁴ Sul punto, v. E. LAMBERT ABDELGAWAD, *L'execution des arrêts de la Cour européenne des droits de l'homme* (2008), in *Revue Trimestrielle des Droits de l'Homme*, 2009, p. 661 ss.

⁶⁵ Sul punto, si rinvia a L. WILDHABER, *The European Convention on Human Rights and International Law*, in *International and Comparative Law Quarterly*, 2007, p. 217 ss.

⁶⁶ V. la già ricordata sentenza del 31 ottobre 1995, *Papamichalopoulos e al. c. Grecia*, le cui conclusioni sul punto sono criticate in particolare da P. PIRRONE, *Il caso Papamichalopoulos dinanzi alla Corte europea dei diritti dell'uomo: restituito in integrum ed equa soddisfazione*, in *Rivista di diritto internazionale*, 1997, p. 152 ss.

al legislatore⁶⁷. Talvolta il risultato è raggiunto agevolmente e rapidamente, in altre occasioni, invece, molto più lentamente e con difficoltà, solo in virtù della “pressione” esercitata dal Comitato dei Ministri⁶⁸. Per quanto riguarda il pagamento dell’“equa soddisfazione” accordata dalla Corte ex art. 41, problemi sono sorti solo allorché questioni di diritto si sono intrecciate con complicati problemi di politica internazionale. Mi riferisco in particolare ai ben noti “casi turchi” relativi alle rivendicazioni di proprietà, da parte di privati, di beni situati nella parte di Cipro che è sotto il controllo dell’autoproclamata “Repubblica Turca di Cipro del Nord”. Secondo la Turchia, convenuta in giudizio in questi casi a ragione della sovranità “di fatto” esercitata in quel territorio, l’esecuzione delle sentenze di condanna non poteva avvenire prima di risolvere politicamente la questione di Cipro⁶⁹.

I problemi legati alla non-esecuzione sono però la fonte dei c.d. ricorsi ripetitivi, i quali, da soli, rappresentano più della metà del contenzioso complessivo dinanzi alla Corte. È evidente che il compito di quest’ultima non può essere certo, alla luce del sistema della CEDU e di quanto si è detto in particolare sul ruolo rispettivo della Corte europea e dei giudici interni, quello di risolvere continuamente controversie analoghe tra loro fino a raggiungere la paralisi del sistema stesso di controllo a causa del numero esorbitante di ricorsi ripetitivi. A questa considerazione si aggiunge la preoccupazione per l’effettività delle sentenze, preoccupazione crescente che ha condotto gli Stati all’adozione del Protocollo n. 14 che ha riformulato l’art. 46 attribuendo nuove competenze al Comitato dei Ministri⁷⁰.

La Corte tuttavia non ha atteso l’entrata in vigore del Protocollo n. 14 per interpretare le proprie sentenze e precisare le misure necessarie a far considerare eseguita, nel dispositivo, la sua sentenza da parte dello Stato soccombente. Con una prassi forse disordinata ma puntuale, la Corte ha proceduto ad identificare di volta in volta le misure individuali e generali che lo Stato è tenuto ad adottare.

Per quanto riguarda le misure generali, la Corte ha agito di concerto con il Comitato dei Ministri. Quest’ultimo infatti, il 12 maggio 2004 adottava la risoluzione n. 3 nella quale invitava la Corte a identificare nelle sentenze, nella misura del possibile, ciò che, a suo giudizio, rivelasse “un problema strutturale sottostante e la fonte di tale problema”. Un mese dopo la Corte dava corso a questo invito nel

⁶⁷ In proposito, per qualche esempio relativo all’ordinamento italiano v. G. CATALDI, *Convenzione europea dei diritti dell’uomo e ordinamento italiano: un tentativo di bilancio*, cit., p. 78 ss.

⁶⁸ Il dossier relativo all’esecuzione della sentenza del 13 giugno 1979 resa nel caso *Marckx c. Belgio*, cit., relativa ai diritti familiari e patrimoniali dei figli nati fuori dal matrimonio, è stato, ad esempio, definitivamente chiuso solo nel 1992.

⁶⁹ Il *leading case* in materia è costituito dalla sentenza del 18 dicembre 1996 resa nel caso *Loizidou c. Turchia*, cit., in commento alla quale si veda J.P. COT, *La responsabilité de la Turquie et le respect de la Convention européenne dans la partie nord de Chypre*, in *Revue Trimestrielle des Droits de l’Homme*, 1998, p. 102 ss.; C. VITUCCI, *Atti della Repubblica turca di Cipro del Nord e responsabilità della Turchia: il caso Loizidou*, in *Rivista di diritto internazionale*, 1998, p. 1065 ss.

⁷⁰ v., *supra*, la nota 45.

caso *Broniowski c. Polonia*⁷¹. Nella specie, si trattava di questioni legate all'indennizzo dovuto dallo Stato ai privati in relazione ai beni situati nei c.d. "territori al di là del fiume Bug" e cioè in una zona assegnata all'Unione Sovietica (oggi all'Ucraina) dopo la seconda guerra mondiale. Poiché in seguito alle carenze del sistema risarcitorio previsto dal diritto interno e al numero di interessati si trattava, potenzialmente, di migliaia di ricorsi che sarebbero giunti (e in parte già presentati) all'attenzione della Corte, questa rilevava che "la violazione risulta da un problema strutturale legato al cattivo funzionamento della legislazione e dalla prassi interna". Ciò rappresentava non solo "un fattore aggravante per la responsabilità dello Stato" ma anche una minaccia per l'effettività per l'avvenire del sistema. Di conseguenza, la Corte affermava la necessità di un intervento del legislatore nazionale "in grado di rimediare alla mancanza strutturale da cui proviene la constatazione della violazione formulata dalla Corte" e cioè l'adozione di misure, anche retroattive, che prendessero in considerazione le posizioni delle numerose persone investite e che potessero offrire a queste ultime "una riparazione così come stabilita nel presente caso per il ricorrente". Veniva così ad inaugurarsi la prassi della c.d. "sentenza-pilota", di cui si è già detto. Il caso *Broniowski* tuttavia aveva dei precedenti in quelle sentenze nelle quali la Corte aveva già cominciato a restringere la facoltà di scelta dei mezzi da parte dello Stato, affermando che comunque questi mezzi dovevano essere "compatibili con le conclusioni contenute nella sentenza della Corte"⁷².

Con questa nuova prassi la Corte europea, oltre ad identificare il problema strutturale e ad indicare, di conseguenza, le misure generali che lo Stato deve adottare, procede sostanzialmente a restituire il contenzioso allo Stato. Ciò è particolarmente evidente negli sviluppi successivi alla sentenza *Broniowski*, in particolare in quei casi nei quali la Corte non ha esitato a ingiungere allo Stato l'instaurazione di una procedura di ricorso effettiva fissando addirittura un termine per l'inizio del funzionamento di tale procedura⁷³. È evidente l'intento primario di alleggerire il carico di lavoro, ormai esorbitante, della Corte. Contestualmente alla pronuncia della sentenza-pilota, infatti, tutti i ricorsi dello stesso tipo vengono "congelati", cioè non esaminati dalla Corte, in attesa che lo Stato

⁷¹ *Broniowski c. Polonia* [GC], sentenza del 22 giugno 2004, cit. *supra* alla nota 33 alla quale si rinvia anche per i riferimenti bibliografici

⁷² Corte europea dei diritti umani, *Scozzari e Giunta c. Italia*, ricorsi nn. 39221/98 e 41963/98, sentenza del 13 luglio 2000, par. 249. Si veda anche la sentenza della Grande Camera del 17 febbraio 2004, *Maestri c. Italia*, ricorso n. 39748/98, nella quale la Corte ricostruisce una sorta di principio di lealtà convenzionale derivante dall'art. 1 CEDU, ricordando l'impegno degli Stati Contraenti a fare in modo che il diritto interno sia compatibile con la Convenzione stessa.

⁷³ Un esempio è costituito dalla sentenza del 22 dicembre 2005, *Xenides-Arestis c. Turchia*, ricorso n. 46347/99. Dopo aver constatato che l'impossibilità per la ricorrente di accedere alla sua casa e di utilizzarla dopo la divisione del 1974 a Cipro costituiva una violazione dell'art. 8 CEDU e dell'art. 1 del Protocollo n. 1 la Corte, ricordando che circa 1400 ricorsi simili erano pendenti, ha obbligato la Turchia a instaurare entro tre mesi una via di ricorso che garantissero una ripetizione effettiva delle violazioni constatate per il ricorrente e per gli altri interessati.

adotti le misure generali indicate come necessarie. L'obbligo di risultato non è più tale. Lo Stato, in questo caso, non ha più la libera scelta dei mezzi.

Con questa prassi, che si è imposta come necessaria in un momento critico per il funzionamento del sistema, la Corte ha indubbiamente avuto anche il merito di attribuirsi, in via pretoria, poteri non previsti ma sicuramente funzionali all'efficacia della tutela dei diritti garantiti nella CEDU. È da ricordare, a questo proposito, che la Convenzione interamericana dei diritti umani, all'art. 2, prevede espressamente l'obbligo per lo Stato di adottare "le misure legislative o di altro genere necessarie per rendere effettivi i menzionati diritti e libertà". Tuttavia, non poche perplessità e anche critiche sono state espresse, dal momento che la mancanza di univocità nella giurisprudenza, e l'assenza di indicazioni agli Stati di linee direttrici in materia, non si sposano con esigenze di certezza del diritto che appaiono irrinunciabili anche in nome dell'efficacia⁷⁴. Senza dimenticare che il sistema è stato immaginato in origine nel senso di attribuire alla Corte il potere di statuire in concreto, con una sentenza dichiarativa, e non nel senso di giudicare la conformità alla CEDU delle regole di diritto interno.

Va rilevato, in particolare, nell'ottica soprattutto del ricorrente, che nel caso di una sentenza pilota viene sostanzialmente a prodursi un'eccezione (non prevista) al requisito del previo esaurimento delle vie di ricorso interne, poiché la...via interna da percorrere non esiste, e sarà creata, eventualmente, solo successivamente all'introduzione del ricorso e alla sentenza stessa!⁷⁵ Preoccupa, inoltre, il destino dei ricorsi "congelati" in attesa della soluzione del ricorso "madre". È evidente che, nel frattempo, si versa in una situazione, imbarazzante dal punto di vista dei diritti fondamentali, di una sospensione a tempo indeterminato delle garanzie processuali, nel diritto interno come in quello sovranazionale. In caso di inerzia prolungata del legislatore domestico si presenta la necessità che i casi "congelati" innanzi alla Corte di Strasburgo riprendano vigore e vadano esaminati⁷⁶.

Come è stato segnalato⁷⁷, è essenziale poi non confondere la questione dei problemi strutturali con il trattamento di casi specifici che riguardino un gran

⁷⁴ Per delle considerazioni critiche approfondite si rinvia a F. SUDRE, *L'effectivité des arrêts de la Cour européenne des droits de l'homme*, in *Revue Trimestrielle des Droits de l'Homme*, 2008, p. 917 ss.

⁷⁵ Il requisito del previo esaurimento delle vie di ricorso interne è previsto all'art. art. 35, par. 1, CEDU. In dottrina: R. PISILLO MAZZESCHI, *Esaurimento dei ricorsi interni e diritti umani*, Torino, 2004.

⁷⁶ Cfr. F. PALOMBINO, *La 'procedura di sentenza pilota' nella giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo*, cit., p. 110, il quale mette anche in rilievo che nel caso di inerzia o di inidoneità delle misure statali la procedura di sentenza pilota finisce con il ritardare, anziché accelerare, l'attuazione della CEDU. Per soluzioni prospettabili agli inconvenienti segnalati si vedano le osservazioni di A. SACCUCCI, *L'entrata in vigore del Protocollo n. 14 e le nuove regole procedurali per la sua applicazione*, cit., p. 332 s.

⁷⁷ V. F. SUDRE, *op. cit.*, p. 926 s., il quale ritiene anche che la procedura della sentenza-pilota sia più adatta al trattamento di problemi specifici che tocchino un gran numero di persone piuttosto che alla soluzione di problemi strutturali. A questo autore (p. 928 ss.) si rinvia anche per degli esempi di quelle da lui definite "derive procedurali" del sistema, come nel caso di una decisione di

numero di persone. L'esistenza di un problema strutturale implica soltanto una situazione cronica di violazione della CEDU, non necessariamente collegata al numero, potenziale o reale, di ricorsi. Il potere della Corte di prescrivere misure generali non è limitato infatti all'ipotesi di casi ripetitivi. Come esempio di problema strutturale può segnalarsi il caso della disciplina della contumacia nell'ordinamento italiano, più volte censurata dalla Corte⁷⁸, problema alla fine risolto attraverso l'intervento del legislatore⁷⁹.

5. Segue: esecuzione delle sentenze della Corte che richiedono l'adozione di misure individuali

La libertà dello Stato di scegliere i mezzi idonei ad ottemperare alle decisioni della Corte è stata negli ultimi anni compressa anche per quanto riguarda le misure individuali. La Corte si è attribuito un potere di ingiunzione puntuale innanzitutto nei casi in cui essa ha ritenuto che, a ragione della natura della violazione compiuta, la possibilità di scelta da parte delle autorità statali risultasse di fatto annullata. Rilevano in particolare quelle decisioni nelle quali, avendo accertato che la detenzione del ricorrente si presentava come arbitraria, la Corte ha indicato come unica misura prospettabile di esecuzione della sentenza la rimessione in libertà il più rapidamente possibile.

Questa forma di riparazione "in forma specifica" è stata per la prima volta ingiunta ad uno Stato dalla Corte nella sentenza dell'8 aprile 2004 resa nel caso

irricevibilità resa sul fondamento di una precedente sentenza dichiarata retroattivamente pilota! (*Içyer c. Turchia*, decisione del 12 gennaio 2006, ricorso n. 18888/02, con riferimento alla sentenza del 29 giugno 2004, *Dogan e al. c. Turchia*, ricorsi nn. 8803-8811/02, 8813/02 e 8815-8819/02, in materia di misure sul trasferimento forzato).

⁷⁸ Corte europea dei diritti umani, *Somogyi c. Italia*, ricorso n. 67972/01, sentenza del 18 maggio 2004; *Sejdovic c. Italia* [GC], ricorso n. 56581/00, sentenza dell'1° marzo 2006. In dottrina: A. GUAZZAROTTI, A. COSSIRI, *L'efficacia in Italia delle sentenze della Corte europea dei diritti dell'uomo secondo la prassi più recente*, in *Rassegna dell'Avvocatura dello Stato*, 2006, III, disponibile su www.forumcostituzionale.it; B. RANDAZZO, *Nuovi sviluppi in tema di esecuzione delle sentenze della Corte europea dei diritti dell'uomo*, in *I diritti dell'uomo cronache e battaglie*, 2006, p. 11 ss.

⁷⁹ Decreto legge 21 febbraio 2005, n. 17 "Disposizioni urgenti in materia di impugnazione delle sentenze contumaciali e dei decreti di condanna", convertito dalla legge 22 aprile 2005, n. 60, in *Gazzetta Ufficiale* n. 94 del 23 aprile 2005. In dottrina: M. CHIAVARIO, D. NEGRI, *Contumacia e impugnazioni (D.L. 18.2.2005, n. 17), Commenti articolo per articolo*, in *Legislazione penale*, 2005, p. 253 ss.; L. FILIPPI, *Rito contumaciale: quale "equo processo"?*, in *Cassazione penale*, 2005, p. 2193 ss.; P. MOSCARINI, *Il giudizio in absentia nell'ottica delle giurisdizioni internazionali e in una recente legge italiana*, in *Rivista italiana di diritto e procedura penale*, 2005, p. 573 ss. Sugli effetti della normativa interna v. Corte Suprema di cassazione (Ufficio del massimario, Servizio penale), *Il giudizio in contumacia e la restituzione nel termine dopo la legge n. 60 del 2005*, Rel. n. 50/2006, disponibile su www.cortedicassazione.it/Documenti/Relazione50_06.doc.

*Assanidzé c. Georgia*⁸⁰. La vicenda che ha dato luogo al ricorso e poi alla sentenza è piuttosto singolare, trattandosi del mantenimento in detenzione senza fondamento giuridico di un oppositore politico da parte delle autorità locali della Repubblica autonoma Agiara, contro la volontà del governo centrale e malgrado una sentenza della Corte suprema della Georgia che ordinava la liberazione del detenuto. Il ricorrente fu liberato il giorno dopo la lettura in pubblica udienza della sentenza della Corte di Strasburgo, e quindi senza dubbio va salutato con favore, nella specie, questo nuovo modello di decisione adottato, nella misura in cui esso appare chiaramente utilizzato con l'acquiescenza, se non con la collaborazione, dello Stato tenuto ad ottemperare. Qualche perplessità, invece, potrebbe sorgere nell'ipotesi in cui la Corte fosse indotta ad utilizzare questa prassi al di là di casi veramente eccezionali. Non è un caso che altre sentenze dello stesso tipo (ad esempio *Ilaşcu c. Moldova e Russia*, dell'8 luglio 2004) abbiano incontrato maggiori difficoltà ad essere eseguite. Va ricordato infatti che la base giuridica di questo potere che la Corte ha attribuito a se stessa è debole, dal momento che dall'art. 41 e dall'art. 46 CEDU può solo ricavarsi l'obbligo primario dello Stato di provvedere, dove possibile, alla *restitutio in integrum*.

Anche in materia di violazione del principio del processo equo la Corte ha fatto uso di un potere di ingiunzione puntuale, sottolineando la necessità, al fine di conseguire l'obiettivo della *restitutio in integrum*, di un nuovo processo, o della riapertura del processo, nei casi in cui una condanna penale sia stata riconosciuta come avvenuta in violazione dell'art. 6 CEDU. Le ipotesi per le quali la Corte ha messo in rilievo tale esigenza variano, passando dalla mancanza di indipendenza o imparzialità del tribunale⁸¹, all'assenza di un tribunale "precostituito dalla legge"⁸². Per quanto riguarda l'Italia, ad esempio, la necessità di revisione del processo è stata dalla Corte affermata nei casi, già ricordati, nei quali si è riscontrata una lesione del diritto del ricorrente a partecipare al proprio processo⁸³. In tutte queste fattispecie si riscontra la necessità sia di misure generali che di misure individuali. Va sottolineato, infatti, che il settore del processo penale può essere considerato quello nel quale si sono avuti gli episodi più numerosi di adozione, da parte degli Stati, a seguito di sentenze di condanna della Corte, di entrambe le tipologie di misure. Misure individuali, innanzitutto, spesso sotto la forma di decisioni quanto meno audaci di giudici che hanno tentato di reagire a problemi strutturali

⁸⁰ In commento alla sentenza v. G. COHEN-JONATHAN, *A propos des arrêts Assanidzé (8 avril 2004), Ilaşcu (8 juillet 2004) et Issa (16 novembre 2004)*, in *Revue Trimestrielle des Droits de l'Homme*, 2005 p. 767 ss. Per una decisione, più recente, dello stesso tipo v. *Yakistan c. Turchia*, ricorso n. 11339/03, sentenza del 6 marzo 2007.

⁸¹ Corte europea dei diritti umani, *Gençel c. Turchia*, ricorso n. 53431/99, sentenza del 23 ottobre 2003; *Ocalan c. Turchia* [GC], ricorso n. 46221/99, sentenza del 12 maggio 2005.

⁸² Corte europea dei diritti umani, *Claes e al. c. Belgio*, ricorsi nn. 46825/99, 47132/99, 47502/99, 49010/99, 49104/99, 49195/99 e 49716/99, sentenza del 2 giugno 2005.

⁸³ Si tratta, in particolare, delle decisioni nei casi *Somogy c. Italia* e *Sejdovic c. Italia*, sui quali v., *supra*, la nota 78.

dell'ordinamento interno supplendo talvolta all'inerzia del legislatore. A tali misure sovente hanno poi fatto seguito, disposizioni legislative volte a modificare il sistema⁸⁴. A tal proposito va ancora una volta ricordato il caso *Dorigo*⁸⁵, nel quale, in mancanza di una norma interna che consentisse la riapertura del processo penale in seguito a sentenza della Corte di Strasburgo che avesse dichiarato illegittima la condanna per violazione dell'art. 6 Convenzione, la Corte di cassazione, invocando l'effetto diretto della CEDU come interpretata dalla Corte di Strasburgo, ha ordinato la liberazione del ricorrente, auspicando per il futuro l'intervento del legislatore al fine di introdurre nell'ordinamento italiano la possibilità di riapertura dei processi penali in casi simili. Queste conclusioni sono state salutate con estremo favore dal Comitato dei Ministri del Consiglio d'Europa⁸⁶. L'intervento legislativo auspicato, tuttavia, non si è ancora realizzato⁸⁷.

6. Esecuzione delle decisioni della Corte di Strasburgo che indicano misure provvisorie

Un cenno merita infine la questione dell'esecuzione delle ordinanze nelle quali la Corte di Strasburgo prescrive l'adozione di misure provvisorie.

Il regolamento di procedura della Corte prevede, all'art. 39, la possibilità per una Camera della Corte stessa (o per il suo Presidente, se del caso) di "indicare alle parti le misure cautelari che ritiene debbano essere adottate

⁸⁴ La circostanza dell'adozione da parte di numerosi Paesi di legislazioni volte a consentire la riapertura del processo in seguito a decisione della Corte di Strasburgo che abbia dichiarato illegittima la condanna del ricorrente ha attribuito alle sentenze della Corte di Strasburgo, secondo E. LAMBERT ABDELGAWAD (*Les effets des arrêts de la Cour européenne des droits de l'homme*, Bruxelles, 1999, p. 215), "l'effet immédiat le plus spectaculaire en droit interne qu'un jugement international puisse produire". Si veda, ad esempio, la legge belga in materia, a commento della quale si fa rinvio a A. VERHEYLESonne, O. KLEES, *La loi belge du 1er avril 2007 relative à la réouverture de la procédure pénale à la suite d'un arrêt de condamnation de la Cour européenne des droits de l'homme*, in *Revue Trimestrielle des Droits de l'Homme*, 2008, p. 773 ss. Per una "panoramica" sulle soluzioni legislative in vigore negli ordinamenti statali in materia di rinnovazione del processo penale a seguito di sentenza della Corte si rinvia a M. CASTELLANETA, *La riapertura dei processi penali a seguito di pronunce della Corte europea dei diritti dell'uomo*, in *Studi in onore di V. Starace*, Napoli, 2008, p. 59 ss. A questo scritto si fa rinvio (v. p. 95 ss.) anche in ordine alla questione del (e al dibattito sul) fondamento giuridico dell'obbligo di riaprire i processi. Si veda anche A. SACCUCCI, *Obblighi di riparazione e revisione dei processi nella Convenzione europea dei diritti umani*, in *Rivista di diritto internazionale*, 2002, p. 618 ss.

⁸⁵ V., *supra*, alla nota 25.

⁸⁶ V. Comitato dei Ministri del Consiglio d'Europa, *Exécution des décisions du Comité des Ministres Affaire Dorigo c. l'Italie*, risoluzione CM/ResDH(2007)831, 25 giugno 2007.

⁸⁷ Un disegno di legge "recante disposizioni in materia di revisione a seguito di sentenza della Corte europea dei diritti dell'uomo" era stato approvato dal Governo il 3 agosto 2007. Esso è però decaduto con la fine anticipata della legislatura. In proposito, anche per riferimenti ai precedenti, v. M. CASTELLANETA, *op. ult. cit.*, p. 85 ss.

nell'interesse delle parti o della corretta conduzione del procedimento". Ciò "su istanza di parte o dei terzi interessati oppure d'ufficio". Si tratta di una competenza che normalmente è attribuita ai tribunali, siano essi domestici o internazionali, sul presupposto dell'esistenza di un rischio imminente di danno irreparabile nelle more del giudizio (c.d. *periculum in mora*) e della non irragionevolezza manifesta (c.d. *fumus boni iuris*) della questione prospettata al giudice⁸⁸.

In una serie di decisioni adottate in anni recenti, vari tribunali internazionali ed organi non giurisdizionali di controllo del rispetto dei diritti umani si sono confrontati con la questione degli effetti delle misure cautelari⁸⁹. In tutte queste decisioni è presente l'affermazione della necessità, per il soggetto gravato, di ottemperare alle misure indicate, al fine di non rendere inutile ed inefficace la sentenza definitiva. In particolare, la Corte internazionale di giustizia, nella sentenza del 2001 nel caso *LaGrand*, ha statuito per la prima volta – e senza possibilità di equivoci – che le sue ordinanze contenenti misure cautelari, adottate ai sensi dell'art. 41 dello Statuto della Corte, hanno carattere vincolante⁹⁰. Sulla scorta di questa giurisprudenza, la Corte di Strasburgo, nella decisione del 6 febbraio 2003 resa nel caso *Mamatkulov e Abdurasulović c. Turchia* ha affermato che, interpretando in maniera teleologica le disposizioni della CEDU, e alla luce dei principi generali del diritto internazionale come emergenti proprio dall'analisi della giurisprudenza di altre corti internazionali, gli Stati parti sono obbligati ad ottemperare alle misure provvisorie indicate dalla Corte⁹¹. È importante, a nostro

⁸⁸ Per l'esercizio di questa competenza da parte dei tribunali internazionali si veda P. GAETA, *La giustizia cautelare nel diritto internazionale*, Padova, 2000.

⁸⁹ In proposito, e per i riferimenti alla giurisprudenza rilevante, si rinvia a A. SACCUCCI, *Le misure provvisorie nella protezione internazionale dei diritti umani*, Torino, 2006.

⁹⁰ Nella sentenza del 27 giugno 2001, resa nella controversia tra Germania e Stati Uniti, la Corte dell'Aja ha affermato la violazione, da parte degli Stati Uniti, dell'obbligo di ottemperare alla misura provvisoria indicata al fine di sospendere l'esecuzione della pena capitale inflitta ad un cittadino tedesco che non aveva beneficiato delle garanzie previste dalla Convenzione di Vienna sulle relazioni consolari del 1963. Al par. 109 della sentenza, in particolare, si legge: "En définitive, aucune des sources d'interprétation mentionnées dans les articles pertinents de la convention de Vienne sur le droit des traités, y compris les travaux préparatoires, ne contredisent les conclusions tirées des termes de l'article 41 lus dans son contexte à la lumière de l'objet et du but du Statut. Ainsi, la Cour parvient à la conclusion que les ordonnances indiquant des mesures conservatoires au titre de l'article 41 ont un caractère obligatoire". Nel dispositivo, poi, la Corte conclude (con una maggioranza di 13 voti contro 2): "qu'en ne prenant pas toutes les mesures dont ils disposaient pour que Walter LaGrand ne soit pas exécuté tant que la Cour internationale de Justice n'aurait pas rendu sa décision définitive en l'affaire, les Etats-Unis d'Amérique ont violé l'obligation dont ils étaient tenus en vertu de l'ordonnance en indication de mesures conservatoires rendue par la Cour le 3 mars 1999". In dottrina: J. ACEVES, *LaGrand (Germany v. United States) Judgment*, in *American Journal of International Law*, 2002, p. 210 ss.; R. JENNINGS, *The LaGrand Case*, in *The Law and Practice of International Courts and Tribunals*, 2002, p. 13 ss.

⁹¹ In commento alla sentenza si veda H. TIGROUDJA, *La force obligatoire des mesures provisoires indiquées par la Cour européenne des droits de l'homme. Observations sur l'arrêt du 6 février 2003, Mamatkulov c. Turquie*, in *Revue générale de droit international public*, 2003, p. 601 ss.; A. SACCUCCI, *Il caso Mamatkulov dinanzi alla Corte europea dei diritti umani: un problematico revi-*

avviso, rilevare questo “dialogo a distanza” tra i tribunali internazionali⁹². La Corte di Strasburgo, di conseguenza, modificando gli orientamenti che emergevano dalla sua giurisprudenza pregressa in materia⁹³, ha messo in collegamento l’art. 39 del regolamento con l’art. 34 CEDU, relativo al diritto di ricorso individuale, che, nell’ultima parte, prevede l’impegno delle Parti Contraenti “a non ostacolare in alcun modo l’esercizio effettivo di tale diritto”. Pertanto, secondo il ragionamento della Corte, nei casi in cui ci sia un rischio plausibile di danno irreparabile al godimento da parte del ricorrente dei “*core rights*” garantiti dalla CEDU a ragione degli atti od omissioni dello Stato convenuto, la misura provvisoria serve a preservare e rendere possibile l’esercizio effettivo del diritto di cui all’art. 34. Essendo quindi intesa ad assicurare l’esistenza della questione oggetto del ricorso, essa non può che rivestire carattere obbligatorio incidendo nella sostanza della lamentata violazione alla CEDU. Queste conclusioni sono state ribadite anche nella sentenza resa dalla Grande Camera tra le stesse parti, su richiesta della Turchia, il 4 febbraio 2005⁹⁴.

È naturale che l’ambito di applicazione privilegiata delle misure provvisorie sia quello delle espulsioni o estradizioni verso Paesi in cui è ragionevole il timore, malgrado la sussistenza di eventuali assicurazioni da parte delle autorità dei Paesi di destinazione⁹⁵, che il ricorrente possa perdere la vita oppure essere sottoposto a torture o trattamenti inumani o degradanti. Lo scopo della misura cautelare, in questi casi, è la sospensione del provvedimento di espulsione o estradizione adottato dallo Stato parte convenuto perché contrario (almeno *prima facie*) agli obblighi convenzionali relativi a diritti fondamentali dell’individuo⁹⁶. Si de-

rement in tema di efficacia delle misure provvisorie, in *Rivista di diritto internazionale*, 2004, p. 70 ss.

⁹² Sul punto si vedano anche le considerazioni di L. WILDHABER, *The European Convention on Human Rights and International Law*, cit., p. 226 ss.

⁹³ Su questi precedenti, ed in particolare sulla sentenza del 13 marzo 2001, *Çonka c. Belgio*, ricorso n. 51564/99, v. A. SACCUCCI, *op. ult. cit.*, p. 98 ss.

⁹⁴ Corte europea dei diritti umani, *Mamatkulov e Abdurasulović c. Turchia* [GC], ricorsi nn. 46827/99, 46951/99, sentenza del 4 febbraio 2005. Si vedano in particolare i paragrafi 103 e ss.

⁹⁵ Sui limiti del valore delle assicurazioni fornite dai Paesi di destinazione, e in particolare sulle affermazioni della Corte in materia si rinvia a A. GIANELLI, *Obbligo di ‘non-refoulement’ ed assicurazioni diplomatiche*, in *Studi in onore di Vincenzo Starace*, Napoli, 2008, p. 363 ss.; L. TONINI ALABISO, *Estradizione di sospetti terroristi, violazioni di diritti fondamentali e assicurazioni diplomatiche: il caso Al-Moayad c. Germania*, in *Diritti umani e diritto internazionale*, 2008, p. 155 ss.; A. TANCREDI, *Assicurazioni diplomatiche e divieto ‘assoluto’ di refoulement alla luce di alcune recenti pronunzie della Corte europea dei diritti umani*, ivi, 2010, p. 41 ss.

⁹⁶ Viene in questi casi a prodursi per il ricorrente quella protezione definita “*par ricochet*” perché relativa ad effetti eventualmente lesivi degli obblighi convenzionali destinati a concretizzarsi al di fuori del territorio dello Stato Parte convenuto. Attraverso il meccanismo della protezione *par ricochet*, sono state estese agli stranieri le garanzie di cui agli articoli 2, 3, 8 e, in via eccezionale, 6 (diritto ad un giusto processo), qualora vi sia il rischio di un “*déni de justice flagrant*” nel Paese di destinazione (Cfr. Corte europea dei diritti umani, *Soering c. Regno Unito*, sentenza 7 luglio 1989). Per approfondimenti si rinvia a A. LIGUORI, *Le garanzie procedurali avverso l’espulsione degli immigrati in Eu-*

ve constatare che, a partire in particolare dalla sentenza del 28 febbraio 2008 nel caso *Saadi c. Italia*⁹⁷, l'Italia è stata condannata più volte per aver disatteso le ordinanze con le quali la Corte aveva disposto misure provvisorie a garanzia di individui in pericolo se espulsi o estradati⁹⁸, dando prova di scarsa considerazione nei confronti del sistema complessivo della CEDU⁹⁹. Solo di recente la Corte di cassazione ha avuto modo di affermare "la doverosa osservanza degli obblighi che scaturiscono dai provvedimenti anche provvisori della Corte di Strasburgo" che spetta, oltre che al Governo, a tutte le istituzioni della Repubblica, compresi gli organi giudiziari nell'ambito delle rispettive competenze¹⁰⁰.

7. Conclusioni

Il sistema della CEDU versa in un evidente stato di crisi a ragione delle difficoltà dovute alla necessità di applicazione delle sue norme, e della giurisprudenza di Strasburgo, nel territorio di 47 Stati con sistemi giuridici molto diversi tra loro. Per tentare di rimediare in particolare al problema posto dall'arretrato pendente innanzi alla Corte, problema quantitativo che inevitabilmente diventa un problema qualitativo, gli Stati hanno approvato, come si è detto, il Protocollo n. 14. Altre riforme si annunciano, dal momento che la Conferenza di Interlaken del 2010 ha dato mandato al Comitato dei Ministri di studiare ulteriori correttivi al sistema. Tuttavia, a nostro avviso, nessuna riforma potrà mai avere successo finché il rapporto tra CEDU e ordinamenti interni non risulterà risolto una volta

ropa, Napoli, 2008, in particolare p. 8 ss. Sulla questione si veda, in termini generali, S. BORELLI, *Estradizione, espulsione e tutela dei diritti fondamentali*, in L. PINESCHI (a cura di), *La tutela internazionale dei diritti umani. Norme, garanzie, prassi*, Milano, 2006, p. 724 ss.

⁹⁷ Corte europea dei diritti umani, *Saadi c. Italia* [GC], ricorso n. 37201/06, sentenza del 28 febbraio 2008. In commento alla sentenza si veda A. GIANELLI, *Il carattere assoluto dell'obbligo di non-refoulement: la sentenza Saadi della Corte europea dei diritti dell'uomo*, in *Rivista di diritto internazionale*, 2008, p. 449 ss.

⁹⁸ Con riferimento in particolare al rapporto tra art. 39 del regolamento della Corte e art. 34 CEDU si veda Corte europea dei diritti umani, *Ben Khemais c. Italia*, ricorso n. 246/0724, sentenza del 6 luglio 2009. Si vedano anche le sentenze, adottate in data 24 marzo 2009, con le quali la Corte europea ha accolto le doglianze dei ricorrenti, tutti cittadini tunisini colpiti da decreto di espulsione sulla base di motivi connessi al terrorismo: *Abdelhedi c. Italia*, ricorso n. 2638/07; *Ben Salah c. Italia*, ricorso n. 38128/06; *Bouyahia c. Italia*, ricorso n. 46792/06; *C.B.Z. c. Italia*, ricorso n. 44006/06; *Darraji c. Italia*, ricorso n. 11549/05; *Hamraoui c. Italia*, ricorso n. 16201/07; *Soltana c. Italia*, ricorso n. 37336/06; *O. c. Italia*, ricorso n. 37257/06. Più di recente si vedano altresì *Sellem c. Italia*, ricorso n. 12584/08, sentenza del 5 maggio 2009 e *Trabelsi c. Italia*, ricorso 50163/08, sentenza del 13 aprile 2010.

⁹⁹ V. in proposito (e in maniera molto eloquente) il rapporto del Commissario per i diritti umani del Consiglio d'Europa concernente la sua missione in Italia dal 13 al 15 gennaio 2009, doc. CommDU(2009)16 del 16 aprile 2009, in particolare i paragrafi 94-105.

¹⁰⁰ Corte di cassazione (Sezione VI penale), sentenza del 28 aprile 2010, n. 20514.

e per sempre e con esiti omogenei in tutti gli Stati parte del sistema. Quello che vogliamo dire, in altre parole, è essenzialmente:

a) la possibilità di applicazione diretta delle norme della Convenzione e della giurisprudenza di Strasburgo deve essere prevista in ogni ordinamento interno conformemente a quelli che sono gli orientamenti della Corte in materia¹⁰¹;

b) ciò non vuol dire che le autorità domestiche, i giudici in particolare, non possano valutare la conformità, nei singoli casi, delle norme e decisioni da applicare ai principi fondamentali dell'ordinamento interno;

c) il principio di sussidiarietà va rispettato ed applicato tanto dai giudici di Strasburgo quanto dagli Stati, i quali devono assicurare la piena applicazione della CEDU anche rendendo pienamente efficaci le vie di ricorso interne;

d) la Corte di Strasburgo deve vegliare a che lo standard qualitativo delle sue decisioni rimanga al più alto livello possibile, evitando pronunzie connotate da scelte di "politica legislativa";

e) senza modificare l'art. 46 gli Stati (alcuni di essi già lo fanno) possono decidere di tirare tutte le conseguenze possibili da sentenze rese in casi in cui non sono parte e in cui si risolvano problemi analoghi. Questa attribuzione del valore di *res interpretata* alle sentenze della Corte eviterebbe molti ricorsi;

f) *de iure condendo* è da rilevare che il dialogo con i sistemi giudiziari nazionali sarebbe favorito anche da una funzione consultiva preventiva attribuita formalmente alla Corte. Anche in questo caso molti ricorsi inutili non arriverebbero alla Corte.

A ben vedere, l'elemento cruciale risiede nella capacità e nella volontà degli Stati di assolvere alle responsabilità che su di essi discendono dalla Convenzione. Da questo punto di vista la Convenzione, prodotto della volontà degli Stati, è in un certo senso anche ... lo specchio di questa stessa volontà. Intendiamo dire che la sua effettività dipende dalla tenuta dei singoli ordinamenti nazionali. Il successo della prima dipende soprattutto dall'impegno dei secondi. Resta da vedere se, e quanto, i governi saranno intenzionati a far seguire i fatti agli impegni assunti.

¹⁰¹ La mancata attribuzione di efficacia diretta alle norme della CEDU comporta anche notevoli difficoltà per lo Stato quando è chiamato a difendersi in giudizio dinanzi alla Corte. Ad esempio, nella sentenza dell'8 gennaio 2004, *Sardinias Albo c. Italia*, ricorso n. 56271/00, la Corte, esaminando un'eccezione di irricevibilità sollevata dal Governo italiano, si è soffermata sulla giurisprudenza della Cassazione in materia di durata della carcerazione preventiva rilevando che, avendo quest'ultima escluso in molte occasioni la diretta applicabilità dell'art. 5, par. 3, CEDU, non era sicuro che l'alta giurisdizione italiana tenesse conto della diligenza che le autorità domestiche competenti sono tenute ad impiegare nel seguire la procedura prevista a garanzia della persona arrestata o detenuta, mentre la Corte di Strasburgo annette a questa circostanza un'importanza particolare.

La CEDU nell'ordinamento italiano

Marco Pedrazzi

SOMMARIO: 1. Considerazioni introduttive: un breve *excursus* storico. – 2. La questione della diretta applicabilità delle norme della CEDU. – 3. La questione del rango della CEDU nell'ordinamento italiano. – 4. Il ruolo della Corte costituzionale e dei giudici ordinari nella applicazione della CEDU. – 5. Gli effetti delle sentenze della Corte europea dei diritti umani nell'ordinamento italiano. – 6. L'evoluzione della giurisprudenza italiana. – 7. La riforma dell'art. 117 Cost. e le sentenze n. 348 e n. 349 della Corte costituzionale: ancora sugli effetti diretti. – 8. Il passaggio obbligato dalla Corte costituzionale. – 9. Sviluppi ulteriori nella giurisprudenza; conclusioni.

1. Considerazioni introduttive: un breve *excursus* storico

La vicenda dei rapporti tra CEDU e ordinamento italiano è una vicenda *in itinere*, nella quale i recenti e fondamentali sviluppi nella giurisprudenza costituzionale non scrivono certo la parola fine, ma segnano una svolta in direzione di sviluppi ulteriori.

Proprio per questo motivo la ricostruzione dei rapporti tra CEDU e ordinamento italiano deve essere fatta in una prospettiva storica. Una ricostruzione completa di tali rapporti presupporrebbe l'esame dell'insieme degli effetti prodotti nel tempo dalla CEDU sull'insieme del nostro ordinamento, a partire dalla legge di esecuzione (nonché di autorizzazione alla ratifica¹) e dal deposito della ratifica italiana avvenuto il 26 ottobre 1955². E quando dico l'insieme dell'ordinamento intendo riferirmi ai comportamenti ed agli atti posti in essere dai vari organi legislativi, esecutivi e giudiziari e da organi situati tanto al livello centrale quanto al livello periferico, anche se in questa materia il livello centrale è sicuramente prevalente.

Chiaramente tale analisi è impossibile in questo spazio³. Mi limiterò pertanto ad un breve *excursus* relativo prevalentemente all'evoluzione dell'atteggiamento

¹ Legge 4 agosto 1955, n. 848, in *Gazzetta Ufficiale* n. 221 del 24 settembre 1955.

² Comunicato in *Gazzetta Ufficiale* n. 255 del 5 novembre 1955.

³ Per ulteriori approfondimenti si rinvia, tra gli altri, a P. MORI, *Convenzione europea dei diritti dell'uomo, Patto delle Nazioni Unite e Costituzione italiana*, in *Rivista di diritto internazionale*, 1983, p. 306 ss.; V. STARACE, *La Convenzione europea dei diritti dell'uomo e l'ordinamento italiano*, Bari, 1992; T. SCOVAZZI, *The Application by Italian Courts of Human Rights Treaty Law*, in B. CONFORTI, F. FRANCONI (eds.), *Enforcing International Human Rights in Domestic Courts*, The Hague/Boston/London, 1997, p. 59 ss.; G. CATALDI, *Convenzione europea dei diritti dell'uomo e ordinamento italiano: un tentativo di bilancio*, in *Rivista internazionale dei diritti dell'uomo*, 1998,

della giurisprudenza, tanto ordinaria quanto costituzionale, con qualche accenno anche a significativi interventi legislativi, oltre che naturalmente alla riforma costituzionale del 2001, per concentrarmi poi in modo specifico sulle recenti sentenze della Corte costituzionale. Le questioni rilevanti su cui soffermarsi sono quattro: a) la diretta applicabilità delle norme della CEDU nel nostro ordinamento; b) il rango che la CEDU viene ad assumere e dunque i suoi rapporti con le altre fonti ed in particolare con le leggi ordinarie da un lato e con la Costituzione dall'altro; c) il tema, legato ai precedenti, dei ruoli rispettivi della Corte costituzionale e dei giudici ordinari nel dare effetto ai precetti della CEDU; d) gli effetti nel nostro ordinamento delle sentenze della Corte europea dei diritti umani.

2. La questione della diretta applicabilità delle norme della CEDU

Iniziamo dalla questione della diretta applicabilità. Per anni la nostra giurisprudenza vive su questo punto contrasti accesi, particolarmente evidenti in una serie di pronunce degli anni '80 della I Sezione penale della Corte di cassazione. L'orientamento prevalente fino a quel momento è comunque quello secondo cui le norme della CEDU avrebbero "un carattere meramente programmatico" e in quanto tali non potrebbero determinare una modifica delle norme di legge vigenti⁴.

Ma nello stesso anno la sentenza *Iaglietti* sembra riportare il discorso su un piano più ragionevole:

le norme della CEDU "salvo, ovviamente, quelle disposizioni il cui contenuto, pur utilizzati gli usuali metodi interpretativi, sia da considerarsi sì generico da non delineare fattispecie sufficientemente puntualizzate – sono di immediata applicazione nel nostro Paese e vanno concretamente valutate nella loro incidenza sul più ampio complesso normativo che si è venuto a determinare in conseguenza del loro inserimento nell'ordinamento italiano"⁵.

Seguono, come menzionato sopra, anni di contrasti ove accanto al nuovo orientamento permane quello vecchio, come testimoniato ad esempio dalla sentenza *Fignagnani* del 28 aprile 1983, che ci insegna che la CEDU "ha efficacia vincolante per le 'alte parti contraenti', e non anche per i relativi sudditi", nono-

p. 20 ss.; vari contributi in *L'Italia e la Convenzione europea dei diritti dell'uomo*, in *Documenti giustizia* n. 1-2, gennaio-aprile 2000; F. RASPADORI, *I trattati internazionali sui diritti umani e il giudice italiano*, Milano, 2000; L. MONTANARI, *I diritti dell'uomo nell'area europea tra fonti internazionali e fonti interne*, Torino, 2002; B. NASCIBENE (a cura di), *La Convenzione europea dei diritti dell'uomo. Profili ed effetti nell'ordinamento italiano*, Milano, 2002.

⁴ Corte di cassazione (Sezione V penale), *D'Alessio c. De Fazio*, sentenza del 12 febbraio 1982, in *La giustizia penale*, 1983, III, col. 20 ss.

⁵ Corte di cassazione (Sezione I penale), *Iaglietti*, sentenza del 17 dicembre 1981 (dep. 14 luglio 1982), n. 6978, in *Rivista di diritto internazionale*, 1986, p. 143 ss.

stante a questi fosse consentito adire la Commissione europea per i diritti umani, derivandone l'impossibilità di dedurre nei motivi di ricorso la violazione delle disposizioni della Convenzione⁶.

Comunque il *dictum* della sentenza *Iaglietti* viene ripreso e diventa punto fermo con la sentenza *Polo Castro* (Sezioni Unite penali) dell'8 maggio 1989, ove si precisa anche:

“la precettività in Italia delle norme della Convenzione consegue al principio di adattamento del diritto italiano al diritto internazionale convenzionale per cui ove l'atto o il fatto normativo internazionale contenga il modello di un atto interno completo nei suoi elementi essenziali, tale cioè da poter senz'altro creare obblighi e diritti, l'adozione interna del modello di origine internazionale è automatica (adattamento automatico), ove invece l'atto internazionale non contenga detto modello le situazioni giuridiche interne da esso imposte abbisognano, per realizzarsi, di una specifica attività normativa dello Stato”⁷.

Si delinea così la distinzione tra norme internazionali *self-executing* e non *self-executing*. Con la sentenza *Polo Castro* si afferma dunque in via definitiva (almeno fino a ieri) la suscettibilità delle norme convenzionali di essere invocate dagli individui davanti al giudice e immediatamente applicate alla fattispecie dedotta in giudizio. Ma, da un lato, appare contestabile l'eccessiva ampiezza del criterio indicato ai fini dell'esclusione della “immediata applicabilità” di una norma convenzionale⁸; dall'altro, la giurisprudenza successiva testimonia quanto sia ancora forte la resistenza ad ammettere la suscettibilità di produrre effetti diretti delle singole disposizioni convenzionali, quali l'art. 6, par. 1, CEDU in relazione al requisito dell'imparzialità del tribunale⁹ o l'art. 5, par. 5, sul diritto a riparazione per ingiusta detenzione, prima che la questione fosse regolata da apposita legge¹⁰. La tendenza restrittiva si ritrova anche nella giurisprudenza della Corte costituzionale¹¹.

⁶ Corte di cassazione (Sezione I penale), *Fignagnani*, sentenza del 23 marzo 1983 (dep. 28 aprile 1983), in *La giustizia penale*, 1984, III, p. 226 ss.

⁷ Corte di cassazione (Sezioni Unite penali), *Polo Castro*, sentenza del 23 novembre 1988 (dep. 8 maggio 1989), n. 15, in *Rivista internazionale dei diritti dell'uomo*, 1990, p. 419 ss.

⁸ Cfr. M. DE SALVIA, *L'acculturazione incompiuta al diritto europeo dei diritti dell'uomo*, in *L'Italia e la Convenzione europea dei diritti dell'uomo*, cit., p. 45 ss., a p. 50.

⁹ Corte di cassazione (Sezione I penale), *Roos*, sentenza dell'11 ottobre 1990 (dep. 27 novembre 1990), in *Rivista internazionale dei diritti dell'uomo*, 1991, p. 927 ss.

¹⁰ Corte di cassazione (Sezione III civile), *Gregorio c. Presidenza del Consiglio dei ministri*, sentenza del 12 gennaio 1999, n. 254, in *Rivista di diritto internazionale privato e processuale*, 2000, p. 509 ss. Il riferimento è alla legge 16 dicembre 1999, n. 479 (in *Gazzetta Ufficiale* n. 296 del 18 dicembre 1999), il cui art. 15 ha modificato l'art. 315 del Codice di procedura penale, sopprimendo i limiti rigidi da questo originariamente previsti in tale materia.

¹¹ Cfr., per qualche cenno, P. VALABREGA, *L'applicazione giurisprudenziale della Convenzione europea dei diritti dell'uomo in Italia*, in *L'Italia e la Convenzione europea dei diritti dell'uomo*, cit., p. 68 ss., a p. 77 ss.

3. La questione del rango della CEDU nell'ordinamento italiano

Per quanto riguarda il rango la questione è molto più complessa. Prima della modifica costituzionale del 2001 non vi sono norme della Costituzione che attribuiscono in modo chiaro e non equivoco agli strumenti interni di esecuzione di trattati internazionali un rango particolare nella gerarchia delle fonti. Ne discende, nell'interpretazione della dottrina prevalente, condivisa dalla giurisprudenza costituzionale e della Cassazione, che se l'adattamento è operato, come nella maggior parte dei casi, con legge ordinaria, anche la disciplina convenzionale acquista il rango di legge ordinaria. La CEDU non fa eccezione e in effetti la Corte costituzionale lo ribadisce in numerose pronunce. La prima conseguenza è che le norme della CEDU non sono costituzionalizzate e non sono quindi, in quanto tali, suscettibili di fungere da parametro di legittimità costituzionale di altre leggi¹².

Diversa, come è noto, è l'evoluzione che caratterizza i trattati istitutivi delle Comunità europee e il diritto da essi derivato, nei riguardi dei quali, pur partendo dalle medesime premesse, si giunge, dietro l'impulso della necessità derivante dalle esigenze dell'integrazione comunitaria e dalle pressioni della Corte di giustizia delle Comunità europee, ad una costruzione nuova, che si evolve nel tempo, ma che vede comunque assicurata la prevalenza del diritto comunitario sulle leggi interne eventualmente incompatibili. Tale costruzione si basa, come è parimenti noto, sull'art. 11 Cost., utilizzato in maniera innovativa¹³.

4. Il ruolo della Corte costituzionale e dei giudici ordinari nella applicazione della CEDU

Questa costruzione si applica al diritto comunitario ma non agli altri trattati internazionali, compresa la CEDU. È chiaro come in base a questa visione né la Corte costituzionale possa procedere a valutare la legittimità costituzionale delle leggi in ragione della loro conformità alla CEDU, né i giudici ordinari possano procedere a disapplicare norme di leggi emanate successivamente alla CEDU in virtù del loro eventuale contrasto con quest'ultima. E però la giurisprudenza, tanto ordinaria quanto costituzionale, si rende conto della necessità di evitare per quanto possibile che vengano violati gli impegni internazionali dello Stato italiano. La prevalenza dei trattati sulle leggi interne anche posteriori viene dunque il più delle volte assicurata in via interpretativa¹⁴. Questo fenomeno interessa i

¹² Cfr., fra le varie, Corte costituzionale, sentenza n. 188 del 22 dicembre 1980.

¹³ Si rimanda, per tutti, a G. TESAURO, *Diritto comunitario*, V ed., Padova, 2008, p. 196 ss.

¹⁴ In generale, sui vari metodi utilizzati nella giurisprudenza di diversi Paesi per far prevalere le norme pattizie in materia di diritti umani sulle disposizioni interne successive eventualmente difformi si rinvia a B. CONFORTI, *National Courts and the International Law of Human Rights*, in B. CONFORTI, F. FRANCONI (eds.), *Enforcing International Human Rights*, cit., p. 3 ss.

trattati in materia di diritti umani, e in particolare la CEDU, data la loro rilevanza “costituzionale”, in maniera del tutto particolare¹⁵. È così che, ad esempio, la sentenza delle Sezioni Unite penali della Cassazione nel caso *Vierin* del 22 novembre 1990 afferma che le norme della CEDU, anche quelle non suscettibili di immediata applicazione, “si impongono, in ogni caso, come criteri di lettura e di interpretazione della Costituzione e delle leggi ordinarie”¹⁶. E ancora la Cassazione penale nel caso *Medrano* evidenzia che il giudice nazionale “deve valutare, alla luce dei principi sanciti nella CEDU, il sistema normativo da applicare, nel momento operativo della sua concreta ed effettiva applicazione, per evitare che lo stesso, distortamente interpretato, possa risolversi nella violazione dei fondamentali diritti della persona da essa riconosciuti e tutelati”¹⁷.

La stessa linea è seguita dalla Corte costituzionale, la quale in più occasioni non solo interpreta le norme della Costituzione relative ai diritti fondamentali alla luce delle norme della CEDU, o di altri trattati in materia di diritti umani, ma giunge ad integrarne il contenuto¹⁸. Naturalmente non sempre l'attività interpretativa è così benefica con riguardo all'applicazione delle norme della CEDU: a volte è l'interpretazione della Convenzione che si piega all'esigenza di salvaguardare disposizioni interne in realtà incompatibili con il dettato convenzionale. È d'altra parte forte la tentazione di procedere ad una interpretazione nazionalistica della CEDU, condotta sulla base della sola lettera delle norme convenzionali, senza tenere conto della giurisprudenza di Strasburgo. In realtà questa tendenza si è prodotta più che altro nel passato ed è andata gradualmente scomparendo nel corso del tempo¹⁹.

5. Gli effetti delle sentenze della Corte europea dei diritti umani nell'ordinamento italiano

Qui comunque viene in rilievo l'ultimo punto, che è quello degli effetti delle sentenze della Corte europea. Pochi problemi poneva in passato la sentenza della

¹⁵ Cfr. per tutti E. CANNIZZARO, *Gerarchia e competenza nei rapporti fra trattati e leggi interne*, in *Rivista di diritto internazionale*, 1993, p. 351 ss., in particolare a p. 368 ss.

¹⁶ Corte di cassazione (Sezioni Unite penali), *Vierin*, sentenza del 26 aprile 1990 (dep. 22 novembre 1990), in *Rivista internazionale dei diritti dell'uomo*, 1991, p. 924 ss.

¹⁷ Corte di cassazione (Sezione I penale), *Medrano*, sentenza del 12 maggio 1993 (dep. 10 luglio 1993), in *Rivista internazionale dei diritti dell'uomo*, 1993, p. 580 ss. e in *Cassazione penale*, 1994, p. 439 ss.

¹⁸ Cfr., per qualche riferimento relativo a trattati sui diritti umani diversi dalla CEDU, F. FRANCONI, *The Jurisprudence of International Human Rights Enforcement: Reflections on the Italian Experience*, in B. CONFORTI, F. FRANCONI (eds.), *Enforcing International Human Rights*, cit., p. 15 ss., a p. 30 ss. Per vari altri esempi, riguardanti soprattutto la CEDU, cfr. F. RASPADORI, *I trattati internazionali sui diritti umani*, cit., *passim*.

¹⁹ Esempi di varie modalità di interpretazione delle norme della CEDU da parte della Corte costituzionale sono ancora una volta reperibili in F. RASPADORI, *I trattati internazionali sui diritti umani*, cit., *passim*.

Corte in relazione al caso deciso: per lo Stato italiano si trattava più che altro, nei casi di accertamento di una violazione, di versare all'individuo l'equa soddisfazione che la Corte gli avesse accordato, anche se naturalmente nel vincolo sono comprese, da sempre, la cessazione della violazione, se continuata, e la *restitutio in integrum*, in quanto possibile, a favore del soggetto leso²⁰. Sotto ogni altro profilo, i giudici italiani non si sentivano certo vincolati a seguire le interpretazioni della Convenzione date dalla Corte di Strasburgo. Ma questa prospettiva, a fronte del consolidamento e dello sviluppo del sistema europeo di protezione dei diritti umani non poteva reggere, tanto meno a seguito della piena giurisdizionalizzazione del sistema operata dal Protocollo n. 11. Si assiste dunque nella giurisprudenza italiana, ancora una volta sia ordinaria che costituzionale, ad una presa in considerazione sempre più evidente delle sentenze della Corte europea ai fini dell'interpretazione della Convenzione. Ciò è logico poiché la giurisprudenza dell'organo giurisdizionale istituzionalmente preposto all'interpretazione della CEDU è per definizione lo strumento all'interno del sistema europeo in grado di garantire una interpretazione uniforme, anziché nazionalistica, e in grado di fornire una interpretazione che non sia ferma nel tempo, ma evolva con l'evolversi della società europea e delle sue concezioni, di cui solo un giudice internazionale può farsi attento interprete. L'affidamento sulla Corte di Strasburgo costituisce dunque una necessità vitale del sistema europeo di protezione dei diritti umani, che è ben più rilevante dell'inesistente vincolo formale a seguire, in termini generali, le letture effettuate dalla Corte stessa²¹.

Questo era dunque il quadro, ancora qualche anno or sono, della incidenza della CEDU nell'ordinamento italiano: accettazione del principio della diretta applicabilità delle disposizioni della CEDU, ad eccezione di quelle, con visione molto restrittiva, ritenute insuscettibili di produrre effetti diretti; nessun riconoscimento alla CEDU di un ruolo formale superiore alla legge ordinaria; effetti limitati del giudicato della Corte. E tuttavia frequente utilizzo della CEDU a fini interpretativi delle norme interne e utilizzo sempre più lato nell'interpretazione delle sentenze della Corte di Strasburgo, ma in modo prevalentemente casuale, senza che cioè, neppure in questo caso, a tali sentenze venisse attribuito un valore formale tale da imporre al giudice italiano di conformarsi alla lettura in esse contenuta. Dunque la giurisprudenza di Strasburgo poteva essere messa da parte ogniqualvolta più che un ausilio paresse costituire un impiccio.

²⁰ Cfr., sul punto, P.-H. IMBERT, *L'esecuzione delle sentenze della Corte europea dei diritti dell'uomo e delle decisioni del Comitato dei Ministri*, in *L'Italia e la Convenzione europea dei diritti dell'uomo*, cit., p. 233 ss.; P. PIRRONE, *L'obbligo di conformarsi alle sentenze della Corte europea dei diritti dell'uomo*, Milano, 2004.

²¹ Per una riflessione più ampia cfr. F.M. PALOMBINO, *Gli effetti della sentenza internazionale nei giudizi interni*, Napoli, 2008.

6. L'evoluzione della giurisprudenza italiana

Ma da qualche anno a questa parte nella giurisprudenza ordinaria si producono novità di grande rilievo. Ciò si verifica in presenza di un atteggiamento più “aggressivo” della Corte europea e del Comitato dei ministri, tesi a sollecitare gli Stati a porre in essere sia misure di carattere individuale, cioè comportamenti precisi in relazione all'esecuzione del giudicato della Corte nel caso concreto oggetto del giudizio, sottraendo dunque agli stessi la scelta dei mezzi per conformarvisi, sia misure di carattere generale, cioè riforme atte a risolvere i problemi strutturali, fonti di ripetute violazioni della CEDU, a loro volta causa del sempre maggiore intasamento del ruolo degli organi di Strasburgo²². Si verifica anche a fronte di interventi legislativi dello Stato italiano miranti proprio a fronteggiare tale situazione: si pensi alla c.d. legge Pinto del 2001²³ o alla legge del 2005 che ha modificato l'art. 175 del Codice di procedura penale, introducendo la restituzione in termini in certi casi di giudizi in contumacia²⁴ o, ancora, alla legge del 2006 in materia di esecuzione delle pronunce della Corte europea²⁵.

Ma già nei primi anni '90 vi erano stati dei segnali, con la sentenza n. 10 del 19 gennaio 1993 della Corte costituzionale che riportava le norme della CEDU (e del Patto internazionale sui diritti civili e politici) ad una “fonte riconducibile a una competenza atipica” ritenendole “come tali, insuscettibili di abrogazione o di modificazione da parte di disposizioni di legge ordinaria”²⁶: accenno non seguito da sviluppi nella giurisprudenza costituzionale, ma accompagnato da analoghi atteggiamenti nella giurisprudenza ordinaria²⁷.

Ma è nei primi anni del nuovo secolo che si consolida il nuovo orientamento della Cassazione, teso ad affermare la prevalenza della CEDU sulle leggi interne

²² Sui problemi connessi a tale nuova “politica” degli organi di Strasburgo cfr., tra gli altri, V. ZAGREBELSKY, *Violazioni 'strutturali' e Convenzione europea dei diritti umani: interrogativi a proposito di Broniowski*, in *Diritti umani e diritto internazionale*, 2008, p. 5 ss.

²³ Legge 24 marzo 2001, n. 89 sulla “equa riparazione in caso di violazione del termine ragionevole del processo” (in *Gazzetta Ufficiale* n. 78 del 3 aprile 2001), in merito alla quale cfr., per tutti, C. SANNA, *La durata ragionevole dei processi nel dialogo tra giudici italiani ed europei*, Milano, 2008, p. 151 ss.

²⁴ Decreto legge 21 febbraio 2005, n. 17, recante “Disposizioni urgenti in materia di impugnazione delle sentenze contumaciali e dei decreti di condanna”, convertito con modificazioni in legge 22 aprile 2005, n. 60, in *Gazzetta Ufficiale* n. 94 del 23 aprile 2005. In dottrina cfr. per tutti F.M. PALOMBINO, *Gli effetti della sentenza internazionale*, cit., p. 47 ss.

²⁵ Legge 9 gennaio 2006, n. 12, recante “Disposizioni in materia di esecuzione delle pronunce della Corte europea dei diritti dell'uomo”, in *Gazzetta Ufficiale* n. 15 del 19 gennaio 2006.

²⁶ La sentenza è riprodotta in *Rivista di diritto internazionale*, 1993, p. 255 ss. In dottrina cfr., tra gli altri, E. CANNIZZARO, *op. cit.*, p. 352 ss.; G. GAJA, *L'esecuzione del Patto sui diritti civili e politici nella giurisprudenza italiana*, in S. MARCHISIO e F. RASPADORI (a cura di), *L'Italia e i diritti umani*, Padova, 1995, p. 119 ss.

²⁷ Cfr. in particolare ancora la sentenza *Medrano* (cit. *supra*, nota 17) e il commento di P. PUSTORINO, *Sull'applicabilità diretta e la prevalenza della Convenzione europea dei diritti dell'uomo nell'ordinamento italiano*, in *Rivista internazionale dei diritti dell'uomo*, 1995, p. 23 ss.

anche successive, con la conseguente disapplicazione di queste ultime: si vedano ad esempio le sentenze *Muscas* del 2002²⁸ e *Centurione Scotto* del 2005²⁹. Tale nuovo atteggiamento comporta d'altro canto l'attribuzione di sempre maggior valore alle sentenze di Strasburgo ai fini interpretativi nonché al giudicato della Corte europea, in grado addirittura di scardinare il giudicato interno imponendo la restituzione in termini del condannato in via definitiva in violazione delle norme della CEDU sull'equo processo (*Somogyi*, 2006)³⁰ e determinandone l'immediata scarcerazione (*Dorigo*, 2007)³¹.

7. La riforma dell'art. 117 Cost. e le sentenze n. 348 e n. 349 della Corte costituzionale: ancora sugli effetti diretti

Nel medesimo periodo avviene un altro fatto significativo a livello costituzionale: la riforma del 2001 che porta alla modifica dell'art. 117 Cost.. Il nuovo testo dell'art. 117 dispone così la necessità per le leggi statali e regionali di conformarsi agli obblighi internazionali (e comunitari). Ma nei primi anni dall'entrata in vigore della riforma, oggetto tra l'altro di interpretazioni molto diverse, in particolare sotto il profilo della sua incidenza sul rango delle leggi di esecuzione di trattati internazionali nel nostro ordinamento, nulla succede³². Qui si vengono ad inserire le sentenze n. 348 e n. 349 della Corte costituzionale del 2007³³, che costituiscono un punto di svolta di rilevante importanza (e ci si può

²⁸ Corte di cassazione (Sezione I civile), *Muscas c. Comune di Cagliari*, sentenza del 19 luglio 2002, n. 10542, in *Foro italiano*, 2002, I, p. 2606 ss.

²⁹ Corte di cassazione (Sezioni Unite civili), *Centurione Scotto c. Presidenza del Consiglio dei ministri*, sentenza del 23 dicembre 2005, n. 28507, (massima annotata in *Foro italiano*, 2006, I, p. 1423 ss.).

³⁰ Corte di cassazione (Sezione I penale), *Somogyi*, sentenza del 12 luglio 2006 (dep. 3 ottobre 2006), n. 32678, in *Rivista di diritto internazionale*, 2006, p. 1198 ss.

³¹ Corte di cassazione (Sezione I penale), *Dorigo*, sentenza del 1° dicembre 2006 (dep. 25 gennaio 2007), n. 2800, in *Rivista di diritto internazionale*, 2007, p. 601 ss. In dottrina cfr. P. PUSTORINO, *Esecuzione delle sentenze della Corte europea dei diritti umani e revisione dei processi penali: sviluppi nella giurisprudenza italiana*, in *Diritti umani e diritto internazionale*, 2007, p. 678 ss. Sugli sviluppi successivi del caso *Dorigo*, approdato alla Corte costituzionale (sentenza n. 129 del 30 aprile 2008, in *Rivista di diritto internazionale*, 2008, p. 882 ss.) cfr. A. CIAMPI, *Processo non equo secondo la Corte europea dei diritti dell'uomo e rinnovazione del giudizio secondo la Corte costituzionale*, in *Rivista di diritto internazionale*, 2008, p. 793 ss.

³² Per due diverse letture del nuovo art. 117 Cost. cfr. E. CANNIZZARO, *La riforma "federalista" della Costituzione e gli obblighi internazionali*, in *Rivista di diritto internazionale*, 2001, p. 921 ss. e B. CONFORTI, *Diritto internazionale*, VII ed., Napoli, 2006, p. 292. Per una ricognizione delle diverse tesi cfr. P. IVALDI, *Garanzia costituzionale dei trattati o carattere ricognitivo dell'articolo 117, primo comma, della Costituzione?*, in *Studi in onore di Umberto Lanza*, vol. I, Napoli, 2008, p. 359 ss.

³³ Le sentenze n. 348 e n. 349 del 24 ottobre 2007 della Corte costituzionale sono riprodotte in *Rivista di diritto internazionale*, 2008, p. 198 ss. e p. 230 ss.

chiedere: perché due sentenze, peraltro largamente sovrapponibili? Perché la Corte non ha proceduto alla riunione dei procedimenti?³⁴).

Le due sentenze in questione, relative proprio al rapporto tra norme di legge interna e CEDU³⁵, enunciano alcune novità fondamentali: a fronte dei tentativi di sminuire l'ambito di operatività dell'art. 117 novellato, ne viene chiaramente affermata la portata innovatrice nel nostro ordinamento, nel senso di determinare, per la prima volta, la superiorità gerarchica delle norme internazionali, anche pattizie, sulle leggi ordinarie. Le norme pattizie vengono dunque a collocarsi, nella lettura della Corte, non ad un rango costituzionale, ma sub-costituzionale, quali norme interposte, proprio per effetto della previsione su ricordata dell'art. 117³⁶. Viene in tal modo finalmente sancita la prevalenza formale anche della CEDU sulle norme interne non costituzionali. Altro aspetto sicuramente apprezzabile delle due sentenze, a prescindere dalle motivazioni teoriche che sottendo-

³⁴ Se lo chiedono infatti C. ZANGHÌ, *La Corte costituzionale risolve un primo contrasto con la Corte europea dei diritti dell'uomo ed interpreta l'art. 117 della Costituzione: le sentenze del 24 ottobre 2007 (novembre 2007)*, testo disponibile su www.sidi-isil.it/html/commenti.htm#Corte, ultimo accesso 28 luglio 2009, e L. CONDORELLI, *La Corte costituzionale e l'adattamento dell'ordinamento italiano alla CEDU o a qualsiasi obbligo internazionale?*, in *Diritti umani e diritto internazionale*, 2008, p. 301 ss. Per un commento sulle due sentenze cfr. anche, tra gli altri, S. BARTOLE, *Integrazione e separazione della tutela costituzionale e convenzionale dei diritti umani*, ivi, p. 291 ss.; P. CARETTI, *Le norme della Convenzione europea dei diritti umani come norme interposte nel giudizio di legittimità costituzionale delle leggi: problemi aperti e prospettive*, ivi, p. 311 ss.; G. CATALDI, *Convenzione europea dei diritti umani e ordinamento italiano. Una storia infinita?*, ivi, p. 321 ss.; B. CONFORTI, *La Corte costituzionale e gli obblighi internazionali dello Stato in tema di espropriazione*, in *Giurisprudenza italiana*, 2008, p. 569 ss.; G. GAJA, *Il limite costituzionale del rispetto degli "obblighi internazionali": un parametro definito solo parzialmente*, in *Rivista di diritto internazionale*, 2008, p. 136 ss.; L. LUZZATTO, *Il diritto europeo e la Costituzione italiana dopo la riforma dell'art. 117*, in *Diritto dell'Unione europea*, 2008, p. 1 ss.; M.L. PADELLETTI, *L'esecuzione delle sentenze della Corte europea dei diritti umani tra obblighi internazionali e rispetto delle norme costituzionali*, in *Diritti umani e diritto internazionale*, 2008, p. 349 ss.; A. SACCUCCI, *Illegittimità costituzionale di leggi incompatibili con la Convenzione europea e possibili ripercussioni sull'esigenza del previo esaurimento dei ricorsi interni*, in *Rivista di diritto internazionale*, 2008, p. 150 ss.; U. VILLANI, *Sul valore della Convenzione europea dei diritti dell'uomo nell'ordinamento italiano*, in *Studi in onore di Umberto Leanza*, vol. II, Napoli, 2008, p. 1425 ss.; P. IVALDI, *Convenzione europea sui diritti umani e giurisdizioni nazionali*, in G. VENTURINI e S. BARIATTI (a cura di), *Diritti individuali e giustizia internazionale. Liber Fausto Pocar*, Milano, 2009, p. 399 ss.; M. LUGATO, *Struttura e contenuto della Convenzione europea dei diritti dell'uomo al vaglio della Corte costituzionale*, ivi, p. 515 ss.

³⁵ Sull'oggetto del giudizio di legittimità, cioè le norme interne relative al calcolo dell'indennizzo dovuto al privato in caso di espropriazione per pubblica utilità e del risarcimento del danno in caso di occupazione acquisitiva, cfr. M.L. PADELLETTI, *Indennità di esproprio e obblighi internazionali dopo le sentenze della Corte costituzionale*, in *Rivista di diritto internazionale*, 2008, p. 143 ss. e *L'indennità d'esproprio e il rispetto della Convenzione europea dei diritti dell'uomo dopo i recenti interventi normativi*, in G. VENTURINI e S. BARIATTI (a cura di), *op. cit.*, p. 635 ss.

³⁶ Cfr. in particolare sentenza n. 348, par. 4.2 e ss. delle considerazioni in diritto e sentenza n. 349, par. 6.2 delle considerazioni in diritto.

no l'affermazione, sta nel fatto che la Corte chiarisce che la CEDU deve essere letta alla luce della giurisprudenza di Strasburgo³⁷.

Al di là di questo, le due sentenze contengono però talune affermazioni sorprendenti e giungono a conclusioni non tutte condivisibili, in particolare sotto un profilo pratico. Per quanto riguarda le prime, in particolare, nella sentenza n. 348 si ritrova enunciata la tesi stupefacente e di vecchio sapore secondo cui le norme della CEDU sarebbero “pur sempre norme internazionali pattizie, che vincolano lo Stato, ma non producono effetti diretti nell'ordinamento interno, tali da affermare la competenza dei giudici nazionali a darvi applicazione nelle controversie ad essi sottoposte, non applicando nello stesso tempo le norme interne in eventuale contrasto”³⁸. È bensì vero che quanto la Corte vuole esprimere pare precisato meglio nella sentenza n. 349, laddove si chiarisce che l'effetto diretto di cui si parla va inteso “nel senso e con le implicazioni proprie delle norme comunitarie provviste di tale effetto, in particolare la possibilità per il giudice nazionale di applicarle direttamente in luogo delle norme interne con esse confliggenti”. E si conclude:

“allo stato, nessun elemento relativo alla struttura e agli obiettivi della CEDU ovvero ai caratteri di determinate norme consente di ritenere che la posizione giuridica dei singoli possa esserne direttamente e immediatamente tributaria, indipendentemente dal tradizionale diaframma normativo dei rispettivi Stati di appartenenza, fino al punto da consentire al giudice la non applicazione della norma interna confligente”³⁹.

Ciò che si vuole escludere, dunque, da parte della Corte costituzionale, non è *in toto* la suscettibilità delle norme della CEDU di produrre effetti diretti, ma soltanto la possibilità per il giudice ordinario di disapplicare direttamente le eventuali norme interne (presumibilmente ci si riferisce a quelle successive!) con esse incompatibili, quale è riconosciuta dalla Corte costituzionale per quanto riguarda le norme comunitarie.

Anche così ridotta la portata dell'affermazione, le sue motivazioni non paiono peraltro del tutto convincenti: se si può concordare con il fatto che le norme della CEDU non facciano parte del diritto comunitario, perché la loro integrazione in tale ordinamento è soltanto parziale⁴⁰, non è chiaro che cosa vi sia nella struttura e negli obiettivi della CEDU o nei caratteri delle sue norme tale da escludere che esse possano produrre la pienezza degli effetti diretti sopra descritti. Né si capisce in cosa l'art. 117 novellato distinguerebbe gli effetti delle norme

³⁷ Cfr. in particolare sentenza n. 348, par. 4.6 delle considerazioni in diritto e sentenza n. 349, par. 6.2 delle considerazioni in diritto. Evidenzia talune criticità nel ragionamento della Corte E. CANNIZZARO, *Sentenze della Corte europea dei diritti dell'uomo e ordinamento italiano in due recenti decisioni della Corte costituzionale*, in *Rivista di diritto internazionale*, 2008, p. 138 ss.

³⁸ Par. 3.3 delle considerazioni in diritto.

³⁹ Par. 6.1 delle considerazioni in diritto.

⁴⁰ *Ibidem*.

comunitarie da quelli delle norme internazionali. Né risulta chiaro perché le norme della CEDU non comportino per lo Stato italiano “limitazioni di sovranità” e dunque risulti impedito l'utilizzo dell'art. 11 Cost.⁴¹. Ciò che pare evidente nella linea argomentativa appena richiamata è invero la volontà della Corte di non discostarsi dalla propria giurisprudenza consolidata.

8. Il passaggio obbligato dalla Corte costituzionale

Sta di fatto che l'esito del ragionamento diviene necessariamente quello del passaggio obbligato dalla Corte costituzionale affinché quest'ultima accerti l'eventuale illegittimità costituzionale della legge confliggente con la CEDU, per contrasto indiretto (attraverso l'interposizione delle norme della Convenzione) con l'art. 117 Cost. Una soluzione di cui non pare possibile affermare *a priori* la contrarietà alla CEDU, ma che, come è avvenuto per quella analoga individuata all'epoca per il diritto comunitario, rischia di rendere più macchinoso il rispetto delle sentenze della Corte europea, più lento l'adeguarsi dell'ordinamento italiano alle norme della Convenzione, più inefficace, in fin dei conti, la tutela dell'individuo, in contrasto con i risultati dell'ultima giurisprudenza della Cassazione.

Vi è poi un'insistenza un po' eccessiva sul fatto che le norme CEDU debbano a loro volta essere oggetto di un controllo di conformità a Costituzione. Nulla da eccepire sul principio, ma appare strana l'affermazione della sentenza n. 349 secondo cui la Corte costituzionale dovrebbe verificare se le norme della CEDU garantiscano “una tutela almeno equivalente”⁴² a quella della Costituzione, quando la CEDU intende proprio offrire una tutela minima dei diritti umani, la quale non pregiudica affatto la previsione di tutele più elevate⁴³.

9. Sviluppi ulteriori nella giurisprudenza – Conclusioni

Alcuni aspetti tra quelli menzionati possono parere marginali in una considerazione d'insieme delle sentenze, ma una corte come il Giudice delle leggi deve prestare molta attenzione al linguaggio, al corretto inquadramento degli istituti, perché altrimenti rischia di provocare effetti nefasti sulla giurisprudenza dei giudici ordinari, quando non di incappare essa stessa in passi falsi, indotti dalla mancanza di chiarezza delle proprie posizioni. Se diamo uno sguardo alla giurisprudenza ordinaria e costituzionale successiva ne ricaviamo, in effetti, una sensazio-

⁴¹ Cfr. le motivazioni addotte dalla sentenza n. 348 al par. 3.3 delle considerazioni in diritto e dalla sentenza n. 349 al par. 6.1 delle considerazioni in diritto.

⁴² Par. 6.2 delle considerazioni in diritto.

⁴³ Cfr. peraltro gli esatti rilievi di U. VILLANI, *op. cit.*, p. 1432.

ne di incertezza, come se il quadro d'insieme dei rapporti tra la CEDU e l'ordinamento italiano, più che chiarirsi definitivamente, fosse andato ingarbugliandosi.

Così, una serie di sentenze della Corte di cassazione in tema di determinazione dell'indennizzo per la durata irragionevole del processo perviene alla disapplicazione della Convenzione così come interpretata dalla giurisprudenza della Corte europea per non disapplicare il criterio non conforme previsto dalla legge Pinto, evitando al contempo di sollevare questione di legittimità costituzionale (della legge Pinto o della legge di esecuzione della CEDU!) davanti al Giudice delle leggi, e giungendo ad affermare, nella sentenza n. 31 del 7 gennaio 2008, un preteso contrasto tra i criteri di liquidazione fatti propri dalla CEDU e la Costituzione: tutto ciò nella pretesa applicazione delle sentenze n. 348 e n. 349 della Corte costituzionale⁴⁴. Per evitare un controllo diffuso della conformità alla CEDU delle leggi interne saremmo insomma passati ad un controllo diffuso della legittimità costituzionale della stessa CEDU. Di converso, la stessa Corte di cassazione, in sede penale, ha dato prova ancora una volta dell'utilizzo più ardito possibile dei criteri ermeneutici (al confine con la disapplicazione del diritto interno incompatibile) per dare esecuzione ad un giudicato della Corte europea, relativo a violazione dell'equità processuale⁴⁵.

Un panorama non molto più nitido risulta dalle pronunce successive della stessa Corte costituzionale. La sentenza n. 39 del 27 febbraio 2008⁴⁶ accerta l'illegittimità costituzionale, per contrasto tra l'altro con l'art. 8 CEDU così come interpretato dalla Corte europea, degli articoli 50 e 142 del regio decreto 15 marzo 1942, n. 267, nel testo anteriore alle modifiche operate dal decreto legislativo 9 gennaio 2006, n. 5, in quanto stabiliscono che le incapacità personali derivanti in capo al fallito dalla dichiarazione di fallimento perdurano oltre la chiusura della procedura concorsuale: in tal modo suscitando il forte dubbio che sia impedita al giudice ordinario la disapplicazione di norme interne in contrasto con la CEDU non solo successive, ma anche anteriori a quest'ultima, dovendosi pure in questo caso adire la Corte costituzionale. Rimane forse preclusa l'abrogazione per incompatibilità sulla base del principio della successione delle leggi nel tempo?⁴⁷. L'ordinanza n. 109 del 18 aprile 2008, d'altra parte, sembra

⁴⁴ Cfr. Corte di cassazione (Sezione I civile), *Z.P. c. Presidenza del Consiglio dei ministri*, sentenza del 3 gennaio 2008, n. 14 (riprodotta in *Rivista di diritto internazionale*, 2008, p. 553 ss.), *Carpenteria edile di Iachininoto P. e R. c. Ministero della giustizia*, sentenza del 7 gennaio 2008, n. 31, e *G.A. c. Presidenza del Consiglio dei ministri*, sentenza del 3 aprile 2008, n. 8521. Cfr. il commento di S. VEZZANI, *Nuovi orientamenti della Corte di cassazione in tema di riparazione del danno non patrimoniale per durata irragionevole del processo: la sentenza nel caso Zullo*, in *Rivista di diritto internazionale*, 2008, p. 800 ss.

⁴⁵ Cfr. Corte di cassazione (Sezione VI penale), *Drassich*, sentenza dell'11 dicembre 2008, n. 45807, riportata in *Rivista di diritto internazionale*, 2009, p. 612 ss.

⁴⁶ Riprodotta in *Rivista di diritto internazionale*, 2008, p. 536 ss.

⁴⁷ Cfr. B. CONFORTI, *Atteggiamenti preoccupanti della giurisprudenza italiana sui rapporti fra diritto interno e trattati internazionali*, in *Diritti umani e diritto internazionale*, 2008, p. 581 ss.;

imporre al giudice ordinario l'onere, prima di sollevare davanti alla Corte costituzionale questione di legittimità, di verificare se una norma di legge interna, tra l'altro desunta da una norma costituzionale, "sia o meno 'cedevole' di fronte all'obbligo di rispetto dei vincoli scaturenti dall'ordinamento comunitario e dalle convenzioni internazionali, sancito a carico del legislatore nazionale dall'art. 117 Cost." (non si era detto che tale verifica, in quanto relativa a convenzioni internazionali, spettasse soltanto alla Corte costituzionale?)⁴⁸. E ancora, nella sentenza n. 306 del 30 luglio 2008 la CEDU viene richiamata soltanto per ricordare in modo assoluto ed apodittico che "la diretta applicazione delle disposizioni" della stessa "in quanto tali, è da escludere, secondo quanto ritenuto da questa Corte nelle sentenze n. 348 e n. 349 del 2007, nonché n. 39 del 2008"⁴⁹. Infine, la giurisprudenza elaborata nel 2007 trova un'ulteriore conferma da parte della Corte costituzionale nelle più recenti sentenze n. 311 e n. 317 del 26 novembre 2009, le quali non introducono particolari elementi di novità⁵⁰.

In conclusione, ritengo che le sentenze n. 348 e n. 349 della Corte costituzionale rappresentino senz'altro un passaggio importantissimo e per certi aspetti decisamente positivo, ma che, come risulta anche in modo evidente dal quadro confuso che emerge dalla giurisprudenza appena evocata, rimanga molta strada da percorrere (a prescindere dagli effetti di nuove eventuali modifiche costituzionali) per giungere ad un assetto chiaro, definitivo e funzionale dei rapporti tra CEDU e ordinamento italiano.

R. MASTROIANNI, *Anche le leggi precedenti la Convenzione europea dei diritti dell'uomo debbono essere rimosse dalla Corte costituzionale?*, in *Rivista di diritto internazionale*, 2008, p. 456 ss.

⁴⁸ Si trattava, nel caso, dell'art. 18, comma 1, lett. e), della legge 22 aprile 2005, n. 69, di adeguamento alla decisione quadro 2002/584/GAI del 13 giugno 2002 sul mandato d'arresto europeo (in *Gazzetta Ufficiale* n. 98 del 29 aprile 2005), che, in conformità con la previsione dell'art. 13 Cost., impone il rifiuto della consegna se la legislazione dello Stato richiedente non prevede limiti massimi di carcerazione preventiva. Cfr. sul punto P. IVALDI, *Convenzione europea sui diritti umani e giurisdizioni nazionali*, cit., p. 405.

⁴⁹ La sentenza è riprodotta in *Rivista di diritto internazionale*, 2008, p. 1215 ss.

⁵⁰ Le sentenze sono riprodotte in *Rivista di diritto internazionale*, 2010, p. 163 ss. Cfr. E. CANNIZZARO, *Il bilanciamento fra diritti fondamentali e l'art. 117, 1° comma, Cost.*, in *Rivista di diritto internazionale*, 2010, p. 128 ss.; N. NAPOLETANO, *Rango ed efficacia delle norme della CEDU nella recente giurisprudenza della Corte costituzionale*, in *Diritti umani e diritto internazionale*, 2010, p. 194 ss.; A. CALIGIURI, *F.V.*, *Constitutional Review*, No. 317/2009, in *Oxford Reports on International Law in Domestic Courts*, su ildc.oxfordlawreports.com

L'incorporation della Convenzione europea dei diritti umani nell'ordinamento britannico attraverso lo *Human Rights Act 1998*

Rosario Sapienza

SOMMARIO: 1. Premessa. – 2. La partecipazione del Regno Unito ai lavori preparatori e la ratifica della Convenzione. – 3. La giurisprudenza degli organi di Strasburgo relativa alla applicazione della Convenzione nel Regno Unito e il tema della mancata incorporazione. – 4. La posizione della Convenzione '*as a non incorporated treaty*' nell'ordinamento britannico. – 5. Il dibattito sull'applicazione della Convenzione nel Regno Unito e l'adozione dello *Human Rights Act 1998*. – 6. Lo *Human Rights Act 1998* e l'incorporazione indiretta della Convenzione. – 7. Considerazioni conclusive.

1. Premessa

Il Regno Unito fu il primo Stato a ratificare la Convenzione europea dei diritti umani, l'8 marzo 1951. E, come mostrano i lavori preparatori, fu attivamente impegnato nella definizione del suo contenuto. Tuttavia, a motivo dell'impianto rigidamente dualista della sua costituzione, per lunghi anni la Convenzione, pur costituendo fonte di obblighi internazionali per il Regno Unito, non poteva essere applicata dalle corti britanniche, in quanto trattato '*non incorporated*'.

Il tema della *incorporation* della Convenzione ha costituito argomento di acceso dibattito tanto nel Parlamento, quanto nel Paese. Un dibattito che vogliamo qui ricostruire perché particolarmente illuminante di come uno Stato parte della Convenzione, e universalmente riconosciuto come culla dei diritti umani (la *Magna Charta* è un documento spesso considerato un remoto antesignano di tutte le moderne codificazioni in materia di diritti umani), ma notoriamente assai geloso delle proprie prerogative sovrane, abbia affrontato il tema dell'applicazione '*domestica*' della Convenzione.

La ricostruzione di questo dibattito costituirà anche un importante contributo all'approfondimento della più generale tematica dei rapporti tra la Convenzione europea e il diritto interno degli Stati membri, tematica che, dopo gli interventi di riforma che da un decennio almeno si susseguono, ha acquistato sempre più centralità nell'ambito delle problematiche connesse al regime europeo dei diritti umani¹.

¹ Mi riferisco, ovviamente, all'intervento di riforma attuato con il Protocollo addizionale XI e a quello del Protocollo XIV. Il Protocollo XI, firmato a Strasburgo l'11 maggio 1994, è entrato in

2. La partecipazione del Regno Unito ai lavori preparatori e la ratifica della Convenzione

Il Regno Unito fu, nel corso dei lavori preparatori, tra i più strenui sostenitori dell'idea che la Convenzione dovesse ricevere applicazione all'interno degli Stati parti e tra i più fieri avversari della creazione di organi internazionali di controllo del rispetto della Convenzione. Nella seduta del 4 febbraio 1950 del Comitato di esperti, l'esperto britannico, Sir Oscar Dowson, propose una serie di emendamenti alla raccomandazione adottata dall'Assemblea consultiva del Consiglio d'Europa; in uno di essi si leggeva una formulazione che sarebbe poi passata nel testo dell'art. 13 della Convenzione:

“Each State party hereto undertakes to ensure: (a) that any person whose rights of freedom as herein defined are violated shall have an effective remedy notwithstanding the violation has been committed by persons acting in an official capacity; (b) that any person claiming such a remedy shall have his rights thereto determined by national tribunals whose independence is secured; and (c) that the police and executive authorities shall enforce such remedies when granted”².

Altri importanti problemi riguardavano le colonie britanniche, ma nel complesso si ricava l'impressione che i rappresentanti del Regno Unito fossero convinti che difficilmente si sarebbero posti problemi gravi per l'applicazione della Convenzione da parte del loro Paese.

Finalmente, l'8 marzo 1951 il Regno Unito procedeva al deposito del proprio strumento di ratifica della Convenzione. In una circolare che era stata spedita nel mese di gennaio dal Colonial Office ritroviamo lo stesso atteggiamento *self confident* che abbiamo colto nei lavori preparatori. In essa leggiamo:

“In deciding to sign the Convention, His Majesty's Government took into account the importance attached to it by public opinion both in and outside this country, and concluded that it might be accepted, although some of its substantive provisions are not worded as His Majesty's Government themselves would wish.

It is not contemplated that any legislation will be necessary in the United Kingdom in order to give effect to the terms of the Convention, nor did His Majesty's Government make any reservations under Article 64 of the Convention to cover those provisions of United Kingdom law, which, it might be arguable, do not exactly conform to

vigore il 1° novembre 1998. L'Italia è stato l'ultimo Paese ad averlo ratificato con legge 28 agosto 1997, n. 296 in *Gazzetta Ufficiale* n. 213 del 12 settembre 1997. Quanto al Protocollo n. 14, v., per tutti, F. SALERNO (sous la direction de), *La nouvelle procédure devant la Cour européenne des droits de l'homme après le Protocole n° 14*, Bruxelles, 2007. V., inoltre, A. VITERBO, *Origini e sviluppo della Convenzione europea dei diritti umani*, in questo Volume.

² Doc. A 782, riprodotto in Consiglio d'Europa, *Recueil des travaux préparatoires de la Convention européenne des droits de l'homme*, Vol. 3. *Committee of Experts (2 February – 10 March 1950)*, The Hague, 1976, p. 188.

the wording of the substantive provisions of United Kingdom law were minor and technical and unlikely to give rise to a complaint to the European Commission of Human Rights. It was also thought that it was undesirable for the United Kingdom to make detailed reservations in respect of any particular provision because this would have implied that United Kingdom law was in conformity in all respects with every one of those provisions on which no specific reservation had been made. No reservations have therefore been entered”.

3. La giurisprudenza degli organi di Strasburgo relativa alla applicazione della Convenzione nel Regno Unito e il tema della mancata incorporazione

In verità, come agevolmente può notare chiunque osservi la giurisprudenza degli organi di Strasburgo, numerosi furono i casi nei quali il Regno Unito è stato riconosciuto responsabile di violazioni della Convenzione. La giurisprudenza che riguarda il Regno Unito è stata veramente imponente. Si va dai primissimi casi relativi alla difficile gestione dei movimenti irredentisti irlandesi alle più recenti problematiche che riguardano i diritti classici di libertà o il diritto di proprietà, in linea peraltro con una evoluzione della giurisprudenza degli organi di Strasburgo che sono passati da un'attenzione quasi esclusivamente centrata su fatti sensazionali a un capillare, sistematico controllo dell'ordinaria vita democratica di ciascun paese parte della Convenzione³.

In verità, se copiosa è stata la giurisprudenza degli organi di Strasburgo in relazione alla applicazione della Convenzione nel Regno Unito, il tema della mancata incorporazione della Convenzione non ha trovato, sembra, adeguata considerazione. E ciò può spiegarsi anche perché la Corte ha sempre coerentemente sostenuto che l'applicazione della Convenzione in un Paese (e finanche l'effettività dei ricorsi interni in quell'ordinamento) non si identifica con il tema della applicabilità diretta della Convenzione. Possono in altre parole darsi ricorsi effettivi ai sensi dell'art. 13 CEDU anche in assetti nei quali la Convenzione non è direttamente applicabile da parte dei giudici interni, mentre il mero fatto che la

³ Sia consentito rinviare ai miei lavori: *La libertà d'espressione nella Convenzione europea dei Diritti dell'Uomo: il caso Sunday Times*, in *Rivista di diritto internazionale*, 1981, p. 43 ss.; *Espropriazione di beni e indennizzo nel sistema della Convenzione europea dei Diritti dell'Uomo: le sentenze nei casi James e Lithgow*, *ivi*, 1987, p. 309 ss.; *Sul margine d'apprezzamento statale nel sistema della Convenzione europea dei diritti dell'uomo*, *ivi*, 1991, pag. 571 ss.; *I cinquant'anni della Convenzione europea dei diritti dell'uomo*, in *Aggiornamenti Sociali*, 2000, p. 515 ss.; *Il diritto ad un ricorso effettivo nella Convenzione europea dei diritti dell'uomo*, in *Rivista di diritto internazionale*, 2001, p. 277 ss., ove sono ampiamente recensiti alcuni degli sviluppi che interessano il Regno Unito. Un'attenta ricostruzione di alcune vicende successive relative al Regno Unito si trova in A. DI STEFANO, *Public Authority Liability in Negligence e diritto a un ricorso effettivo nell'ordinamento britannico. Nota alla sentenza della Corte europea dei diritti dell'uomo nel caso Z. e altri c. Regno Unito*, in *Rivista internazionale dei diritti umani*, 2003, p. 97 ss.

Convenzione possa essere applicata dai giudici interni non implica che i ricorsi colà disponibili siano effettivi ai sensi dell'art. 13⁴.

In generale, emerge dall'esame della giurisprudenza degli organi di Strasburgo relativa al Regno Unito, l'immagine di un Paese che presenta non pochi problemi in relazione alla *compliance* con gli standards della Convenzione. Al riguardo si diffuse il convincimento che una parte almeno di questi problemi avrebbe potuto essere risolta mediante l'*incorporation* della Convenzione nell'ordinamento inglese, sia perché avrebbe permesso una soluzione 'domestica' a molte doglianze che avrebbero potuto cercare la strada di Strasburgo, sia perché avrebbe agevolato una evoluzione dell'ordinamento britannico in senso più *Convention friendly*.

4. La posizione della Convenzione '*as a non incorporated treaty*' nell'ordinamento britannico

Come detto, il sistema inglese delle relazioni fra diritto internazionale e diritto interno è tipicamente dualista, ossia un sistema nel quale diritto internazionale e diritto interno vengono pensati come due ordinamenti distinti e non comunicanti e dunque l'applicazione del diritto internazionale sul territorio dello Stato dipende dal diritto interno di quello Stato. In questo sistema, a meno che non ci sia stato un intervento normativo del diritto interno, le norme internazionali rimangono *non justiciable* davanti alle giurisdizioni interne⁵.

Pertanto, finché non venne emanato lo *Human Rights Act (HRA) 1998*, la Convenzione europea si applicava certamente al Regno Unito, ma non era possibile invocarne il contenuto davanti ai tribunali interni. E dunque, in mancanza di una legge che offrisse dei *remedies* nel diritto interno, il Regno Unito finiva con il trovarsi in palese violazione dell'art. 13 CEDU⁶.

Tuttavia non è del tutto corretto affermare che la Convenzione non trovasse applicazione ad opera dei giudici britannici, dato che essa poteva essere presa in considerazione quale ausilio interpretativo in relazione agli *statutes* per l'interpretazione dei quali vige un principio di presunzione di conformità, secondo il quale deve presumersi che il Parlamento non intenda emanare atti legislativi

⁴ La questione è ampiamente discussa nel celeberrimo caso *Silver et al. c. Regno Unito* (ricorsi nn. 5947/72, 6205/73, 7052/75, 7061/75, 7107/75, 7113/75, 7136/75, sentenza del 25 marzo 1983) deciso dalla Corte europea dei diritti umani nel 1983 o ancora in *Chahal v. United Kingdom* [GC] (ricorso n. 22414/93, sentenza del 15 novembre 1996).

⁵ Si veda, per una prima informazione sul punto, il paragrafo 3 del mio scritto, *Convenzione europea dei diritti umani e Human Rights Act 1998: in margine all'obbligo delle corti inglesi 'to take into account' la giurisprudenza della Corte di Strasburgo*, in *Diritti umani e diritto internazionale*, 2008, p. 253 ss.

⁶ Sia consentito qui rinviare a R. SAPIENZA, *Il diritto ad un ricorso effettivo nella Convenzione europea dei diritti dell'uomo*, cit.

vi in contrasto con gli obblighi internazionali gravanti sul Regno Unito. Tale principio trova comunque applicazione solo quando l'interpretazione dello *statute* sia ambigua o comunque non consolidata, o lo *statute* in questione sia stato emanato proprio per dare applicazione alla Convenzione, come nel caso del *Contempt of Courts Act*⁷.

5. Il dibattito sull'applicazione della Convenzione nel Regno Unito e l'adozione dello *Human Rights Act 1998*

L'incorporazione apparve dunque una via per la soluzione di questi problemi. Anche se non viene spesso ricordato, prima dello HRA 1998 ci furono diversi altri tentativi di incorporazione della Convenzione nell'ordinamento britannico, ma ad essi si arrivò per gradi. Inizialmente, infatti, si cercò una soluzione al problema per vie diverse da quelle dell'incorporazione.

Ad esempio, nel 1968 Anthony Lester, in un libro dal titolo *Democracy and Individual Rights*, denunciava quelle che a suo dire erano le minacce ai diritti dei singoli che si annidano nella stessa struttura dell'ordinamento giuridico britannico. Egli puntava il dito sulla legislazione di controllo dell'immigrazione che permetteva l'espulsione degli stranieri senza riconoscere loro un diritto di ricorso avverso le decisioni che li riguardavano o ancora contro certi poteri delle autorità locali. Proponeva dunque una legislazione sulla protezione dei diritti umani e altresì l'istituzione di un organismo che potesse indirizzare al Parlamento raccomandazioni sulla compatibilità tra la legislazione interna e la normativa internazionale sui diritti umani. Pur riconoscendo che la soluzione migliore sarebbe stata quella del conferimento ai cittadini di diritti azionabili davanti ai giudici, egli riteneva preferibile la soluzione da lui proposta per ragioni di prudenza⁸. E i numerosi progetti di legge che vengono avanzati in quegli anni (e che non superano i primi stadi d'esame, tanto in seno alla House of Lords quanto alla House of Commons) mostrano comparabile prudenza, senza mai far cenno al problema dell'incorporazione⁹.

Nel marzo 1976, per la prima volta viene presentato un progetto di legge che prevede l'incorporazione della Convenzione. È quello proposto da Lord

⁷ Per quel che riguarda la common law, invece, la situazione era meno definita. Ad esempio, nel caso *Derbyshire County Council v. Times Newspapers* (sentenza del 18 febbraio 1993 [1993] 2 W.L.R. 449), la House of Lords ha ritenuto che non poteva fondarsi sulla Convenzione il diritto per una local corporation di agire in base alle regole di common law sul libel, mentre nel medesimo caso la Court of Appeal aveva ritenuto diversamente. In ogni caso, la posizione generalmente accolta era che una *clear and settled common law* non potesse venire modificata sulla base della Convenzione.

⁸ V. le citazioni riportate da M. ZANDER, *A Bill of Rights?*, London, 1997, p. 3 ss.

⁹ Per le recensioni di tali progetti di legge, ivi, *passim*.

Wade, che prevede che la Convenzione e i suoi protocolli prevalgano sul diritto interno anche posteriore¹⁰.

Il Master of the Rolls, Lord Denning lo critica aspramente, ritenendolo contrario alla tradizione giuridica britannica¹¹. Viene dunque creata una Commissione di studio sull'argomento del *Bill of Rights*, commissione che si riunisce più volte, ascolta degli esperti e consegna un rapporto il 29 giugno 1978 nel quale ritiene che la Convenzione europea debba essere la base di una eventuale legiferazione britannica sui diritti umani¹². Ci saranno negli anni successivi risoluzioni votate dai Lords sulla desiderabilità di un *Bill of Rights*, ma nessun passo concreto.

Nel 1993, Lord Bingham of Cornhill, in un discorso del 2 marzo prende dichiaratamente posizione a favore dell'incorporazione della Convenzione nel diritto britannico¹³ e nel 1994 Lord Lester of Lerne Hill propone un suo primo progetto di legge di incorporazione della Convenzione nel quale prevede che i tribunali possano disapplicare le leggi incompatibili con la Convenzione ed anche pronunziarsi sull'indennizzo a vittime di violazioni di diritti protetti dalla Convenzione. In una successiva versione del progetto, però, temendo di non poter avere il supporto dei Membri del Parlamento, modifica la previsione del potere di disapplicazione nel semplice obbligo di interpretare le leggi in maniera compatibile con la Convenzione.

Nel frattempo, nel 1987, un altro progetto era stato presentato ad opera del deputato conservatore Sir Edward Gardner davanti alla House of Commons. Celeberrima è rimasta la frase di Sir Gardner nell'introduzione al suo progetto di legge, nella quale si riferiva alla Convenzione dicendo: "*It is language which echoes right down the corridors of history. It goes deep into our history and as far back as Magna Carta*"¹⁴.

La vera novità è però rappresentata dal fatto che nel 1994 la battaglia per una legge in materia di diritti umani viene sposata dal Labour Party. Fino a questo momento il tema era stato un tema tipicamente liberale sostenuto da alcuni Tories, ma con l'avvento di Tony Blair alla guida del Labour, esso diviene uno degli elementi di una piattaforma di modernizzazione del Paese che rappresenta la parte centrale del programma del Labour¹⁵.

Il passo decisivo venne però compiuto solo con il ritorno del Labour al Governo. L'iniziativa era stata presa dal Labour Party quando si trovava

¹⁰ *Parliamentary Debates (Hansard), House of Lords Official Report* vol. 369, col. 775, del 25 marzo 1975.

¹¹ *Ivi*, col. 797.

¹² *Report of the Select Committee on a Bill of Rights, House of Lords, Paper 176, June 1978*.

¹³ Lord Thomas Bingham, *The European Convention on Human Rights: Time to incorporate*, in *Law Quarterly Review*, 1993, p. 390 ss.

¹⁴ *Parliamentary Debates (Hansard), House of Commons Official Report* vol. 109, col. 1224, del 6 febbraio 1987.

¹⁵ Tony Blair si esprime decisamente a favore dell'incorporazione nella celebre *John Smith Memorial Lecture* del 7 febbraio 1997.

all'opposizione, mediante la diffusione del documento *Bringing Rights Home*, redatto da Jack Straw, ministro degli interni nel governo ombra, e da Paul Boateng¹⁶.

Vinte le elezioni del 1997, il nuovo governo pubblicò il 23 ottobre 1997 il Libro Bianco *Rights Brought Home: The Human Rights Bill* e avviò la procedura per l'adozione della legge che avvenne il 2 novembre 1998. Dopo il *Royal Assent* del 9 novembre, il testo era legge, ma bisognò attendere due anni per la sua applicazione integrale perché ci si impegnò in un vasto programma di formazione per i giudici.

Nel Libro Bianco, sotto la rubrica *The case for incorporation* si legge che

“1.14 The effect of non-incorporation on the British people is a very practical one. The rights, originally developed with major help from the United Kingdom Government, are no longer actually seen as British rights. And enforcing them takes too long and costs too much. It takes on average five years to get an action into the European Court of Human Rights once all domestic remedies have been exhausted; and it costs an average of £ 30,000. Bringing these rights home will mean that the British people will be able to argue for their rights in the British courts - without this inordinate delay and cost. It will also mean that the rights will be brought much more fully into the jurisprudence of the courts throughout the United Kingdom, and their interpretation will thus be far more subtly and powerfully woven into our law. And there will be another distinct benefit. British judges will be enabled to make a distinctively British contribution to the development of the jurisprudence of human rights in Europe”¹⁷.

In particolare viene fatto notare che troppe volte il comportamento del Regno Unito è stato riconosciuto in violazione della Convenzione

“1.16 The most obvious proof of this lies in the number of cases in which the European Commission and Court have found that there have been violations of the Convention rights in the United Kingdom. The causes vary. The Government recognises that interpretations of the rights guaranteed under the Convention have developed over the years, reflecting changes in society and attitudes. Sometimes United Kingdom laws have proved to be inherently at odds with the Convention rights. On other occasions, although the law has been satisfactory, something has been done which our courts have held to be lawful by United Kingdom standards but which breaches the Convention. In other cases again, there has simply been no framework within which the compatibility with the Convention rights of an executive act or decision can be tested in the British courts: these courts can of course review the exercise of executive discretion, but they can do so only on the basis of what is lawful or unlawful according to the law in the United Kingdom as it stands. It is plainly unsatisfactory that

¹⁶ J. STRAW, P. BOATENG, *Bringing Rights Home: Labour's Plans to Incorporate the ECHR into UK Law*, in *European Human Rights Law Review*, 1997, p. 71.

¹⁷ *Rights Brought Home: The Human Rights Bill, Presented to Parliament by the Secretary of State for the Home Department by Command of Her Majesty, October 1997*, Command Paper No. Cm 3782.

someone should be the victim of a breach of the Convention standards by the State yet cannot bring any case at all in the British courts, simply because British law does not recognise the right in the same terms as one contained in the Convention”¹⁸.

Si sottolinea inoltre che la strada per Strasburgo è lunga e costosa:

“1.17 For individuals, and for those advising them, the road to Strasbourg is long and hard. Even when they get there, the Convention enforcement machinery is subject to long delays. This might be convenient for a government which was half-hearted about the Convention and the right of individuals to apply under it, since it postpones the moment at which changes in domestic law or practice must be made. But it is not in keeping with the importance which this Government attaches to the observance of basic human rights”¹⁹.

La via della incorporazione diretta apparve però eccessiva, dato che forti resistenze incontrava la Convenzione a motivo della sua idoneità ad incidere sulla materia dei diritti e dunque in ultima analisi sulla materia costituzionale. Abbiamo del resto già riferito delle non poche difficoltà sperimentate lungo l’erto cammino che doveva riportare i diritti ‘*a casa*’.

6. Lo *Human Rights Act 1998* e l’incorporazione indiretta della Convenzione

Si scelse dunque la via della incorporazione indiretta. Parlando di carattere indiretto della incorporazione, si intende riferirsi al fatto che lo HRA 1998 non

¹⁸ *Ibidem*.

¹⁹ *Ibidem*. E poco oltre, sotto la rubrica *Bringing Rights Home* si sottolinea:

“1.18 We therefore believe that the time has come to enable people to enforce their Convention rights against the State in the British courts, rather than having to incur the delays and expense which are involved in taking a case to the European Human Rights Commission and Court in Strasbourg and which may altogether deter some people from pursuing their rights. Enabling courts in the United Kingdom to rule on the application of the Convention will also help to influence the development of case law on the Convention by the European Court of Human Rights on the basis of familiarity with our laws and customs and of sensitivity to practices and procedures in the United Kingdom. Our courts’ decisions will provide the European Court with a useful source of information and reasoning for its own decisions. United Kingdom judges have a very high reputation internationally, but the fact that they do not deal in the same concepts as the European Court of Human Rights limits the extent to which their judgments can be drawn upon and followed. Enabling the Convention rights to be judged by British courts will also lead to closer scrutiny of the human rights implications of new legislation and new policies. If legislation is enacted which is incompatible with the Convention, a ruling by the domestic courts to that effect will be much more direct and immediate than a ruling from the European Court of Human Rights. The Government of the day, and Parliament, will want to minimise the risk of that happening.

1.19 Our aim is a straightforward one. It is to make more directly accessible the rights which the British people already enjoy under the Convention. In other words, to bring those rights home.”

conferisce forza di legge alla Convenzione europea nel diritto britannico (come fa invece lo *European Communities Act* 1972 per il diritto comunitario), ma realizza una (appunto indiretta) tutela dei 'Convention rights' nell'ordinamento interno, imponendo ai tribunali inglesi di interpretare il diritto interno in maniera conforme alla Convenzione e di considerare 'unlawful' la condotta di una 'public authority' che violi con il suo comportamento uno di questi 'Convention rights'.

Ciò spiega anche perché lo HRA 1998 sia concepito nel modo in cui lo è, volto soltanto a conferire "further effect to those rights which we already enjoy under the Convention", prevedendo strumenti accessori a tutela dei diritti previsti dalla Convenzione e cioè imponendo alle Corti inglesi una interpretazione conforme alla giurisprudenza della Corte europea, creando una autonoma *cause of action* con la quale si può denunciare la violazione dei diritti da parte di *public authorities*, prevedendo l'obbligo per Governo e Parlamento di pronunciarsi sulle leggi che siano state dichiarate incompatibili con la Convenzione²⁰.

La questione è stata ben sintetizzata da Lord Bingham nel celebre caso *Al Skeini*,

"10. Since 3 September 1953 the UK has been bound in international law to comply with the obligations undertaken in the Convention, and in later protocols to the Convention which it has formally ratified. But for upwards of 40 years the UK took no step to give domestic legal effect to these international obligations. The object of the HRA was to do so. This object could have been achieved by a simple incorporation of the Convention (or some or all of its articles) into domestic law. But this is not what was done, as clearly explained by my noble and learned friends Lord Nicholls of Birkenhead and Lord Hoffmann in *In re McKerr* [2004] UKHL 12, [2004] 1 WLR 807, paragraphs 25 and 62-65, and by Lord Hoffmann in *R v Lyons* [2002] UKHL 44, [2003] 1 AC 976, paragraph 27. The technique adopted, briefly summarised in paragraph 2 above, was to provide in section 6(1) that 'It is unlawful for a public authority to act in a way which is incompatible with a Convention right'. A 'Convention right', by section 1, meant a right or fundamental freedom set out in articles 2 to 12 and 14 of the Convention, articles 1 to 3 of the First Protocol and articles 1 and 2 of the Sixth Protocol, as read with articles 16 to 18 of the Convention, subject to any designated derogation or reservation. The listed articles were set out in Schedule 1 to the Act. 'The Convention' was defined in section 21(1) of the Act to mean the Convention agreed by the Council of Europe at Rome on 4 November 1950 'as it has effect for the time being in relation to the United Kingdom'. Thus, as Lord Nicholls pointed out in *McKerr*, above, paragraph 25, there is a distinction between (1) rights arising under the Convention and (2) rights created by the 1998 Act by reference to the Convention: 'These two sets of rights now exist side by side. But there are significant differences between them. The former existed before the enactment of the 1998 Act and

²⁰ Nota D. FELDMAN, *The Human Rights Act 1998 and Constitutional Principles*, in *Legal Studies*, 1999, p. 165 ss. che "The Act initiates a fundamental constitutional change by introducing new values and an altered frame of reference to UK public law", e più oltre, a p. 167, che "In its structure, the Act seeks to protect rights while upholding the legislative supremacy of Parliament".

they continue to exist. They are not as such part of this country's law because the Convention does not form part of this country's law. That is still the position. These rights, arising under the Convention, are to be contrasted with rights created by the 1998 Act. The latter came into existence for the first time on 2 October 2000. They are part of this country's law. The extent of these rights, created as they were by the 1998 Act, depends upon the proper interpretation of that Act ...'

The focus of this opinion, at this stage of the enquiry, is on the extent of the rights arising under the Act, not those arising under the Convention. Hence the need for careful consideration, in the first instance, of the Act²¹.

Il collegamento tra i *two sets of rights* è rappresentato dalla sezione 2 dello HRA 1998, che prevede che ogni corte o tribunale inglese, nel decidere una questione relativa ai diritti umani protetti dalla Convenzione, debba comunque tener conto di ogni sentenza, decisione, dichiarazione o parere consultivo della Corte europea di Strasburgo, della Commissione europea dei diritti umani o del Consiglio dei Ministri che sia pertinente al caso.

La ricostruzione che di quest'obbligo ha offerto la giurisprudenza della House of Lords è stata oggetto di non poche critiche, in dottrina, da parte di autori che hanno lamentato un indebito appiattimento, per dir così, dei Lords sulla giurisprudenza di Strasburgo²².

Ne emerge dunque, in relazione allo stesso HRA 1998 e su di esso fondato, un riparto di competenze tra il giudice di Strasburgo, cui spetta l'interpretazione dei *Convention rights*, e il giudice inglese cui spetta la gestione del complesso meccanismo che la logica della incorporazione indiretta ha creato per dare "*further effect to those rights which we already enjoy under the Convention*".

In altre parole, è proprio perché lo HRA 1998 crea un meccanismo indiretto che esso deve postulare (e la giurisprudenza della House of Lords lo asseconda in questa direzione) che i diritti di cui si ragiona nel Regno Unito siano proprio i '*Convention rights*' come interpretati dalla Corte europea.

L'ordinamento inglese ha insomma costruito in piena autonomia un sistema di indiretto *enforcement* della Convenzione davanti ai propri tribunali interni, un elemento del quale sistema è rappresentato dalla attribuzione agli organi di Strasburgo della competenza esclusiva ad interpretare i '*Convention rights*', costruendo quindi un sistema nazionale indipendente, ma strutturalmente collegato

²¹ L'argomentazione era funzionale, in quel caso, alla tesi di Lord Bingham della necessità di risolvere il caso limitando l'analisi al profilo della impossibilità di un'applicazione extraterritoriale dello HRA 1998, ma rimane comunque suggestiva. Sulla decisione della House of Lords (*Al-Skeini and others (Respondents) v. Secretary of State for Defence (Appellant) Al-Skeini and others (Appellants) v. Secretary of State for Defence (Respondent) (Consolidated Appeals)*, sentenza del 13 luglio 2007) sia consentito rinviare al mio *L'applicazione extraterritoriale dello Human Rights Act: la decisione della Camera dei Lords nel caso Al-Skeini*, in *Diritti umani e diritto Internazionale*, 2008, p. 151 ss.

²² V., ad esempio, R. CLAYTON, *The Human Rights Act Six Years On: Where are We Now?*, in *European Human Rights Law Review*, 2007, p. 12 ss.

a quello internazionale, collegamento che è rappresentato proprio dalla interpretazione operata dalla Corte europea²³.

7. Considerazioni conclusive

Come si vede, la situazione del Regno Unito in rapporto alla Convenzione europea dei diritti umani si rivelò nel tempo ben più complessa di quel che poteva apparire all'epoca dei lavori preparatori. Se lo *scoreboard* del Regno Unito come protettore dei diritti umani si rivelò non migliore di quello di tanti altri Paesi, il cammino per riportare ... i diritti 'a casa' fu assai impegnativo e il risultato fu una *indirect incorporation*, ossia una soluzione che si riportava i diritti 'a casa', ma solo ... fino a un certo punto. Si opponevano alcune caratteristiche strutturali dell'ordinamento britannico, ma anche certe particolarità della Convenzione come trattato internazionale in materia 'costituzionale'.

La vicenda così ricostruita appare per certi versi paradigmatica anche per quei Paesi, tra i quali l'Italia, che stanno ripensando il proprio rapporto con la Convenzione europea dei diritti umani e sono ancora (mi pare) alla ricerca di possibili soluzioni²⁴.

²³ V. più ampiamente sul punto il mio *Convenzione europea dei diritti umani e Human Rights Act 1998*, cit.

²⁴ Alludo alle soluzioni prospettate dalle sentenze n. 348 e 349 del 24 ottobre 2007 della Corte Costituzionale, sulle quali rinvio volentieri agli ottimi commenti apparsi sul numero 2 del 2008 della rivista *Diritti umani e diritto internazionale*.

La France et la Cour européenne des droits de l'homme, variations sur les amours d'un couple tumultueux^{*}

Jean-Marc Sorel

SOMMAIRE: 1. Introduction. – 2. Le coup de foudre en trompe l'œil: la France et la promotion des droits de l'homme. – 2.1. Le décalage certain entre le coup de foudre et la demande en mariage. – 2.2. Une relation amoureuse sous la tutelle du contrôle parental. – 3. Passion et scènes de ménage: la vie du couple. – 3.1. Entre réticences et avancées: l'élan du Protocole n° 11. – 3.2. Le contrôle de la validité de la relation par la «famille» juridictionnelle interne. – 4. Les relations apaisées d'un vieux couple. – 4.1. La soumission progressive de la France à la CEDH. – 4.2. La France et la CEDH, un bilan récent (2004-2007): le couple au quotidien. 5. Des querelles feutrées mais persistantes: les manies du couple. – 5.1. Les droits fondamentaux. – 5.2. Les garanties procédurales. – 5.3. Les droits civils et politiques. – 6. Conclusion.

1. Introduction

Le thème de la France et de la Cour européenne des droits de l'homme (CEDH) est à la fois évident et chaotique. Evident parce que la France a, historiquement et traditionnellement, un fort attachement à la problématique des droits de l'homme, ceci remontant à la révolution française. Mais chaotique parce que cette image, si elle n'est pas dénuée de fondements, a laissé la place à un discours entretenu dans ce sens, sans que la réalité des faits soit toujours au rendez-vous. On oscille ainsi entre ce que la France souhaite présenter comme «vitrine» des droits de l'homme, et la réalité impliquée par sa place dans le monde et ses propres turpitudes internes.

Il est donc possible de présenter cette relation selon l'image du couple avec ses variations amoureuses, allant du coup de foudre initial à l'apaisement d'un «vieux» couple, en passant par les phases de méfiance, de recul, voire de haine contenue¹. Ce n'est donc pas une relation simple, mais un enchevêtrement complexe. Mais, heureusement, il n'y a jamais eu de *Divorce à l'italienne*, même si la France a pu avoir, de temps en temps, les rêves morbides d'un Marcello Mastroianni dans le film du même nom.

Pour envisager cette liaison à la fois passionnée et ultérieurement raisonnée, nous adopterons une démarche en grande partie chronologique. L'histoire de ce

^{*} Cet article a été écrit en mai 2009.

¹ La relation entre la CEDH et la CJCE a également en son temps été présentée d'une manière comparable. Voir D. SIMON, *Des influences réciproques entre CJCE et CEDH: «Je t'aime, moi non plus»?*, dans *Pouvoirs* n° 96/2001, pp. 31-49.

couple commence comme il se doit par une forme de coup de foudre au moment de la création de la CEDH à la suite de la deuxième guerre mondiale. Néanmoins, dès le départ, ce coup de foudre est nuancé par les intérêts bien compris de la France, notamment en raison de la structuration du dispositif juridictionnel au sein des institutions françaises (2). S'en suivra une période mêlant passion et scènes de ménage qui voit, de la part de la France, la poursuite du discours traditionnel sur les droits de l'homme, alors que le droit interne y semble peu réceptif (3). Comme toujours dans une histoire d'amour, ce sont les relations apaisées qui prendront la place de la ferveur avec une soumission progressive mais réelle comme en atteste les relations les plus récentes (4)². Néanmoins, un bilan plus exhaustif et plus précis des affaires récentes permet de constater que des querelles feutrées mais persistantes demeurent (5).

2. Le coup de foudre en trompe l'œil: la France et la promotion des droits de l'homme

2.1. Le décalage certain entre le coup de foudre et la demande en mariage

Il est incontestable que la France – et particulièrement quelques français – ont activement souhaité et participé à la création de la Cour européenne via la Convention européenne de 1950. Ainsi, Pierre-Henri Teitgen, un des principaux artisans de cette Convention, s'impatientait face aux obstacles que la souveraineté des Etats opposait à la «souveraineté du droit»³. Même s'il n'est pas évident qu'il y ait là matière à indignation et si la «souveraineté du droit» peut être pour le moins discutable, il apparaît clairement qu'un français a joué un rôle important dans cette élaboration. C'est ce que reconnaît, a contrario, Pierre Imbert: «[...] la France est fière. Elle est fière qu'un français, René Cassin, soit l'un des pères de la Déclaration universelle; qu'un autre français, Pierre-Henri Teitgen, ait joué un rôle déterminant dans l'élaboration de la Convention européenne; elle

² Les réflexions qui suivent sont en partie reprises de notre communication: *La France et les juridictions internationales ou la dialectique de l'audace, des réticences et de la soumission*, dans G. CAHIN, F. POIRAT, S. SZUREK (dirs.), *La France et le Droit international – Ouverture*, Paris, 2007, pp. 279- 337, avec l'aimable autorisation des éditeurs. D'autre part, nous tenons à remercier très sincèrement Stéphanie Millan, ingénieur d'études au Centre d'étude et de recherche en droit international (CERDIN), pour son aide précieuse concernant les recherches dans la jurisprudence récente de la CEDH à propos de la France.

³ Voir le *Recueil des travaux préparatoires de la C.E.D.H.*, tome IV, n° 61/4, p. 854; cité par A. PELLET, *La mise en œuvre des normes relatives aux droits de l'homme: souveraineté du droit contre souveraineté de l'Etat?*, dans H. THIERRY, E. DECAUX (dirs.), *Droit international et droits de l'homme - La pratique juridique française dans le domaine de la protection internationale des droits de l'homme*, Paris, 1990, p. 101 et s, p. 127, note 162.

est fière de pouvoir s'appeler 'patrie des droits de l'homme'. Toutefois - pour le Conseil de l'Europe - ce titre repose beaucoup plus sur le passé que sur les réalisations concrètes accomplies aujourd'hui et encore moins sur des projets»⁴. Là encore, il y aura matière à nuancer mais il faut reconnaître que les pouvoirs publics ne se sont guère souciés, pendant longtemps, du système européen des droits de l'homme mis en place au début des années cinquante, même si la Cour européenne n'a commencé à fonctionner qu'en 1959, rendant son premier arrêt dans l'affaire *Lawless c. Irlande* du 14 novembre 1960. La Commission avait, quant à elle, rendu sa première décision en 1955.

Mais, comme il est courant de le rappeler, si la Convention européenne du 4 novembre 1950 n'est entrée en vigueur que le 3 septembre 1953, la France ne l'a ratifiée que le 3 mai 1974 à l'occasion de l'intérim du Président Poher après l'adoption d'une loi autorisant la ratification le 31 décembre 1973 qui était à l'étude depuis 1969⁵. C'est à ce moment que l'on peut considérer que la demande en mariage, est bien éloignée du coup de foudre!

De plus, cette ratification ne s'est pas accompagnée de celle du Protocole n° 2 sur la compétence consultative de la Cour, ni de l'acceptation de l'art. 25 sur la compétence de la Commission en matière de recours individuels. En revanche, la France acceptait dès 1974 la compétence de la Cour sur la saisine d'un autre Etat. La situation ne sera finalement régularisée que le 2 octobre 1981⁶ et l'on sait que le droit de recours individuel est désormais automatique dans le cadre de la CEDH. Ajoutons une déclaration interprétative sur la question du monopole de l'ORTF (l'ancienne télévision publique - retirée en 1988), une déclaration interprétative et des réserves au Protocole n° 7⁷, ainsi que deux réserves pour les régimes des articles 5 (droit à la liberté et à la sûreté) et 6 (droit au procès équi-

⁴ *Ibidem*, Débats, p. 92.

⁵ Sur cet épisode resté dans les annales, voir A. PELLET, *La ratification par la France de la convention européenne des droits de l'homme*, dans *Revue du droit public et de la science politique en France et à l'étranger*, 1974, pp. 1319-1379. Dans un domaine connexe, elle n'a adhéré aux Pactes internationaux des Nations Unies relatifs aux droits de l'homme que le 4 novembre 1980. Encore cette adhésion ne s'est-elle pas accompagnée de la déclaration de l'art. 41 sur la compétence du Comité des droits de l'homme au motif que la France devait donner la priorité au système de contrôle institué par la Convention européenne!

⁶ Voir A. PELLET, *La reconnaissance par la France du droit de requête individuelle devant la Commission européenne des droits de l'homme*, dans *Revue du droit public et de la science politique en France et à l'étranger*, 1981, pp. 69 et s; G. COHEN-JONATHAN, *La reconnaissance par la France du droit de recours individuel devant la Commission européenne des Droits de l'Homme*, dans *Annuaire Français de Droit International*, 1981, p. 269 et s.

⁷ La déclaration interprétative visait l'art. 2, par. 1, et les réserves portaient sur les articles 2, 4 et 5 (que les requérants pourront détourner pour l'art. 4 en invoquant des dispositions similaires des Pactes internationaux qui, elles - art. 14, par. 7, du Pacte international relatif aux droits civils et politiques - n'ont pas fait l'objet de réserves).

table) de manière à exclure le régime disciplinaire des forces armées⁸, et pour l'art. 15, par. 1, relatif aux dérogations autorisées en cas de circonstances exceptionnelles (suite aux craintes que le système de la CEDH puisse censurer des décisions du Président de la République prises sur la base de l'art. 16 de la constitution qui permet des formes de plein pouvoirs pour le Président)⁹, et l'on mesure ainsi l'extrême prudence de la France. Cette prudence est expliquée par Guy de Lacharrière, ancien Directeur des affaires juridiques du Ministère des affaires étrangères, comme reflétant une mise à l'épreuve des mécanismes, réflexe que l'on retrouve d'une manière identique aujourd'hui pour l'art. 124 du Statut sur la Cour pénale internationale¹⁰. Si mariage il y a eu, c'est bien sous le régime de la séparation de biens, et non sous celui de la communauté qui avalise normalement une vraie mise en commun des biens.

Il en résulte, selon le jugement sévère mais réaliste de Frédéric Sudre, que: «Partagée entre un sentiment d'autosatisfaction hexagonale (notre 'droit interne est suffisamment parfait') et la crainte d'atteintes à la souveraineté nationale, la France s'est faite une spécialité des ratifications ou adhésions tardives, incomplètes et limitées aux principales conventions internationales des droits de l'homme»¹¹. Dans le même sens, Emmanuel Decaux remarquait: «Alors que la France avait joué un rôle pionnier dans l'élaboration des grands textes onusiens, avec René Cassin, ou européens, avec Pierre-Henri Teitgen, elle était restée réticente à tout engagement conventionnel»¹². En clair, l'affichage de la France *pays des droits de l'homme* n'est pas en conformité avec sa politique réelle en matière d'acceptation de conventions de protection des droits de l'homme.

2.2. Une relation amoureuse sous la tutelle du contrôle parental

La création d'une juridiction est toujours un moment privilégié, le plus sou-

⁸ L'arrêt *Engel* du 8 juin 1976 avait certes confirmé, pour les Pays-Bas, que la Convention était aussi applicable aux forces militaires, ce qui implique que les craintes de la France n'étaient pas tout à fait infondées.

⁹ Voir V. COUSSIRAT-COUSTERE, *La réserve française à l'article 15 de la Convention européenne des droits de l'homme*, dans *Journal de droit international*, 1975, pp. 269-293.

¹⁰ G. de Lacharrière cite une réponse du gouvernement à une question écrite qui pourrait être transposée au cadre de la CPI: «Ce recours [individuel] existe devant les tribunaux français dont il n'apparaît pas opportun, à l'heure actuelle, de soumettre les jugements à l'examen de la censure d'organes internationaux», *JOAN* du 30 juin 1980, p. 2685, cité dans G. DE LACHARRIÈRE, *La politique juridique extérieure*, Paris, 1983, p. 118.

¹¹ Dans F. SUDRE, *Droit international et européen des droits de l'homme*, PUF, 3^{ème} ed, Paris, 1997, p. 122. Sur cette question, voir aussi P.-H. IMBERT, *La France et les traités internationaux relatifs aux droits de l'homme*, dans *Annuaire français de droit international*, 1980, pp. 31-43.

¹² Dans E. DECAUX, *Les engagements juridiques de la France*, dans H. THIERRY, E. DECAUX (dirs.), *Droit international et droits de l'homme, la pratique française dans le domaine de la protection internationale des droits de l'homme*, op. cit., p. 19 et s, p. 21.

vent accompagné de discours définitifs – ou voulus comme tels – sur les progrès du droit et de la justice internationale en particulier. L'audace y est donc en quelque sorte une posture qui s'impose lorsque les idéaux d'un Etat et son intérêt bien compris coïncident. Il n'en va pas de même après la création de cette juridiction, c'est-à-dire lorsqu'il s'agit d'aborder concrètement les questions, de mettre en perspective la structuration de la juridiction ou de faire évoluer une procédure qui, le plus souvent, connaît quelques problèmes initiaux. Il faudra alors veiller à ce que la politique judiciaire corresponde à ce que souhaite la France, que ce pays soit correctement représenté parmi les juges, ou encore que les juridictions nationales intègrent ces créations qui peuvent interférer avec le droit interne. Or, pour comprendre les réticences de la France, il est nécessaire de regarder brièvement comment fonctionnent les organes qui gèrent la liaison entre la France et les juridictions internationales.

En l'espèce, le cœur de la «machinerie» judiciaire internationale est géré par le Ministère des affaires étrangères via sa Direction des affaires juridiques, successeur du prestigieux Office des juristes occupé par des juristes comme Jules Basdevant ou André Gros¹³. Le premier titulaire de cette Direction fut Guy de Lacharrière qui occupa le poste pendant dix ans et dont l'empreinte reste forte à travers sa systématisation de la politique juridique extérieure. Gilbert Guillaume et Ronny Abraham ont également occupé cette fonction avant d'être élus juge à la Cour internationale de Justice (CIJ). C'est cette Direction qui va gérer les questions contentieuses, aussi bien en matière d'arbitrage, que de recours auprès de la CIJ, auprès de la Cour de justice des Communautés européennes (CJCE), ou auprès de la Cour de Strasbourg. Elle est donc au cœur du fonctionnement des juridictions et de la prise en considération du droit international dans l'action diplomatique de la France mais son rôle reste assez effacé en matière d'initiative auprès de ces juridictions. Devant les juridictions européennes, et contrairement aux affaires portées devant les juridictions «purement» interétatiques, il n'est pas fait appel à des personnes extérieures (universitaires ou avocats) et la Direction assume seule la plainte ou la défense de la France sur la base éventuelle – selon les dossiers – d'une coordination interministérielle, directement pour les dossiers strasbourgeois, ou via le SGAE (Secrétariat général des affaires européennes)¹⁴ pour les dossiers communautaires. Il semble néanmoins qu'une tentative de règlement amiable préalable s'impose pour les dossiers devant la Cour de Strasbourg, surtout si la France pense qu'elle devrait perdre!

¹³ La Direction elle-même a été créée par un décret à l'initiative de Michel Debré le 18 avril 1969. Voir G. GUILLAUME, *La Direction des affaires juridiques du Ministère des affaires étrangères, Conseil juridique et action diplomatique*, dans Guy Ladreit de Lacharrière et la politique juridique extérieure de la France, Paris, 1989, pp. 267-278.

¹⁴ Auparavant, SGCI: Secrétariat général du Comité interministériel pour les questions de coopération économiques européennes. Le SGCI a été créé en 1948. L'actuel SGAE, son successeur, fut mis en place le 18 octobre 2005.

Mais le rôle de cette Direction est aussi de promouvoir la place du juge français, sujet sur lequel la France est particulièrement attentive. En effet, les pouvoirs publics veillent toujours à la place du juge français (et non «de la France») au sein des différentes juridictions. On le sait, pour les cours européennes, le système de nomination des juges diffère d'une cour à l'autre. Si l'accord – et la prééminence – des grands Etats s'imposent pour les nominations à la CJCE puisque les juges sont nommés pour six ans (avec renouvellement partiel tous les 3 ans) d'un commun accord par les gouvernements des Etats membres, en revanche, les juges de la Cour de Strasbourg sont élus par l'Assemblée parlementaire du Conseil de l'Europe sur la base d'une liste de trois candidats présentée par les Hautes Parties contractantes (art. 39, par. 1). Ce système fut quelque peu modifié avec le Protocole n° 11. Avant le Protocole, l'art. 38 de la CEDH précisait que: «La Cour européenne des droits de l'homme se compose d'un nombre de juges égal à celui des membres du Conseil de l'Europe», ce qui permettait à un Etat d'avoir un juge alors qu'il n'était pas partie à la Convention. Ce fut le cas de la France de 1950 à 1974, puis de la Suisse, et il en ira de même pour les pays d'Europe centrale et orientale au début de leur adhésion. Avec le Protocole n° 11, le nouvel art. 20 précise: «La Cour se compose d'un nombre égal à celui des Hautes Parties contractantes». En réalité, cela ne modifie guère la physionomie de la Cour en raison de la concordance entre l'appartenance au Conseil de l'Europe et l'adhésion à la Convention.

Il reste que les postes les plus importants (Présidence de la Cour ou des sections) souffrent toujours d'un tropisme occidental. L'intérêt de la France est donc également de veiller à sa mainmise sur ces postes, mais ce pays a toujours eu des juges de renom à la Cour européenne: René Cassin, Pierre-Henri Teitgen ou Louis-Edmond Pettiti ont occupé ce poste désormais détenu par Jean-Paul Costa, actuel Président de la Cour. Il s'agit de nouveau d'un Conseiller d'Etat, tendance remarquable (et purement franco-française) aussi pour d'autres juridictions internationales, ce qui pendant longtemps ne fut pas sans incidences sur la position du juge français dans certaines affaires en raison de la formation et de l'état d'esprit des conseillers d'Etat traditionnellement plus proches d'une vision assez stricte de la souveraineté de l'Etat.

3. Passion et scènes de ménage: la vie du couple

3.1. Entre réticences et avancées: l'élan du Protocole n°11

A la fin des années 80, du côté de la Cour de Strasbourg, le bilan était encore plus que mitigé pour la France. Un observateur aussi averti que P. Imbert remarquait que: «[...] la France a quand même eu une attitude plutôt frileuse, faite d'attentisme (24 ans avant de ratifier, 7 ans supplémentaires de réflexion pour re-

connaître l'art. 25) et de maladresses (tergiversations pour la Protocole n° 6 sur l'abolition de la peine de mort, répétées pour la convention sur la prévention de la torture) [...] vue de Strasbourg, la France des droits de l'homme donne un peu l'impression d'avancer à reculons [...]. Je crois qu'il est clair que le Conseil de l'Europe n'entre pas en ligne de compte dans la politique française [...]. Le résultat de tout cela est que la France est la grande absente de l'Europe des droits de l'homme»¹⁵. Et de constater que le «titre» de patrie des droits de l'homme repose beaucoup plus sur le passé que sur des réalisations concrètes. De même J. Leprette regrettait-il que la France se soit réfugiée dans un «discours noble»¹⁶. Il faut effectivement reconnaître que la France a accepté le recours individuel au moment où toutes les grandes démocraties d'Europe l'avaient déjà accepté et que certaines réticences n'ont jamais disparu. Cette période tumultueuse, qui s'étend globalement du début des années 80 à l'an 2000, a laissé des traces.

Fondamentalement, des réticences à toute forme de supranationalité demeurent. L'opposition de la France à l'adhésion de la Communauté à la CEDH s'expliquait notamment par la crainte de voir une forme de supranationalité reconnue. Mais il est vrai que les relations entre la CJCE et la Cour de Strasbourg ont toujours été marquées du sceau de l'ambiguïté comme l'illustre la question de l'articulation de la Charte des droits fondamentaux avec la CEDH. Néanmoins, la France ne semblait pas en pointe pour réduire cette ambiguïté.

On le constate, l'enchaînement est complexe entre la France et la CEDH. Si la France fut à l'origine du Conseil de l'Europe et de la Convention européenne, elle fut très largement en retrait par la suite jusqu'à l'apparition du Protocole n° 11 dans la rédaction duquel elle semble avoir pris une place importante. Une forme de «passion» (relative) est en effet réapparue avec la négociation de ce Protocole. La quasi indifférence avait certes pris fin, notamment avec l'acceptation du droit de recours individuel¹⁷, mais il semble que la profonde modification subie par le système juridictionnel de Strasbourg au moment du Protocole n° 11 ait permis à la France de faire de nouveau entendre sa voix et une certaine audace. S'il ne s'agit pas à proprement parler d'une nouvelle juridiction avec ce Protocole, les mutations sont suffisamment profondes par rapport à l'ancien système pour qu'il soit permis de la considérer comme telle pour notre propos. En effet, aux trois organes existants (la Commission, le Comité des Ministres ou la Cour), se substitue une Cour unique. Comme le souligne Ronny Abraham, il ne s'agit certes pas d'une nouvelle juridiction puisque la continuité de la jurisprudence sera assurée, mais il existe bien une rupture avec l'ancien

¹⁵ Lors du débat dans H. THIERRY, E. DECAUX (dirs.), *Droit international et Droits de l'homme, la pratique française dans le domaine de la protection internationale des droits de l'homme, op. cit.*, pp. 90, 91 et 92.

¹⁶ J. LEPRETTE, *La France et la Commission des droits de l'homme, ibidem*, p. 143 et s., p. 149.

¹⁷ La première affaire impliquant la France sur la base d'une requête individuelle qui fut jugée est l'affaire *Bozano c. France* en 1986.

système dont les protocoles additionnels n'avaient qu'un objet procédural¹⁸. Le Protocole n° 11 est d'ailleurs dit «d'amendement» et non «facultatif», ce qui signifie que son entrée en vigueur est soumise à la ratification par tous les Etats, un système à double vitesse étant quasiment impossible. Or, il semble que la France ait joué alors un rôle non négligeable pour réformer un système jugé complexe, peu juridictionnalisé et débordé par son succès. Dès 1986, le Comité d'experts du Conseil de l'Europe chargé des questions de procédure commençait à étudier l'idée d'une jonction des mécanismes. Se succèdent alors quelques projets dont celui dit «de fusion». Le tournant dans cette négociation est le printemps 1993 lorsqu'un accord général sur une Cour unique se dessine et : «Un facteur décisif à cet égard semble avoir été le ralliement du gouvernement français, longtemps hésitant, au projet de 'fusion' déjà défendu par l'Allemagne et quelques autres gouvernements»¹⁹. Il faut dès lors plutôt comprendre que la levée des réticences de la France a permis de mettre en place le nouveau système. Bref, «l'audace» ressemblait plutôt à une timide avancée en faveur d'un système dont la France s'était toujours méfié, mais le ralliement fut effectif.

Il semble, qu'à ce moment, la France aurait souhaité une modification substantielle du profil de la Cour avec le Protocole n° 11. Ronny Abraham s'en fait l'écho lorsqu'il regrette que les Etats n'en aient pas profité pour remettre en cause la règle selon laquelle un juge est élu au titre de chaque Etat partie. Autrement dit, elle aurait préféré une Cour comportant un nombre fixe de juges inférieur à vingt et qui, comme dans beaucoup de juridictions internationales, auraient été représentatifs des différentes régions de l'Europe et des principaux systèmes juridiques.

3.2. *Le contrôle de la validité de la relation par la « famille » juridictionnelle interne*

Le meilleur révélateur de l'attitude de la France réside dans la manière dont les juridictions internes réceptionnent les décisions des juridictions européennes. Par leur nombre et leur densité, ces décisions permettent un véritable «sondage» que les décisions des autres juridictions, trop clairsemées, ne permettent pas.

Il n'est pas question dans cette étude limitée d'envisager l'ensemble de la jurisprudence interne vis-à-vis du droit européen dont les principaux épisodes sont par ailleurs bien connus. On peut simplement résumer cette longue – et tu-

¹⁸ Voir R. ABRAHAM, *La réforme du mécanisme de contrôle de la Convention européenne des droits de l'homme: le protocole n° 11 à la Convention*, dans *Annuaire français de droit international*, 1994, pp. 619-632, spec. pp. 619-620. Pour l'ensemble du mécanisme, voir J.-P. COSTA, *La Cour européenne des droits de l'homme depuis le 1^{er} novembre 1998*, dans *Annuaire français de droit international*, 1999, pp. 732-745.

¹⁹ R. ABRAHAM, *La réforme du mécanisme de contrôle de la Convention européenne des droits de l'homme: le protocole n° 11 à la Convention*, op. cit., p. 624.

multueuse – histoire en estimant que les juridictions internes ont été à l'unisson des pouvoirs publics, exécutif ou législatif. Longtemps indifférentes ou hostiles, les juridictions ont fini par intégrer la norme européenne à son juste niveau. A l'image de l'attitude fluctuante des pouvoirs publics décrite *supra*, les juridictions internes oscillent entre une position intégrationniste et un repli nationaliste²⁰. Longtemps ballottés entre des politiques contradictoires, ces juridictions découvrent tardivement le paradigme intégrationniste à tendance fédéraliste.

Pourtant, les juridictions françaises se sont montrées longtemps réticentes. Le Conseil constitutionnel lui-même n'a pas hésité à rappeler sa réserve de constitutionnalité (sur les «conditions essentielles d'exercice de la souveraineté nationale») déjà exprimée en 1970 dans sa décision du 22 mai 1985 sur le protocole n° 6, ce qui n'avait guère de portée pratique mais conservait une charge symbolique pour montrer les limites des protocoles à la CEDH, et donc de la Cour elle-même²¹.

Mais, pour les juridictions internes, il semble que la CEDH et la jurisprudence de Strasbourg constituent, après une période de doutes et d'incertitudes, un moyen pour influencer à leur tour le législateur national. Etonnant détour qui correspond peut-être plus à un moyen d'influence qu'à une véritable volonté de se soumettre au juge européen, mais qui se révèle une arme dans une confrontation interne entre le juge et le législateur²².

Les juridictions internes se peut-être, au-delà de la position des pouvoirs publics, le meilleur révélateur d'une certaine soumission aux décisions des juridictions européennes. On sait que la question de la hiérarchie des traités est désormais réglée²³, tout comme les réticences envers les questions préjudicielles –

²⁰ Phénomène parfaitement illustré par les célèbres décisions du Conseil d'Etat en 1968 (*Syndicat général des fabricants de semoule de France*) et de la Cour de Cassation en 1975 (*Société des cafés Jacques Vabre*).

²¹ Bruno Genevois, alors Secrétaire général du Conseil constitutionnel, estimait d'ailleurs qu'il n'était pas nécessaire d'incorporer la CEDH dans le bloc de constitutionnalité et qu'il était possible pour le Conseil constitutionnel d'interpréter les droits fondamentaux de valeur constitutionnelle à la lumière de la Convention chaque fois que cela serait nécessaire (B. GENEVOIS, *Le Conseil constitutionnel et le droit né de la Convention européenne des droits de l'homme*, dans H. THIERRY, E. DECAUX (dirs.), *Droit international et Droits de l'homme, la pratique française dans le domaine de la protection internationale des droits de l'homme*, op. cit., p. 251 et s, p. 264).

²² En ce sens, on peut citer l'arrêt de la Chambre criminelle de la Cour de Cassation du 4 septembre 2001 qui écarte les articles 11 et 12 de la loi du 13 juillet 1977 sur l'interdiction de publier des sondages politiques quelques jours avant les élections, sous l'influence des normes de la Convention européenne. En revanche, le Conseil d'Etat se montre, une fois de plus, plus timide comme le prouve l'arrêt *Saran* du 30 octobre 1998 qui limite son contrôle de conventionnalité aux dispositions qui ne sont pas de nature constitutionnelle... ce que fera également la Cour de Cassation par son arrêt *Fraisse* du 2 juin 2000. De nouveau, il faut constater que la cohérence d'ensemble n'est pas toujours au rendez-vous.

²³ La primauté du traité sur la loi, même postérieure, fut affirmée par le Conseil d'Etat par l'arrêt *Nicolo* du 20 octobre 1989, puis étendue au Règlement (arrêt *Boisdet* du 24 septembre 1990), et

notamment de la part du Conseil d'Etat – ont quasiment disparues devant la CJCE. En bref, le système juridictionnel français ne présente plus d'obstacles particuliers pour l'application du droit communautaire ou européen, et ceci même s'il n'existe pas *de jure* un véritable contrôle de la part de la Cour de Luxembourg ou de Strasbourg puisqu'elles n'ont pas le pouvoir de réformer une décision juridictionnelle nationale. Aussi bien pour la CJCE que pour la CEDH, même si ni le Conseil constitutionnel, ni le Conseil d'Etat, ni la Cour de Cassation ne sont placés sous le 'contrôle' – au sens strict du terme – des juridictions européennes, ils doivent en fait, dans des cas de plus en plus nombreux, appliquer les décisions de celles-ci.

Concernant spécifiquement la Cour de Strasbourg, après les dernières réticences²⁴, le juge s'est accoutumé à ce système de normes, le préférant souvent à l'invocation de textes universels (comme les Pactes des Nations Unies) en raison d'une communauté de valeurs, de sa plus grande ancienneté et de sa *lex specialis*. Certes, tout n'est pas réglé, comme le prouve la question de la place du Commissaire du gouvernement au sein du Conseil d'Etat²⁵. Quoi qu'il en soit, les juridictions, par leur jurisprudence ou par des modifications législatives, finissent par obtempérer, et elles parviennent même, comme nous l'avons constaté, par un étonnant retournement, à se servir de ce moyen pour influencer à leur tour le législateur. On constate ainsi une accélération du mouvement d'emprise du juge sur le législateur par la pression des décisions des juridictions européennes, et particulièrement de la Cour de Strasbourg.

Le couple semble donc apaisé sous l'œil bienveillant de sa famille juridictionnelle. D'ailleurs, le Protocole n° 14 ne semble pas avoir modifié cette relation. La France a joué un rôle traditionnel dans sa négociation, sans réticence ou opposition véritable.

4. Les relations apaisées d'un vieux couple

La France est donc entrée dans une phase de relations apaisées avec la CEDH. Progressivement, elle se soumet, progressivement, elle en accepte et intègre les décisions. Il est vrai que son statut de conjoint turbulent et remarqué par le nombre et l'importance de ses incartades envers la règle européenne en matière de droits de l'homme s'est mué en position d'élève moyen qui peut mieux faire mais ne

aux directives (arrêts *Arizona Tobacco Products et S.A. Philip Morris France et S.A. Rothmans International France et S.A Philip Morris France* du 28 février 1992).

²⁴ Voir notamment les conclusions Stim sous Conseil d'Etat, 21 octobre 1990, *Confédération nationale des associations familiales catholiques et autres*, à propos de la réciprocité de l'art. 55 de la constitution au regard de la CEDH (l'arrêt a néanmoins clairement fait prévaloir la norme internationale).

²⁵ A cet égard, l'arrêt *Kreiss c. France* du 7 juin 2001, et l'enchaînement du Décret du 19 décembre 2005 modifiant la partie réglementaire du Code de Justice administrative et de l'arrêt *Martinie c. France* du 12 avril 2006, sont significatifs (cfr. *infra* paragraphe 4).

risque pas le redoublement. Quelque part, elle se doit de remercier quelques nouveaux élèves de la classe qui s'avèrent encore plus dissipés, notamment la Russie.

4.1. La soumission progressive de la France à la CEDH

Le début du tournant vers une soumission progressive se situe incontestablement lors de la déclaration facultative faite le 2 octobre 1981 par R. Badinter pour cinq ans²⁶. La France rattrapait alors son retard, y compris pour d'autres textes concernant les droits de l'homme. Cette période très volontariste ne doit néanmoins pas masquer des réticences toujours vivaces, mais il est certain que cette phase ouvre une ère de soumission à ces textes qui lui permet d'adopter une attitude offensive: «C'est parce que la France a accepté de s'engager pleinement, de se soumettre à tous les recours individuels et à toutes les instances indépendantes, qu'elle est en droit d'être exigeante à l'égard des autres Etats»²⁷.

La soumission devient donc effective comme le prouve l'intégration des remarques des instances de Strasbourg dans la législation nationale. Par exemple, à la suite du rapport du 14 décembre 1988 de la Commission dans l'affaire *Huvig* (qui critiquait la position de la France sur les écoutes téléphoniques), les Chambres réunies de la Cour de Cassation vont, dans l'arrêt *Querrien* du 24 novembre 1989, prendre en compte l'art. 8 de la CEDH sur le respect de la vie privée, et les arrêts *Huvig* et *Kruslin* du 24 avril 1990 seront à l'origine de la loi du 10 juillet 1991 sur le secret des correspondances. On peut également citer l'arrêt *Delta* du 19 décembre 1990 qui entraîna une réforme du Code de procédure civil, l'arrêt *Editions périscope* du 27 août 1992 sur la question des délais déraisonnables dans la procédure administrative, les arrêts *B et Beldjoudi* des 25 et 26 mars 1992 qui obligèrent le Conseil d'Etat et la Cour de Cassation à abandonné leur jurisprudence sur le refus de modification de l'état civil d'un transsexuel ainsi que le contrôle de l'expulsion d'un étranger au regard du respect de la vie familiale (art. 8 CEDH)²⁸, ou l'arrêt *Fretti c. France* du 26 février 2002 dans laquelle la France a eu gain de cause concernant le refus d'adoption

²⁶ Elle fut renouvelée le 1^{er} octobre 1986 pour trois ans pour la faire coïncider avec l'engagement de la France en 1974, puis la France a renouvelé ces deux engagements le 25 septembre 1989. Pour la clause facultative de juridiction obligatoire de l'art. 46, par. 1, la France l'a renouvelée pour une durée de cinq ans à compter du 22 septembre 1984. Cette clause s'est généralisée à tous les Etats à partir de 1989 et il faut rappeler que la Cour avait refusé les réserves à cette clause, contrairement à la CIJ pour la clause de l'art. 36, par. 2, dont elle est le pendant (arrêt *Loizidou c. Turquie* du 23 mars 1995).

²⁷ E. DECAUX, *Les engagements juridiques de la France*, op. cit., p. 35.

²⁸ Pour des bilans, voir F. SUDRE, B. PEYROT, *Etat des requêtes introduites contre la France devant la Commission européenne des droits de l'homme (2 octobre 1981 – 31 décembre 1992)*, Montpellier, 1993; P. TAVERNIER, C. GREWE, H. RUIZ FABRI, *Interprétation et application par les organes strasbourgeois et par les organes nationaux*, dans *Juris-Classeur international*, 1992, p. 25 et s.

d'enfants par un couple homosexuel, mais où elle a été condamnée pour procès inéquitable en raison de l'absence d'information et de convocation du plaignant à l'instance qui a entraîné, depuis le 1er janvier 2001, une modification du Code de procédure administrative (art. R. 712-1). D'autre part, la loi du 15 juin 2000 sur la présomption d'innocence, qui crée une Commission de réexamen des condamnations pénales après les décisions de Strasbourg, a trouvé une application dans l'affaire *Hakkar* pour laquelle la France avait été condamnée pour procès inéquitable le 27 juin 1995 en raison de délais déraisonnables lors d'un procès²⁹. Après une période de refus suite à cette condamnation³⁰, la loi du 15 juin 2000 largement impulsée par cette affaire, a permis la réouverture du procès et la condamnation (de nouveau à perpétuité) du prévenu le 26 février 2003. La France a donc atteint une certaine «vitesse de croisière» devant la Cour de Strasbourg, ce qui l'amène à modifier sa position et sa législation (mais pas toujours puisqu'il s'agit dans de nombreux cas de résoudre des situations individuelles, souvent par indemnisation, dans le cadre d'une mauvaise application d'une loi qui, en elle-même, ne pose pas de problèmes au regard des critères de la CEDH).

Après les longues hésitations mentionnées, la France semble donc avoir intégré la politique des recours individuels qui sont parfois difficiles à accepter pour un Etat qui n'y est pas préparé. Ceci permet de pointer les secteurs dans lesquels la France présente quelques faiblesses. Aux brutalités policières durant les gardes à vue et à l'absence de présomption d'innocence³¹ ont succédé des aspects plus procéduraux concernant la question des délais raisonnables³², des droits de la défense³³, du droit au respect de la vie familiale et privée³⁴ ou des droits à des garanties en matière d'expulsion et d'extradition³⁵. Les articles 6 et 8 étaient ainsi particulièrement visés par les requérants. A titre d'exemple, si la

²⁹ Il avait fallu six ans et demi pour traiter un dossier dans lequel 12 juges d'instruction se sont succédé.

³⁰ La France était alors le seul pays avec la Turquie à refuser de réviser les procès pénaux. C'est une recommandation du Conseil des Ministres du Conseil de l'Europe du 19 janvier 2000, qui s'est prononcée en faveur du réexamen d'affaires suite à des arrêts de la Cour de Strasbourg, qui a impulsé la loi du 15 juin 2000.

³¹ Voir respectivement les arrêts (toutes «c. France»): *Jomac* du 27 août 1992, *Letellier* du 26 août 1991 et *Tomasi* du 27 août 1992.

³² Arrêts: *Kemmache* du 27 novembre 1991, *X* du 31 mars 1992; *Dobbertin* du 25 février 1993 (en matière pénale); *H* du 26 octobre 1989; *Editions Périscope* du 27 août 1992; *X* du 31 mars 1992 (en matière administrative).

³³ Arrêts: *Pham Hoang* du 25 septembre 1992; *Delta* du 19 décembre 1990; *Saïda* du 20 septembre 1993.

³⁴ Arrêts: *A* du 23 novembre 1993; *B* du 25 novembre 1992.

³⁵ Arrêts: *M* du 13 décembre 1984, *Bozano* du 18 décembre 1986; *Joy Aylor* du 20 janvier 1994, *Boughanemi* du 24 avril 1996. Voir notamment J.-P. DOUCET, *La C.E.D.H. et la justice pénale française*, dans *Revue trimestrielle des droits de l'homme*, 1991, p. 177; L. SERMET, *Convention européenne des droits de l'homme et contentieux administratif français*, Paris, 1996.

Cour n'avait rendu que 16 arrêts concernant la France de 1981 à 1991, elle en a rendu 35 de janvier 1999 à avril 2000³⁶.

L'affaire *Odièvre c. France* a particulièrement démontré l'importance de la jurisprudence de Strasbourg pour la France³⁷. Au-delà de la charge symbolique de la décision, elle marque le respect par la France de la juridiction de Strasbourg, et sa volonté de se conformer à ses décisions, même si cela est plus simple lorsque l'on obtient gain de cause. La décision contre l'euthanasie dans le cas de la britannique Diane Pretty (arrêt du 29 avril 2002) devrait également éviter à la France d'être traduite devant la Cour de Strasbourg puisque notre Etat considère cet acte comme un «homicide involontaire», même si des affaires récentes font évoluer ce point de vue.

La France est donc bien toujours concernée par l'activité de la Cour mais, comme pour la CJCE, sa présence, tout en étant essentiellement défensive, devient plus constructive. Et ceci, même si elle intervient peu en général³⁸. Cette attitude n'est d'ailleurs pas tout à fait récente puisque le Doyen Cohen-Jonathan notait en 1989 à la suite d'un bilan: «Ce qu'il faut simplement noter, c'est que la France assume avec un sérieux exemplaire ses responsabilités d'Etat défendeur, ce qui ne va pas sans accroître notablement les charges de la direction des affaires juridiques du Ministère des affaires étrangères»³⁹.

Néanmoins, la France n'était pas (ou plus) le mouton noir de Strasbourg. A leur corps défendant sans doute, la Turquie ou l'Italie se distinguaient plus particulièrement dans la boulimie de requêtes qui caractérisait encore récemment la Cour de Strasbourg⁴⁰. L'engorgement était en point de mire en dépit d'un nombre élevé d'irrecevabilités et la réforme de la Cour était de nouveau à l'ordre du jour⁴¹.

³⁶ Mais si les requêtes individuelles étaient d'environ 70 par an durant la première période citée, elles sont désormais au nombre d'environ 800 par an, uniquement pour la France.

³⁷ En février 2003, la France a eu gain de cause contre Pascale Odièvre à propos de l'anonymat couvrant l'accouchement sous x en France. En l'espèce, la Cour a estimé que cela n'était pas contraire au respect de la vie privée (art. 8) car il permet également d'éviter des abandons ou IVG (interruption volontaire de grossesse). Cette décision qui a donné lieu à des divergences (y compris au sein de la grande Chambre de la Cour) met en balance des systèmes pour finalement acquiescer à celui adopté par la France, seul pays européen à autoriser le secret de la naissance. La loi du 22 janvier 2002 est venue modifier l'accès aux origines personnelles mais maintient le système de l'accouchement sous x.

³⁸ La tierce intervention est prévue à l'art. 36, mais est en général rarement utilisée.

³⁹ G. COHEN-JONATHAN, *La Convention européenne des droits de l'homme*, in H. THIERRY, E. DECAUX (dirs.), *Droit international et Droits de l'homme, la pratique juridique française dans le domaine de la protection internationale des droits de l'homme*, op. cit., p. 199 et s, p. 206.

⁴⁰ Avec un nombre impressionnant de recours pour des durées déraisonnables dans la procédure civile pour l'Italie. Quant à la Turquie, la Cour de Strasbourg a enregistré 1059 recours de citoyens turcs en 2001!

⁴¹ Avec le doublement du Conseil de l'Europe depuis la chute du mur de Berlin, et près de 10.000 requêtes par an, la réforme du Protocole n° 11 est déjà dépassée. Le Protocole n° 14 se profilait. Paradoxalement, la Cour risquait, sinon, d'être accusée de ne pas respecter des délais raisonnables

Un tour d'horizon du bilan récent des affaires concernant la France devant la Cour de Strasbourg (bilan qui ne peut être exhaustif mais qui se présente comme un sondage représentatif) permet de confirmer la relation apaisée entre ces deux entités.

4.2. La France et la CEDH, un bilan récent (2004-2007): le couple au quotidien

De 1982 jusqu'à l'aube du troisième millénaire, la France fut l'un des Etats le plus souvent traduit devant la Cour de Strasbourg depuis l'acceptation du recours individuel⁴². Le bilan de la fin du XXe siècle n'est guère plus encourageant, même si plus nuancé, l'Italie et la Turquie étant beaucoup plus sollicitées que la France ces dernières années. En 2001, la France avait encore fait l'objet de 44 arrêts sur 888, et de 74 sur 844 en 2002⁴³. Depuis, les choses se sont apaisées⁴⁴.

Le bilan de 2004 à 2007 montre en effet une moindre stigmatisation de la France, même des questions récurrentes demeurent. En 2004, la Cour a rendu 718 arrêts⁴⁵, alors qu'elle avait reçu 44 128⁴⁶ requêtes. Comme lors des dernières

pour ses jugements, ce qu'elle reproche trop souvent aux juridictions nationales. Ceci étant, faute d'un contrôle des décisions de la Cour européenne, ce reproche restera lettre morte.

⁴² F. Sudre dresse un tableau statistique sans complaisance: de 1982 à 1995, la France a été visée par 3136 requêtes devant la Commission (loin devant le Royaume-Uni avec 2493 requêtes et l'Allemagne avec 1887 requêtes). Ce nombre est resté assez constant vers le haut: 400 en 1991, 353 en 1992, 399 en 1993, 439 en 1994, 471 en 1995 (contre respectivement 202, 222, 205, 236 et 413 pour le Royaume-Uni pour les mêmes années), F. SUDRE, *Droit international et européen des droits de l'homme*, op. cit., p. 297.

⁴³ En 2001, on peut noter que sur les 44 arrêts, 3 seulement se sont achevés par un constat de non-violation, 7 par règlement amiable et 2 par une radiation du rôle, alors que 32 arrêts constataient une violation, même partielle, de la Convention. La plupart des affaires concernent l'art. 6, par. 1, pour des délais non raisonnables en matière de procédure civile, fiscale ou administrative. En 2002, 6 arrêts constatent un absence de violation, 6 se concluent par un règlement amiable, 2 par une radiation du rôle, alors que 60 constatent une violation, même partielle, le plus souvent en liaison avec l'art. 6, par. 1, comme en 2001. Parmi les affaires traitées en 2002, signalons les affaires *Papon* (n° 626) ou *Debbasch* (n° 796).

⁴⁴ Pour un bilan récent voir Cour européenne des droits de l'homme: *Rapport annuel 2004*; *Rapport annuel 2005*; *Rapport annuel 2006*; *Rapport annuel 2007* (les rapports sont disponibles sur le site: www.echr.coe.int/ECHR/FR/Header/Reports+and+Statistics/Reports/Annual+Reports/). Voir également les chroniques suivantes: E. DECAUX, P. TAVERNIER (dirs.), *Chronique de la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme*, dans *Journal de droit international*, 2005, pp. 459-556; dans *Journal de droit international*, 2006, pp. 1071-1173; dans *Journal de droit international*, 2007, pp. 675-736. Voir également P. TAVERNIER (dir.), *La France et la Cour européenne des droits de l'homme. La jurisprudence en 2004*, Bruxelles, 2005; *La France et la Cour européenne des droits de l'homme. La jurisprudence en 2005*, Bruxelles, 2006; *La France et la Cour européenne des droits de l'homme. La jurisprudence en 2006*, Bruxelles, 2007.

⁴⁵ Dont 15 adoptés par la Grande Chambre.

⁴⁶ Alors que le nombre des requêtes déclarées recevables passait de 753 à 841 (ce qui représentait une augmentation de 11,75%).

années, une forte proportion des arrêts rendus portait exclusivement ou principalement sur la durée excessive de procédures judiciaires. Dans ce domaine, le nombre des arrêts était pratiquement identique à celui de 2003 (passant de 235 à 248). En outre, deux Etats – la Pologne et la France – étaient à l'origine d'un grand nombre de ces arrêts (67 et 33 respectivement). Il faut d'ailleurs remarquer que La France faisait partie des quatre Etats (avec la Turquie, la Pologne et l'Italie) à l'origine de plus de 50% de l'ensemble des arrêts.

En 2005, la Cour a rendu 1 105 arrêts⁴⁷. Il s'agit de loin du nombre le plus élevé d'arrêts jamais rendus en une seule année par la Cour depuis sa création, en particulier depuis son instauration en tant que Cour permanente en 1998. En effet, le nombre d'arrêts rendus a connu une augmentation impressionnante de plus de 54% (soit environ 400 arrêts) par rapport à l'année précédente. En outre, si une grande part concernait des affaires dites «répétitives», le nombre des arrêts terminant des affaires plus complexes a continué à progresser de façon sensible. Cinq Etats ont été cette année là à l'origine de plus de 60% de l'ensemble des arrêts (Turquie, Italie, Ukraine, Grèce, Russie)⁴⁸. Ainsi, l'année 2005 a été marquée, non seulement par une augmentation importante du nombre total des arrêts rendus par la Cour, mais également, et surtout, par une augmentation sensible du nombre des affaires soulevant des questions juridiques complexes et importantes. Cette évolution témoigne de la riche variété des questions juridiques que la Cour est appelée à examiner et se reflète dans de nombreux développements importants de la jurisprudence. Maints arrêts de la Cour ont désormais un impact réel dans les domaines social, économique et politique ainsi que sur le plan purement juridique. La volonté récente de la Cour d'indiquer les mesures générales requises pour remédier à un problème systémique a manifestement renforcé son rôle en tant que garant des droits et libertés fondamentaux en Europe. Enfin puisque nous avons la France en point de mire dans nos propos, on remarquera que, pour la première fois, cet Etat semble sortir du cercle des principaux Etats visés par la Cour. En ce sens, l'année 2005 paraît être un tournant.

Ceci se confirme en 2006 puisque la Cour a rendu 1 560 arrêts (ce qui représente encore une augmentation de plus de 40% par rapport à 2005), et que les Etats contre lesquels étaient dirigés le plus grand nombre d'arrêts étaient la Turquie (334 arrêts), la Slovaquie (190), l'Ukraine (120), la Pologne (115), l'Italie (103), la Russie (102), la France (96) et la Roumanie (73), le cumul de ces huit Etats représentant plus de 70% de l'ensemble des arrêts rendus. Si la France, avec l'Italie, reste l'Etat occidental qui semble le plus visé par la Cour, il est clair que l'aboutissement de nombreuses requêtes provenant de l'ancien bloc de l'Est commence à produire ses effets⁴⁹.

⁴⁷ Dont 12 ont été adoptés par une Grande Chambre.

⁴⁸ Avec respectivement 290, 79, 120, 105, et 83 arrêts.

⁴⁹ En outre, à la fin de l'année 2006, 89 887 requêtes étaient pendantes devant la Cour, dont un quart environ (à peu près 23 000) n'avaient pas encore été attribuées à la formation judiciaire adé-

Enfin, en 2007 la Cour a rendu 1503 arrêts, nombre en très légère régression par rapport à l'année précédente qui tient à la volonté de la Cour de se concentrer sur les affaires les plus complexes et les plus graves, dont le traitement prend plus de temps⁵⁰. Le nombre le plus élevé d'arrêts rendus concernait la Turquie (331), la Russie (192), la Pologne (111) et l'Ukraine (109). Ces quatre Etats représentaient près de la moitié (49%) de tous les arrêts. Près d'un tiers (29%) du total concernait sept autres Etats: la Roumanie (93 arrêts), l'Italie (67), la Grèce (65), la Moldova (60), la Bulgarie (53), le Royaume-Uni (50) et la France (48). Les 36 Etats contractants restants représentaient moins du quart du total des arrêts⁵¹. La décrue concernant la France se confirme bien.

Il semble – malheureusement – qu'un Etat se détache et prend la tête des pays visés par le plus grand nombre de requêtes: il s'agit de la Russie. Des 47 Etats membres, c'est elle qui fait l'objet du plus grand nombre de requêtes en 2007 (23,5%) devant la Turquie, la Roumanie, l'Ukraine et la Pologne. Il n'est guère étonnant que ce même Pays a posé les obstacles principales à la mise en vigueur du Protocole n° 14.

5. Des querelles feutrées mais persistantes: les manies du couple

En dépit de ce bilan qui semble confirmer que la France n'est plus la cible de contentieux nombreux et importants, il est nécessaire de pointer les principaux domaines dans lesquels elle reste sujette aux vindictes de la Cour de Strasbourg. Assez classiquement, nous envisagerons successivement la question des droits fondamentaux, des garanties procédurales, et des droits civils et politiques, sans que les affaires énoncées constituent une présentation exhaustive de la jurisprudence concernant la France. Nous n'avons retenu ici que les affaires qui nous semblaient les plus significatives.

5.1. Les droits fondamentaux

La question des droits fondamentaux est bien sûr centrale dans la jurisprudence de la Cour. Sont ainsi principalement visés les articles 2 (droit à la vie), 3 (tortures et peines ou traitements inhumains), et 4 (esclavage, servitude, travail forcé) de la Convention.

quate (Comité ou Chambre). Quelque 20% de ces affaires sont dirigées contre la Russie, 12% concernent la Roumanie et 10% la Turquie.

⁵⁰ En outre, 15 arrêts ont été prononcés en formation de Grande Chambre contre 30 en 2006.

⁵¹ A la fin 2007, près de 80 000 requêtes étaient pendantes devant la Cour. Quatre Etats représentent plus de la moitié (55%) de ces requêtes: la Russie (26% des affaires), la Turquie (12%), la Roumanie (10%) et l'Ukraine (7%).

L'art. 2 est sans doute le socle dont découle tout ce qui suit. Parce qu'il s'agit du droit à la vie, et donc du droit le plus fondamental d'entre tous, la Cour est particulièrement sensible à son respect.

En 2004, le droit à la vie se trouvait en cause dans trois arrêts de Grande Chambre, chacun ayant porté sur des aspects très différents de ce droit. L'un d'eux concernait la France.

Dans l'affaire *Vo c. France* (Grande Chambre, 8 juillet 2004) la requérante, qui avait dû subir un avortement thérapeutique du fait d'une erreur médicale à la suite d'une confusion résultant d'une homonymie entre la requérante et une autre patiente, déposa une plainte pénale pour blessures commises sur elle-même (infraction qui fit par la suite l'objet d'une amnistie) et pour homicide sur son enfant à naître. La Cour de cassation déclara toutefois que ne pouvait être qualifié d'homicide involontaire le fait pour le médecin d'avoir causé par négligence la mort du fœtus humain *in utero* non encore viable, celui-ci n'étant pas pénalement protégé en droit français. En effet, la Cour de cassation considéra que le principe de la légalité des délits et des peines (imposant une interprétation stricte de la loi pénale) empêchait que les faits litigieux, relatifs à une atteinte mortelle portée au fœtus, puissent entrer dans les prévisions de l'art. 221-6 du Code pénal réprimant l'homicide involontaire d'autrui. Néanmoins, la requérante dénonce le refus des autorités françaises de qualifier d'homicide involontaire l'atteinte à la vie de son enfant à naître et soutient que la France a l'obligation positive d'élaborer une législation pénale visant à réprimer de telles atteintes. Finalement, la Cour relève que la question posée par la requérante est celle de savoir si, en cas d'interruption involontaire de grossesse résultant de la négligence d'un tiers, l'atteinte du fœtus doit être pénalement sanctionnée au regard de l'art. 2 en vue de protéger le fœtus au titre de cet article. La Cour de Strasbourg constate alors l'absence de consensus sur la définition scientifique et juridique des débuts de la vie et considère que «le point de départ du droit à la vie relève de la marge d'appréciation des Etats dont la Cour tend à considérer qu'elle doit leur être reconnue dans ce domaine» (par. 82). Après avoir examiné la jurisprudence française, et le débat législatif afférent à l'opportunité d'un amendement établissant un délit d'interruption involontaire de grossesse, il apparaît que le droit européen se caractérise par l'absence de consensus sur la nature et le statut de l'embryon et/ou du fœtus. La Cour se déclare convaincue «qu'il n'est ni souhaitable ni même possible actuellement de répondre dans l'abstrait à la question de savoir si l'enfant à naître est une personne au sens de l'art. 2» (par. 85). Il en résulte que la Grande Chambre n'a pas tranché la question de savoir si l'enfant à naître était protégé par l'art. 2 de la Convention mais, constatant que les intérêts du fœtus et de sa mère se confondaient, a conclu que la possibilité pour la requérante d'engager une action en responsabilité contre l'administration à raison de la faute commise par le médecin était suffisante pour satisfaire les obligations positives de l'Etat, quand bien même l'art. 2 s'appliquerait.

L'aspect procédural de l'art. 2 était également en cause dans l'affaire *Slimani c. France* (deuxième section, 27 juillet 2004) dans laquelle le compagnon de la requérante était décédé alors qu'il se trouvait en rétention administrative en vue de sa reconduite à la frontière. L'information concernant la recherche des causes de la mort avait abouti à un classement sans suite. La requérante a finalement saisi la Cour en invoquant la violation des articles 2 et 3 de la Convention. En l'espèce, elle reprochait aux autorités françaises d'avoir maintenu son compagnon dans un lieu dépourvu d'encadrement médical approprié à son état de santé et de ne pas lui avoir administré les soins nécessaires au moment du malaise ayant entraîné son décès. Tout en concluant que la requérante n'avait pas épuisé les voies de recours internes quant à ses griefs tirés d'une méconnaissance des garanties substantielles des articles 2 et 3, la Cour a estimé qu'il y avait eu une violation procédurale, étant donné que l'intéressée n'avait pas été associée d'office à l'enquête sur les causes du décès. Pour la Cour, le fait que la requérante ait pu déposer une plainte avec constitution de partie civile n'était pas suffisant. En cas de décès d'un détenu dans des conditions suspectes, les proches du défunt ne doivent donc pas être tenus de prendre l'initiative de déposer une plainte formelle ou d'assumer la responsabilité d'une procédure d'enquête. En revanche, l'art. 2 exige que le proche du défunt soit automatiquement associé à l'enquête officielle ouverte par les autorités sur la cause du décès. La Cour insiste donc sur le caractère effectif et officiel de l'enquête afin de connaître les causes de la mort et d'identifier les éventuels responsables.

Même si les circonstances sont différentes, l'affaire *Tais c. France* (première section, 1^{er} juin 2006) se rapproche de la précédente. En l'espèce, il s'agit de la question du décès d'une personne dans une cellule de dégrisement qui fait peser une présomption de responsabilité à l'encontre de l'Etat. Le fils du requérant avait été interpellé par la police, à la suite d'une rixe. Emmené à l'hôpital, il est ensuite placé en cellule de dégrisement au commissariat, où son décès sera constaté quelques heures plus tard. Dans cette décision, la Cour européenne souligne «qu'il incombe à l'Etat partie de fournir une explication plausible sur les faits qui ont conduit au décès» (par. 83). Or, en l'espèce, le gouvernement français n'a pas fourni de telles explications. En effet, ni pour les coups portés lors de l'examen médical, ni pour le trajet entre l'hôpital et le commissariat, ni surtout lors de la garde à vue, le gouvernement n'est parvenue à démontrer que sa responsabilité n'était pas engagée. Selon la Cour, l'absence d'explication de la part de l'Etat constitue un fait générateur de responsabilité. De même, en ce qui concerne le manque de soin et de surveillance, «la Cour voit dans la manière dont les autorités ont fait face à l'obligation de protéger la vie du fils des requérants de graves manquements et négligences» (par. 101). En effet, à l'appui de cette appréciation, la Cour constate qu'aucun policier n'est entré dans la cellule alors même que Pascal Taïs a non seulement crié toute la nuit mais qu'il a donné de forts signes de malaise (vomissements et autres) dans sa cellule ce que les

gardiens ne pouvaient ignorer. En outre, il apparaît que l'issue fatale aurait pu être évitée si certaines lésions avaient été identifiées plus tôt.

Dans le même ordre d'idées, l'affaire *Saoud c. France* (9 octobre 2007) met en avant l'utilisation par la police, pour procéder à l'arrestation d'un forcené, de la technique d'immobilisation au sol face contre terre en position dite de «décubitus ventral». Son arrêt expose les dangers de cette technique et déplore qu'aucune directive précise n'ait été prise par les autorités à l'égard de cette forme d'immobilisation identifiée comme hautement dangereuse pour la vie.

Dans les trois affaires qui précèdent, ce sont bien les mauvais traitements infligés par les forces de police dans une certaine impunité qui justifient la position de la Cour. Cette question reste malheureusement récurrente en France puisque des affaires similaires continuent de se produire.

Les questions en liaison avec l'art. 3 de la Convention sont généralement assez proches des précédentes, mais la France a obtenu gain de cause dans plusieurs affaires dont l'une s'avérait sensible en raison de la personnalité du requérant.

Dans l'affaire *Matencio c. France* (première section, 15 janvier 2004), la Cour a estimé que le maintien en détention d'un handicapé n'atteignait pas le degré de gravité requis pour faire relever la question du champ d'application de l'art. 3. Cette affaire posait, en effet, la question de la compatibilité entre la privation de liberté et un grave état de santé au regard de l'art. 3. En l'espèce, le requérant, condamné à la réclusion criminelle à perpétuité pour assassinats était devenu handicapé à la suite d'un accident vasculaire cérébral, et ses demandes de mise en libération conditionnelle n'avaient abouti qu'au bout de 5 ans de procédure. La Cour conclut néanmoins à une absence de violation de l'art. 3 en se fondant sur le contenu de ce dernier qui ne saurait induire une interdiction de principe de la détention pour une personne dont l'état de santé est gravement détérioré. De la même manière, dans l'affaire *Gelfmann c. France* (14 décembre 2004), les expertises différaient quant au point de savoir si le requérant, atteint du sida (contracté avant son incarcération), devait être libéré. La Cour a estimé que les soins et le traitement dispensés à l'intéressé étaient du même niveau que ceux dont il aurait bénéficié à l'extérieur de la prison et a conclu que ni l'état de santé du requérant ni la détresse qu'il alléguait n'atteignaient un niveau de gravité suffisant pour constituer un traitement inhumain ou dégradant. Elle a relevé que les autorités françaises pouvaient intervenir si l'état de santé de l'intéressé venait à s'aggraver.

Néanmoins, la Cour a eu à traiter dans ce cadre, un cas malheureusement célèbre: celui du terroriste «Carlos» dans l'affaire *Ramirez Sanchez (dit Carlos) c. France* (première section, 27 janvier 2005). En l'espèce, le requérant se plaignait d'avoir été maintenu en isolement cellulaire pendant plus de huit ans. La Cour a admis que la détention de « l'un des terroristes les plus dangereux dans le monde » posait de sérieuses difficultés aux autorités françaises et a compris que celles-ci aient estimé nécessaire de prendre des mesures extraordinaires de sécurité. Elle a également tenu compte du fait que le requérant n'avait pas été détenu en isolement sensoriel complet ou en isolement social total: il avait disposé de

livres, journaux, télévision etc. En outre, alors que le requérant soutenait qu'il n'avait pas pu avoir de contacts avec d'autres détenus ni avec les gardiens, la Cour a relevé qu'il avait toutefois reçu des visites (médecin, prêtre, avocats au nombre de 58 dont l'une était devenue sa fiancée et était venue le voir plus de 640 fois en quatre ans et dix mois!). Tout en partageant certains soucis du requérant concernant les éventuels effets à long terme de l'isolement, la Cour a considéré que les conditions générales et très spéciales de maintien à l'isolement du requérant et la durée de celui-ci n'avaient pas atteint le seuil minimum de gravité nécessaire pour constituer un traitement inhumain ou dégradant, compte tenu de la personnalité et de la dangerosité hors normes de l'intéressé. Par conséquent, la Cour a dit, par quatre voix contre trois, qu'il n'y avait pas eu violation de l'art. 3 de la Convention. Cette affaire a par la suite été renvoyée devant la Grande Chambre, laquelle a rendu son arrêt le 4 juillet 2006 confirmant la non violation de l'art. 3. La Grande Chambre, pour apprécier la compatibilité de ce régime avec les obligations liées à l'art. 3, a procédé en deux temps. Tout d'abord, elle a qualifié le régime d'isolement de «partiel et relatif» (par. 130). Pour autant, et dans un second temps, la Cour a dû prendre en considération la durée particulièrement longue de ce régime. Elle a ainsi apprécié la «justification, la nécessité des mesures prises et leur proportionnalité par rapport aux autres restrictions possibles, les garanties offertes au requérant pour éviter l'arbitraire et les mesures prises par les autorités pour s'assurer que l'état physique et psychologique du requérant permettrait son maintien en isolement» (par. 136). A cet égard, la Cour considère qu'il n'y a pas en l'espèce de violation de l'art. 3, créant ainsi *de facto* une catégorie d'isolement *sui generis* qui serait celle d'un «isolement partiel et relatif de huit ans pour un terroriste international». Cette solution est d'autant plus surprenante que, paradoxalement, la Cour affirme qu'il est «à regretter qu'aucune durée maximale ne soit prévue pour le maintien à l'isolement» (par. 137). Il faut surtout retenir que la Cour ne s'oppose donc pas à un traitement spécial pour des criminels dangereux ou des terroristes notoires, sans néanmoins que ceci dépasse les mesures sécuritaires nécessaires. La question de la marge d'appréciation de l'Etat est alors centrale.

Même si l'affaire n'a pas encore été jugée, il faut mentionner le cas du français Lucien Léger qui a été le plus ancien détenu de France libéré après 41 années de détention (en 2005) après avoir été condamné pour le meurtre d'un enfant. Il s'est présenté devant la Cour le 30 avril 2008. Ce dernier estime qu'il a subi un traitement inhumain et dégradant au sens de l'art. 3 de la Convention. Déjà débouté par la Cour en 2006, M. Léger a fait appel, notamment en raison d'opinions dissidentes émises en première instance, et notamment par l'actuel Président de la Cour, le juge français Jean-Paul Costa. La question est importante puisqu'il s'agit de savoir si les peines incompressibles sont des traitements inhumains.

Les affaires soulevant des questions sous l'angle de l'art. 4 (interdiction de la servitude) étant relativement peu nombreuses, l'affaire *Siliadin c. France* (arrêt du 26 juillet 2005) mérite qu'on s'y arrête puisqu'elle a permis de rappeler

que si l'esclavage était aboli partout en Europe depuis de nombreuses années, le continent n'était pas entièrement libéré de ce fléau dans la mesure où l'«esclavage domestique» semblait demeurer un problème largement répandu. Dans cette affaire, la Cour a été appelée à examiner l'ampleur de l'obligation positive de l'Etat d'assurer que nul ne fût tenu en esclavage ni en servitude par des particuliers. La requérante, une jeune fille togolaise, avait été emmenée à l'âge de quinze ans et demi en France par une ressortissante française d'origine togolaise pour laquelle elle devait travailler jusqu'à ce qu'elle eût remboursé son billet d'avion. En fait, son passeport lui avait été confisqué et elle avait travaillé comme domestique non rémunérée, en ne recevant aucune éducation ou formation. Avec le consentement de son père, elle était partie ultérieurement vivre avec une autre famille, pour laquelle elle avait également travaillé comme domestique non rémunérée, selon des durées et un rythme incompatibles avec les normes sociales les plus élémentaires. Alerté, le Comité contre l'esclavage moderne avait saisi le parquet et des poursuites avaient été engagées contre le couple qui avait été condamné, mais non pour avoir soumis une personne à des conditions de travail et d'hébergement incompatibles avec la dignité humaine. La Cour européenne, renvoyant à des documents internationaux relatifs à l'interdiction de l'esclavage et de la servitude, a conclu que la notion d'obligations positives s'appliquant dans le contexte de plusieurs autres articles de la Convention (notamment les articles 3 et 8) s'appliquait également à l'art. 4. Dès lors, «il [décolait] nécessairement de cette disposition des obligations positives pour les gouvernements [...] d'adopter des dispositions en matière pénale qui [sanctionnaient] les pratiques visées par l'art. 4 et de les appliquer en pratique». De même, rappelant que les droits consacrés par l'art. 4 ne souffraient nulle dérogation d'après l'art. 15 de la Convention, la Cour a estimé que, «conformément aux normes et aux tendances contemporaines en la matière, il y [avait] lieu de considérer que les obligations positives qui [pesaient] sur les Etats membres en vertu de l'art. 4 de la Convention [commandaient] la criminalisation et la répression effective de tout acte tendant à maintenir une personne dans ce genre de situation». Quant à la situation de la requérante, la Cour a considéré qu'elle ne s'analysait pas en esclavage au sens strict mais qu'elle pouvait être qualifiée de «servitude», notion qu'elle a définie comme «une obligation de prêter ses services sous l'empire de la contrainte». La Cour a ensuite examiné si le droit français offrait une protection suffisante à cet égard. Elle a constaté que la loi française ne réprimait pas en tant que tels l'esclavage et la servitude et que les dispositions en vertu desquelles le couple avait été poursuivi concernaient de manière beaucoup plus restrictive l'exploitation dans un sens plus général. La Cour a conclu que la législation en vigueur à l'époque n'avait pas assuré à la requérante une protection effective contre les actes dont elle avait été victime. Cet arrêt paraît important, non seulement car c'est l'un des rares ayant trait aux notions d'esclavage et de servitude – qui ont été abolis il y a bien longtemps comme pratiques inacceptables dans les sociétés civilisées – mais également

parce qu'il aborde une manifestation moderne d'une violation d'un droit de l'homme «fondamental». A une époque où l'esclavage en tant que pratique officiellement condamnée appartient au passé, l'arrêt souligne la responsabilité qui incombe à l'Etat relativement à la protection des personnes vulnérables contre des particuliers peu scrupuleux.

5.2. *Les garanties procédurales*

La question des garanties procédurales est un autre aspect classique – et toujours très fourni – de la jurisprudence de la Cour de Strasbourg. Concernant la France, on remarque cette fois-ci des affaires touchant essentiellement les articles 5 (privation de liberté), 6 (droit à un tribunal et garanties afférentes), 7 (condamnation et peine) et 13 (droit à un recours effectif).

Plusieurs requêtes individuelles touchant la France ont soulevé des questions intéressantes sous l'angle de l'art. 5, par. 1 e). Dans l'affaire *R.L. et M.-J.D. c. France* (arrêt du 14 mai 2004), un restaurateur parisien avait été emmené au commissariat et placé dans une infirmerie psychiatrique durant la nuit à la suite de plusieurs disputes avec les propriétaires de restaurants voisins. Constatant que le maintien en détention de l'intéressé s'expliquait uniquement par le fait que le médecin n'avait pas été habilité à le libérer, la Cour a estimé que la privation de liberté n'avait aucune justification médicale et conclut à la violation de l'art. 5, par. 1. De même, dans l'affaire *Zervudacki c. France* (arrêt du 27 juillet 2006), la question était de savoir si, à l'issue d'une mesure de garde à vue, et lorsqu'un suspect est déféré devant un magistrat afin qu'une décision soit prise quant à l'orientation du dossier pénal, les délais fixés par le législateur pour la garde à vue comprennent ou non les délais nécessaires pour cette présentation à un magistrat au regard du droit à la sûreté. En l'espèce, à l'issue de sa garde à vue, la requérante avait, en effet, dû attendre dans les locaux du parquet pendant plus de treize heures avant d'être interrogée et mise en examen par un juge d'instruction pour des faits d'escroquerie aggravée. Dans la décision, la Cour européenne souligne le caractère infondé de l'attente de la requérante pour être interrogée et conclut à la violation de l'art. 5, par. 1, en relevant que durant ces treize heures, la requérante n'avait pu ni se laver, ni se restaurer, ni se reposer alors qu'elle venait de subir une garde à vue de quarante huit heures dans des conditions similaires.

L'art. 6 est assurément un article central dans la jurisprudence de la Cour et il ne peut donc être surprenant de trouver sous les références à cet article une jurisprudence abondante concernant la France.

Concernant la question du droit d'accès à un tribunal, la jurisprudence continue d'être à la fois abondante et stricte. Les solutions, rendues dans trois arrêts (*Gruais et Bousquet c. France* du 10 janvier 2006; *Barbier c. France* du 17 janvier 2006; *Labergère c. France* du 26 septembre 2006) démontrent l'attitude sourcil-

leuse de la Cour à l'égard des Etats parties qui laissent s'accumuler des obstacles à la saisine des juridictions. Les requérants invoquaient une violation de l'art. 6, par. 1, en ce qu'ils n'avaient pu avoir accès à un tribunal. La Cour leur donne raison en soulignant dans chaque affaire l'application «rigoureuse» des règles de procédure ayant mené à une «entrave excessive» au droit d'accès à un tribunal.

Le droit à un procès équitable fait lui aussi toujours l'objet de nombreuses décisions. Dans l'affaire *Miroux c. France* (arrêt du 26 septembre 2006), le requérant avait été renvoyé devant une Cour d'assises pour tentative de viol et agressions sexuelles. A l'issue des débats et des délibérations, la Cour d'assises a estimé qu'il y avait eu viol et pas seulement tentative de viol, et a condamné le requérant en ce sens. Le requérant fait valoir une violation de l'art. 6, paragraphes 1 et 3, en ce que la requalification des faits qui lui étaient reprochés l'avait privé du droit à un procès équitable et empêché d'exercer correctement ses droits de la défense. La Cour de Strasbourg souligne en l'espèce que l'exercice effectif des droits de la défense implique que la personne mise en cause puisse disposer d'une information précise et complète relative, non seulement aux charges pesant sur lui, mais aussi à la qualification juridique des faits. En ne disposant pas d'une telle information, le requérant a donc subi une entrave à l'exercice effectif de ses droits de la défense.

Dans l'affaire *Depiets c. France* (arrêt du 10 février 2004) se trouvait cette fois-ci en cause l'impartialité objective de juges de la Cour de cassation (s'agissant de la composition de la chambre criminelle) qui avaient successivement examiné un pourvoi contre un arrêt de renvoi devant la chambre d'accusation et un pourvoi contre une condamnation. Le requérant conteste la présence des mêmes magistrats dans les deux formations qui ont statué sur les pourvois qu'il a formé à deux stades différents de la procédure pénale dont il a fait l'objet. En concluant à la non violation de l'art. 6, la Cour européenne des Droits de l'Homme a tenu compte du fait que les juges n'étaient pas appelés à se prononcer sur le fond de l'accusation en matière pénale dirigée contre le requérant, mais qu'ils avaient abordé des points de droit différents dans chaque pourvoi. En effet, «en raison de la différence des questions soumises à la chambre criminelle dans le cadre des deux pourvois, [...] il n'avait pas de raisons objectives de craindre que celle-ci fasse preuve d'un parti pris ou de préjugés quant à la décision qu'elle devait rendre » à l'égard du second pourvoi. Cette décision se justifie au regard des problèmes soulevés dans les deux recours distincts (légalité de l'instruction dans le premier cas et légalité du jugement dans le second).

Toujours dans le même sens de l'équité du procès, on peut également mentionner l'affaire *Makhfi c. France* (arrêt du 19 octobre 2004), dans laquelle la Cour affirme que la poursuite d'un procès tout au long de la nuit avait constitué une violation de l'art. 6, paragraphes 1 et 3 b) et c), soulignant qu'il était primordial que non seulement les accusés, mais également leurs défenseurs, les juges et les jurés bénéficient de leur pleine capacité d'attention pour suivre les débats et, le cas échéant, y participer effectivement.

Diverses questions posées sous l'angle de l'aspect pénal de l'art. 6 méritent également d'être mentionnées dans le cadre du droit à un procès équitable. Dans l'affaire *Guillemot c. France* (arrêt du 20 décembre 2005) une procédure pénale avait été engagée contre deux parents dont l'enfant était décédé des suites d'actes de violence. Il avait été établi que l'un ou les deux parents avaient été responsables des actes. La Cour d'assises avait finalement condamné la mère et acquitté le père, condamnation confirmée en appel, le mari étant alors devenu témoin. La mère s'était alors pourvue en cassation, soutenant en particulier que l'acquiescement définitif de son mari signifiait qu'elle était privée de toute possibilité d'établir son innocence, étant donné qu'il était clair que l'un des deux parents avait été l'auteur des violences, mais elle avait été déboutée. La Cour, examinant la question du point de vue de l'égalité des armes, a estimé que la requérante avait bénéficié d'une procédure contradictoire et avait pu contester les moyens développés par la partie poursuivante et faire valoir sa thèse. Elle a conclu à la non violation de l'art. 6.

La Cour a également développé une jurisprudence abondante sur le droit d'un accusé à interroger ou faire interroger les témoins à charge. Un certain nombre d'arrêts rendus en 2005 présentent un intérêt à cet égard. Dans l'affaire *Mayali c. France* (arrêt du 14 juin 2005), le tribunal avait condamné le requérant pour atteinte sexuelle sur un codétenu en se fondant sur les déclarations de la victime à la police et sur les rapports établis par les experts qui avaient examiné le requérant et la victime. Le codétenu n'avait pas comparu à l'audience, prétendant qu'il ne pourrait pas faire face, et n'avait pas pu être localisé pour l'audience d'appel. En outre, le troisième codétenu n'avait pas non plus pu être retrouvé. La Cour a rappelé qu'elle avait déjà dit précédemment qu'il pouvait se justifier de prendre des mesures spéciales pour protéger la victime dans le cadre de procédures se rapportant à des abus sexuels, mais a fait observer que dans l'affaire dont elle était saisie la victime, bien que jeune et « faible », n'était pas mineure. Tenant compte du fait que la cour d'appel, avant de décider de poursuivre les débats, avait indiqué l'importance d'entendre les deux témoins, et faisant observer que la déposition de la victime revêtait un caractère décisif, puisque la question du consentement était cruciale, la Cour a conclu qu'il y avait eu violation de l'art. 6, paragraphes 1 et 3 d), de la Convention.

Plus importante du point de vue procédural est une affaire tranchée par la Grande Chambre, *Perez c. France* (arrêt du 12 février 2004), puisque la Cour a souhaité «mettre un terme à l'incertitude qui entoure la question de l'applicabilité de l'art. 6, par. 1, de la Convention aux plaintes avec constitution de partie civile, d'autant qu'un système similaire existe dans un certain nombre d'autres Hautes Parties contractantes à la Convention». Elle a conclu qu'une telle plainte avec constitution de partie civile rentre dans le champ d'application de l'art. 6, sauf dans certains cas restreints lorsque l'action civile est engagée à des fins purement répressives. Cette décision emporte modification de la jurisprudence de la Cour concernant l'applicabilité de l'art. 6, par. 1, aux constitu-

tions de partie civile. En effet, antérieurement, afin de déterminer si une constitution de partie civile entrainait dans le champ d'application de l'art. 6, deux critères devaient être remplis. En premier lieu, il fallait établir l'existence d'une «contestation sur un droit, de caractère civil, que l'on peut prétendre, au moins de manière défendable, reconnu en droit interne» (arrêt *Acquaviva c. France* du 21 novembre 1995, par. 45). En second lieu, il était nécessaire de démontrer que l'issue de la procédure était déterminante pour un tel droit (même arrêt, par. 46). Par conséquent, l'art. 6 ne trouvait pas à s'appliquer lorsque le requérant, ne recherchant que l'établissement de la culpabilité de la personne mise en cause, n'avait pas fait également valoir son droit à l'obtention d'une réparation pécuniaire (arrêt *Hamer c. France* du 7 août 1996). Consciente de ce qu'une interprétation restrictive de l'art. 6, par. 1 ne se justifie pas au regard de la place éminente du droit à procès équitable dans une société démocratique, la Cour modifie ainsi sa jurisprudence. En l'espèce, la constitution de partie civile doit s'analyser comme «une action civile tendant à la réparation d'un préjudice résultant d'une infraction» (par. 62) et le fait que la victime «puisse choisir de ne pas demander réparation au moment donné de la procédure ne fait disparaître ni le caractère civil de son action, ni son droit de présenter sa demande ultérieurement, l'absence de demande n'étant de toute façon avérée qu'à la fin de la procédure au fond» (par. 63). Il est donc possible de dégager le principe selon lequel l'art. 6, par. 1, est a priori applicable «aux procédures relatives aux plaintes avec constitution de partie civile dès l'acte de constitution de partie civile» (par. 66). Si cet aspect peut paraître purement procédural et mineur, il est en réalité d'une grande importance pratique. D'ailleurs la Cour a eu à se prononcer sur un autre aspect comparable, même si non similaire. Avec les affaires *Frangy c. France* (arrêt du 1^{er} février 2005) et *Menet c. France* (arrêt du 14 juin 2005), pour la première fois, la Cour se prononce sur l'impossibilité faite à la partie civile, non représentée par un avocat, d'accéder au dossier de l'instruction préparatoire. Dans l'affaire *Frangy c. France*, le requérant avait été présenté dans la presse comme étant impliqué dans un trafic de stupéfiants. Il s'était alors constitué partie civile pour violation du secret de l'instruction. La procédure prit fin par un non-lieu au motif qu'il n'était pas permis d'identifier l'informateur. Quant à l'affaire *Menet c. France*, le requérant s'était constitué partie civile sur le fondement de diverses infractions commises par cinq personnes intervenues dans le cadre d'une procédure prud'homale le concernant. L'instruction s'acheva, également, par un non-lieu. Dans les deux cas, les requérants invoquent devant la Cour une violation de l'art. 6, par. 1, au motif que la partie civile, qui agit seule sans être représentée par un avocat, ne peut avoir accès au dossier de l'instruction. Néanmoins, la Cour conclut à l'absence de violation de la Convention, en observant, dans l'arrêt *Menet*, que si le requérant n'a pas pu consulter les pièces du dossier d'instruction, c'est parce qu'en droit français, les personnes mises en cause et les parties civiles, en tant que personnes privées, ne sont pas soumises au secret professionnel, à la différence des avocats. Or, le fait de réserver l'accès au dossier

de l'instruction aux avocats découle précisément de la nécessité de préserver le caractère secret de cette procédure, justifié par des raisons relatives à la protection de la vie privée des parties au procès et aux intérêts de la justice.

Toujours devant la Grande Chambre, dans les affaires *Draon c. France* et *Maurice c. France* (arrêts du 6 octobre 2005), celle-ci a été appelée à se prononcer sur les griefs des requérants selon lesquels l'effet rétroactif de mesures législatives sur des procédures qu'ils avaient engagées contre l'Etat pour obtenir réparation de préjudices matériels et moraux avait porté atteinte à leurs droits, notamment à ceux garantis par l'art. 6. La Cour a dit dans sa jurisprudence antérieure que le principe de la prééminence du droit et la notion de procès équitable consacrée par l'art. 6 s'opposent à toute ingérence du pouvoir législatif dans l'administration de la justice dans le but d'influer sur le dénouement judiciaire d'un litige, sauf pour des motifs d'intérêt général impérieux. En l'espèce, dans les affaires *Draon* et *Maurice*, elle a estimé que les questions soulevées concernaient principalement l'atteinte au droit des requérants au respect d'un « bien » au sens de l'art. 1 du Protocole n° 1 résultant des mesures d'application rétroactive en question. Elle a donc conclu à la violation de cette dernière disposition mais a aussi affirmé qu'aucune question distincte ne se posait sous l'angle de l'art. 6. Ces deux affaires condamnent donc la France pour violation de l'art. 1 du Protocole n° 1 du fait de l'application rétroactive de la loi dite « anti-Perruche » du 4 mars 2002. Cette loi prévoit que les parents d'enfants nés handicapés à la suite d'une erreur de diagnostic prénatal n'auront droit qu'à une partie de l'indemnisation à laquelle ils avaient droit selon la législation antérieure.

Dans un domaine comparable, mais cette fois-ci concernant la question de la non rétroactivité de la loi pénale (art. 7, par. 1), la Cour a également condamné la France dans les affaires *Achour c. France* ([GC] arrêt du 29 mars 2006) et *Pessino c. France* (arrêt du 10 octobre 2006) en distinguant entre application rétroactive et application immédiate de textes nouveaux ainsi qu'en étendant les garanties de l'art. 7, par. 1, aux revirements de jurisprudence.

Il faut sans doute mettre à part l'affaire *Martinie c. France* déjà mentionnée ([GC] arrêt du 12 avril 2006) en ce qu'elle marque, pour la France la poursuite d'un contentieux assez spécifique à cet Etat, mais aussi récurrent. La Cour y confirme l'applicabilité des règles du procès équitable à la procédure suivie devant la Cour des comptes et confirme solennellement sa jurisprudence *Kress* pour le Conseil d'Etat. En l'espèce, le requérant contestait plusieurs caractéristiques de la procédure juridictionnelle à laquelle il avait participé, à la suite de contrôles financiers concernant ses activités d'agent comptable dans un lycée. Les griefs concernaient la procédure suivie devant la Cour des comptes saisie en appel d'un jugement d'une chambre régionale des comptes mettant un comptable public en débet. La Cour de Strasbourg se prononce tout d'abord à l'unanimité en faveur de l'applicabilité de l'art. 6, dans son volet civil. Elle se fonde pour cela sur le fait que la profession du requérant ne le faisait pas participer à « l'exercice de la puissance publique » en application la jurisprudence *Pel-*

legrin. La Cour constate ensuite une double violation de l'art. 6. Ce constat résulte d'abord de l'absence de publicité des débats devant la Cour des comptes, le requérant n'ayant à aucun moment la possibilité de demander une audience. L'iniquité de la procédure résulte d'un déséquilibre au détriment de l'agent comptable et en faveur du procureur général: seul ce dernier se voit communiquer le rapport du rapporteur préalablement à l'audience, peut participer à celle-ci et donc influencer la décision des juges. La seconde question posée est relative au problème de la participation du Commissaire du gouvernement au délibéré du Conseil d'Etat: condamnée par le juge européen au nom de l'impartialité devant caractériser tout tribunal, y compris sur le plan des apparences, cette pratique aurait dû être abandonnée. La résistance des autorités françaises s'est manifestée lors de l'adoption d'un décret de décembre 2005 qui repose sur l'idée que le Commissaire au gouvernement pourrait assister au délibéré sans y prendre part. Cette distinction entre «présence» et «participation» est rejetée par la Cour, qui confirme logiquement le constat de la violation de l'art. 6. A la suite de cette décision, un décret du 1^{er} août 2006 affirme que le Commissaire n'est pas présent lors des délibérations des tribunaux administratifs et des cours administratives d'appel. En ce qui concerne le Conseil d'Etat, le nouvel art. 733-3 du Code de justice administrative énonce que «*sauf demande contraire d'une partie, le commissaire du gouvernement assiste au délibéré. Il n'y prend pas part*». Ce texte semble ainsi aller dans le sens d'une mise en conformité des procédures françaises à la jurisprudence européenne, mais l'ambiguïté persiste.

Mais l'affaire *Mutimura c. France* (arrêt du 8 juin 2004) présente un intérêt particulier puisqu'il s'agit de la première décision relative au traitement par la justice française du génocide rwandais, à propos de la classique question portant sur le délai raisonnable de la procédure souvent invoquée au regard de l'art. 6. La requérante s'était constituée partie civile dans le cadre d'une instruction préparatoire relative à la participation d'un ecclésiastique rwandais à des actes de génocide dans son ancienne paroisse à Kigali, l'information judiciaire étant alors toujours en cours. Devant la longueur de la procédure, la requérante a saisi la Cour sur le fondement des articles 6, par. 1, et 13. La Cour relève que la procédure dure depuis près de 9 ans et qu'il lui appartient d'apprécier le caractère raisonnable, ou non, de cette durée au regard des critères de sa jurisprudence, à savoir: la complexité de l'affaire, le comportement de la requérante et celui des autorités compétentes. Finalement, selon la Cour, cette durée ne saurait s'expliquer, ni au regard de la complexité de l'affaire, ni au regard de l'attitude de la requérante. En revanche, cette durée aurait pour origine le comportement des autorités compétentes en raison des délais d'audience particulièrement longs (15 mois) et de commissions rogatoires délivrées plus de 5 ans après l'ouverture de l'information. Il y a donc, selon la Cour, une violation de l'art. 6, par. 1, en l'espèce. L'autre aspect de la requête portait sur l'éventuelle violation du droit à un recours effectif (art. 13), ce que la Cour admet également, aux motifs qu'à la date d'introduction de la requête, la requérante ne disposait pas, en droit fran-

çais, de recours lui permettant de se plaindre de la durée de la procédure. L'intérêt de cette affaire, relative à la durée excessive de la procédure, est de concerner le traitement par les juridictions françaises du génocide rwandais. Cette affaire tend ainsi à démontrer le manque de moyens de la justice française nécessaires à l'accomplissement de cette tâche.

En matière de délai pour former un recours contre un acte administratif, la décision *Millon c. France* en 2007 représente un développement important de la jurisprudence, en quelque sorte *a contrario*. En effet, la Cour tranche une question différente de celle, déjà soulevée à plusieurs reprises, du respect des délais prévus par le droit interne. Invoquant le principe de la sécurité juridique, le requérant se plaignait ici de l'absence, dans la législation en vigueur à l'époque, d'une limite dans le temps du délai pendant lequel un acte administratif pouvait être attaqué devant les tribunaux (le Conseil d'Etat avait jugé recevable un recours dirigé contre des décisions d'un conseil régional plus de neuf ans après leur adoption). Selon la Cour, «ni l'art. 6 ni aucune autre disposition de la Convention d'ailleurs n'oblige les Etats à instituer des délais de prescription ou à fixer les points de départ de ceux-ci». Le grief est donc incompatible *ratione materiae* avec les dispositions de la Convention. Certes, on peut comprendre cette solution, mais l'on peut aussi s'étonner qu'une absence de délai ne constitue pas aussi une forme de délai déraisonnable, en quelque sorte, inversé.

En raison de la politique de la France en matière de lutte contre l'immigration clandestine, l'apparition d'un contentieux sur le droit à un recours effectif dans le cadre de l'art. 13 n'est guère surprenante. Dans son arrêt *Gebremedhin c. France* (26 avril 2007), la Cour se penche sur la procédure dite de «l'asile à la frontière», lorsque le demandeur d'asile est placé dans une zone d'attente à l'aéroport et se heurte à une décision de refus d'admission sur le territoire et de réacheminement. Si ce demandeur court un risque sérieux de torture ou de mauvais traitements dans son pays d'origine, l'art. 13 exige, selon la Cour, qu'il ait accès à un recours de plein droit suspensif. Or tel n'avait pas été le cas en l'espèce.

Dans un domaine comparable concernant l'Interdiction des expulsions collectives d'étrangers (art. 4 du Protocole n° 4), la Cour a récemment statué sur un aspect délicat. S'agissant des vols groupés pour l'éloignement d'étrangers en situation irrégulière, la Cour a ainsi traité pour la première fois, dans son arrêt *Sultani c. France* (20 septembre 2007), des modalités pratiques de transport des étrangers éloignés. Cette pratique est motivée par la France par des considérations d'ordre économique et d'organisation (absence de liaisons aériennes directes, refus des grandes compagnies d'aviation de se poser pour des raisons de sécurité, etc.). La Cour n'y voit pas une «expulsion collective» si les autorités ont procédé à un examen circonstancié du cas de chaque étranger concerné, ce qui était le cas en l'espèce.

On pressent néanmoins que les contentieux de ce type vont se multiplier comme le prouve les nombreuses requêtes introduites (*Adam Saad Adam c. France*; *Ma c. France*, *V.B c. France*; etc.). La Cour apparaît ainsi de plus en

plus comme une sorte d'instance de dernier recours, notamment pour le traitement des demandes d'asile, la question des réfugiés et le principe du non refoulement. On pressent que l'art. 13, l'art. 4 du Protocole n° 4, mais aussi l'art. 3 sur les traitements inhumains doivent être étudiés conjointement pour cette question complexe et de plus en plus prégnante (voir notamment l'affaire *Saadi c. Italie* du 28 février 2008). Il s'agira notamment de mieux distinguer la question de l'asile de celle du «simple» migrant économique, la question des centres de rétention, celle de l'individualisation de l'étude du dossier en cas d'expulsion collective etc. Ceci risque de ne pas être simple, d'autant que l'Europe communautaire semble entrer dans une phase de durcissement de sa politique d'asile, créant ainsi une forme de nouvelle frontière européenne que la discussion en cours d'une directive (dite *directive retour*) symbolise, et que le système dit de Dublin rend difficilement gérable. A charge pour la Cour de Strasbourg de bien distinguer les différentes situations pour imposer des barrières à une politique qui peut s'avérer débridée et contraire aux droits fondamentaux.

5.3 Les droits civils et politiques

La dernière grande rubrique de la jurisprudence de la Cour concerne les droits civils et politiques. Les principaux articles visés qui concernent la France sont cette fois-ci les articles 8 (respect de la vie privée et familiale), 10 (liberté d'expression), et 14 (non discrimination en raison du sexe, de la race, de la couleur, de la langue, de la religion, des opinions politiques).

Concernant l'art. 8, l'affaire *Couillard Maugery c. France* (arrêt du 1^{er} juillet 2004) évoque la question du placement d'enfants dont la mère souffre de troubles psychiques au regard du droit au respect de la vie familiale. C'est la première fois qu'une mère souffrant de troubles psychiques vient contester les mesures de placement de ses enfants eux-mêmes atteints de troubles psychiques ou de fragilités psychologiques. Toutefois, les principes appliqués en l'espèce ne font que reprendre une jurisprudence bien établie de la Cour reposant à la fois sur la prise en compte de l'intérêt supérieur de l'enfant et sur la question de la marge d'appréciation de l'Etat dans le cadre des décisions de placement. La Cour rappelle le principe selon lequel pour un parent et son enfant être ensemble représente un élément fondamental de la vie familiale, ce qui justifie qu'elle exerce un contrôle poussé des mesures de placement. Néanmoins, cette affirmation doit être nuancée car la Cour n'entend pas substituer son appréciation à celle des autorités nationales compétentes, celles-ci étant mieux placées pour apprécier la situation. Pour la Cour, il n'y a en l'espèce pas de violation de l'art. 8. Il est néanmoins possible de constater que le troisième enfant de la requérante, né en 1999, n'a pas fait l'objet d'un placement. Il s'agit donc de s'interroger sur le point de savoir comment comprendre l'analyse selon laquelle le comportement de la mère serait dangereux envers ses deux premiers enfants et non pas à

l'égard du dernier. La Cour nonobstant la marge d'appréciation de l'Etat aurait pu, à l'évidence, exercer un contrôle plus approfondi.

La Cour a également eu l'occasion de se pencher sur l'application de la Convention de La Haye de 1980 relative aux aspects civils de l'enlèvement international d'enfants dans L'affaire *Maumousseau et Washington c. France* (arrêt du 6 décembre 2007) qui concernait le retour d'une enfant, ordonné par les tribunaux sur le fondement de la Convention de La Haye, chez son père aux Etats-Unis où elle est née et y avait sa résidence habituelle, avant que sa mère décide de la garder en France auprès d'elle. Cette affaire est importante car la Cour y traite d'une question de principe relative à la compatibilité des obligations qui pèsent sur un Etat contractant au regard des différents instruments internationaux applicables, et elle y précise que la notion «d'intérêt supérieur de l'enfant ne saurait recouvrir des acceptions différentes en fonction des conventions internationales invoquées» (Convention de La Haye et Convention de New York relative aux droits de l'enfant). Elle affirme enfin qu'elle «souscrit entièrement à la philosophie sous-jacente» de la Convention de La Haye.

Toujours dans le cadre de l'art. 8, mais cette fois-ci sous l'angle de la surveillance secrète et des perquisitions, on se souvient que la Cour, dans de nombreuses affaires passées, a constaté des violations du droit au respect de la vie privée et / ou du domicile ou de la correspondance en raison de l'absence d'une base légale suffisante satisfaisant aux exigences d'accessibilité et de prévisibilité. En d'autres termes, elle a conclu que l'ingérence en question n'était pas «prévue par la loi» au sens de l'art. 8 de la Convention. Ainsi, par exemple, elle a estimé que la base légale de la censure de la correspondance des détenus n'était pas suffisante dans un certain nombre de pays, y compris le Royaume-Uni, l'Italie, la Roumanie, la Pologne, la Lettonie, l'Ukraine et la France. En 2005, elle a abouti au même constat dans plusieurs affaires concernant la France: *Vetter c. France* (arrêt du 31 mai 2005) concernant l'interception de conversations au moyen de dispositifs d'écoute installés dans une propriété privée, et *Wisse c. France* (arrêt du 20 décembre 2005) concernant l'interception et l'enregistrement de conversations entre un détenu et sa famille. Dans l'affaire *Matheron c. France* (arrêt du 29 mars 2005), qui concernait l'utilisation dans une procédure pénale de la transcription d'écoutes téléphoniques réalisées dans le cadre d'une procédure distincte, la Cour a conclu à la violation de l'art. 8 car le raisonnement de la Cour de cassation selon lequel il n'appartenait pas au juge du fond d'apprécier la légalité des décisions prises dans le cadre d'une procédure distincte, avait privé le requérant de la protection de la loi, si bien que celui-ci n'avait pas bénéficié d'un « contrôle efficace » s'agissant des enregistrements.

La liberté d'expression défendue par l'art. 10 a donné, comme souvent, lieu à des nombreuses décisions. Parmi celles-ci, on peut citer l'affaire *Radio France et autres c. France* (arrêt du 30 mars 2004), dans laquelle un journaliste de la radio et le directeur de la publication avaient été condamnés à la suite de la diffusion de bulletins d'information dans lesquels ils avaient rapporté de façon

inexacte le contenu d'un article de presse imputant à un ancien haut fonctionnaire un rôle dans la déportation de juifs durant la seconde guerre mondiale. Mais il faut surtout retenir l'affaire *Chauvy et autres c. France* (arrêt du 29 juin 2004) dans laquelle un auteur, une société d'édition et le directeur de celle-ci avaient été condamnés pour diffamation envers des membres de la Résistance, à savoir les époux Aubrac, en leur imputant une trahison ayant conduit à la mort de Jean Moulin. Les requérants se plaignaient de ce que leur liberté d'expression avait été niée au profit d'une histoire officielle défendue par les juridictions internes. Pour la Cour, «la recherche de la vérité historique fait partie intégrante de la liberté d'expression» et elle estime qu'il ne lui revient pas «d'arbitrer la question historique de fond». La Cour accepte donc que les condamnations aient été fondées sur des motifs pertinents et suffisants, et observe qu'il n'y a pas eu violation de l'art. 10, en se fondant sur le fait que «le contenu de l'ouvrage en cause n'a pas respecté les règles essentielles de la méthode historique et a procédé à des insinuations particulièrement graves» (par. 77). Par ailleurs, la Cour se dit convaincue «par les éléments et le raisonnement retenus par le juge civil» devant «la méticuleuse analyse de l'ouvrage aussi bien [par] le tribunal de grande instance de Paris [...] que la Cour d'appel» (par. 77). La Cour «ne voit dès lors aucun motif de s'écarter de l'analyse de l'affaire à laquelle ont ainsi procédé les juridictions internes, ni de considérer que celles-ci auraient entendu trop restrictivement le principe de la liberté d'expression, ou de façon trop extensive l'objectif de la protection et de la réputation des droits d'autrui» (par. 77).

Toujours dans le même domaine, l'affaire *Lindon et autres c. France* (Grande Chambre, 22 octobre 2007) visait le domaine spécifique de la diffamation via un roman mélangeant fiction et réalité. L'auteur et l'éditeur avaient été condamnés pour diffamation à l'égard d'un parti d'extrême droite et de son président. La sanction prononcée ne visait pas la thèse développée dans l'ouvrage mais le contenu de trois passages du roman. La Grande Chambre a estimé que les critères mis en œuvre par le juge national pour juger du caractère diffamatoire ou non des écrits litigieux étaient compatibles avec l'art. 10. S'agissant spécifiquement des luttes politiques, elle a considéré que, quelle que soit leur vigueur, «il est légitime de vouloir leur conserver un minimum de modération et de bienséance, ce d'autant plus que la réputation d'un politicien, fût-il controversé, doit bénéficier de la protection garantie par la Convention» et que, même à l'égard d'une personnalité occupant sur l'échiquier politique une position extrémiste, des termes exprimant l'intention de stigmatiser l'adversaire et de nature à attiser la violence et la haine excèdent ce qui est tolérable dans le débat politique.

Dans un autre domaine sensible touchant des personnes connues, l'affaire *Editions Plon c. France* (arrêt du 18 mai 2004), la Cour était appelée à examiner si les ordonnances relatives à l'interdiction de la diffusion du livre *Le Grand Secret* peu après le décès du président Mitterrand avaient constitué des ingérences injustifiées dans le droit à la liberté d'expression. Le livre traitait du cancer dont souffrait le président depuis le début de son premier mandat et rendait compte

des difficultés de son médecin à cacher la maladie au public. La Cour a admis que l'interdiction temporaire initiale pouvait passer pour justifiée, eu égard à la vive émotion ressentie dans la classe politique et dans l'opinion immédiatement après la mort du Président, ainsi qu'à l'atteinte à la réputation de celui-ci et à l'exacerbation de la douleur de la famille. Toutefois, quant à la décision ultérieure de maintenir l'interdiction de manière permanente, la Cour a estimé que les éléments susmentionnés perdaient de leur poids avec le temps, si bien que l'intérêt public du débat lié à l'histoire des deux septennats accomplis par le Président l'emportait sur les impératifs de la protection des droits de celui-ci au regard du secret médical. La Cour tire justification, sur ce point, du fait que le livre s'inscrivait dans un débat d'intérêt relatif au droit des citoyens d'être informés de l'état de santé du chef de l'Etat. Compte tenu du fait que 40 000 exemplaires du livre avaient déjà été vendus et qu'il avait en outre été diffusé sur Internet, la Cour juge que le maintien de l'interdiction «ne correspond plus à un besoin social impérieux». Elle a donc conclu que la sauvegarde du secret médical ne pouvait plus constituer un impératif prépondérant légitimant l'interdiction perpétuelle de diffusion du livre.

Dans un domaine différent mais toujours très sensible, celui des sectes et de la liberté religieuse, l'affaire *Paturel c. France* (arrêt du 22 décembre 2005) met aux prises un requérant condamné pour diffamation envers une association militant contre les sectes en raison de son ouvrage intitulé « Sectes, religions et libertés publiques ». Contrairement aux juridictions nationales, qui avaient jugé que les nombreux documents soumis par le requérant n'étaient pas pertinents, la Cour a estimé que les propos incriminés constituaient des jugements de valeur plutôt que des déclarations de fait et qu'ils reposaient sur une base factuelle suffisante. La Cour a en outre désapprouvé le fait que les juridictions internes aient retenu comme un élément important contre le requérant la propre appartenance de celui-ci aux témoins de Jéhovah – qui, selon les tribunaux internes, aurait renforcé l'animosité personnelle de l'intéressé à l'égard de l'association contre les sectes. Elle a conclu que les juridictions nationales avaient excédé la marge d'appréciation dont elles disposaient en exigeant du requérant qu'il prouve la véracité de ses allégations alors qu'elles avaient écarté les nombreux documents produits à l'appui de celles-ci, et ce en lui opposant une prétendue partialité déduite de sa qualité de membre d'une association, si bien qu'il y avait eu violation de l'art. 10 de la Convention. A n'en pas douter, ce jugement a contribué à la lutte que se livrent en France partisans et adversaires des sectes, même si la Cour européenne a condamné la France à plusieurs reprises ces dernières années pour discrimination religieuse.

Concernant l'art. 14 (combiné avec l'art. 1 du Protocole n° 1), une affaire mérite d'être mentionnée: l'affaire *Merger et Cros c. France* (arrêt du 22 décembre 2004), laquelle concerne l'annulation des dispositions testamentaires et des libéralités faites en faveur d'un enfant adultérin. En effet, Mademoiselle Merger et sa mère, Madame Cros, estiment être pénalisées par rapport aux héri-

tiers «légitimes» du père de Mademoiselle Merger, par les juridictions françaises, dans la répartition de la masse successorale. En l'espèce, la Cour a suivi sa jurisprudence antérieure, développée dans l'affaire *Mazurek c. France* en raison de la grande similitude avec les faits de l'espèce, en concluant à la violation de l'art. 14 de la Convention combiné avec l'art. 1 du Protocole n° 1 quant aux droits successoraux, étant donné l'absence de motifs de nature à justifier une distinction fondée sur la naissance hors mariage. La Cour réaffirme donc qu'un enfant ne peut pas être lésé par rapport à ses demi-frères et sœurs dans la succession de son père en raison de son statut d'enfant adultérin et que la distinction faite par les juridictions françaises, fondée sur la naissance hors mariage, est discriminatoire et contrevient à l'art. 14 de la Convention combiné avec l'art. 1 du Protocole n° 1 (par. 33). L'intérêt de la solution de cette décision réside dans la consolidation par les juges de Strasbourg de la jurisprudence relative à l'égalité des enfants nés dans et hors mariage, en matière de droits successoraux.

Dans l'affaire *E.B. c. France* ([GC] arrêt du 22 janvier 2008) la Cour a condamné la France pour discrimination fondée sur l'orientation sexuelle. En l'espèce, la requérante estimait avoir été discriminée par les autorités françaises qui lui avaient refusé sa demande d'agrément pour adopter. Saisie en dernier recours par la requérante, la Cour devait donc se prononcer sur le point de savoir si les autorités françaises avaient fait preuve de discrimination en refusant d'accorder un agrément pour adopter. En effet, au cours de la procédure d'adoption, la requérante avait indiqué qu'elle vivait avec une femme avec laquelle elle entretenait une relation stable depuis plusieurs années. A l'appui de sa demande, la requérante avait soulevé l'art. 14 de la Convention européenne des droits de l'Homme qui interdit les discriminations, notamment fondées sur l'orientation sexuelle, dans la jouissance des droits. Le droit invoqué par la requérante et dont elle n'avait pu jouir en raison d'une discrimination était le droit au respect de la vie privée et familiale, garanti par l'art. 8 de la convention. C'est sur la base de ces dispositions combinées que la Cour a condamné la France.

6. Conclusion

La politique juridique de la France comporte donc des sujétions et des contraintes qui sont le prix à payer pour le rayonnement international de cette «petite grande puissance» (ou «grande petite puissance»). Visiblement, cette position intermédiaire crée des postures contradictoires que ne connaissent pas les très grandes puissances ou, à l'inverse, les petits Etats. Or, la France est plutôt bien représentée dans les instances juridictionnelles, elle a un intérêt au respect des normes fondamentales qu'elle intègre de mieux en mieux, et elle retire de sa position des sujétions et des avantages qui s'équilibrent. Elle est le reflet d'un pays qui cherche à préserver son système normatif mais qui est happé par l'internationalisme croissant, dont la France se targue, par ailleurs, d'être un moteur et un promoteur dans un sens

positif. De cette position inconfortable résulte une dialectique dont le désordre apparent masque finalement un certain conformisme.

Comme toujours dans les histoires d'amour – qui, comme on le sait, finissent souvent mal – le véritable amour est celui qui dépasse le coup de foudre. C'est lorsque l'on est capable de regarder « l'autre » en dehors de la passion que l'on peut enfin vivre une relation apaisée. C'est peut-être – sans doute – à ce stade que la France et la CEDH sont parvenues, même si, visiblement, chacun dans le couple garde «ses petites manies». Mais, finalement, l'âge aidant, c'est toujours la tendresse qui domine. Espérons qu'il en sera de même dans notre cadre particulier.

La Convenzione europea dei diritti umani nel sistema giuridico albanese

Ledi Bianku

SOMMARIO: 1. Dalla dittatura del proletariato allo *Stato dei diritti umani*. – 1.1. L’eredità dell’era comunista ed il suo impatto sulla protezione dei diritti umani. – 1.2. L’apertura verso il *con-cetto* di diritti umani. – 1.3. La nuova Costituzione del 1998. – 2. Diritto internazionale e ordinamento giuridico albanese. – 2.1. Considerazioni preliminari. – 2.2. La posizione del diritto internazionale nell’ordinamento giuridico albanese. – 2.3. Alcune considerazioni procedurali sull’applicazione del diritto internazionale nel sistema interno. – 2.3.1. La conclusione dei trattati internazionali. – 2.3.2. L’applicabilità diretta dei trattati internazionali. – 2.3.3. La pubblicazione dei trattati nella Gazzetta Ufficiale. – 3. La CEDU nel sistema giuridico albanese. – 3.1. Considerazioni preliminari. – 3.2. La CEDU come parte dell’ordinamento interno. – 3.3. La posizione speciale della CEDU nella gerarchia delle fonti. – 3.4. L’applicabilità diretta della CEDU in Albania. – 3.5. Le linee guida costituzionali e i principi CEDU. – 3.6. Il sistema giuridico albanese davanti alla Corte di Strasburgo. – 4. Conclusioni.

1. Dalla dittatura del proletariato allo *Stato dei diritti umani*

1.1. L’eredità dell’era comunista ed il suo impatto sulla protezione dei diritti umani

Nel valutare lo stadio – alquanto remoto – da cui hanno avuto avvio le riforme democratiche in Albania, che si sono realizzate nell’ultimo ventennio, ci si può facilmente rendere conto che i successi raggiunti sono impressionanti. L’Albania era governata da un regime totalitario estremo, dove l’individuo era uno strumento e, al tempo stesso, una vittima della volontà politica del partito comunista al potere e della lotta di classe. Quest’ultima costituiva il fondamento filosofico del regime albanese, durante il cui “regno” i diritti umani non hanno trovato spazio nel pensiero sociale, politico e giuridico del Paese. In quell’epoca, non era possibile per nessuno dei diritti fondamentali, internazionalmente riconosciuti come parte del nucleo essenziale dei diritti umani, trovare applicazione sostanziale e procedurale in Albania. L’applicazione di questa filosofia aveva già raggiunto il culmine con l’abolizione nel 1966, dal punto di vista istituzionale, del Ministero della Giustizia e, dal punto di vista processuale, della figura professionale dell’avvocato. A ciò si aggiunga che la Costituzione della Repubblica popolare socialista d’Albania del 1976 precludeva espressamente agli stranieri e agli apolidi il godimento di qualsiasi diritto.

Nonostante fosse membro dell'ONU già dal 1955, l'Albania non aveva firmato e ratificato le convenzioni più importanti concernenti i diritti umani. Inoltre, va ricordato che Albania è stato l'unico Stato europeo a non partecipare ai negoziati e agli accordi di Helsinki del 1972-1975, fondativi della CSCE (oggi OSCE).

In sostanza, non esisteva nessun atto legislativo che facesse riferimento alla protezione dei diritti umani e le garanzie procedurali tutelavano alcuni diritti solo in modo indiretto, e comunque mai contro lo Stato. Questa filosofia ha avuto, e purtroppo ancora produce degli effetti, anche se con il tempo più limitati, sul pensiero sociale, politico e istituzionale del Paese.

1.2. L'apertura verso il concetto di diritti umani

Gli strumenti internazionali in precedenza menzionati, anche se non adottati, hanno costituito le linee guida concettuali del processo di democratizzazione della società albanese e di tutte le riforme che ne sono seguite. La Dichiarazione universale dei diritti umani, insieme ad altri documenti dell'ONU, dell'OSCE e del Consiglio d'Europa, che collettivamente rappresentano il catalogo internazionale dei diritti umani, servirono come la *blueprint* per la costruzione del nuovo sistema. In tal senso, la creazione e il consolidamento della democrazia pluralista sono stati riconosciuti esse la base più solida su cui fondare il sistema interno di tutela dei diritti umani. Tra i numerosi atti legislativi, aventi come obiettivo diretto la protezione dei diritti umani, che hanno accompagnato lo sviluppo della giovane democrazia albanese, si possono menzionare la legge n. 7491 del 29 aprile 1991 "Sulle principali disposizioni costituzionali" e i suoi successivi emendamenti, in particolare la legge n. 7693 del 31 marzo 1993 che ha introdotto nella Costituzione il Titolo su "*I diritti dell'uomo e le libertà fondamentali*". A ciò si aggiunga la riforma di tutti i Codici, attraverso la quale sono state introdotte una serie di garanzie sostanziali e procedurali a tutela dei diritti umani. In particolare, l'istituzione della Corte costituzionale nel 1992 e dell'Avvocato del Popolo nel 1999 hanno assicurato ulteriori garanzie istituzionali per la protezione dei diritti degli individui, i quali, nei casi espressamente previsti, possono rivolgersi direttamente ad essi.

1.3. La nuova Costituzione del 1998

Elaborata con la partecipazione diretta della Commissione di Venezia, la Costituzione della Repubblica d'Albania, adottata con referendum popolare il 22 novembre 1998 ed entrata in vigore il 29 novembre 1998, costituisce un importantissimo passo in avanti. La Costituzione garantisce i diritti, le libertà e i doveri di tutte le persone sottoposte alla giurisdizione dello Stato albanese.

I valori della nuova Carta costituzionale sono, in primo luogo, espressi nel Preambolo, che prevede che la Costituzione è stabilita dal “Popolo albanese [...] con la decisione di costruire uno Stato di diritto, democratico e sociale, per garantire le libertà e i diritti fondamentali dell’uomo”. Inoltre, la Parte I, nel definire i principi fondamentali, afferma che “la dignità della persona, i diritti e le libertà [...] sono il fondamento dello Stato, che ha l’obbligo di rispettarli e tutelarli” (art. 3 Cost.).

La Parte II della Costituzione è interamente dedicata ai diritti e alle libertà fondamentali dell’uomo, garantendo ad essi un riconoscimento a livello costituzionale. Tale Parte adotta una classificazione interessante e significativa delle categorie di diritti e libertà garantiti, che, in funzione delle loro caratteristiche specifiche, sono ripartiti in sei distinti Titoli: il primo contiene i principi generali che disciplinano i diritti e le libertà dell’uomo riconosciute dalla Costituzione; il secondo – il più importante – regola le libertà e i diritti personali; il terzo disciplina le libertà e i diritti politici; il quarto comprende le libertà e i diritti economici, sociali e culturali; il quinto – un’innovazione nella prassi costituzionale moderna – prescrive una serie di “obiettivi sociali”; infine, il sesto stabilisce le norme che regolano il funzionamento dell’ufficio dell’Avvocato del Popolo¹.

Questa sistematizzazione è di notevole valore, in quanto tiene conto della specifica natura dei diritti umani e delle libertà fondamentali, nonché della prassi internazionale relativa alla loro classificazione.

L’art. 15, par. 1, Cost. indica nell’indivisibilità, nell’indisponibilità e nell’invulnerabilità le caratteristiche fondamentali comuni a tutti i diritti umani protetti dalla Costituzione. Seguendo l’esempio di molti strumenti internazionali, questa caratterizzazione costituisce, in ultima analisi, il nucleo fondamentale del *concetto* di diritti umani. Vale la pena rilevare che anche altri articoli della Costituzione riproducono caratteristiche le cui radici affondano nella concezione globale dei diritti umani.

La Costituzione considera i diritti fondamentali non solo come diritti e libertà della persona umana, ma anche come obblighi – chiaramente definiti – che si indirizzano a tutti gli organi dello Stato, su cui incombe il dovere della loro attuazione.

Una delle garanzie principali e più preziose è contenuta nella disposizione costituzionale che sancisce che le limitazioni e le restrizioni ai diritti ed alle libertà fondamentali devono essere determinate e definite con precisione dalla legge. Infatti, ai sensi dell’art. 17, par. 1, Cost.², tali restrizioni e limitazioni possono essere giustificate solo qualora non violino i principi fondamentali enuncia-

¹ L’istituto dell’Avvocato del Popolo è assimilabile alla più nota figura dell’Ombudsman.

² Art. 17, par. 1, Cost.: “Le limitazioni dei diritti e delle libertà garantiti dalla presente Costituzione possono essere stabiliti solo con legge in relazione ad un interesse pubblico o alla tutela dei diritti di terzi. La limitazione deve essere proporzionata alla situazione che l’ha causata”.

ti nella Costituzione, ossia, più concretamente, l'interesse pubblico³, la tutela dei diritti dei terzi⁴, la legalità⁵ e la proporzionalità⁶. Inoltre, l'art. 17 Cost. riprende in modo chiaro la logica interpretativa, formale e sostanziale, delle limitazioni ai diritti umani presenti nell'ambito della CEDU. In primo luogo, il par. 2 stabilisce che tali restrizioni non possono “*incrinare l'essenza dei diritti e delle libertà*” previsti nella Costituzione. In secondo luogo, lo stesso paragrafo attribuisce un particolare significato alla regola “*de minimis*”, affermando che le restrizioni eventualmente introdotte dal legislatore “in nessun caso possono eccedere i limiti previsti dalla Convenzione europea per i diritti umani”.

In senso più ampio, si può ritenere che la Costituzione albanese richieda che, ai fini della definizione di tali limitazioni, vadano tenuti in conto non solo i

³ Il principio è stato elaborato dalla giurisprudenza della Corte europea dei diritti umani nei casi: *Handyside c. Regno Unito*, ricorso n. 5493/72, sentenza del 7 dicembre 1976; *Klass e al. c. Germania*, ricorso n. 5029/71, sentenza del 6 settembre 1978; *Sunday Times c. Regno Unito*, ricorso n. 6538/74, sentenza del 26 aprile 1979; *Dudgeon c. Regno Unito*, ricorso n. 7525/76, sentenza del 22 ottobre 1981; *Silver e al. c. Regno Unito*, ricorsi nn. 5947/72, 6205/73, 7052/75, 7061/75, 7107/75, 7113/75, 7136/75, sentenza del 23 marzo 1983; *Malone c. Regno Unito*, ricorso n. 8691/79, sentenza del 2 agosto 1984; *Kosiek c. Germania*, ricorso n. 9704/82, sentenza del 28 agosto 1986; *Leander c. Svezia*, ricorso n. 9248/81, sentenza del 26 marzo 1987; *Kruslin c. Francia*, ricorso n. 11801/85, sentenza del 24 aprile 1990; *Huvig c. Francia*, ricorso n. 11105/84, sentenza del 24 aprile 1990; *Campbell c. Regno Unito*, ricorso n. 13590/88, sentenza del 25 marzo 1992; *Funke c. Francia*, ricorso n. 10828/84, sentenza del 24 febbraio 1993; *Cremieux c. Francia*, ricorso n. 11471/85, sentenza del 25 febbraio 1993; *Vogt c. Germania*, ricorso n. 17851/91, sentenza del 26 settembre 1995; *Vereniging Weekblad Bluf! c. Paesi Bassi*, ricorso n. 16616/90, sentenza del 9 febbraio 1995; *Müller c. Svizzera*, ricorso n. 41202/98, sentenza del 5 novembre 2002. V. anche l'art. 11 Cost.

⁴ Il principio è stato utilizzato dalla Corte europea dei diritti umani, tra gli altri, nei casi: *Lingens c. Austria*, ricorso n. 9815/82, sentenza del 8 luglio 1986; *Prager e Oberschlick c. Austria*, ricorso n. 15974/90, sentenza del 26 aprile 1995; *Haes e Gijssels c. Belgio*, ricorso n. 19983/92, sentenza del 24 febbraio 1997; *Otto Preminger-Institut c. Austria*, ricorso n. 13470/87, sentenza del 12 aprile 1991; *Handyside c. Regno Unito*, cit.; *Gaskin c. Regno Unito*, ricorso n. 10454/83, sentenza del 7 luglio 1989; *Leander c. Svezia*, cit.; *Jersild c. Danimarca*, ricorso n. 15890/89, sentenza del 23 settembre 1994.

⁵ Sul concetto di legalità, v., tra le tante, Corte europea dei diritti umani: *Sunday Times c. Regno Unito*, cit.; *Kruslin c. Francia*, cit.; *S.W. c. Regno Unito*, ricorso n. 20166/92, sentenza del 22 novembre 1995; *Observer e Guardian c. Regno Unito*, ricorso n. 13585/88, sentenza del 26 novembre 1991; *Huvig c. Francia*, cit.; *Silver e al. c. Regno Unito*, cit.

⁶ Il principio è stato enunciato dalla Corte europea dei diritti umani, tra moltissimi altri casi, in: *Dudgeon c. Regno Unito*, cit.; *Sporrong e Lönnroth c. Svezia*, ricorsi nn. 7151/75 e 7152/75, sentenza del 18 dicembre 1984; *James e al. c. Regno Unito*, ricorso n. 8793/79, sentenza del 21 febbraio 1986; *Olsson c. Svezia (n. 1)*, ricorso n. 10465/83, sentenza del 24 marzo 1988; *Campbell c. Regno Unito*, cit.; *Beldjoudi c. Francia*, ricorso n. 12083/86, sentenza del 26 marzo 1992; *Niemietz c. Germania*, ricorso n. 13710/88, sentenza del 16 dicembre 1992; *Kokkinakis c. Grecia*, ricorso n. 14307/88, sentenza del 25 maggio 1993; *Sigurjónsson c. Islanda*, ricorso n. 16130/90, sentenza del 30 giugno 1993.

principi generalmente accettati sull'interpretazione dei trattati⁷, ma anche la giurisprudenza della Corte europea dei diritti umani.

2. Diritto internazionale e ordinamento giuridico albanese

2.1. Considerazioni preliminari

La definizione dei rapporti tra diritto internazionale e diritto interno ha una rilevanza particolare, specialmente in considerazione della posizione poco chiara, dell'impatto minimo e della mancanza di attuazione del diritto internazionale nell'ordinamento albanese durante i decenni passati. La nuova apertura della società albanese ha portato a riconsiderare il rispetto degli obblighi internazionali da parte della Repubblica d'Albania.

Come emerge dalla giurisprudenza della Corte permanente di giustizia internazionale⁸, della Corte internazionale di giustizia⁹ e degli organismi di Strasburgo¹⁰, da una parte, e da diversi documenti internazionali¹¹, dall'altra, l'Albania ha dovuto adottare tutta una serie di appositi atti normativi per garantire la completa applicazione e la piena efficacia nel proprio ordinamento delle norme internazionali.

⁷ V. art. 31 della Convenzione di Vienna sul diritto dei trattati (ratificata dall'Albania con la legge n. 8696 del 11 novembre 2000), richiamato dalla Corte europea dei diritti umani in *Loizidu c. Turchia*, ricorso n. 15318/89, sentenza del 18 dicembre 1996 (par. 43.)

⁸ La Corte permanente di giustizia internazionale, *Exchange of Greek and Turkish Population*, parere consultivo del 21 febbraio 1925, *Series B – No. 10*, afferma che per uno Stato “che ha debitamente intrapreso degli obblighi internazionali è necessario operare sulla legislazione interna le modifiche necessarie al fine di garantire l'attuazione degli obblighi accettati”. Il concetto è stato successivamente ribadito dalla stessa Corte permanente in: *S.S. “Wimbledon”*, sentenza del 28 giugno 1923 (*Question of Intervention by Poland*), *Series A – No. 1*; *Mavrommatis Jerusalem Concessions*, sentenza del 26 marzo 1925, *Series A – No. 5*; *Certain German Interests in Polish Upper Silesia (Merits)*, sentenza del 25 maggio 1926, *Series A – No. 7*; *Factory at Chorzów (Merit)*, sentenza del 13 settembre 1928, *Series A – No. 17*; *Jurisdiction of the Courts of Danzig*, parere consultivo del 3 marzo 1928, *Series B – No. 15*.

⁹ V., ad esempio, Corte internazionale di giustizia, *Fisheries (United Kingdom v. Norway)*, sentenza del 18 dicembre 1951, *I.C.J. Reports 1951*, p. 116; *Nottebohm (Liechtenstein v. Guatemala)*, sentenza del 6 aprile 1955 (*Second Face*), *I.C.J. Reports 1955*, p. 4.

¹⁰ V. Commissione europea dei diritti umani, *De Becker c. Belgio*, cit.: “Secondo i principi generali di diritto internazionale, confermati dallo spirito della Convenzione e dai lavori preparatori, le parti contraenti hanno l'obbligo di fare in modo che la loro legislazione interna sia conforme alla Convenzione e, se necessario, di adottare le misure d'adattamento che si rivelerebbero necessarie a tale scopo, la Convenzione imponendosi a tutte le autorità di queste Parti, compreso il potere legislativo”.

¹¹ L'art. 27 della Convenzione di Vienna del 1969 sul diritto dei trattati stabilisce: “Una parte non può invocare le disposizioni del suo diritto interno per giustificare la mancata esecuzione di un trattato”. V. anche l'art. 32 dei *Draft Articles on State Responsibility for International Wrongful Acts* della Commissione di diritto internazionale del 2001, UN Doc. A/56/10

2.2. *La posizione del diritto internazionale nell'ordinamento giuridico albanese*

Rispetto alla disciplina costituzionale preesistente, la nuova Costituzione del 1998 ha adottato un approccio assolutamente innovativo per definire il rapporto tra diritto internazionale e diritto interno. Tralasciando analisi dettagliata delle dottrine che spiegano i rapporti tra i due ordinamenti, ai fini del presente contributo è sufficiente affermare che la soluzione accolta dalla nuova Costituzione si discosta dalla visione dualistica dei rapporti tra ordinamenti in favore di un approccio tendenzialmente monistico.

A conferma di ciò, un'intera sezione della Costituzione, il Titolo II "Gli accordi internazionali" della Parte VII, è dedicata specificamente al rapporto tra il diritto internazionale pattizio e diritto interno. Inoltre, l'art. 5, inserito tra i principi fondamentali elencati nella Parte I della Costituzione, prevede che "[l]a Repubblica si conforma alle norme riconosciute del diritto internazionale ed a quelle rese obbligatorie nell'ordinamento interno"¹².

Questo principio costituzionale si riflette nelle disposizioni operative della Costituzione che disciplinano la condotta degli organi dello Stato nel dare applicazione delle norme giuridiche, tra cui sono ricomprese quelle di origine internazionale. In altre parole, il principio della certezza del diritto è stato esteso fino a ricomprendere le norme di diritto internazionale.

Tuttavia, l'art. 5 Cost., nel affermare l'obbligo per la Repubblica di conformare il diritto interno al diritto internazionale, non chiarisce come quest'ultimo debba concretamente essere applicato. Sebbene, in relazione agli accordi internazionali ratificati, si può fare riferimento agli articoli 116, 121, 122 e 123 Cost., non è però possibile rinvenire nel testo costituzionale una disciplina che chiarisca quale sia la posizione nella gerarchia interna delle fonti e come debba ricevere applicazione pratica il diritto internazionale consuetudinario. La situazione risulta ancor più incerta dal momento che né il legislatore né i giudici nazionali hanno mai avuto l'occasione di occuparsi della questione¹³.

Per ciò che riguarda gli accordi internazionali, la disciplina costituzionale è molto più chiara. Al fine di assicurare la coerenza tra le norme di diritto internazionale pattizio e quelle di origine interna, l'art. 116, par. 1, Cost., sulla base del-

¹² In considerazione di quanto si dirà in seguito, le disposizioni della Costituzione si riferiscono espressamente solo agli accordi internazionali ratificati dall'Albania e, di conseguenza, agli atti di una organizzazione internazionale di cui essa è parte. Non è chiaro, infatti, se l'art. 5 Cost. ricomprenda tra il diritto internazionale vincolante anche i principi generali di diritto internazionale e, più in generale, il diritto internazionale consuetudinario. Tuttavia, sulla base della giurisprudenza della Corte costituzionale – nello specifico della decisione n. 65 del 10 dicembre 1999 –, si può ritenere che la norma dell'art. 5, formalizzando esclusivamente il principio *pacta sunt servanda*, non si riferisca alle altre norme di diritto internazionale consuetudinario.

¹³ V., in proposito, quanto sostenuto nella *Separate Opinion* del giudice Morelli, in Corte internazionale di giustizia, *Barcelona Traction, Light and Power Company, Limited (Belgium v. Spain) (New Application: 1962)*, sentenza del 5 febbraio 1970 (*Second Face*), *I.C.J. Reports* 1970, p. 3.

la classica rappresentazione piramidale di matrice kelseniana, afferma che “[g]li atti normativi che hanno vigenza su tutto il territorio della Repubblica albanese sono: *a.* la Costituzione; *b.* gli accordi internazionali ratificati; *c.* le leggi; *d.* gli atti normativi del Consiglio dei Ministri”.

L’organizzazione gerarchica delle fonti¹⁴ prevista dalla Costituzione conduce a due conclusioni reciprocamente correlate: *a)* gli accordi internazionali fanno parte in quanto “atti normativi” e producono effetti giuridici nell’ordinamento interno in virtù della loro ratifica; *b)* nella gerarchia delle fonti, gli accordi internazionali ratificati sono subordinati alla sola Costituzione. Pertanto, in caso d’incompatibilità tra un accordo internazionale ratificato e una legge ordinaria interna, la norma del trattato internazionale prevarrà.

Tali conclusioni portano a loro volta ad una migliore comprensione delle disposizioni inserite nel Titolo II della Parte VII della Costituzione. La prima di queste è confermata dall’art. 122, par. 1, Cost. che, adottando una soluzione comune a diverse ordinamenti costituzionali dei Paesi membri del Consiglio d’Europa¹⁵, stabilisce i due requisiti indispensabili che gli accordi internazionali debbano avere affinché possano produrre effetti normativi nel sistema giuridico interno: in primo luogo, la ratifica dell’accordo da parte della Repubblica d’Albania; e, in secondo luogo, la sua pubblicazione nella Gazzetta Ufficiale della Repubblica¹⁶. La seconda conclusione trova riscontro nel par. 2 dell’art. 122, che afferma esplicitamente: “[u]n accordo internazionale ratificato con legge prevale sulla legge in caso di contrasto”.

Il primato degli accordi internazionali ratificati sulle leggi nazionali trova nel testo costituzionale due ulteriori garanzie.

La prima è contenuta nella previsione di cui all’art. 131, lett. c), Cost., nel momento in cui dispone che la Corte costituzionale ha la competenza a decidere circa le questioni di “incompatibilità degli atti normativi degli organi generali e locali con la Costituzione e con gli accordi internazionali”.

La seconda garanzia è contenuta nel terzo periodo dell’art. 122, par. 1, Cost., laddove si afferma che “[l]a modifica, l’integrazione e l’abrogazione delle leggi approvate dalla maggioranza dei componenti dell’Assemblea, in virtù della ratifica degli accordi internazionali, vengono deliberate con la stessa maggioranza”. Con una tale previsione, il costituente sembra abbia voluto assicurare una procedura formale rafforzata di emendamento o abrogazione di leggi di adattamento ai trattati internazionali.

Un procedura rafforzata è prevista anche nel caso in cui si tratti di accordi di adesione a organizzazioni internazionali. Infatti, il par. 2 dell’art. 123 Cost. sta-

¹⁴ Un ordine gerarchico delle fonti quasi simile a quello costituzionale è anche contenuto nell’art. 11 del Codice del lavoro (adottato con legge n. 7961 di 12 luglio 1995)

¹⁵ V., per esempio, l’art. 55 della Costituzione della V Repubblica francese del 1958.

¹⁶ Art. 112, par. 1, Cost.: “Ogni accordo internazionale ratificato fa parte dell’ordinamento giuridico interno, dopo la pubblicazione nella Gazzetta Ufficiale della Repubblica albanese”.

bilisce che “[l]a legge, con la quale si ratifica l’accordo internazionale [con cui la Repubblica può delegare alle organizzazioni internazionali competenze statali per questioni determinate] viene approvata a maggioranza assoluta”. Inoltre, occorre considerare che l’art. 122, par. 3, Cost. stabilisce che “[l]e norme emanate da un’organizzazione internazionale prevalgono, in caso di contrasto, sul diritto interno, quando negli accordi ratificati dalla Repubblica albanese, riguardanti l’appartenenza a quell’organizzazione, si preveda espressamente l’immediata applicazione delle norme suddette”¹⁷.

Da una valutazione complessiva degli argomenti sopra riportati, è possibile affermare, anche da un punto di vista formale, la supremazia degli accordi internazionali ratificati sulle leggi ordinarie interne precedenti e successive.

2.3. Alcune considerazioni procedurali sull’applicazione del diritto internazionale nel sistema interno

2.3.1. La conclusione dei trattati internazionali

Alcune questioni riguardanti la conclusione dei trattati internazionali meritano un’attenzione particolare. Le istituzioni statali dovrebbero mostrare una particolare consapevolezza della responsabilità che sorge in capo allo Stato in seguito alla firma e alla ratifica di un trattato internazionale. Infatti, se la procedura costituzionale di ratifica di un trattato non è seguita adeguatamente, lo stesso non potrà acquisire lo *status* previsto dagli articoli 116, par. 1, e 122, par. 2, Cost., e di conseguenza non troverà corretta applicazione nell’ordinamento giuridico interno. Inoltre, il mancato rispetto della procedura formale potrebbe far sorgere problemi di costituzionalità ed incidere sul principio della separazione delle prerogative di ciascuno organo costituzionale.

L’art. 92, lett. h), Cost. prevede che il Presidente della Repubblica “ratifica gli accordi internazionali secondo la legge”. In proposito, l’art. 2, lett. bI, della legge n. 8371 del 9 luglio 1998 “Sulla conclusione di trattati e accordi internazionali” specifica che per ratifica si intende “l’atto mediante il quale l’Assemblea o il Presidente della Repubblica dà l’approvazione finale a un trattato internazionale o accordo, bilaterale o multilaterale, firmato dalla Repubblica d’Albania”.

¹⁷ Il testo dell’art. 122, par. 3, Cost. contiene una soluzione innovativa rispetto alla Costituzione prevalente. È possibile che esso sia stato così formulato in considerazione del dialogo instauratosi tra la Corte di giustizia di Lussemburgo e alcune Corti costituzionali degli Stati membri dell’Unione europea (nello specifico, di Germania ed Italia) in merito al primato del diritto dell’Unione. Per quanto attiene alla prassi della Corte costituzionale, sebbene essa abbia avuto l’opportunità di fare riferimento agli atti di organizzazioni internazionali (cfr. decisione n. 15 del 3 giugno 1997 e la decisione n. 43 del 4 giugno 1999), non ha ancora avuto la possibilità di pronunciarsi sul valore che gli atti delle organizzazioni internazionali hanno nel sistema giuridico albanese.

Il problema che si pone dalla lettura congiunta di questi due articoli concerne lo stabilire se il principio della prevalenza del diritto internazionale pattizio, di cui agli articoli 116, par. 1, e 122, par. 2, Cost., valga anche per i trattati internazionali ratificati dal Presidente della Repubblica. Se ciò fosse vero, la posizione degli accordi internazionali nel diritto interno sarebbe molto più forte, in quanto prescinderebbe dall'organo che ha proceduto alla ratifica. Tuttavia, in una tale eventualità, il Presidente della Repubblica formalmente verrebbe ad esercitare un potere *supra*-legislativo con riferimento alle questioni regolate dagli accordi internazionali da esso ratificati. Ne consegue che sul piano interno, si potrebbe prospettare un conflitto tra la disciplina del trattato e la legislazione adottata dall'Assemblea sulla stessa materia. Si può tuttavia ritenere che un tale conflitto è stato evitato dalla divisione costituzionale delle competenze materiali per la ratifica degli accordi internazionali. Infatti, come specificato nel par. 1 dell'art. 121 Cost., la ratifica deve avvenire con legge, vale a dire, con l'intervento dell'Assemblea, quanto meno nelle ipotesi in cui il trattato riguardi: "a. il territorio, la pace, le alleanze, le questioni politiche e militari; b. i diritti e le libertà dell'uomo, nonché gli obblighi dei cittadini previsti dalla Costituzione; c. l'appartenenza della Repubblica albanese alle organizzazioni internazionali; d. gli oneri finanziari assunti da parte della Repubblica albanese; e. l'approvazione, l'emendamento, la modifica o l'abrogazione delle leggi".

È importante sottolineare come l'art. 121, par. 1, lett. b), Cost. offra un'ulteriore garanzia alla tutela dei diritti umani, prevedendo che qualunque trattato internazionale in materia debba essere ratificato con legge. Resta da chiarire se la formulazione di questa disposizione – nell'inciso "previsti dalla Costituzione" – possa considerarsi una chiusura alla ratifica di un accordo internazionale che preveda diritti umani e libertà complementari a quelli sanciti dalla Costituzione. Inoltre, ci si potrebbe chiedere se un tale accordo possa essere ratificato con un atto diverso dalla legge, ovvero con un atto *sub*-legislativo¹⁸ adottato dal Presidente Repubblica o dal Consiglio dei Ministri. Una tale ipotesi potrebbe destare preoccupazione in considerazione dell'assenza nella Costituzione di una clausola sul livello minimo di garanzia da riconoscere ai diritti ed alle libertà fondamentali, elaborata sul modello di quelle presenti nei principali strumenti internazionali in materia di diritti umani¹⁹.

¹⁸ Nel sistema normativo albanese, il termine "*sub*-legislativo" indica un atto normativo a portata generale gerarchicamente subordinato alla "legge" (v. l'art. 116, par. 1, Cost.).

¹⁹ V., ad esempio, art. 53 CEDU, art. 30 della Dichiarazione universale dei diritti umani, art. 5 del Patto internazionale sui diritti civili e politici, e art. 5 del Patto internazionale sui diritti economici, sociali e culturali.

2.3.2. L'applicabilità diretta dei trattati internazionali

Quanto alla questione della diretta applicabilità del diritto internazionale pattizio, rileva il dettato dell'art. 122, par. 1, Cost., il quale stabilisce che “[l'accordo internazionale ratificato] si applica immediatamente, esclusi i casi in cui la sua applicazione richieda l'emanazione di una legge”. È chiaro che l'ordinamento albanese accoglie l'idea della diretta applicazione delle norme internazionali di origine convenzionale. Tuttavia, risulta difficile che ciò trovi concreta attuazione da parte degli operatori interni, considerata l'assenza del concetto di diretta applicabilità nel pensiero e nella prassi giuridica albanese²⁰. Ciononostante, si può comunque sostenere che da tale disposizione discenda la possibilità dell'applicazione diretta delle disposizioni *self-executing* della Convenzione europea dei diritti umani nel sistema giuridico nazionale.

2.3.3. La pubblicazione nella Gazzetta Ufficiale

Entrambe le sopra menzionate garanzie costituzionali – l'inserimento nel diritto interno e la clausola di applicabilità diretta – potrebbero essere seriamente compromesse dalla prassi seguita dalle autorità albanesi di non pubblicare nella Gazzetta Ufficiale il testo integrale degli accordi internazionali ratificati. Sul piano interno, ciò, oltre a compromettere l'incorporazione nel sistema giuridico interno – costituzionalmente prevista – degli accordi internazionali²¹, nonché a violare l'obbligo costituzionale di pubblicazione di tali accordi, può anche determinare una violazione del principio della certezza del diritto²². Sul piano esterno, la mancata pubblicazione del testo dell'accordo e la conseguente impossibilità che lo stesso riceva applicazione nell'ordinamento albanese, potrebbe far sorgere la responsabilità internazionale della Repubblica²³. Perplessità ancora maggiori vanno espresse qualora l'accordo ratificato contenga norme di carattere *self-executing*.

L'art. 117, par. 2, Cost. stabilisce che gli accordi internazionali, quando ratificati dalla legge, “vengono promulgati e pubblicati secondo le procedure previ-

²⁰ Naturalmente il concetto della diretta applicabilità, elaborato dalla Corte permanente di giustizia internazionale nel caso *Jurisdiction of the Courts of Danzig* del 1928 (cit.) ed in seguito ripreso e definito dalla giurisprudenza dei Giudici de L'Aja, di Strasburgo e di Lussemburgo, potrebbe trovare accoglimento anche da parte degli operatori giuridici albanesi. Sfortunatamente, almeno per il momento, considerata la prassi interna, sembra alquanto difficile che il carattere “chiaro, preciso e incondizionato” di una norma internazionale pattizia possa essere ritenuto da questi ultimi elemento sufficiente da cui far scaturire l'immediata applicazione di tali norme nell'ordinamento interno.

²¹ Richiesto dagli articoli 116 e 122 Cost.

²² Si devono considerare come parte della regola della certezza del diritto le disposizioni della Costituzione albanese contenute nel suo Preambolo (“con la volontà di costruire uno Stato democratico basato sul principio dello stato del diritto”); nell'art. 4, par. 1 (“Il diritto determina il fondamento e i limiti dell'azione dello Stato”); nell'art. 122 e nell'art. 117, paragrafi 1 e 2.

²³ V. articoli 26, 27 ed 46 della Convenzione di Vienna sul diritto dei trattati.

ste dalle leggi»²⁴. Le conseguenze che derivano dall'inosservanza di questa procedura si possono ricavare dall'art. 117, par. 1, Cost., che prescrive che “[l]e leggi, gli atti normativi del Consiglio dei Ministri, dei Ministri e delle altre istituzioni centrali dello Stato, entrano in vigore solo dopo la pubblicazione sulla Gazzetta Ufficiale”.

La pratica della non pubblicazione degli accordi internazionali nella Gazzetta Ufficiale non tiene conto né dell'obbligo derivante dall'art. 122, par. 1, per l'incorporazione degli accordi internazionali ratificati nell'ordinamento interno, né dell'obbligo derivante dall'art. 117, paragrafi 1 e 2. In queste circostanze, secondo un'analisi formalistica, gli accordi internazionali ratificati, ma non pubblicati, non potrebbero entrar a far parte del sistema giuridico albanese. Dunque, la loro applicazione è subordinata esclusivamente all'uso della procedura di rinvio o alla procedura di trasformazione, tipica dei sistemi dualistici. Purtroppo, gli organi amministrativi e giudiziari albanesi hanno applicato così raramente la procedura di rinvio – anche per problemi linguistici – che sarebbe troppo ottimistico dire che questo modo di dare attuazione al diritto internazionale abbia trovato applicazione nel sistema giuridico albanese²⁵. D'altro canto, si potrebbe sostenere che, preferendo l'incorporazione e l'applicazione diretta degli accordi internazionali, la tecnica della trasformazione è stata trascurata, anche se potrebbe essere utilizzata in pratica, come dimostra il processo di armonizzazione alla normativa dell'Unione europea.

Un impatto positivo sulla questione della pubblicazione degli accordi internazionali ratificati si è avuto solo con la creazione del Centro delle Pubblicazioni Ufficiali, in base alla legge n. 8502 del 30 giugno 1999. Infatti, la pubblicazione nella Gazzetta Ufficiale dei trattati internazionali ratificati sta diventando una prassi diffusa.

²⁴ Art. 117, par. 3, Cost.

²⁵ Anche se negli ultimi anni si verifica più di frequente un richiamo al diritto internazionale da parte dei giudici dei tribunali di primo grado, soprattutto di quelli che si sono diplomati alla Scuola della Magistratura, solo il riferimento a tali norme effettuato da parte della Corte costituzionale risulta essere quello dotato di una maggiore rilevanza. V., per esempio, Corte costituzionale: sentenza del 29 maggio 1997, n. 14, in riferimento all'art. 10 CEDU; sentenza del 3 giugno 1997, n. 15, in riferimento alla risoluzione n. 40/146 dell'Assemblea generale delle Nazioni Unite sulla la pena di morte; sentenza del 12 dicembre 1999, n. 65, in riferimento alla Convenzione europea dei diritti umani e alla Convenzione europea di estradizione; sentenza del 10 marzo 2000, n. 11, riguardante la Convenzione di Vienna sulle relazioni diplomatiche; sentenza del 24 luglio 2000, n. 45 e sentenza del 28 luglio 2000, n. 47, sulla Carta europea delle autonomie locali; sentenze del 17 aprile 2000, n. 16 e n. 17, sentenza del 24 maggio 2000, n. 33, sentenza del 28 luglio 2000, n. 48, sentenza del 8 novembre 2000, n. 77, sentenze del 7 febbraio 2001, n. 4 e n. 5, sentenza del 22 febbraio 2001, n. 9, sentenza del 4 aprile 2001, n. 17, e sentenza del 27 giugno 2001, n. 53, in cui si richiama la CEDU.

3. La CEDU nel sistema normativo albanese

3.1. Considerazioni preliminari

Com'è già stato affermato dalla Corte europea dei diritti umani²⁶, la CEDU è una fonte di diritto internazionale e la sua interpretazione è disciplinata dalle regole fondamentali d'interpretazione dei trattati, comprese quelle contenute nella Convenzione di Vienna del 1969. Una tale precisazione risulta importante ai fini delle considerazioni che sopra sono state espresse e di quanto si dirà in seguito.

Con delibera del 29 giugno 1995, l'Assemblea parlamentare del Consiglio d'Europa ha adottato il parere n. 189, con cui raccomandava al Comitato dei Ministri che l'Albania fosse invitata ad aderire all'organizzazione²⁷. Uno degli elementi di maggior rilievo che hanno portato all'adozione del parere è l'impegno della Repubblica d'Albania a "firmare la Convenzione europea dei diritti umani al momento dell'adesione, ratificare la Convenzione e Protocolli nn. 1, 2, 4, 7 e 11 entro un anno, riconoscere, in attesa dell'entrata in vigore del Protocollo n. 11, il diritto dei singoli a ricorrere alla Commissione europea dei diritti umani e la giurisdizione obbligatoria della Corte europea dei diritti umani (articoli 25 e 46 CEDU)".

Per dare seguito agli impegni presi, l'Albania, il 13 luglio 1995, ha firmato la CEDU e i suoi Protocolli e ha aderito al Consiglio d'Europa²⁸. Il 31 luglio 1996, ha ratificato la Convenzione europea dei diritti umani con la legge n. 8137²⁹. Il 2 ottobre 1996, ha depositato gli strumenti di ratifica presso il Segretario generale e contestualmente ha depositato la dichiarazione che ha riconosciuto la competenza della vecchia Commissione europea dei diritti umani (già art. 25 CEDU) e la giurisdizione della Corte europea dei diritti umani sulla base del principio di reciprocità (già art. 46, par. 2, CEDU).

3.2. La CEDU come parte dell'ordinamento interno

La ratifica della CEDU è avvenuta sulla base di un approccio dualistico, in conformità con le vecchie disposizioni costituzionali³⁰. Ai sensi di tali norme, la sola ratifica non era sufficiente a consentire l'incorporazione degli accordi inter-

²⁶ V. Corte europea dei diritti umani, *Loizidu c. Turchia*, cit., par. 43; *Golder c. Regno Unito*, ricorso n. 4451/70, sentenza del 21 febbraio 1975, paragrafi 29-30.

²⁷ Assemblea parlamentare del Consiglio d'Europa, *Opinion No. 189 (1995) on the Application by Albania for Membership of the Council of Europe*, disponibile su assembly.coe.int/main.asp?Link=/documents/adoptedtext/ta95/eopi189.htm.

²⁸ Con un documento separato, di pari data, la Repubblica d'Albania si è impegnata a ratificare la Convenzione e relativi protocolli addizionali entro un anno dalla data della firma.

²⁹ In *Gazzetta Ufficiale della Repubblica di Albania*, 1996, vol. 20, p. 724.

³⁰ V. la legge n. 7491 del 1991, cit.

nazionali nel sistema giuridico interno. Infatti, tali accordi avrebbero potuto essere applicati unicamente a seguito della loro trasformazione in un atto normativo nazionale (legge, decreto, decisione del Consiglio dei Ministri).

Solo a seguito dell'adozione della nuova Costituzione nel 1998 è stato possibile riconoscere alla CEDU il rango di fonte di diritto interno. Tenendo conto di quanto detto in precedenza in merito all'art. 122, par. 1, Cost. e alla luce di quanto previsto nell'art 180, par. 1, Cost.³¹, si può affermare che la CEDU è oggi divenuta parte dell'ordinamento giuridico nazionale.

Si deve tuttavia rilevare che l'obbligo costituzionale di pubblicazione nella Gazzetta Ufficiale, cui sopra si è fatto cenno, non è stato adempiuto al momento della ratifica³² della Convenzione. Vero è che questa condizione non era prevista dalle precedenti disposizioni costituzionali; ciò nondimeno, poiché il testo della Convenzione europea non era mai stato riprodotto in alcun atto legislativo albanese, la sua applicazione effettiva da parte degli operatori giuridici nazionali rimaneva quanto meno incerta. Finalmente, dopo numerosi sollecitazioni da parte della dottrina, la CEDU ed i suoi Protocolli sono stati pubblicati in un numero speciale della Gazzetta Ufficiale³³, risolvendo così il problema della loro applicazione interna.

3.3. La posizione speciale della CEDU nella gerarchia delle fonti

La peculiarità della Convenzione europea rispetto agli accordi internazionali sembra essere stata presa in considerazione dai redattori della Costituzione del 1998. In particolare, a prescindere dalle disposizioni generali delle Parti I e VII della Costituzione, applicabili a tutti i trattati internazionali, il Titolo I della Parte II, in particolare l'art. 17, par. 2, Cost., sembra conferire uno *status* speciale – costituzionale – alla CEDU all'interno del sistema giuridico albanese³⁴. Lo *status* costituzionale conferito dall'art. 17, par. 2, non è uno *status* formale, quanto piuttosto uno *status* materiale. In altre parole, lo standard minimo di tutela dei diritti e delle libertà previsto dalla Costituzione coincide con quello dalla Convenzione europea.

Inoltre, dalla lettura combinata dei paragrafi 1 e 2 dell'art. 17 Cost. risulta che i diritti e le libertà fondamentali garantiti a livello costituzionale debbano es-

³¹ Art 180, par. 1, Cost.: “Gli accordi internazionali ratificati dalla Repubblica albanese prima dell'entrata in vigore della Costituzione vigente, si considerano ratificati in conformità alla Costituzione vigente”.

³² In *Gazzetta ufficiale della Repubblica d'Albania*, 1996, vol. 20, pp. 724-727

³³ In *Gazzetta Ufficiale della Repubblica d'Albania*, 2008, n. 28.

³⁴ La soluzione offerta dall'art. 17, par. 2, Cost. in merito alla CEDU risolverebbe – precludendola – anche l'eventuale questione della ratifica da parte dell'Albania di successivi accordi internazionali incompatibili con la CEDU, a differenza di punto previsto dagli articoli 116 e 122 per gli altri accordi internazionali.

sere interpretati in funzione della Convenzione europea, e che i primi non subiscano limitazioni più restrittive di quelle previste dalla seconda. Dunque, sembra chiaro che lo *status* costituzionale della CEDU sia garantito esclusivamente in ordine alla valutazione delle limitazioni “dei diritti e delle libertà garantiti dalla [...] Costituzione”³⁵. In altri termini, la Convenzione europea dei diritti umani è considerata dalla Costituzione albanese come lo *standard* minimo richiesto per l’applicazione dei limiti ai diritti e alle libertà sanciti dalla Costituzione. Un tale ragionamento condurrebbe a sostenere che quanto appena detto non potrebbe affermarsi in riferimento a quei diritti CEDU che non rientrano tra quelli garantiti dalla Costituzione. Allo stesso tempo, si potrebbe ritenere che i diritti e le libertà previsti dalla Costituzione, ma non espressamente inseriti nel catalogo CEDU, non possono trovare nella Convenzione il riferimento costituzionale per l’individuazione degli standard minimi di garanzia. Quest’ultima ipotesi si potrebbe verificare in maniera realistica solo nell’ipotesi di una interpretazione evolutiva di un diritto garantito dalla CEDU dalla parte della Corte di Strasburgo.

Si tratta di questioni che restano puramente teoriche, dal momento che, finora, la Corte costituzionale non ha avuto l’occasione di esprimersi in merito.

3.4. *L’applicabilità diretta della CEDU*

La questione dell’applicabilità diretta della CEDU nei sistemi giuridici delle Parti contraenti è una questione tanto interessante quanto complessa da trattare, sia per la giurisprudenza sia per la dottrina. Sebbene la Convenzione in quanto tale non preveda la sua diretta applicabilità nei sistemi giuridici nazionali³⁶, la Corte europea dei diritti umani ha espresso la sua chiara preferenza per questa soluzione³⁷.

Malgrado certe resistenze espresse negli anni passati da parte di alcune giurisdizioni nazionali³⁸, oggi, la quasi totalità degli Stati contraenti considerano la

³⁵ Art. 17, par. 1, Cost.

³⁶ È possibile sostenere che l’applicabilità diretta della Convenzione si possa ricavare, senza grande sforzo, direttamente dagli articoli 1, 13 e 35 CEDU.

³⁷ V., ad esempio, Corte europea dei diritti umani, *Irlanda c. Regno Unito*, ricorso n. 5310/71, sentenza del 18 gennaio 1978, par. 239: “A differenza dei trattati internazionali di tipo classico, la Convenzione contiene più che meri impegni reciproci tra gli Stati contraenti. Al di là degli impegni reciproci e bilaterali, essa crea obblighi obiettivi che, nelle parole del Preambolo, beneficiano di un’applicazione “collettiva”. [...] Sostituendo le parole “riconoscono” per quelle “s’impegnano a riconoscere” nel testo dell’art. 1, gli autori della Convenzione hanno inteso chiarire che i diritti e libertà previste al Titolo I sarebbero dovuti essere direttamente garantiti a chiunque sia sottoposto alla giurisdizione degli Stati contraenti”

³⁸ V., ad esempio, l’*Opinion* di Lord Denning, in Camera dei Lords, *R. v. Chief Immigration Officer, ex parte Salamat Bibi*, sentenza del 1976, laddove afferma che “poiché dopo tutto, i principi di cui alla Convenzione sono solo una dichiarazione dei principi del giusto comportamento [...] Io credo che sarebbe chiedere troppo ai funzionari dei funzionari dell’immigrazione. Non si può pre-

CEDU come parte del loro sistema giuridico, aprendo la strada all'applicazione diretta delle sue disposizioni³⁹.

Nella situazione albanese è chiaro che la scelta dell'incorporazione della CEDU nel sistema giuridico nazionale accoglie, almeno sul piano formale, l'idea della sua diretta applicabilità. Specificamente, la Costituzione, all'art. 5 e, in particolare, agli articoli 116 e 122, prevede espressamente una tale possibilità. Resta, tuttavia, il problema di comprendere come questa opportunità verrà sfruttata dagli operatori giuridici, e specialmente dai giudici nazionali. Ad oggi, infatti, non è possibile citare un caso tratto dalla giurisprudenza nazionale in cui un solo articolo della CEDU sia stato applicato direttamente.

Comunque si può sostenere che agli articoli della Convenzione vada almeno riconosciuto lo *status* di norme ausiliarie nell'interpretazione del contenuto dei diritti umani tutelati dall'ordinamento nazionale.

3.5. *Le linee guida costituzionali e principi CEDU*

Il Preambolo della CEDU indica la portata generale e gli obiettivi della Convenzione; a ciò si aggiunga che un insieme molto importante di principi relativi all'interpretazione della Convenzione è stato sviluppato dalla giurisprudenza della Corte europea⁴⁰. La Corte europea dei diritti umani ha avuto occasione di sottolineare la necessità "che il diritto interno e i suoi principi interpretativi siano conformi alla Convenzione e ai suoi principi generali, annunciati o impliciti"⁴¹.

Tuttavia, se due atti normativi, pur regolando la stessa materia, perseguono obiettivi diversi, è maggiore il rischio d'incompatibilità tra le loro disposizioni. Infatti, anche se i principi interpretativi elaborati dalla Corte europea siano adottati dai giudici nazionali ai fini di quanto previsto dall'art. 17, paragrafi 1 e 2, Cost., resta comunque da considerare se legislazione albanese intenda perseguire gli stessi obiettivi della CEDU.

tendere che conoscano o applichino la Convenzione. Essi devono fare riferimento semplicemente alle norme sull'immigrazione stabilite dal Segretario di Stato e non dalla Convenzione [...] è molto meglio per noi attenerci ai nostri principi e statuti ed e guardare alla Convenzione con una guida in caso di dubbio".

³⁹ Il giudice Martens, in una *Partially Dissenting Opinion Joined by Judge Foighel*, in Corte europea dei diritti umani, *Ahmet Sadik c. Grecia*, ricorso n. 18877/91, sentenza del 15 novembre 1996, sostiene: "in quei casi in cui i giudici nazionali, in base al diritto interno, sono in grado di applicare la Convenzione *ex officio*, essi dovranno farlo in conformità alla Convenzione. Ciò è un'ovvia richiesta che deriva dall'efficacia sia della Convenzione come strumento costituzionale dell'ordine pubblico europeo sia dei 'sistemi nazionali dei diritti dell'uomo'".

⁴⁰ *Ibidem*. Lo stesso principio è stato ripreso anche nel caso *Golder c. Regno unito*, cit. V., inoltre, articoli 5, 32 e 33 della Convenzione di Vienna sul diritto dei trattati.

⁴¹ Corte europea dei diritti umani, *Winterwerp c. Paesi Bassi*, ricorso n. 6301/73, sentenza del 24 ottobre 1979, par. 45.

Dal Preambolo della Costituzione emerge chiaramente che l'ordinamento giuridico albanese è largamente ispirato agli stessi principi contenuti nel Preambolo della Convenzione europea dei diritti umani. Entrambi, infatti, proclamano la tutela dei diritti umani e delle libertà fondamentali come base dei rispettivi sistemi giuridici⁴² e l'obiettivo di creare una società fondata sullo stato di diritto, avente ad oggetto, tra l'altro, la tutela e lo sviluppo dei diritti umani e delle libertà fondamentali⁴³. Inoltre, l'art. 3 della Parte I della Costituzione, dedicata ai principi fondamentali, prevede espressamente che "la dignità dell'uomo, i diritti e le libertà, la giustizia sociale, il sistema costituzionale, il pluralismo, l'identità e l'eredità nazionale, la convivenza religiosa, nonché la comprensione degli Albanesi verso le minoranze sono il fondamento dello Stato, che ha l'obbligo di rispettarli e tutelarli". Più concretamente, l'art. 15, par. 2, inserito nella Parte II della Costituzione, dedicata ai diritti e alle libertà fondamentali, sancisce che "[g]li organi dei poteri pubblici, nell'esercizio delle loro funzioni, devono rispettare i diritti e le libertà fondamentali dell'uomo, e contribuire anche alla loro realizzazione"⁴⁴.

La Costituzione, quindi, fissa un obiettivo e un limite fondamentale all'attività degli organi statali, mostrando l'importanza che i diritti umani hanno per il sistema giuridico albanese. Ne deriva che, considerata la formulazione e il rango costituzionale delle disposizioni cui si è appena fatto cenno, è possibile affermare che esse siano alla base dell'interpretazione e dell'applicazione di tutte le norme nazionali, sia costituzionali che discendenti da altri atti normativi.

In aggiunta, il par. 2 dell'art. 15, letto in combinato disposto con il par. 2 dell'art. 17, Cost., risponde anche alle esigenze interpretative proprie della CEDU, così come formulate dalla Corte europea nell'enunciazione e nella formulazione della categoria degli obblighi positivi⁴⁵.

⁴² V. i paragrafi 2 e 4 del Preambolo della Costituzione e i *Consideranda* 3, 4 e 5 del Preambolo della Convenzione europea dei diritti umani.

⁴³ V. Par. 2 del Preambolo e articoli 3 e 4 Cost. e Considerando 5 del Preambolo della Convenzione europea dei diritti umani.

⁴⁴ La formulazione del par. 2 dell'art. 15 Cost. potrebbe essere frutto dell'accoglimento nella Costituzione albanese della interpretazione evolutiva della CEDU operata da parte degli organi di controllo di Strasburgo applicabile all'interpretazione dei diritti umani e delle libertà fondamentali sanciti dalla Costituzione (v., tra le altre, Corte europea dei diritti umani, *Tyrer c. Regno Unito*, ricorso n. 5856/72, sentenza del 25 aprile 1978; *Marckx c. Belgio*, ricorso n. 6833/74, sentenza del 13 giugno 1979; *Dudgeon c. Regno Unito*, cit.; *Guzzardi c. Italia*, ricorso n. 7367/76, sentenza del 6 novembre 1980; *Johnston e al. c. Irlanda*, ricorso n. 9697/82, sentenza del 12 dicembre 1986; *Soering c. Regno Unito*, ricorso n. 14038/88, sentenza del 7 luglio 1989; *Sigurjónsson c. Islanda*, ricorso n. 16130/90, sentenza del 30 giugno 1993; *Lawless c. Irlanda (n. 3)*, ricorso n. 332/57, sentenza del 1 luglio 1961; *Burghartz c. Svizzera*, ricorso n. 16213/90, sentenza del 22 febbraio 1994).

⁴⁵ V. Corte europea dei diritti umani soprattutto nei casi *Marckx c. Belgio*, cit., e *Airey c. Irlanda*, ricorso n., sentenza del . Su specifici diritti di cui alla Convenzione, v. anche *Johnston e al. c. Irlanda*, cit., *Corona c. Italia*, ricorso n. 2468/94, decisione del 20 11 1995; *X e Y c. Paesi Bassi*, ricorso n. 8978/80, sentenza del 26 marzo 1985; *Artico c. Italia*, ricorso n. 6694/74, sentenza del 13 maggio 1980; *Gaskin c. Regno Unito*, cit.; *Mathieu-Mohin e Clerfayt c. Belgio*, ricorso n. 9267/81, sentenza del 2 marzo 1987.

L'art. 17 Cost. sembra, infine, aver incorporato il principio generale in base al quale lo Stato debba garantire una protezione efficace e reale⁴⁶ dei diritti umani sanciti dalla CEDU, e non solo un livello di tutela teorico o illusorio. Lo stesso articolo, inoltre, ha fissato a livello costituzionale i principi di legalità⁴⁷, dell'interesse pubblico⁴⁸, della tutela dei diritti dei terzi⁴⁹ e di proporzionalità quali condizioni necessarie per giustificare un'eventuale restrizione al godimento dei diritti⁵⁰. Anche in questo caso, si tratta di principi ritenuti fondamentali in sede di interpretazione ed applicazione della Convenzione europea.

L'insieme delle disposizioni costituzionali ora richiamate⁵¹ appaiono quindi in larga misura conformi dell'oggetto e lo scopo nonché ai principi fondamentali della Convenzione, e riproduttivi delle norme di interpretazione formulate dalla Corte di Strasburgo. Ne consegue che tutta la legislazione albanese deve perseguire l'obiettivo fondamentale di tutelare e garantire il godimento effettivo dei diritti umani e delle libertà fondamentali sanciti dalla Convenzione europea.

3.6. Il sistema giuridico albanese davanti alla Corte di Strasburgo

Il sistema giuridico albanese si è presentato con un relativo ritardo al sindacato degli organi di Strasburgo. Infatti, nei primi anni dopo l'adesione alla Con-

⁴⁶ V., in tal senso, Corte europea dei diritti umani: *Sunday Times c. Regno Unito*, cit.; *Golder c. Regno Unito*, cit.; *B. c. Francia*, ricorso n. 13343/87, sentenza del 25 marzo 1992; *Loizidou c. Turchia*, cit.; *Brogan e al. c. Regno Unito*, ricorsi n. 11209/84, 11243/84, 11266/84, 11386/85, sentenza del 29 novembre 1988; *Artico c. Italia*, cit.; *Soering c. Regno Unito*, cit.; *McCann e al. c. Regno Unito*, ricorso n. 18984/91, sentenza del 27 settembre 1995; *R.M.D. c. Svizzera*, ricorso n. 19800/92, sentenza del 26 settembre 1997; *Wemhoff c. Germania*, ricorso n. 2122/64, sentenza 27 giugno 1968.

⁴⁷ V. Corte europea dei diritti umani: *Dudgeon c. Regno Unito*, cit.; *Rieme c. Svezia*, ricorso n. 12366/86, sentenza del 22 aprile 1992; *Campbell c. Regno Unito*, cit.; *Klass c. Germania*, cit.; *Sunday Times c. R.U.*, cit.; *Kruslin c. Francia*, cit.; *Huvig c. Francia*, cit.; *Malone c. Regno Unito*, cit.; *Leander c. Svezia*, cit.; *Barthold c. Germania*, ricorso 8784/79, sentenza del 25 marzo 1985; *Müller e al. c. Svizzera*, ricorso 10737/84, sentenza 24 maggio 1988; *Kokkinakis c. Grecia*, cit.

⁴⁸ V. Corte europea dei diritti umani: *Klass c. Germania*, cit.; *Young, James e Webster c. Regno Unito*, ricorsi nn. 7601/76 e 7806/77, sentenza del 13 agosto 1981; *Vereniging Weekblad Bluf! c. Paesi Bassi*, ric.; *Brogan e al. c. Regno Unito*, cit.; *Fox, Campbell e Hartley c. Regno Unito*, ricorsi nn. 12244/86, 12245/86, 12383/86, sentenza del 30 agosto 1990.

⁴⁹ V. Corte europea dei diritti umani: *Lingens c. Austria*, cit.; *Prager e Oberschlick c. Austria*, cit.; *Haes e Gijssels c. Belgio*, cit.; *Jersild c. Danimarca*, cit.; *Otto Preminger-Institut c. Austria*, cit.; *Handyside c. Regno Unito*, cit.; *Gaskin c. Regno Unito*, cit.; *Leander c. Svezia*, cit.

⁵⁰ V. Corte europea dei diritti umani: *Golder c. Regno Unito*, cit.; *Silver c. Regno Unito*, cit.; *Dudgeon c. Regno Unito*, cit.; *Norris c. Irlanda*, ricorso n. 10581/83, sentenza del 26 ottobre 1988; *Sunday Times c. Regno Unito*, cit.; *Observer e Guardian c. Regno Unito*, cit.; *Barfod c. Danimarca*, ricorso n. 11508/85, sentenza del 22 febbraio 1989; *Thorgeir Thorgeirson c. Islanda*, ricorso n. 13778/88, sentenza del 25 giugno 1992; *Castells c. Spagna*, ricorso n. 11798/85, sentenza del 23 aprile 1992; *Handyside c. Regno Unito*, cit.

⁵¹ V. soprattutto gli articoli 3, 4, 5, 7, 15, 17, par. 2, 116 e 145 Cost.

vezione europea, non sono stati presentati ricorsi contro l'Albania, e fino al 2004, quando è arrivata la prima condanna⁵², tutti i ricorsi inoltrati erano stati dichiarati inammissibili in base all'art. 35 CEDU⁵³.

Le cause di questo ritardo sono da ricercare nella scarsa conoscenza della Convenzione da parte degli cittadini albanesi e dei loro avvocati e nell'inettitudine da essi mostrata verso il funzionamento delle procedure di ricorso dinanzi agli organi di controllo di Strasburgo. Un'ulteriore causa va ricercata nel carattere ambiguo della giurisprudenza della Corte costituzionale in merito all'esercizio della sua competenza a valutare, ex art. 131, lett. i), Cost., i ricorsi presentati dalle persone fisiche per violazione del diritto costituzionale al giusto processo⁵⁴. Questo ritardo ha fatto sì che alcuni problemi in merito alla tutela sostanziale della protezione dei diritti umani, denunciati dalla dottrina interna, dalle ONG locali e dalle organizzazioni internazionali siano stati trascurati e, nel tempo, si siano accumulati, senza trovare alcun tipo di soluzione. Anche il fatto che, tuttora, l'Albania si possa annoverare tra gli Stati contro cui sia stato presentato un numero molto limitato di ricorsi, non vuol dire che i problemi sopra enunciati non persistano.

La disposizione della Convenzione più violata, stante ai ricorsi contro l'Albania presentati dinanzi alla Corte di Strasburgo, è senza dubbio l'art. 6. Più del 90% delle sentenze contro l'Albania riguarda, infatti, il diritto all'equo processo, mettendo in risalto i problemi che permangono riguardo allo svolgimento dei procedimenti giudiziari interni: diritto di accesso al giudice⁵⁵, imparzialità del giudice⁵⁶, durata ragionevole del processo⁵⁷, certezza del diritto⁵⁸ e esecuzione delle sentenze giudiziarie interne⁵⁹.

⁵² V. Corte europea dei diritti umani, *Qufaj Co. Sh.p.k. c. Albania*, ricorso n. 54268/00, sentenza del 18 novembre 2004.

⁵³ Secondo le statistiche della Corte di Strasburgo, tra il 1° novembre 1998 ed il 31 dicembre 2008, sono stati presentati 280 ricorsi contro l'Albania, dei quali 112 sono stati dichiarati inammissibili. Inoltre, è interessante ricordare che di 16 sentenze emesse nei confronti dell'Albania, 15 accertano la violazione di almeno un articolo della CEDU e solo una esclude la responsabilità dello Stato per non aver commesso alcuna violazione della Convenzione (Corte europea dei diritti umani, *Balliu c. Albania*, ricorso 74727/01, sentenza del 16 giugno 2005).

⁵⁴ A partire dalla sentenza del 11 maggio 2006, n. 9, la Corte costituzionale ha accettato il principio che la mancata esecuzione di una sentenza giudiziaria potesse essere considerata una violazione del diritto all'equo processo. Questo cambiamento giurisprudenziale si è avuto solo dopo la condanna dell'Albania nel caso *Qufaj Co. Sh.p.k.* del 2004, cit.

⁵⁵ Corte europea dei diritti umani, *Marini c. Albania*, ricorso n. 3738/02, sentenza del 18 dicembre 2007.

⁵⁶ Nel caso *Driza c. Albania*, ricorso 33771/02, sentenza del 13 novembre 2007, la Corte europea dei diritti umani ha ritenuto che la Corte Suprema albanese non offriva tutte le garanzie di imparzialità richieste dell'art. 6, par. 1 CEDU.

⁵⁷ V. Corte europea dei diritti umani: *Gjonboçari e al. c. Albania*, ricorso n. 10508/02, sentenza del 23 ottobre 2007, e *Marini c. Albania*, cit.

⁵⁸ V. Corte europea dei diritti umani: *Driza c. Albania*, cit.; *Vrioni e al. c. Albania*, ricorso n. 2141/03, sentenza del 24 marzo 2009. In queste due sentenze la Corte di Strasburgo accerta una

La maggior parte dei casi albanesi che riguardano l'art. 6 CEDU sono connessi alla tutela del diritto di proprietà, garantito dall'art. 1 del Protocollo n. 1. In particolare, le violazioni accertate hanno riguardato l'annoso contenzioso legato alla restituzione o alla compensazione dei beni espropriati durante il regime comunista⁶⁰. L'ampia portata e il carattere strutturale di questo problema hanno indotto la Corte europea a richiedere all'Albania l'adozione di misure di carattere generale, sulla scia della giurisprudenza elaborata nel noto caso *Broniowski*⁶¹. In alcuni casi è stata anche contestata all'Albania la violazione dell'art. 13 CEDU, a causa delle lacune legislative che non garantiscono il diritto ad un ricorso effettivo a seguito della violazione del diritto ad un equo processo⁶².

Gli altri diritti garantiti dalla CEDU sono stati oggetto di ricorso dinanzi alla Corte di Strasburgo molto raramente. Alcuni esempi riguardano la violazione dell'art. 3 CEDU, in un caso riguardante il carattere non adeguato delle condizioni di detenzione e dei trattamenti medici nelle carceri⁶³, e la violazione dell'art. 8 CEDU, in relazione alla vicenda di un padre a cui non era consentito avere contatti con la figlia per l'impossibilità di una decisione giudiziaria, adottata dal giudice albanese, di trovare esecuzione in Grecia⁶⁴.

violazione della CEDU dovuta all'annullamento di una decisione giudiziaria definitiva emanata dalle competenti autorità albanesi.

⁵⁹ V. Corte europea dei diritti umani: *Qufaj Co. Sh.p.k. c. Albania*, cit.; *Beshiri e al. c. Albania*, ricorso n. 752/03, sentenza del 22 agosto 2006; *Gjonboçari e al. c. Albania*, cit.; *Driza c. Albania*, cit.; *Marini c. Albania*, cit.; *Ramadhi e 5 al. c. Albania*, ricorso n. 38222/02, sentenza del 13 novembre 2007. In quest'ultima sentenza, la Corte, constatando la mancata esecuzione di una decisione amministrativa definitiva, ha condannato la mancanza di un rimedio interno finalizzato a richiedere l'effettiva esecuzione delle decisioni amministrative.

⁶⁰ V., ad esempio, le già citate sentenze della Corte europea dei diritti umani nei casi *Beshiri e al. c. Albania*, *Gjonboçari e al. c. Albania*, *Driza c. Albania*, *Ramadhi e 5 al. c. Albania*, *Marini c. Albania*.

⁶¹ V. Corte europea dei diritti umani, *Broniowski c. Polonia*, ricorso n. 31443/96, sentenza del 22 giugno 2004 e nello stesso caso, la sentenza [GC] del 28 settembre 2005. Riguardo all'Albania, la Corte ha utilizzato la nozione delle misure generali nei casi già citati *Dybeku c. Albania*, *Driza c. Albania*, *Ramadhi e 5 altri c. Albania*.

⁶² La Corte di Strasburgo ha deciso per la violazione del art. 13 CEDU nei casi già citati: *Gjonboçari e al. c. Albania* e *Marini c. Albania*, per mancanza di un rimedio interno contro un termine non ragionevole; *Ramadhi e 5 al. c. Albania*, per la mancanza di un rimedio interno contro la non esecuzione di una decisione amministrativa definitiva.

⁶³ V. Corte europea dei diritti umani, *Dybeku c. Albania*, ricorso n. 41153/06, sentenza del 18 dicembre 2007.

⁶⁴ V. Corte europea dei diritti umani, *Bajrami c. Albania*, ricorso n. 35853/04, sentenza del 12 dicembre 2006. In questo caso è stato sottolineato l'obbligo delle istituzioni albanesi di prendere tutte le misure necessarie per garantire il rispetto alla vita familiare e, più concretamente, di procedere con la ratifica della Convenzione de L'Aja del 25 ottobre 1980 sugli aspetti civili del rapimento internazionale di minori.

4. Conclusioni

Sebbene le violazioni della CEDU accertate dalla Corte di Strasburgo contro l'Albania siano relativamente poche, si è tuttavia evidenziato il problema del carattere sistematico e strutturale di alcune di esse. Tali violazioni mostrano che, nonostante lo *status* formale privilegiato riconosciuto alla Convenzione europea – in quanto, incorporata nel diritto albanese ad un livello costituzionale –, la stessa continua ad incontrare notevoli difficoltà pratiche nella sua applicazione interna, specialmente da parte dei giudici nazionali. Quindi, anche se formalmente la CEDU si può considerare una delle fonti di diritto più importanti dell'ordinamento giuridico albanese, se non la più importate in base a quanto stabilito dall'art. 17 Cost., la sua effettiva applicazione è lungi dall'essere pienamente realizzata.

Varie sono le ragioni che spiegano le difficoltà che la CEDU incontra nel diritto albanese e il ritardo nell'adeguamento di quest'ultimo allo standard europeo. Innanzitutto, permane il condizionamento della passata tradizione giuridica albanese che si ripercuote negativamente sull'evoluzione della giurisprudenziale odierna. In secondo luogo, sebbene la maggior parte della legislazione albanese sia stata adottata dopo il 1992, in conformità con le norme internazionali sui diritti umani e specialmente con la CEDU, un'interpretazione evolutiva delle norme internazionali in certi casi produce l'effetto di rende il livello della protezione dei diritti umani in Albania incompatibile con i nuovi standard internazionali. Infine, alcune criticità strutturali sono determinate dalle difficoltà di trovare e porre in essere un rimedio di natura generale, quali la restituzione o la compensazione dei beni espropriati, che possa porre termine agli effetti derivanti da pratiche poste in essere durante il regime comunista.

Alla luce di quanto detto, il raggiungimento dello standard di protezione dei diritti umani previsto dalla CEDU resta una sfida aperta per l'ordinamento normativo e giudiziario albanese, così come per quello di ogni altro Paese europeo.