LA COMUNITÀ INTERNAZIONALE

Vol. LXIX secondo trimestre 2014 N. 2

RIVISTA TRIMESTRALE
DELLA SOCIETÀ ITALIANA PER L'ORGANIZZAZIONE INTERNAZIONALE

INDICE

ARTICOLI E SAGGI

UMBERTO LEANZA, FRANCESCA GRAZIANI – Poteri di *enforcement* e di *jurisdiction* in materia di traffico di migranti via mare: aspetti operativi nell'attività di contrasto 163

OSSERVATORIO DIRITTI UMANI

L'evoluzione del diritto di partecipare alla vita culturale e del concetto di diritti culturali nel diritto internazionale – *Marcella Ferri* 211

OSSERVATORIO EUROPEO

Parlamento e Commissione: il difficile equilibrio fra rappresentanza e governabilità nell'Unione Europea – *Andrea Gratteri* 237
Alcuni profili problematici della competenza dell'Unione Europea in materia di investimenti diretti esteri – *Alfredo Rizzo* 261

RASSEGNE

ATTIVITÀ DELLE ORGANIZZAZIONI INTERNAZIONALI

Nazioni Unite

Assemblea Generale (67ª sessione, 2013), p. 269

QUESTIONI ECONOMICHE E FINANZIARIE
1. Premessa, p. 269; 2. Le misure adottate dal Fondo Monetario Internazionale per contrastare la crisi: il ruolo nella nuova *governance* mondiale (cenni) e l'attività di sorveglianza, p. 270; 3. Le risorse del FMI, le attività di prestito e le riforme riguardanti i meccanismi di rappresentanza e la *governance*, p. 270; 4. Il gruppo della Banca Mondiale: le attività in sintesi, p. 271; 5. L'attività dell'Assemblea Generale delle Nazioni Unite in materia economica e finanziaria, p. 272; 6. Breve ricostruzione delle coordinate di base dell'azione dell'Assemblea Generale nella 67ª sessione e degli orientamenti fondamentali in materia economica e finanziaria, p. 272; 7. La risoluzione sulle Nazioni Unite nella *governance* globale, p. 273; 8. Sistema finanziario internazionale e sviluppo, p. 274; 9. Finanziamento allo sviluppo, p. 275; 10. Sostenibilità del debito estero e sviluppo, p. 276; 11. Commercio internazionale e sviluppo, p. 277; 12. Conclusioni, p. 278.

Roberto Cisotta

Assemblea Generale (68ª sessione, 2013), p. 281

QUESTIONI POLITICHE E DECOLONIZZAZIONE
1. Premessa, p. 281; 2. Situazione in Afghanistan, p. 281; 3. Situazione in Medio Oriente: la questione della Palestina, p. 282; 4. Conflitti e commercio dei diamanti, p. 287; 5. Decolonizzazione, p. 287.

Maria Vittoria Zecca

Istituti Specializzati delle Nazioni Unite e altre organizzazioni internazionali

L'attività delle organizzazioni regionali nell'Africa sub-sahariana (2013-2014), p. 291

Piero Pennetta

LISTA DELLE ABBREVIAZIONI

AEDI – Anuario Español de Derecho Internacional; *ADMer* – Annuaire du Droit de la Mer; *BYIL* – The British Year Book of International Law; *Cass. pen.* – Cassazione penale; *Com. St.* – Comunicazioni e Studi; *Dir. imm. cit.* – Diritto, immigrazione e cittadinanza; *Dir. Pen. Contemp.* – Diritto Penale Contemporaneo; *DUDI* – Diritti Umani e Diritto Internazionale; *Enc. Dir.* – Enciclopedia del Diritto; *Giur. It.* – Giurisprudenza Italiana; *GU* – Gazzetta Ufficiale della Repubblica Italiana; *GUUE* – Gazzetta Ufficiale dell'Unione Europea; *HILJ* – Harvard International Law Journal; *HRLR* – Human Rights Law Review; *HRQ* – Human Rights Quarterly; *ICLQ* – The International and Comparative Law Quarterly; *ILM* – International Legal Materials; *ISSJ* – International Social Science Journal; *Ital. YIL* – Italian Yearbook of International Law; *NYIL* – Netherlands Yearbook of International Law; *Quaderni cost.* – Quaderni costituzionali; *RBDI* – Revue Belge de Droit International; *RDH* – Revue de Droit de l'Homme; *RDI* – Rivista di Diritto Internazionale; *Riv. Mar.* – Rivista Marittima; *Riv. Mar. Int.* – Rivista Marittima Internazionale; *RTDH* – Revue Trimestrielle des Droits de l'Homme; *St. Int. Eur.* – Studi sull'Integrazione Europea; *Virg. JIL* – Virginia Journal of International Law.

ARTICOLI E SAGGI

POTERI DI *ENFORCEMENT* E DI *JURISDICTION* IN MATERIA DI TRAFFICO DI MIGRANTI VIA MARE: ASPETTI OPERATIVI NELL'ATTIVITÀ DI CONTRASTO

UMBERTO LEANZA, FRANCESCA GRAZIANI*

1. *Premesse*.- Le recenti iniziate assunte dalla magistratura italiana nei confronti di soggetti accusati di aver organizzato sbarchi via mare di immigrati clandestini sulle coste italiane fanno stato della necessità di individuare con chiarezza se, ed entro quali limiti, sia possibile l'esercizio di poteri di *enforcement* e di *jurisdiction* in acque internazionali.

Nei mesi di settembre e ottobre 2013, a seguito di comunicazioni di Frontex sulla presenza di navi senza bandiera in alto mare, affiancate da altri battelli di minori dimensioni sui quali sono stati caricati gli immigrati, la Guardia di Finanza è intervenuta sulle navi madre, adottando, all'esito delle attività di ispezione, provvedimenti di sequestro, cui sono seguiti procedimenti penali nei confronti dei soggetti sospettati di traffico di migranti.

Di diverso tenore sono state però le decisioni adottate dalle competenti autorità giudiziarie catanesi. In un primo caso, i giudici hanno convalidato la tesi della Procura, circa l'esistenza della giurisdizione italiana e i poteri coercitivi in materia penale[1]. In un altro caso, l'indirizzo seguito dal Tribunale di Catania è stato di segno opposto, rilevandosi la mancanza di giurisdizione per fatti commessi oltre il limite delle acque territoriali nazionali[2]; la decisione è stata

---

* Umberto Leanza è autore dei paragrafi 1, 10, 11 e 14, Francesca Graziani è autrice dei paragrafi 2-9 e 12-13.

[1] V. ordinanza del Giudice delle indagini preliminari (GIP) presso il Tribunale di Catania del 16 settembre 2013, relativa all'applicazione della custodia cautelare in carcere nel procedimento penale n. 8749/2013 R.G.N.R./mod. 21.

[2] V. ordinanza n. 1551 del 19 settembre 2013, con la quale il Tribunale di Catania, sezione per il riesame, ha annullato l'ordinanza di custodia cautelare in carcere emessa dal GIP il 29 agosto 2013.

LA COMUNITÀ INTERNAZIONALE FASC. 2/2014 pp. 163-209
EDITORIALE SCIENTIFICA SRL

però impugnata dalla Procura della Repubblica e, con sentenza del 28 febbraio 2014, la Corte di Cassazione ha affermato che la giurisdizione dello Stato italiano va riconosciuta laddove, in ipotesi di traffico di migranti, questi siano abbandonati in acque extraterritoriali su natanti del tutto inadeguati, onde provocare l'intervento del salvataggio in mare e far sì che i trasportati siano accompagnati nel tratto di acque territoriali dalle navi dei soccorritori[3].

Nel mese di marzo, poi, la Procura di Catania e la Procura militare di Napoli hanno aperto un'inchiesta sull'operazione condotta da una nave della Marina militare italiana che, il 9 novembre scorso, nell'ambito dell'Operazione *Mare Nostrum*, a circa 500 chilometri a sud est di Capo Passero, ha eseguito un decreto di sequestro, disposto dalla stessa Procura di Catania, su di un'imbarcazione con sedici scafisti a bordo, ritenuta la nave madre che avrebbe permesso lo sbarco di migranti clandestini. Un video, riportato nelle pagina *on line* di diversi quotidiani, e attualmente al vaglio delle autorità giudiziarie, mostra che dalla nave Aliseo sono stati sparati colpi di mitragliatore sul peschereccio in fuga. Colpi di avvertimento e dissuasivi, aventi lo scopo di fermare la nave in fuga, secondo la Marina. Uso sproporzionato della forza in mare, avvenuto in violazione delle regole di ingaggio, per diverse ONG.

Se queste sono le premesse, il presente lavoro si propone di offrire un contributo agli operatori del settore impegnati nel contrasto all'immigrazione clandestina, costretti a divincolarsi tra norme di diversa origine (internazionale, europea e nazionale), di non immediata comprensione e spesso non riconducibili ad una eguale filosofia ispiratrice, e tra indirizzi giurisprudenziali non sempre convergenti e basati su percorsi argomentativi diversi. L'ottica prescelta è eminentemente pratica e, si aggiunge, selettiva, perché se il fenomeno migratorio può essere analizzato sotto diverse angolature, la prospettiva dalla quale si muove è quella del contrasto al traffico illegale di migranti via mare e, segnatamente, dei poteri giurisdizionali che possono essere adottati dalle autorità di polizia e giudiziarie nei confronti degli autori del contrabbando di persone, anche nel caso in cui le navi di migranti diretti verso le coste italiane si trovino in alto mare. L'aggettivo "giurisdizionale" impiegato è qui da intendersi nel senso ampio proprio della terminologia giuridica anglosassone, comprendente an-

[3] Corte di Cassazione, I sez. pen., sentenza n. 720 del 28 febbraio 2014, caso *Haji Hassan*, sul ricorso proposto dal Procuratore della Repubblica presso il Tribunale di Catania avverso l'ordinanza n. 1683/2013 del Tribunale della libertà di Catania dell'8 ottobre 2013.

che la c.d. *executive* o *enforcement jurisdiction*, ossia il potere di organi statali di esercitare atti coercitivi nei confronti della nave e delle persone che si trovano a bordo[4].

Il testo normativo di riferimento obbligato nella materia è costituito, come noto, dalla Convenzione ONU sul diritto del mare (UNCLOS), adottata a Montego Bay nel 1982 e unanimemente considerata quale trattato di codificazione del diritto internazionale consuetudinario[5].

2. *L'azione di contrasto all'immigrazione clandestina nelle acque interne e nel mare territoriale*.- Merita soltanto uno sguardo sommario l'analisi dei poteri di *enforcement* e di *juridisdiction* esercitabili dallo Stato costiero nelle acque interne e nel mare territoriale nei confronti di navi sospette di esercitare il traffico di migranti.

Ai sensi del diritto internazionale generale, codificato nella Convenzione ONU sul diritto del mare, nelle acque interne, sottoposte alla sovranità esclusiva dello Stato costiero, lo Stato espleta la pienezza dei poteri di polizia e giurisdizionali, al pari di quanto avviene nell'ambito dei suoi confini terrestri[6].

A medesime considerazioni può giungersi con riferimento allo *status* giuridico del mare territoriale, esteso fino a un massimo di 12 miglia marine, misurate a partire dalle linee di base, e caratterizzato dal completo e incondizionato esercizio di una giurisdizione funzionale alla tutela del proprio ordinamento giuridico e, per quello che qui interessa, delle norme sul contrasto all'immigrazione clandestina[7]. Deve infatti considerarsi che il diritto di passaggio inoffensivo, riconosciuto dalla UNCLOS alle navi mercantili di terzi Stati, trova

---

[4] Deve dirsi, per completezza, che le analisi che seguono sono state portate all'attenzione della Direzione nazionale antimafia (DNA) nel gennaio 2014. L'incontro presso la DNA ha fatto seguito a quello organizzato dalla stessa Direzione, il 23 ottobre 2013, volto a promuovere lo scambio di esperienze e d'informazioni tra le diverse autorità competenti in materia di contrasto all'immigrazione clandestina (Marina militare, Guardia di Finanza, Carabinieri, Direzione centrale dell'immigrazione e delle frontiere del Dipartimento di pubblica sicurezza, Procuratori degli Uffici distrettuali più impegnati in tali indagini: Catania, Reggio Calabria, Lecce). Nel febbraio 2014, la DNA ha pubblicato le *Linee guida per la soluzione dei problemi di giurisdizione penale e di intervento cautelare nei casi di attraversamento in acque internazionali*, in *Dir. Pen. Contemp.*, 10 febbraio 2014, www.penalecontemporaneo.it.

[5] La UNCLOS, firmata il 10 dicembre 1982 ed entrata in vigore il 16 novembre 1994, è stata recepita in Italia con L. 2 dicembre 1994, n. 689, in *GU* n. 295 del 19 dicembre 1994 (Suppl. ord. n. 164).

[6] Art. 8 UNCLOS.

[7] Articoli 2 e 3 UNCLOS.

nella stessa Convenzione un limite, rappresentato dall'obbligo per le suddette navi di non compiere attività che possano arrecare «pregiudizio alla pace, al buon ordine e alla sicurezza dello Stato costiero»[8]. Più precisamente, allo Stato costiero spettano, nel mare territoriale, sia la disciplina relativa alla sicurezza della navigazione, sia l'emanazione di leggi e regolamenti in materia di immigrazione, fiscale e doganale[9].

In conclusione, con riferimento alle acque interne e al mare territoriale trova applicazione l'art. 6 c.p., ai sensi del quale è punito secondo la legge italiana chiunque commette un reato nel territorio dello Stato; territorio che, come è noto, è costituito non solo dalla superficie terrestre, compresa entro i confini politico-geografici dello Stato, ma anche dal mare territoriale, oltre che dal soprasuolo e dal sottosuolo[10].

Le modalità operative delle attività di polizia sono delineate dal D. Lgs. 25 luglio 1998, n. 286 (c.d. Testo unico immigrazione), come modificato dalla L. 30 luglio 2002, n. 189 (c.d. legge Bossi-Fini)[11]. L'art. 9-*bis* affida agli ufficiali e agli agenti di pubblica sicurezza il compito di procedere al controllo e alle ispezioni nel mare territoriale di navi di cui si ha il fondato motivo di ritenere che siano adibite o coinvolte nel trasporto illecito di migranti. Ai sensi della disposizione in esame, le autorità in servizio di polizia possono fermare la nave e, ove siano rinvenuti elementi che confermino il suo coinvolgimento nel contrabbando di migranti, condurla in un porto dello Stato[12]. Il Testo unico immigrazione, come modificato dalla legge Bossi-Fini, dispone per i traffici legati all'immigrazione clandestina l'arresto obbligatorio in flagranza di reato, la celebrazione del giudizio direttissimo, il sequestro dei beni rinvenuti nel corso delle operazioni di polizia finalizzate alla prevenzione e alla repressione del reato di

---

[8] Art. 19 UNCLOS.

[9] Art. 21 UNCLOS.

[10] Ai sensi dell'art. 6 c.p. (Reati commessi nel territorio dello Stato), il reato si considera commesso tanto nel luogo in cui si è svolta (anche solo in parte) la condotta, tanto in quello in cui si è verificato l'evento. In materia di reato associativo o di concorso di persone nel reato, è commesso nel territorio dello Stato il reato che sia attuato all'estero e al quale abbia partecipato altra persona nel territorio italiano, o viceversa (v. Corte di Cassazione, sentenza n. 11149/88). V. anche i commi 1 e 3 dell'art. 12 (Disposizioni contro le immigrazioni clandestine) del D. Lgs. 25 luglio 1998, n. 286, in *GU* n. 191 del 18 agosto 1998 (Suppl. ord. n. 139), e l'art. 416 c.p. (Associazione per delinquere).

[11] L. 189/2002, Modifica alla normativa in materia di immigrazione e di asilo, in *GU* n. 199 del 26 agosto 2002.

[12] V. art. 12, co. 7, D. Lgs. 286/1998.

favoreggiamento dell'immigrazione e l'obbligatorietà della confisca del mezzo di trasporto utilizzato per il contrabbando di migranti[13].

3. *La zona contigua e la sua istituzione mediante la Legge n. 189 del 2002*.- Analisi più approfondita richiede l'esame dei poteri di *enforcement* nella zona contigua, intesa come quell'area adiacente al limite esterno del mare territoriale ed estesa per un massimo di 24 miglia marine a partire dalle linee di base da cui si misura la larghezza delle acque territoriali[14]. Ai sensi della UNCLOS, nella zona contigua lo Stato costiero esercita il controllo necessario per prevenire la violazione delle proprie leggi di immigrazione, nonché di polizia doganale, fiscale e sanitaria, e per reprimere le violazioni delle medesime leggi qualora siano state commesse sul suo territorio o nel suo mare territoriale[15].

Come noto, l'Italia non ha formalmente proclamato l'esistenza di una zona contigua[16]. Tuttavia, la L. 189/2002 ha introdotto particolari strumenti di contrasto all'immigrazione irregolare via mare, stabilendo, in particolare, la possibilità per le autorità in servizio di polizia di fermare, oltre che nel mare territoriale, anche nella zona contigua, le navi di cui si ha fondato motivo di ritenere che siano adibite o coinvolte nel trasporto illecito di migranti, al fine di sottoporle a ispezione ed eventualmente sequestrarle, conducendole in un porto dello Stato italiano[17].

Parte della dottrina dubita che la L. 189/2002 abbia provveduto a istituire una zona contigua funzionalmente collegata alla materia

---

[13] V., rispettivamente, articoli 380 (Arresto obbligatorio in flagranza), 449 c.p.p. (Casi e modi del giudizio direttissimo) e 353 ss. c.p.p. (Oggetto e formalità del sequestro) e art. 240 c.p. (Confisca). Con riferimento al sequestro dei mezzi di trasporto utilizzati per favorire l'immigrazione clandestina, l'esigenza probatoria del sequestro è in *re ipsa*, non essendo necessario dimostrare la necessità del provvedimento disposto ai fini dell'accertamento dei fatti (Corte di Cassazione, SS.UU., sentenza n. 2 dell'11 febbraio 1994, in *Giur. It.*, 1995, II, 24 ss.). Sulla restituzione del bene sequestrato, v. Corte di Cassazione, I sez. pen., sentenza n. 3259 del 2 maggio 2000, in *Cass. pen.*, 2001, 1927 ss.

[14] Art. 33, par. 2, UNCLOS.

[15] Art. 33, par. 1, UNCLOS. In tema v. LEANZA, *Nuovi saggi sul diritto del mare*, Torino, 1998, 44 ss.

[16] In origine, la L. 25 settembre 1940, n. 1424, prevedeva una zona di vigilanza doganale di 12 miglia, comprendente il mare territoriale (all'epoca di 6 miglia) e la zona contigua. La successiva L. 12 agosto 1974, n. 359, ha esteso il mare territoriale a 12 miglia, così inglobando la zona contigua che ha conseguentemente perso ogni ragione di esistere, considerato che i poteri esercitabili nel mare territoriale sono assai più penetranti di quelli previsti nella zona contigua. Nonostante la presentazione di alcune proposte di legge finalizzate a rimediare al vuoto normativo, una specifica disposizione in materia non è stata mai adotta.

[17] Art. 12, co. 9-*bis*, Testo unico immigrazione, come modificato dalla L. 189/2002.

dell'immigrazione. Diverse le argomentazioni addotte. Si sostiene che, a differenza del mare territoriale e della piattaforma continentale, la zona contigua non avrebbe carattere automatico, dovendo invece dipendere da un espresso atto legislativo dello Stato costiero portato a conoscenza degli altri Stati mediante notifica. In altre parole, la UNCLOS riconoscerebbe in capo agli Stati semplici facoltà nell'ambito della zona contigua, per avvalersi delle quali essi devono procedere ad una proclamazione formale della zona, non essendo sufficiente a tal fine l'emanazione di un provvedimento interno, non opponibile a terzi Stati.

L'emanazione di un apposito strumento normativo sarebbe indispensabile anche al fine di determinare il limite esterno della zona. Ciò per una duplice ragione: da un canto, la UNCLOS indica le 24 miglia nautiche quale limite massimo della zona contigua, non escludendosi pertanto che lo Stato possa stabilire una zona di portata inferiore; dall'altro canto, in relazione a Stati adiacenti o frontisti, occorre individuare con chiarezza le rispettive aree di influenza[18]. In definitiva, non essendo stata adottata una legislazione attuativa, le disposizioni sull'immigrazione clandestina, di cui all'art. 12, co. 9-*bis*, costituirebbero una pura dichiarazione di intenti e il contrasto all'immigrazione illegale nella zona contigua resterebbe allo stato virtuale[19].

Tuttavia, gli argomenti addotti per negare l'esistenza di una zona contigua italiana non convincono perché troppo formalistici. Vero è, infatti, che, a differenza del mare territoriale e della piattaforma continentale, la zona contigua non ha carattere automatico e che la sua istituzione è facoltativa, dipendendo da un espresso atto di volontà dello Stato costiero; è però altrettanto indubbio che l'UNCLOS e il diritto consuetudinario non prevedono modalità di istituzione e

---

[18] Si pensi alle sovrapposizioni con la Tunisia (l'isola di Pantelleria dista meno di 48 miglia dalla costa tunisina), con la Croazia (nel mare Adriatico) e con la Francia (nel punto in cui la Corsica fronteggia le isole dell'arcipelago toscano).

[19] V. CAFFIO, *Glossario del diritto del mare*, suppl. *Riv. Mar.*, giugno 1993 (voce "zona contigua"); ID., *Vigilanza, prevenzione e contrasto all'immigrazione clandestina via mare: l'esperienza italiana*, in *Riv. Mar. Int.*, 2003, 45 ss.; SCOVAZZI, *La lotta all'immigrazione clandestina alla luce del diritto internazionale del mare*, in *Dir. imm. cit.*, 2003, 48 ss.; ID., *La tutela della vita umana in mare, con particolare riferimento agli immigrati clandestini diretti verso l'Italia*, in *RDI*, 2005, 109 ss.; RONZITTI, *Introduzione al diritto internazionale*, IV ed., Torino, 2013, 116. V. anche le opinioni espresse, il 29 settembre 2004, dinanzi al Comitato parlamentare di controllo sull'attuazione ed il funzionamento della Convenzione di applicazione dell'Accordo di Schengen e di vigilanza sull'attività dell'unità nazionale Europol, da SCOVAZZI, in *Indagini conoscitive e documentazioni legislative. Gestione comune delle frontiere e contrasto all'immigrazione clandestina in Europa*, Roma, 2005, 163 ss.

particolari forme di proclamazione o di pubblicità per la creazione della zona contigua[20]. Né appare indispensabile procedere ad una sua delimitazione. Trattandosi di una zona di mare in cui lo Stato non esercita una sovranità esclusiva ma soltanto qualificate competenze funzionali e alcuni diritti sovrani, collegati agli specifici interessi per i quali la suddetta zona è creata, la sua delimitazione non è considerata una *condicio sine qua non* rispetto alla sua istituzione, ben potendo coesistere in zone contigue eventualmente sovrapposte poteri di controllo e repressivi di Stati frontisti o contigui[21]. Non può quindi affermarsi che, in assenza di un'indicazione dei limiti esterni della zona contigua, lo Stato non possa esercitare in quest'area di mare i poteri previsti dalla UNCLOS. Nel caso in cui lo Stato non abbia provveduto a delimitare la zona contigua, essa si considererà estesa per un massimo di 24 miglia marine, in conformità all'art. 33 UNCLOS.

Le considerazioni che precedono trovano conferma nella Convenzione di Montego Bay e nei lavori preparatori della Terza Conferenza sul diritto del mare. Infatti, al contrario di quanto previsto dalla Convenzione di Ginevra sul mare territoriale e la zona contigua del 1958 (art. 24, par. 3), l'art. 33 UNCLOS non prevede la necessità di delimitare la zona contigua, né le modalità con cui tale delimitazione debba essere effettuata[22]. Quanto al limite delle 24 miglia marine, indicato dalla UNCLOS, esso risponde unicamente all'esi-

---

[20] VUKAS, *The LOS Convention and the Sea Boundary Delimitation*, in VUKAS (ed.), *Essays on the New Law of the Sea*, Zagreb, 1985, 147 ss.; GUTIERREZ CASTILLO, *La zone contiguë dans la Convention des Nations Unies sur le droit de la mer de 1982*, in *AD Mer*, 2002, 159 ss.

[21] Cfr. ANDREONE, *Immigrazione clandestina, zona contigua e Cassazione italiana: il mistero si infittisce*, in *DUDI*, 2011, 183 ss.

[22] V. NANDAN, ROSENNE (eds.), *United Nations Convention on the Law of the Sea 1982. A Commentary*, II, Dordrecht, 1993, 273-274: «There is no provision in the Convention for the delimitation of contiguous zones. Such a zone cannot, by definition, be extended into the territorial sea of another state. Since the nature of control to be exercised in the contiguous zone does not create any sovereignty over the zone or its resources, it is possible for two states to exercise control over the same area if their zones should overlap, for the purpose of prevention of or purpose of prevention of or punishment for infringement of their respective customs, fiscal, immigration or sanitary laws and regulations within their respective territories or territorial sea». Ancora: «article 298, paragraph 1(a)(i), uses the expression "sea boundary delimitations". That expression originated in Negotiating Group 7 (NG7), which was concerned only with the delimitation of the territorial sea, the exclusive economic zone and the continental shelf. There was no discussion in NG7 of delimitation of the contiguous zone, and although there was occasional mention of the matter, no texts were submitted to the Negotiating Group, and none of its reports refers to it. […] There is no specific requirement for notice to be given of the establishment of a contiguous zone for the purposes indicated in article 33».

genza di garantire certezza del diritto e dei rapporti giuridici, individuando un limite geografico in materia di poteri funzionali dello Stato costiero. Sotto questo profilo, anzi, e com'è stato da tempo sottolineato in dottrina, le previsioni della UNCLOS non sembrano precludere allo Stato la possibilità di estendere i propri poteri funzionali anche al di là delle 24 miglia nautiche[23].

Rilevante appare infine l'esame della prassi, straniera ed italiana, ove si consideri che pochissimi sono gli accordi di delimitazione di zone contigue e che dal 2002, anno della proclamazione della zona contigua, ad oggi, le autorità italiane, Guardia di Finanza in testa, hanno effettuato molteplici interventi di contrasto all'immigrazione illegale anche oltre il limite delle 12 miglia, in una zona operativa estesa fino alle 24 miglia nautiche.

In conclusione, per quanto con modalità poco ortodossa, la legge Bossi-Fini ha istituito una zona contigua limitatamente alla materia della prevenzione e del contrasto all'immigrazione clandestina via mare e, quindi, ad esclusione delle altre attività di controllo che possono essere esplicate dallo Stato in tale area. Resta il fatto che un intervento del legislatore in materia sarebbe oltremodo auspicabile. La formale istituzione con legge di una zona contigua italiana permetterebbe infatti di colmare la lacuna oggi esistente, che subordina l'esercizio di poteri di *enforcement* e di *jurisdiction* alla sola ipotesi della violazione delle leggi sull'immigrazione, estendendo detti poteri a fattispecie di reato in materia doganale, fiscale e sanitaria. Una simile legge andrebbe in tal modo ad affiancarsi al Codice dei beni culturali e del paesaggio che, all'art. 94, istituisce una zona archeologica, ove è assicurata tutela agli oggetti storici e archeologici rinvenuti nei fondali del mare in un'area estesa per 12 miglia marine a partire dal limite esterno del mare territoriale[24].

4. (Segue): *l'errato inquadramento giurisprudenziale circa la natura della zona contigua nel diritto internazionale*.- In materia di poteri di *enforcement* e di *jurisdiction* esercitabili dallo Stato italiano nella zona contigua molto ha fatto discutere la sentenza resa, nel maggio 2010, dalla Corte di Cassazione italiana nel caso *Imp. Kircaoglu Mehemet e Sanaga Mehemet*, con la quale la Suprema Corte ha affermato che non sussiste la giurisdizione italiana su scafisti intercettati

---

[23] V. CONFORTI, *Diritto internazionale*, Napoli, 2012, 268; LEANZA, *Le nouveau droit international de la mer Méditerranée*, Napoli, 1994, 280 ss.

[24] D. Lgs. 22 gennaio 2004, n. 42, in *GU* n. 45 del 24 febbraio 2004 (Suppl. ord. n. 28).

oltre il limite delle 12 miglia marine e provenienti da Stati che non hanno ratificato l'UNCLOS (nel caso di specie la Turchia)[25].

La pronuncia è stata abbondantemente commentata in dottrina, che non ha mancato di sottolineare l'inesatta ricostruzione giuridica degli istituti del diritto del mare operata dalla Corte[26]. Se si torna a parlarne è in ragione del fatto che essa potrebbe costituire un precedente negativo in tema di contrasto al traffico di clandestini; infatti, benché, di regola, le imbarcazioni cariche di migranti siano prive di nazionalità, non può escludersi che navi pubbliche italiane intercettino natanti battenti bandiera di Stati stranieri: si pensi alla Libia o alla Siria, che, al pari della Turchia, non sono parte della UNCLOS.

Nell'aprile 2007, in seguito ad una ricognizione aerea, la Guardia di Finanza ha fermato, a 23 miglia dalla costa calabrese, un gommone battente bandiera turca sul quale erano stati fatti trasbordare immigrati clandestini da una motonave anch'essa di nazionalità turca. Dopo un lungo inseguimento, le autorità italiane riuscivano a fermare la motonave a circa 50 miglia dalla costa. Entrambe le imbarcazioni venivano condotte sul territorio italiano e l'equipaggio veniva sottoposto a procedimento penale. Nel maggio 2010, la Corte di Cassazione ha annullato senza rinvio, per difetto di giurisdizione italiana, la sentenza della Corte di Appello di Reggio Calabria n. 1894, del 1° luglio 2009, nonché la sentenza del Tribunale di primo grado[27].

La Suprema Corte, accogliendo i motivi di impugnazione dei ricorrenti, ha negato l'esistenza della giurisdizione italiana, argomentando, in via principale, che il tentativo di reato di immigrazione clandestina si sarebbe consumato oltre il limite delle acque territoriali (12 miglia) e, quindi, in una zona di alto mare sottratta alla giurisdizione italiana. In particolare, non poteva applicarsi, secondo la Corte, l'istituto della zona contigua perché non opponibile alla Turchia, Stato di bandiera dell'imbarcazione e Stato di nazionalità dei ricorrenti, non contraente dell'UNCLOS; ciò perché l'attività di preparazione del reato si è svolta in una zona di mare che la Turchia non riconosce-

---

[25] Corte di Cassazione, I sez. pen., sentenza n. 32960 del 5 maggio 2010.

[26] Per i commenti critici si rinvia a ANDREONE, *Commento alla sentenza della Corte di Cassazione penale del 5 maggio 2010 n. 32960, sull'immigrazione clandestina nella zona contigua italiana*, in *Ital. YIL*, 2011, 470 ss.

[27] I ricorrenti, insieme a altri nove coimputati, erano stati condannati a otto anni di reclusione per aver procurato l'ingresso illegale di 63 cittadini extracomunitari.

rebbe come rientrante nella giurisdizione italiana[28]. Ancora, per la Corte non potevano trovare applicazione i principi del diritto di inseguimento e della presenza costruttiva, contemplati dall'art. 111, commi 1 e 4, UNCLOS; istituti che avrebbero potuto fornire una base giuridica per l'esercizio della giurisdizione italiana su una nave straniera soltanto ove gli Stati coinvolti nella condotta avessero legittimamente riconosciuto l'esistenza della zona contigua.

Ora, e come si è anticipato, la sentenza è ampiamente criticabile per la non corretta valutazione della natura della zona contigua effettuata dall'alta Corte. La Cassazione muove le premesse da un assunto errato: cioè che la disciplina della zona contigua sia unicamente contemplata da un trattato internazionale che è *res inter alios acta* rispetto agli Stati che non hanno provveduto alla sua ratifica. È invece unanimemente riconosciuto in dottrina ed ampiamente dimostrato dalla prassi degli Stati che l'istituto della zona contigua, risalente agli *Hovering Acts* britannici, ha natura consuetudinaria e che, sotto questo profilo, l'art. 33 UNCLOS altro non sia che una disposizione riproduttiva del diritto internazionale generale[29].

In sede di Terza Conferenza sul diritto del mare, la disciplina sulla zona contigua è stata adottata per consenso unanime e senza obiezioni, ottenendo anzi un generale riconoscimento anche da parte degli Stati che non hanno ratificato la Convenzione. In quell'occasione, la Turchia non ha contestato la valenza consuetudinaria della zona contigua, limitandosi ad affermare che «the rights of the coastal State in such a zone are limited and do not amount to sovereignty and thus cannot affect the rights of States over the high seas»[30].

In conclusione, una volta che il legislatore italiano ha istituito la zona contigua in materia di prevenzione e contrasto dell'immigrazione clandestina, l'istituto ha un'applicazione *erga omnes*, non potendo gli

---

[28] Sui motivi che hanno indotto la Turchia a non ratificare l'UNCLOS, v. CALIGURI, *Lo* status *del mar Egeo tra rivendicazioni nazionali e diritto internazionale*, in questa *Rivista*, 2001, 223 ss.

[29] V. LOWE, *The Development of the Concept of the Contiguous Zone*, in *BYIL*, 1981, 109; ROACH, SMITH, *United Nations Responses to Excessive Maritime Claims*, The Hague, 1996, 163 ss.; NANDAN, ROSENNE, *op. cit.*, 266 ss.. A favore della natura consuetudinaria della zona contigua rileva la prassi degli USA che, non avendo ratificato la UNCLOS, hanno istituito nel 1999 una zona contigua di 24 miglia riferendosi al diritto internazionale generale.

[30] UNCLOS, III, *Official Records*, XVII, A, 168. Le affermazioni che precedono sono tanto più importanti ove si rifletta sul fatto che, al termine dei lavori della Terza Conferenza, con dichiarazione del 24 febbraio 1983, la Turchia si è definita *persistent objector* rispetto alla formazione della norma consuetudinaria che fissa a 12 miglia il limite esterno del mare territoriale, con specifico riferimento alla delimitazione dei mari semichiusi (*ibidem*, 242).

altri Stati, indipendentemente dal fatto che essi siano o no parte della UNCLOS, sottrarsi al suo ambito di applicazione.

5. (Segue): *i poteri di polizia e giurisdizionali esercitabili nella zona contigua*.- Con riferimento alle competenze esercitabili nella zona contigua, è noto che specie in passato si è registrato un vivo dibattito sull'interpretazione dei poteri conferiti agli Stati dal diritto internazionale consuetudinario e dall'UNCLOS. Stando infatti ad un'interpretazione letterale di questa (art. 33), nella zona contigua lo Stato costiero non potrebbe applicare *direttamente* le proprie leggi e esercitare la propria giurisdizione, dovendosi limitare a prevenire e a reprimere gli illeciti commessi in altri luoghi, segnatamente il territorio o il mare territoriale.

Tuttavia, l'interpretazione restrittiva dei poteri esercitabili in questa fascia di mare è da lungo tempo abbandonata dalla dottrina e non trova riscontro nella prassi degli Stati costieri che, specie in tema di contrasto al traffico di stupefacenti e al contrabbando di migranti, hanno rivendicato ed esercitato ampi poteri repressivi senza peraltro incontrare l'opposizione di altri Stati[31].

Il diritto consuetudinario sembra quindi riconoscere agli Stati costieri l'esercizio della propria giurisdizione penale anche in relazione ad attività illecite poste in essere in questa zona di mare. Non sarebbe quindi necessario dimostrare che le violazioni siano state commesse in spazi sottoposti alla sovranità statale (territorio, acque interne e mare territoriale), essendo sufficiente che sussista il *rischio* che tali infrazioni possano essere commesse nei suddetti spazi; rischio che può dedursi dai fattori ed elementi più diversi, quali la rotta della nave e la natura del carico.

D'altra parte, a voler considerare diversamente, l'istituto della zona contigua perderebbe gran parte della sua ragion d'essere, divenendo null'altro che una duplicazione dell'istituto del diritto di inseguimento, che, come meglio si dirà più avanti, già consente allo Stato costiero di catturare una nave, anche oltre il limite delle 12 miglia marine, al fine di punire un illecito commesso sul territorio o nelle acque territoriali[32].

---

[31] V. CONFORTI, *Le Convenzioni di Ginevra sul diritto del mare*, in *Com. St.*, IX, 1958, 201 ss.; ODA, *The Concept of Contiguous Zone*, in *ICLQ*, 1962, 181 ss.; CHURCHILL, LOWE (eds.) *The Law of the Sea*, Manchester, 1999, 138.

[32] Per analoghe considerazioni v. ANDREONE, *Immigrazione clandestina*, cit., 187.

Più in particolare, i poteri esercitati dalle navi da guerra o in servizio governativo italiane sono stati specificati sia dal Decreto interministerale del 14 luglio 2003, che ha fornito una ripartizione razionale delle competenze delle diverse autorità preposte ai controlli in mare, sia dal Protocollo tecnico-operativo, sottoscritto da Marina militare, Guardia di Finanza, Polizia di Stato e Comando delle capitanerie di porto il 29 luglio 2004 e aggiornato il 14 settembre 2005, che ha definito le modalità per lo scambio di informazioni tra le amministrazioni interessate e fissato le procedure da seguire in caso di rilevazione e di intervento su natanti sospetti[33].

Obiettivo del Decreto è delimitare le sfere di competenza e di azione di Marina militare, Corpo delle capitanerie di porto-Guardia costiera e delle Forze di polizia nell'espletamento delle attività di vigilanza, prevenzione e contrasto dell'immigrazione clandestina via mare, al fine di evitare sovrapposizioni di compiti tra le diverse forze operanti in mare e di favorire il coordinamento dei diversi mezzi aeronavali e la cooperazione tra gli organi dello Stato.

Ispirandosi a criteri spaziali, il Decreto distingue tra contrasto del fenomeno nel mare territoriale e nella zona contigua, affidato alle unità navali in servizio di polizia (Polizia di Stato, Carabinieri e Guardia di Finanza[34]), e attività di contrasto in alto mare, rimesse alle navi della Marina militare[35]. Al Corpo delle capitanerie di porto-Guardia costiera spettano invece i compiti di assistenza, ricerca, soccorso e salvataggio in acque nazionali ed internazionali[36].

Il Decreto del 2003 individua nella Direzione centrale dell'immigrazione e della polizia delle frontiere del Ministero dell'Interno l'Autorità responsabile del raccordo e del coordinamento degli interventi operativi in mare[37]. L'organo centrale ha il compito di acquisire e analizzare tutte le informazioni attinenti al controllo, alla prevenzione

---

[33] Decreto recante Disposizioni in materia di contrasto all'immigrazione clandestina e il coordinamento delle forze di Polizia, della Guardia costiera e della Marina militare nel contrasto all'immigrazione clandestina via mare, in *GU* n. 220 del 22 settembre 2003.

[34] Art. 6, co. 2, Decreto. Il coordinamento delle attività navali connesse al contrasto dell'immigrazione clandestina e l'espletamento della conseguente attività di polizia giudiziaria sono affidati al Corpo della Guardia di Finanza.

[35] Art. 3 Decreto. Negli altri spazi marittimi, in casi di necessità e di urgenza o su richiesta della Direzione centrale, le unità della Marina militare concorrono alle attività tipiche delle Forze di polizia.

[36] Art. 2, co. 2, Decreto.

[37] La Direzione centrale dell'immigrazione e della polizia delle frontiere, istituita con L. 189/2002 (art. 35), è stata realizzata con Decreto dei Ministri dell'Interno e dell'Economia e delle Finanze del 29 dicembre 2003 (v., in particolare, articoli 1, co. 3, e 4).

e al contrasto dell'immigrazione clandestina via mare. Le notizie concernenti l'avvistamento di navi sospette da parte delle unità navali devono essere immediatamente comunicate alla Direzione centrale la quale, a sua volta, pianifica gli interventi da effettuare, tenendo conto anche degli eventuali accordi di riammissione o delle intese in vigore con lo Stato di provenienza o di transito dei migranti.

6. *Immigrazione clandestina e poteri di* enforcement *e di* jurisdiction *in alto mare: il silenzio dell'UNCLOS*.- La prospettiva di analisi muta radicalmente allorché ci si chieda se, in che limiti e a quali condizioni, si possa legittimamente interferire in alto mare sulla navigazione di navi private aventi diversa nazionalità. Si pongono al proposito due distinti problemi: quelli relativi ai poteri di *enforcement* eventualmente esercitabili dalle navi militari nell'eventualità del traffico di migranti, e quelli, assai più rilevanti e complessi, connessi all'esercizio di poteri autoritativi e giurisdizionali giustificati dalla violazione di norme interne sull'immigrazione clandestina.

In materia di esercizio della giurisdizione italiana, il nostro codice penale accoglie, come si è detto, all'art. 6, il principio di territorialità, secondo cui è punito secondo la legge italiana il reato posto in essere nel territorio dello Stato italiano, indipendentemente dalla cittadinanza del soggetto attivo. È il successivo art. 7 a disciplinare, invece, le fattispecie criminose commesse in territorio estero, cui l'alto mare è di fatto equiparabile. In tal caso, la giurisdizione italiana nei confronti di cittadini o stranieri può esercitarsi solo in ipotesi tassative, tra le quali rientra, per quello che qui interessa, la commissione di reati per i quali speciali disposizioni di legge o convenzioni internazionali stabiliscono l'applicabilità della legge penale italiana[38]. È dunque alla luce delle pertinenti norme dell'ordinamento relative all'esercizio della giurisdizione italiana che deve essere condotta l'analisi dei poteri di *enforcement* e di *jurisdiction* esercitabili dall'Italia in alto mare.

Il regime giuridico della libertà caratterizza, contraddistinguendolo, l'alto mare, comprensivo di tutte le aree marittime non incluse nella zona economica esclusiva, nel mare territoriale o nelle acque interne di uno Stato. L'alto mare è aperto a tutti gli Stati che vantano eguali diritti in ordine alla sua utilizzazione. Il diritto degli Stati si riassume nell'esercizio di alcune libertà, progressivamente affermatesi nel diritto consuetudinario e oggi codificate nell'UNCLOS: tra queste,

[38] Art. 7, n. 5, c.p. (Reati commessi all'estero).

la libertà di navigazione non è soltanto quella che si è affermata per prima, da quando quattro secoli fa Grozio l'ha rivendicata, ma anche la più importante[39].

In linea di principio, dunque, e fatte salve alcune tassative e specifiche eccezioni, nelle acque internazionali le navi, pubbliche e private, sono soggette alla giurisdizione esclusiva dello Stato della bandiera. In mancanza di un'autorità superiore che svolga poteri di polizia, il rispetto del diritto nelle acque internazionali è assicurato dagli Stati, ciascuno dei quali è chiamato a governare le navi che battono la propria bandiera. L'immatricolazione di un'imbarcazione diviene così il *mezzo tecnico* per garantire la giuridicità dell'alto mare, dato che la registrazione determina a carico della nave una serie di obblighi previsti dal diritto internazionale e fatti osservare dalle giurisdizioni statali[40].

Il traffico illegale di immigrati non è quindi perseguibile di per sé dalle navi pubbliche italiane, le quali potranno esercitare le funzioni di polizia dell'alto mare soltanto nel limitato caso in cui la nave sospettata di contrabbando di migranti batta bandiera nazionale. In tale ipotesi, ai fini dell'esercizio della giurisdizione italiana, rileva l'art. 4 c.p., ai sensi del quale agli effetti della legge penale le navi e gli aeromobili italiani sono considerati come "territorio dello Stato", ovunque si trovino, salvo che non siano soggetti, secondo il diritto internazionale, a una legge territoriale straniera[41].

Nei confronti di navi aventi diversa nazionalità, sospettate di trasportare immigrati clandestini, potranno invece esercitarsi attività preventive di ispezione e controllo e attività repressive nell'esclusiva ipotesi in cui il comandante dell'imbarcazione o lo Stato di bandiera accordino il preliminare diritto di visita e lo Stato di nazionalità consenta l'esercizio di ulteriori poteri coercitivi sulla nave e nei confronti dell'equipaggio coinvolto nel traffico di migranti. In assenza di un consenso espresso per i canali ufficiali, nessuno Stato può esercitare la propria autorità su unità private straniere, non potendo interferire con la libertà di navigazione di navi aventi diversa nazionalità. Ciò perché le violazioni delle normative sull'immigrazione clandestina costituiscono illeciti di rilevanza meramente interna agli ordinamenti degli Stati coinvolti nel traffico di migranti e,

---

[39] Art. 87 UNCLOS.
[40] Art. 92 UNCLOS.
[41] V. anche art. 4 cod. nav.

in quanto tali, non perseguibili al di fuori dell'ambito territoriale del singolo Stato.

L'UNCLOS, riflettendo sul punto lo stato del diritto internazionale consuetudinario, non contiene previsioni in tema di contrasto al contrabbando di migranti clandestini. Si sarebbe dunque tentati di dire che essa non serva allo scopo e vada necessariamente aggiornata. Tuttavia, affermare l'inadeguatezza della Convenzione del 1982 appare non soltanto parziale e riduttivo, ma anche insidioso.

Anzitutto, il silenzio della Convenzione in ordine al fenomeno dell'immigrazione clandestina, al pari di altre fattispecie criminose (si pensi al traffico di droga o al terrorismo in mare) non può né deve stupire. I trattati internazionali sono figli dell'epoca che li ha partoriti, riflettendo gli interessi contingenti e le esigenze del momento degli Stati negoziatori. Per lungo tempo, le migrazioni via mare hanno costituito un fenomeno sporadico che ha interessato soltanto alcune isolate regioni del mondo. Di conseguenza, la repressione del fenomeno non costituiva una priorità per gli Stati. I redattori della Convenzione hanno quindi curato con maggiore dettaglio non già le disposizioni normative concernenti i *poteri* esercitabili dagli Stati nell'alto mare quanto, piuttosto, le norme volte a *circoscrivere quei poteri* e a delimitare le competenze che gli Stati avrebbero potuto invocare.

Auspicare poi un emendamento della Convenzione ONU è ipotesi da valutare con estrema cautela. In primo luogo, occorre tener conto delle complesse procedure di emendamento previste da quel Trattato[42] e della necessità di impedire che i nuovi impegni pattizi siano ratificati da un numero esiguo di Stati; ipotesi questa che condurrebbe a una rischiosa divaricazione tra obblighi di natura convenzionale, cui sarebbero tenuti gli Stati che aderiscano alle modifiche della Convenzione, e obblighi di natura consuetudinaria, che continuerebbero a regolare i rapporti tra coloro che quelle modifiche non intendano accettare. In secondo luogo, e si viene al punto più importante, eventuali emendamenti alla Convenzione potrebbero mettere in discussione i principi che governano il diritto internazionale del mare, frutto di un antico dibattito tra *libertà* e *sovranità* sulle acque, tra *mare liberum* e *mare clausum*; e non è possibile sottacere che i tentativi, più o meno palesi, di risolvere i problemi posti dalle nuove minacce, instaurando un regime di controllo sui mari a discapito della sovranità statale, non sono meno pericolosi dei rischi connessi alla

[42] V. art. 312 ss. UNCLOS.

territorializzazione del mare e ai fenomeni di giurisdizione rampante effettuati a detrimento delle libertà in acque internazionali.

Piuttosto, e a ben guardare, l'UNCLOS offre molte più risposte al problema del contrasto all'immigrazione clandestina di quanto apparentemente le si voglia concedere. Da un canto, è nelle maglie di quella Convenzione che possono rintracciarsi elementi utili a giustificare in alto mare l'esercizio di poteri di polizia da parte delle unità militari o in servizio governativo su navi sospettate di traffico di migranti clandestini (*infra*, paragrafi 7 e 8). Dall'altro canto, quella Convenzione delinea una normativa *quadro* o *cornice* che trova specificazione in successive norme di dettaglio, per il tramite di accordi internazionali, multilaterali e bilaterali, diretti a regolare gli interessi comuni degli Stati parte (*infra*, paragrafi 9 e 10).

7. *Immigrazione clandestina via mare e poteri di* enforcement *in alto mare: le ipotesi della presenza costruttiva e del diritto di inseguimento a caldo*.- Poteri di *enforcement* in alto mare e conseguenti poteri giurisdizionali nei confronti di navi sospettate di traffico illecito di migranti clandestini sono anzitutto giustificati da due istituti previsti dall'UNCLOS (art. 111), volti ad assicurare la funzionalità dei poteri statali in acque internazionali: s'intende qui fare riferimento al diritto di inseguimento a caldo e all'istituto della presenza costruttiva.

Il diritto di inseguimento ha lo scopo di consentire alle competenti autorità dello Stato costiero che abbiano fondati motivi per ritenere che una nave straniera abbia violato le leggi e i regolamenti dello Stato stesso, di inseguirla, a certe condizioni, anche in alto mare.

Con riferimento al traffico di migranti clandestini, l'ipotesi è quella di una nave straniera, sia essa o meno priva di bandiera, che, entrata nella zona contigua, nel mare territoriale o nelle acque interne dello Stato italiano, si dia alla fuga in direzione dell'alto mare per sfuggire all'inseguimento delle navi in servizio governativo. In tale ipotesi, l'inseguimento della nave straniera può utilmente proseguire anche in acque internazionali, dal momento che la violazione delle leggi in materia di immigrazione ha determinato un contatto tra l'imbarcazione straniera e lo Stato costiero; contatto che, una volta prodottosi, non viene meno nel caso in cui la nave privata riesca a prendere la fuga in alto mare.

L'inseguimento è subordinato a talune condizioni: deve essere iniziato nelle acque sottoposte alla giurisdizione piena o funzionale dello Stato italiano; deve essere preceduto da un ordine di arresto con

un segnale visivo o sonoro, a distanza adeguata perché sia ricevuto dalla nave straniera; una volta iniziato, deve essere continuo e non interrotto; deve cessare non appena la nave inseguita entri nel mare territoriale del proprio Stato o di uno Stato terzo, potendo in questo caso l'inseguimento continuare solo previo consenso espresso da questo ultimo Stato.

L'istituto del diritto di inseguimento trova ampia conferma nella giurisprudenza italiana. Così, nel 2001, la Cassazione ha ritenuto sussistente la competenza dell'autorità giudiziaria italiana in ordine a delitti consumati esclusivamente in acque internazionali, allorché essi siano in rapporto di connessione con reati commessi nel mare territoriale per i quali sia stato esercitato il c.d. diritto di inseguimento. Nel caso di specie, si trattava di una fattispecie concernente naufragio e omicidio colposo plurimo verificatisi in acque internazionali come epilogo del reato di favoreggiamento dell'immigrazione clandestina scoperto, in prossimità delle coste italiane, dalla Guardia di finanza[43].

Con riferimento all'istituto della presenza costruttiva, esso postula un collegamento tra la nave straniera e lo Stato costiero. Il collegamento è però stabilito da elementi diversi da quello spaziale, giacché la nave straniera si trova in acque non sottoposte alla giurisdizione, piena o funzionale, dello Stato costiero. Più nello specifico, il collegamento tra nave straniera e Stato è rappresentato da imbarcazioni minori, funzionanti da spola con la nave madre che sosta in alto mare[44].

In relazione all'immigrazione clandestina possono darsi due distinte ipotesi. In un primo caso, che è quello che non solleva alcuna obiezione giuridica, ove le imbarcazioni minori, sulle quali sono stati caricati gli immigrati, abbiano fatto il loro ingresso nella zona contigua o nel mare territoriale o nelle acque interne dello Stato italiano, le unità militari o in servizio governativo potranno procedere non soltanto al fermo e alla cattura delle suddette imbarcazioni ma della stessa nave madre, sia essa o meno priva di bandiera, stazionante in acque internazionali. In tale ipotesi, infatti, l'esercizio di poteri coercitivi è giustificato dall'effettivo contatto (*genuine link*) tra lo Stato rivierasco e la nave madre che, pur sostando al di fuori delle acque territoriali, impiega proprie imbarcazioni per violare gli interessi dello Stato costiero (presenza costruttiva c.d. *intensiva*)[45].

---

[43] V. Corte di Cassazione, I sez. pen., sentenza n. 325 del 20 novembre 2001, in *Cass. pen.*, 2002, 3096.

[44] Corte di Cassazione, I sez. pen., sentenza n. 32960 del 5 maggio-8 settembre 2010.

[45] Art. 111, par. 4, UNCLOS.

Non appena il natante più piccolo sarà entrato nella zona contigua, potrà ritenersi sussistente la giurisdizione italiana e conseguentemente procedersi all'esercizio dei poteri coercitivi penali (pre-cautelari e reali d'urgenza) sul medesimo natante e sulla nave madre, con riferimento all'ipotesi di reato di partecipazione ad associazione per delinquere, ai sensi dell'art. 416, co. 6, c.p., laddove l'associazione sia finalizzata a procurare l'ingresso irregolare di stranieri nel territorio dello Stato, ossia a commettere i delitti di cui all'art. 12, co. 3 *bis*, del D. Lgs. 286/1998[46].

Sotto questo profilo, l'istituto ha trovato conferme applicative nell'ordinamento italiano con riferimento al traffico clandestino di migranti, oltre che in relazione ad altre tipologie di illeciti commessi in mare (si pensi al contrabbando di stupefacenti e di tabacchi esteri). Molteplici infatti sono state sia le attività di polizia realizzate dalle unità militari o in servizio governativo sia le pronunce degli organi giurisdizionali che hanno riconosciuto la presenza costruttiva quale base giuridica per legittimare l'azione di contrasto e l'intervento repressivo in acque internazionali nei confronti di navi straniere[47].

È lecito chiedersi poi, e si viene alla seconda ipotesi, se lo Stato costiero possa esercitare la propria autorità giurisdizionale nei confronti delle navi straniere, nella misura in cui, dopo aver proceduto al trasbordo dei migranti clandestini dalla nave madre all'imbarcazione minore, quest'ultima si trovi ancora, al pari della nave madre, in acque internazionali. Questa seconda ipotesi solleva, almeno all'apparenza qualche dubbio, specie alla luce di una giurisprudenza oscillante e non sempre lineare. Stando infatti ad alcuni indirizzi giurisprudenziali, l'inseguimento della nave madre stazionante in alto mare potrebbe aver inizio *solo dopo che* una delle imbarcazioni minori, preposte al trasposto dei migranti verso la costa, entri nelle acque territoriali. Ai fini del legittimo esercizio dei poteri coercitivi riconosciuti agli Stati sarebbe dunque imprescindibile che il collegamento tra nave straniera e Stato costiero fosse univocamente comprovato dall'accertata presen-

[46] Cfr. Corte di Cassazione: I sez. pen., sentenza n. 41098 del 15 luglio 2011; V sez. pen., sentenza n. 2838 del 9 dicembre 2002; III sez.pen., sentenza n. 43822 del 16 ottobre 2008.

[47] Per il primo esempio di applicazione degli istituti del diritto di inseguimento e della presenza costruttiva, in relazione al contrabbando di tabacchi lavorati esteri, v. la sentenza del Tribunale di Locri del 14 agosto 1996, caso della motonave *Sea Wave*, in *Dir. Mar.*, 1998, 703.

za, nelle acque nazionali, delle imbarcazioni minori, funzionanti da spola con la nave madre[48].

L'interpretazione, però, non convince, perché riduce eccessivamente la capacità di reazione dello Stato costiero, specie tenuto conto delle difficoltà operative cui andrebbero inevitabilmente incontro le navi pubbliche, costrette, per così dire, ad attendere l'ingresso nelle 24 miglia delle imbarcazioni minori, prima di procedere all'inseguimento in alto mare dei soggetti che hanno organizzato il contrabbando di migranti, i quali si avvantaggerebbero oltremodo del beneficio loro offerto da un'interpretazione rigorosamente spaziale dei poteri esercitabili dallo Stato costiero.

Piuttosto, nell'ipotesi considerata il *link* tra Stato costiero e navi in alto mare è solo a prima vista assente. Il necessario legame o contatto con lo Stato costiero può qui infatti essere determinato in modi diversi da quello esaminato in precedenza, essendo sufficiente al riguardo l'accertamento di uno o più dei seguenti elementi, quali la rotta seguita dall'imbarcazione minore sulla quale sono stati fatti salire gli immigrati, inequivocabilmente diretta verso la costa, la sussistenza di fondati elementi probatori, comprovati da attività di *intelligence* e di intercettazione, i segnali di soccorso inviati dall'imbarcazione minore in caso di avaria, ecc. Il trasbordo dei migranti dalla nave madre alle imbarcazioni minori non rappresenta altro che un tassello, essenziale e pianificato, di una catena più articolata e strutturata che, nella totalità dei casi, appare il frutto di un disegno volto a preservare il natante principale (nave madre) e i trafficanti, da attività di captazione investigativa ad opera delle Forze dell'ordine degli Stati rivieraschi. Ne deriva che se la nave minore, sulla quale sono stati imbarcati i clandestini, è inequivocabilmente diretta verso la costa, lo Stato costiero è autorizzato a prendere tutte le misure necessarie per impedire che tale attività illegale sia portata a compimento, al fine di prevenire la violazione delle proprie leggi (c.d. *clandestinità per destinazione*).

In questo caso, i poteri di *enforcement* e di *jurisdiction* possono dunque essere adottati in virtù dell'art. 111 UNCLOS, ossia di una convenzione internazionale che, ai sensi dell'art. 7 c.p., consente l'applicazione della giurisdizione italiana in alto mare.

---

[48] V. la citata ordinanza del GIP del Tribunale di Catania, emessa nel procedimento n. 8749/2013, e la giurisprudenza ivi citata.

8. *L'art. 110 della Convenzione ONU sul diritto del mare: l'esercizio del diritto di visita e di poteri di* enforcement *su navi prive di bandiera sospettate di traffico clandestino di migranti*.- Elemento cardine della libertà di navigazione in alto mare, il principio dell'esclusività dei poteri di polizia sulle navi battenti bandiera nazionale incontra rilevanti eccezioni nel caso in cui le navi private si rendano responsabili di fattispecie criminose di particolare serietà, tali da richiedere l'intervento di navi pubbliche appartenenti a Stati diversi da quello della bandiera.

L'art. 110 UNCLOS disciplina il diritto di visita in alto mare da parte di navi da guerra o in servizio governativo. È noto che l'intervento su navi straniere è dal diritto internazionale variamente modulato, secondo la gravità dell'attacco che i singoli fatti di reato portano agli interessi degli Stati, e che il diritto internazionale generale e la UNCLOS limitano i poteri di polizia in alto mare alle sole ipotesi della *pirateria*, della *tratta degli schiavi*, delle *trasmissioni non autorizzate*, delle *navi prive di nazionalità* e delle *navi che, pur battendo una bandiera straniera o rifiutando di adibire la propria, abbiano in effetti la stessa nazionalità della nave da guerra*. Benché l'articolo in questione non contempli espressamente la fattispecie dell'immigrazione clandestina, esso può essere funzionalmente invocato al fine di giustificare l'esercizio di poteri di polizia in alto mare.

In passato, si è cercato di ricondurre il favoreggiamento dell'immigrazione clandestina alla *tratta degli schiavi*. Ma la tesi non convince, trattandosi di fattispecie criminose ontologicamente distinte. La nozione di schiavitù postula, infatti, una condizione nella quale il soggetto passivo è privato della capacità giuridica e dello stato di libertà; condizioni, queste, che non è dato sempre riscontrare nel fenomeno del traffico di migranti, nel quale la situazione di inferiorità dei soggetti trasportati non elimina la volontà del migrante, che sceglie la via dell'immigrazione illegale per cercare migliori condizioni di vita, investendo un capitale proprio e acquistando un servizio di trasporto dalle organizzazioni criminali. D'altra parte, anche ove si volesse consentire all'assimilazione tra le due fattispecie, è appena il caso di sottolineare che l'art. 99 UNCLOS, relativo alla tratta degli schiavi, attribuisce agli Stati poteri di intervento molto limitati. Infatti, alle navi pubbliche di terzi Stati è consentito di sottoporre a fermo e a visita la nave straniera sospettata di essere coinvolta nel traffico di schiavi ma non si arriva ad ammettere la possibilità del sequestro della nave dedita alla tratta. Più in particolare, qualora la visita abbia esito

positivo, il diritto internazionale dispone che le persone trattenute sull'imbarcazione possano guadagnare la libertà, salendo a bordo dell'unità militare. La nave che pratica la tratta, invece, deve essere lasciata libera di continuare la propria navigazione, giacché soltanto lo Stato di bandiera potrà procedere al suo sequestro e alla cattura dell'equipaggio.

Presenta invece evidenti connessioni con il fenomeno dell'immigrazione clandestina via mare la fattispecie della *nave priva di nazionalità*, considerato che, nella maggior parte dei casi, i barconi carichi di migranti clandestini sono privi di bandiera. Sono poi assimilate alle navi prive di nazionalità quelle che navighino sotto la bandiera di uno o più Stati, usandole come bandiere di convenienza (*flag of convenience*)[49].

In questo caso, la condanna del diritto internazionale discende dal fatto che dette imbarcazioni, essendo sfornite di un riconoscimento giuridico, non sono assoggettabili ad alcun meccanismo di sorveglianza e, perciò stesso, attentano all'ordinato svolgimento della navigazione. In quanto sprovvista di nazionalità, la nave non beneficia della protezione di alcuno Stato e deve quindi sottostare in alto mare al potere di controllo di tutti gli Stati della Comunità internazionale, compresi quelli costieri.

Chiarito che il diritto consuetudinario e la UNCLOS giustificano il diritto di visita in alto mare su navi prive di nazionalità, occorre nondimeno operare due precisazioni: da un lato, si tratta di chiarire il contenuto e la portata di questo diritto, con riferimento sia ai presupposti che ne consentono l'esecuzione sia alle modalità attraverso le quali esso deve esplicarsi; dall'altro lato, e si viene alla questione più complessa, si tratta di verificare se, e in quali ipotesi, le unità militari o in servizio governativo possano adottare, a seguito della visita, ulteriori provvedimenti coercitivi ai fini dell'applicazione di misure di *jurisdiction* nei confronti della nave priva di nazionalità e del suo equipaggio.

In merito al primo punto, parte della dottrina e operatori del settore hanno a più riprese evidenziato che l'UNCLOS circoscrive eccessivamente la portata del diritto di visita, rendendo di fatto complesso il suo esercizio. Ancora una volta, le critiche appaiono eccessive. In un'ottica generale, i limiti che circondano il diritto di visita sono

[49] Preliminare al diritto di visita è poi la procedura dell'inchiesta di bandiera, in base alla quale imbarcazioni private, intercettate in alto mare da navi pubbliche straniere, devono dichiarare la propria nazionalità.

giustificati dal fatto che il suo esercizio potrebbe condurre ad un generalizzato e indiscriminato potere d'intervento delle navi pubbliche su imbarcazioni straniere, con inevitabile pregiudizio della libertà di navigazione riconosciuta in alto mare dal diritto consuetudinario. In un'ottica specifica, poi, ossia con riferimento al fenomeno dell'immigrazione clandestina, la formulazione dell'articolo 110 della Convenzione ONU è sufficientemente ampia da consentire un esercizio effettivo del diritto di visita su imbarcazioni che trasportano migranti clandestini. Ciò perché il potere di visita è esplicabile nella misura in cui si abbia un *fondato* sospetto che la nave straniera sia dedita ad attività vietate. Ora, il requisito del sospetto fondato non pone problemi con riferimento all'immigrazione clandestina via mare, poiché la sola vista di un barcone carico di immigrati solleva e fa nutrire il legittimo e giustificato dubbio che la nave sia priva di nazionalità[50].

La Convenzione di Montego Bay precisa che se la nave pubblica procede alla visita senza che sussistano ragionevoli motivi a sua giustificazione e ove a seguito della visita i sospetti si dimostrino infondati, lo Stato di nazionalità della nave pubblica è tenuto a risarcire ogni danno o perdita economica subita dalla nave a causa e in occasione della visita (ossia per il ritardo dovuto all'interruzione della navigazione). La previsione di un obbligo di indennizzo, giustificata al fine di scongiurare gli eccessi che un incontrollato diritto di visita su navi private straniere avrebbe potuto comportare, è nondimeno ipotesi di non facile verificazione, poiché il risarcimento del danno è subordinato ad alcune tassative condizioni che investono l'*an* e il *quantum* dell'indennizzo: anzitutto la nave fermata non deve aver tenuto comportamenti tali da ingenerare, giustificandoli, i sospetti alla base della decisione della nave pubblica di procedere alla visita; inoltre, deve trattarsi di danni o di perdite effettivamente sofferti a causa della visita, poiché non è detto che il semplice arresto della nave produca conseguenze pregiudizievoli.

Come si è anticipato, delicati problemi solleva, a fronte di una prassi non uniforme, il secondo punto oggetto di analisi, relativo alla

---

[50] La visita deve rispettare talune condizioni e formalità. Segnatamente, la nave pubblica deve intimare all'unità privata di fermarsi con mezzi radio, ottici o sonori, facendo ricorso, in caso d'inottemperanza, a un colpo di avvertimento (*warning shot*). Quindi, potrà inviarsi sulla nave sospetta un proprio ufficiale per il controllo delle carte e dei documenti di bordo. Infine, nel caso in cui i sospetti dovessero permanere a seguito dell'esame dei documenti, si potrà procedere all'ispezione della nave e ad altri accertamenti a bordo, mirati a risolvere i dubbi ancora esistenti relativi alla natura del carico, all'identità dei passeggeri, alla provenienza e alla destinazione della nave. V. art. 110, par. 2, UNCLOS.

possibile adozione, a seguito della visita, di poteri di *enforcement* e di ulteriori misure di *jurisdiction* nei confronti della nave priva di nazionalità e del suo equipaggio.

Ai sensi delle pertinenti disposizioni statali, la giurisdizione italiana potrebbe esercitarsi soltanto nel caso in cui convenzioni internazionali, e per quel che qui rileva l'UNCLOS, stabiliscano l'applicabilità della legge italiana. È però noto che soltanto nell'ipotesi della pirateria la Convenzione del 1982 contempla espressamente, in aggiunta al diritto di visita (art. 110), la possibilità per tutti gli Stati di procedere al sequestro della nave, all'arresto delle persone a bordo ed alla requisizione dei beni (art. 105)[51]. Sembrerebbe dunque doversi concludere che, nel caso di nave priva di nazionalità, l'esercizio del diritto di visita sia finalizzato esclusivamente ad accertare una serie di elementi (proprietà della nave, tipo e natura del carico, identità dei passeggeri e dell'equipaggio, destinazione, ecc.), la cui conoscenza sia necessaria per *stabilire* o *escludere* l'esistenza di specifici legami con lo Stato la cui nave pubblica ha esercitato la visita e, in particolare, al fine di verificare se la nave fermata e visitata, benché all'apparenza priva di nazionalità, sia iscritta nei registri dello Stato italiano. Soltanto in questa limitata ipotesi, l'art. 110 UNCLOS autorizzerebbe la nave militare a scortare in porto la nave privata.

Le affermazioni che precedono appaiono però troppo perentorie. Se è vero, infatti, che nell'alto mare l'ordine e il rispetto del diritto internazionale sono garantiti dagli Stati della Comunità internazionale, ciascuno dei quali è chiamato a esercitare la giurisdizione sulle navi battenti la propria bandiera, è altrettanto indubitabile che le navi prive di nazionalità sono sottratte al controllo di qualsiasi autorità e, dunque, per definizione, libere di portare attentato agli interessi degli Stati. Sarebbe dunque paradossale circoscrivere il potere delle unità militari al mero esercizio della visita, dovendosi invece riconoscere alle autorità statali più incisivi poteri di *enforcement*. La visita è infatti volta ad accertare l'esistenza di un *genuine link* tra la nave privata e lo Stato in questione; *link* o collegamento rappresentato non soltanto dall'iscrizione della nave nei registri dello Stato ma, per quel che qui interessa, dall'intenzione dell'imbarcazione, confermata dalla direzione da essa seguita, di trasportare e di fare entrare clandestinamente individui nel territorio dello Stato. Ne deriva che, ove, a seguito della visita, l'unità militare accerti la violazione di precise leggi e regolamenti interni

[51] Per l'ordinamento italiano, v. articoli 1135-1136 e 1235 cod. nav.

dello Stato di cui la nave pubblica batte la bandiera, essa potrebbe dirottare l'imbarcazione privata in un porto dello Stato, al fine di compiere ulteriori ispezioni sull'equipaggio e i passeggeri e, eventualmente, di adottare le misure necessarie per reprimere gli illeciti commessi[52].

Tenuto però conto di indirizzi giurisprudenziali non sempre concordi nel riconoscere, in casi simili a quello delineato, l'esercizio della giurisdizione italiana, ai sensi dell'art. 7 c.p., occorre individuare con maggiore precisione le ipotesi in cui il diritto di visita possa costituire la premessa per l'esercizio di più stringenti poteri di *enforcement* e di *jurisdiction* nei confronti della nave e dell'equipaggio dedito al traffico di migranti clandestini.

Devono al proposito delinearsi due casi. In primo luogo, vengono in rilievo i casi in cui l'intervento in alto mare e il conseguente diritto di visita su una nave priva di nazionalità appare giustificato dall'esigenza di garantire la tutela degli individui a bordo di imbarcazioni che viaggiano, come noto, in condizioni non sicure e tali da esporre i passeggeri a continui pericoli. Come meglio si dirà nel prosieguo della trattazione, l'obbligo di salvaguardia della vita umana in mare è sancito dalla UNCLOS e dal diritto consuetudinario. Ora, l'unità militare, che in alto mare avvisti un'imbarcazione carica di migranti clandestini, potrà anzitutto procedere al diritto di visita della nave sprovvista di nazionalità e quindi dirottarla nel porto dello Stato al fine di prevenire incidenti della navigazione. Il radicamento della giurisdizione italiana in merito alla fattispecie dell'immigrazione clandestina potrebbe qui giustificarsi in due modi: se i migranti sono stati fatti salire a bordo della nave militare, da quel preciso momento essi sono sottoposti all'autorità giurisdizionale dello Stato italiano; se, invece, la nave militare si limita a scortare l'imbarcazione privata, la giurisdizione italiana si radicherà nel momento in cui la nave carica di migranti farà il suo ingresso nella zona contigua italiana. Sotto questo profilo, le *Istruzioni di diritto marittimo per i comandi navali*, pubblicate dallo Stato maggiore della Marina, precisano, all'art. 22, che la nave militare «possa scortare, anche tenendo conto dell'obbligo di tutela della vita umana in mare, l'imbarcazione senza bandiera trasportante clandestini sino al limite delle acque territoriali italiane per

[52] Secondo la dottrina e la giurisprudenza dei Paesi anglosassoni un potere di visita e di cattura di navi straniere sarebbe consentito in forza del principio della *self defence* o della *self protection*, ossia al fine di tutelare interessi essenziali per lo Stato che effettua la cattura. Cfr. LEANZA, *Nuovi saggi*, cit., 440 ss.

poi passarla in consegna al naviglio dei Corpi di polizia, a meno che non siano presenti nella zona navi militari aventi la stessa nazionalità dei clandestini trasportati o del personale adibito alla condotta del mezzo, nel qual caso ne agevolerà l'intervento»[53].

In secondo luogo, vengono in rilievo i casi in cui specifici accordi internazionali giustificano nei confronti di navi prive di nazionalità, oltre che il diritto di visita, l'esercizio di precisi poteri giurisdizionali. È questo il caso del Protocollo di Palermo contro il traffico illegale di migranti via mare.

9. *L'art. 110 UNCLOS e il rinvio da esso operato agli accordi multilaterali: il Protocollo di Palermo contro il traffico illegale di migranti via mare*.- L'art. 110 UNCLOS ammette un potere di ingerenza da parte degli Stati su navi straniere in acque internazionali qualora tali poteri siano previsti da trattati, multilaterali o bilaterali[54]. Alla fine degli anni Novanta, gli Stati hanno preso coscienza del fatto che il contrasto al fenomeno del traffico di migranti, gestito da vere e proprie organizzazioni criminali transnazionali agenti con logiche imprenditoriali, non poteva essere rimesso soltanto alle norme della UNCLOS o alle disposizioni contenute nelle Circolari IMO in materia, per i limiti derivanti dalle finalità perseguite dall'IMO, rivolte a garantire la sicurezza della navigazione e solo indirettamente capaci di intervenire sul trasporto di migranti[55].

Al fine di ovviare alle lacune normative sopra ricordate, è quindi intervenuto il Protocollo contro il traffico illegale di migranti per terra, mare e aria, allegato alla Convenzione ONU contro la criminalità organizzata transnazionale del 2000[56]. Il Protocollo, frutto di un'iniziativa congiunta italo-austriaca, è stato firmato a Palermo il 15 dicembre 2000 ed è entrato in vigore il 28 gennaio 2004[57].

---

[53] Stato maggiore della Marina, *Istruzioni di diritto marittimo per i comandi navali*, Roma, 1998.

[54] Art. 110, par. 1, UNCLOS.

[55] V. Circolare IMO del 16 dicembre 1998, recante misure provvisorie per la lotta alle pratiche pericolose associate al traffico o al trasporto di migranti via mare, aggiornata, senza sostanziali modifiche, il 12 giugno 2001.

[56] La Convenzione contro la criminalità organizzata transnazionale, entrata in vigore il 29 settembre del 2003, si compone di tre Protocolli addizionali: Il Protocollo per prevenire, reprimere e punire la tratta di persone, in particolare donne e bambini; il Protocollo per combattere il traffico di migranti via terra, mare e aria; il Protocollo relativo alla produzione illegale e al traffico di armi da fuoco, delle loro parti e componenti e delle loro munizioni.

[57] V. L. 16 marzo 2006, n. 146, Ratifica ed esecuzione della Convenzione e dei Protocolli delle Nazioni Unite contro il crimine organizzato transnazionale, adottati dall'Assemblea ge-

Finalità espressa del Protocollo è di prevenire e reprimere il traffico di migranti e di favorire a tale scopo la cooperazione tra gli Stati membri[58]. Ai sensi del suo art. 3 per *traffico di migranti* s'intende «il procurare, al fine di ricavare, direttamente o indirettamente, un vantaggio finanziario o materiale, l'ingresso illegale di una persona in uno Stato Parte della Convenzione di cui la persona non è cittadina o residente permanente». Il Protocollo impiega l'espressione *smuggling of migrants*, linguisticamente più corretta di quella di *trafficking*. Lo *smuggling* presuppone un atto di partecipazione del migrante che si rivolge intenzionalmente alle organizzazioni criminali le quali, per ottenere un profitto, diretto o indiretto, favoriscono e procurano l'ingresso illegale degli stranieri in uno Stato nel quale essi non hanno titolo per risiedervi temporaneamente o permanentemente. Invece, l'espressione *trafficking*, in cui le vittime sono l'oggetto di un'attività da esse interamente subita, non potendosi rintracciare alcun concorso della loro volontà all'esecuzione del viaggio clandestino, è stata riservata alla tratta di esseri umani, in particolare donne e bambini, per combattere la quale è stato elaborato un apposito Protocollo, allegato alla medesima Convenzione di Palermo[59].

Benché fattispecie differenti, è poi ovvio che la differenza tra le fattispecie criminose del *trafficking* e dello *smuggling* non è sempre marcata, non potendosi sottovalutare l'ipotesi che il contrabbando di migranti clandestini coincida o presenti comunque strette connessioni con la tratta di esseri umani. Ciò ove si consideri che, in molti casi, gli immigrati clandestini non dispongono delle somme richieste dai trafficanti per l'ingresso in uno Stato, finendo così per venire costretti in un situazione di sfruttamento riconducibile alla tratta.

---

nerale il 15 novembre 2000 e il 31 maggio 2001, in *GU* n. 85 dell'11 aprile 2006 (Suppl. ord. n. 91). Sul II Protocollo addizionale v. GALLAGHER, *Human Rights and the New UN Protocols on Trafficking and Migrant Smuggling. A Preliminary Analysis*, in *HRQ*, 2001, 975 ss.; CARACCIOLO, *Dalla tratta di schiavi alla tratta di migranti clandestini. Eguaglianze e diversità nella prevenzione e repressione internazionale del traffico di esseri umani*, in LEANZA (a cura di), *Le migrazioni. Una sfida per il diritto internazionale, comunitario e interno*, Napoli, 2005, 153 ss; SICO, *Contrasto internazionale all'immigrazione clandestina*, in LEANZA (a cura di), *Le migrazioni*, cit., 133 ss.; CARTA, *Misure di contrasto al traffico di migranti via mare*, in PALMISANO (a cura di), *Il contrasto al traffico di migranti nel diritto internazionale, comunitario e interno*, Milano, 2008, 81 ss., 100 ss.

[58] Art. 2 II Protocollo. Le disposizioni del Protocollo integrano la Convenzione e devono essere interpretate unitamente ad essa. La perseguibilità del contrabbando di migranti presuppone, *ex* art. 4, il coinvolgimento di un gruppo criminale organizzato e la natura transnazionale del reato. Per i concetti di "gruppo criminale organizzato" e di "transnazionalità" v., rispettivamente, gli articoli 2 e 3, co. 2, della Convenzione.

[59] V. art. 3 I Protocollo.

La strategia di contrasto al fenomeno del traffico di migranti – ma medesime considerazioni possono operarsi con riguardo al fenomeno del *trafficking* – si basa su un «approccio di tipo integrato»; un approccio, cioè, in cui gli obiettivi della prevenzione e della repressione sono perseguiti unitamente alla protezione delle persone che sono oggetto di traffico o di tratta[60]. Si giustifica in tal senso il principio, contenuto nel Protocollo, di non punibilità del migrante oggetto delle condotte criminose, che, pur concorrendo volontariamente alla realizzazione della migrazione clandestina, non è quindi penalmente perseguibile ed è anzi considerato quale soggetto passivo dei reati delineati dal Protocollo[61].

Il Protocollo è volto a colpire chiunque, intenzionalmente ed al fine di trarre un vantaggio finanziario o comunque materiale, direttamente o indirettamente, operi per realizzare un traffico illecito di migranti ed anche chi, nel ricordato intento, fabbrichi, procuri, fornisca o possieda documenti di viaggio o di identità falsificati[62]. Con riferimento alle attività di contrasto e di repressione del fenomeno di contrabbando di migranti via mare, il Protocollo prevede una dettagliata esposizione delle regole di comportamento da tenere in presenza di navi sospette, contemperandole al rispetto delle persone a bordo e alle norme di diritto internazionale del mare.

Nello specifico, le misure in concreto esperibili variano in funzione dei rapporti intercorrenti tra lo Stato che invoca l'esercizio di poteri di polizia e la posizione giuridica della nave oggetto dell'attività di *enforcement* (art. 8). Così, nel caso in cui uno Stato parte abbia ragionevoli motivi di sospettare che una nave battente la propria bandiera, senza bandiera o con falsa bandiera straniera (ma in realtà di propria nazionalità) sia dedita al traffico illegale di migranti può richiedere l'assistenza di altri Stati per impedire l'attività illecita o per porre fine al comportamento illecito[63]. Ove invece si nutrano sospetti nei confronti di una nave straniera, le misure di abbordaggio, di visita, d'ispezione e gli ulteriori provvedimenti devono essere espressamente

---

[60] Preambolo II Protocollo.

[61] Art. 5 II Protocollo. Cfr. UNGA, Ad Hoc Committee on the Elaboration of a Convention against Transnational Organized Crime, Eight Session, *Note by the Office of the United Nations High Commissioner for Human Rights, United Nations Children's Fund and International Organization for Migration on the Draft Protocols concerning Migrant Smuggling and Trafficking in Persons*, Vienna, 21 February-3 March 2000, UN Doc. A/AC.254/27.

[62] Art. 6 II Protocollo

[63] Art. 8, par. 1, II Protocollo.

autorizzati dallo Stato di nazionalità dell'imbarcazione e con questo concordati[64]. Sul punto, non si è mancato di osservare che il Protocollo di Palermo conferma il tradizionale schema in base al quale la giurisdizione in alto mare a bordo di navi straniere può essere esercitata soltanto con il consenso dello Stato di bandiera.

All'art. 8, par. 7, il Protocollo disciplina la condotta di uno Stato parte che ha ragionevoli motivi di sospettare che una nave è coinvolta nel traffico di migranti via mare quando questa è senza nazionalità o può essere assimilata ad una nave senza nazionalità. È questa, come si è detto in precedenza, l'eventualità che si verifica con maggiore frequenza nel caso di traffici illegali via mare, essendo spesso le carrette del mare stipate di migranti prive di qualunque elemento identificativo della loro nazionalità. In tale ipotesi, lo Stato che nutre legittimi sospetti può fermare e ispezionare la nave e, se il sospetto è confermato da prove, può adottare le «misure opportune» e necessarie, in conformità al proprio diritto interno e al diritto internazionale.

Il riferimento alle «navi coinvolte nel traffico di migranti via mare» deve essere interpretato in senso ampio e contempla i casi in cui la nave madre ha già trasferito i migranti su più piccoli battelli diretti verso la costa o ha prelevato i migranti in mare in vista del loro successivo trasferimento[65].

L'espressione «misure opportune» impiegata dal Protocollo, per quanto criticata in dottrina e giurisprudenza perché ritenuta imprecisa, generica ed aleatoria, è invece, a parere di chi scrive, particolarmente opportuna[66]. Il contenuto aperto del Protocollo non è infatti sinonimo di vaghezza o di superficialità e non nuoce alla sua efficacia, operando esso un espresso rinvio al complesso della normativa statale (norme sostanziali e procedurali), applicata dallo Stato all'interno del territorio in ordine alla fattispecie del traffico di migranti.

Infine, della locuzione «conformemente al relativo diritto interno», utilizzata dal Protocollo, possono darsi due distinte interpretazioni. Secondo una prima lettura, invero troppo lata, il Protocollo abiliterebbe lo Stato ad adottare in alto mare gli stessi poteri che la normativa interna riconosce alle autorità pubbliche in zone di mare sottoposte alla sua giurisdizione, potendo trattare la fattispecie del traffico

---

[64] È inoltre fatto obbligo allo Stato di appartenenza o di residenza dei migranti di accettare il loro rimpatrio (art. 18).

[65] V. UNODC, *Issue Paper – Smuggling of Migrants by Sea*, 2011, www.unodc.org.

[66] V. la citata ordinanza del GIP del Tribunale di Catania nel procedimento penale n. 8749/2013. In dottrina, v. SCOVAZZI, *La lotta all'immigrazione*, cit., 53.

di migranti in alto mare *come se* il fatto di reato fosse stato commesso all'interno delle sue acque territoriali. Secondo una diversa lettura, che appare certamente più rigorosa, con tale espressione il Protocollo avrebbe inteso rimettere allo Stato la precisa individuazione delle misure in concreto applicabili nel caso di specie, in occasione dell'adattamento dell'ordinamento interno alle disposizioni del Protocollo. Sotto questo profilo, assume specifico rilievo l'art. 12, co. 9 *quater*, del Testo unico immigrazione, come modificato dalla legge Bossi-Fini, secondo cui i poteri previsti nel mare territoriale e nella zona contigua possono essere esercitati al di fuori delle acque territoriali, oltre che da parte delle navi della Marina militare, anche da parte delle navi in servizio di polizia, «nei limiti consentiti dalla legge, dal diritto internazionale o da accordi bilaterali o multilaterali, se la nave batte la bandiera nazionale o anche quella di altro Stato, ovvero si tratti di una nave senza bandiera o con bandiera di convenienza». Per quel che qui interessa, il richiamo al diritto interno contribuisce a identificare le misure appropriate da adottare, dovendosi dunque ritenere pienamente legittimi, sino a diversa valutazione degli organi di giurisdizione, i poteri di coercizione esercitati dallo Stato, tra i quali il sequestro del natante, con relativa conduzione coatta nel porto dello Stato, e l'arresto dell'equipaggio, una volta approdato nel territorio dello Stato. Sotto questo profilo, infatti, l'art. 8, par. 7, del Protocollo costituisce la norma contenuta in una convenzione internazionale che, ai sensi dell'art. 7 c.p., consente l'esercizio della giurisdizione italiana su fattispecie criminose commesse al di fuori del territorio dello Stato.

In conclusione, benché nel complesso il Protocollo sui migranti annesso alla Convenzione di Palermo non sembri contenere novità sostanziali rispetto al regime previsto dalla UNCLOS in precedenza esaminato, ad una più attenta analisi esso segna un'ulteriore decisiva evoluzione rispetto alle soluzioni offerte dalla Convenzione di Montego Bay, giacché le sue norme non hanno soltanto un contenuto meramente dichiarativo del diritto consuetudinario ma, per certi versi e sotto alcuni specifici profili, sono di sviluppo progressivo, specificando in modo compiuto e dettagliato le regole della UNCLOS.

In primo luogo, il Protocollo – primo strumento internazionale rivolto specificamente al contrasto del traffico illegale di migranti – amplia l'attività di repressione, perché contempla un'anticipazione delle condotte penalisticamente rilevanti, tramite la previsione della

punibilità del *tentativo* di organizzazione del contrabbando di migranti[67].

In secondo luogo, a differenza dell'UNCLOS, che subordina il diritto di visita (art. 110) all'esistenza di *fondati sospetti*, il Protocollo condiziona le misure di polizia contro il traffico di migranti alla presenza di più generali *ragionevoli motivi di sospetto* (*reasonable grounds for suspecting*) che una nave sia coinvolta in tali traffici; ciò che conferisce alle autorità di polizia un margine di manovra più ampio di quello offerto in precedenza dalla Convenzione di Montego Bay. Né è di poco momento sottolineare oltre che l'impiego di termini più incisivi rispetto a quelli contenuti nell'arti. 110 UNCLOS, laddove, ad esplicitazione del diritto di visita, si dice che lo Stato «può fermare ed ispezionare la nave», soprattutto la circostanza che il Protocollo va oltre il mero riconoscimento di un diritto di visita e controllo sulle navi sospettate, disponendo che, ove i sospetti siano suffragati da prove o da gravi, concreti e obiettivi indizi, lo Stato *prende* – alla stregua di un obbligo e non di una mera facoltà – le misure opportune secondo il diritto interno e internazionale, adottando provvedimenti repressivi sulle navi visitate.

Infine, il Protocollo rafforza il principio della cooperazione tra Stati nel contrasto all'immigrazione clandestina, dettando precise e dettagliate regole di comportamento volte a rendere più efficace l'azione degli Stati[68].

10. *L'art. 110 UNCLOS e il rinvio da esso operato agli accordi bilaterali: gli accordi di riammissione*.- Il richiamo operato dall'art. 110 UNCLOS ai trattati internazionali volti a disciplinare il diritto di visita in acque internazionali, impone poi un esame dettagliato della disciplina contenuta negli accordi, bilaterali o regionali, relativi alla collaborazione tra Stati nella prevenzione e nella repressione del fenomeno dell'immigrazione clandestina via mare. Lo stesso articolo 17 del Protocollo di Palermo, in precedenza esaminato, prevede che gli Stati parti prendano in considerazione la conclusione di accordi bilaterali o regionali, di accordi operativi e intese tecniche al fine sia di istituire le misure più adeguate ed efficaci per prevenire e combattere le condotte incriminate dal Protocollo sia di rafforzare e rendere più stringenti le disposizioni contenute nello strumento pattizio.

---

[67] Art. 6, par. 2, lett. *a*), II Protocollo.
[68] V. articoli 10-15 II Protocollo.

In particolare, s'inserisce nel quadro delle misure di contrasto all'immigrazione illegale il tema degli accordi di riammissione, degli accordi cioè in forza dei quali ciascuna Parte contraente s'impegna a riammettere sul proprio territorio, dietro richiesta dell'altra Parte contraente, determinate categorie di individui, che non soddisfano le condizioni di ingresso o non soddisfano più le condizioni di soggiorno applicabili nel territorio della Parte richiedente[69].

Sotto questo profilo, gli accordi di riammissione sono una componente fondamentale dell'ampio e variegato *genus* delle politiche di allontanamento o di rimpatrio degli stranieri illegali o irregolari. I provvedimenti di allontanamento, infatti, a patto di una rigorosa ed effettiva attuazione, si rivelano strumenti indispensabili che rafforzano le politiche di ammissione regolare o su base umanitaria degli stranieri ed esplicano benefici effetti dimostrativi nei confronti di potenziali migranti clandestini. Tuttavia, le modalità di esecuzione delle misure di allontanamento vanno incontro a una serie di difficoltà pratiche, l'efficacia di tali politiche dipendendo, in ultima analisi, da una proficua e attiva cooperazione con gli Stati di origine e di transito dei soggetti da rimpatriare. Gli ostacoli in cui incorrono i provvedimenti di espulsione e di respingimento nelle loro concrete modalità operative, avvalorano la decisiva importanza degli accordi di riammissione tra Stati di destinazione e Stati di origine e di transito dei migranti. Tali accordi, infatti, definiscono gli individui oggetto di riammissione, le procedure volte a facilitare e ad accelerare il rientro dei soggetti, garantendo in tal modo l'effettività delle misure di allontanamento disposte dagli Stati di destinazione dei migranti. Gli individui oggetto di riammissione sono, di regola, i cittadini della Parte richiesta; tuttavia, gli accordi di nuova generazione prevedono la riammissione anche di cittadini di Stati terzi, nella misura in cui sia possibile comprovare che tali individui, prima di entrare nel territorio della

[69] Sugli accordi di riammissione, v., tra gli altri, HAILBRONNER, *Readmission Agreements and the Obligation of States under Public International Law to Readmit their Own and Foreign Nationals*, 1997, www.zaoerv.de; PASTORE, *L'obbligo di riammissione in diritto internazionale: sviluppi recenti*, in *RDI*, 1998, 971 ss.; NASCIMBENE, *Relazioni esterne e accordi di riammissione*, in DANIELE (a cura di), *Le relazioni esterne dell'Unione europea nel nuovo millennio*, Milano, 2001, 297 ss.; BENCHICK, *Les accords de réadmission*, in CHETAIL (éd.), *Mondialisation, migration et droits de l'homme: le droit international en question*, II, Bruxelles, 2007, 665 ss.

Parte richiedente, abbiano soggiornato o siano transitati nel territorio dello Stato richiesto[70].

Peraltro, la prospettiva di negoziati lunghi e complessi, quando non addirittura il rifiuto ad aprire un tavolo formale di trattative, ha indotto gli Stati a realizzare intese informali in materia di riammissione o, come più spesso accade, ad inserire clausole di riammissione nel quadro di trattati internazionali di cooperazione e di associazione, al fine di incentivare gli Stati maggiormente riluttanti ad adempiere ai loro obblighi di riammissione per non rischiare di perdere i benefici derivanti dall'accordo nel suo complesso[71].

Dalla metà degli anni Novanta, l'Italia ha concluso circa trenta accordi bilaterali di riammissione o di cooperazione tra Forze di polizia nei settori dell'immigrazione clandestina e della tratta di esseri umani. Agli accordi conclusi dall'Italia si aggiungono quelli negoziati e conclusi dall'Unione Europea.

Dal punto di vista formale, la casistica è molto varia: talvolta si è trattato di accordi sottoposti a ratifica, in altri casi l'approvazione è avvenuta in forma semplificata, mentre in altri ancora sono state concluse intese a carattere tecnico. Spesso accanto alle modalità di collaborazione previste, sono stati avviati progetti di assistenza tecnica per il rafforzamento della vigilanza delle frontiere dello Stato estero, nonché per l'attività di prevenzione e repressione del traffico di persone. In particolare, gli accordi prevedono intensificate forme di cooperazione tra gli organi di polizia degli Stati contraenti. Si va dallo scambio di informazioni strategiche, operative ed investigative, a programmi di assistenza tecnica, che prevedono, il distacco di Ufficiali di collegamento, la formazione e l'addestramento del personale di polizia straniero, l'assistenza in materia di rimpatrio e, in alcuni

---

[70] In mancanza di prove certe della cittadinanza, gli accordi di riammissione di ultima generazione accolgono il principio della *presunzione di nazionalità*: l'identificazione delle persone ai fini della riammissione potrà essere stabilita sulla base di prove documentali o anche di semplici elementi di fatto (documenti sostitutivi, dichiarazioni di testimoni, informazioni fornite dall'interessato, lingua parlata dall'interessato). Inoltre, la prova dell'ingresso o del soggiorno nel territorio dello Stato di transito può essere anche solo presunta dalle dichiarazioni del soggetto interessato o da semplici prove documentali (titoli di viaggio, ricevute d'albergo).

[71] Per gli Stati a forte pressione migratoria, le migrazioni esercitano sostanziali effetti positivi in termini di stabilità socio-politica ed economica. I flussi migratori sono percepiti come una necessaria valvola di sfogo per situazioni di tensione sociale e, più spesso, come una risorsa economica difficilmente sostituibile che, mediante il sistema delle rimesse, assicura a detti Stati una fonte di arricchimento ben maggiore di quella derivante dalle politiche di aiuto allo sviluppo.

casi, la cessione di beni a titolo gratuito a favore delle autorità di polizia straniere impegnate nella lotta all'immigrazione clandestina.

Nonostante l'innegabile valore aggiunto degli accordi di riammissione – quale strumento di cooperazione tra gli Stati interessati alla repressione del fenomeno dell'immigrazione clandestina – va detto che, specie negli ultimi anni, la gestione delle migrazioni internazionali imperniata sulla politica di riammissione ha mostrato limiti evidenti e sollevato critiche e riserve che difficilmente possono essere ignorate. Infatti, quando dal piano astratto e teorico, in termini di costi-benefici, si passa a quello concreto della messa in opera di tali accordi, non è possibile sottacere i problemi giuridici che gli accordi di riammissione presentano. Come meglio si dirà nel proseguo della trattazione, preoccupa, in particolare, la mancanza di previsione negli accordi di riammissione di disposizioni maggiormente garantiste nei confronti dei richiedenti asilo o delle persone comunque bisognose di protezione internazionale, assimilati, di fatto, a comuni migranti clandestini, così come la poca attenzione con cui è trattata la delicata questione del rispetto dei diritti umani dei soggetti da rimpatriare.

11. *L'azione dell'Unione Europea nel contrasto all'immigrazione clandestina via mare: FRONTEX tra buoni propositi e difficoltà operative*.- È necessario spendere qualche breve considerazione sull'azione dell'Unione Europea nell'attività di contrasto all'immigrazione clandestina via mare. Sono a tutti noti i notevoli passi in avanti compiuti dall'Unione in questo delicato settore. La materia dell'immigrazione, infatti, inizialmente esclusa dal novero delle competenze della Comunità Economica Europea, è stata dapprima ricondotta nell'alveo del III pilastro dell'Unione europea (Trattato di Maastricht, 1992), quindi, in ragione dei risultati scadenti ottenuti, comunitarizzata con il Trattato di Amsterdam (1997) e infine, ricompresa nello Spazio di libertà, sicurezza e giustizia attualmente disciplinato nel TFUE (Trattato di Lisbona, 2009)[72].

Grandi entusiasmi ha suscitato, in particolare, la creazione nel 2004 dell'Agenzia per la gestione della cooperazione operativa alle frontiere esterne (FRONTEX)[73]. L'agenzia, che ha sede a Varsavia, è

[72] V. in particolare, gli articoli 77-80 TFUE.

[73] V. regolamento 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 *GUUE* L 349 del 25 novembre 2004. Il regolamento è stato

un organismo dell'Unione dotato di personalità giuridica indipendente e di un sistema di risorse incentrato sugli stanziamenti UE.

Fermo restando che gli Stati membri restano responsabili del controllo e della sorveglianza delle frontiere esterne, l'Agenzia è incaricata della gestione della cooperazione operativa alle frontiere esterne, semplificando l'attuazione della normativa europea presente e futura in materia di gestione, controllo e sorveglianza delle frontiere esterne, sia terrestri sia marittime. FRONTEX non ha dunque compiti di intervento diretto.

In particolare i compiti dell'Agenzia sono i seguenti: coordinare la cooperazione tra gli Stati membri in materia di gestione delle frontiere esterne; assistere gli Stati membri nella formazione di guardie nazionali di confine; preparare analisi di rischio; seguire l'evoluzione delle ricerche e delle nuove tecnologie in materia di controllo e di sorveglianza delle frontiere esterne; assistere gli Stati membri in circostanze che richiedono rilevanti risorse tecniche ed operative alle frontiere esterne; fornire agli Stati membri l'assistenza necessaria per organizzare operazioni di rimpatrio congiunte.

Sotto il profilo operativo va detto che le operazioni di pattugliamento marittimo sotto l'egida di FRONTEX, limitate inizialmente a poche aree di intervento e per periodi di tempo limitati, sono sempre più frequenti ed estese nella duplice dimensione spazio-tempo. Dalle prime operazioni della durata di trenta giorni si è passati a *joint operations* di quattro mesi con l'obiettivo di addivenire a pattugliamenti congiunti permanenti della frontiera marittima meridionale dell'UE[74].

L'attività di FRONTEX, si è detto, non si sostituisce ma si aggiunge a quella dei singoli Stati membri. Sotto questo profilo, non può tuttavia non segnalarsi l'atteggiamento ambiguo degli Stati membri dell'Unione Europea. Con l'eccezione di pochi Stati, tra cui l'Italia, che hanno a più riprese chiesto un potenziamento dei poteri di FRONTEX, la maggior parte degli Stati membri continua a richiedere un intervento operativo dell'Unione Europea nella gestione del

---

modificato con il successivo regolamento 1168/2011 del Parlamento europeo e del Consiglio, del 25 ottobre 2011, in *GUUE* L 301 del 22 novembre 2011.

[74] Per quanto concerne l'Italia, FRONTEX ha la sua base operativa a Pratica di mare e Messina e come suo punto di contatto la Direzione centrale dell'immigrazione e della polizia delle frontiere del Dipartimento della pubblica sicurezza. V. anche il regolamento 1052/2013 del Parlamento europeo e del Consiglio, del 22 ottobre 2013, che istituisce il sistema europeo di sorveglianza delle frontiere (*Eurosur*), in *GUUE* L 295 del 6 novembre 2013. Il meccanismo consentirà alle autorità degli Stati membri preposte alla sorveglianza delle frontiere di condividere informazioni operative e di cooperare tra loro e con FRONTEX.

fenomeno dell'immigrazione clandestina ma, sostanzialmente, intende ridurre un tale intervento ad un mero sostegno di tipo economico. Non può dunque sottacersi che all'interno dell'Unione Europea convivono ventotto politiche migratorie nazionali che rispondono a precise esigenze e a rispettivi interessi geopolitici economici e sociali degli Stati. I progressi compiuti corrispondono dunque, ed è triste dirlo, ad un approccio minimalista dei governi nazionali i quali optano per un'azione congiunta a livello europeo solo nei casi in cui gli interessi, gli obiettivi e le strategie appaiono coincidere.

12. *Contrasto all'immigrazione clandestina e salvaguardia della vita umana in mare*.- Come già anticipato, nella materia che si viene trattando assume un ruolo di assoluto rilievo il tema delle operazioni di ricerca e di salvataggio in mare dei migranti clandestini, costretti a viaggiare, come l'esperienza testimonia e le cronache quotidianamente ricordano, su imbarcazioni estremamente vulnerabili e in condizioni precarie e disumane. Infatti, e per quello che qui interessa, il salvataggio di migranti in acque internazionali consente di attrarre nella giurisdizione dello Stato interveniente i soggetti soccorsi, fin dal momento in cui essi sono fatti salire a bordo delle navi pubbliche o dopo che le imbarcazioni di fortuna abbiano fatto il loro ingresso nella zona contigua dello Stato costiero.

Procedendo con ordine, deve anzitutto rilevarsi che nei confronti dei migranti clandestini, così come di tutti gli individui in situazioni di pericolo in mare, trova applicazione il principio, universalmente condiviso, della salvaguardia della vita umana in mare. Tale principio, che ha trovato la sua prima affermazione nella Convenzione di Ginevra del 1958 sull'alto mare, è contemplato nella UNCLOS, riproduttiva, anche su questo punto, del diritto internazionale generale. In particolare, ai sensi dell'art. 98, par. 1, della Convenzione di Montego Bay, ogni Stato può obbligare i comandanti delle navi che battono la propria bandiera – sempre che ciò sia possibile senza mettere a repentaglio la nave, l'equipaggio o i passeggeri – a prestare assistenza a naufraghi trovati in mare o a portarsi immediatamente in soccorso di persone in pericolo, quando si abbia notizia del loro bisogno di aiuto. L'obbligo prescritto prescinde dal regime giuridico della zona di mare in cui avviene il soccorso, nel senso che può esplicarsi tanto nelle acque internazionali come nella zona economica esclusiva o nella zona contigua di uno Stato diverso da quello di bandiera.

Il par. 2 dell'art. 98 precisa che tutti gli Stati provvisti di litorale marittimo sono inoltre tenuti a creare e a mantenere un servizio di ricerca e salvataggio (indicato come SAR dall'acronimo di *Search and Rescue*), facendo ricorso, ove opportuno, ad accordi regionali di mutua assistenza, basati sul principio che le autorità dello Stato costiero responsabili dei servizi di ricerca e salvataggio, qualora vengano informate dalle autorità di un altro Stato che vi sono persone in pericolo di vita nella zona SAR di propria competenza, sono tenute ad intervenire «senza tener conto della nazionalità o della condizione giuridica» di dette persone.

Diverse convenzioni internazionali completano il quadro del diritto internazionale in materia. Tra queste si segnala la Convenzione SOLAS per la sicurezza della vita in mare del 1974, in virtù della quale il comandante di una nave che si trovi in condizione di prestare assistenza, avendo ricevuto informazione da qualsiasi fonte circa la presenza di persone in pericolo in mare, deve procedere «con tutta rapidità al loro soccorso»[75].

Disposizioni specifiche in materia sono poi contenute nella Convenzione di Amburgo del 1979 sulla ricerca e il salvataggio in mare[76]. Questo strumento normativo sancisce l'obbligo giuridico del soccorso in mare, determinando, per chiunque si trovi nella condizione di intervenire, la necessità di assistere le persone in stato di pericolo e di allertare immediatamente le autorità competenti. Obiettivo della Convenzione di Amburgo è di dettare una normativa uniforme in materia di ricerca e salvataggio di persone che si trovino in situazione di pericolo in mare. In particolare, finalità ultima della Convenzione è quella di realizzare una rete mondiale di centri di coordinamento nazionale, ciascuno destinato a sovrintendere ad operazioni di ricerca e di salvataggio in una determinata zona SAR, tra loro collegati ed operanti sulla base di procedure comuni e di comuni regole di condotta. La Convenzione di Amburgo stabilisce, quindi, una cornice normativa (o cornice-quadro), contenente precisi termini, riferimenti e procedure, entro la quale gli Stati contraenti devono agire nello strutturare i propri servizi di ricerca e di salvataggio in mare.

Le zone di ricerca e di salvataggio (zone SAR) sono istituite da ciascun Stato parte della Convenzione, eventualmente, nel caso di Stati contigui o frontisti, in accordo con altri Stati parte della Convenzio-

---

[75] V. L. 23 maggio 1980, n. 313, in *GU* n. 190 del 12 luglio 1980 (Suppl. ord.).
[76] V. L. 3 aprile 1989, n. 147, in *GU* n. 97 del 27 aprile 1989 (Suppl. ord. n. 31).

ne. Tali zone non corrispondono necessariamente alle frontiere marittime esistenti né devono seguirne obbligatoriamente il tracciato. Gli Stati possono anche istituire, in collaborazione con altri Stati, zone SAR congiunte. In ogni caso, le regioni SAR non dovrebbero sovrapporsi l'una all'altra. Egualmente, gli Stati dovrebbero intraprendere negoziati bilaterali o multilaterali tra Stati contigui o frontisti allo scopo di coordinare i servizi SAR.

Le fasce di mare individuate come SAR rientrano nella responsabilità dello Stato costiero e sottostanno al controllo ed al potere di intervento di ogni singolo Stato parte. Ciò che è necessario evidenziare è che l'istituzione di una zona SAR è intrinsecamente subordinata alla circostanza che lo Stato parte della Convenzione sia in grado di garantire l'operatività continua ed efficace dei servizi SAR nell'area di propria competenza. In particolare, lo Stato s'impegna ad istituire un Centro e dei Sotto-centri di coordinamento, a designare delle unità costiere di soccorso, a disporre di strutture, mezzi navali ed aerei, centri di telecomunicazione di soccorso, personale adeguato[77]. L'obbligo per gli Stati contraenti di garantire e mantenere, nelle aree di propria competenza, servizi SAR efficaci emerge, altresì, dalle norme della Convezione in materia di procedure che i Centri di coordinamento e di soccorso devono seguire nella gestione delle emergenze, dalle fasi di allerta e di mobilitazione del personale, alla fase di operazione di recupero delle persone in pericolo, a quella di trasporto e di sbarco dei sopravvissuti in un luogo sicuro[78].

---

[77] L'efficacia dei servizi SAR è valutata sulla base di alcuni parametri delineati dalla Convenzione, quali: l'emanazione di normativa adeguata; l'esistenza di strutture e di mezzi di comunicazioni; la ripartizione delle zone di responsabilità tra un Centro di coordinamento e di soccorso (RCC) e i centri secondari (RCS); la formazione del personale di servizio.

[78] Il 19 maggio 2000, ad Ancona, l'Italia ha stipulato *Memorandum of Understanding* di delimitazione delle SAR con Slovenia, Croazia, Albania e Grecia. Non è invece stato fino ad oggi possibile concordare con Malta le zone di SAR di rispettiva competenza. Malta ha istituito la propria zona SAR unilateralmente e al di fuori delle procedure IMO. La zona SAR maltese solleva due problemi: da un canto, essa, coincidendo con la *Flight Information Region* (FIR), è decisamente sovrabbondante, giungendo a coprire le acque territoriali di Lampedusa e Lampione; dall'altro canto, la zona SAR appare sovradimensionata rispetto alle effettive capacità operative di Malta che ha più volte dichiarato di non disporre di mezzi e strutture ricettive adeguate allo svolgimento di operazioni di ricerca e salvataggio in mare; ciò che conduce Malta ad avanzare, quasi *routinariamente*, richieste di assistenza all'Italia.

Si noti, peraltro, che nel maggio 2004, gli Stati membri dell'IMO hanno adottato emendamenti alla Convenzione SOLAS del 1974 e alla Convenzione di Amburgo del 1979, in virtù dei quali gli Stati s'impegnano a fornire un luogo sicuro (*place of safety*) alle persone soccorse in mare. Ora, Malta (che non ha accettato l'emendamento) interpreta il concetto di *place of safety* come il porto di sbarco più vicino all'operazione di soccorso (quasi sempre, Lampedusa), con ciò evidentemente contraddicendo nella lettera e nello spirito l'emenda-

In Italia, la competenza in materia di ricerca e di soccorso in mare è affidata, come si è detto, al Comando generale del Corpo delle Capitanerie di porto-Guardia costiera, nella veste di Centro nazionale di coordinamento di soccorso marittimo, il quale assicura la gestione e l'attuazione di ricerca e soccorso nell'ambito delle zone SAR di giurisdizione italiana.

Se queste sono le premesse generali, deve qui tornarsi a precisare che le norme sul soccorso e salvataggio in mare costituiscono la *premessa* per l'eventuale esercizio di poteri *enforcement* e di *jurisdiction* dello Stato costiero nel contrasto al contrabbando di migranti. È ovvio infatti che il soccorso determina, di per sé, un collegamento funzionale tra la nave privata e lo Stato interveniente e che, una volta effettuato il salvataggio e condotti a terra i migranti, le autorità di polizia e giurisdizionali dello Stato potranno adottare provvedimenti restrittivi, sottoponendo a procedimento penale gli individui sospettati di aver organizzato il contrabbando di migranti.

Più nello specifico, la giurisdizione dello Stato italiano va riconosciuta nei confronti, oltre che delle imbarcazioni minori, cariche di migranti clandestini, della stessa nave madre stazionante in acque internazionali, che potrà essere fermata per il necessario controllo, e successivamente sottoposta a sequestro, in esecuzione di provvedimento da emettersi da parte della competente autorità giudiziaria, qualora quest'ultima ritenga, sulla base delle circostanze del caso concreto, che gli indagati abbiano strumentalmente usato le procedure SAR per provocare il salvataggio in mare e far sì che i trasportati siano accompagnati nel tratto di acque territoriali dalle navi dei soccorritori. In questo caso, infatti, l'azione di messa in grave pericolo per le persone trasportate non può che apparire come il frutto di un disegno, volto a preservare il natante principale ed il suo equipaggio da attività di captazione investigativa ad opera delle forze dell'ordine, tenendolo al riparo dall'esercizio della giurisdizione degli Stati di approdo.

Come correttamente rilevato dalla Corte di Cassazione, nella sentenza del 28 febbraio 2014, le organizzazioni criminali strumentalizzano a loro vantaggio l'insicurezza dei mezzi navali utilizzati per il trasporto di migranti, al fine di provocare l'intervento dei servizi di soccorso degli Stati costieri, costretti ad agire per scongiurare un evento grave (morte dei clandestini). La strategia criminale mira dun-

---

mento, poiché, come ovvio, il concetto di *luogo sicuro* è intrinsecamente connesso alla zona SAR di competenza dello Stato, dovendo dunque essere identificato all'interno della stessa zona SAR (maltese).

que a fare apparire lo sbarco sul territorio come il risultato di un'attività riconducibile all'opera degli stessi soccorritori e non dei trafficanti che hanno operato esclusivamente in ambito extraterritoriale[79].

Tuttavia, le operazioni di salvataggio non possono essere considerate isolatamente, rispetto alla condotta pregressa posta in essere dai trafficanti. Ciò perché la condizione di pericolo che determina l'intervento delle navi pubbliche è volontariamente causata dai trafficanti che, abbandonando in alto mare e su navi di fortuna i migranti, si prefiggono di fare realizzare ai soccorritori il raggiungimento di un proprio obiettivo criminale: l'approdo dei clandestini sul territorio dello Stato. Detto altrimenti, «l'ultimo tratto della condotta» (l'ingresso sul territorio dopo il salvataggio) «altro non rappresenta che un tassello essenziale e pianificato di una concatenazione articolata di atti che non può essere interrotta o spezzata nella sua continuità, per la semplice ragione che l'intervento di soccorso in mare non è un fatto imprevedibile, che possa interrompere la serialità causale, ma è un fatto non solo previsto ma voluto e addirittura provocato». L'azione dei trafficanti deve quindi essere valutata nella sua unitarietà e senza frammentazioni, «ancorché l'ultimo tratto del viaggio sia apparentemente riportabile all'operazione di soccorso, di fatto artatamente stimolato a seguito della messa in condizione di grave pericolo dei soggetti, strumentalmente sfruttata». In conclusione, la condotta posta in essere in alto mare si lega idealmente a quella da consumarsi in acque territoriali, dove l'azione dei soccorritori, nella parte finale della concatenazione causale, può definirsi l'azione di un *autore mediato*, operante in ossequio alle leggi del mare e in uno stato di necessità provocato dai trafficanti e, quindi, a loro del tutto riconducibile, con conseguente radicamento della giurisdizione statale, ai sensi dell'articolo 6 del codice penale.

13. (Segue): *il respingimento dei migranti in alto mare e l'obbligo di rispettare i diritti umani fondamentali: la sentenza della Corte europea dei diritti umani nel caso* Hirsi Jamaa ed altri c. Italia *del febbraio 2012*.- Il concreto esercizio dei poteri di *enforcement* in materia di immigrazione clandestina è condizionato dal rispetto delle norme sui diritti umani e dei principi umanitari, imposto dal diritto internazionale, consuetudinario e pattizio, e dal diritto dell'Unione Eu-

[79] Corte di Cassazione, n. 720 del 28 febbraio 2014, cit.

ropea[80]. Se è vero infatti che la sovranità territoriale implica il diritto esclusivo di ciascuno Stato di proteggere le proprie frontiere da flussi incontrollati di migranti e, quindi, di regolamentare in assoluta libertà l'ingresso di straneri sul proprio territorio, non può essere sottaciuto che le eccezioni alla regola sono a tal punto numerose da incidere in modo consistente sull'esercizio dei poteri relativi all'ammissione e all'espulsione degli stranieri, dovendosi contemperare l'esigenza del controllo delle frontiere da parte dello Stato costiero con la necessità di tutelare i diritti dei migranti.

Non potendo soffermarsi compiutamente su un argomento che meriterebbe ben più ampia e approfondita analisi, ci si limita in questa sede a evidenziare l'impatto delle norme a protezione dei migranti sulle politiche migratorie degli Stati e, più in particolare, sui poteri in concreto esercitabili dalle navi pubbliche o in servizio governativo che intercettino, in alto mare o in zone sottoposte alla giurisdizione dello Stato, imbarcazioni cariche di migranti.

Il fenomeno migratorio è in sé molto variegato e non si presta a facili categorizzazioni. Ciò perché i soggetti che tentano di entrare clandestinamente via mare appartengono a categorie differenti, ciascuna delle quali pone distinti problemi giuridici, la cui soluzione richiede risposte diversificate che tengano conto dei peculiari caratteri propri di ciascuna categoria. In estrema sintesi, è possibile distinguere in materia il fenomeno delle migrazioni forzate da quello delle migrazioni per motivi economici.

Con l'espressione *migrazioni forzate* si fa riferimento al complesso e variegato fenomeno in cui lo spostamento di individui da uno Stato all'altro è determinato non già dalla ricerca del miglioramento delle proprie condizioni di vita, ma da condizioni oggettive presenti nello Stato di origine che costringono gli individui alla fuga. A seconda dei casi, si sarà quindi in presenza di individui che lasciano il proprio Paese a causa di un fondato timore di persecuzione e che, in ragione di ciò, chiedono asilo ad altri Stati (*rifugiati*) o di esodi massicci di profughi (*displaced persons*) che fuggono a causa di minacce e pericoli generalizzati esistenti nel Paese (conflitti armati, violazioni massicce e sistematiche dei diritti umani, ecc.).

---

[80] V. per tutti: RIGAUX, *L'immigration: droit international et droits fondamentaux*, in *Les droits de l'homme au seuil du troisième millénaire*, *Mélanges en hommage à Pierre Lambert*, Bruxelles, 2000, 693 ss.; CAMPIGLIO, *Disciplina delle migrazioni: limiti internazionali*, in GASPARINI CESARI (a cura di), *Il diritto dell'immigrazione. Profili di diritto italiano, comunitario e internazionale*, Modena, 2010, 23 ss.

Con riguardo ai richiedenti asilo, il testo normativo di riferimento è costituito dalla Convenzione ONU di Ginevra del 1951 sullo *status* giuridico dei rifugiati[81]. Più nello specifico, il suo art. 33 prescrive che nessun rifugiato possa essere respinto verso uno Stato in cui la sua vita o la sua libertà sarebbero minacciate[82]. Ora, in relazione al principio del *non-refoulement*, la questione che si pone è quella di sapere se il divieto di respingimento dei rifugiati verso i luoghi in cui la vita o la libertà sarebbero minacciate trovi applicazione anche in acque internazionali.

Secondo una prima interpretazione, il divieto opererebbe solo nei confronti di individui che siano già entrati – anche se illegalmente – nel territorio dello Stato di rifugio, non estendendosi, invece, alle persone che non abbiano ancora oltrepassato i confini. Ne deriverebbe che, in alto mare, i rifugiati a bordo di navi battenti bandiera straniera o prive di nazionalità potrebbero legittimamente essere respinti, a prescindere o meno che ricorrano le condizioni di cui all'art. 33 della Convenzione di Ginevra[83]. A sostegno della tesi, si ricorda che, all'epoca della Conferenza diplomatica di Ginevra, i delegati di alcuni Stati hanno sostenuto un'interpretazione restrittiva del divieto di respingimento, al fine di evitare che il principio del *non-refoulement* potesse tradursi in un implicito obbligo per gli Stati di ammettere stranieri sul proprio territorio[84].

Alla luce di una diversa interpretazione, certamente da preferire perché più rispettosa della norma internazionale, il divieto di respingimento dovrebbe applicarsi anche ai richiedenti asilo intercettati in alto mare. In caso contrario, infatti, si finirebbe col privilegiare quei soggetti che siano riusciti a varcare, anche clandestinamente, le frontiere di uno Stato e che si presentino successivamente alle autorità

---

[81] L'Italia ha recepito la Convenzione ONU del 1951con L. 24 luglio 1954, n. 722, in *GU* n. 196 del 27 agosto 1954. L'Italia ha ratificato anche il Protocollo di New York del 1967 con L. 14 febbraio 1970, n. 95, in *GU* n. 79 del 28 marzo 1970.

[82] Sul principio del *non-refoulement*, v. LAUTERPACHT, BETHLEHEM, *The Scope and the Content of the Principle of Non-refoulement*, in FELLER, TURK, NICHOLSON (eds.) *Refugee Protection in International Law. UNHCR's Global Consultations on International Protection*, Cambridge, 2001, 87 ss.

[83] Si fa qui riferimento, in particolare, a una sentenza della Corte suprema americana, del 21 giugno 1993, che, in relazione ad un *executive order* del 1992 emanato per fronteggiare l'esodo di massa di profughi haitiani, ha ritenuto legittima la politica di intercettazione e di respingimento automatico in alto mare (in *ILM*, 1993, 1032 ss.). V. CASTROGIOVANNI, *Sul* refoulement *dei profughi haitiani intercettati in acque internazionali*, in *RDI*, 1994, 474 ss., specie 476 ss.

[84] V. UN Docc. E/AC.32/SR.20, A/CONF.2/70, A/CONF.2/SR.16. e A/CONF.2/SR.

nazionali dello Stato di accoglimento per regolarizzare la loro posizione e chiedere asilo[85]. Subordinare l'applicazione dell'obbligo in esame alla circostanza che lo Stato stia agendo all'interno o all'esterno dei propri confini risulterebbe non solo arbitrario, ma finirebbe col tradire, nello spirito, l'art. 33 della Convenzione di Ginevra. D'altra parte, non convince il riferimento ai lavori preparatori della Convenzione ONU e, in particolare, all'interpretazione dell'art. 33 avanzata da talune delegazioni, secondo la quale la sfera di efficacia del principio del *non-refoulement* concernerebbe i soli richiedenti asilo già entrati nel territorio dello Stato di rifugio. Le dichiarazioni dei delegati appaiono infatti isolate e non trovano conferma nei molteplici documenti relativi ai lavori preparatori della Convenzione[86].

Con riferimento ai profughi, l'esame della prassi relativa agli esodi di massa, dal secondo dopoguerra ad oggi, evidenzia che le *displaced persons* sono generalmente accolte nel territorio dello Stato cui hanno chiesto accoglienza. Gli Stati di primo rifugio accordano agli individui in fuga da pericoli oggettivi e da violenze generalizzate un'*ammissione temporanea*, volta alla loro protezione, in attesa di pervenire al loro rimpatrio. L'incertezza e, talvolta, la contraddittorietà della prassi devono indurre ad usare estrema cautela nel ricavare la prova certa dell'esistenza, nel diritto consuetudinario, di un obbligo di ammissione delle *displaced persons* sul territorio di uno Stato. Ciò perché, anche a voler ritenere significativa la prassi statale, la prova dell'esistenza dell'*opinio iuris* è di difficile verifica, dal momento che gli Stati, quando hanno accordato l'ingresso nel proprio territorio ai profughi non sono stati sempre mossi dalla convinzione dell'obbligatorietà di quel comportamento, ma da pure ragioni umanitarie. Resta il fatto che, in virtù delle norme di diritto derivato dell'Unione Europea e alle condizioni da esse stabilite, gli Stati hanno l'obbligo di concedere una protezione temporanea ai profughi che fuggono in massa da zone di conflitto armato o da violenze endemiche, in attesa di pervenire al loro rimpatrio o, in alternativa, alla ripartizione del numero delle *displaced persons* tra gli Stati (c.d. *burden-sharing*)[87].

---

[85] Cfr. GOODWIN-GILL, *Non-Refoulement and the New Asylum Seekers*, in *Virg. JIL*, 1985, 897 ss., 902.

[86] Cfr. GOODWIN-GILL, *op. cit.*, 905.

[87] V., ad esempio, direttiva n. 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 stessi, in *GUCE* L 212 del 7 agosto

In aggiunta, il diritto UE disciplina lo *status* di beneficiario di *protezione sussidiaria*, quale livello di protezione internazionale complementare e ulteriore rispetto allo *status* di rifugiato[88]. È ammesso alla protezione sussidiaria il cittadino straniero che non possiede i requisiti per essere riconosciuto come rifugiato ma nei cui confronti sussistono fondati motivi di ritenere che, se ritornasse nel Paese di origine, correrebbe un rischio effettivo di subire "un danno grave", quali una condanna a morte, la tortura, pene o trattamenti inumani o degradanti e la minaccia individuale alla vita derivante da violenze indiscriminate in situazioni di conflitto armato, interno o internazionale.

Specifiche limitazioni ai poteri di *enforcement* in mare sono posti allo Stato anche con riferimento ai *migranti per motivi economici*. Per quanto, infatti, e come si è detto, il diritto consuetudinario conferisca agli Stati piena libertà nello stabilire la politica di indirizzo nel settore dell'immigrazione, permanente o temporanea che sia, esso non può procedere a espulsioni o allontanamenti che, per le modalità in cui sono realizzati o, più spesso, per l'effetto da essi determinato, si traducono in violazioni dei diritti umani dei migranti.

Più nel dettaglio, e per quanto interessa lo Stato italiano, il contrasto all'immigrazione clandestina via mare deve essere operato nel rispetto delle norme contenute nella Convenzione europea dei diritti umani del 1950 che, all'art. 3, impone agli Stati parte il divieto di estradizione e espulsione verso Stati in cui la persona correrebbe il rischio di essere sottoposta a torture o a trattamenti inumani e degradanti e, all'art. 4 del Protocollo n. 4 alla CEDU, vieta le espulsioni collettive di stranieri, allo scopo di evitare che gli Stati possano allontanare un certo numero di stranieri senza esaminare la loro situazione personale e, di conseguenza, senza permettere loro di esporre le proprie argomentazioni per contestare il provvedimento adottato dall'autorità competente.

In modo analogo a quanto si è detto per i rifugiati, tali principi operano non soltanto sul territorio dello Stato o alle sue frontiere, anche marittime, ma in ogni situazione in cui organi statali esercitano

---

2001. Per approfondimenti, v. GESTRI, *Immigrazione e asilo nel diritto dell'Unione europea*, in GASPARINI CESARI (a cura di), *op. cit.*, 45 ss.

[88] 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 *GUCE* L 301 del 30 settembre 2004. La direttiva è stata modificata dalla nuova direttiva qualifiche 2011/95/UE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 13 dicembre 2011, in *GUUE* L 337 del 20 dicembre 2011.

atti di imperio nei confronti degli individui. Affermare il contrario, significherebbe subordinare a fattori meramente spaziali il rispetto delle norme internazionali sui diritti umani; ciò che contrasta con la *ratio* degli impegni internazionali assunti dallo Stato e con il correlativo obbligo di attuarli in buona fede.

Discende da quanto detto che non tutte le attività di interdizione in alto mare implichino, di per sé, una violazione dei diritti dei migranti. La violazione è invece da valutarsi caso per caso, imponendosi al riguardo sia un esame relativo allo Stato presso cui s'intende ricondurre le persone intercettate o soccorse in mare sia un esame minimo dello *status* degli individui con cui si entra in contatto[89]. In concreto, il problema si è posto in occasione dei respingimenti in mare operati dall'Italia verso la Libia a seguito degli accordi raggiunti con lo Stato nordafricano[90]; respingimenti a seguito dei quali sono state avanzate numerose perplessità sia a livello nazionale che internazionale[91]. Rileva al proposito la sentenza del 23 febbraio 2012, nel caso *Hirsi Jamaa ed altri c. Italia*, con cui la Corte europea dei diritti umani ha accolto il ricorso presentato, il 26 maggio 2009, da undici cittadini somali e tredici cittadini eritrei, perché il loro trasferimento verso la Libia da parte delle autorità italiane è avvenuto in violazione della CEDU[92].

La Corte di Strasburgo ha preliminarmente osservato che, in virtù delle disposizioni pertinenti del diritto del mare, una nave che navighi in acque internazionali è soggetta alla giurisdizione esclusiva dello Stato di cui batte bandiera. La Corte ha rilevato che nella causa in oggetto i fatti si sono svolti interamente a bordo di navi delle forze armate italiane, il cui equipaggio era composto esclusivamente da militari. Ad avviso della Corte, quindi, sin dalla salita a bordo delle navi pubbliche e fino alla consegna alle autorità libiche, i ricorrenti si sono trovati sotto il controllo continuo ed esclusivo, tanto *de facto*

---

[89] RONZITTI, *Coastal State Jurisdiction over Refugees and Migrants at Sea*, in ANDO et al. (eds.), *Liber Amicorum Judge Shigeru Oda*, The Hague, 2002.

[90] Per approfondimenti sugli accordi Italia-Libia, rispettivamente del dicembre 2007, dell'agosto 2008 e del febbraio 2009, v. RONZITTI, *Il trattato Italia-Libia di amicizia, partenariato e cooperazione, Contributi di Istituti di ricerca specializzati*, n. 108, gennaio 2009, reperibile al sito ww.iai.int; TREVISANUT, *Immigrazione clandestina via mare e cooperazione tra Italia e Libia dal punto di vista del diritto del mare*, in *DUDI*, 2009, 609 ss.; DI PASCALE, *Migration Control at Sea: The Italian Case*, in RYAN, MITSILEGAS (eds.), *Extraterritorial Immigration Control. Legal Challenges*, Leiden, 2010, 281 ss.

[91] V., ad esempio, UN Human Rights Council, *Report of the Working Group on the Universal Periodic Review: Italy*, 11 February 2010, UN Doc. A/HRC/WG.6/7/L.3.

[92] Corte europea dei diritti umani, *Hirsi Jamaa e altri c. Italia*, ricorso n. 27765/09.

quanto *de jure*, delle autorità italiane che avrebbero, quindi, dovuto rispettare nei confronti degli individui le pertinenti disposizioni della CEDU. Il respingimento in Libia ha invece determinato la violazione da parte dello Stato italiano dell'art. 3 della CEDU (divieto di tortura e di pene o trattamenti inumani o degradanti)[93], dell'art. 4 del Protocollo n. 4 (divieto di espulsioni collettive)[94] e dell'art. 13 della CEDU (diritto ad un ricorso effettivo)[95].

14. *Conclusioni: oltre i poteri di* enforcement *e di* jurisdiction.- Esaminata la normativa internazionale e interna in materia di contrasto all'immigrazione clandestina non resta che trarre alcune brevi conclusioni. L'immigrazione via mare rappresenta in media un 15% rispetto a quella che avviene attraverso i confini terrestri (25%) e quella costituita dai c.d. *overstayers* (60%), ossia da coloro che, entrati regolarmente nel nostro Stato, vi permangono anche dopo la scadenza del visto o dell'autorizzazione al soggiorno. Benché meno rilevante in termini numerici rispetto ad altre forme di ingresso illegale di stranieri nel territorio italiano, il fenomeno dell'ingresso clandestino via mare è al centro del dibattito politico, nazionale ed europeo. Le ragioni sono molteplici e vanno essenzialmente ricondotte alla morfologia del territorio nazionale, la cui frontiera marittima è di circa 7.458 km, all'impennata degli arrivi irregolari, enormemente cresciuti nel corso dell'ultimo decennio, e soprattutto agli inaccettabili costi in termini di perdite di vite umane. Dal 1988, circa 20 mila persone hanno perso la vita nel Mediterraneo sulle rotte verso l'Italia (specie il Canale di Sicilia), le Canarie (Las Palmas e Motril) e la Grecia (Evros e Samos). La tragedia di Lampedusa, del 3 ottobre 2013, con oltre 90 morti e 250 dispersi a mezzo miglio dall'isola dei Conigli, non costituisce soltanto uno dei più gravi episodi avvenuti nel mare Mediterraneo. Essa

---

[93] Secondo la Corte le misure di allontanamento di stranieri da parte di uno Stato contraente violano la CEDU quando sussistono motivi, seri ed accertati, per ritenere che l'interessato, se espulso verso il Paese di destinazione, correrà il rischio reale di essere sottoposto ad un trattamento contrario all'art. 3 (v. caso *Soering*, 1989). Nel caso di specie, l'art. 3 CEDU è chiamato in causa con riferimento al rischio corso dai ricorrenti sia di subire trattamenti inumani e degradanti in Libia sia di essere rimpatriati nei Paesi di origine (Eritrea e Somalia).

[94] L'allontanamento di stranieri, eseguito nell'ambito di intercettazioni in alto mare, ha avuto l'effetto di determinare un'espulsione collettiva priva di base giuridica e adottata senza tenere conto della situazione personale degli individui.

[95] I ricorrenti sono stati privati di ogni via di ricorso che avrebbe consentito loro di sottoporre a un'autorità competente le doglianze basate sugli articoli 3 CEDU e 4 Protocollo n. 4.

mostra con evidenzia che le legittime attività di polizia in mare, volte a reprimere l'odioso fenomeno del traffico di migranti clandestini, non sono da sole sufficienti.

In primo luogo, la prassi attuale mostra che le esigenze di contrasto all'immigrazione clandestina sono subordinate all'esigenza, ritenuta naturalmente prioritaria, del salvataggio della vita umana in mare. Le unità navali impegnate in operazioni di pattugliamento e di controllo si trovano quasi sempre in presenza di imbarcazioni fatiscenti e sovraccariche di persone; condizioni, queste, che rendono oggettivamente necessario un intervento delle unità militari, non già al fine di impedire l'arrivo di migranti clandestini sul territorio nazionale, ma all'unico scopo di soccorrere i migranti. Come dimostra l'operazione *Mare Nostrum*, istituita a seguito degli eventi di Lampedusa, le misure di contrasto in mare al fenomeno migratorio risultano immancabilmente affievolite e subordinate alla necessità, considerata del tutto prevalente, di garantire, in modo preventivo e sistematico, il controllo delle acque al fine di intervenire con tempestività in assistenza e soccorso dei migranti in pericolo.

In secondo luogo, gli obiettivi di controllo e contrasto al fenomeno dell'immigrazione clandestina devono essere coniugati con politiche volte a prevenire i flussi migratori, specie con interventi *in loco* nei Paesi di origine o nei porti di imbarco, destinati a produrre sulla lunghezza risultati più duraturi e molto più soddisfacenti, anche in termini economici, di quelli ottenuti dal pattugliamento *onda per onda* del mar Mediterraneo.

Infine, non può non sottolinearsi che la gestione puramente restrittiva dei flussi migratori ha da tempo mostrato i suoi limiti di efficacia, rivelandosi oltre che scarsamente fruttuosa, difficilmente sostenibile sul piano politico e per nulla conforme ai reali interessi delle società europee. Da un canto, le politiche di *stop* all'immigrazione hanno condotto alla stabilizzazione degli immigrati negli Stati di destinazione (mediante la prassi dei ricongiungimenti familiari) e all'aumento dell'immigrazione clandestina, gestita da organizzazioni criminali transnazionali, con conseguente aggravamento del fenomeno. Dall'altro canto, in una prospettiva di medio-lungo periodo, deve sottolinearsi la valenza positiva delle migrazioni sul piano delle politiche demografiche e su quello dello sviluppo economico delle società riceventi.

ABSTRACT

Enforcement and Jurisdiction in Countering the Smuggling of Migrants: Operational Aspects

In recent years, migration flows by sea, across the Mediterranean, have increased significantly, with a large growth in the smuggling of migrants. This article focuses on Italian current legislation and practice to fight against illegal immigration by sea, offering an analysis of interception operations conducted in the territorial sea, in the contiguous zone, and on the high seas. More particularly, on one hand, this article deals with the matter of the jurisdictional claims on international waters focusing on the exceptions to the principle of exclusivity of flag-State jurisdiction envisaged by the international treaties (UNCLOS, UN Protocol against the Smuggling of Migrants), and by bilateral readmission agreements. On the other hand, it draws attention to the fact that the interception operations, taken to combat smuggling of migrants at sea, should be in strict accordance with the international obligations to assist persons in distress at sea and to respect human rights of individuals, regardless if they are refugees fleeing persecution or economic migrants looking for a better future. From this perspective, the article deals with the duty of search and rescue (codified by UNCLOS and by SAR Convention), and with the jurisprudence of the European Court of Human Rights relating to the application of the ECHR for the interception operations at sea.

OSSERVATORIO DIRITTI UMANI

L'EVOLUZIONE DEL DIRITTO DI PARTECIPARE ALLA VITA CULTURALE E DEL CONCETTO DI DIRITTI CULTURALI NEL DIRITTO INTERNAZIONALE

MARCELLA FERRI

SOMMARIO: 1. L'originaria concezione dei diritti culturali. - 2. Verso un concetto di diritti culturali maggiormente orientato in senso antropologico: la Dichiarazione del Gruppo di Friburgo. - 2.1. I diritti culturali come diritti all'identità. - 2.2. La dimensione culturale degli altri diritti umani. - 3. Il nuovo concetto di diritti culturali nell'interpretazione delle norme dei due Patti delle Nazioni Unite. - 3.1. L'interpretazione della norma sul diritto di partecipare alla vita culturale nel Patto sui diritti economici, sociali e culturali. - 3.2. Il riconoscimento del diritto all'identità culturale e degli altri diritti culturali. - 3.3. La dimensione culturale degli altri diritti umani: il principio dell'adeguatezza culturale. - 4. Conclusioni.

1. La concezione di diritti culturali emersa durante l'elaborazione della Dichiarazione Universale dei Diritti dell'Uomo, del Patto Internazionale sui diritti civili e politici e del Patto Internazionale sui diritti economici, sociali e culturali, è stata oggetto nel corso degli anni di un'evoluzione estremamente significativa. Grazie ad un'attenta riflessione dottrinale, oggi si sta infatti affermando un concetto di diritti culturali che è, in larga misura, differente rispetto a quello che era stato elaborato in occasione dei *Travaux Préparatoires* della Dichiarazione e dei Patti.

Le norme della Dichiarazione Universale che si riferiscono ai diritti culturali sono l'art. 26, relativo al diritto all'educazione, e l'art. 27, che riguarda il diritto di prendere parte liberamente alla vita culturale della comunità, il diritto di godere delle arti e di partecipare al progresso scientifico e ai suoi benefici (par. 1) e il diritto alla protezione degli interessi morali e materiali che derivano da ogni produzione scientifica, letteraria o artistica di cui si sia l'autore (par. 2).

Tali diritti trovano corrispondenza negli articoli 13, 14 e 15 del Patto Internazionale sui diritti economici, sociali e culturali (ICESCR). I primi due articoli si riferiscono al diritto all'istruzione, alla libertà dei genitori di educare i figli conformemente alle proprie convinzioni religiose e morali e alla libertà di creare istituzioni educative. L'art. 15 riguarda invece il diritto di partecipare alla vita culturale (lett. *a*), di godere dei benefici del progresso scientifico (lett. *b*) e della tutela degli interessi morali e materiali derivanti dalla produzione scientifica, letteraria e artistica.

LA COMUNITÀ INTERNAZIONALE FASC. 2/2014 pp. 211-236
EDITORIALE SCIENTIFICA SRL

Un chiaro riferimento ai diritti culturali è presente altresì nell'art. 27 del Patto Internazionale sui diritti civili e politici (ICCPR), che riconosce il diritto delle minoranze etniche, religiose e linguistiche ad avere una "*vita culturale propria*".

All'epoca della redazione della Dichiarazione e dei due Patti, i diritti culturali erano classificati tra i diritti di "seconda generazione" la cui messa in opera, richiedendo una prestazione da parte dello Stato ("*droits de créance*"), si riteneva non potesse essere oggetto di un controllo giurisdizionale[1]. Questa loro qualificazione indusse a collocarli in una posizione del tutto secondaria e subordinata rispetto ai diritti civili e politici[2].

Dal punto di vista concettuale, inoltre, i diritti culturali si configuravano originariamente come una categoria estremamente limitata e ristretta. Più specificatamente si può affermare che il concetto di diritti culturali che emerge dalle norme dei Patti risulta riconducibile ad una duplice logica[3]. I diritti culturali riconosciuti dall'ICESCR esprimono l'intenzione dei redattori del Patto di garantire a tutti la possibilità di fruire delle attività culturali e del progresso scientifico secondo una prospettiva che, come si vedrà più dettagliatamente in seguito, rispecchia una nozione "materialistica" della cultura. Con questa espressione si vuole fare riferimento ad una concezione di cultura che ne evidenzia l'importanza esclusivamente dal punto di vista materiale e che, pertanto, sottovaluta il ruolo che essa svolge per la costruzione dell'identità della persona.

L'ICCPR, nell'unica norma dedicata ai diritti culturali, l'art. 27, riconosce invece il diritto ad avere una propria vita culturale esclusivamente in capo a coloro che appartengono ad una minoranza, al

---

[1] A questo proposito cfr. *inter alia* VASAK, *Les différentes typologies des droits de l'homme*, in BRIBOSIA, HENNEBEL (sous la direction de), *Classer les droits de l'homme*, Bruxelles, 2004, 14; BOSSUYT, *La distinction juridique entre les droits civils et politiques et les droits économiques, sociaux et culturels*, in *RDH*, 1975, 783 ss.; VIERDAG, *The Legal Nature of the Rights Granted by the International Covenant on Economic, Social and Cultural Rights*, in *NYIL*, 1978, 69 ss.

[2] Cfr. *inter alia* DONDERS, *The Legal Framework of the Right to Take Part in Cultural Life*, in DONDERS, VOLODIN (eds.), *Human Rights in Education, Science and Culture: Legal Developments and Challenges*, Paris, 2007, 232; ID., *Towards a Right to Cultural Identity?*, School of Human Rights Research Series No. 15, Antwerp, 2002, 65; SYMONIDES, *Cultural Rights*, in SYMONIDES (ed.), *Human Rights: Concept and Standards*, Paris, 2000, 175; HANSEN, *The Right to Take Part in Cultural Life: Toward Defining Minimum Core of the Obligations Related to Article 15 (1) (a) of the International Covenant on Economic, Social and Cultural Rights*, in CHAPMAN, RUSSELL, *Core obligations: Building a Framework for Economic, Social and Cultural Rights*, Antwerp, 2002, 281; MEYER-BISCH (éd.), *Les droits culturels. Une catégorie sous-développée de droits de l'homme*, *Actes du VIIIe colloque interdisciplinaire sur les droits de l'homme*, Fribourg, 1993.

[3] WILHELM, *L'étendue des droits à l'identité à la lumière des droits autochtones*, in MEYER-BISCH (éd.), *op. cit*., 224-225.

fine di assicurare che essi possano esprimere liberamente la propria cultura[4]. In questa prospettiva il Patto, pur riconoscendo l'importanza di proteggere l'identità culturale, qualifica quest'ultima come un bene che deve essere oggetto di tutela unicamente per i membri delle minoranze che, in ragione della loro inferiorità numerica e della loro diversità etnica, religiosa o linguistica, potrebbero essere oggetto di discriminazioni da parte della popolazione maggioritaria.

Questa norma deve ritenersi particolarmente significativa in quanto espressione della tendenza, che per lungo tempo ha caratterizzato il diritto internazionale, a riconoscere il diritto all'identità culturale esclusivamente ai membri delle minoranze e delle popolazioni autoctone. Benché costoro siano certamente portatori di istanze che rendono necessaria una particolare tutela, il riconoscimento dei diritti culturali esclusivamente in capo ad essi rischia di veicolare l'idea che tali diritti non abbiano portata universale [5].

L'analisi che segue si concentrerà in particolare sul diritto di partecipare alla vita culturale (art. 15, par. 1, lett. *a*, ICESCR), poiché, come si vedrà, l'interpretazione di questo diritto ha conosciuto un importante sviluppo che risulta strettamente connesso alla ricostruzione del concetto di cultura e, conseguentemente, alla più generale nozione di diritti culturali che si sta affermando in seno al diritto internazionale.

2. A fronte della definizione di diritti culturali consacrata nei Patti internazionali, imperniata su un'accezione materialistica di cultura e sulla rilevanza dei diritti culturali delle minoranze, negli ultimi decenni numerosi studiosi hanno evidenziato l'importanza di delinearne una concezione maggiormente ampia[6], che si fonda su una nozione di cultura

---

[4] *Ibidem*.

[5] Riguardo a questa tendenza cfr. in particolare PROTT, *S'entendre sur les droits culturels* in NIEC (sous la direction de), *Pour ou contre les droits culturels?*, Paris, 2001, 277. La questione è stata ampiamente analizzata da BIDAULT, *La protection internationale des droits culturels*, Bruxelles, 2009, 59 ss.; qui l'Autrice, pur riconoscendo l'importanza degli strumenti internazionali posti a tutela dei diritti culturali delle minoranze, afferma: «Cependant, l'approfondissement du contenu des droits culturels n'a bénéficie qu'à une partie de l'humanité […] et la démarche a conduit à un désintérêt manifeste à l'égard des droits culturels universels» (79).

[6] Cfr. a questo proposito DONDERS, *The Legal Framework*, cit., 235; qui l'Autrice afferma che i diritti culturali possono essere intesi «in the narrow sense» o «in the broad sense». Nel primo caso i diritti culturali comprendono esclusivamente quei diritti che «explicitly refer to 'culture'», tra cui i diritti previsti dall'art. 27 ICCPR e dall'art. 15, par. 1, lett. *a*), ICESCR. I diritti culturali intesi in senso ampio ricomprendono, oltre a questi diritti, anche i diritti che presentano un legame con la cultura; cfr. a questo proposito anche DONDERS, *Towards a Right*, cit., 3. Per un'analoga distinzione tra concezione "broader" e "narrower" di diritti culturali, cfr. SYMONIDES, *op. cit.*, 2000, 181; ID., *The History of the Paradox of Cultural Rights and the State of the Discussion within Unesco*, in MEYER-BISCH (éd.), *op. cit.*, 52;

di derivazione cosiddetta "antropologica", secondo cui per cultura deve intendersi il modo di vivere di una persona o di un gruppo[7].

Nell'ambito della nuova accezione di diritti culturali, che è stata elaborata dalla dottrina, deve ritenersi particolarmente importante quella proposta dal Gruppo di Friburgo, un gruppo di esperti raccoltisi attorno all'*Institut interdisciplinaire d'éthique et des droits de l'homme* (IIEDH) dell'Università di Friburgo in Svizzera[8]. Gli studi dell'IIEDH e il pensiero elaborato dal Professor Patrice Meyer-Bisch, coordinatore dell'Istituto, hanno guidato l'intensa riflessione del Gruppo che, nel maggio 2007, è giunto ad elaborare la Dichiarazione di Friburgo sui diritti culturali[9]. Questa appare particolarmente rilevante, benché sia priva di valore giuridico, poiché ha avuto il merito di identificare con chiarezza i diritti culturali previsti dalle norme internazionali. Tale merito trova peraltro

---

PROTT, *Cultural Rights as Peoples' Rights in International Law*, in CRAWFORD (ed.), *The Rights of Peoples*, Oxford, 1988, 96-97; HÄUSERMANN, *The Right to Participate in Cultural Life*, in FISHER, GROOMBRIDGE, HÄUSERMANN, MITCHELL (eds.), *Human Rights and Cultural Policies in a Changing Europe. The Right to Participate in Cultural Life. Report of the European Round Table held in Helsinki 30 April-2 May 1993*, CIRCLE Publication No. 6, Helsinki, 1994, 121; EIDE, *Cultural Rights as Individual Human Rights*, in EIDE, KRAUSE, ROSAS (eds.), *Economic, Social and Cultural Rights - A textbook*, Boston, 1995, 232.

[7] Per quanto riguarda le differenti nozioni di cultura che sono state proposte risulta particolarmente interessante la distinzione elaborata da STAVENHAGEN, *Cultural Rights and Universal Human Rights*, in EIDE, KRAUSE, ROSAS (eds.), *op. cit*., 65 ss.; ID., *Cultural Rights: a Social Science Perspective*, in NIEC (ed.), *Cultural Rights and Wrongs: A Collection of Essays in Commemoration of the 50th Anniversary of the Universal Declaration of Human Rights*, Paris, 1998, 4-5; l'Autore distingue tre differenti concetti di cultura: "culture as capital", "culture as creativity" e "culture as a total way of life". Questa distinzione è stata ripresa da EIDE, *op. cit.*, 230, e da STAMATOPOULOU, *Cultural Rights in International Law: Article 27 of the Universal Declaration of Human Rights and beyond*, Boston, 2007, 108-109. Per una distinzione analoga cfr. O'KEEFE, *The "Right to Take Part in Cultural Life" under Article 15 of the ICESCR*, in *ICLQ*, 1998, 905. Altri Autori hanno fatto riferimento alla possibilità di distinguere tra un concetto di cultura in senso stretto, che ha ad oggetto le più elevate espressioni dell'intelletto e della creatività umana, quali la letteratura, la musica, l'arte, la filosofia, e un concetto di cultura più ampio, di derivazione antropologica, che include le pratiche e le conoscenze di un gruppo. A questo proposito cfr. SYMONIDES, *The History*, cit., 50-51; PROTT, *Cultural Rights*, cit., 94-95; ID., *Understanding one another on Cultural Rights*, in NIEC (ed.), *Cultural Rights*, cit., 164.

[8] Il Gruppo di Friburgo si compone di accademici ed esperti internazionali che operano nel settore dei diritti umani. Esso è nato nel 1991 al termine del VIII Colloquio interdisciplinare sui diritti dell'uomo, organizzato dall'IIEDH dell'Università di Friburgo. Riguardo alle tappe dei lavori del Gruppo di Friburgo che hanno condotto all'adozione della Dichiarazione di Friburgo, cfr. MEYER-BISCH, BIDAULT, *Déclarer les droits culturels: Commentaire de la Déclaration de Fribourg*, Zürich-Bruxelles, 2010, I Annexe, 141 ss.

[9] Un primo progetto di Dichiarazione sui diritti culturali era stato redatto per l'UNESCO nel 1998; cfr. a questo proposito MEYER-BISCH (éd.), *Les droits culturels. Un projet de déclaration*, Paris-Fribourg, 1998. A seguito di ulteriori consultazioni, nel maggio 2007, è stata presentata la versione attuale, il cui testo può essere consultato sul sito dell'IIEDH: www.unifr.ch.

riscontro nel fatto che, come si vedrà più approfonditamente in seguito, essa ha fortemente influenzato l'interpretazione elaborata dal Comitato dei diritti economici, sociali e culturali (CESCR) delle Nazioni Unite in materia di diritti culturali.

Per approfondire la concezione di diritti culturali elaborata dal Gruppo di Friburgo è, innanzitutto, necessario considerare il concetto di cultura da esso proposto. Si tratta di una definizione che si pone nel solco di quelle proclamate in alcuni importanti documenti adottati dall'UNESCO e, in particolare, nella Dichiarazione conclusiva della Conferenza mondiale sulle politiche culturali, svoltasi a Città del Messico nel 1982, e nella Dichiarazione universale sulla diversità culturale del 2001. In queste occasioni la cultura è stata definita come «l'ensemble des traits distinctifs spirituels et matériels, intellectuels et affectifs qui caractérisent une société ou un groupe social»[10] e si è posto l'accento sul fatto che essa non include solamente l'arte e le opere letterarie, ma anche i sistemi di valori, le credenze, le tradizioni e i modi di vivere di un gruppo.

Questa concezione particolarmente ampia di cultura è ripresa nella Dichiarazione di Friburgo che, tuttavia, a differenza delle precedenti, pone in evidenza che è tramite la cultura che «una persona o un gruppo esprime la propria umanità e i significati che dà alla propria esistenza e al proprio sviluppo»[11]. Si evidenzia in questo modo il legame esistente tra la cultura e la formazione dell'identità della persona. Secondo la tesi del Gruppo di Friburgo, infatti, la cultura svolge un ruolo fondamentale per la costruzione dell'identità, poiché rappresenta l'orizzonte di senso in cui il soggetto attinge i riferimenti che gli permettono di attribuire un significato e un valore alle proprie azioni e, in definitiva, alla sua esistenza[12].

Questa nozione di cultura si fonda sull'idea che i beni culturali non si esauriscano in un substrato materiale e tangibile ma che, come affermato dalla Dichiarazione Universale UNESCO sulla diversità culturale,

---

[10] Dichiarazione di Città del Messico sulle politiche culturali, Conferenza mondiale sulle politiche culturali di Città del Messico (1982); Dichiarazione Universale dell'UNESCO sulla diversità culturale (2001), V *considerando*. Giova rimarcare che il Gruppo di Friburgo ha collaborato alla redazione del testo della Dichiarazione Universale UNESCO sulla diversità culturale; cfr. UNESCO Doc. 161 EX/12, 2001, Annex, 3 ss.

[11] Art. 2, lett. *a*) della Dichiarazione di Friburgo.

[12] In relazione a questa nozione di cultura si vedano altresì BASSAND, *Développement régional et démocratie culturelle: quelques aspects d'un projet complexe*, in MEYER-BISCH (éd.), *Les droits culturels*, cit., 161 ss.; PARIOTTI, *Multiculturalismo, globalizzazione e universalità dei diritti umani*, in *Ragion Pratica*, 2006, n. 16, 63 ss.; FERRANTI, *I diritti culturali dei popoli nel sistema delle Nazioni Unite*, in questa *Rivista*, 1983, 75. In senso analogo, se pur con particolare riferimento alla cultura e all'identità culturale dei popoli cfr. WILHELM, *op. cit*., 222 ss.

essi siano «vectors of identity, values and meaning»[13]. Con questa espressione si vuole evidenziare che essi rimandano ad un complesso di significati e a un patrimonio di riferimenti e di valori che permettono al soggetto di costruire la propria identità.

I beni culturali rappresentano il veicolo per la costruzione dell'identità poiché, quando la persona si riconosce nei valori e nei significati veicolati da un bene, si identifica in essi e ne fa un riferimento a partire dal quale costruire la propria identità culturale[14].

2.1. In una prospettiva secondo cui la persona costruisce la propria identità attingendo al patrimonio di significati veicolati dalla cultura, i diritti culturali possono essere definiti come i diritti ad accedere ai riferimenti a partire dai quali la persona può costruire ed esprimere la propria identità[15]. Si tratta di una nozione estremamente ampia, tale da includere tutti i diritti che permettono di conoscere e di far propri i riferimenti che alimentano il processo di costruzione dell'identità. In estrema sintesi i diritti culturali si possono pertanto definire come i diritti all'identità.

La Dichiarazione di Friburgo qualifica come diritti culturali il diritto all'identità e al patrimonio culturale, il diritto di riferirsi (o non riferirsi) ad una o più comunità culturali, il diritto ad accedere e a partecipare alla vita culturale, il diritto all'educazione e alla formazione, il diritto all'informazione e il diritto alla cooperazione culturale.

Risulta evidente che si tratta di una nozione di diritti culturali estremamente più ampia rispetto a quella emersa durante l'elaborazione dei due Patti. Tale concezione permette di coglierne il carattere assolutamente fondante. Se si considera, infatti, che essi sono i diritti che permettono alla persona di costruire la propria identità, di esistere e di riconoscersi come tale, appare evidente che non è esagerato considerarli come il presupposto imprescindibile per l'esercizio di tutti gli altri diritti[16].

---

[13] Dichiarazione Universale dell'UNESCO sulla diversità culturale (2001), art. 8; la Dichiarazione utilizza questa espressione per definire i beni e i servizi culturali. Cfr. MEYER-BISCH, *Le droit de participer à la vie culturelle contenu et importance pour la réalisation de tous les droits de l'homme*, *paper* presentato in occasione del *General Discussion Day* sul diritto di partecipare alla vita culturale organizzato dal CESCR e svoltosi a Ginevra l'8 maggio 2008, UN Doc. E/C.12/40/8, 5.

[14] Cfr. MEYER-BISCH, BIDAULT, *op. cit.*, 30.

[15] Nella concezione elaborata dal Gruppo di Friburgo «Les droits culturels désignent les droits et libertés pour une personne, seule ou en commun, de choisir et d'exprimer son identité et d'accéder aux références culturelles, comme à autant de ressources qui sont nécessaires à son processus d'identification, de communication et de création»; cfr. al riguardo MEYER-BISCH, BIDAULT, *op. cit.*, 17.

[16] BORGHI, MEYER-BISCH (éd.), *La pierre angulaire. Le «flou crucial» des droits culturels,* Fribourg, 2001, VII ss.; qui gli Autori paragonano i diritti culturali alla *pierre-clé* che fonda il sistema dei diritti dell'uomo.

2.2 Partendo da un concetto ampio di cultura, secondo cui l'ambito culturale si configura come la dimensione onnicomprensiva che attraversa tutte le espressioni dell'esistenza umana, è possibile affermare che ogni diritto umano contiene in sé un elemento culturale, che può risultare più o meno forte e più o meno evidente[17]. In ragione del ruolo essenziale che l'elemento culturale svolge per la costruzione dell'identità della persona, diviene estremamente importante identificare la dimensione culturale che caratterizza ogni diritto umano e garantire che la messa in opera del diritto avvenga tenendo conto di tale dimensione. L'importanza di considerare la dimensione culturale di ogni diritto umano è esplicitamente affermata dalla Dichiarazione di Friburgo, che fa riferimento al concetto di adeguatezza culturale[18]. Tale espressione mira ad evidenziare che la realizzazione di ogni diritto deve essere adeguata dal punto di vista culturale: la messa in opera di un diritto non può prescindere dalle risorse culturali del contesto in cui avviene che devono, invece, essere valorizzate in tutta la loro ricchezza e rappresentare il punto di partenza per la realizzazione del diritto[19].

---

[17] Si vedano a questo proposito DONDERS, *The Legal Framework*, cit., 235; ID., *Towards a Right*, cit., 3; LEUPRECHT, *Le sous-développement des droits culturels, vu depuis le Conseil de l'Europe*, in MEYER-BISCH (éd), *Les droits culturels*, cit., 76. Particolarmente rilevante al riguardo SAAD-ZOY, BOUCHARD (sous la direction de), *Droits culturels au Maghreb et en Egypte*, Rabat, 2010, 21 ss.; il libro presenta i risultati della ricerca promossa nel 2008 dall'ARADESC (*Réseau arabe UNESCO-ISESCO de recherche-action sur les droits économiques, sociaux et culturels*) sulla situazione dei diritti culturali nei Paesi del Maghreb. Per svolgere la ricerca è stata predisposta una griglia che si fonda sulla distinzione tra i diritti culturali previsti dalla Dichiarazione di Friburgo, i diritti della Dichiarazione Universale dei diritti dell'uomo aventi «un contenu essentiellement culturel» (articoli 18, 19 e 21), e i diritti aventi una dimensione culturale (articoli 4, 5, 6, 7, 8, 9, 10, 11, 12, 13, 14, 15, 16, 17, 20, 22, 23, 24, 25). La presente elencazione permette facilmente di constatare che tutti i diritti sanciti dalla Dichiarazione Universale dei diritti dell'uomo sono riconducibili ad una di queste categorie e che, pertanto, tutti i diritti che non sono qualificabili come diritti specificatamente culturali, presentano un contenuto culturale ovvero una dimensione culturale.

[18] Si vedano al riguardo il V *considerando* e l'art. 1 della Dichiarazione di Friburgo.

[19] Cfr. in questo senso MEYER-BISCH, BIDAULT, *op. cit.*, 29-30. Tale principio ha delle importanti implicazioni nell'ambito della cooperazione allo sviluppo; a questo proposito si vedano GANDOLFI, MEYER-BISCH, TOPANOU (sous la direction de), *L'éthique de la coopération internationale et l'effectivité des droits humains. Actes du Colloque international et inter-institutionnel (Bergamo, Italie, 12-14 mai 2005)*, Paris, 2006. Particolarmente rilevante al riguardo il Documento di Bergamo, *Principi di etica della cooperazione internazionale valutata secondo l'effettività dei diritti dell'uomo*, elaborato dalla Cattedra UNESCO Diritti dell'uomo ed Etica della Cooperazione Internazionale dell'Università di Bergamo e dalla Cattedra UNESCO per i Diritti dell'Uomo e la Democrazia dell'Università di Friburgo, in collaborazione con i loro partner (documento disponibile sul sito www.data.unibg.it); si veda in particolare il punto 2 dedicato alla *Funzione specifica dei diritti culturali*, in cui si afferma: «L'etica dello sviluppo si fonda sulla valorizzazione della diversità culturale che garantisce non solo la valorizzazione delle risorse costitutive del patrimonio comune dell'umanità, ma garantisce anche a ogni persona e ad ogni comunità il diritto di scegliere i

L'esigenza di considerare la dimensione culturale dei diritti umani, permette di evidenziare che il diritto all'identità culturale e i diritti culturali non si pongono in contrasto con il principio dell'universalità dei diritti umani. L'universalità dei diritti non deve intendersi, infatti, come sinonimo di un'applicazione omogenea e generalizzata ma implica, al contrario, che la loro realizzazione si fondi sulla valorizzazione della diversità culturale del contesto in cui avviene. Il principio dell'adeguatezza culturale permette di individuare il corretto significato da attribuire al principio dell'universalità dei diritti umani: essi sono universalmente riconosciuti, ma la loro realizzazione non è omogenea, poiché si fonda sulle risorse culturali del contesto in cui avviene[20].

3. La riflessione che, negli ultimi anni, si è sviluppata attorno al concetto di diritti culturali ha fortemente influenzato l'interpretazione elaborata dal Comitato dei diritti dell'uomo (HRC) e dal Comitato dei diritti economici, sociali e culturali (CESCR) in materia di diritti culturali. A partire dagli anni '90, infatti, entrambi i Comitati hanno fatto riferimento ad una nozione di cultura che ha permesso di giungere ad un'accezione di diritti culturali estremamente differente e innovativa rispetto a quella che si era affermata nel corso dell'elaborazione della Dichiarazione universale e dei Patti.

Tale evoluzione risulta evidente analizzando l'interpretazione formulata in relazione all'articolo 27 ICCPR e, in misura ancor più significativa, all'art. 15, par. 1, lett. *a*) ICESCR.

Dall'analisi dei commenti e delle comunicazioni adottati dallo HRC, in relazione all'art. 27 ICCPR, emerge l'affermarsi di una concezione particolarmente inclusiva di cultura e di identità culturale, che ha permesso al Comitato di ricondurre ai diritti culturali delle minoranze un ampio novero di diritti[21].

---

valori culturali costitutivi di ciò che esse considerano come una ricchezza da raggiungere nel loro sviluppo». A questo proposito risulta estremamente rilevante anche il documento elaborato dall'IIEDH dell'Università di Friburgo, *L'approccio basato sui diritti dell'uomo nello sviluppo. Un rinnovamento grazie alla considerazione dei diritti culturali?* (DS 19), liberamente consultabile sul sito www.unifr.ch.

[20] In relazione alla tematica dell'universalità dei diritti umani e al ruolo dei diritti culturali cfr. MARIE, *L'universalité des droits de l'homme revisitée par la diversité culturelle*, in VINCENT (sous la direction de), *La partition des cultures. Droits culturels et droits de l'homme*, Strasbourg, 2008, 379 ss.

[21] Si richiama a questo proposito il *General Comment* 23 (1994) sui diritti delle minoranze in cui il Comitato ha affermato che la cultura «can manifests itself in many forms» (CCPR/C/21/Rev.1/Add.5, par. 7). Risulta poi estremamente rilevante quanto affermato dal Comitato in relazione a quelle attività che, oltre a rappresentare un mezzo di sostentamento per i membri di una minoranza, costituiscono «an essential element» della loro cultura; cfr. a questo proposito i casi: *I. Kitok c. Sweden*, communication 197/1985,

Occorre al tempo stesso evidenziare che, in più occasioni, il Comitato ha ribadito che, benché la titolarità dei diritti culturali previsti dall'art. 27 spetti ai singoli, essi sono finalizzati ad assicurare la sopravvivenza delle minoranze stesse e non il pieno sviluppo dell'identità culturale della persona[22].

Nel proseguo del lavoro ci si concentrerà sull'analisi dell'interpretazione elaborata dal CESCR riguardo all'art. 15, par. 1, lett. *a*) ICESCR, che, riferendosi a diritti individuali, appare maggiormente significativa.

3.1 L'analisi dei *Travaux Préparatoires*[23] mostra che i redattori dell'ICESCR volevano elaborare una norma che garantisse a tutti il diritto di accedere alla cultura, superando la prospettiva secondo cui essa fosse monopolio di una ristretta cerchia di persone[24]. La cultura era,

---

CCPR/C/33/D/197/1985 (1988), par. 9.2; *Chief Bernard Ominayak and the Lubicon Lake Band c. Canada*, communication 167/1984, CCPR/C/38/D/167/1984 (1990); *Ilmari Lansman et al. c. Finland*, communication 511/1992, CCPR/C/52/D/511/1992 (1994), par. 9.2; *Jouni E. Lansman et al. c. Finland*, communication 671/1995, CCPR/C/58/D/671/1995 (1996), par. 10.2; *Apirana Mahuika et al. c. New Zealand*, communication 547/1993, CCPR/C/70/D/547/1993 (2000), par. 9.3. Riguardo all'ampia nozione di cultura elaborata dal Comitato, cfr. in dottrina BURCHILL, *Minority Rights*, in CONTE, BURCHILL, *Defining Civil and Political Rights: The jurisprudence of the United Nations Human Rights Committee*, Farnham, 2009, 272; DONDERS, *Do cultural diversity and human rights make a good match?*, in *ISSJ*, 2010, 22; ID., *Towards a Right*, cit., 189. Per quanto concerne, più in generale, la tematica relativa alla tutela delle minoranze nel diritto internazionale cfr. *inter alia* PENTASSUGLIA, *Minorités en droit International*, Strasbourg, 2004; LA ROSA, *Evoluzione e prospettive della protezione delle minoranze nel diritto internazionale e nel diritto europeo*, Milano, 2006; PUSTORINO, *Questioni in materia di tutela delle minoranze nel diritto internazionale ed europeo*, in *St. Int. Eur.*, 2006, 259-279.

[22] L'importanza che la tutela delle minoranze assume nella *ratio* dell'art. 27 emerge chiaramente in quanto affermato nel citato *General Comment* 23, laddove si precisa che la tutela dei diritti da esso previsti «is directed towards ensuring the survival and continued development of the cultural, religious and social identity of the minorities concerned» (par. 9). Questo aspetto della norma emerge in maniera maggiormente evidente in alcuni pareri del Comitato in cui si è ritenuto che una limitazione dei diritti del singolo membro della minoranza sia da ritenersi ammissibile qualora risulti finalizzata a tutelare il benessere della minoranza nel suo complesso e si fondi su una giustificazione ragionevole e oggettiva; cfr. i casi *Sandra Lovelace c. Canada*, communication 24/1977, CCPR/C/13/D/24/1977 (1981), par.17; *I. Kitok c. Sweden*, cit., par. 9.8; *Apirana Mahuika et al. c. New Zealand*, cit., par. 9.6. A questo proposito si vedano in dottrina LA ROSA, *op. cit.*, 91 ss.; in senso analogo si vedano anche POCAR, *Note sulla giurisprudenza del Comitato dei diritti dell'uomo in materia di minoranze*, in BARTOLE, OLIVETTI RASON, PEGORARO (a cura di), *La tutela giuridica delle minoranze*, Padova, 1998, 39; LENZERINI, *Riflessioni sul valore della diversità culturale nel diritto internazionale*, in questa *Rivista*, 2001, 677.

[23] Cfr. CRAVEN, *The Right to Culture in the International Covenant on Economic, Social and Cultural Rights*, in FISHER, GROOMBRIDGE, HÄUSERMANN, MITCHELL (eds.), *op. cit.*, 162.

[24] A questo proposito cfr. tra gli altri UN Doc. A/C.3/SR.796, par. 15 in cui si riferisce che il rappresentante dell'URSS evidenziò: «Culture would not cease to be the privilege of a minority until education was available for the masses». In questo senso cfr. in dottrina

pertanto, ricondotta esclusivamente a quelle che erano considerate le espressioni più nobili ed elevate dell'attività creativa e intellettuale dell'uomo, quali l'arte, la letteratura, la filosofia, la musica[25]. In questa prospettiva essa era concepita come un bene materiale cui lo Stato avrebbe dovuto garantire a tutti la possibilità di accedere e di fruire, grazie alla realizzazione di infrastrutture quali teatri, scuole e biblioteche.

Si tratta di un'accezione che, pur non negando l'importanza della cultura, la riduce ad una dimensione eccessivamente materialistica e patrimonialistica, che non permette di cogliere il ruolo che essa svolge in relazione alla costruzione dell'identità della persona.

La nozione di cultura, che emerge dai *Travaux Préparatoires*, ha conosciuto un importante sviluppo nella prassi seguita dal CESCR negli anni successivi all'approvazione dell'ICESCR[26].

Un primo momento che caratterizza significativamente questa evoluzione è rappresentato dalle Linee Guida, adottate nel 1991 dal Comitato, per disciplinare la redazione dei Rapporti annuali che gli Stati devono presentare ai sensi degli articoli 16 e 17 del Patto[27].

Dall'analisi delle Linee Guida emerge un concetto di cultura che, pur mantenendo ancora traccia degli aspetti materialistici che avevano

---

O'KEEFE, *op. cit.*, 904-922; DONDERS, *Towards a Right*, cit., 150; ID., *Cultural life*, cit.; WILHELM, *op. cit.*, 224-225.

[25] Appare particolarmente significativa a questo proposito la dichiarazione della delegazione indiana che evidenziò che l'obiettivo della bozza di Patto era «to recognize the loftiest aspects of culture» e specificò che la norma sulla partecipazione alla vita culturale si riferisce «to culture in its most intellectual and organized aspectes» (UN Doc. A/C.3/SR.796, paragrafi 18 e 19). Si vedano anche le dichiarazioni di alcune delegazioni che, per dimostrare che il diritto a partecipare alla vita culturale era garantito all'interno dei propri ordinamenti, fecero riferimento all'esistenza di biblioteche, teatri e cinema (delegazione della Cecoslovacchia, UN Doc. A/C.3/SR.795, par. 6) e alla presenza di borse di studio volte a promuovere la conoscenza delle arti, delle scienze e della letteratura (delegazione delle Filippine, UN Doc. A/C.3/SR.796, par. 27). Benché tra i redattori fosse certamente prevalsa una nozione di cultura limitata all'arte e alla letteratura, occorre evidenziare che alcune delegazioni fecero riferimento ad una concezione più ampia, definendo la cultura come «the expression of a civilisation and a way of life» (delegazione dell'India, UN Doc. A/C.3/SR.796, par. 18), il cui scopo è quello «to form the mind and the personality» (delegazione del Pakistan, UN Doc. A/C.3/SR.796, par. 12).

[26] Cfr. in questo senso in dottrina DONDERS, *Cultural life*, cit., 4 ss.; O'KEEFE, *op. cit.*, 916; GRONI, *Right to take part in cultural life*, *paper* presentato in occasione del *General Discussion Day* sul diritto di partecipare alla vita culturale organizzato dal CESCR e tenutosi a Ginevra l'8 maggio 2008, UN Doc. E/C.12/40/3, 4. In questo senso si veda altresì FERRANTI, *op. cit.*, 76 ss.

[27] Direttive Generali riviste riguardanti la forma e il contenuto dei rapporti presentati dagli Stati parte conformemente agli articoli 16 e 17 dell'ICESCR, UN Doc. E/C.12/1991/1.

dominato i *Travaux Préparatoires*, risponde ad una visione maggiormente ampia ed inclusiva[28].

Al riguardo risulta particolarmente degno di nota che nelle Linee Guida si chiedesse agli Stati di fornire informazioni riguardo alla «promotion of cultural identity as a factor of mutual appreciation among individuals, groups, nations and regions»[29]. Si tratta di un'affermazione molto significativa in quanto da essa emerge il legame esistente tra la cultura e la costruzione dell'identità.

Volendo evidenziare i principali momenti che hanno condotto all'affermarsi di un concetto più ampio di cultura, è necessario richiamare altresì il *General Discussion Day*, organizzato nel 1992, sul diritto di partecipare alla vita culturale. Nel *working paper*, elaborato da Konaté, uno dei membri del Comitato, da cui prese avvio la discussione, si evidenziò la tendenza a ricondurre la cultura ai soli «external aspects»[30] che la caratterizzano (opere d'arte, musei, biblioteche) e si sottolineò che tale nozione assume una connotazione fortemente «materialist or even mercantilist»[31] che la rende estremamente restrittiva. Nel *paper* si affermò, pertanto, la necessità di superare questa visione e di porre in evidenza che la cultura svolge un ruolo fondamentale nel sistema dei diritti umani poiché risulta strettamente connessa alla dignità umana.

L'importanza di elaborare una nuova nozione di cultura fu espressa anche da altri membri del Comitato che proposero un concetto estremamente ampio di cultura, tale da ricomprendere tutte le attività umane che caratterizzano il modo di vivere[32] di una persona o di un gruppo e che ne esprimono i valori e la visione del mondo[33]. Deve ritenersi estremamente

---

[28] Per un commento in questo senso in dottrina cfr. DONDERS, *Towards a Right*, cit., 150; ID., *The Legal Framework*, cit., 249; ID., *Cultural life*, cit., 4; O'KEEFE, *op. cit.*, 913.

[29] UN Doc. E/C.12/1991/1, art. 15, par.1, lett. *c*). Cfr. in questo senso DONDERS, *Towards a Right*, cit., 151; qui l'Autrice sottolinea che il riferimento all'identità culturale «as a factor of mutual appreciation» è espressione di una concezione di identità molto più ampia rispetto a quella che considera i soli aspetti materiali della cultura.

[30] UN Doc. E/C.12/1992/SR.17, par. 6.

[31] *Ibidem.*

[32] *Ibidem*, par. 17, intervento di Mrs. Bonoan-Dandan. Questo intervento risulta molto significativo poiché in esso si afferma un concetto di cultura estremamente ampio tale da ricomprendere «language, non-verbal communication, oral and written literature, song, religion or belief systems which included rites and ceremonies, material culture, including methods of production or technology, livelihoods, the natural and man-made environment, food, clothing, shelter, the arts, customs and traditions consisting of practices, behaviour and institutions which reflected the norms of social order by which members of the community abided freely, plus a world view representing the totality of a person's encounter with the external forces affecting his life and that of his community. Those fundamental elements of culture distinguished man from beasts».

[33] *Ibidem*, par. 32, intervento di Mr. Mratchkov che evidenzia che il diritto di partecipare alla vita culturale si compone di due elementi: «right to the creation of cultural values,

significativo che, in questa occasione, i membri del Comitato avessero evidenziato che la partecipazione alla vita culturale svolge un ruolo fondamentale per la costruzione dell'identità e del senso di appartenenza della persona e che, in quanto tale, essa si pone come «a central pillar of human rights»[34].

Una nuova concezione, maggiormente ampia ed inclusiva, del diritto di partecipare alla vita culturale emerge altresì nelle Linee Guida per la redazione dei Rapporti annuali, adottate dal CESCR nel novembre 2008, per sostituire quelle del 1991[35]. Le nuove Linee Guida, pur facendo ancora riferimento alle «institutional infrastructure»[36], si caratterizzano infatti per la presenza di alcuni elementi fortemente innovativi. A differenza delle Linee Guida precedenti, in cui si faceva riferimento alla sola partecipazione alla vita culturale, in questa occasione il Comitato introduce, accanto all'elemento della partecipazione, anche quello dell'accesso alla vita culturale. Si tratta di un aspetto particolarmente significativo, poiché esso sarà ripreso e approfondito nel *General Comment* 21 sul diritto di partecipare alla vita culturale.

Deve ritenersi rilevante che, nelle Linee Guida, si chieda agli Stati di «Indicate the measures taken to protect cultural diversity»[37], riconoscendo quindi importanza alle diverse identità culturali, presenti all'interno della società, ed evidenziando la necessità di tutelarle.

Risulta inoltre di rilievo che le Linee Guida chiedano agli Stati di specificare le misure adottate per «promote awareness of the cultural heritage of ethnic, religious or linguistic minorities and of indigenous communities, and create favorable conditions for them to preserve, develop, express and disseminate their identity, history, culture, language, traditions and customs»[38]. Dalle affermazioni delle Linee Guida si delinea un concetto di vita culturale che ricomprende la storia, la lingua, le tradizioni e i costumi e, più in generale, l'identità culturale delle comunità.

Occorre d'altra parte notare che, nel paragrafo citato, si richiama esclusivamente l'identità culturale delle minoranze e delle comunità autoctone; sotto questo profilo permane, quindi, la tendenza a qualificare

---

literary, artistic and scientific: in a word, spiritual values» e il diritto di beneficiare dei valori culturali creati. Si veda altresì l'intervento di Mrs. Bonoan-Dandan, al par. 17, in cui si afferma che «Culture at the same time mirrored and shaped the economic, social, civil and political life of a community».

[34] *Ibidem*, par. 52, intervento di Mr. Fofanà. Si veda a questo proposito anche l'intervento di Mrs. Bonoan-Dandan al par. 18.

[35] UN Doc. E/C.12/2008/2.

[36] *Ibidem*, par. 67.

[37] *Ibidem*, par. 68.

[38] *Ibidem*.

la cultura e il patrimonio culturale come un aspetto che riguarda principalmente coloro che appartengono a determinati gruppi.

Nell'ambito di questa disamina ci sembra importante svolgere un brevissimo cenno a quanto affermato dal Comitato nelle *Concluding Observations* e nelle *Lists of Issues*, adottate in occasione dell'esame dei Rapporti presentati dagli Stati ai sensi degli articoli 16 e 17 ICESCR.

La riflessione maturata, nel corso degli anni, in seno al Comitato circa l'importanza di aderire ad una concezione maggiormente ampia e inclusiva di cultura ha, infatti, trovato ampio riscontro nelle *Concluding Observations* e nelle *Lists of Issues*. In esse il diritto di partecipare alla vita culturale si configura come un diritto dal contenuto estremamente ampio che ricomprende una pluralità di aspetti, tra i quali possiamo in particolare richiamare il diritto ad utilizzare la propria lingua[39], ad accedere ai luoghi di culto e a praticare la propria religione[40], a disporre e a gestire le proprie terre e le risorse naturali che vi si trovano[41].

---

[39] Ampia attenzione è stata riservata alla necessità che le lingue minoritarie siano presenti all'interno del sistema scolastico, sia come lingue di insegnamento che come lingue oggetto di studio; a questo proposito ci sembra importante indicare, tra le varie *Lists of Issues*, gli spunti presenti nei seguenti paragrafi: Panama, UN Doc. E/C.12/Q/PAN/1 (2000), par. 43; Irlanda, UN Doc. E/C.12/Q/IRE/2 (2001), par. 36; Regno Unito, UN Doc. E/C.12/Q/UK/2 (2001), par. 39; Guatemala, UN Doc. E/C.12/Q/GTM/1 (2003), par. 27; Repubblica Islamica dell'Iran, UN Doc. E/C.12/IRN/Q/2 (2012), par. 32; Slovacchia, UN Doc. E/C.12/SVK/Q/2 (2011), par. 29; Repubblica Moldava, UN Doc. E/C.12/MDA/Q/2 (2010), par. 37; Giappone, UN Doc. E/C.12/JPN/Q/3 (2012), par. 29. In più occasioni si è evidenziato che il diritto di potersi esprimere nella propria lingua materna davanti alle corti e ai tribunali e, più in generale nei rapporti con le istituzioni pubbliche, si configura come un elemento del diritto di partecipare alla propria vita culturale; a questo proposito si richiamano in particolare *Concluding Observations* Norvegia, UN Doc. E/C.12/1995/13 (1995), par. 9; *List of Issues* Ecuador, UN Doc. E/C.12/Q/EQU/1 (2003), par. 31; Finlandia, UN Doc. E/C.12/FIN/Q/5 (2006), par. 18; Belgio, UN Doc. E/C.12/BEL/Q/3 (2007), par. 23; India, UN Doc. E/C.12/IND/Q/5 (2007), par. 51; Israele, UN Doc. E/C.12/ISR/Q/3 (2010), par. 37; Regno Unito, UN Doc. E/C.12/GBR/Q/5 (2008), par. 35; Polonia, UN Doc. E/C.12/POL/Q/5 (2009), par. 32. In numerose circostanze il Comitato ha altresì sottolineato l'importanza che esistano delle trasmissioni radio-televisive e delle pubblicazioni di giornali, riviste e documenti nelle lingue minoritarie; cfr. a questo proposito *Concluding Observations* Iraq, UN Doc. E/C.12/1994/6 (1994), par. 13; *List of Issues* Siria, UN Doc. E/C.12/Q/SYR/1 (2000), par 32; Georgia, UN Doc. E/C.12/Q/GEO/2 (2001), par. 40; Estonia UN Doc. E/C.12/Q/EST/1 (2001), par. 34; Guatemala, UN Doc. E/C.12/Q/GTM/1 (2003), par. 29; Grecia, UN Doc. E/C.12/Q/GRC/1 (2003), par. 37; Austria, UN Doc. E/C.12/Q/AUT/1 (2004), par. 33; Albania, UN Doc. E/C.12/Q/ALB/1 (2005), par. 38; Francia, UN Doc. E/C.12/FRA/Q/3 (2007), par. 31; Regno Unito, UN Doc. E/C.12/GBR/Q/5 (2008), par. 34; Polonia, UN Doc. E/C.12/POL/Q/5 (2009), par. 32.

[40] In alcune occasioni il Comitato non ha mancato di qualificare l'esercizio della religione come un elemento riconducibile alla vita culturale; particolarmente significative in questo senso le *Concluding Observations*, adottate in relazione al Rapporto presentato dall'Olanda nel 1998, in cui il Comitato ha affermato che «the construction of places of worship for the various religions practiced in the Netherlands is of considerable importance […] in contributing to the realization of the right to take part in cultural life»; cfr. *Concluding*

Più in generale è importante rimarcare che, coerentemente con quanto indicato nelle Linee Guida del 2008, il CESCR tende oggi a riservare una particolare attenzione alla promozione della diversità culturale, qualificandola come un aspetto strettamente connesso al diritto di partecipare alla vita culturale[42].

Observations Olanda, UN Doc. E/C.12/1/Add.25 (1998), par. 9. Questo importante riconoscimento ha trovato riscontro anche in alcune *Lists of Issues*; si segnalano al riguardo Filippine, UN Doc. E/C.12/PHL/Q/4 (2008), par. 45; Israele, UN Doc. E/C.12/ISR/Q/3 (2010), par. 38; Congo, UN Doc. E/C.12/COG/Q/1 (2012), par. 46.

[41] A questo proposito giova evidenziare che, specialmente a partire dagli anni 2000 e a seguito dell'adozione del *General Comment* 21 sul diritto di partecipare alla vita culturale, il Comitato ha ampiamente riconosciuto che le pratiche tradizionali delle popolazioni indigene, legate all'utilizzo delle terre e delle risorse naturali, rappresentano un'espressione importante della loro identità culturale. A questo proposito si vedano in particolare *Concluding Observations* Camerun, UN Doc. E/C.12/CMR/CO/2-3 (2012), par. 33; Argentina UN Doc. E/C.12/ARG/CO/3 (2011), par. 25; Repubblica Democratica del Congo, UN Doc. E/C.12/COD/CO/4 (2009), par. 36; Madagascar, UN Doc. E/ C.12/MDG/CO/2 (2009), par. 33; Ciad, UN Doc. E/C.12/TCD/CO/3 (2009), par. 35; Paraguay UN Doc. E/C.12/PRY/CO/3 (2008), par. 34; Federazione Russa UN Doc. E/C.12/RUS/CO/5 (2011), par. 34; Australia UN Doc. E/C.12/AUS/CO/4 (2009), par. 33. Al riguardo si vedano altresì la *List of Issues* in cui il Comitato ha richiesto agli Stati di fornire informazioni riguardo alle misure adottate al fine di tutelare i diritti dei popoli indigeni «to their traditional lands and resources» (Nuova Zelanda, UN Doc. E/C.12/NZL/Q/3, 2011, par. 19) e di garantire loro "il controllo" su queste risorse (Norvegia, UN Doc. E/C.12/Q/NOR/2, 2004, par. 13). Questa prassi del CESCR risente certamente anche di quanto affermato dal Comitato per i diritti umani riguardo all'art. 27 ICCPR (si veda *supra*, par. 3).

[42] Dalle affermazioni del Comitato risulta evidente che l'art. 15, par. 1, lett. *a*), implica la necessità di tutelare e valorizzare la diversità culturale; appaiono particolarmente significative in questo senso le *Concluding Observations* Belgio UN Doc. E/C.12/BEL/CO/3 (2008), par. 37, in cui il Comitato ha raccomandato allo Stato «to recognize the need to protect the cultural diversity of all minority groups residing in its territory, in accordance with the provisions of article 15 of the Covenant». Questo aspetto è stato ampiamente evidenziato, in particolar modo nelle *Lists of Issues* in cui, specialmente negli ultimi anni, il Comitato ha frequentemente richiesto agli Stati di indicare le misure adottate per proteggere e promuovere la diversità culturale; si vedano al riguardo in particolare *List of Issues* Bulgaria, UN Doc. E/C.12/BGR/Q/4-5 (2011), par. 34; Spagna, UN Doc. E/C.12/ESP/Q/5 (2011), par. 25; Germania, UN Doc. E/C.12/DEU/Q/5 (2010), par. 30; Turkmenistan, UN Doc. E/C.12/TKM/Q/1 (2010), par. 33; Colombia, UN Doc. E/C.12/COL/Q/5 (2009), par. 42; Kazakhistan, UN Doc. E/C.12/KAZ/Q/1 (2009), par. 53; Cambogia, UN Doc. E/C.12/KHM/Q/1 (2009), par. 50; Madagascar, UN Doc. E/C.12/MDG/Q/2 (2009), par. 40; Repubblica di Corea, UN Doc. E/C.12/KOR/Q/3 (2009), par. 47; Irlanda, UN Doc. E/C.12/Q/IRE/2 (2001), par. 33. Deve ritenersi particolarmente significativo che nelle *Concluding Observations* e nelle *Lists of Issues* si sottolinei ampiamente la necessità che i mezzi di comunicazione, i programmi scolastici e tutte le attività culturali valorizzino e accolgano la diversità culturale. Per quanto riguarda in particolare l'ambito educativo, il Comitato ha più volte messo l'accento sull'importanza di promuovere la diversità culturale nella scuola, garantendo che il patrimonio culturale delle minoranze sia "integrato" nei programmi scolastici e rafforzando l'educazione alla diversità culturale e ai diritti umani; si vedano a questo proposito in particolare *Concluding Observations* Brasile, UN Doc. E/C.12/BRA/CO/2 (2009), par. 33, lett. b); *List of Issues* Guinea Equatoriale, UN Doc. E/C.12/GNQ/Q/1 (2012), par. 37;

Occorre d'altra parte rilevare che, concordemente con le indicazioni delle Linee Guida, nella maggior parte dei casi la tutela della diversità culturale e i diritti che il CESCR riconduce al diritto di partecipare alla vita culturale, sono riferiti esclusivamente agli appartenenti a determinate categorie di persone, quali le minoranze o le popolazioni indigene, piuttosto che essere qualificati come diritti universalmente applicabili.

L'analisi del diritto previsto dall'art. 15, par. 1, lett. *a*) ICESCR non può prescindere dal considerare quanto affermato dal CESCR nel *General Comment* 21 (2009) relativo al diritto di partecipare alla vita culturale[43].

Come si illustrerà più approfonditamente in seguito, esso rappresenta una svolta estremamente significativa, non solo per quanto riguarda l'interpretazione del diritto di partecipare alla vita culturale, ma rispetto all'intera tematica dei diritti culturali[44].

Uno degli aspetti più rilevanti del *General Comment* è rappresentato dal fatto che in questa occasione il Comitato accoglie un concetto di cultura estremamente inclusivo e ne pone in evidenza l'aspetto evolutivo e dinamico[45]. Richiamando le definizioni di cultura accolte in alcuni importanti strumenti adottati dall'UNESCO e la riflessione elaborata al riguardo dalla dottrina e, in particolare dal Gruppo di Friburgo[46], il

---

Camerun, UN Doc. E/C.12/CMR/Q/2-3 (2010), par. 33; Estonia, UN Doc. E/C.12/EST/Q/2 (2010), par. 27; Israele, UN Doc. E/C.12/ISR/Q/3 (2010), par. 39; India, UN Doc. E/C.12/IND/Q/5 (2007), par. 46; Irlanda, UN Doc. E/C.12/Q/IRE/2 (2001), par. 33.

[43] Per un commento al riguardo cfr. ODELLO, *The Right to Take Part to Cultural Life: General Comment No. 21 of the United Nations Committee on Economic, Social and Cultural Rights*, in *AEDI*, 2011, 493 ss.; VITIELLO, *Il diritto di partecipare alla vita culturale nella prassi recente del Comitato sui diritti economici, sociali e culturali*, in *DUDI*, 2010, 438 ss.; cfr. altresì PEDRAZZI, *La tutela della diversità culturale nel diritto internazionale*, in ZAGATO, VECCO (a cura di), Le *culture dell'Europa, l'Europa della cultura*, Milano, 2011, 27; PINESCHI, *Cultural Diversity as a Human Right? General Comment No 21 of the Committee on Economic, Social and Cultural Rights*, in BORELLI, LENZERINI (eds.), *Cultural Heritage, Cultural Rights, Cultural Diversity: New Developments in International Law*, Leiden, 2012, 29 ss.

[44] Cfr. in particolare VITIELLO, *op. cit*., 438; PINESCHI, *op. cit*., 52-53; qui l'Autrice evidenzia che il *General Comment* ha rappresentato una svolta particolarmente significativa in vista del riconoscimento del diritto all'identità culturale.

[45] Il Comitato ha dimostrato di riconoscere importanza alla dinamica che caratterizza l'elemento culturale in più punti del *Comment*; a questo proposito risulta estremamente significativo il par. 11, in cui si afferma: «The expression "cultural life" is an explicit reference to culture as a living process, historical, dynamic and evolving, with a past, a present and a future». Tale riconoscimento emerge anche nel par. 41 in cui, riferendosi agli effetti della globalizzazione, il Comitato ha sottolineato: «Cultures have no fixed borders». A questo proposito ci sembra significativo ricordare che anche la Special Rapporteur per i diritti culturali ha in più occasioni sottolineato il carattere evolutivo e dinamico della cultura; cfr. UN Doc. A/HRC/14/36, paragrafi 6 e 10, e UN Doc. A/HRC/17/38, par. 5.

[46] Cfr. UN Doc. E/C.12/GC/21, *General Comment* 21 (2009), par. 10, nota 12; qui il Comitato richiama la definizione di cultura sancita nel V par. del Preambolo della Dichiarazione

Comitato infatti afferma che: «culture is a broad, inclusive concept encompassing all manifestations of human existence»[47] e «encompasses, inter alia, ways of life, language, oral and written literature, music and song, non-verbal communication, religion or belief systems, rites and ceremonies, sport and games, methods of production or technology, natural and man-made environments, food, clothing and shelter and the arts, customs and traditions through which individuals, groups of individuals and communities express their humanity and the meaning they give to their existence, and build their world view representing their encounter with the external forces affecting their lives»[48].

Come si è visto, questa accezione di cultura aveva già iniziato ad affermarsi nei precedenti atti del Comitato e, in occasione dell'adozione del *General Comment*, trova un pieno riconoscimento formale.

La riflessione maturata nel corso degli anni sulla tematica dei diritti culturali ha influenzato il contenuto del *Comment*, non solo per quanto concerne la definizione di cultura accolta dal Comitato, ma anche in relazione al legame, che esso ravvisa, tra la cultura e la formazione dell'identità della persona.

A tal proposito rileva innanzitutto che, definendo la cultura, il Comitato affermi che essa ricomprende tutte quelle attività umane attraverso cui le persone e le comunità «express their humanity and the meaning they give to their existence and build their world view». La frase permette chiaramente di evidenziare che la cultura svolge un ruolo fondamentale per la costruzione dell'identità, poiché include quei significati e quei valori in cui la persona trova i riferimenti che le permettono di attribuire un senso a ciò che la circonda.

Il legame tra cultura e formazione dell'identità della persona emerge, in misura ancora più forte, laddove il Comitato sottolinea che il diritto all'educazione permette «the transmission […] of common cultural and moral values in which the individual and society find their identity»[49].

Universale dell'UNESCO sulla diversità culturale del 2001, e l'art. 2, lett. *a*) della Dichiarazione di Friburgo in cui si afferma che «il termine "cultura" copre i valori, le credenze, le convinzioni, le lingue, i saperi e le arti, le tradizioni, istituzioni e modi di vita tramite i quali una persona o un gruppo esprime la propria umanità e i significati che dà alla propria esistenza e al proprio sviluppo».

[47] Cfr. *ibidem*, par. 11.

[48] *Ibidem*, par. 13. Appare significativo evidenziare che questa definizione sia stata richiamata anche nel primo Rapporto presentato dalla Special Rapporteur per i diritti culturali; cfr. UN Doc. A/HRC/14/36, paragrafi 6 e 9.

[49] *Ibidem*, par. 26. Occorre a questo proposito evidenziare che, a differenza del *General Comment* 13 (1999) sul diritto all'educazione, in cui si era affermato che l'educazione svolge un ruolo importante per lo sviluppo della persona, in occasione del *General Comment* 21, il Comitato ha evidenziato il legame esistente tra il diritto all'educazione e la formazione

Con tale espressione, il CESCR qualifica chiaramente i valori culturali come i riferimenti che permettono alla persona e alla comunità di costruire la propria identità.

Coerentemente con la prospettiva in esame, il Comitato, richiamando quanto sancito nella Dichiarazione Universale dell'UNESCO sulla diversità culturale e nella Convezione UNESCO per la protezione e la promozione della diversità delle espressioni culturali, afferma che i beni e i servizi culturali si caratterizzano per avere, non solo un valore economico, ma anche un'importante dimensione culturale che si ricollega alla loro capacità di diventare «vectors of identity, values and meaning»[50].

Secondo la concezione adottata dal Comitato, quindi, la cultura rappresenta un complesso di pratiche e di attività che, in ragione della loro capacità di esprimere un senso e un significato, costituiscono i riferimenti che permettono alla persona di costruire la propria identità[51].

È proprio in considerazione del ruolo che la cultura svolge per la formazione dell'identità della persona che il Comitato, nel *General Comment*, qualifica sempre l'identità come "culturale", quasi a voler evidenziare che l'identità della persona ha un legame imprescindibile con la sua cultura.

In conclusione, si può affermare che l'importanza riconosciuta ai diritti culturali per la protezione della dignità della persona, è riconducibile al fatto che questi diritti hanno ad oggetto «a cultural choice and, as such, should be recognized, respected and protected on the basis of equality»[52]. In ragione del ruolo che la cultura svolge per la formazione dell'identità della persona, si può affermare che la «cultural choice»[53] de-

---

dell'identità della persona, affermando che l'educazione «enable children to develop their personality and cultural identity».

[50] *Ibidem*, par. 49, lett. b); in senso analogo si veda il par. 43.

[51] Il ruolo che la cultura svolge per la formazione dell'identità della persona è stato ampiamente evidenziato dalla Special Rapporteur per i diritti culturali fin dai suoi primi rapporti; cfr. a questo proposito il suo primo Rapporto, in cui ha affermato, richiamando il pensiero di Meyer-Bisch, che «Cultural rights protect the rights for each person, individually and in community with others, as well as groups of people, to develop and express their humanity, their world view and the meanings they give to their existence and their development through, inter alia, values, beliefs, convictions, languages, knowledge and the arts, institutions and ways of life. They may also be considered as protecting access to cultural heritage and resources that allow such identification and development processes to take place» (UN Doc. A/HRC/14/36, par. 9). Questo aspetto emerge anche nel secondo Rapporto, relativo al diritto di avere accesso al patrimonio culturale, in cui la Special Rapporteur ha evidenziato che il patrimonio culturale si caratterizza per essere l'insieme dei riferimenti tramite i quali le persone e le comunità elaborano la propria visione del mondo e dell'esistenza e danno un senso a ciò che le circonda e, dunque, a partire dai quali costruiscono la propria identità (UN Doc. A/HRC/17/38, par. 6).

[52] UN Doc. E/C.12/GC/21, *General Comment* 21 (2009), par. 7.

[53] *Ibidem*.

ve essere tutelata in quanto permette alla persona di costruire la propria identità in modo libero e autonomo e, conseguentemente, di divenire consapevole dei propri diritti e di esercitarli. Dalle affermazioni del Comitato si può, pertanto, dedurre che i diritti che proteggono la "*cultural choice*" di una persona o di un gruppo rappresentano il presupposto fondamentale per il pieno esercizio di tutti i diritti dell'uomo.

3.2 L'aspetto maggiormente rilevante del *General Comment* risiede in quanto affermato riguardo al contenuto del diritto di partecipare alla vita culturale e agli obblighi che derivano in capo agli Stati a fronte di esso. Di seguito si cercherà di evidenziare che il Comitato ha definito il diritto di partecipare alla vita culturale come un diritto dal contenuto estremamente complesso e articolato, tale da ricomprendere il diritto all'identità culturale e i diritti qualificati dalla dottrina come diritti culturali.

Per dimostrare l'assunto occorre considerare, innanzitutto, il paragrafo del *General Comment* dedicato al contenuto del diritto di partecipare alla vita culturale, in cui il Comitato afferma che tale diritto si caratterizza per avere tre *components*[54]: la partecipazione (lett. *a*), l'accesso (lett. *b*) e il contributo alla vita culturale (lett. *c*). Ciascuna di queste tre componenti "*covers*"[55] (o "*refers to*"[56]) una pluralità di diritti.

Si può ritenere che i diritti ricondotti dal Comitato alla partecipazione, all'accesso e al contributo alla vita culturale derivino direttamente dal diritto di partecipare alla vita culturale e rappresentino dei presupposti necessari alla sua attuazione. Per evidenziare la natura del rapporto esistente tra questi diritti e il diritto di partecipare alla vita culturale occorre svolgere alcune considerazioni preliminari riguardo alla struttura dei *Comments*.

Nel 1999 il Comitato delineò uno schema preciso da seguire in occasione dell'elaborazione dei *General Comment*s, prevedendo che una parte di essi fosse dedicata all'identificazione degli obblighi esistenti, in capo agli Stati, in relazione al diritto oggetto del *General Comment*[57]. Contestualmente la tesi, originariamente elaborata in dottrina[58], secondo cui tutti i diritti umani comportano in capo agli Stati un triplice ordine di

---

[54] *Ibidem*, par. 15.

[55] *Ibidem*, par. 15, lett. *a*) e *b*).

[56] *Ibidem*, par. 15, lett. *c*).

[57] Cfr. Rapporto Annuale CESCR 2000, UN Doc. E/2000/22, Allegato IX.

[58] Questa tesi fu elaborata in dottrina da SHUE, *Basic Rights: subsistence, affluence and U.S. foreign policy*, Princeton, 1992; rilevante al riguardo anche il contributo di EIDE, *Le droit à une alimentation suffisante en tant que droit de l'homme*, UN Doc. E/CN.4/Sub.2/1987/23, par. 66 ss.; ID., *Rapport actualisant l'étude sur le droit à l'alimentation*, UN Doc. E/CN.4/Sub.2/1998/9, par. 8 ss., ripreso successivamente in ID., *Le droit à une alimentation suffisante et le droit d'être à l'abri de la faim*, UN Doc. E/CN.4/Sub.2/1999/12, par. 52.

obbligazioni, cominciò a trovare accoglimento nei *General Comments* del Comitato. In occasione del *General Comment* 12 (1999) sul diritto al cibo, il Comitato affermò infatti che tale diritto, analogamente a tutti gli altri diritti umani, «imposes three types or levels of obligations on States parties»[59]: si tratta delle obbligazioni di rispettare (*to respect*), di proteggere (*to protect*), di adempiere (*to fulfil*)[60]; quest'ultima obbligazione, a sua volta, comprende gli obblighi di facilitare l'esercizio del diritto (*to facilitate*) e di assicurarne l'esercizio (*to provide*)[61].

Nei successivi *General Comment*s, il Comitato non si è limitato a dare una definizione delle differenti categorie di obblighi individuate, ma ne ha approfondito il contenuto, indicando alcuni degli adempimenti, che lo Stato deve porre in essere, per dare attuazione a ciascuna di esse[62].

Tale premessa si rende necessaria per analizzare compiutamente gli obblighi individuati dal Comitato nel *General Comment* 21, in relazione al diritto di partecipare alla vita culturale.

Analogamente ai precedenti *Comment*s il Comitato, anche in questa occasione, dopo aver definito in via generale le differenti tipologie di obbligazioni, individua quelle che sono riconducibili a ciascuna categoria. Tuttavia questo *Comment* presenta un importante elemento di differenziazione rispetto agli altri, che risulta estremamente innovativo: riguardo all'obbligazione di rispettare, infatti, si precisa che essa «includes the adoption of specific measures aimed at achieving respect for the right of everyone, individually or in association with others or within a community or group»[63]; l'affermazione è seguita dall'individuazione di una serie di diritti alle lett. *a*)-*e*) del medesimo paragrafo.

Si tratta di una formulazione estremamente significativa che mai era stata utilizzata dal Comitato. Nei precedenti *General Comments* il CESCR, come si è visto, ha specificato il contenuto delle diverse categorie di obbligazioni, illustrando alcuni degli adempimenti che lo

---

[59] UN Doc. E/C.12/1999/5, *General Comment* 12 (1999), par. 15.

[60] Nella versione inglese si utilizza il termine "*fulfil*" e in quella francese l'espressione "*donner effet*"; cfr. UN Doc. E/C.12/1999/5, *General Comment* 12 (1999), par. 15.

[61] Per la traduzione italiana di "*provide*", la dottrina utilizza anche il termine fornire; cfr. al riguardo COSTAMAGNA, *Realizzazione progressiva dei diritti economici, sociali e culturali e migliore utilizzo delle risorse disponibili*, in *DUDI*, 2008, 166.

[62] Cfr. *inter alia* UN Doc. E/C.12/2000/4, *General Comment* 14 (2000) sul diritto alla salute, par. 34 ss.; qui si afferma: «In particular, States are under the obligation to respect the right to health by, inter alia, refraining from denying or limiting equal access for all persons […]». UN Doc. E/C.12/GC/19, *General Comment* 19 (2005) sul diritto alla sicurezza sociale, par. 43, in cui si precisa: «The obligation to respect requires that States parties refrain from interfering directly or indirectly with the enjoyment of the right to social security. The obligation includes, inter alia, refraining from engaging in any practice or activity that, for example, denies or limits equal access to adequate social security» (par. 44).

[63] UN Doc. E/C.12/GC/21, *General Comment* 21 (2009), par. 49.

Stato deve porre in essere per garantire ad esse attuazione; in nessun caso tuttavia il Comitato ha individuato le misure necessarie per assicurare il rispetto di diritti differenti da quello che costituisce oggetto specifico del *Comment*. Nel caso del *General Comment* 21, invece, il Comitato afferma che l'adempimento dell'obbligo di rispettare richiede che lo Stato adotti le misure necessarie a garantire la realizzazione dei diritti identificati alle lett. *a*)-*e*). L'obbligazione di rispettare che, tradizionalmente si caratterizza per essere negativa, assume in questa occasione un contenuto positivo, poiché ha ad oggetto l'adozione delle misure che consentono di realizzare i diritti indicati.

Il CESCR individua un ampio complesso di diritti, che risultano strettamente connessi gli uni con gli altri e che concorrono a definire il contenuto dell'obbligo di rispettare esistente, in capo agli Stati, a fronte del diritto di partecipare alla vita culturale.

La descrizione degli obblighi di proteggere e di adempiere riprende, invece, lo schema tradizionalmente utilizzato nei precedenti *General Comment*s: il Comitato, infatti, specifica le misure che lo Stato deve adottare per dare adempimento agli obblighi identificati, ma non individua degli ulteriori diritti.

Quanto affermato in relazione agli obblighi di rispettare, di proteggere e di adempiere ci consente di precisare il significato da attribuire ai diritti che il Comitato riconduce alle tre componenti del diritto di partecipare alla vita culturale.

Occorre rimarcare, infatti, che i diritti individuati in relazione alla partecipazione, all'accesso e al contributo alla vita culturale (par. 15) sono gli stessi diritti che, successivamente, il Comitato identifica come oggetto dell'obbligo di rispettare (par. 49)[64]. In ragione di questa corrispondenza, si può ritenere che i diritti individuati dal Comitato ai paragrafi 15 e 49 derivino direttamente dal diritto di partecipare alla vita culturale e rappresentino i presupposti necessari per la sua realizzazione[65].

---

[64] A titolo di esempio si può richiamare il diritto di scegliere la propria identità che il Comitato individua quale elemento della partecipazione (UN doc. E/C.12/GC/21, *General Comment* 21 (2009), par. 15, lett. *a*) e, successivamente riconduce all'obbligazione di rispettare, affermando: «The obligation to respect includes the adoption of specific measures aimed at achieving respect for the right of everyone, individually or in association with others or within a community or group: To freely choose their own cultural identity» (UN doc. E/C.12/GC/21, *General Comment* 21 (2009), par. 49, lett. *a*).

[65] Dall'analisi dei paragrafi del *Comment* si può affermare che il diritto di partecipare alla vita culturale ricomprende il diritto di scegliere la propria identità culturale, il diritto di identificarsi o meno in una o più comunità culturali e di modificare la propria scelta, il diritto di esercitare le proprie pratiche culturali e il proprio modo di vita, i diritti concernenti le terre ancestrali e le risorse naturali dei popoli autoctoni, il diritto di esprimersi nella lingua di propria scelta, il diritto di partecipare attivamente allo sviluppo culturale della propria comunità e di prendere parte all'elaborazione, all'applicazione e alla valutazione delle

Giova rimarcare che i diritti individuati dal Comitato corrispondono ai diritti che la dottrina, adottando una concezione ampia e onnicomprensiva di cultura, ha qualificato come culturali e che sono stati identificati nella Dichiarazione di Friburgo. Ci sembra estremamente significativo notare che sia il par. 15 che il par. 49 facciano riferimento innanzitutto al diritto di scegliere la propria identità culturale: in ragione della concezione di cultura adottata dal Comitato e del ruolo che esso ha attribuito alla cultura per la costruzione dell'identità della persona, il diritto di scegliere la propria identità culturale si configura come il fondamento del diritto di partecipare alla vita culturale e di tutti gli altri diritti culturali di seguito individuati.

3.3 Nel *General Comment* 21 il Comitato utilizza ripetutamente l'espressione «cultural appropriateness»[66], per indicare che la realizzazione di un diritto deve essere adeguata rispetto al contesto culturale in cui avviene.

La tematica della dimensione culturale dei diritti umani e il principio dell'adeguatezza culturale sono già stati oggetto di analisi in alcuni dei precedenti *Comments*.

Tale principio è stato affermato per la prima volta nel *General Comment* 4 (1991) relativo al diritto ad un alloggio adeguato[67]. In questa occasione il Comitato evidenziò che, l'importanza e il valore dell'alloggio non sono riconducibili esclusivamente alla sua utilità materiale, ma anche alla sua capacità di esprimere un'appartenenza culturale; conseguentemente, per determinare se un alloggio possa considerarsi sufficiente ai fini delle disposizioni del Patto, occorre valutare una pluralità di fattori, tra i quali la «cultural adequacy»[68].

---

decisioni che la concernono e che hanno un impatto sull'esercizio dei propri diritti culturali, il diritto di ricercare e sviluppare delle conoscenze e delle espressioni culturali e di condividerle con gli altri, il diritto alla libertà di creazione, il diritto di ricercare, ricevere e trasmettere informazioni e idee, il diritto di accedere e beneficiare del proprio patrimonio culturale, il diritto di ricevere un insegnamento di qualità che tenga conto della propria identità culturale, il diritto di conoscere la propria e le altre culture attraverso l'educazione e l'informazione.

[66] UN Doc. E/C.12/GC/21, *General Comment* 21 (2009), par. 16, lett. *e*).

[67] UN Doc. E/1992/23, Annexe 3, *General Comment* 4 (1991). Per un commento riguardo a questo *General Comment* si veda BESTAGNO, *Gli obblighi internazionali in materia di abitazione adeguata*, in BESTAGNO (a cura di), *I diritti economici, sociali e culturali. Promozione e tutela nella comunità internazionale*, Milano, 2009, 93 ss.

[68] UN Doc. E/1992/23, Annexe 3, *General Comment* 4 (1991), par. 8, lett. g). Pare peraltro interessante osservare che se la versione francese utilizza l'espressione "le respect du milieu culturel", quella inglese parla di "cultural adequacy", inaugurando l'espressione che sarà successivamente utilizzata dal Comitato.

Analogamente nei *General Comments* relativi al diritto al cibo[69] e all'acqua[70], il Comitato sottolineò che il cibo e l'acqua non si configurano come beni meramente economici, ma presentano una dimensione culturale molto rilevante, di cui si deve tenere conto quando se ne valuta l'adeguatezza[71].

Il concetto dell'adeguatezza culturale è stato affermato anche nei *General Comments* concernenti il diritto all'educazione[72] e alla salute[73].

Individuando gli elementi costitutivi di tali diritti, il Comitato evidenziò che essi devono essere rispettosi della cultura di coloro che ne sono titolari[74]. In questa prospettiva è, in particolare, necessario che lo Stato adotti le misure volte ad assicurare che l'educazione e i servizi sanitari siano conformi alle esigenze delle minoranze e delle popolazioni indigene[75].

Nel *General Comment* 21 il principio dell'adeguatezza culturale è stato maggiormente sviluppato richiamando, non solo quanto affermato nei precedenti *Comments*, ma anche i principi sanciti al riguardo nella Dichiarazione di Friburgo[76].

In questa occasione il Comitato afferma che l'attuazione dei diritti può avere «an impact on cultural life and cultural diversity» e che, pertanto, la realizzazione del diritto deve essere "pertinente" e adeguata

---

[69] UN Doc. E/C.12/1999/5, *General Comment* 12 (1999); per un commento sul diritto al cibo cfr. GESTRI, *Il diritto all'alimentazione*, in BESTAGNO (a cura di), *op. cit.*, 35.

[70] UN Doc. E/C.12/2002/11, *General Comment* 15 (2002).

[71] In relazione al diritto al cibo il Comitato ha sottolineato che, in ragione di quel complesso di «perceived non nutrient-based values» che non attengono al nutrimento in senso stretto, per valutare se un cibo possa ritenersi adeguato occorre considerare anche l'aspetto culturale (E/C.12/2002/11, *General Comment* 15 (2002), par. 11). Per quanto riguarda il diritto all'acqua appare degno di nota che nel *General Comment* l'acqua sia esplicitamente definita un "cultural good" (E/C.12/2002/11, *General Comment* 15 (2002), par. 11); in tale prospettiva per valutare se l'approvvigionamento d'acqua sia adeguato non è sufficiente fare riferimento solo a parametri tecnici o quantitativi, ma è necessario considerare una pluralità di criteri, tra i quali l'adeguatezza culturale dei servizi e delle strutture che forniscono l'acqua. Deve ritenersi molto significativo che, sia nel *General Comment* relativo al diritto al cibo che in quello riguardante il diritto all'acqua, il Comitato, richiamando l'obbligazione degli Stati di cooperare per fornire un aiuto alimentare in situazioni di urgenza, abbia affermato che esso deve essere «culturally acceptable» per la popolazione destinataria (UN Doc. E/C.12/2002/11, *General Comment* 15 (2002), par. 39, e UN Doc. E/C.12/2002/11, *General Comment* 15 (2002), par. 34).

[72] UN Doc. E/C.12/1999/10, *General Comment* 13 (1999).

[73] UN Doc. E/C.12/2000/4, *General Comment* 14 (2000).

[74] UN Doc. E/C.12/1999/10, *General Comment* 13 (1999), par. 6, lett. *c*) e *d*); UN Doc. E/C12/2000/4, *General Comment* 14 (2000), par. 12, lett. *c*)

[75] UN Doc. E/C.12/1999/10, *General Comment* 13 (1999), par. 50; UN Doc. E/C12/2000/4, *General Comment* 14 (2000), par. 27, qui il Comitato sottolinea la necessità di tenere conto delle modalità di cura tradizionali praticate dalle popolazioni autoctone.

[76] Cfr. UN Doc. E/C.12/GC/21, *General Comment* 21 (2009), par. 16, lett. *e*), nota 16, in cui il Comitato richiama l'art. 1, lett. *e*) della Dichiarazione di Friburgo.

al contesto culturale in cui avviene, rispettando la cultura e i diritti culturali di coloro che vi vivono[77].

4. L'analisi svolta consente di affermare che il concetto di diritti culturali che emerse in occasione dell'elaborazione della Dichiarazione Universale per i diritti dell'uomo e dei due Patti Internazionali ha conosciuto, a partire dagli anni '90, un significativo cambiamento che è stato ampiamente influenzato dall'intensa riflessione dottrinale maturata al riguardo.

Assolutamente paradigmatico in questo senso è lo sviluppo che ha caratterizzato l'art. 15, par. 1, lett. *a*) ICESCR, relativo al diritto di partecipare alla vita culturale. L'interpretazione del diritto di partecipare alla vita culturale è stata oggetto di un'importante evoluzione, caratterizzata dall'affermarsi di una accezione di cultura e di vita culturale estremamente più inclusive, rispetto a quelle che erano state definite durante i *Travaux Préparatoires*[78]. Tale concezione cominciò a delinearsi a partire dagli anni '90, in particolare a seguito delle posizioni espresse dai partecipanti alla Discussione Generale organizzata nel 1992. La Discussione Generale aprì la strada per l'elaborazione di un concetto di cultura più ampio, che ha trovato graduale accoglimento nelle *Concluding Observations* e nelle *Lists of Issues*, adottate dal Comitato, e che è stato definitivamente formalizzato nel *General Comment* 21 sul diritto di partecipare alla vita culturale del 2009.

Nel quadro di tale evoluzione il *General Comment* 21 rappresenta la svolta maggiormente significativa poiché ha influito non solo in relazione alla tutela del diritto di partecipare alla vita culturale, ma per quanto riguarda, più in generale, la definizione del contenuto dei diritti culturali e la possibilità di garantire ad essi un'adeguata tutela.

Tra gli elementi maggiormente innovativi del *Comment* possiamo identificare in particolare due aspetti.

In primo luogo, con l'adozione del *General Comment* la nozione materialistica di cultura, che si era affermata in occasione dei *Travaux Préparatoires* del Patto e che a lungo ne caratterizzò l'interpretazione, può ritenersi definitivamente superata a favore di una concezione che risulta fortemente influenzata dalla riflessione elaborata dalla dottrina al

---

[77] UN Doc. E/C.12/GC/21, *General Comment* 21 (2009), par. 16, lett. *e*). A questo proposito occorre da ultimo segnalare che la Special Rapporteur per i diritti culturali, nel suo primo Rapporto, ha sottolineato l'importanza di approfondire la questione relativa alla dimensione culturale dei diritti dell'uomo e, a questo proposito, ha richiamato quanto affermato al riguardo dalla Dichiarazione di Friburgo e dai *General Comments* adottati dal CESCR.

[78] Cfr. in questo senso in dottrina, DONDERS, *Towards a Right*, cit., 144 ss.; ID, *Cultural life*, cit.

riguardo e che, in particolare, recepisce la definizione elaborata nella Dichiarazione di Friburgo. Il Comitato accoglie una nozione antropologica di cultura, secondo cui essa ricomprendere tutte le attività umane che esprimono il modo di vivere di una persona o di un gruppo e che si pongono in stretta correlazione con la costruzione e la manifestazione della loro identità.

Un ulteriore aspetto, estremamente rilevante, attiene a quanto affermato dal CESCR in relazione al contenuto del diritto di partecipare alla vita culturale.

La formulazione particolarmente innovativa che, come si è visto, caratterizza la definizione delle obbligazioni statuali nel *General Comment* 21, ci consente di affermare che i diritti individuati dal Comitato in relazione alle componenti del diritto di partecipare alla vita culturale (partecipazione, accesso e contributo), sono strettamente connessi a quest'ultimo.

Il diritto di partecipare alla vita culturale si configura pertanto come un diritto dal contenuto composito, che ricomprende il diritto all'identità culturale e tutti gli altri diritti culturali, intesi secondo la concezione "ampia" elaborata dalla dottrina.

L'adozione del *General Comment* ha rappresentato la prima occasione in cui questi diritti sono stati espressamente riconosciuti e hanno trovato una collocazione chiara e ben definita nel diritto internazionale dei diritti umani: essi risultano ora riconducibili al diritto di partecipare alla vita culturale, sancito dall'art. 15, par. 1, lett. *a*) e, in quanto tali, possono essere tutelati.

In questo senso si può ritenere che, a seguito di quanto affermato dal CESCR nel *General Comment* 21, l'art. 15, par. 1, lett. *a*) ICESCR si rivela uno strumento estremamente efficace per garantire piena tutela al diritto all'identità culturale e a tutti i diritti culturali degli individui[79].

---

[79] A questo proposito, occorre ricordare che il 5 maggio 2013 è entrato in vigore il Protocollo Facoltativo all'ICESCR, adottato nel 2008 dall'Assemblea Generale. La piena operatività del Protocollo consentirà di assicurare una migliore tutela dei diritti culturali, compresi quei diritti che il Comitato, in occasione del *General Comment* 21, ha ricondotto al diritto di partecipare alla vita culturale. Per un commento generale riguardo all'adozione del Protocollo si vedano in dottrina, tra gli altri, MAHON, *Progress at the Front: The Draft Optional Protocol to the International Covenant on Economic, Social and Cultural Rights*, in *HRLR*, 2008, 617 ss.; WILSON, *Quelques réflexions sur l'adoption du Protocole facultatif se rapportant au Pacte international relatif aux droits économiques, sociaux et culturels des Nations Unies*, in *RTDH*, 2009, 296 ss.; VANDENBOGAERDE, VANDENHOLE, *The Optional Protocol to the International Covenant on Economic, Social and Cultural Rights: An Ex Ante Assessment of its Effectiveness in Light of the Drafting Process*, in *HRLR*, 2010, 207 ss.; DE SCHUTTER, *Le Protocole facultatif au Pacte international relatif aux droits économiques, sociaux et culturels*, in *RBDI*, 2006, 2 ss.; DE ALBUQUERQUE, *Chronicle of an Announced Birth: the Coming into Life of the Optional Protocol to the International Covenant on Economic, Social and Cultural Rights: The Missing Piece of the International Bill of Human*

A guisa di conclusione si può quindi affermare che, nell'ambito del diritto internazionale dei diritti umani, l'interpretazione del concetto di cultura ha conosciuto un'importante evoluzione grazie alla riflessione, maturata da parte della dottrina e in seguito accolta da parte del CESCR. Questo sviluppo ha preso le mosse dal diritto di partecipare alla vita culturale – essendo questo uno dei pochi diritti previsti dalla Dichiarazione Universale e dai due Patti, in cui si fa esplicito riferimento alla cultura – ma, al tempo stesso, ha permesso di delineare una nuova nozione dei diritti culturali.

Il *General Comment* 21 segna il momento conclusivo dell'evoluzione che ha caratterizzato in questi anni l'interpretazione del diritto di partecipare alla vita culturale ma, contemporaneamente, definisce l'inizio di una nuova fase per la tutela del diritto all'identità culturale e dei diritti culturali ampiamente intesi.

ABSTRACT

The Evolution of the Right to Take Part in Cultural Life and of the Cultural Rights Concept in International Law

The Universal Declaration of Human Rights, the International Covenant on Civil and Political Rights and the International Covenant on Economic, Social and Cultural Rights provide some articles protecting cultural rights. Nevertheless, at the time of their adoption, this category of rights was extremely underdeveloped compared to other human rights. Over the years the concept of cultural rights has experienced a significant evolution due to studies conducted by renowned scholars, such as the members of the Fribourg Group. The interpretation of the right to take part in cultural life, recognized in Article 15, par. 1(a), of the International Covenant on Economic, Social and Cultural Rights, is emblematic. During its Travaux préparatoires culture was approached from a materialistic and narrow vision which was focused on art, literature, music. Since the 90's, the International Committee on Economic, Social and Cultural Rights started adopting an anthropologic concept of culture emphasising the link between culture and human identity. The General Comment 21 of the Committee completely adopted this perspective, opening some new important ways for the protection of cultural rights. In this occasion, the right to cultural identity

---

Rights, in *HRQ*, 2010, 144 ss.; GARGIULO, *La tutela internazionale dei diritti economici, sociali e culturali: nuovi possibili sviluppi?*, in *DUDI*, 2007, 149 ss.; ID., *Il protocollo facoltativo al Patto sui diritti economici, sociali e culturali*, in VENTURINI, BARIATTI (a cura di), *Diritti individuali e giustizia internazionale. Liber Fausto Pocar*, Milano, 2009, 341 ss.

and other cultural rights, broadly understood, are identified as components of the right to take part in cultural life.

OSSERVATORIO EUROPEO

PARLAMENTO E COMMISSIONE: IL DIFFICILE EQUILIBRIO FRA RAPPRESENTANZA E GOVERNABILITÀ NELL'UNIONE EUROPEA

ANDREA GRATTERI

SOMMARIO: 1. Introduzione. – 2. Il risultato elettorale tra scarsa affluenza, dinamiche nazionali e dimensione europea. – 3. La grande coalizione come sbocco naturale di un sistema politico altamente pluralistico. – 4. Ventotto sistemi elettorali: uniformi? – 4.1. L'assenza, e l'importanza, della soglia di sbarramento: i casi isolati di Spagna e Germania. – 5. L'elezione del Presidente della Commissione: spinte presidenzialiste e parlamentarismo consensuale. – 5.1. Il mancato legame elettorale fra candidati alla Presidenza e liste in competizione. – 5.2. Il ruolo e la composizione politica del Consiglio Europeo come limite alla legittimazione diretta del Presidente della Commissione. – 5.3 Il Parlamento Europeo si caratterizza per il suo essere rappresentante dei cittadini, ma anche degli Stati. – 6. Conclusione: *questa volta è diverso?*

1. Le elezioni europee dello scorso mese di maggio rappresentano il primo passaggio democratico-istituzionale dell'articolato procedimento attraverso cui si arriverà, nell'arco dei prossimi mesi, alla ridefinizione del quadro di governo dell'Unione Europea.

I Governi dei ventotto Paesi membri sono chiamati a confrontarsi all'interno del Consiglio Europeo con la volontà espressa dagli elettori e rappresentata dal Parlamento Europeo al fine di coagulare una maggioranza (assoluta) attorno al nome del nuovo Presidente della Commissione. Questo procedimento decisionale, per la prima volta caratterizzato dalla presentazione di candidature alla Presidenza della Commissione, poggia su due centri di potere politico ispirati da un criterio rappresentativo differente, se non divergente. Nonostante l'ambiziosa sintesi del primo comma dell'art. 10 TUE secondo cui «il funzionamento dell'Unione si fonda sulla democrazia rappresentativa», ci si deve infatti confrontare con i suoi corollari: *i cittadini sono direttamente rappresentati nel Parlamento europeo* e *gli Stati sono rappresentati nel Consiglio europeo e nel Consiglio* (secondo comma).

LA COMUNITÀ INTERNAZIONALE FASC. 2/2014 pp. 237-260
EDITORIALE SCIENTIFICA SRL

In questo quadro, il Parlamento Europeo composto dai rappresentanti dei cittadini vorrebbe essere la sede della sovranità popolare in quanto legittimato direttamente dagli elettori e caratterizzato dall'appartenenza a un gruppo politico degli eletti; mentre il Consiglio Europeo, dove siedono gli Stati, è inevitabilmente il luogo della (ri)emersione degli interessi nazionali, capaci di travalicare le linee di appartenenza alle famiglie politiche europee.

Il rapporto dialettico fra Parlamento e Consiglio Europeo nel procedimento di formazione della Commissione è solo in parte riconducibile alle tradizionali dinamiche delle forme di governo parlamentari: la crescente parlamentarizzazione del rapporto fra Parlamento e Commissione, infatti, continua ad essere influenzata dal peso del Consiglio Europeo che si sovrappone alle divisioni politiche che caratterizzano il Parlamento. Solamente la mediazione politica fra le posizioni dei partiti politici europei e dei Governi nazionali può condurre all'individuazione di un punto di equilibrio soddisfacente[1].

2. Nel 2014, per la prima volta in trentacinque anni di elezioni dirette del Parlamento Europeo, l'affluenza complessiva non è calata, attestandosi a circa il 43 per cento degli aventi diritto al voto, lo stesso minimo livello del 2009[2], con le consuete forti disomogeneità fra i ventotto Paesi membri: in Belgio, dove il voto è obbligatorio, ha votato circa il 90% degli elettori mentre in Slovacchia hanno partecipato soltanto 13 elettori su cento.

Fin da quando nel 1979 gli elettori britannici snobbarono le prime elezioni dirette dell'Assemblea di Strasburgo il *refrain*, non del tutto ingiustificato, è sempre il medesimo: la bassa affluenza è sinonimo di disinteresse degli elettori per le istituzioni Europee. O forse di disillusione per le politiche dell'Unione[3].

In ogni caso, l'interruzione di una linea di tendenza negativa non può che essere valutata positivamente, anche se solo il tempo potrà dimostrare il suo vero significato e non è escluso che questo sia il livello

---

[1] In proposito v. BONVICINI, *Verso una nuova procedura di nomina del Presidente della Commissione europea: i documenti della Commissione e del Parlamento europeo*, in *La Cittadinanza europea*, 2/2013, 119 ss. che vede nella presentazione di candidature alla Presidenza della Commissione un tentativo di riequilibrare i rapporti inter-istituzionali in favore del Parlamento Europeo.

[2] Secondo le stime non ufficiali pubblicate sul sito del Parlamento Europeo l'affluenza è stata del 43 per cento nel 2009 e del 43,09 per cento nel 2014.

[3] Sul tema v. SCHLEICHER, *What if Europe Held an Election and No One Cared?*, in *HILJ*, 2011, 109 ss.

fisiologico di partecipazione con cui confrontarsi su di un piano continentale.

Il dato più significativo in relazione all'affluenza, probabilmente, risiede nella elevata variabilità fra i ventotto Paesi membri. Notoriamente l'elettorato dei Paesi dell'Europa orientale ha sempre dimostrato scarso interesse per le elezioni del Parlamento Europeo, determinando una sorta di divisione fra un blocco centro-occidentale di *Paesi a partecipazione elettorale medio-alta* e un blocco orientale di *Paesi a bassa partecipazione elettorale*. Tutti i Paesi dell'Europa orientale[4] si collocano sotto la media del 43,09 per cento con l'eccezione (marginale) della Lituania, dove ha votato il 44,9 per cento degli elettori. Sull'altro versante[5] l'eccezione è rappresentata dai Paesi Bassi (unico fra i fondatori sotto la media), dal Regno Unito, dal Portogallo e dalla Finlandia, con una sostanziale conferma delle tendenze in atto nel 2009.

Questa disomogeneità di fondo è legata, da un lato, alle diverse abitudini del corpo elettorale e, dall'altro, può essere influenzata da situazioni politiche contingenti (quali una concomitanza con altri appuntamenti elettorali). In ogni caso essa si riflette, sommandosi alla scarsa affluenza complessiva, sulla legittimazione democratica del Parlamento Europeo: poiché i singoli parlamentari risultano eletti sulla base di un consenso di dimensione fortemente variabile in termini assoluti da Paese a Paese, si possono riscontrare forti differenze.

Il principio secondo cui la «rappresentanza dei cittadini è garantita in modo degressivamente proporzionale» fissato dall'art. 14 TUE implica una prima distorsione in conseguenza della quale i Paesi più piccoli sono sovrarappresentati rispetto a quelli di maggiori dimensioni come stabilito dalla decisione del Consiglio Europeo del giugno 2013[6] che ha definito il numero di parlamentari da eleggersi in ciascuno Stato membro: «di modo che ciascun deputato al Parlamento europeo di uno Stato membro più popolato rappresenti più cittadini di ciascun deputato di uno Stato membro meno popolato ma, al contempo, più uno Stato membro è popolato, più abbia diritto a un numero di seggi elevato».

---

[4] In particolare si tratta di Repubblica ceca (19,5%); Estonia (36,4%); Lettonia (30%); Ungheria (28,9%); Polonia (22,7%); Slovenia (20,9%); Slovacchia (13%); Bulgaria (35%); Romania (32%); Croazia (25%) cui si aggiungono Paesi Bassi (37%); Regno Unito (36%); Portogallo (34,5%) e Finlandia (40,9%).

[5] In particolare sono sopra la media: Belgio (90%); Danimarca (56,4%); Germania (47,9%); Irlanda (51,6%); Francia (43,5%); Italia (60%); Lussemburgo (90%); Grecia (58%), Spagna (45,9%); Svezia (48,8%), Austria (45,7%); Cipro (44%); Lituania (44,9%); Malta (74%). I dati non sono ufficiali e sono tratti dal sito del Parlamento Europeo, www.europarl.europa.eu.

[6] Decisione del Consiglio Europeo 2013/312/UE del 28 giugno 2013, che stabilisce la composizione del Parlamento europeo.

Al fine di effettuare un confronto fra dati omogenei è opportuno quindi procedere a un'analisi che coinvolga Paesi che eleggono una rappresentanza uguale come, ad esempio, Italia e Regno Unito.

In entrambi si eleggono 73 parlamentari europei, sulla base di una popolazione pressoché equivalente; tuttavia, sulla base della diversa affluenza registrata in occasione delle elezioni dello scorso maggio, in Italia, i votanti sono stati 28.908.004 mentre nel Regno Unito soltanto 16.545.762. Conseguentemente ogni parlamentare eletto in Italia risulta, in media, legittimato dal voto di circa 396 mila elettori, contro i circa 226 mila del Regno Unito.

Questo dato potrebbe anche non essere considerato idoneo a qualsivoglia valutazione inerente la legittimazione democratica dei parlamentari eletti che, indubbiamente, è riconducibile non alla quantità di voti ottenuti in termini assoluti ma al rapporto (in percentuale) con le altre liste di candidati in competizione e alla dimensione della circoscrizione in cui sono eletti.

Si deve però tenere conto di un altro elemento: i parlamentari eletti nelle circoscrizioni elettorali nazionali sono chiamati, all'interno dell'Assemblea di Strasburgo, ad iscriversi a un gruppo politico. Fra le grandi famiglie politiche europee l'unica che consente una comparazione omogenea fra Italia e Regno Unito – per rimanere nel quadro esemplificativo sopra tracciato – è quella dei Socialisti e democratici cui sono affiliati il Partito democratico italiano e il Partito laburista britannico. Il Partito democratico con 11.172.861 voti (pari al 40,8%) ha ottenuto 31 seggi mentre il *Labour* con 4.020.646 voti (24,4%) ha ottenuto 20 seggi. Ogni seggio del Partito democratico corrisponde quindi a circa 360 mila voti mentre ogni seggio laburista corrisponde a circa 201 mila voti. I rapporti di forza all'interno del gruppo dei Socialisti e democratici ne saranno sicuramente influenzati: i democratici italiani non solo hanno più seggi dei laburisti britannici, ma hanno anche quasi il triplo dei voti in termini assoluti.

Questo esempio, particolarmente chiaro in virtù dell'omogeneità di fondo che caratterizza i dati, mette in luce distorsioni e situazioni di disequilibrio che riguardano tutti i Paesi e tutti i gruppi.

3. Il sistema politico europeo, da sempre, si caratterizza per una elevata frammentazione che segue le linee di divisione nazionali e che, solo in parte, è compensata dalla presenza dei partiti politici europei cui tutti i principali partiti nazionali sono affiliati[7].

---

[7] Cfr. BARDI, CALOSSI, *Verso uno spazio politico europeo? La questione democratica a livello di Unione Europea*, in BONVICINI (a cura di), *Il Parlamento europeo per la nuova Unione*, Roma, 2014, 73 ss.

Le dinamiche interpartitiche possono essere valutate secondo due prospettive principali: il rapporto che lega i partiti di una stessa famiglia politica e che si riflette nella formazione dei gruppi parlamentari (quindi fra partiti *ideologicamente affini*) e il rapporto che intercorre fra partiti appartenenti a famiglie fra loro in competizione (e quindi fra partiti *ideologicamente contrapposti*).

Il rapporto fra partiti ideologicamente affini, sul piano istituzionale, appare innanzitutto influenzato dal risultato elettorale conseguito da ciascuno. In particolare, il peso di ciascuna delegazione – che, in parte, è predefinito dalla dimensione del Paese di origine – è direttamente influenzato dal successo elettorale conseguito. Da un lato, i partiti nazionali affiliati a un medesimo partito europeo sono "alleati" nel tentativo di conseguire il più ampio successo, dall'altro, sono sottoposti a una sorta di concorrenza interna, per cui il successo o la sconfitta relativa di ciascuno rispetto ai risultati degli altri partiti nazionali diventa essenziale per comprendere le dinamiche che si verranno a creare all'interno del gruppo parlamentare.

Il peso di ciascuna delegazione è fortemente influenzato dal numero di seggi assegnati al Paese corrispondente, per cui i partiti nazionali dei Paesi di maggiori dimensioni hanno, inevitabilmente, un peso maggiore all'interno del gruppo. Tuttavia, il risultato elettorale può determinare sovvertimenti anche significativi. A titolo di esempio si possono anche considerare alcuni dati relativi ai partiti nazionali che fanno capo al gruppo dei Socialisti e democratici: il Partito socialista francese, duramente sconfitto, ha ottenuto 13 seggi dei 74 spettanti alla Francia, dove è peraltro maggioranza di governo, meno di quelli ottenuti dalla coalizione dei socialdemocratici in Romania (16 dei 32 seggi nazionali).

Su un altro piano la relazione fra i partiti nazionali può essere vista attraverso la lente del confronto fra i risultati ottenuti dalla maggioranza di governo (o dal partito del Primo Ministro). In questo caso si possono confrontare anche partiti *ideologicamente contrapposti* (perlomeno sul piano elettorale) e il loro rapporto è inevitabilmente mediato dalla presenza di un *leader* che, nel rapporto con gli altri, potrà far valere il peso del suo successo elettorale in termini di consenso percentuale, in termini di seggi ottenuti, ma anche in termini di voti ottenuti in assoluto.

È emblematico il successo del Partito democratico in Italia che con il 40,8% dei voti ottiene uno dei risultati migliori in termini di consenso percentuale[8], ha la delegazione più ampia all'interno del suo gruppo e, in

[8] Fanno meglio solo i partiti di alcuni Paesi medio-piccoli: il Partito laburista di Malta (53%), Fidész in Ungheria (51,4%) e l'Unione democratica in Croazia (41,4%).

virtù del tasso di partecipazione, è il partito più votato in Europa anche rispetto all'alleanza di CDU e CSU in Germania[9].

Queste valutazioni portano a considerare il rapporto politico che si viene a creare – dopo le elezioni del Parlamento Europeo – fra i Governi dei Paesi membri e fra i loro *leader*.

Innanzitutto non si può non notare che il rapporto fra elettorato e maggioranze di governo tende a penalizzare – come spesso accade nelle elezioni di *mid-term* – le maggioranze di governo, favorendo a volte i partiti euroscettici o comunque antisistema. Ma questo accade in forme molto disomogenee e con significative eccezioni: alcune maggioranze di governo sono pesantemente sanzionate dall'elettorato che premia i partiti antisistema, è quanto accade in Grecia, Francia e Regno Unito (dove, significativamente, i partiti tradizionali di opposizione sono meno penalizzati dei partiti di governo dal voto di protesta); altri sistemi politici garantiscono invece una significativa coesione e il rapporto fra maggioranza e opposizione resta sostanzialmente inalterato, è il caso della Germania; mentre in Italia il marcato successo della maggioranza di governo si accompagna alla ridefinizione dei rapporti di forza fra i partiti di opposizione; in Spagna ci si colloca in una situazione intermedia: il sommovimento dell'elettorato è evidenziato dalla nascita di nuovi soggetti politici senza che i partiti tradizionali, pur indeboliti, perdano la loro *leadership*; in altri Paesi il dato politico prevalente è quello del disinteresse con un'affluenza al voto prossima o inferiore al 20% (come in Slovacchia, Repubblica ceca, Polonia, Slovenia).

In seguito alle elezioni del maggio 2014 il Parlamento Europeo sarà composto dagli stessi sette gruppi politici della scorsa legislatura, cui potrebbe aggiungersi il gruppo euroscettico di destra promosso dal Front National e dalla Lega Nord che, all'apertura dei lavori, non è stato in grado di raccogliere adesioni sufficienti[10]. Pur in presenza di significativi scostamenti e di qualche novità di carattere politico la sostanza della suddivisione politica dell'Assemblea di Strasburgo non sembra cambiare. Il Partito popolare europeo conserva il gruppo più ampio con 221 seggi e i Socialisti e democratici si attestano a 191 seggi, mentre tutti gli altri gruppi oscillano fra i 48 e i 70 seggi.

La formazione di una maggioranza assoluta (di 376 seggi) presuppone quindi una ineludibile alleanza dei due gruppi principali a meno di voler fantasticare su ipotesi di alleanze composite e improbabili. Popolari e Socialisti e democratici sommano insieme 412 seggi (meno del 55%):

---

[9] Il Pd ottiene 11.172.861 mentre CDU e CSU insieme hanno 10.374.758 voti.

[10] La formazione di un gruppo è subordinata all'adesione di deputati provenienti da almeno sette Stati membri.

una maggioranza netta ma non schiacciante determinata dall'applicazione di 28 leggi elettorali proporzionali diverse che producono una frammentazione significativa e accentuata dalle inevitabili disomogeneità dei singoli sistemi politici nazionali.

Lo scenario politico che emerge dall'elezione del Parlamento Europeo è quindi da grande coalizione, senza nemmeno la certezza delle ampie maggioranze parlamentari che in genere si accompagnano a tale formula.

In questo contesto si inserisce la novità della presentazione di candidati alla Presidenza della Commissione da parte di quasi tutti i partiti politici europei in occasione delle elezioni del Parlamento: Juncker per i popolari; Schulz per i socialisti e democratici; Verhofstadt per i liberaldemocratici; Tsipras per la sinistra; Keller e Bové per i verdi[11].

L'indicazione dei candidati alla Presidenza della Commissione è un tentativo nato all'interno del Parlamento Europeo sulla base della risoluzione del 22 novembre 2012 con cui si esortano «i partiti politici europei a nominare candidati alla presidenza della Commissione»[12] al fine di rivitalizzare il sistema istituzionale e di collegare in forma più diretta il voto dei cittadini all'esito politico finale del procedimento elettorale: ovvero di accorciare la catena della rappresentanza democratica che lega il vertice della Commissione agli elettori.

Tuttavia, si deve sottolineare che l'enfatizzazione della *leadership* in occasione di un'elezione parlamentare può essere ricondotta con successo al procedimento di formazione degli organi di governo solo nel caso in cui si sia in presenza di un sistema politico-istituzionale capace di funzionare secondo le logiche maggioritarie della democrazia dell'alternanza.

Invece, come emerge anche dal quadro elettorale sopra delineato nei suoi tratti essenziali, all'interno dell'Unione Europea tutto sembra muovere nella opposta direzione di una democrazia di carattere consensuale.

La maggioranza assoluta prescritta per l'elezione del Presidente della Commissione fissa una regola che è espressione inequivocabile del principio di maggioranza: è necessario il concorso della volontà dei rappresentanti degli elettori affinché si possa formare l'organo che sempre

---

[11] Per una critica al meccanismo delle candidature preventive, giudicato incapace di far emergere figure politicamente forti, v. GRANT, *The New European Commission: Which President, and what Priorities?*, in www.cer.org.uk, 30 maggio 2014 che sottolinea anche il rischio di una eccessiva, e inutile, politicizzazione della Commissione; mentre per un punto di vista favorevole v. INCERTI, *Never Mind the Spitzenkandidaten: It's All About Politics*, in *CEPS Commentary*, 6 giugno 2014, in www.ceps.eu, che sostiene la scelta politica di promuovere candidature alla Commissione e contesta che la selezione dei candidati da parte del Consiglio Europeo possa prefigurare un meccanismo più virtuoso.

[12] Risoluzione del Parlamento Europeo del 22 novembre 2012 sulle elezioni al Parlamento Europeo nel 2014: 2012/2829(RSP).

più va assomigliando a un governo dell'Unione nell'immaginario degli elettori.

I deputati che siedono al Parlamento Europeo non hanno quindi una funzione meramente rappresentativa, ma sono anche istituzionalmente responsabili della formazione della Commissione, attraverso la composizione – necessaria – di una maggioranza che deve essere assoluta.

4. L'elezione del Parlamento Europeo, pur se frazionata in ventotto sottosistemi nazionali[13], è riconducibile al principio proporzionale che, in diverse varianti, è applicato in ciascuno Stato membro secondo uno schema che è stato definito a geometria variabile[14], nonostante le spinte verso la definizione di regole uniformi.

L'adozione di tale metodo di selezione privilegia, inevitabilmente, il carattere rappresentativo dell'elezione a discapito della preventiva formazione di una maggioranza assembleare.

Tuttavia molti elementi dei ventotto sistemi elettorali nel loro insieme inducono a ritenere che si tratti di un'elezione che tenta di non svilire le esigenze della governabilità a fronte della garanzia della sua elevata rappresentatività.

Sono tre in particolare gli elementi di cui è necessario tenere conto per valutare le caratteristiche peculiari dei ventotto sistemi elettorali degli Stati membri: il numero di seggi da assegnare, l'ampiezza delle circoscrizioni, la presenza di una soglia di sbarramento legale[15].

Il numero dei seggi da assegnare in ciascuno Stato membro, fissato per decisione del Consiglio Europeo[16], è rilevante in quanto il tasso di disproporzionalità di un sistema è destinato ad aumentare in quegli Stati che eleggono una rappresentanza medio-piccola mentre il carattere proporzionale si accentua, e favorisce la rappresentanza delle liste meno votate, qualora si tratti di eleggere un numero elevato di parlamentari.

Per le stesse ragioni è rilevante valutare anche la dimensione delle circoscrizioni, intese come ambiti territoriali decisivi per il riparto dei seggi fra le liste: il Regno Unito e l'Italia assegnano entrambi 73 seggi; tuttavia, in Italia le circoscrizioni non hanno una funzione decisiva nel riparto dei seggi che è effettuato a livello nazionale; mentre, nel Regno Unito, il procedimento elettorale si esaurisce con l'assegnazione dei seggi

---

[13] V. in proposito lo studio a cura di PASSAGLIA, *Le formule elettorali previste per l'elezione del Parlamento europeo*, 2010, pubblicato in www.cortecostituzionale.it.

[14] EMANUELE, *Proporzionale a geometria variabile. Ecco come si vota nei 28 paesi membri*, in cise.luiss.it.

[15] Si ritiene invece di poter tralasciare un'analisi generale relativa alla formula elettorale in senso stretto pur consapevoli dei differenti esiti che ne possono derivare.

[16] Decisione del Consiglio Europeo 2013/312/UE, cit.

all'interno di ciascuna delle 12 circoscrizioni determinando un maggior tasso di disproporzionalità in favore delle liste più votate.

Infine, l'esistenza di una soglia di sbarramento legale incide significativamente sull'accesso alla rappresentanza soprattutto in presenza di circoscrizioni (nazionali) di grandi dimensioni; negli altri casi, invece, la soglia di sbarramento è in genere sovrabbondante a causa della presenza di soglie implicite molto selettive dovute alla piccola dimensione dell'ambito territoriale in cui avviene il riparto dei seggi.

Il percorso che ha condotto alla definizione di una procedura elettorale uniforme, nel corso degli anni, ha affrontato anche i temi della dimensione delle circoscrizioni e delle soglie di sbarramento.

Innanzitutto la decisione del Consiglio del 25 giugno 2002 e del 23 settembre 2002[17] stabilisce «che gli Stati membri possono costituire circoscrizioni elettorali per le elezioni al Parlamento europeo o prevedere altre suddivisioni elettorali, senza pregiudicare complessivamente il carattere proporzionale del voto» e che «gli Stati membri possono prevedere la fissazione di una soglia minima per l'attribuzione dei seggi» non superiore al 5%.

Più recentemente, la stessa risoluzione del Parlamento Europeo che ha promosso la presentazione di candidature alla Presidenza della Commissione Europea sottolinea che «ai fini della stabilità delle procedure legislative dell'Unione e del buon funzionamento del suo esecutivo sarà estremamente importante che esistano maggioranze affidabili in seno al Parlamento; invita pertanto gli Stati membri a fissare nella loro legge elettorale, in conformità dell'articolo 3 dell'Atto relativo all'elezione dei membri del Parlamento europeo a suffragio universale diretto, soglie minime, appropriate e proporzionate, per la ripartizione dei seggi, in modo tale da rispecchiare fedelmente le scelte dei cittadini, quali espresse nelle elezioni, pur salvaguardando efficacemente il buon funzionamento del Parlamento»[18].

La presenza di circoscrizioni in cui sono ripartiti definitivamente i seggi caratterizza un numero limitato di Paesi: Belgio, Francia, Irlanda e Regno Unito. Fra questi solo in Francia è prevista una soglia legale di sbarramento circoscrizionale del 5%; mentre negli altri tre Paesi operano unicamente soglie implicite, peraltro elevate in funzione della piccola

[17] Che modifica l'Atto relativo all'elezione dei rappresentanti al Parlamento europeo a suffragio universale diretto, allegato alla decisione 76/787/CECA, CEE, Euratom, in *GUCE* L 283, del 21/10/2002, sul punto v. VIGEVANI, *Parlamento europeo: una nuova procedura elettorale uniforme*, in *Quaderni cost.*, 2003, 175-177.

[18] Risoluzione del Parlamento europeo del 22 novembre 2012, cit.

dimensione delle circoscrizioni[19]. Altrove, ad esempio in Italia, si ricorre a circoscrizioni ma senza che questa suddivisione territoriale incida sugli equilibri fra le diverse liste di candidati in competizione.

Negli altri Paesi è frequentemente prevista una soglia di sbarramento che può essere del 3% (Grecia), del 4% (Austria, Italia, Svezia) o del 5% (Croazia, Lettonia, Lituania, Polonia, Rep. Ceca, Romania, Slovacchia, Ungheria). Singolare il caso di Cipro dove è prevista una soglia dell'1,8% secondo un criterio di uniformità con la legge elettorale per il Parlamento nazionale senza che vi possa essere un effetto pratico in considerazione delle piccole dimensioni della circoscrizione nazionale che elegge sei soli parlamentari europei.

Nessuna soglia è prevista, in presenza di una circoscrizione unica nazionale, in Bulgaria, Danimarca, Estonia, Finlandia, Lussemburgo, Malta, Paesi Bassi, Portogallo, Slovenia e Spagna. A questi Paesi si aggiunge ora la Germania dove il *Bundesverfassungsgericht* ha, nell'imminenza delle elezioni del Parlamento europeo, dichiarato l'incostituzionalità della soglia di sbarramento del tre per cento.

Con l'esclusione di Spagna e Germania che, in virtù delle grandi dimensioni della loro rappresentanza richiedono un'analisi separata, si deve osservare che i Paesi in cui non è prevista una soglia di sbarramento costituiscono circoscrizioni elettorali (nazionali) piccole (6 seggi in Lussemburgo, Estonia, Malta; 8 seggi in Slovenia) o medio-piccole (13 seggi in Finlandia e Danimarca; 17 in Bulgaria; 21 in Portogallo e 26 nei Paesi Bassi). In nessuno di questi Paesi nel 2014 sono stati eletti parlamentari da parte di liste con meno del 4% dei voti e, frequentemente, operano soglie di sbarramento implicite molto più elevate: la dimensione della circoscrizione unica nazionale evita automaticamente una eccessiva frammentazione della rappresentanza.

4.1. In Spagna la *Ley Orgánica del Régimen Electoral General* (LOREG)[20] stabilisce che i parlamentari europei spagnoli siano eletti in un'unica circoscrizione nazionale (attualmente composta da 54 seggi) applicando il metodo d'Hondt e senza alcuna soglia di sbarramento. Siamo qui di fronte a una sorta di divaricazione rispetto al sistema elettorale previsto dalla stessa LOREG per l'elezione del *Congreso de los Diputados*, che ricorre al metodo d'Hondt in piccole o medio-piccole circoscrizioni con una soglia di sbarramento del 3%. È evidente la volontà del

[19] In Belgio si hanno una circoscrizione da dodici seggi, una da otto e una con un solo seggio; in Irlanda si hanno due circoscrizioni da quattro seggi e una da tre; nel Regno Unito la dimensione media delle circoscrizioni è di sei seggi. Anche in Francia la dimensione media delle circoscrizioni (9,25 seggi) di fatto neutralizza la soglia di sbarramento.

[20] N. 5/1985, del 19 giugno 1985,

legislatore di accentuare il carattere rappresentativo dell'elezione europea mentre ci si discosta dai principi del sistema elettorale nazionale che punta a valorizzare l'elemento distorsivo delle piccole circoscrizioni (dove spesso peraltro la soglia di sbarramento non è concretamente operativa) per favorire la formazione di una maggioranza di governo[21]. La direzione seguita dal legislatore spagnolo è del tutto isolata e anomala nel panorama europeo dopo che anche in Italia è stata introdotta la soglia del 4% con la legge 20 febbraio 2009, n. 10: al di fuori della Spagna, le leggi elettorali nazionali che volutamente omettono di fissare una soglia legale di sbarramento fanno ricorso a soglie implicite elevate in virtù della dimensione delle circoscrizioni.

Non è invece frutto di una scelta discrezionale del legislatore il venir meno, in Germania, della soglia del 3%, originariamente prevista dalla *Europawahlgesetz*, per opera del Tribunale costituzionale che ne ha dichiarato l'incostituzionalità[22].

Già nel 2011 il Tribunale costituzionale aveva sancito l'incostituzionalità della soglia di sbarramento, allora fissata al 5% uniformemente a quella prevista per l'elezione del *Bundestag*, e il successivo intervento legislativo di modifica non è stato ritenuto idoneo a sanare il vizio di costituzionalità[23].

Il risultato è un sistema elettorale iper-proporzionale dove, con l'applicazione della formula di Sainte-Laguë/Schepers, è possibile ottenere un seggio con una quantità di voti di poco superiore a un mezzo quoziente naturale intero (ad es. la lista *Die Partei* ha ottenuto un seggio con lo 0,6% dei voti), grazie alla presenza di una circoscrizione nazionale in cui sono assegnati ben 96 seggi[24].

In Germania l'esito delle elezioni per il Parlamento europeo del 2014 fornisce un quadro frammentato in termini eclatanti: sette liste di candidati ottengono un solo seggio[25] ciascuna con una base elettorale compresa fra lo 0,6 e l'1,4% dei voti[26].

---

[21] In proposito v. FROSINA, *Elezioni europee 2014: Spagna*, in *Federalismi.it*, n. 11/2014, che riporta anche una interessante proposta di modifica della legge volta ad introdurre circoscrizioni regionali al fine di favorire le forze politiche maggiormente radicate nelle Comunità autonome.

[22] *BVerfGE 2 BvE 2/13* del 26 febbraio 2014.

[23] *BVerfGE 2 BvC 4/10* del 9 novembre 2011.

[24] Per una descrizione del sistema elettorale in esame v. DE PETRIS, *Le elezioni europee in Germania: Berlino (e Bruxelles) all'esame del voto tedesco*, in *Federalismi.it*, n. 11/2014.

[25] È significativo notare che solo due di questi sette deputati non risultano iscritti a un gruppo politico nel Parlamento Europeo, mentre gli altri si iscrivono a gruppi di cui fanno parte anche altri deputati tedeschi: uno è iscritto al gruppo liberaldemocratico insieme ad altri tre; due sono iscritti al gruppo dei verdi insieme ad altri undici; uno è iscritto al gruppo conservatore e riformista insieme ad altri sette; uno è iscritto al gruppo della sinistra insieme ad altri sette. Nessuno è iscritto ai due gruppi politici più numerosi. Si accentua così il

Nelle motivazioni della sentenza il Tribunale costituzionale riprende le argomentazioni svolte in occasione della dichiarazione di incostituzionalità della soglia del 5%[27] che, tuttavia, non sembrano convincenti se calate nel quadro istituzionale dell'Unione Europea.

Da un lato, deve essere sottolineato che la sentenza è, a tutti gli effetti, interna all'ordinamento costituzionale tedesco e che, pertanto, ci si muove nel quadro dei principi elaborati sulla base della Legge fondamentale e non dei Trattati europei. Dall'altro, non si può non tenere in considerazione che l'elezione dei parlamentari europei è finalizzata al funzionamento delle istituzioni: del Parlamento ovviamente, ma anche della Commissione che da esso trae buona parte della sua legittimazione democratica.

Il Tribunale costituzionale richiama l'argomento tradizionale che giustifica le distorsioni del principio proporzionale e, in particolare, la previsione di soglie di sbarramento: la formazione di una maggioranza stabile è necessaria per la formazione di un governo e per il corretto svolgimento della sua azione; tuttavia, tale sviluppo per quanto auspicato non si sarebbe ancora concretizzato all'interno del Parlamento Europeo, dove la collaborazione dei due principali gruppi politici è alla base degli attuali equilibri istituzionali nonostante la spinta verso una più forte *leadership* di partito derivante dalla citata risoluzione del Parlamento Europeo del 22 novembre 2012.

È interessante riprendere un passaggio della sentenza del 2011 per cogliere quanto sia poco lungimirante l'atteggiamento del Tribunale costituzionale tedesco rispetto all'evoluzione del sistema politico europeo: «La prassi parlamentare è caratterizzata da una collaborazione dei due grandi gruppi che assommano regolarmente ben più del 60% dei seggi» e la ricerca del «consenso di questi due gruppi è indipendente dal numero dei deputati non iscritti e dei gruppi minori»[28]. In realtà si deve notare che se nelle tre scorse legislature i due gruppi principali sommavano insieme una quota di seggi compresa fra il 61 e il 65%, nel 2014 il gruppo dei popolari e quello dei socialisti e democratici non raggiungono insieme il 55% dei seggi dell'intero Parlamento Europeo.

In sostanza i giudici costituzionali tedeschi non accolgono l'idea che il funzionamento del Parlamento Europeo, sia sotto il profilo della legitti-

---

carattere frammentato del sistema politico senza un effettivo arricchimento in termini di maggior pluralismo.

[26] Si presenta peraltro un profilo di dubbia equità nel garantire la stessa rappresentanza a una lista che ottiene più del doppio dei voti di un'altra.

[27] In proposito v. DELLEDONNE, *Il Bundeverfassungsgericht, il Parlamento europeo e la soglia di sbarramento del 5%: un (altro) ritorno del* Sonderweg*?*, in *Rivista AIC*, n. 1/2012.

[28] Par. 109.

mazione e del sostegno dell'azione della Commissione sia sotto quello del corretto funzionamento dell'organo detentore (almeno in parte) del potere legislativo, possa condurre a una compressione del principio della proporzionalità della rappresentanza, anche dopo l'abbassamento della soglia dal 5% al 3%. Il tutto in una logica di diritto interno legata a una rigida interpretazione del principio dell'eguaglianza del voto (e delle opportunità dei partiti politici) ai sensi degli articoli 3 e 21 della Legge fondamentale.

Il modello consensuale plasmato dalla somma di ventotto sistemi politici nazionali diventa così un freno al suo stesso superamento o, comunque, al tentativo di una sua rimodulazione finalizzata ad un funzionamento più efficiente delle istituzioni Europee. Contemporaneamente la rappresentanza di ogni minima minoranza assume le sembianze di una sorta di idolo democratico che non tiene però in alcun conto le esigenze di omogeneità politica fra i gruppi dell'Assemblea parlamentare; non solo – come è già stato detto – con riferimento alla maggioranza che elegge il Presidente della Commissione ma anche alla ordinaria attività legislativa del Parlamento Europeo.

Si deve anche notare che la rappresentanza delle più piccole minoranze è garantita dalla *Europawahlgesetz* privata della soglia di sbarramento in una misura che è massima solo a causa dell'alto numero di seggi (96) assegnati alla Germania. In nessun altro Paese si potrebbe, anche volendolo, ottenere lo stesso risultato.

Appare allora legittimo chiedersi se le minoranze politiche tedesche siano più meritevoli di rappresentanza di quelle degli altri Paesi. In una prospettiva di diritto costituzionale interno la questione è irrilevante; tuttavia, non si può eludere il fatto che si sta discutendo dell'elezione di una frazione dei parlamentari europei e che, negli altri Paesi, sono vigenti soglie di accesso (legali o implicite) alla rappresentanza più selettive. È così anche in Spagna, l'unico fra i Paesi di dimensioni medio-grandi a non prevedere il ricorso a soglie di sbarramento legali: nella circoscrizione nazionale spagnola si eleggono 54 parlamentari europei e nel 2014 la più piccola fra le liste in grado di ottenere un seggio ha comunque avuto l'1,92% dei voti.

L'anomalia tedesca succede nel tempo a quella che è stata fino al 2009 l'anomalia italiana. Quell'esperienza insegna che le conseguenze di una rappresentanza diffusa e facilmente accessibile non solo incidono sulla composizione del Parlamento Europeo ma possono ripercuotersi anche sul sistema politico nazionale.

Fino al 2009, la legge 24 gennaio 1979, n. 18, era rimasta sostanzialmente immutata, unica fra le leggi elettorali italiane, nel passaggio dal proporzionalismo alle spinte maggioritarie della seconda Repubblica e si

caratterizzava per la formula elettorale del quoziente nazionale e dei più alti resti che premia le liste più piccole[29].

In Italia le elezioni europee hanno da sempre rappresentato l'ambito elettorale più fortemente proporzionale, dove i gruppi politici meno votati avevano la possibilità di ottenere una visibilità e una rappresentanza che altrove, a livello nazionale e a livello locale, era loro spesso preclusa. Così, per citare alcuni esempi fra più eclatanti, nel 1989 la lista "Federalismo" era in grado di ottenere un seggio con lo 0,60% dei voti, nel 1994 il Pri e il Psdi avevano un seggio ciascuno rispettivamente con lo 0,74 e lo 0,69% e, nelle più recenti tornate elettorali del 1999 e del 2004 erano ben cinque le liste che ottenevano un solo seggio con il record nel 1999 della lista "Pri-Lib-Eldr" (168 mila voti pari allo 0,54%)[30].

Sempre con riferimento all'Italia si può osservare che l'elezione di uno o due rappresentanti da parte dei più piccoli gruppi politici ha consentito, in passato, la costituzione di significative rendite di posizione sotto più profili: a) *visibilità verso gli elettori*; b) *visibilità verso i propri interlocutori politici*[31]; c) *accesso a finanziamenti pubblici diretti ed indiretti*; d) *possibilità di presentare candidature in forma agevolata*.

5. Tenuto conto delle elezioni del Parlamento Europeo e dopo aver effettuato le consultazioni appropriate, il Consiglio Europeo, deliberando a maggioranza qualificata, propone al Parlamento un candidato alla carica di presidente della Commissione. Tale candidato è eletto dal Parlamento Europeo a maggioranza dei membri che lo compongono. Se il candidato non ottiene la maggioranza, il Consiglio Europeo, deliberando a maggioranza qualificata, propone entro un mese un nuovo candidato, che è eletto dal Parlamento Europeo secondo la stessa procedura.

È sopra riportato, senza virgolette, il testo del comma 7 dell'art. 17 TUE che delinea in ogni suo passaggio essenziale il procedimento di elezione del Presidente della Commissione. Il procedimento è molto chiaro,

---

[29] In virtù della norma secondo cui «si considerano resti anche le cifre elettorali nazionali che non hanno raggiunto il quoziente elettorale nazionale» (art. 21, comma 1).

[30] Non sono riportati qui i casi delle liste espressione di minoranze radicate in Alto Adige e in Val d'Aosta in virtù della peculiare forma di rappresentanza che esprimono e del trattamento di favore loro riservato dal legislatore.

[31] Sul punto v. l'intervento dell'on. Calderisi relatore al testo da cui è scaturita la legge 20 febbraio 2009, n. 10: «la legge vigente per l'elezione del Parlamento europeo presenta alcune gravi anomalie, in particolare quella dell'assenza di una qualsiasi soglia di sbarramento, assenza che consente la frammentazione esasperata della rappresentanza. Una frammentazione che non solo incide negativamente sull'efficacia della presenza dei nostri parlamentari nell'Assemblea di Strasburgo, ma ha effetti indiretti fortissimi sul nostro sistema politico, incentivando divisioni e conflittualità artificiose» (Seduta del 27 ottobre 2008, A.C. 22 ed abb., 2).

puntualmente descritto nelle sue diverse fasi e, proprio per questo, le virgolette non servono: non ci sono molti spazi per l'interpretazione.

Se al testo dell'art. 17 TUE si sostituisse la proposta del Consiglio Europeo a maggioranza qualificata con la proposta di un Capo di Stato monocratico si otterrebbe la descrizione del procedimento di formazione del governo in una forma di governo parlamentare, del genere di quelle razionalizzate come la tedesca o la spagnola. Ma il Consiglio Europeo non può essere ridotto nella sua essenza a un organo monocratico e, per l'appunto, delibera a maggioranza (qualificata); sicché il suo ruolo di proposta è vincolato all'esito delle elezioni e deve anche, inevitabilmente, esprimere un punto di equilibrio politico al suo interno senza dimenticare l'esigenza di soddisfare la maggioranza assoluta del Parlamento Europeo[32].

Questo procedimento si arricchisce, come si è prima accennato, della scelta compiuta dai principali partiti politici europei di presentare ciascuno il proprio candidato alla presidenza della Commissione sulla base dell'*input* ricevuto dal Parlamento Europeo che, con la risoluzione del 22 novembre 2012, oltre a esortare i partiti a nominare candidati alla presidenza della Commissione, «si aspetta che tali candidati svolgano un ruolo guida nell'ambito della campagna elettorale parlamentare, in particolare presentando personalmente il loro programma in tutti gli Stati membri dell'Unione» al fine di «rafforzare la legittimità politica sia del Parlamento che della Commissione instaurando un collegamento più diretto tra le rispettive elezioni e la scelta dei votanti».

Esortazione che si è poi tradotta in un auspicio più diretto nella risoluzione del luglio 2013, secondo cui il Parlamento Europeo si attende che «il candidato alla presidenza della Commissione presentato dal partito politico europeo che avrà conseguito il maggior numero di seggi al Parlamento sarà il primo ad essere preso in considerazione al fine di verificare la sua capacità di ottenere l'appoggio della maggioranza assoluta del Parlamento»[33].

Ci si trova di fronte, in sostanza, a una possibile trasformazione della forma istituzionale dell'Unione avviata da un tentativo politico di inte-

---

[32] Sull'inadeguatezza degli schemi delle forme di governo parlamentari a descrivere e regolare i rapporti istituzionali dell'Unione Europea v. PINELLI, *Il Parlamento europeo come agenzia di innovazione dell'assetto istituzionale dell'Unione Europea. Le strategie per il futuro*, in BONVICINI (a cura di), *op. cit*., 60, secondo cui «si tratta di uno schema troppo rozzo per essere adattato a un sistema come quello europeo, nel quale le esigenze di stabilità delle istituzioni e di efficienza dei risultati delle loro azioni si sono combinate con l'affermazione del principio democratico secondo traiettorie totalmente irriducibili a quelle degli ordinamenti costituzionali nazionali».

[33] Risoluzione del Parlamento Europeo del 4 luglio 2013 sul miglioramento delle modalità pratiche per lo svolgimento delle elezioni europee del 2014: 2013/2102(INI).

grare la lettera del Trattato con una prassi promossa dal Parlamento Europeo e assecondata dai principali partiti.

La personalizzazione in atto, però, non tiene conto della realtà politica che caratterizza il Parlamento di Strasburgo e sembra indirizzata a confliggere con il ruolo politico del Consiglio Europeo. Legare le consultazioni di un Capo dello Stato monocratico all'esito delle elezioni non equivale a farlo con riferimento a un collegio di ventotto Capi di Stato e di Governo. Tanto più se l'esito di quelle elezioni è notoriamente destinato a esprimere una maggioranza soltanto relativa e il Presidente della Commissione dovrà necessariamente essere eletto da una coalizione. La presentazione di candidature alla Presidenza della Commissione, nata per accentuare la legittimazione democratica e politica del Parlamento e della stessa Commissione nonché per rafforzare il ruolo dei cittadini, è seguita da una inevitabile mediazione politica che «finirebbe in ogni caso, paradossalmente, con l'attenuare di molto la coloritura politica dell'intera operazione»[34].

Rimanendo nel quadro dell'art. 17 TUE, gli elementi politico-decisionali attorno a cui ruota il procedimento di elezione del Presidente della Commissione sono quattro:

i) l'esito delle elezioni per il Parlamento Europeo;

ii) le consultazioni ("appropriate") da parte del Consiglio Europeo;

iii) la proposta a maggioranza qualificata del Consiglio Europeo;

iv) l'elezione a maggioranza assoluta da parte del Parlamento Europeo.

Il vero punto di snodo del procedimento sono le consultazioni, affidate al Presidente del Consiglio Europeo, che ha anche il compito di trovare un punto di possibile equilibrio fra le diverse posizioni politiche in campo secondo lo schema delineato dalla Dichiarazione n. 11 annessa al TUE, che lega il Parlamento e il Consiglio Europeo in quanto «congiuntamente responsabili del buono svolgimento del processo che porta all'elezione del presidente della Commissione europea»[35].

La prima esperienza del nuovo procedimento di formazione della Commissione potrebbe svolgere un ruolo di precedente significativo e, in questa prospettiva, si segnala che già il 27 maggio il Presidente del Consiglio Europeo ha ricevuto il mandato a condurre consultazioni i cui protagonisti sono i presidenti dei gruppi politici del Parlamento Europeo e,

---

[34] Così PAPA, *Elezioni europee e nomina del Presidente della Commissione europea: "questa volta è (veramente) diverso"?*, in *Osservatorio costituzionale,* maggio 2014, 9, in www.associazionedeicostituzionalisti.it.

[35] Dichiarazione relativa all'articolo 17, paragrafi 6 e 7 del trattato sull'Unione Europea.

nel corso di contatti bilaterali, i membri del Consiglio Europeo[36] che nella riunione del 26-27 giugno hanno approvato la proposta di presentare il popolare Jean Claude Juncker come candidato alla Presidenza della Commissione.

Il condizionamento delle consultazioni ad opera del risultato elettorale è un tema ricorrente nel confronto politico fra Parlamento Europeo e Consiglio Europeo. Con la risoluzione del 4 luglio 2013 il Parlamento chiarisce, fra le altre cose, che «si attende che […] il candidato alla presidenza della Commissione presentato dal partito politico europeo che avrà conseguito il maggior numero di seggi al Parlamento sarà il primo ad essere preso in considerazione al fine di verificare la sua capacità di ottenere l'appoggio della maggioranza assoluta del Parlamento, necessaria per la sua elezione»[37].

Le candidature alla Presidenza della Commissione sono nate dal tentativo di accorciare – o forse di rendere più solida – la catena della legittimazione democratica degli organi di governo dell'Unione Europea[38]. In questa prospettiva è cruciale dare rilievo al risultato elettorale che, a norma dello stesso Trattato, *deve essere tenuto in conto*. Tuttavia, l'aver innestato un abbozzo di personalizzazione della campagna elettorale su un sistema istituzionale definito dall'equilibrio fra due centri di potere legittimati attraverso procedimenti democratici distinti (il Parlamento e il Consiglio Europeo), inevitabilmente determina l'emergere di alcune incongruenze legate anche alla frammentazione dell'elezione del Parlamento Europeo in ventotto sistemi nazionali: a) la presentazione di candidature alla Presidenza della Commissione non è formalmente legata alle scelte di voto compiute dai cittadini europei al momento dell'elezione del Parlamento Europeo; b) la composizione politica del Consiglio Europeo travalica qualsiasi tentativo di creare una maggioranza politica diversa dalla grande coalizione; c) il Parlamento Europeo non è strutturato in modo da rappresentare i cittadini secondo un criterio tradizionale.

5.1. La presentazione di candidature alla Presidenza della Commissione è, con tutta evidenza, un fatto politico significativo che però, sul piano istituzionale, deve essere misurato alla luce delle norme che giuridicamente disciplinano le elezioni del Parlamento Europeo.

---

[36] V. in proposito il documento pubblicato sul sito del Presidente del Consiglio Europeo, *Remarks by President Herman Van Rompuy following the informal dinner of Heads of State or Government* (27 maggio 2014).

[37] Risoluzione del Parlamento Europeo del 4 luglio 2013, cit.

[38] Sul valore democratico dell'operazione v. BONVICINI, *Consiglio contro Parlamento, una scelta antieuropea*, in *AffariInternazionali*, 12 giugno 2014, www.affarinternazionali.it.

Il dato di maggior rilievo, in proposito, non sembra tanto l'assenza di una disposizione normativa che possa legittimare direttamente il vertice della Commissione: una valutazione prettamente politica di questo elemento del sistema appare soddisfacente e può anche essere agevolmente accostata alla prassi di molte forme di governo parlamentari nazionali dove la *leadership* è chiaramente indicata agli elettori che, nelle loro scelte, saranno inevitabilmente portati a tenerne conto. Questo aspetto è stato rimarcato, fra l'altro, anche dalla promozione di una serie di dibattiti televisivi fra i candidati finalizzati ad accentuare proprio il carattere europeo della scelta politica degli elettori nei ventotto Paesi membri.

Ciò che sembra ridimensionare la finzione della legittimazione diretta del presidente della Commissione è la disomogeneità del sistema politico europeo nel suo insieme cui si accompagna la mancanza di un legame formale fra il candidato Presidente e le liste che lo sostengono e, soprattutto, fra le liste che propongono un candidato comune.

Le candidature sono maturate all'interno dei partiti politici europei con la particolare posizione dei Verdi, che hanno presentato una coppia di candidati, e dei Conservatori e riformisti che hanno deciso di non indicare un candidato per non legittimare una scelta che potrebbe rafforzare, con una significativa spinta dal basso, il carattere federalista dell'Unione[39].

Sul piano formale i soggetti che partecipano alle elezioni sono le liste di candidati presentate dai partiti affiliati ai partiti europei che hanno designato i candidati alla Presidenza. Tali liste sono però presentate separatamente in ciascuno dei ventotto Paesi membri e non hanno alcun legame diverso da quello politico con i candidati alla Presidenza né, tantomeno, con le altre liste che lo sostengono.

Di tali problemi è consapevole, evidentemente, lo stesso Parlamento Europeo che con la citata risoluzione del 4 luglio 2013 «esorta gli Stati membri e i partiti politici a provvedere a che i nomi e, se del caso, i simboli dei partiti politici europei appaiano sulla scheda elettorale».

In minima parte tale esortazione è stata accolta: ad esempio in Italia il Partito democratico ha presentato un simbolo in cui compare un piccolo riferimento al Partito socialista europeo, così come la lista promossa dal Nuovo centrodestra ha utilizzato un simbolo in cui compare il richiamo al Partito popolare europeo mentre Scelta europea ha inserito il nome del candidato alla Presidenza Guy Verhofstadt nel simbolo e la

[39] Sulle modalità di selezione dei candidati da parte dei partiti europei v. PIEDRAFITA, RENMAN, *The 'Personalisation' of the European Elections: A half-hearted attempt to increase turnout and democratic legitimacy?*, EPIN Paper n. 37, aprile 2014, in www.ceps.eu.

lista di L'altra Europa con Tsipras ha promosso una forte personalizzazione della sua campagna.

In altri Paesi però, ad esempio in Germania, Regno Unito e Austria, le liste di candidati si sono presentate con le loro denominazioni tradizionali, senza nulla concedere agli auspici del Parlamento europeo, probabilmente anche a causa dei vincoli fissati dal legislatore a presentarsi con i nomi e i simboli preventivamente depositati.

Nel momento della consultazione elettorale, la decisione dei partiti politici europei di presentare i candidati alla Presidenza della Commissione non riceve che qualche parziale riscontro per iniziativa spontanea di alcuni partiti politici così come non si formalizza, perché non si può formalizzare, alcun legame fra le liste che sostengono un medesimo candidato.

La conseguenza immediata dell'assenza di gruppi di liste collegate fra loro e capaci di superare i confini delle circoscrizioni elettorali nazionali è che il risultato elettorale, di cui si deve tener conto nel procedimento di elezione del Presidente della Commissione ai sensi dell'art. 17 TUE, può essere valutato solo al momento della costituzione dei gruppi politici all'interno del Parlamento Europeo. Gruppi politici che in buona misura saranno formati dai gruppi affiliati ai partiti politici europei sulla base di dichiarazioni di appartenenza preventive ma che, inevitabilmente, saranno anche influenzati dalle sempre possibili adesioni (o mancate adesioni) che si definiscono successivamente alle elezioni[40].

In sostanza: nell'immediatezza delle elezioni è molto difficile, se non impossibile, valutare l'esito elettorale sulla base dei voti ottenuti da ciascun partito politico o dal gruppo politico del Parlamento Europeo ad esso corrispondente e il dibattito politico è legato alla consistenza dei gruppi politici in termini di seggi conquistati[41], come prevede la risoluzione del 4 luglio 2013.

5.2. La deliberazione con cui il Consiglio Europeo, tenuto conto del risultato delle elezioni, propone a maggioranza qualificata al Parlamento Europeo un candidato alla carica di Presidente della Commissione delinea una forma istituzionale di carattere duale, dove due volontà politiche devono convergere per incontrarsi.

La presentazione delle candidature prima delle elezioni che, dopo la prima sperimentazione potrà anche affermarsi nella prassi, sembra però stridere con questo dualismo caratterizzato peraltro dalla complessa composizione del Consiglio Europeo, dove prevalgono gli interessi nazionali

[40] In particolare i gruppi minori sono caratterizzati da una maggiore instabilità, v. in proposito l'analisi di BARDI, CALOSSI, *op. cit.*, 81 s.

[41] O più correttamente di una stima in attesa della formale costituzione dei gruppi in seno al Parlamento Europeo.

capaci di travalicare i confini politici fra i gruppi e dove non può strutturalmente esistere una maggioranza politica omogenea a quella del Parlamento Europeo.

Se si prende in considerazione il colore politico della maggioranza di governo o del Capo dello Stato (per i Paesi che sono così rappresentati in seno al Consiglio Europeo)[42] si ricava una composizione estremamente variegata del Consiglio Europeo.

Il gruppo dei Socialisti e democratici esprime la maggioranza in Francia, Romania, Slovacchia e a Malta; mentre il gruppo dei Popolari è al governo in Spagna, Polonia, Portogallo, Ungheria e a Cipro. Tutti gli altri Paesi esprimono governi di coalizione che includono due o più gruppi politici fra quelli presenti al Parlamento Europeo: si ha una coalizione di Popolari e Socialisti e democratici in Germania, Italia, Austria, Bulgaria e Irlanda; mentre in Belgio e nella Repubblica ceca la maggioranza si allarga anche agli affiliati al gruppo liberaldemocratico. Si ha invece una coalizione centrata su Socialisti e democratici e liberaldemocratici nei Paesi Bassi, in Croazia, Estonia, Danimarca e Lussemburgo (in questi ultimi due Paesi anche i Verdi sono nella maggioranza). Infine in Svezia, Finlandia, Lettonia, Lituania, Slovenia e Regno Unito si hanno soluzioni diverse, ma sempre basate sulla coalizione di due o più gruppi politici.

Si tratta, evidentemente, di una semplificazione che potrebbe mettere in luce risultati in parte diversi se si tenesse in conto l'effettivo peso di ciascuna componente della coalizione di governo o se si guardasse al colore politico del Primo ministro e non a quello della sua coalizione; tuttavia, il quadro che emerge sembra sufficientemente lontano da un sistema politico assimilabile a quello di una democrazia maggioritaria in cui la *leadership* di partito si trasforma in modo naturale in *leadership* istituzionale o di governo.

In sintesi: ogni elemento fra quelli considerati sembra spingere nella direzione della necessità di una coalizione (ampia) per concludere positivamente il procedimento di elezione del Presidente della Commissione e l'indicazione dei candidati prima delle elezioni è un elemento nel complesso disomogeneo rispetto a tale esito.

5.3. Il rapporto dialettico fra Parlamento Europeo e Consiglio Europeo quali luoghi della rappresentanza della comunità politica che insiste sul territorio dell'Unione sembra specchiarsi nella simmetria dell'art. 10 TUE secondo cui il Parlamento *rappresenta i cittadini* mentre il Consiglio Europeo *rappresenta gli Stati*.

---

[42] Si tratta di Francia, Romania, Lituania e Cipro.

Tuttavia questa corrispondenza è minata dal criterio di ripartizione dei 751 seggi del Parlamento secondo il noto criterio proporzionale degressivo per cui nessun Paese può avere né meno di sei né più di novantasei seggi e tali seggi sono distribuiti in modo da sovrarappresentare i Paesi con una minore popolazione.

Si tratta, evidentemente, di una scelta politica dettata da un difficile equilibrio istituzionale e da ragioni non prive di un fondamento riconducibile alla necessaria garanzia di un peso minimo per tutti i Paesi membri.

Nel momento in cui si propone di affidare al corpo elettorale una funzione legittimante diretta del vertice della Commissione Europea emerge però la forte contraddizione per cui il voto di un elettore maltese e quello di un elettore tedesco sono ponderati, nell'elezione del Parlamento Europeo, in un rapporto di uno a dodici. E anche a non voler considerare calzante l'esempio in considerazione della particolare condizione del più piccolo fra gli Stati membri, si prendano in esame Francia e Belgio: gli elettori belgi sono rappresentati al Parlamento Europeo con un peso quasi doppio rispetto a quelli francesi[43].

Il criterio proporzionalmente degressivo distorce profondamente il principio di eguaglianza del voto di tutti gli elettori europei; mentre dovrebbe essere assodato che una legittimazione diretta degli organi di governo per essere democratica non può tollerare scostamenti eccessivi da un suo sostanziale rispetto[44].

Si è già parlato di alcuni paradossi nella composizione del Parlamento Europeo in funzione dei diversi tassi di affluenza. Queste distorsioni si vanno a sommare a quelle, con la differenza che si tratta qui di distorsioni strutturali non legate a comportamenti contingenti del corpo elettorale.

I *cittadini* rappresentati direttamente nel Parlamento Europeo ai sensi dell'art. 10 TUE sono quindi i *cittadini degli Stati* e non i *cittadini dell'Unione*[45]: la dimensione (per popolazione) di ciascuno Stato incide profondamente sulla composizione del Parlamento Europeo secondo il criterio proporzionale degressivo e accentua il legame di ciascun eletto

---

[43] Ogni seggio corrisponde a circa 900.000 residenti in Francia e a 531.000 residenti in Belgio.

[44] Tipicamente negli ordinamenti costituzionali di impronta federale si hanno distorsioni di questo genere come, ad esempio, negli Stati Uniti dove però l'eguaglianza del peso dei singoli Stati ricade sulla composizione del Senato; mentre l'elezione del Presidente è solo parzialmente influenzata dalla ponderazione del peso degli Stati all'interno del collegio dei Grandi Elettori.

[45] In senso contrario v. MOCCIA, *Il 'nuovo' Parlamento europeo e il futuro dell'Unione*, in *La Cittadinanza europea*, 1/2014, 10, secondo cui: «il nuovo PE sarà, infatti, il primo parlamento eletto a suffragio diretto dei cittadini dell'Unione (anziché dei cittadini degli Stati membri, come i precedenti)».

con il suo Paese di origine, *rectius*: di elezione, di cui è – per una frazione di dimensioni variabili – rappresentante.

6. *Questa volta è diverso* è stato lo slogan dell'Unione Europea per promuovere la partecipazione alle elezioni del Parlamento Europeo; diverso perché «per la prima volta, il nuovo Parlamento europeo dovrà […] stabilire chi guiderà la prossima Commissione europea, l'organo esecutivo dell'UE»[46].

Il processo di democratizzazione delle istituzioni dell'Unione ha indubbiamente fatto dei passi avanti con il Trattato di Lisbona e la presentazione delle candidature di partito alla presidenza della Commissione muove nella stessa direzione. È però legittimo nutrire seri dubbi sul fatto che nell'insieme il quadro sia sostanzialmente *diverso* rispetto al passato.

Le consultazioni di Van Rompuy hanno condotto nell'arco di un mese alla proposta di Jean Claude Juncker alla presidenza della Commissione da parte del Consiglio Europeo di Ypres del 26-27 giugno 2014. Si è così tenuto conto dell'esito delle elezioni e il candidato del gruppo politico più numeroso è stato proposto dal Consiglio Europeo al Parlamento Europeo che il 15 luglio lo ha eletto alla presidenza della Commissione. Tale elezione avviene, a norma dell'art. 117 del Regolamento del Parlamento Europeo, a scrutino segreto: ci si allontana quindi dagli schemi del parlamentarismo, e anche in questa occasione l'accordo raggiunto fra il gruppo dei popolari, quello dei socialisti e democratici e quello dei liberaldemocratici non è stato sanzionato da un voto idoneo a definire con chiarezza i confini fra maggioranza e opposizione.

Non sembra tuttavia convincente la lettura delle conclusioni del Consiglio Europeo[47] nel senso di una mera presa d'atto del risultato delle elezioni del mese precedente. La mediazione politica fra i gruppi politici e fra i rappresentanti dei governi nazionali è stata al centro delle consultazioni di Van Rompuy e dello stesso Consiglio Europeo, dove è plausibile immaginare che il potere decisionale sia sbilanciato in favore di quei leader politici capaci di essere autorevoli sia in seno al Consiglio Europeo, sia in seno al loro partito politico europeo (e quindi nel gruppo politico corrispondente al Parlamento Europeo).

Il Consiglio Europeo ha, peraltro, deliberato a maggioranza (pur se larghissima) di proporre Juncker, con il voto contrario di Regno Unito e Ungheria. Il Regno Unito si pone così "all'opposizione" delle politiche di integrazione dell'Unione Europea, quasi un riflesso automatico dopo la vittoria elettorale degli euroscettici dell'Ukip; peculiare la posizione del

[46] Così in *Elezioni europee: questa volta è diverso*, 11 febbraio 2014, in europarl.eu.
[47] Consiglio Europeo, 26-27 giugno 2014 (CO EUR 4–CONCL 2).

Governo ungherese, espressione di una maggioranza parlamentare dominata dal partito Fidész, i cui dodici eurodeputati siedono nel gruppo dei popolari: il disincanto nei confronti dell'Unione Europea è probabilmente il tratto prevalente della politica di opposizione dei popolari ungheresi[48].

La mediazione politica che ha portato all'accordo in seno al Consiglio Europeo ha coinvolto, inevitabilmente, anche i gruppi politici e ha determinato l'elezione di Martin Schulz, già candidato dei socialisti e democratici alla presidenza della Commissione, alla presidenza del Parlamento europeo per la prima parte della legislatura, contraddicendo così le premesse dell'ascesa di Juncker alla Presidenza della Commissione sulla base della legittimazione popolare ottenuta attraverso il consenso espresso dagli elettori al Partito popolare europeo.

Nel complesso il procedimento di formazione della Commissione non sembra quindi molto diverso rispetto al passato, anche se la proposta di Juncker quale presidente si pone in linea con le dichiarazioni dei principali partiti politici nella campagna elettorale e promuove, di conseguenza, una maggior trasparenza del procedimento. Ci si continua a muovere però nel quadro di una democrazia rappresentativa, dove si deve tenere conto del risultato elettorale, ma senza mai dimenticare che la sovranità dei cittadini è inevitabilmente mediata dai rappresentanti eletti al Parlamento Europeo e che a quella stessa sovranità è posto un limite significativo dalla attribuzione al Consiglio Europeo del potere di proposta[49].

Infine, si deve anche tenere presente che le candidature alla presidenza della Commissione sono maturate all'interno dei partiti politici europei dove i grandi elettori capaci di influenzare l'esito della decisione sono gli stessi protagonisti del Consiglio Europeo, ciascuno all'interno del suo partito[50]. In sintesi quindi possiamo osservare che il Presidente della Commissione è eletto dal Parlamento Europeo, su proposta del Consiglio Europeo, tenuto conto del risultato elettorale delle elezioni per il Parlamento in occasione delle quali i partiti politici europei designano un loro candidato (anche sotto l'influenza dei leader politici che siedono all'interno del Consiglio Europeo).

In ogni caso *questa volta è stato diverso*; è stato diverso perché la presentazione delle candidature alla presidenza della Commissione ha

---

[48] Cfr. ISAZA QUERINI, *Le elezioni europee in Ungheria a dieci anni dall'adesione*, in *Federalismi.it*, 21 maggio 2014.

[49] Non mi sembra del tutto condivisibile la posizione di MOCCIA, *op. cit*., 14, secondo cui «tutte le istituzioni, incluso il Consiglio europeo (sede della rappresentanza al livello europeo degli stati – ovvero dei popoli dei paesi – membri dell'Unione), sono tenute a rispettare la volontà dei cittadini dell'Unione, nella loro totalità rappresentati nella sede parlamentare, così come risultante dalle maggioranze di voto che si formano in questa stessa sede».

[50] In proposito v. INCERTI, *op. cit*.

non solo personalizzato la campagna elettorale e la negoziazione nel corso del procedimento di elezione del Presidente, ma ha anche radicalizzato le posizioni politiche dei sostenitori della candidatura risultata vincente. In un certo senso si è quindi accentuato il potere politico dei soggetti che detengono un forte ruolo decisionale nel procedimento di selezione delle candidature. E il voto contrario di Regno Unito e Ungheria è in parte il frutto di tale radicalizzazione.

Si è detto nel corso di questo scritto che la prassi seguita in occasione della prima applicazione del nuovo procedimento di formazione della Commissione sarà importante per il futuro. È probabile che sia così. Anche se, o forse proprio per questo motivo, nelle stesse conclusioni del Consiglio Europeo di Ypres già si inizia a ragionare di una possibile revisione del procedimento: «una volta che la nuova Commissione europea si sarà effettivamente insediata, il Consiglio europeo prenderà in esame il processo di nomina del presidente della Commissione europea per il futuro nel rispetto dei trattati europei»: come dire che la presentazione di candidature preventive è un ostacolo al raggiungimento dell'unanimità in seno al Consiglio Europeo, senza che il quadro istituzionale europeo sia idoneo ad essere governato al di fuori di una grande coalizione.

ABSTRACT

Parliament and Commission: Balancing Representation and Stable Majorities in the European Union

European elections of May 2014 started a complex process that will redefine in next months the frame of EU's governance: the Governments of the 28 member States have proposed Jean Claude Juncker as the next President of the Commission, and parliament is now on the way of his election.

This new process is also characterized by the presentation of candidates to the Presidency by the major European parties and is based on two different, if not diverging, paths of legitimization. Art. 10 TUE establishes that "the functioning of the Union shall be founded on representative democracy" but it also provides that "citizens are directly represented at Union level in the European Parliament" and that "member States are represented in the European Council".

The European Parliament would be the place where popular sovereignty resides while the European Council would allow national interests to stand out. Only the political mediation among the positions of European political parties and national Governments is then able to provide for a satisfactory balance.

ALCUNI PROFILI PROBLEMATICI DELLA COMPETENZA DELL'UNIONE EUROPEA IN MATERIA DI INVESTIMENTI DIRETTI ESTERI

ALFREDO RIZZO*

Il tema oggetto di questo intervento presenta notevoli aspetti problematici. Qui di seguito si concentrerà l'attenzione su quattro aree di analisi, ognuna delle quali può essere oggetto di ulteriori approfondimenti. La prima concerne le relazioni tra la nozione di movimenti di capitali e quella di investimenti diretti esteri. La seconda riguarda i profili problematici attinenti alla definizione di un meccanismo di risoluzione delle controversie. La terza concerne la sorte degli accordi bilaterali d'investimento (*Bilateral Investment treaties*, BITs) tra Stati membri dell'Unione e Stati terzi. La quarta area d'analisi riguarda la definizione di un "modello" di accordo bilaterale d'investimento dell'Unione.

1. Preme innanzitutto sottolineare come l'estensione dei poteri dell'Unione a seguito della riforma di Lisbona, in particolare nel settore della Politica commerciale comune ed in quello degli investimenti diretti esteri, rappresenti un'innovazione che conduce a un'inevitabile sovrapposizione tra studi di diritto internazionale e studi di diritto dell'Unione europea.

Ciò posto, si deve tenere presente come la materia in oggetto non fosse del tutto sconosciuta al diritto dell'Unione. Un importante *corpus* di fonti di diritto derivato e giurisprudenza della Corte di Giustizia aveva ricondotto alla nozione di "movimenti di capitali" di cui all'art. 56 del Trattato istitutivo il concetto di "investimenti diretti esteri", così che può ritenersi come tali investimenti avessero ricevuto protezione ben prima dell'entrata in vigore della riforma di Lisbona. Tuttavia,

---

* Il presente lavoro è la versione in italiano di una relazione in inglese presentata al simposio *Diritto Internazionale e Investimenti esteri: tendenze e sfide*, organizzato dal Board of Editors dell'Italian Yearbook of International Law e tenutosi il 31 maggio 2014 presso la sede dell'Associazione Italiana per l'Arbitrato in Roma.

LA COMUNITÀ INTERNAZIONALE FASC. 2/2014 pp. 261-268
EDITORIALE SCIENTIFICA SRL

tale protezione non fu ritenuta soddisfacente, tanto che la DG *Trade* della Commissione Europea, in un documento (c.d. *issue paper*) del 30 maggio 2006 indirizzato al c.d."Comitato 133", ha individuato la necessità di un "*upgrading*" della politica degli investimenti dell'Unione, in quanto: «In comparison to North American Free Trade Agreements(NAFTA) countries' agreements, EU agreements and achievements in the area of investment lag behind because of their narrow content. As a result, European investors are discriminated vis-à-vis their foreign competitors and the EU is losing market shares».

Da un lato, dunque, si riscontra una solida base giuridica nei Trattati, volta a garantire protezione all'ingresso e all'uscita di capitali provenienti da e/o diretti verso Paesi terzi rispetto al mercato interno dell'Unione; dall'altro lato, si ha l'individuazione di una politica di investimenti diretti esteri che discende dalla necessità di fornire l'Unione di mezzi efficaci atti a far fronte alle sfide nel frattempo emergenti su scala globale.

Punti di dibattito sul contenuto delle nuove previsioni del Trattato sul funzionamento dell'Unione (TFUE) riguardano principalmente la questione se tali disposizioni includano nel proprio ambito applicativo anche i c.d. "portfolio investments" e tutti i cosiddetti *standards* di protezione dell'investimento "post establishment", e ciò con particolare riguardo alle c.d. *umbrella clauses*, che come noto consentono agli investitori di convenire dinanzi ad un giudice internazionale il governo dello Stato che abbia presuntivamente violato i termini del contratto concernente l'investimento. L'Unione, inoltre, sembra offrire una lettura autonoma dello standard del *fair and equitable treatment* (c.d. FET), disancorandolo da qualsiasi riferimento ai c.d. *minimum standards of protection* richiesti dal diritto internazionale consuetudinario. È altresì oggetto di dibattito se la protezione contro l'espropriazione diretta o indiretta sia inclusa nell'ambito oggettivo dell'art. 207 TFUE, tenuto conto del criterio di "neutralità" che ispira il *dictum* dell'art. 345 TFUE sui sistemi nazionali di proprietà privata.

Ciascuno di tali aspetti problematici meriterebbe di essere analizzato singolarmente. In ogni caso, sia i negoziati in corso sia il possibile successivo contenzioso dinanzi alla Corte di Giustizia potranno chiarire l'esatto ambito applicativo dell'art. 207 TFUE messo a confronto con gli standards di protezione dell'investimento che sono normalmente inclusi in un accordo bilaterale (*Bilateral Investment Treaty*, BIT).

2. Ulteriori motivi di riflessione suscita la possibile formulazione, all'interno di un accordo di investimento tra Unione Europea e Paesi terzi, di un meccanismo di regolamento delle controversie (*Dispute Settlement Mechanism*), particolarmente per quanto attiene alle controversie investitore-Stato (*Investor-State Dispute Settlement*, ISDS). Al riguardo, occorre partire dal presupposto secondo il quale l'Unione gode di una propria competenza nella definizione di metodi di risoluzione di controversie insorgenti nell'attuazione di un accordo internazionale di cui siano parte uno o più Stati membri e che concerna materie che ricadano nella competenza dell'Unione stessa (v. Parere n. 1/91 sull'accesso dell'allora Comunità europea allo Spazio Economico Europeo). Più di recente, nel caso *MOX Plant*, la Corte ha interpretato l'art. 344 TFUE nel senso che due Stati dell'Unione non possono sottoporre ad una corte arbitrale, stabilita da un accordo internazionale, una questione controversa concernente materie che ricadano *anche* nell'ambito applicativo dei trattati istitutivi dell'Unione. Questi principi, attorno ai quali ruota il carattere obbligatorio della giurisdizione della Corte (si veda anche il testo dell'art. 19 TUE ma anche l'art. 267 TFUE concernente la competenza della Corte in materia di rinvio pregiudiziale), rilevano particolarmente nel caso di controversie che riguardino accordi di investimento c.d. "intra-se", ossia accordi tra Stati membri dell'Unione, anche se nel caso *Eureko B.V. c. Rep. Slovacca* (Permanent Court of Arbitration Case No. 2008-13, UNCITRAL) la Commissione è sembrata aver sostenuto una conclusione parzialmente diversa.

Nel caso di una controversia riguardante un accordo di investimento con un Paese terzo, una delle parti coinvolte potrà essere rappresentata da un Paese o da un investitore non appartenenti all'Unione mentre quest'ultima potrà sostituire uno dei propri Paesi membri come parte convenuta. In un caso simile è concepibile la competenza di un organo giudiziario differente dalla Corte di Giustizia, quale una corte arbitrale, nella veste di un arbitrato tanto *ad hoc* quanto "istituzionale". Eppure, un ostacolo concreto all'accesso dell'Unione alla Convenzione di Washington (del 18 marzo 1965, pubblicata il 14 ottobre 1966, 575 UNTS, 159) resta quello della statualità ("*statehood*") delle parti di tale Convenzione. Ciononostante, la Commissione Europea sostiene fortemente la possibilità che un affidabile (in inglese: "*reliable*") meccanismo di risoluzione delle controversie tra investitori e Stati sia inserito in un accordo di investimento dell'Unione, particolarmente affermando, in una propria comunicazione del 2010–

COM(2010) 343 def. –, che l'assenza di tale meccanismo «would in fact discourage investors and make a host economy less attractive than others». Ciò è peraltro coerente con un approccio internazionalistico al problema. Il sistema giuridico dell'Unione, una volta che essa abbia acquisito competenza in materia di investimenti diretti esteri, deve certamente conformarsi alle regole inerenti alla protezione degli investimenti e in particolare agli standards minimi di protezione. Allo stesso tempo, però, l'Unione stessa deve assicurare a qualunque investitore l'accesso ai mezzi procedurali più efficaci e che a propria volta rispondano ai criteri relativi alla protezione del diritto di accesso alla giustizia. A tale riguardo, si deve ricordare che, conformemente all'art. 47 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione, tale diritto può essere invocato da "chiunque" (*any person*), quindi tanto da persone fisiche o giuridiche appartenenti all'Unione quanto da persone fisiche o giuridiche non appartenenti a quest'ultima. Pertanto, quello della definizione di un efficace (e "*reliable*") meccanismo di risoluzione delle controversie tra investitori e Stati (ISDS) rimane uno degli obiettivi principali dei negoziati in corso tra Unione e Stati terzi nella definizione di nuovi accordi di investimento da concludere sulla base del vigente art. 207 TFUE.

3. Riguardo alla sorte dei trattati bilaterali d'investimento con Paesi terzi (BITs) a seguito del trasferimento di competenze a favore dell'Unione nel settore degli investimenti diretti esteri, la natura esclusiva di tale competenza (se si accetta la tesi dell'esclusività di tale competenza) implica in primo luogo e soprattutto che qualsiasi interferenza da parte degli Stati membri nell'ambito in questione deve essere "autorizzata" dall'Unione. Tale meccanismo ("*empowerment*"), individuato inizialmente dalla Corte di Giustizia, trova oggi base giuridica nell'art. 2 TFUE. Il Consiglio, durante i lavori relativi alla predisposizione delle conclusioni del 25 ottobre 2010 su una "*Comprehensive European International Investment policy"* (www.consilium.europa.eu/uedocs/cms_data/docs/pressdata/EN/foraff/117328.pdf) ha respinto, invece, l'applicabilità di tale disposizione, contestando l'argomento secondo cui un'autorizzazione sarebbe necessaria al fine di consentire agli Stati membri di mantenere i BITs esistenti al momento dell'entrata in vigore del Trattato di Lisbona.

Piuttosto, il Consiglio fa riferimento alla clausola secondo la quale il diritto dell'Unione si adatta al diritto internazionale dei trattati conformemente alle regole consuetudinarie *pacta sunt servanda* e

pacta tertiis nec nocent neque prosunt, attualmente riprodotte all'art. 351, n. 1, TFUE: secondo il Consiglio, queste sono le uniche regole che valgono a fondare il mantenimento dei BITs esistenti all'entrata in vigore del Trattato di Lisbona. Ovviamente, tali BITs "esistenti" non dovrebbero essere in contrasto con il diritto dell'Unione (e ciò in conformità anche al criterio secondo cui l'investimento deve rispettare la legge dello Stato in cui esso è effettuato). Inoltre, l'eccezione sollevata dal Consiglio, che mira al mantenimento dei BITs esistenti senza previa autorizzazione da parte dell'Unione, non potrebbe rilevare se gli Stati membri volessero modificare un BIT esistente o se avessero intenzione di concludere un nuovo BIT: in tali ipotesi, infatti, il meccanismo della necessaria previa autorizzazione da parte dell'Unione riacquisterebbe tutta la sua efficacia. Pertanto, l'autorizzazione non è richiesta solo per il *mero* mantenimento di BITs in vigore all'atto del trasferimento di competenze in favore dell'Unione nel settore degli investimenti diretti esteri (art. 207 TFUE). Il cosiddetto *Grandfathering Regulation* (regolamento n. 1219/2012) riflette tale *ratio* imponendo il meccanismo dell'autorizzazione per tutti i BITs futuri, segnatamente quegli accordi che gli Stati membri intendano concludere dopo l'entrata in vigore del regolamento stesso. Per tutti i BITs vigenti prima di tale entrata in vigore, il regolamento impone la notifica dell'accordo alla Commissione e contempla la possibile consultazione tra quest'ultima e gli Stati membri interessati per modificare quelle parti dell'accordo che violino il diritto dell'Unione. La mancata modifica dell'accordo può dare luogo all'apertura di una procedura d'infrazione nei confronti dello Stato che intenda mantenere quel BIT contenente disposizioni contrarie al diritto dell'Unione.

4. Vale la pena fare riferimento ad una recente proposta di un possibile "modello" di accordo bilaterale d'investimento dell'Unione. Tale modello d'accordo dovrebbe *in primis* essere concepito e attuato nel pieno rispetto dei principi generali del diritto dell'Unione, come espressamente menzionati nel nuovo art. 6, n.3, TUE. Una particolare attenzione dovrà essere riservata al principio di proporzionalità (art. 5 TUE) e al suo consolidato test applicativo da parte della Corte di Giustizia, rilevante soprattutto nell'attuazione dello standard del *Fair and Equitable treatment* (c.d. FET, già menzionato)

Sotto un altro profilo, la recente prassi nel settore degli investimenti diretti esteri ha dimostrato come sia sempre più frequente il rife-

rimento, nei rilevanti accordi internazionali, agli obiettivi della protezione dei diritti umani e dello sviluppo sostenibile. Nei Trattati istitutivi dell'Unione si possono riscontrare clausole che si occupano specificamente di garantire che il diritto dell'Unione si conformi a tali obiettivi. Rilevano in particolare alcune previsioni in tema di azione esterna dell'Unione come quelle contenute nell'attuale art. 21 TUE, ma non va sottaciuta la presenza "condizionante" dell'art. 11 TFUE che riguarda il principio di "integrazione" della tutela ambientale in qualsiasi politica dell'Unione, quindi inclusa anche l'azione esterna di quest'ultima. Per quanto riguarda la prassi, vale la pena menzionare il Partenariato tra la Comunità europea e il CARIFORUM – Caribbean Forum of the Group of African, Caribbean and Pacific (ACP) Group of States – che crea un obbligo reciproco di non attrarre investimenti che provochino un *dumping* in termini di protezione sociale e ambientale.

Con riguardo all'*enforcement* di tali standards, nell'interesse, ad esempio, dei cittadini dell'Unione, quest'ultima potrebbe agire come "sostituto" dello Stato che ospiti un determinato investimento o più esattamente come entità che può agire a tutela di individui o gruppi sociali che si sentano "minacciati" nei loro interessi "vitali" (diritto alla salute, ad un ambiente salubre, incidenza sul godimento di alcuni diritti sociali ecc.) dall'investimento stesso.

Quest'opera di bilanciamento di interessi contrapposti – quelli dell'investitore e quelli delle popolazioni locali presso le quali l'investimento viene effettuato – è ricavabile dalla comunicazione della Commissione del 2010, già richiamata in precedenza, nel punto in cui si chiarisce che «Gli accordi di investimento devono essere compatibili con le altre politiche dell'Unione e dei suoi Stati membri, comprese le politiche in materia di tutela dell'ambiente, di lavoro dignitoso, di salute e di sicurezza sul luogo di lavoro, di tutela dei consumatori, di diversità culturale, di sviluppo e di concorrenza. La politica d'investimento continuerà a dare all'Unione e agli Stati membri la possibilità di adottare e di applicare le misure che si impongono per raggiungere gli obiettivi di politica pubblica.»

Tali obiettivi sono esattamente quelli riscontrabili, come già accennato, in alcune previsioni generali dei Trattati. Vale quindi la pena ricordare che l'investitore "in cerca di equità" per il proprio investimento (secondo il criterio del *Fair and equitable treatment*) deve allo stesso tempo risultare affidabile e responsabile (*accountable*) dinanzi alla popolazione dello Stato che lo ospita (uno

Stato membro dell'Unione). Come osservato in dottrina, «(…) equity always requires fair and equitable balancing of competing interests, in this case the interests of the investor and the interest of individuals and social groups who seek judicial protection against possible adverse impacts of the investment on their life or their environment» (Francioni, *Access to Justice, Denial of Justice and International Investment Law*, in *EJIL*, 2009, 729-747, spec. 739). Lo stesso vale, reciprocamente, per quanto attiene alla protezione dell'investimento confrontata alla protezione dei diritti d'individui o gruppi sociali di un Paese terzo contraente. In tal caso, sarebbe il Paese in questione ad avere un proprio tornaconto nel garantire alcuni obiettivi di interesse generale che si pongano in contrasto con gli interessi di un investitore proveniente dall'Unione Europea.

Non è peraltro superfluo ricordare che già oggi esiste una consolidata prassi che attua le relazioni esterne dell'Unione conformemente ai criteri della c.d. "condizionalità democratica". Nel settore della politica commerciale comune ciò avviene, ad esempio, anche tramite l'adozione di atti di diritto derivato (regolamenti): come noto, il sistema di preferenze generalizzate garantisce ad alcuni Paesi meno sviluppati particolari trattamenti tariffari condizionati al rispetto dei c.d. *labor standards,* quali quelli stabiliti nella Dichiarazione dell'Organizzazione internazionale del Lavoro *sui principi e i diritti fondamentali nel lavoro e suoi seguiti* (Ginevra, 1998, reperibile via internet all'indirizzo http://www.ilo.org).

Si osserva infine che, poiché i futuri accordi di investimento dell'Unione saranno basati su una disposizione esplicita quale l'art. 207 TFUE, la competenza delle istituzioni dell'Unione a valutare un accordo alla luce delle rilevanti disposizioni della Carta dei diritti fondamentali (art. 6 TUE) discende dall'art. 51 della Carta stessa, norma ai sensi della quale le disposizioni di quest'ultima si rendono applicabili all'azione delle istituzioni dell'Unione là dove e nella misura in cui l'Unione stessa eserciti una propria competenza.

Si può quindi concludere che l'Unione eserciterà la propria competenza – esclusiva (come noi riteniamo) o concorrente che sia – nel settore degli investimenti diretti esteri secondo criteri di *public policy* ampiamente affermati nella prassi attuale delle relazioni internazionali dell'Unione stessa e ribaditi dalle disposizioni di TUE e TFUE – così come dalle disposizioni della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione – a seguito della riforma di Lisbona.

ABSTRACT

Problematic Aspects of the Power of the European Union in the area of Foreign Direct Investments.

The topic of this paper submits significant problematic aspects. The paper focuses on four areas of analysis, each of which may be the subject for further study. The first area of investigation concerns the relationship between the notion of capital movements and that of foreign direct investment. The second concerns the problematic aspects relating to the establishment of a mechanism of disputes settlement. The third area concerns the fate of Bilateral Investment Treaties (BITs) between EU Member States and third countries. The fourth area of analysis concerns the definition and characteristics of a "model" bilateral investment agreement of the Union based on certain *public policy* objectives enshrined in the general provisions of the EU treaties.

RASSEGNE

ATTIVITÀ DELLE ORGANIZZAZIONI INTERNAZIONALI

N A Z I O N I U N I T E

ASSEMBLEA GENERALE

QUESTIONI ECONOMICHE E FINANZIARIE

67ª sessione ordinaria

1. *Premessa.* – In questa rassegna si presenteranno le principali riforme introdotte e azioni intraprese dal Fondo Monetario Internazionale (FMI) e dalla Banca Mondiale (BM) nell'anno 2012, nonché l'attività riguardante le materie economiche e finanziarie svolta dall'Assemblea Generale delle Nazioni Unite nel corso della sua 67ª sessione ordinaria[1].

In questi anni di faticosa uscita dalla crisi economica internazionale, le aree e Paesi del mondo attraversano fasi differenti del ciclo economico, talvolta così accentuando preesistenti diseguaglianze e rendendo comunque più difficoltoso l'imbocco di un sentiero di crescita bilanciata, a livello regionale e soprattutto globale.

Dal punto di vista giuridico-istituzionale continuano a dominare questo settore i consessi informali formati dalle maggiori potenze economiche, i quali esercitano una forte, sebbene indiretta, influenza anche sulle istituzioni finanziarie internazionali; sempre importante resta poi il ruolo degli organi di natura ibrida (come gli *standard-setting bodies*, con compiti di natura tecnica)[2].

---

[1] Per ricostruire in modo più completo le linee di tendenza più recenti nelle attività di FMI, BM e Assemblea Generale dell'ONU, può farsi riferimento alle rassegne pubblicate in questa *Rivista*, in particolare, 2013, 179 ss., 2011, 687 ss., 2010, 469 ss., 2009, 293 ss., 2008, 339 ss., e 2007, 579 ss.

[2] Oltre agli studi citati nelle rassegne degli anni precedenti, si vedano, tra i più recenti: ADINOLFI (G.), *Poteri e interventi del Fondo monetario internazionale*, Padova, 2012; CAFARO, *Il governo delle organizzazioni di Bretton Woods: analisi critica, processi di revisione in atto e proposte di riforma*, Torino, 2012; GNATH, SCHMUCKER, *The Role of the Emerging Countries in the G20: Agenda-Setter, Veto Player or Spectator?*, nonché RITTER, *Addressing Global Policy Challenges: The G20 Way in 2010 and Beyond*, entrambi in HERRMANN, TERHECHTE, *European Yearbook of International Economic Law*, 2012; WOODS, *International Political Economy in an Age of Globalization*, e WATSON, *Global Trade and Global Finance*, entrambi in BAYLIS, SMITH, OWENS (eds.), *The Globalization of World Politics*, Oxford, 2013; CARREAU, JUILLARD, *Droit international économique*, Paris, 2013; HERDEGEN, *Principles of International Economic Law*, Oxford, 2013; KOHEN, BENTOLILA (sous la direction de), *Mélanges en l'honneur du professeur Jean-Michel Jacquet: le droit des rapports internationaux économiques et privés*, Paris, 2013; ANDENAS, H-Y CHIU, *The Foundations and Future of Financial Regulation: Governance for Responsibility*, Abingdon, 2014.

LA COMUNITÀ INTERNAZIONALE FASC. 2/2014 pp. 269-279
EDITORIALE SCIENTIFICA SRL

L'attività delle Nazioni Unite in questo campo resta sostanzialmente ai margini, benché l'Assemblea Generale continui i suoi sforzi per proporsi come foro di discussione. Essa rimane comunque la cassa di risonanza privilegiata per le istanze dei PVS e dei Paesi più poveri.

2. *Le misure adottate dal Fondo Monetario Internazionale per contrastare la crisi: il ruolo nella nuova* governance *mondiale (cenni) e l'attività di sorveglianza.* – Al centro del sistema monetario internazionale fin dalla sua fondazione all'indomani della seconda guerra mondiale, il FMI ha, come ben noto, assunto un crescente ruolo nell'attività di prestito e si ritrova oggi al centro della *governance* economica internazionale.

In tema di sorveglianza si ricorda che, dopo la conclusione nel 2011 della *Triennial Surveillance Review*, il FMI ha messo a punto un piano di lavoro specifico per la sorveglianza finanziaria; per ciò che concerne la stabilità c.d. esterna dei Paesi che vengono volta per volta esaminati – uno degli altri cinque settori, insieme alla sorveglianza finanziaria, che erano stati considerati di importanza cruciale dal *Managing Director* del FMI nel 2010 –, l'*Executive Board* ha l'intenzione di includere altri elementi oltre alla stabilità del cambio al fine di condurre un'analisi più completa.

Per ciò che riguarda l'assetto giuridico sulla base del quale vengono effettuate le operazioni di sorveglianza, l'*Executive Board* ha manifestato l'intenzione di condurre una revisione nel 2013, ma nelle discussioni già tenute ha riscosso un certo seguito l'idea di integrare la sorveglianza bilaterale (condotta cioè su un singolo Paese per volta) con quella multilaterale (condotta a livello globale).

Nell'ottobre 2011 e nell'aprile 2012 è stato rilasciato un nuovo *Consolidated Multilateral Surveillance Report*: nell'ampliare lo spettro dei dati presi in considerazione, sono stati inclusi anche indici di carattere sociale.

Per ciò che riguarda l'*Early Warning Exercise*, sono stati affinati gli strumenti di indagine per l'individuazione dei rischi.

3. *Le risorse del FMI, le attività di prestito e le riforme riguardanti i meccanismi di rappresentanza e la* governance. – Nel corso del 2012, è proseguita l'opera volta a rendere sempre più flessibili gli strumenti di intervento finanziario del Fondo.

La *Precautionary and Liquidity Line* (PLL), già introdotta nel 2011, ha sostituito la *Precautionary Credit Line* (PCL). La PLL è uno strumento che può essere utilizzato in circostanze anche ulteriori rispetto a quelle in cui potevano essere impiegate le risorse della PCL ed in particolare come strumento assicurativo per necessità non ancora emerse e per fornire liquidità nel breve termine. Sarà pertanto più semplice venire incontro alle necessità di finanziamento degli Stati membri con fondamentali economici e politici sani.

Il nuovo *Rapid Financing Instrument* riunisce i precedenti strumenti di intervento per le forme di assistenza d'emergenza. Le sue risorse possono essere impiegate in varie eventualità, compreso il caso di *shock* esogeni.

Quanto all'ammontare delle risorse disponibili, nel 2012 quelle relative agli *Expanded New Arrangements to Borrow* (NAB) sono state elevate fino a circa 574 miliardi di dollari; risorse ulteriori per un ammontare pari a 430 miliardi di dollari sono poi state messe a disposizione da parte degli Stati membri su base bilaterale.

Inoltre, un alleggerimento delle condizioni di prestito per i Paesi a basso reddito è stato reso possibile dall'impiego delle risorse derivate dalla recente collocazione da parte del FMI di una quota delle riserve auree detenute.

Nell'anno 2012 si è poi assistito ad un'opera di consolidamento delle riforme già approvate dei meccanismi di rappresentanza e di *governance*.

In particolare, si è cercato di portare a termine l'attuazione della riforma del 2010 – che includeva un trasferimento di voti al fine di garantire una più ampia rappresentanza delle economie emergenti, con contestuale eliminazione nell'*Executive Board* dei seggi di due Paesi europei avanzati.

La messa a punto di una nuova formula per il calcolo delle quote è stata altresì iniziata nel corso del 2012 (ma essa era in effetti già in corso di elaborazione fin dal 2010).

4. *Il gruppo della Banca Mondiale: le attività in sintesi.* – Com'è noto, il mandato delle Istituzioni del gruppo della BM, perseguito anche nel 2012, è quello di erogare finanziamenti a favore dei Paesi più poveri.

L'impegno finanziario complessivo del gruppo ammonta a 52,6 miliardi di dollari, con una diminuzione rispetto all'esercizio precedente, a sua volta inferiore a quello del 2010[3]. Nel corso del 2012 tra i progetti finanziati c'è stata un'attenzione particolare a quelli volti al miglioramento della condizione femminile[4].

Le Istituzioni del gruppo hanno messo a punto, tra gli altri, tre nuovi importanti strumenti: il primo per un migliore e più mirato utilizzo delle risorse e gli altri due per aumentare la trasparenza e la disponibilità di informazioni. Il primo è il *PforR* (*Program for Results*), che lega l'attività di erogazione al raggiungimento di risultati. Gli altri due sono l'*OKR* (*Open Knowledge Repository*), per mettere a disposizione i risultati delle ricerche svolte, e il *SABER* (*Systems Approach for Better Education Results*), attraverso il quale si rendono accessibili informazioni utili per riforme nel campo dell'istruzione.

Quanto alle risorse, è da ricordare che l'*IDA16 replenishment* del 2011 ha assicurato all'Istituzione risorse pari a 49,3 miliardi di dollari per i successivi tre anni (2012-2014, coprendo quindi anche l'anno qui oggetto di disamina); l'operazione è stata concertata tra un gruppo di 51 donatori – più ampio rispetto al passato –, ed è superiore del 18% rispetto alla precedente *IDA15*[5].

---

[3] Gli impegni delle varie Istituzioni, in miliardi di dollari, sono così suddivisi: *International Bank for Reconstruction and Development* (IBRD) 20,6, rispetto alla cifra di 26,7 raggiunta nel 2011 (nel 2010 l'ammontare superava i 44 miliardi di dollari); *International Development Association* (IDA) 14,8, rispetto ai 16,3 del 2011 (in questo caso, dal 2010 al 2011 c'era stato un aumento; nel 2012 l'ammontare è praticamente ritornato al livello del 2010); *International Finance Corporation* (IFC) 20,4 (rispetto al valore di 12,2 del 2010, in cui si registrava già un impegno effettivo aumentato del 3% rispetto all'anno precedente); *Multilateral Investment Guarantee Agency* (MIGA) 2,7 (ammontare in garanzie emesse, rispetto al valore di 2,1 dell'anno precedente, a sua volta superiore del 43% rispetto alle garanzie emesse nel 2010): *The World Bank Annual Report 2012*, disponibile sul sito: www.worldbank.org; *IFC Annual Report 2012*, disponibile sul sito www.ifc.org; *MIGA Annual Report 2012*, disponibile sul sito: www.miga.org.

L'esercizio 2012, al quale si riferiscono i dati riportati, è quello relativo al periodo compreso tra il 1° luglio 2011 e il 30 giugno 2012.

[4] Su questa scelta strategica, v. il corposo *World Development Report 2012 – Gender Equality and Development*, disponibile sul sito: www.worldbank.org.

[5] L'IBRD si finanzia invece sui mercati tramite collocazione di strumenti che hanno mantenuto nel 2012 il rating AAA.

5. *L'attività dell'Assemblea Generale delle Nazioni Unite in materia economica e finanziaria.* – La presenza delle Nazioni Unite, e dell'Assemblea Generale in particolare, sulla scena della *governance* economica globale è ormai da tempo una presenza non di primo piano, almeno rispetto alle Istituzioni finanziarie internazionali.

L'analisi dell'attività dell'Assemblea Generale nelle materie economiche e finanziarie nella 67ª sessione ordinaria mostrerà che i continui sforzi volti a riprendere l'iniziativa in questo campo sembrano, nell'attuale fase storica, destinati ad infrangersi contro il muro della realtà della *governance* economica internazionale: in tale quadro sono ormai altri, diversi rispetto all'ONU, i luoghi di discussione ove realmente si misurano i rapporti di forza tra gli attori più importanti. Nondimeno, l'Assemblea Generale non smette di essere un foro privilegiato per la discussione di tematiche legate allo sviluppo e per la formulazione di proposte per affrontare i problemi ad esso legati.

6. *Breve ricostruzione delle coordinate di base dell'azione dell'Assemblea Generale nella 67ª sessione e degli orientamenti fondamentali in materia economica e finanziaria.* – Nell'anno precedente, l'Assemblea Generale si era dedicata al rilancio del suo ruolo e della sua funzione, tanto all'interno che all'esterno del sistema delle Nazioni Unite[6], ed aveva inoltre riservato ampia attenzione alla Conferenza delle Nazioni Unite sullo sviluppo sostenibile[7].

Quanto alla sessione oggetto della presente rassegna va, in primo luogo, ricordato il continuo impegno per la rivitalizzazione del lavoro dell'Assemblea Generale[8]. Si è deciso di creare un nuovo gruppo di lavoro *ad hoc* aperto a tutti gli Stati membri che presenti all'Assemblea il suo rapporto nella sua prossima sessione[9]. I temi da trattare saranno in continuità con quelli di cui l'Assemblea si è occupata in precedenza: ruolo e autorità (*authority*) dell'Assemblea, problema dell'attuazione delle sue risoluzioni, snellimento e miglioramento dell'efficienza delle procedure e dell'agenda dei lavori, incluso il coordinamento con altri organi dell'ONU, visibilità e diffusione dell'attività dell'Assemblea[10].

Tali sforzi si inseriscono nel più ampio disegno di rafforzare il ruolo dell'ONU nel suo insieme, come testimoniato dal lavoro del Comitato sulla Carta delle Nazioni Unite e sul rafforzamento del ruolo dell'Organizzazione[11].

---

[6] Si ricorda che il dibattito generale, che nella sessione precedente si era concentrato sulla mediazione, nella 67ª sessione ha avuto ad oggetto il più generale tema della soluzione pacifica delle controversie.

[7] Tenutasi a Rio de Janeiro dal 20 al 22 giugno 2012. Per l'indicazione delle principali risoluzioni rilevanti, cfr. la rassegna pubblicata in questa *Rivista*, 2013, 179 ss., spec. nt. 19. V. anche la risoluzione 67/203 sull'attuazione di Agenda 21, il Programma di ulteriore attuazione di Agenda 21 e gli *outcome* del *World Summit* sullo sviluppo sostenibile e della Conferenza delle Nazioni Unite sullo sviluppo sostenibile.

[8] La prima risoluzione su questo tema risale oramai a più di vent'anni fa: si tratta della risoluzione 47/233.

[9] Risoluzione 67/297. Non è la prima volta che tali gruppi di lavoro vengono costituiti: v. ad es. le risoluzioni 66/891 e 66/294.

[10] Tale è stata l'attenzione dedicata al tema, che si è dovuto creare un elenco delle risoluzioni dedicata alla rivitalizzazione: cfr. la risoluzione 67/936.

[11] Cfr. la risoluzione 67/96. Il lavoro del Comitato è prevalentemente incentrato sul ruolo dell'ONU nel mantenimento della pace e della sicurezza internazionale. Tuttavia, non può disconoscersi il rilievo

Per quanto riguarda più in particolare l'Assemblea Generale, riguadagnare centralità è l'obiettivo perseguito in modo quasi assillante negli ultimi anni. Nel contesto poi delle relazioni economiche e finanziarie, far sentire la propria voce diventa per l'Assemblea sempre più difficile, altri essendo i fori ove le decisioni vengono assunte (principalmente i consessi informali come il G-7/8 e il G-20) e messe in atto (come le Istituzioni finanziarie internazionali, o gli organi, spesso di recente istituzione, con compiti di natura tecnica).

Tra gli atti di carattere generale, qualche spunto interessante per le materie qui trattate si rinviene nella risoluzione sulla promozione di un ordine internazionale equo e democratico[12]. Innanzitutto, in essa si trova l'invito rivolto agli Stati membri a onorare l'impegno da essi assunto alla conferenza di Durban e volto a massimizzare i benefici della globalizzazione, attraverso una serie di realizzazioni indicate in via non esaustiva e tra le quali meritano qui una sottolineatura gli sforzi per offrire uguaglianza di opportunità nel commercio internazionale e una crescita economica collegata allo sviluppo sostenibile.

Inoltre, si afferma che per la realizzazione di un ordine internazionale equo e democratico è necessario un equo accesso ai benefici derivanti da una distribuzione del benessere a livello internazionale e da un rafforzamento della cooperazione internazionale, specie nel campo economico, commerciale e finanziario. L'ordine economico internazionale deve quindi essere basato sull'equità, l'eguaglianza sovrana, l'interdipendenza, l'attenzione all'interesse comune e la cooperazione tra tutti gli Stati, anche tra quelli con tradizioni e sistemi economici e politici differenti.

È da notare infine come l'Assemblea raccomandi al Segretario Generale di portare la risoluzione sulla promozione di un ordine internazionale equo e democratico all'attenzione di una serie di soggetti, tra cui, in particolare, le Istituzioni di *Bretton Woods*.

Già da queste battute emerge la *classica* attenzione dell'Assemblea verso le esigenze dei PVS e dei Paesi più poveri, ovvero di quei Paesi che sono rimasti ai margini del processo di globalizzazione e che meno ne hanno tratto benefici (spesso anzi rimanendone assai penalizzati)[13].

7. *La risoluzione sulle Nazioni Unite nella* governance *globale.* – Anche nella 67ª sessione l'Assemblea Generale ha adottato – in linea di continuità con un'idea maturata nel del 2010[14] e a cui anche nella precedente sessione era stato dato seguito[15] – una risoluzione sulle "Nazioni Unite nella governance globale"[16].

---

che, indirettamente, questa azione di rafforzamento può assumere anche in altri campi di attività dell'Organizzazione, come quelli considerati in questa sede.

[12] Risoluzione 67/175. V. anche la risoluzione 67/230 sul ruolo delle Nazioni Unite nella promozione di un nuovo ordine umano globale (*new global human order*), nonché la risoluzione 67/217 verso un Nuovo Ordine Economico Internazionale (sul tema sia consentito rimandare alle osservazioni contenute nella Rassegna pubblicata in questa *Rivista*, 2011, 697 s.).

[13] V. altresì la risoluzione 67/220 *Follow-up* della Quarta Conferenza delle Nazioni Unite sui Paesi meno sviluppati; la risoluzione 67/221 sulla fluida transizione per i Paesi uscenti dalla lista dei Paesi meno sviluppati; la risoluzione. 67/171 sul diritto allo sviluppo.

[14] V. la risoluzione 65/94.

[15] Risoluzione 66/256.

[16] Risoluzione 67/289.

I temi di fondo sono gli stessi emergenti dalla corrispondente risoluzione adottata nella sessantaseiesima sessione: il multilateralismo, la riaffermazione dell'universalità dell'ONU e del "ruolo" e della "autorità" della stessa Assemblea nelle maggiori questioni di interesse per la comunità internazionale.

Ciò che è più interessante notare è il fatto che è stato coronato da un certo successo lo sforzo delle Nazioni Unite di instaurare un più stretto coordinamento con alcuni degli attori (relativamente) nuovi protagonisti della *governance* internazionale, tra i quali anche i consessi informali.

Ciò, come nella risoluzione in commento si ricorda, è avvenuto a livello del Consiglio economico e sociale per quanto riguarda in particolare le Istituzioni di *Bretton Woods* e il WTO (con inclusione anche dell'UNCTAD).

Ancora a proposito delle Istituzioni di *Bretton Woods*, si accoglie positivamente il processo di revisione delle quote in corso già da qualche anno, nell'ottica di una maggiore rappresentanza dei PVS.

Si accoglie – e se ne promuove l'ulteriore sviluppo – l'interazione, sempre a livello di Consiglio economico e sociale, con istituzioni regionali (per le quali tra l'altro si auspica un più pieno inserimento nelle strutture della *governance* internazionale) e coi consessi informali, come in particolare il G-20.

È infine nell'agenda provvisoria della 71ª sessione che è programmato l'inserimento sotto la voce "Rafforzamento del sistema delle Nazioni Unite" di una sotto-voce sul "Ruolo centrale del sistema delle Nazioni Unite nella *governance* globale". È sempre in quella sessione che il Segretario Generale dovrà presentare un rapporto sull'attuazione della risoluzione in commento.

8. *Sistema finanziario internazionale e sviluppo.* – Con la risoluzione 67/197 l'Assemblea Generale si occupa degli effetti dei cambiamenti nel sistema finanziario sullo sviluppo.

È anzitutto sottolineata l'importanza della struttura dei sistemi monetario, finanziario e commerciale, in particolare affinché sia garantita la loro apertura e inclusività[17]. Si passa poi a sottolineare la delicatezza del momento, dati i preoccupanti effetti della crisi sulle strutture del sistema finanziario internazionale.

L'Assemblea Generale ha accolto positivamente l'iniziativa del Governo del Kazakistan di ospitare una Conferenza, effettivamente poi tenutasi ad Astana dal 22 al 24 maggio 2013, intitolata "*World Anti-Crisis Conference: effective counter-measures to global uncertainty and economic downturns*". Essa ha poi nuovamente sottolineato l'importanza di rilanciare l'ONU come foro per le discussioni nella materia economica e finanziaria.

Venendo alle questioni di più immediato interesse per i PVS, è stata ricordata l'importanza per tali Paesi di poter usufruire della necessaria flessibilità per porre in essere misure anticicliche e ritagliate su ciascuna specifica situazione. A tal fine, si invitano le banche multilaterali di sviluppo a fornire assistenza finanziaria con la prontezza e la flessibilità necessarie. Ad esse, come pure alle banche regionali e sub-regionali e ai fondi di sviluppo, l'Assemblea si rivolge per incoraggiarli a continuare a svolgere il loro ruolo di supporto allo sviluppo. Si salutano positivamente i recenti

[17] Tale questione è sottolineata anche nella risoluzione 67/289, presentata nel precedente paragrafo.

incrementi di capitale che hanno interessato talune di queste Istituzioni e si mette in luce la necessità che esse godano sempre di appropriate risorse[18].

Anche il ruolo dei capitali privati deve essere valorizzato per la massima assise mondiale: i flussi a breve termine possono avere effetti pericolosi per i PVS, tuttavia, appropriate misure di politica economica, specifiche per ogni situazione, possono aiutare ad affrontare tali problemi.

Per ciò che concerne la partecipazione dei PVS nelle Istituzioni di *Bretton Woods*, l'Assemblea sottolinea l'importanza della riforma del sistema di attribuzione delle quote del FMI e sollecita la continuazione di tale processo in modo anche più ambizioso. A tal proposito, si auspica una rapida attuazione della riforma dell'attribuzione delle quote e della *governance* del FMI del 2010.

Per quanto riguarda la BM, l'Assemblea osserva le riforme messe in cantiere dal Gruppo e l'aggiunta di un venticinquesimo membro nel *Board of Executive Directors*.

Da segnalare poi la sottolineatura dell'importanza dei diritti speciali di prelievo (*Special Drawing Rights*, SDR) come importante riserva monetaria internazionale, le cui collocazioni hanno aiutato ad offrire risposte nell'ambito della crisi finanziaria. Si invita peraltro il Segretario Generale, nell'ambito del rapporto sull'attuazione della risoluzione, a tenere in considerazione la necessità di revisioni regolari del ruolo degli SDR anche come riserva internazionale.

Particolare attenzione è riservata al ruolo degli attori pubblici e alla necessità di mettere in atto politiche equilibrate di regolazione dei mercati, nonché, d'altro canto, al ruolo degli attori privati. Tra questi in particolare l'Assemblea sceglie di concentrarsi sulle agenzie di rating, auspicando l'uso di parametri trasparenti, obiettivi e rigorosi, invitando altresì l'UNCTAD a proseguire il suo lavoro riguardante tali soggetti, tenendo in considerazione l'impatto della loro attività sulle prospettive di sviluppo dei PVS.

Infine, viene rimarcata l'importanza di standard di *corporate and public sector governance*, tra cui in particolare quelli riguardanti *accounting*, *auditing* e le misure per assicurare trasparenza. Ciò era del resto già stato sottolineato nella corrispondente risoluzione della precedente sessione[19] e, sempre in continuità con quanto detto in precedenza, l'Assemblea ricorda l'importanza di adeguati ed inclusivi sistemi di vigilanza multilaterale, in particolare sulle politiche finanziarie dei Paesi.

9. *Finanziamento allo sviluppo.* – Al finanziamento allo sviluppo l'Assemblea ha dedicato nella 67ª sessione due risoluzioni: la 67/199, sul *follow-up* della Conferenza internazionale sul finanziamento allo sviluppo, e la 67/300, sulle modalità del sesto *High-level Dialogue* sul finanziamento allo sviluppo[20].

Sostanzialmente, tale risoluzione fa il punto sullo stato d'attuazione del *Monterrey Consensus* e della Conferenza di Doha[21]. Si riafferma anzitutto la

---

[18] Il loro ruolo è considerato importante anche nel contesto della cooperazione regionale e sub-regionale (insieme ad accordi riguardanti il settore commerciale o monetario ed altre iniziative regionali o sub-regionali).

[19] V. la risoluzione 66/187.

[20] È altresì interessante, benché solo indirettamente legata alla questione del finanziamento, la risoluzione 67/195 sulle tecnologie dell'informazione e della comunicazione per lo sviluppo.

[21] *Monterrey Consensus, Resolution adopted by the International Conference on Financing for Development*, Monterrey, Mexico, 18-22 marzo 2002, UN Doc. A/CONF.198/11; *Doha Declaration on Financing for Development: Outcome Document of the Follow-up International Conference on*

responsabilità di ciascuno Stato per il proprio sviluppo, ma, richiamando molti documenti delle Nazioni Unite che direttamente o indirettamente affrontano il problema dello sviluppo, si sottolinea anche l'importanza di stabilire forme di cooperazione efficaci per il raggiungimento dei relativi obiettivi (a cominciare dai *Millennium Development Goals*).

L'Assemblea quindi sottolinea una serie di elementi che si rivelano cruciali per la mobilitazione e l'efficiente utilizzo di risorse per lo sviluppo, tra cui: la presenza di efficienti sistemi fiscali nazionali, il mantenimento degli impegni per gli aiuti allo sviluppo, la lotta alla corruzione e ai flussi di capitali illeciti, un'appropriata regolazione dei mercati, lo sviluppo di appropriati *policy and regulatory frameworks*, la promozione di investimenti esteri diretti, lo stimolo alla crescita del commercio internazionale (resistendo alle tentazioni protezionistiche incompatibili col sistema del WTO[22]), l'assistenza ufficiale allo sviluppo, il rafforzamento della cooperazione sud-sud[23] e le forme innovative di finanziamento.

Come nella risoluzione 67/197, si sottolinea l'importanza della partecipazione dei PVS all'assunzione di decisioni in materia economica a livello internazionale, ponendo l'accento sulla rappresentanza di questi Paesi nelle istituzioni di *Bretton Woods*.

Sulla decisione di convocare di una nuova Conferenza sul *follow-up* del finanziamento allo sviluppo, già delineata nella precedente sessione[24], l'Assemblea si è impegnata a prendere una decisione definitiva entro la seconda metà del 2013. Sempre per quel periodo è stato deciso di dare avvio a "*inclusive consultations*" sulle modalità di finanziamento allo sviluppo, nonché di tenere il sesto *High-level Dialogue* sul finanziamento allo sviluppo. Come detto, la risoluzione 67/300 stabilisce le sue modalità, essenzialmente rimandando alle quelle del precedente *High-level Dialogue*, come stabilite dalla risoluzione 65/314.

10. *Sostenibilità del debito estero e sviluppo.* – La risoluzione 67/198 affronta il problema della sostenibilità del debito estero e dello sviluppo. Essa attinge ampiamente alle risoluzioni adottate sullo stesso tema nelle precedenti sessioni[25], nonché ai temi di riflessione più cari all'Assemblea Generale, come messi in luce anche da altre risoluzioni già illustrate e in senso più ampio dalla sua attività fin dagli albori della vita delle Nazioni Unite. Non mancano quindi osservazioni particolari sui PVS e su varie categorie di Paesi poveri, attanagliati dal problema del debito, a queste accompagnandosi la forte preoccupazione per l'impatto della crisi sul groviglio delle questioni legate all'indebitamento. In particolare, l'Assemblea si mostra sensibile alle crescenti difficoltà per i Paesi debitori di finanziare la spesa sociale.

Ci si intratterrà qui brevemente sugli elementi effettivamente nuovi della risoluzione 67/198[26].

Financing for Development to Review the Implementation of the Monterrey Consensus (Conferenza di Doha, 29 novembre-2 dicembre 2008), UN Doc. A/CONF.212/L.1/Rev.1.

[22] L'Assemblea esprime altresì preoccupazione per lo stallo nel c.d. *Doha round*; v. anche *infra*, par. 11.

[23] V. su questo tema la risoluzione 67/227.

[24] V. la risoluzione 66/91.

[25] V. in particolare le risoluzioni 66/189 e 65/144.

[26] Si rimanda alle rassegne degli anni precedenti per l'analisi delle già citate risoluzioni sullo stesso tema.

In primo luogo, si rinnova l'invito al FMI a prolungare il periodo per il quale esso aveva deciso di applicare un tasso di interessi pari a zero per i prestiti ai Paesi a basso reddito; la conclusione di tale periodo, già prolungata, era infatti prevista per la fine dell'anno 2012.

In secondo luogo, l'Assemblea sottolinea la necessità per i Paesi indebitati di mantenere i loro conti pubblici su un sentiero di sostenibilità, utilizzando le risorse liberate dalle iniziative di *debt relief* per il raggiungimento dei propri obiettivi di sviluppo ed in particolare dei *Millennium Development Goals*. A questo si accompagna la necessità di fornire ai PVS assistenza tecnica e finanziaria per la costruzione e il consolidamento di una *institutional capacity* che permetta di mantenere il debito sostenibile e, più in generale, favorisca il raggiungimento degli obiettivi di sviluppo. D'altro lato, si invitano i Paesi creditori e donatori, nonché le Istituzioni finanziarie coinvolte, a tenere in considerazione le differenti situazioni dei Paesi debitori, in particolare quando questi non rientrino in nessuna iniziativa di *debt relief*[27].

In terzo luogo, si auspica l'istituzione di meccanismi internazionali di prevenzione e risoluzione delle crisi del debito, anche attraverso innovativi strumenti finanziari. Le Istituzioni di *Bretton Woods* e le Nazioni Unite sono chiamate a studiare la fattibilità di nuovi meccanismi, in particolare di *debt restructuring* e *debt resolution* (che proprio nel quadro dell'ONU l'Assemblea si augura si possano realizzare)[28].

Infine, dopo l'evento speciale tenutosi il 25 ottobre 2012 nell'ambito dei lavori della II Commissione (ed intitolato: "*Sovereign debt crises and restructurings: lessons learned and proposals for debt resolution mechanism*"), l'Assemblea desidera mantenere alta l'attenzione sul problema del debito e dare un seguito ai testé richiamati progetti di istituzione di meccanismi per affrontarlo concretamente anche nell'ambito del sistema delle Nazioni Unite; ha quindi invitato in particolare il Consiglio economico e sociale ad organizzare un incontro di un solo giorno con le Istituzioni di *Bretton Woods*, il WTO e la partecipazione dell'UNCTAD.

11. *Commercio internazionale e sviluppo.* – L'Assemblea Generale si è occupata di commercio internazionale e sviluppo nella risoluzione 67/196. Come in altri casi ed in particolare, come si è appena visto, in quello della sostenibilità del debito estero, vengono tralatiziamente ripetute diverse formule legate alle attenzioni politiche fondamentali dell'Assemblea Generale, ovvero la preoccupazione per la situazione dei PVS e dei Paesi più poveri, sovente declinata nel campo del commercio nel principio multilateralista.

Anche in questo caso non ci si soffermerà su tali, ben conosciute formule[29], ma sui soli elementi di novità della risoluzione 67/196.

In prima battuta, l'Assemblea Generale reitera la propria espressione di preoccupazione per la mancanza di progressi nei negoziati del *Doha Round* del WTO, auspicando in particolare uno sbocco di essi che sia *development-orinted*, favorevole cioè alla promozione dello sviluppo. Si accoglie peraltro positivamente la

[27] È salutato con favore a questo proposito l'*Evian approach* del Club di Parigi, in base al quale sono applicate differenti condizioni di *debt relief* per venire incontro alle specifiche esigenze di ciascun Paese debitore, comunque mantenendo la cancellazione dei debiti per le *Heavily Indebted Poor Countries*.

[28] L'Assemblea attira altresì l'attenzione sulla necessità di ottenere tempestivamente dati affidabili e completi per istituire, tra l'altro, efficaci meccanismi di *early warning*.

[29] V. le risoluzioni 65/142 e 66/185.

convocazione della nona conferenza ministeriale del WTO a Bali per la prima settimana del dicembre 2013.

L'Assemblea dedica poi notevole attenzione alle problematiche dell'agricoltura, mettendo in evidenza l'importanza degli investimenti in questo settore, al fine di aumentare la produttività del settore soprattutto dei Paesi meno sviluppati ed importatori netti di prodotti agricoli.

Sono altresì interessanti i richiami alle politiche e legislazioni sulla concorrenza, come stimoli alla competitività dei PVS, e alla promozione delle opportunità per le donne, sia nel campo dell'imprenditoria, sia in quello della partecipazione ai processi decisionali riguardanti il commercio globale a tutti i livelli.

Quanto all'attività dell'UNCTAD, l'Assemblea come di consueto ribadisce l'importanza dell'attenzione alla prospettiva dello sviluppo e accoglie positivamente i risultati dei lavori della sua tredicesima sessione sul tema "*Development-centred globalization: Towards inclusive and sustinable growth and development*".

Infine, si rimarca la necessità di tenere conto degli speciali bisogni delle *Landlocked* (LLCDs) *and Transit Developing Countries (TDCs)*, naturalmente svantaggiate in materia di commercio, promuovendo l'attuazione del programma di Alma Ata[30].

12. *Conclusioni.* – Alcune nuove idee – in realtà in gestazione già dagli anni precedenti – hanno consentito di vedere qualche possibile novità nell'attività dell'Assemblea Generale, e dell'ONU in senso più ampio, nelle materie economiche e finanziarie.

Ciò è avvenuto in particolare sotto il profilo del coordinamento più stretto con le Istituzioni di *Bretton Woods* – effettivamente forse migliorato, ma probabilmente ancora lontano da quanto i PVS e i Paesi più poveri desiderano – e del lancio del progetto di istituire un nuovo meccanismo di *debt restructuring* e *debt resolution*, possibilmente nell'ambito delle Nazioni Unite. Quest'ultima idea potrebbe essere considerata in modo positivo, attesa la presenza dominante nella massima organizzazione internazionale dei Paesi (anche solo potenzialmente) maggiormente interessati. Di conseguenza, vi sarebbe la possibilità di dare forma a meccanismi che riflettano almeno in parte anche gli interessi di queste Nazioni ed in misura meno accentuata del consueto di quelli dei soggetti creditori. Allo stesso tempo, non si può sfuggire al rilievo della scarsa *expertise* probabilmente presente nell'ONU in materia di gestione concreta di meccanismi di *debt restructuring* e *debt resolution*.

---

[30] *Almaty Programme of Action: Addressing the Special Needs of Landlocked Developing Countries* nel quadro del *New Global Framework for Transit Transport Cooperation for Landlocked and Transit Developing Countries*: *Report of the International Ministerial Conference of Landlocked and Transit Developing Countries and Donor Countries and International Financial and Development Institutions on Transit Transport Cooperation*, Almaty, Kazakhstan, 28-29 agosto 2003, Annex I.

Più in generale, per l'attività dell'Assemblea relativa alla situazione degli Stati svantaggiati dalla conformazione geografica del loro territorio, v. la risoluzione 67/222, sulle azioni specifiche legate ai bisogni particolari e ai problemi dei PVS senza accesso al mare: *outcome* della Conferenza ministeriale internazionale dei PVS senza accesso al mare e di transito e dei Paesi donatori e delle Istituzioni internazionali finanziarie e di sviluppo sulla *Transit Transport Cooperation*; la risoluzione 67/207, su *Follow-up* ed attuazione della Strategia di Mauritius per l'ulteriore attuazione del Programma di azione per lo sviluppo sostenibile dei piccoli Stati insulari in via di sviluppo; la risoluzione 67/206, sull'anno internazionale dei piccoli Stati insulari in via di sviluppo.

Nel frattempo, le reazioni e gli adattamenti degli attori principali della *governance* economica internazionale, anche di quelli chiamati a più dirette assunzioni di responsabilità – certo in misura maggiore dell'Assemblea Generale dell'ONU – si manifestano talvolta in modo troppo lento e in una dimensione (in termini di grandezze economiche e/o di adeguatezza giuridico-istituzionale) non pienamente sufficiente rispetto alla velocità e all'importanza dei cambiamenti economici (si pensi alle riforme riguardanti la rappresentanza nelle Istituzioni di *Bretton Woods*). Questo fenomeno è ovviamente divenuto più evidente nel contesto della crisi.

ROBERTO CISOTTA

ASSEMBLEA GENERALE

68ª Sessione ordinaria

QUESTIONI POLITICHE E DECOLONIZZAZIONE

1. *Premessa*.- Nel corso della 68ª Sessione ordinaria, l'Assemblea Generale si è soffermata su alcune grandi questioni politiche, affrontate regolarmente da diversi anni. In particolare, nella presente rassegna sono prese in esame le delibere relative: alla situazione in Afghanistan e in Medio Oriente; al rapporto esistente tra conflitti e commercio di diamanti, nonché alle problematiche connesse alla decolonizzazione.

2. *Situazione in Afghanistan*.- Nel corso della 68ª Sessione ordinaria, l'Assemblea si è soffermata nuovamente sulla *situazione in Afghanistan*, adottando in seduta plenaria la risoluzione 68/11, approvata per *consensus* il 20 novembre 2013[1]. In essa, è stato riaffermato il sostegno al Governo dell'Afghanistan nei suoi sforzi di favorire il processo di pace e riconciliazione, in linea con quanto dichiarato nella Conferenza di Kabul del 20 luglio 2010 e nelle conclusioni della Conferenza di Bonn del 5 dicembre 2011.

L'Assemblea ha ricordato come particolare enfasi debba essere posta sulla promozione dei diritti umani, della *rule of law* e di una buona amministrazione. In tal senso, essa ha ricordato l'impegno assunto dal Governo afgano per migliorare il processo elettorale, nonché per combattere la corruzione nel settore amministrativo. Inoltre, l'Assemblea ha riconosciuto gli sforzi fatti nella protezione dei diritti umani, in particolare nella lotta contro la discriminazione femminile, perseguita tramite la ratifica della Convenzione sull'eliminazione di tutte le forme di discriminazione contro le donne (approvata dall'Assemblea Generale il 18 dicembre 1979), oltre che tramite l'adozione del Piano di azione nazionale per le donne dell'Afghanistan e della legge sull'eliminazione della violenza contro le donne. Sempre con riguardo alla difesa dei diritti umani, l'Assemblea ha espresso forte preoccupazione riguardo all'arruolamento di bambini da parte di gruppi terroristici, apprezzando gli sforzi fatti dal Governo per contrastare tale pratica, nonché per combattere il traffico di minori. Essa ha inoltre incoraggiato il Governo afgano a compiere ulteriori sforzi nella protezione dei diritti umani dei detenuti, accogliendo con soddisfazione l'istituzione di una commissione di inchiesta sulle strutture detentive.

Con riguardo allo sviluppo economico e sociale dello Stato afgano, l'Assemblea Generale, pur riconoscendo i notevoli progressi avvenuti negli ultimi anni, ha posto l'accento sulla necessità dell'assistenza finanziaria, materiale e tecnica da parte di tutti gli Stati, delle Nazioni Unite e delle organizzazioni internazionali e non governative. Inoltre, la risoluzione 68/11 ha sottolineato l'importanza della cooperazione regionale tra l'Afghanistan e gli Stati vicini, nonché con le organizzazioni

[1] UN Doc. A/RES/68/11.

regionali, nella lotta contro i gruppi terroristici e anche per favorire una maggiore crescita economica.

In questa risoluzione, l'Assemblea ha espresso forte preoccupazione per la sicurezza in Afghanistan, a causa dei violenti attacchi terroristici tuttora in corso da parte dei Talebani, di Al-Qaida e di altri gruppi estremisti, inclusi quelli coinvolti nel traffico di stupefacenti. Pertanto, essa ha sottolineato la necessità che il Governo afgano e la Comunità internazionale continuino a lavorare insieme per contrastare questi atti, esortando gli Stati membri a negare ai suddetti gruppi terroristici qualsiasi sostegno finanziario, materiale o politico. Inoltre, l'Assemblea ha rilevato l'importanza del sostegno fornito dall'ISAF (*International Security Assistance Force*) e dall'operazione *Enduring Freedom* all'esercito nazionale afgano, nonché l'assistenza data alla polizia nazionale afgana dai *partners* internazionali, in particolare dalla NATO, tramite programmi di formazione.

La risoluzione 68/11 ha infine posto particolare attenzione alla lotta al narcotraffico, dato l'aumento nella produzione e coltivazione di droga in Afghanistan e considerata la stretta connessione esistente tra il commercio di droga e le attività terroristiche. L'Assemblea ha pertanto sottolineato la necessità di uno sforzo maggiore da parte del Governo nella lotta a tale minaccia, sostenuto dalla Comunità internazionale e dall'ISAF, pur consapevole del fatto che una strategia efficace contro il narcotraffico richiede il miglioramento delle condizioni di vita degli abitanti, particolarmente delle zone rurali, perseguibile tramite programmi di accesso al credito e al finanziamento.

3. *Situazione in Medio Oriente: la questione della Palestina*.- Nel corso della 68ª Sessione ordinaria, l'Assemblea Generale ha dedicato grande attenzione alla questione palestinese. Innanzitutto, nella risoluzione 68/15[2], adottata in seduta plenaria il 26 novembre 2013, con 165 voti favorevoli, 6 voti contrari (Canada, Isole Marshall, Israele, Stati Federati della Micronesia, Palau, Stati Uniti) e 6 astensioni (Australia, Camerun, Papua Nuova Guinea, Paraguay, Sud Sudan, Tonga), essa ha affermato la necessità di giungere a una *risoluzione pacifica della questione palestinese*, in particolare perseguendo la soluzione di due Stati indipendenti, Israele e Palestina, che possano convivere in pace e sicurezza entro confini riconosciuti, ossia quelli precedenti al 1967. L'Assemblea ha nuovamente ribadito la necessità del ritiro di Israele dai territori palestinesi occupati dal 1967, compresa Gerusalemme est; nonché la realizzazione dei diritti inalienabili del popolo palestinese, in particolar modo quelli all'autodeterminazione e ad uno Stato indipendente. Essa inoltre ha esortato ad un'immediata e completa cessazione di tutti gli atti di violenza, comprendenti attacchi militari e atti di terrore. L'Assemblea ha accolto con soddisfazione la ripresa, il 29 luglio 2013, dei negoziati tra Israeliani e Palestinesi, al fine di giungere ad un accordo di pace entro un periodo di nove mesi ed ha espresso apprezzamento, a tal riguardo, per il sostegno dato dai membri del Quartetto (Stati Uniti, Unione Europea, Federazione Russa, Nazioni Unite), nonché dalla Lega Araba e da tutti gli Stati coinvolti.

Inoltre, l'Assemblea ha esortato Israele, quale Potenza occupante, a conformarsi rigorosamente agli obblighi previsti dal diritto internazionale e a porre termine ad ogni azione unilaterale finalizzata ad alterare la composizione demografica del terri-

[2] UN Doc. A/RES/68/15.

torio, anche attraverso la confisca e l'annessione *de facto* della terra, rischiando di pregiudicare il risultato dei negoziati di pace. A tal fine, è stato sottolineato l'obbligo per Israele di bloccare immediatamente ulteriori stanziamenti dei coloni, compresa la cosiddetta 'crescita naturale', oltre a demolire gli avamposti costruiti dal marzo 2001.

L'Assemblea, preoccupata per la situazione umanitaria e socioeconomica della popolazione palestinese, in particolare nella Striscia di Gaza, conseguenza della politica israeliana di restrizioni al movimento di persone e beni, ha sottolineato la necessità di rimuovere i posti di controllo presenti nei Territori palestinesi occupati, inclusa Gerusalemme est, nonché la necessità di rispettarne e preservarne l'unità territoriale, la contiguità e l'integrità. Inoltre, l'Assemblea ha chiesto ad Israele di porre termine alla costruzione del muro nei Territori palestinesi occupati, inclusa Gerusalemme est, come affermato nel parere consultivo reso il 9 luglio 2004 dalla Corte Internazionale di Giustizia.

L'Assemblea ha poi dedicato, come consuetudine in ogni Sessione, alcune risoluzioni alla questione del Golan siriano e di Gerusalemme. Con riferimento alla questione del *Golan siriano*, l'Assemblea, nella risoluzione 68/17, adottata in seduta plenaria il 26 novembre 2013, con 112 voti favorevoli, 6 voti contrari (Canada, Isole Marshall, Israele, Stati Federati della Micronesia, Palau, Stati Uniti) e 58 astensioni (tra cui Francia, Germania, Italia, Regno Unito)[3], dopo aver riaffermato il principio fondamentale dell'inammissibilità dell'acquisizione di un territorio tramite la forza, ha dichiarato che la decisione israeliana del 14 dicembre 1981 di imporre le proprie leggi, la propria giurisdizione e la propria amministrazione sul Golan siriano occupato deve essere considerata nulla. Pertanto, l'Assemblea ha nuovamente richiesto ad Israele di ritirarsi dal territorio occupato e di attestarsi sulla linea del 4 giugno 1967, in attuazione delle risoluzioni del Consiglio di Sicurezza.

Anche nella risoluzione 68/84 relativa al *Golan siriano occupato*[4], adottata su proposta della IV Commissione l'11 dicembre 2013, con 169 voti favorevoli, 1 voto contrario (Israele), 12 astensioni (Camerun, Canada, Honduras, Isole Marshall, Kiribati, Stati Federati della Micronesia, Palau, Paraguay, Sud Sudan, Stati Uniti, Tonga, Vanuatu), l'Assemblea, ha esortato Israele, quale Potenza occupante, a conformarsi alle pertinenti risoluzioni in materia, con particolare riferimento alla risoluzione 497 (1981) del Consiglio di Sicurezza dell'ONU. Inoltre, l'Assemblea ha stabilito che qualsiasi azione legislativa e amministrativa adottata da Israele al fine di alterare lo *status* legale del Golan siriano occupato dev'essere considerata nulla, oltre che un'evidente violazione del diritto internazionale.

Relativamente alla situazione di *Gerusalemme*, nella risoluzione 68/16[5], adottata in seduta plenaria il 26 novembre 2013, con 162 voti favorevoli, 6 voti contrari (Canada, Isole Marshall, Israele, Stati Federati della Micronesia, Palau, Stati Uniti) e 8 astensioni (Australia, Camerun, Panama, Papua Nuova Guinea, Paraguay, Sud Sudan, Togo, Tonga), l'Assemblea ha nuovamente esortato Israele a porre termine a misure unilaterali finalizzate a imporre la propria giurisdizione e la propria amministrazione sulla città santa di Gerusalemme, in quanto da ritenere nulle. Essa ha sottolineato che una soluzione globale, giusta e duratura alla questione di

[3] UN Doc. A/RES/68/17. Per l'elenco completo degli Stati che si sono astenuti si veda UN Doc. A/68/PV.58.

[4] UN Doc. A/RES/68/84.

[5] UN Doc. A/RES/68/16.

Gerusalemme dovrebbe includere disposizioni che garantiscano la libertà di religione e di coscienza dei suoi abitanti, oltre all'accesso permanente, libero e senza ostacoli ai luoghi santi a persone di tutte le nazionalità e religioni.

Su proposta della IV Commissione, l'11 dicembre 2013, con 167 voti favorevoli, 6 voti contrari (Canada, Isole Marshall, Israele, Stati Federati della Micronesia, Palau, Stati Uniti) e 9 astensioni (Australia, Camerun, Honduras, Kiribati, Panama, Papua Nuova Guinea, Paraguay, Sud Sudan, Vanuatu), l'Assemblea ha adottato la risoluzione 68/82[6], nella quale ha affermato che gli *insediamenti israeliani nel territorio palestinese occupato, inclusa Gerusalemme est, e il Golan siriano occupato* sono illegali, oltre a costituire un ostacolo alla pace e allo sviluppo economico e sociale. Essa inoltre, preoccupata per le violenze commesse da parte dei coloni israeliani nei confronti dei civili palestinesi e delle loro proprietà, ha esortato Israele ad adottare misure che garantiscano la loro sicurezza e protezione.

L'Assemblea Generale ha dedicato alcune risoluzioni, adottate in seduta plenaria, a tre istituzioni la cui attività è volta a creare una maggiore conoscenza della questione palestinese. In particolare, nella risoluzione 68/12[7] si è apprezzato il contributo del *Comitato per i diritti inalienabili del popolo palestinese*, esortandolo a continuare a coinvolgere le organizzazioni della società civile nel supporto alla causa del popolo palestinese. Inoltre, l'Assemblea ha richiesto al Comitato di organizzare attività da svolgere, in cooperazione con i governi, le organizzazioni delle Nazioni Unite, le organizzazioni intergovernative e della società civile, nel corso del 2014, proclamato anno internazionale della solidarietà con il popolo palestinese. Nella risoluzione 68/13[8] l'Assemblea ha richiesto, *inter alia*, alla *Divisione del Segretariato per i diritti dei palestinesi* di continuare nell'organizzazione di conferenze in varie regioni con la partecipazione di tutti i settori della comunità internazionale, oltre a diffondere materiale informativo su vari aspetti della questione palestinese. Infine, la risoluzione 68/14[9] è dedicata al *Programma speciale di informazione sulla questione della Palestina del Dipartimento di pubblica informazione del segretariato*. In essa, l'Assemblea ha richiesto al suddetto Dipartimento di continuare a favorire il coinvolgimento dei *mass media* nell'opera di sensibilizzazione dell'opinione pubblica sul processo di pace in Palestina, oltre a fornire assistenza al popolo palestinese nello sviluppo del suddetto settore.

L'Assemblea si è soffermata sui comportamenti israeliani nel territorio occupato, tramite tre risoluzioni adottate su proposta della IV Commissione. In particolare, nella risoluzione 68/83[10], riguardante le *pratiche israeliane che incidono sui diritti umani del popolo palestinese nel territorio palestinese occupato, inclusa*

---

[6] UN Doc. A/RES/68/82.

[7] UN Doc. A/RES/68/12, 26 novembre 2013, 110 voti favorevoli, 7 voti contrari (Australia, Canada, Isole Marshall, Israele, Stati Federati della Micronesia, Palau, Stati Uniti), 56 astensioni (tra cui Francia, Germania, Italia, Spagna, Regno Unito). Per l'elenco completo degli Stati che si sono astenuti si veda UN Doc. A/68/PV.58.

[8] UN Doc. A/RES/68/13, 26 novembre 2013, 108 voti favorevoli, 7 voti contrari (Australia, Canada, Isole Marshall, Israele, Stati Federati della Micronesia, Palau, Stati Uniti), 59 astensioni (tra cui Francia, Germania, Italia, Spagna, Regno Unito). Per l'elenco completo degli Stati che si sono astenuti si veda UN Doc. A/68/PV.58.

[9] UN Doc. A/RES/68/14, 26 novembre 2013, 163 voti favorevoli, 7 voti contrari (Australia, Canada, Isole Marshall, Israele, Stati Federati della Micronesia, Palau, Stati Uniti), 7 astensioni (Camerun, Honduras, Papua Nuova Guinea, Paraguay, Sud Sudan, Togo, Tonga).

[10] UN Doc. A/RES/68/83.

Gerusalemme est, approvata l'11 dicembre 2013 con 165 voti favorevoli, 8 voti contrari (Australia, Canada, Isole Marshall, Israele, Stati Federati della Micronesia, Palau, Panama, Stati Uniti) e 8 astensioni (Camerun, Honduras, Kiribati, Malawi, Papua Nuova Guinea, Paraguay, Sud Sudan, Vanuatu), l'Assemblea ha riaffermato l'illegalità di tutte le azioni attuate da Israele nel territorio palestinese occupato in violazione delle disposizioni della Convenzione di Ginevra sulla protezione dei civili in tempo di guerra, del 12 agosto 1949, nonché contrarie alle pertinenti risoluzioni del Consiglio di Sicurezza. Essa inoltre ha esortato Israele a terminare la propria politica di restrizioni al movimento di beni e persone, in particolare nella Striscia di Gaza, dando piena attuazione all'Accordo sulla circolazione e l'accesso, nonché ai Principi concordati per l'attraversamento di Rafah, entrambi del 15 novembre 2005. Inoltre, l'Assemblea ha nuovamente – nella risoluzione 68/81[11], approvata l'11 dicembre 2013 con 169 voti favorevoli, 6 voti contrari (Canada, Israele, Isole Marshall, Stati Federati della Micronesia, Palau, Stati Uniti) e 7 astensioni (Australia, Camerun, Kiribati, Papua Nuova Guinea, Paraguay, Sud Sudan, Vanuatu) , 11 dicembre 2013, 169 voti favorevoli, 6 voti contrari (Canada, Israele, Isole Marshall, Stati Federati della Micronesia, Palau, Stati Uniti), 7 astensioni (Australia, Camerun, Kiribati, Papua Nuova Guinea, Paraguay, Sud Sudan, Vanuatu) – riaffermato *l'applicabilità della Convenzione di Ginevra relativa alla protezione dei civili in tempo di guerra, del 12 agosto 1949, al territorio palestinese occupato, inclusa Gerusalemme est, e agli altri territori arabi occupati*. Pertanto, essa ha richiesto a Israele di conformarsi scrupolosamente alle disposizioni della suddetta Convenzione ed ha esortato le Parti contraenti a continuare ad esercitare tutti i propri sforzi per assicurarne il rispetto da parte di Israele.

Infine, nella risoluzione 68/80[12], l'Assemblea ha encomiato *il lavoro del Comitato speciale per investigare sulle pratiche israeliane che incidono sui diritti umani del popolo palestinese e degli altri arabi dei territori occupati*, esortandolo a continuare nella sua attività fino al termine dell'occupazione israeliana e richiedendo a Israele di cooperare con il Comitato nell'attuazione del suo mandato. Inoltre, l'Assemblea ha richiesto al Segretario Generale di fornire al Comitato i mezzi e il personale necessario, nonché di dare la più ampia diffusione ai rapporti redatti sulla situazione attuale nel territorio palestinese occupato, inclusa Gerusalemme est, e alle informazioni sulle sue attività.

Nella risoluzione 68/100[13], adottata in seduta plenaria, l'Assemblea, gravemente preoccupata per la situazione umanitaria nel territorio palestinese occupato, ha espresso il proprio apprezzamento per l'*assistenza al popolo palestinese* fornita dagli Stati membri, dalle Nazioni Unite e dalle organizzazioni intergovernative, regionali e non governative, invitandole a estendere tale azione il più generosamente possibile. Essa inoltre ha incoraggiato i donatori ad aumentare la propria assistenza diretta nei confronti dell'Autorità palestinese conformemente al suo programma di governo per consentirle di costruire uno Stato palestinese vitale e prospero. L'Assemblea ha inoltre sollecitato gli Stati membri ad aprire i propri

[11] UN Doc. A/RES/68/81.

[12] UN Doc. A/RES/68/80, 11 dicembre 2013, 95 voti favorevoli, 8 voti contrari (Australia, Canada, Isole Marshall, Israele, Stati Federati della Micronesia, Palau, Panama, Stati Uniti), 75 astensioni (tra cui Francia, Germania, Italia, Spagna, Regno Unito). Per l'elenco completo degli Stati che si sono astenuti si veda UN Doc. A/68/PV.65.

[13] UN Doc. A/RES/68/100, 13 dicembre 2013, adottata senza ricorso al voto.

mercati alle esportazioni di prodotti palestinesi alle condizioni più favorevoli e ad attuare pienamente gli accordi commerciali e di cooperazione esistenti.

Particolare attenzione è stata dedicata dall'Assemblea alla questione dei rifugiati, tramite l'adozione di quattro risoluzioni, avvenuta su proposta della IV Commissione. La risoluzione 68/77[14] ha nuovamente affermato il diritto di tutti i *profughi in seguito al giugno 1967 e alle successive ostilità* a tornare nei propri luoghi di residenza nei territori occupati da Israele dal 1967. Nondimeno, l'Assemblea ha nuovamente voluto ribadire – nella risoluzione 68/79[15] – il diritto dei rifugiati palestinesi *alle loro proprietà e ai redditi da esse derivati* ed ha invitato Israeliani e Palestinesi ad affrontare la suddetta questione nell'ambito dei negoziati sul processo di pace in Medio Oriente.

Nella risoluzione 68/76[16], l'Assemblea, sottolineata l'importanza dell'*assistenza ai rifugiati palestinesi*, si è rammaricata del fatto che il rimpatrio o l'eventuale indennizzo spettante ai rifugiati, come previsto nel paragrafo 11 della risoluzione dell'Assemblea Generale 194 (III), non è stato ancora effettuato. Inoltre, essa ha esteso il mandato dell'Agenza delle Nazioni Unite per l'assistenza in favore dei rifugiati palestinesi (*United Nations Relief and Works Agency for Palestine Refugees in the Near East-UNRWA*) sino al 30 giugno 2017, esortando tutti i donatori a sostenere le necessità economiche di tale Agenzia. Alla suddetta Agenzia è dedicata anche la risoluzione 68/78[17], concernente le *operazioni dell'UNRWA per i rifugiati palestinesi nel vicino Est*. In essa, l'Assemblea, encomiato il ruolo essenziale svolto nell'assistenza ai rifugiati, ha incoraggiato l'Agenzia a fornire maggiore aiuto, conformemente al suo mandato, ai rifugiati nella Repubblica araba siriana e negli Stati vicini, apprezzando i progressi fatti nella ricostruzione di un campo di rifugiati nel nord del Libano. Inoltre, l'Assemblea ha esortato Israele ad assicurare la sicurezza del personale e delle strutture dell'Agenzia, a consentire libertà di movimento, nonché ad abolire le restrizioni all'importazione di materiali di costruzione e di altre infrastrutture necessarie per la ricostruzione nei campi di rifugiati.

Relativamente alla Palestina, l'Assemblea ha adottato altre due risoluzioni. In particolare, *il diritto all'autodeterminazione del popolo palestinese* è stato nuovamente ribadito nella risoluzione 68/154[18] – adottata su proposta della III Commissione il 18 dicembre 2013, con 178 voti favorevoli, 7 voti contrari (Canada, Isole Marshall, Israele, Stati Federati della Micronesia, Nauru, Palau, Stati Uniti) e 4 astensioni (Camerun, Paraguay, Tonga, Vanuatu) – nella quale si esortano anche tutti gli Stati e le Nazioni Unite a continuare ad assistere il popolo palestinese nella realizzazione del suddetto diritto. Inoltre, su proposta della II Commissione è stata

---

[14] UN Doc. A/RES/68/77, 11 dicembre 2013, 170 voti favorevoli, 6 voti contrari (Canada, Isole Marshall, Israele, Stati Federati della Micronesia, Palau, Stati Uniti), 6 astensioni (Camerun, Kiribati, Panama, Paraguay, Sud Sudan, Vanuatu).

[15] UN Doc. A/RES/68/79, 11 dicembre 2013, 172 voti favorevoli, 6 voti contrari (Canada, Isole Marshall, Israele, Stati Federati della Micronesia, Palau, Stati Uniti), 5 astensioni (Camerun, Kiribati, Paraguay, Sud Sudan, Vanuatu).

[16] UN Doc. A/RES/68/76, 11 dicembre 2013, 173 voti favorevoli, 1 voto contrario (Israele), 8 astensioni (Camerun, Canada, Isole Marshall, Stati Federati della Micronesia, Palau, Paraguay, Sud Sudan, Stati Uniti).

[17] UN Doc. A/RES/68/78, 11 dicembre 2013, 170 voti favorevoli, 6 voti contrari (Canada, Isole Marshall, Israele, Stati Federati della Micronesia, Palau, Stati Uniti), 6 astensioni (Camerun, Kiribati, Malawi, Paraguay, Sud Sudan, Vanuatu).

[18] UN Doc. A/RES/68/154.

adottata la risoluzione 68/235[19], la quale ha riaffermato la *sovranità permanente sulle proprie risorse naturali del popolo palestinese nel territorio palestinese occupato, inclusa Gerusalemme est, e della popolazione araba nel Golan sirian occupato*. Essa inoltre ha invitato Israele a porre termine a tutte le azioni che possano danneggiare l'ambiente, comprese quelle perpetrate dai coloni, nonchè a cessare la distruzione di infrastrutture vitali, come condotte idriche e reti fognarie. L'Assemblea ha infine riconosciuto il diritto del popolo palestinese di pretendere il risarcimento di qualsiasi sfruttamento, danno, perdita o esaurimento delle proprie risorse naturali, derivanti da misure illegali assunte da Israele e da coloni israeliani nel territorio palestinese occupato.

4. *Conflitti e commercio dei diamanti*.- Durante i lavori dellla 68ª Sessione ordinaria, l'Assemblea si è soffermata sulla connessione esistente tra i conflitti e il commercio illegale di diamanti. Su tale argomento, il 18 dicembre 2013 essa ha adottato per *consensus*, in seduta plenaria, la risoluzione 68/128[20], avente per oggetto *il ruolo dei diamanti nel finanziamento dei conflitti*. In tale delibera, l'Assemblea ha riaffermato il proprio deciso sostegno al *Kimberley Process Certification Scheme*, riconoscendo che esso, entrato in vigore il 1° gennaio 2003, contribuisce alla prevenzione di conflitti finanziati dalla vendita di diamanti ed accogliendo con piacere l'ammissione del Mali nel *Kimberley Process*, avvenuta nel giugno 2013. Essa ha riconosciuto gli sforzi del Processo per rafforzarne l'attuazione, in particolare nel coordinare una risposta in caso di certificati fraudolenti, per assicurare l'individuazione e la segnalazione di spedizioni di origine sospetta, nonché per assicurare lo scambio di informazioni in caso di violazioni. L'Assemblea ha inoltre incoraggiato gli Stati membri ad aderire al *Kimberley Process*, mentre ha esortato gli Stati già partecipanti a presentare rapporti annuali riguardanti l'attuazione del Processo, nonché a migliorare le procedure per rafforzarne l'efficacia.

La risoluzione ha ricordato come la riunione plenaria del *Kimberley Process* abbia riaffermato la decisione amministrativa sulla sospensione temporanea della Repubblica centrale africana, approvata il 23 maggio 2013, e la volontà del suddetto Stato di conformarsi ai requisiti minimi previsti dal *Kimberley Process Certification Scheme* e di rafforzare il proprio sistema di controlli interni.

Infine, l'Assemblea ha riconosciuto l'importanza del Processo nel promuovere lo sviluppo economico, particolarmente nel settore artigianale e delle miniere di diamanti, ed ha sottolineato l'importante contributo nel conseguire gli scopi del Processo svolto dalle organizzazioni della società civile e dall'industria del diamante, in particolare dal *World Diamond Council*.

5. *Decolonizzazione*.- L'Assemblea, nel corso della 68ª Sessione ordinaria, ha dedicato numerose risoluzioni alla materia della decolonizzazione. Tali risoluzioni hanno affrontato dapprima gli aspetti generali del problema, per poi analizzare singole situazioni relative a territori non autonomi.

---

[19] UN Doc. A/RES/68/235, 20 dicembre 2013, 168 voti favorevoli, 6 voti contrari (Canada, Isole Marshall, Israele, Stati Federati della Micronesia, Palau, Stati Uniti), 9 astensioni (Australia, Camerun, Honduras, Kiribati, Malawi, Panama, Papua Nuova Guinea, Paraguay, Tonga).

[20] UN Doc. A/RES/68/128.

L'Assemblea ha innanzitutto voluto sancire, tramite la risoluzione 68/153[21], adottata per *consensus* il 18 dicembre 2013 su proposta della III Commissione, l'importanza della *realizzazione universale del diritto dei popoli all'autodeterminazione*, incluse le popolazioni sottoposte a dominazione coloniale e straniera, in quanto il rispetto di tale diritto rappresenta la condizione fondamentale per l'effettiva garanzia ed osservanza dei diritti umani. Inoltre, l'Assemblea ha dichiarato la sua ferma opposizione a qualsiasi atto di intervento militare straniero, aggressione o occupazione, esortando gli Stati responsabili di tali azioni a porvi termine immediatamente.

Inoltre, su proposta della IV Commissione, l'Assemblea ha adottato una serie di delibere, riguardanti la materia della decolonizzazione. La risoluzione 68/97[22], approvata l'11 dicembre 2013, con 178 voti favorevoli, 3 voti contrari (Israele, Regno Unito e Stati Uniti) e 1 astensione (Francia), ha ancora una volta ricordato come l'esistenza del colonialismo in qualsiasi forma o manifestazione, incluso lo sfruttamento economico, è incompatibile con la Carta delle Nazioni Unite, con la Dichiarazione sull'indipendenza dei popoli coloniali e con la Dichiarazione universale dei diritti dell'Uomo. Pertanto, essa ha ribadito l'importanza dell'*applicazione della Dichiarazione sull'indipendenza dei popoli coloniali*, esortando le Potenze amministratrici a compiere tutte le azioni necessarie per permettere alle popolazioni dei territori non autonomi di esercitare il proprio diritto all'autodeterminazione, anche tramite l'indipendenza. In particolare, l'Assemblea ha sollecitato le Potenze amministratrici a collaborare con il Comitato Speciale e ha richiesto al suddetto Comitato di attuare le azioni approvate dall'Assemblea relative alla seconda e terza Decade internazionale per lo sradicamento del colonialismo, quali, *inter alia*, continuare ad esaminare la situazione politica, economica e sociale nei territori non autonomi, nonché continuare ad inviarvi missioni. Inoltre, l'Assemblea, nella risoluzione 68/89[23], ha voluto ribadire anche l'importanza dell'*applicazione della Dichiarazione sull'indipendenza dei popoli coloniali da parte delle agenzie specializzate e delle istituzioni internazionali associate con le Nazioni Unite*, alle quali l'Assemblea ha richiesto, *inter alia*, di attuare, nell'ambito del proprio mandato, appropriati programmi di assistenza, per accelerare il progresso economico e sociale nei territori non autonomi; nonché di fornire informazioni riguardanti eventuali problemi ambientali, la lotta alle attività criminali e lo sfruttamento illegale delle risorse naturali dei territori.

Con la risoluzione 68/88[24], relativa alle *attività economiche o di altro tipo che incidano sugli interessi delle popolazioni dei territori non autonomi*, approvata l'11 dicembre 2013 con 180 voti favorevoli, 2 voti contrari (Israele e Stati Uniti) e due astensioni (Francia e Regno Unito), l'Assemblea ha ribadito il diritto delle popolazioni dei territori non autonomi a disporre delle proprie risorse naturali nel proprio interesse. A tal fine, ha esortato le Potenze amministratrici a prendere misure efficaci per garantire il suddetto diritto e ha richiesto al Segretario Generale di continuare a informare la pubblica opinione di qualsiasi attività che vada a detrimento dell'esercizio del diritto all'autodeterminazione.

---

[21] UN Doc. A/RES/68/153.

[22] UN Doc. A/RES/68/97.

[23] UN Doc. A/RES/68/89, 11 dicembre 2013, 128 voti favorevoli, nessun voto contrario, 55 astensioni (tra cui Francia, Israele, Italia, Regno Unito, Stati Uniti). Per l'elenco completo degli Stati che si sono astenuti si veda UN Doc. A/68/PV.65.

[24] UN Doc. A/RES/68/88.

Nella risoluzione 68/87[25], riguardante le *informazioni relative ai territori non autonomi, ai sensi dell'art. 73, lett. e della Carta delle Nazioni Unite*, approvata l'11 dicembre 2013 con 179 voti favorevoli, nessun voto contrario e 4 astensioni (Francia, Israele, Regno Unito e Stati Uniti), l'Assemblea ha richiesto che le Potenze amministratrici continuino a trasmettere regolarmente al Segretario Generale le informazioni relative ai territori di cui sono responsabili, riguardanti le condizioni economiche e sociali, oltre agli sviluppi politici e costituzionali.

L'Assemblea ha nuovamente sottolineato, con la risoluzione 68/96[26], approvata l'11 dicembre 2013 con 178 voti favorevoli, 3 voti contrari (Israele, Regno Unito, Stati Uniti) e l'astensione della Francia, l'importanza della *diffusione delle informazioni sulla decolonizzazione*, con particolare riferimento all'opzione dell'autodeterminazione disponibile per le popolazioni dei territori non autonomi. Essa ha pertanto richiesto al Dipartimento degli affari politici e al Dipartimento della pubblica informazione di pubblicizzare il lavoro delle Nazioni Unite nel settore della decolonizzazione, tramite tutti i *mass-media* disponibili, cercando inoltre di ottenere la collaborazione delle Potenze amministratrici e delle organizzazioni non governative.

Nella risoluzione 68/90[27] l'Assemblea ha espresso nuovamente il suo apprezzamento per le *offerte di studio e formazione da parte degli Stati membri verso gli abitanti dei territori non autonomi*, invitando tutti gli Stati ad attivare tali offerte e le Potenze amministratrici ad assicurare la diffusione nei territori delle informazioni relative, fornendo inoltre agli studenti tutti i servizi necessari per potersene avvalere.

L'Assemblea ha poi dedicato una serie di risoluzioni relative a territori attualmente non ancora autonomi, adottate sempre su proposta della IV Commissione. Con riferimento alla situazione del *Sahara Occidentale*, nella risoluzione 68/91[28], adottata per *consensus* l'11 dicembre 2013, l'Assemblea ha ribadito il proprio sostegno ai negoziati intrapresi in seguito all'adozione della risoluzione 1754 (2007) del Consiglio di Sicurezza, al fine di ottenere una soluzione politica duratura e accettata dalle parti e che preveda il rispetto del principio di autodeterminazione delle popolazioni del Sahara occidentale.

Relativamente alla situazione in *Nuova Caledonia*, l'Assemblea, nella risoluzione 68/92[29], anch'essa approvata per *consensus* in pari data, ha invitato le Parti a continuare a cooperare per permettere l'attuazione della fase finale dell'Accordo di Nouméa, basato sul principio dell'autodeterminazione per la popolazione della Nuova Caledonia. L'Assemblea ha inoltre preso nota dei progressi compiuti dalle Parti nell'attuazione del suddetto Accordo ed ha rilevato l'importanza dell'assistenza finanziaria data dal governo francese per promuovere lo sviluppo economico e sociale del territorio.

Nella risoluzione 68/93[30], l'Assemblea ha riaffermato il diritto inalienabile delle popolazioni della *Polinesia Francese* all'autodeterminazione ed ha esortato la Potenza amministratrice a promuovere misure di autogoverno, secondo quanto stabilito nell'art. 73, lett. *b*) della Carta delle Nazioni Unite. Inoltre, l'Assemblea ha

---

[25] UN Doc. A/RES/68/87, 11 dicembre 2013, 179 voti favorevoli, nessun voto contrario, 4 astensioni (Francia, Israele, Regno Unito, Stati Uniti).

[26] UN Doc. A/RES/68/96.

[27] UN Doc. A/RES/68/90, 11 dicembre 2013, adottata senza ricorso al voto.

[28] UN Doc. A/RES/68/91.

[29] UN Doc. A/RES/68/92.

[30] UN Doc. A/RES/68/93, 11 dicembre 2013, adottata senza ricorso al voto.

richiesto al Segretario Generale, in collaborazione con le agenzie specializzate delle Nazioni Unite, di compilare un rapporto sulle conseguenze – ambientali, relative alla salute degli abitanti e di ogni altro tipo – dei *test* nucleari condotti dalla Potenza amministratrice per un periodo di oltre trenta anni.

Infine, con la risoluzione 68/94[31], riguardante *Tokelau*, l'Assemblea, pur ricordando l'importanza della Dichiarazione sull'indipendenza dei popoli coloniali e delle altre risoluzioni delle Nazioni Unite relative ai territori non autonomi, ha preso atto della decisione presa dal generale Fono nel 2008 di differire qualsiasi decisione relativa a un atto di autodeterminazione di Tokelau, in seguito al fallimento di due *referendum* per il mancato raggiungimento del *quorum* previsto. L'Assemblea ha inoltre rilevato il notevole impegno profuso dalla Nuova Zelanda per favorire lo sviluppo economico e sociale della popolazione di Tokelau, nonché le azioni da essa intraprese per trasmettere al Segretario Generale informazioni riguardanti la situazione politica, economica e sociale di Tokelau, ai sensi dell'art. 73, lett. *e*) della Carta.

MARIA VITTORIA ZECCA

[31] UN Doc. A/RES/68/94, 11 dicembre 2013, adottata senza ricorso al voto.

ISTITUTI SPECIALIZZATI DELLE NAZIONI UNITE
E ALTRE ORGANIZZAZIONI INTERNAZIONALI

L'ATTIVITÀ DELLE ORGANIZZAZIONI REGIONALI NELL'AFRICA SUB-SAHARIANA (2013-2014)

1. La presente rassegna sulle attività delle organizzazioni regionali si riferisce all'area territoriale dell'Africa sub-sahariana. Come nel precedente fascicolo, si indicheranno brevemente le caratteristiche delle singole organizzazioni e, in relazione al periodo considerato (di regola, il 2013 ed i primi mesi del 2014), si darà conto degli sviluppi realizzati in ambito istituzionale, di quelli di carattere materiale e, ove presenti, anche di pronunce di organi giurisdizionali.

2. Per quanto riguarda il continente africano, ed in particolare l'area sub-sahariana, è nota l'esistenza di un accentuato pluralismo di forme associative che operano come soggetti distinti e, talora, concorrenti all'interno delle due ampie iniziative *gemelle* di dimensione continentale dell'Unione Africana[1] e dell'*African Economic Community* (AEC)[2].

In particolare, nell'Africa sub-sahariana la cooperazione istituzionalizzata interstatuale ha origine negli anni Sessanta del secolo scorso, subito dopo il conseguimento della indipendenza. Nel tempo si sono realizzati continui sviluppi ma i risultati risultano estremamente contraddittori sia nelle organizzazioni monolinguistiche, con una più ristretta partecipazione soggettiva, che riprendono forme di cooperazione di origine coloniale (UEMOA, CEMAC, EAC, SACU), sia nelle più ampie e recenti organizzazioni multi linguistiche (ECOWAS, COMESA, ECCAS, SADC, CEN-SAD, IGAD). Come detto, rileva la presenza di differenti organizzazioni cui sono attribuite competenze simili e, di conseguenza, la partecipazione di singoli Stati a più organizzazioni concorrenti. Tale pluralismo associativo e partecipativo appare il segno di tenue spirito associativo, non pienamente condiviso come scelta strategica di medio periodo dagli Stati membri aderenti alla singola organizzazione[3].

Un tentativo di razionalizzare tale complessa ansia integrazionista era stato avviato nel 1991 con la sottoscrizione del trattato istitutivo della AEC. Vi si prevedeva la presenza di cinque *Regional Economic Communities* (RECs) competenti territorialmente rispettivamente per Africa del Nord, dell'Ovest, dell'Est, del Centro e del Sud (con l'evidente adesione di uno Stato ad una sola REC), nonché l'esistenza di *Sub-Regional Economic Communities* (Sub-RECs) di dimensione più

[1] *Constitutive Act of African Union*, Lomé, 11.7.2000.

[2] *Treaty establishing the African Economic Community*, Abuja, 3.6.1991.

[3] Sui fenomeni del pluralismo associativo e partecipativo sia consentito il rinvio a PENNETTA, *Organizzazioni internazionali regionali*, in *Enc. Dir., Annali*, IV, 2011, 844 ss. Per i Paesi dell'Africa del Nord può osservarsi l'adesione del singolo Stato, oltre che a forme associative proprie dell'area (come l'UMA e l'Accordo di Agadir) e ad organizzazioni dell'Africa sub-sahariana, anche ad iniziative associative del mondo arabo-islamico.

LA COMUNITÀ INTERNAZIONALE FASC. 2/2014 pp. 291-305
EDITORIALE SCIENTIFICA SRL

ristretta. Tali diverse *Communities* e, in primo luogo, le RECs, risultavano strumentali alla creazione nel tempo dell'AEC di dimensione continentale[4].

A tale *razionale* progetto non si è dato tuttavia pienamente seguito, in quanto molti Stati africani non sono stati in grado di optare per una sola REC[5] e, inoltre, sono state qualificate come RECs anche altre tre organizzazioni regionali che si pongono a cavallo fra le cinque aree indicate nell'*AEC Treaty*: si tratta della CEN-SAD, dell'IGAD e della EAC[6]. Ancora, nell'ambito di tale involuto regionalismo africano operano altre forme di cooperazione sub-regionale con una ristretta partecipazione soggettiva come il *Conseil de l'Entente*, la *Mano River Union* (MRU) e la *Commission de l'Ocean Indien* (COI), mentre attualmente inattiva appare la *Communauté Economique des Pays des Grands Lacs* (CEPGL)[7].

Per quanto riguarda gli strumenti tecnico-giuridici del regionalismo sub-sahariano, solo eccezionalmente, come nell'oramai datato ed assai poco vitale *Conseil de l'Entente*[8], si opera secondo il modello di concertazione o *soft organization*. Di regola si procede con la sottoscrizione di trattati istitutivi secondo il modello cooperativo, tendenzialmente rispettoso della sovranità degli Stati membri (ECOWAS, COMESA, ECCAS, SADC, SEN-SAD, IGAD, COI, SACU), mentre nelle due organizzazioni francofone dell'UEMOA e della CEMAC si opera secondo il modello sovranazionale di integrazione. Peraltro, talora sono presenti già nel trattato istitutivo (EAC), ovvero si introducono gradualmente (ECOWAS), elementi tipici del modello di integrazione.

Nel merito, può osservarsi come nell'ambito di tale confusa aspirazione alla cooperazione interstatuale, le forme associative più attive siano quelle con una partecipazione soggettiva più ristretta, in particolare l'appena citata EAC, le due fattispecie dell'UEMOA e della CEMAC e la storica esperienza della SACU. Peraltro, in tutte le diverse espressioni del regionalismo africano può cogliersi un rispetto assai parziale della disciplina approvata. Questo in presenza di meccanismi

---

[4] L'*AEC Treaty* prevedeva la costituzione o il rafforzamento di cinque RECs competenti *ratione loci* (sulla base dell'esistente nel 1991: UMA per l'Africa del Nord, ECOWAS per l'Africa occidentale, COMESA per l'Africa orientale, ECCAS per l'Africa centrale e SADC per l'Africa australe). In ciascuna REC si sarebbe dovuto progressivamente creare una zona di libero scambio, un'unione doganale, un mercato comune ed una unione economica e monetaria. Al termine di tale fase di armonizzazione le cinque RECs avrebbero dovuto confluire nella AEC in vista di un'unica organizzazione continentale con competenze in materia economica.

[5] A titolo di esempio, molti Stati aderiscono al contempo a due delle organizzazioni qualificate come RECs; la RDC ed il Burundi aderiscono addirittura a tre RECs. Inoltre i confini territoriali di alcune RECs risultano assai vaghi; così l'Egitto non aderisce all'UMA ma al COMESA, competente per l'Africa dell'est e del sud.

[6] La *Declaration of the First Conference of Ministers of Integration (COMAI),* Ouagadogou, 30-31.3.2006 attribuisce la qualificazione di REC anche all'EAC, così ampliando le precedenti dichiarazioni che conferivano tale qualifica, oltre che alle 5 RECs storiche, anche a IGAD e CEN-SAD.

[7] *Convention portant création de la Communauté Economique des Pays des Grands Lacs*, Giysenyi, 20.9.1976. La CEPGL, cui aderivano Zaire (ora RDC), Ruanda e Burundi (già colonie del Belgio) è rimasta travolta dalle tragiche vicende dell'area e, nonostante una iniziativa ispirata dal Belgio, appare sostanzialmente inattiva. Attualmente la cooperazione nella regione, ed in particolare l'assistenza internazionale, si realizza attraverso l'attività della *International Conference for the Great Lakes Region*.

[8] *Accord constitutif du Conseil de l'Entente*, Abidjan, 29.5.1959. Si tratta di una forma di cooperazione assai blanda, di carattere concertativo, che costituisce una evoluzione di un accordo del periodo coloniale concluso al tempo dalle Repubbliche autonome dell'Africa occidentale francese. Vi aderiscono Benin, Burkina Faso, Costa d'Avorio, Niger e Togo.

di seguito, in particolare di carattere giurisdizionale, assai poco efficaci[9]. Così, i Summit dei Capi di Stato e di Governo indirizzano spesso un *tradizionale caloroso quanto retorico* appello agli stessi Stati all'attuazione e al rispetto di quanto già stabilito.

Infine, nell'ambito di tale *labirintico* regionalismo africano, si sono definiti ulteriori rapporti bilaterali fra diverse organizzazioni, quasi un interregionalismo interafricano[10]. Si ricorda qui il negoziato in corso per la creazione di una zona di libero scambio tripartita fra COMESA, EAC e SADC[11], mentre si ipotizza un'analoga zona di libero scambio fra UMA e ECOWAS, nella prospettiva di un'unica zona di libero scambio panafricana.

3.1 In Africa occidentale dal 1975 opera come organizzazione multiliguistica di carattere cooperativo, finalizzata alla creazione di un mercato comune, l'*Economic Community Of Western African States* (ECOWAS)[12].

Nel 1993 si è proceduto, in una prospettiva di *open regionalism*, ad una riscrittura ed ampliamento *ratione materiae* del Trattato originario (*Revised ECOWAS Treaty*)[13] e, successivamente, in una visione dinamica della cooperazione, sono stati approvati degli emendamenti che hanno introdotto nel *Revised Treaty* elementi di integrazione. Si tratta degli emendamenti approvati nel 2006 relativi, fra l'altro, alla disciplina degli atti normativi[14] nonché alla sostituzione del Segretariato con la

---

[9] Non può tacersi la tendenza espressa da alcune Corti africane a sviluppare una giurisprudenza in senso integrazionista, attraverso il ricorso dell'interpretazione teleologica (Corti EAC e COMESA), ovvero particolarmente attenta alla tutela dei diritti dell'uomo (Corte ECOWAS e Tribunale SADC). Tuttavia, l'attivismo dei giudici è seguito dalla *resistenza* degli Stati che spesso non si conformano alle sentenze regionali. In alcuni casi, come nell'EAC, si è addirittura deciso di *arginare* l'attività del settore giudiziario emendando il Trattato istitutivo così da limitare la giurisdizionale della Corte. Nella SADC, come si vedrà, si è decisa la *chiusura* del Tribunale e la revisione del suo atto istitutivo. Nella ora inattiva CEPGL, la competenza obbligatoria della *Commission d'arbitrage*, prevista nel Trattato istitutivo, era stata sostituita dal valore consultivo attribuito alle pronunce di tale organo, che peraltro non poteva pronunciarsi su controversie fra gli Stati di carattere politico per le quali si rinviava al Summit dei Presidenti.

[10] A titolo di esempio, si pensi al *Meeting of the four EAC/COMESA Member States*, tenuto a Nairobi il 4-7.11.2013 finalizzato ad armonizzare la disciplina commerciale dell'EAC e del COMESA o, ancora, al *IOC/COMESA Meeting* tenuto a Mahe il 15-17.10.2013. Vedi ancora l'istituzione dell'*Inter-Regional Coordination Committee of East & South Africa and the Indian Ocean* (IRCC), cui partecipano COMESA, EAC, IGAD e IOC.

[11] La forma più avanzata di cooperazione orizzontale interafricana è costituita dal negoziato iniziato nel 2011 per la sottoscrizione del *Tripartite Free Trade Agreement* fra COMESA, SADC ed EAC, ove alcuni Stati aderiscono contemporaneamente ad almeno due organizzazioni. Sul tema, cfr. HARTZENBERG et al., *The Tripartite Free Trade Area – towards a new African integration paradigm?*, Stellenbosch-Nairobi, 2012 e HARTZENBERG et al., *Cape to Cairo Exploring the Tripartite FTA Agenda*, Stellenbosch-Nairobi, 2013.

[12] *Revised ECOWAS Treaty*, Cotonou, 24.6.1993. Il Trattato ora in vigore sostituisce il precedente *Treaty establishing the Economic Community Of Western African States* Lagos, 28.5.1975. Al *Revised ECOWAS Treaty* aderiscono quindici Stati dell'Africa occidentale: Benin, Burkina Faso, Capo Verde, Costa d'Avorio, Gambia, Ghana, Guinea, Guinea-Bissau, Liberia, Mali, Niger, Nigeria, Senegal, Sierra Leone e Togo. La Mauritania, membro dell'ECOWAS dal 1975, non ha aderito al nuovo Trattato.

[13] Il *Revised ECOWAS Treaty* va letto congiuntamente con il *Protocol on the Community Court of Justice* (A/P1/7/91) *as amended* (A/SP.1/01/05 *and* A/SP.2/06/06) ed al *Protocol relating to the Community Parliament* (A/P2/8/94) *as amended* (A/SP.3/06/06).

L'ECOWAS ha come obiettivo anche la realizzazione dell'*ECOWAS Monetary Cooperation Programme,* nel cui ambito tuttavia opera l'unione economica e monetaria dell'UEMOA, di cui si dirà.

[14] Nelle premesse del *Revised ECOWAS Treaty…cit.*, può leggersi come si intenda realizzare un "*partial and gradual pooling of national sovereignties to the Community*". La principale evoluzione in

Commissione, organo di carattere collegiale cui sono attribuiti ampi poteri in parte ripresi dal modello comunitario europeo[15]. L'evidente volontà politica degli Stati rileva altresì nella decisione dell'*Authority* di modificare con decisione il numero dei Commissari e nella loro quasi immediata individuazione[16].

L'attività dell'ECOWAS nel periodo considerato, in particolare a livello apicale, è stata dedicata in primo luogo alla controversa situazione politica interna di alcuni Stati membri (Mali, Guinea Bissau, Nigeria), nonché a materie economiche e commerciali e, soprattutto, al completamento del mercato comune, ritenuto come in una *decisive and irreversibile phase*[17]. Così, la disciplina della Tariffa esterna comune e le altre previsioni relative al completamento dell'Unione doganale sono state approvate in occasione dei Summit del 2013 e del 2014 e dovrebbero entrare in vigore dal gennaio 2015.

Per quanto riguarda la giurisprudenza dell'organo giurisdizionale, nel periodo considerato, a conferma di una tendenza ormai consolidata, la Corte ha conosciuto quasi esclusivamente di ricorsi aventi ad oggetto presunte violazioni dei diritti umani[18].

Nell'ambito delle relazioni esterne, particolarmente complesse appaiono quelle con l'UE. Si tratta, in primo luogo, del consolidato dialogo politico iniziato da tempo ed ora giunto al diciannovesimo incontro[19]. In tale ambito, ed in maniera tendenzialmente autonoma, si svolge l'ulteriore negoziato per la conclusione dell'Accordo di Partenariato Economico (APE) con i paesi dell'Africa occidentale in attuazione dell'Accordo di Cotonou[20]. In tal senso, nell'incontro bilaterale ECOWAS-UE del 2014 si è dato conto delle difficoltà del negoziato, espresse in particolare da parte della Nigeria[21].

3.2 La cooperazione istituzionalizzata fra i paesi dell'Africa dell'est e del sud è dal 1993 rappresentata dal *Common Market of Eastern and Southern Africa*

---

senso integrazionista è rappresentata dal *Supplementaty Protocol A/SO.1/06/06 amending the Revised ECOWAS Treaty*, Abuja, 14.6.2006, ove in particolare l'art.2 disciplina il *new article 9* relativo agli atti normativi (*regulations, directives, decisions*), tendenzialmente ispirati a quelli comunitari europei.

[15] Si tratta del *29th Summit*, Niamey, 12.1.2006 e del *30th Summit*, Abuja, 14.6.2006.

[16] Cfr. *42nd Ordinary Session of the ECOWAS Authority of Heads of State and Government*, Yamoussoukro, 27-28.2.2013 e in particolare, *Decision A/DEC.4/02/13 expanding the management cadre of the ECOWAS Commission and increasing the number of Commissioner positions to fifteen; 43rd Ordinary Session of the ECOWAS Authority of Heads of State and Government*, Abuja, 17-18.7.2013 che ha individuato i nomi dei 15 Commissari.

[17] Cfr. *43rd Ordinary Session...cit.*; *Extraordinary Session of the ECOWAS Authority of Heads of State and Government*, Dakar, 25.10.2013 e *44th Ordinary Session of the ECOWAS Authority of Heads of State and Government*, Yamoussoukro, 28-29.3.2014.

[18] Cfr. *Arrêt N° ECW/CCJ/JUD/03/13, Simon Ehivet et Michel Gbagbo c. République de Côte d'Ivoire*, 22.2.2013 e *Arrêt N° ECW/CCJ/RUL/05/13, Hissein Habré c. République du Sénégal*, 5.11.2013. Tale giurisprudenza conferma la particolare attenzione alla problematica della tutela dei diritti umani, sovente ispirandosi alle pronunce della Corte Europea dei Diritti dell'Uomo.

[19] Per rapporti diretti UE-ECOWAS, cfr. *19th EU-ECOWAS Political Dialogue Meeting at Ministerial Level, Brussels, 16.5.2013 Final Communique*.

[20] L'Accordo di Cotonou con i paesi ACP prevede la sottoscrizione di sei APE con gli Stati delle diverse aree interessate: Caraibi, Pacifico e quattro dell'Africa sub-sahariana, quest'ultime tendenzialmente corrispondenti a quattro RECs previste dall'*AEC Treaty*. Il negoziato, iniziato nel 2002, incontra notevoli difficoltà e sinora sono stati conclusi solo accordi ad interim con alcuni paesi o gruppi. Sul tema, cfr. Directorate-General for External Policies, *African, Caribbean and Pacific (ACP) countries' position on Economic Partnership Agreements (EPAs), EXPO/B/DEVE/2013/30*, April 2014.

[21] Cfr. *19th EU-ECOWAS Political Dialogue Meeting, cit.*

(COMESA), che succede alla precedente esperienza della PTA del 1981[22]. Il COMESA si caratterizza come organizzazione di carattere cooperativo, ove assoluto rilievo assume la componente politica intergovernativa rappresentata, a livello apicale, dall'*Authority of Heads of State and Government* mentre la funzione *legislativa* ordinaria è attribuita al *Council of Ministers*. Si è altresì sviluppata una complessa struttura istituzionale che prevede, oltre al *Consultative Committee of Business Community* e la *Court of Justice,* anche una pluralità di altre *COMESA Institutions* (*PTA Bank, COMESA Clearing House, Regional Investment Agency*, etc. nonché dal 2011 il *COMESA Monetary Institute*)[23].

Il COMESA opera nell'ambito di una regione caratterizzata da una forte instabilità politica e mira alla creazione di un ampio mercato comune che si estende anche alla materia economico-monetaria. In ragione dell'evidente eterogeneità degli Stati membri, tradizionalmente si procede a geometria variabile e gli atti dell'Organizzazione (in genere protocolli di natura pattizia) sono soggetti a recepimento da parte degli Stati[24]. Tali atti entrano in vigore quando "ratificati" da un numero minimo di Stati, anche se ciò non garantisce la loro effettiva *implementation*[25]. Nel periodo in esame, oltre che riunioni a livello ministeriale, in particolare il *32nd Meeting of the Council of Ministers*[26], si è tenuto il 17° Summit della *Authority* che, come tradizione, ha affrontato sia le differenti problematiche in materia economica (commercio, infrastrutture, agricoltura, etc.)[27] che quelle, altrettanto complesse, di carattere politico (democrazia e *governance*, pace, stabilità, etc.)[28]. Per quanto riguarda la creazione del mercato comune possono rilevarsi i progressi nella creazione della zona di libero scambio, mentre più complessa appare la realizzazione dell'unione doganale e della libera circolazione delle persone (*Visa Protocol* e *Free Movement Protocol*, peraltro a geometria variabile).

---

[22] *Treaty establishing the Common Market of Eastern and Southern Africa*, Kampala, 5.11.1993, cui aderiscono Burundi, Comore, Egitto, Eritrea, Etiopia, Gibuti, Kenya, Libia, Madagascar, Malawi, Mauritius, Ruanda, Repubblica Democratica del Congo, Seychelles, Sudan, Swaziland, Uganda, Zambia, Zimbabwe, In realtà, in evidente contrasto con i termini *Eastern and Southern Africa*, al COMESA aderiscono anche Stati dell'Africa del Nord ed un numero assai limitato dell'Africa australe, in primo luogo il Sud Africa, che ha optato per la partecipazione alla sola SADC. Al *16th Summit*, Kampala, 24.11.2012 ha assistito il rappresentante del Sud Sudan, ma non ha partecipato il Presidente del Madagascar. Viceversa, al *17th Summit*, Kinshasa, 27.2.2014 non era presente alcun rappresentante del Sud Sudan; può quindi dedursi la *non* adesione al COMESA di tale Stato, che peraltro non è indicato come tale nel sito ufficiale.

[23] *Charter establishing the COMESA Monetary Institute* (Legal Notice N° 210 of 2009, published by Order of the Council and Authority, 8.12.2009), in vigore dal 2011.

[24] Nel *Report of the 32nd Meeting of the Council of Ministers,* Kinshasa, 22-24.2.2013 può leggersi lo *status* della *incorporation* da parte degli Stati per ciascun provvedimento adottato. A titolo di esempio, per quanto riguarda la materia commerciale, a partire dal 2009 è in via di formazione l'unione doganale cui attualmente aderiscono 14 Stati.

[25] Cfr. l'interessantissima analisi compiuta dal Consiglio dei Ministri nel *Report of the 32nd Meeting, cit.,* 8-15 ove si sottolinea come i diversi strumenti giuridici indicati nel *COMESA Treaty* prevedano, accanto al tradizionale protocollo di natura pattizia, anche regolamenti e direttive, ad imitazione del modello comunitario. Si rileva tuttavia la prevalente utilizzazione del protocollo e la percentuale particolarmente bassa di sottoscrizioni da parte dei singoli Stati e di successive ratifiche.

[26] Cfr. *Report of the 32nd Meeting, cit.* La riunione del Consiglio dei Ministri precede la riunione della *Authority* ed è, logicamente, preceduta dall'attività dei Ministri competenti *ratione materie* e degli organi di livello sub-ministeriale.

[27] Cfr. *Final Communiqué of the 17th COMESA Heads of State Summit,* Kinshasa, 26-27.2.2014, 6-10.

[28] Cfr. *Final Communiqué of the 17th COMESA Heads, cit.*

La Corte di giustizia, che sinora si era pronunciata in un numero limitato di cause concernenti per lo più la materia della funzione pubblica, ha reso nel 2013 un'importante sentenza nella prospettiva del rafforzamento dell'integrazione economica. Si è infatti ritenuto che l'imposizione di un dazio doganale all'importazione di un prodotto proveniente da un altro Stato membro violasse l'art. 46 del *COMESA Treaty* e, ispirandosi alla nota sentenza *Van Gend & Loos*, si è affermato che «The Treaty is more than an agreement which merely creates obligations between Member States. It also gives enforceable rights to citizens residing in the Member States»[29].

I rapporti COMESA-UE si inseriscono nell'ambito del costituendo APE con i Paesi dell'area ESA-IO, il cui il negoziato, come detto, procede con grande difficoltà, anche per la sovrapposizione nell'area di diverse organizzazioni regionali e sub-regionali (COMESA, IGAD, EAC)[30].

3.3 Dal 1983 in Africa centrale opera l'*Economic Community of Central African States* (ECCAS/CEEAC), la meno attiva delle RECs *storiche*[31]. Si tratta di un'organizzazione di cooperazione le cui competenze sono astrattamente assai ampie, ma che di fatto sono state esercitate in maniera ridotta per le gravi difficoltà politiche esistenti negli Stati membri e fra alcuni di essi. In particolare, risultati assolutamente marginali sono stati realizzati in materia di infrastrutture, nonché di libera circolazione dei beni e delle persone, anche per la partecipazione di diversi Stati membri all'Organizzazione sub-regionale della CEMAC. Anche su sollecitazione europea, si sono cercate forme di sinergia con la tendenziale attribuzione di competenze economiche alla CEMAC e di competenze politiche all'ECCAS.

In tale quadro di profondi contrasti politico-militari e di parziale inattività[32], l'ECCAS ha operato soprattutto nel settore della sicurezza con attività in materia di prevenzione, gestione dei conflitti e *peace building*[33], nonché di sicurezza marittima nel golfo di Guinea[34]. In tal senso, nel periodo in esame è stato tenuto, peraltro preceduto da una riunione preparatoria di livello ministeriale, un Summit congiunto

---

[29] Cfr. *Reference n° 1/2012, Polytol Paints & adhesives Manufactures Co. Ltd v. Republic of Mauritius*, 31.8.2013. Tale sentenza riconosce l'applicabilità nell'ordinamento del COMESA del principio dell'efficacia diretta, che si traduce nel diritto riconosciuto ai privati ed espressamente sancito dall'art. 26 *COMESA Treaty*, di agire in giudizio per la tutela di diritti conferiti dalle norme comunitarie. In dottrina, cfr. MWANZA, *Polytol Paints v Mauritius: evidence of the existence and direct effect of community law in COMESA?*, Tralac Trade Brief N.S14TB01/2014, January 2014.

[30] Nel settembre del 2013 è stata tenuta una missione a Bruxelles dei rappresentanti delle quattro organizzazioni operanti nell'area (COMESA, EAC, IGAD e IOC) al fine di rafforzare la cooperazione con l'UE e definire singoli progetti finanziati nell'ambito del 9° e del 10° FES. Le medesime difficoltà si ritrovano per i rapporti fra l'UE e i Paesi dell'Africa centrale, di cui al successivo paragrafo.

[31] *Treaty establishing the Economic Community of Central African States*, Libreville, 9.10.1983, cui aderiscono Angola, Burundi, Camerun, Ciad, Congo, Gabon, Guinea Equatoriale, Repubblica Centroafricana, Repubblica Democratica del Congo, São Tome e Principe.

[32] La *XVIème Session de la Conferénce des Chefs d'Etat et de Gouvernement*, prevista per il 2013 non sembra sia stata tenuta.

[33] *Protocole relatif au Conseil de Paix et de Sécurité de l'Afrique Centrale (COPAX)*, Malabo, 24.2.2000.

[34] In realtà, il *Traité instituant la Commission de Golfe de Guinée*, Libreville, 3.7.2001 non compie alcun riferimento all'ECCAS, anche se solo uno degli otto stati firmatari non è membro dell'organizzazione centroafricana.

con l'ECOWAS e la *Commission du Golfe de Guinée* (CGG)[35]. In tale sede, sono stati approvati alcuni documenti (*Déclaration de Yaoundé*, *Code de conduite*, etc.), nonché un *Memorandum d'entente* relativo alla sicurezza marittima nel Golfo di Guinea, sottoscritto dalle tre organizzazioni (ECCAS, ECOWAS e CGG)[36].

3.4 In Africa australe dal 1992 opera, ultima fra le RECs *storiche*, la *Southern African Development Community* (SADC) che costituisce l'evoluzione della precedente organizzazione di concertazione rappresentata dalla *Southern African Development Coordination Conference* (Lusaka, 1980). Il *SADC Treaty*[37] definisce un'organizzazione di cooperazione operante a geometria variabile, nel cui ambito si declina il binomio cooperazione regionale e sviluppo economico[38].

Per gli aspetti istituzionali un ruolo fondamentale è svolto dal Summit dei Capi di Stato e di Governo, mentre per quanto riguarda il *SADC Tribunal*, costituito nel 2000 in attuazione dell'art.16 del *SADC Treaty*[39], è nota la sua giurisprudenza su tematiche assai significative come la tutela dei diritti umani, oggetto di violazione da parte di singoli Stati[40]. La reazione degli Stati a tale giurisprudenza è stata particolarmente significativa in negativo e, in occasione dei Summit del 2011 e del 2012, si è deciso di *disattivare* il *Tribunal* e di procedere ad una revisione del suo ruolo e delle sue competenze, prevedendo la riscrittura del Protocollo istitutivo[41]. Questo a conferma della fragilità dello stato di diritto e dell'evidente *fastidio* rispetto alla competenza del *Tribunal*. Quale istituzione autonoma opera altresì il *SADC Parliamentary Forum*, a composizione indiretta, che coopera in maniera sinora marginale con gli organi intergovernativi al processo di integrazione[42].

---

[35] Cfr. *Communiqué Final du Sommet des Chefs d'Etat et de Gouvernement de la CEEAC, de la CEDEAO et de la Commission du Golfe de Guinée (CGG) sur la Sûreté et la Sécurité Maritimes dans le golfe de Guinée,* Yaoundé, 25.6.2013.

[36] *Memorandum d'Entente entre la CEEAC, la CEDEAO et la CGG sur la Sûreté et la Sécurité dans l'Espace Marittime de l'Afrique Centrale et de l'Afrique de l'Ouest,* Yaoundé, 25.6.2013.

[37] *Consolidated Text of the Treaty establishing the Southern African Development Community*, *as amended*, Windhoek, 17.8.1992 - Blantyre, 14.8.2001 cui aderiscono: Angola, Botswana, Lesotho, Madagascar, Malawi, Mauritius, Mozambico, Namibia, Repubblica Democratica del Congo, Sud Africa, Seychelles, Swaziland, Tanzania, Zambia e Zimbabwe.

[38] Ai sensi dell'art.22 del *Treaty of Windhoek*, gli Stati sono liberi di sottoscrivere e poi ratificare i singoli *Protocols*, sia di carattere istituzionale che materiale, funzionali al perseguimento degli obbiettivi della cooperazione. Così al *SADC Protocol on Trade* non hanno aderito Angola, RDC e Seychelles.

[39] *Protocol on Tribunal and Rules of Procedures*, *as amended*, Windhoek, 30.9.2000; *Agreement amending the Protocol on Tribunal*, Luanda, 3.10.2002. Peraltro, tale Protocollo non è stato ratificato da tutti gli Stati membri ed in particolare dallo Zimbabwe che, pur avendo partecipato al procedimento giudiziario nel caso *Campbell*, ha ritenuto di non riconoscere la validità delle sentenze di condanna emanate dal *SADC Tribunal*.

[40] In relazione al caso Campbell, cfr. (*SADC (T) case n°2/2007 – SADCT 1, Mike Campbell (PVT) and others v. Republic of Zimbabwe* (interim order), 13.12.2007; *SADC (T) case n°2/2007 – SADCT 2, Mike Campbell (PVT) and others v. Republic of Zimbabwe,* 28.11.2008; *SADC (T) case n°3/2009, Mike Campbell (PVT) and others v. Republic of Zimbabwe,* 5.6.2009), nonchè SADC (T) *case n°5/2008, Gondo and others v. Republic of Zimbabwe*, 9.12.2010

[41] Cfr. *Communiqué Extraordinary Summit of the SADC Heads of States and Government*, Windhoek, 20.5.2011 e *Final Communiqué of the 32nd Summit of SADC Heads of State and Government*, Maputo, 18.8.2012, ove si prevede una riscrittura del Protocollo con la esclusione della possibilità di ricorso da parte dei privati. Nessun riferimento si ritrova nei successivi Summit, ove peraltro rileva l'assenza di uno o più Capi di Stato o di Governo.

[42] Il *SADC Parliamentary Forum*, istituito su iniziativa del Summit nel 1997, è formato da rappresentanti di 13 Parlamenti nazionali che designano i partecipanti. Il SPF mantiene rapporti assai tenui con le istituzioni della SADC, in primo luogo con il Summit.

Nel tempo si è manifestato un crescente interesse per le materie politiche, solo parzialmente previste nel *SADC Treaty*, e si è sottoscritto nel 2001 il *Protocol on Politics, Defence and Security Cooperation*[43]. Tale integrazione *politica* si realizza in maniera (forse volutamente) incoerente, in quanto l'apparato istituzionale, costituito dalla Presidenza dell'O*rgan on Politics, Defence and Security Cooperation* e dalla *Troika,* risulta diverso da quello previsto nel *SADC Treaty*.

L'attività di carattere materiale condotta nel periodo considerato risulta ridotta, anche in tal caso in diretto collegamento con le difficoltà politiche esistenti fra gli Stati membri. In tal senso, si sono tenuti fra il maggio 2013 e gennaio 2014 quattro Summit dei Capi di Stato e di governo, di cui ben tre straordinari, tutti caratterizzati da una forte valenza politica in relazione alle crisi politico-militari in diversi Stati membri (RDC, Madagascar, Zimbabwe, etc.)[44]. Inoltre, in diretto collegamento con le Dichiarazioni del Summit, ha operato la *Troika of the Organ on Politics, Defence and Security* che si è espressa sulle crisi dell'area[45] e, in particolare, di quelle nella regione dei Grandi laghi[46]. Sembra così essersi realizzata una evoluzione nella SADC che, da organizzazione interessata in primo luogo alla cooperazione per lo sviluppo, appare ora particolarmente attenta alle problematiche politiche proprie dei singoli Stati membri[47].

Nell'ambito dei rapporti con gli *International Cooperation Partners*, assumono una importanza particolare le relazioni con l'UE che si realizzano con un intenso dialogo politico (cd. Iniziativa di Berlino del 1994). Nel periodo in esame è stato tenuto un incontro bilaterale incentrato soprattutto sulla cooperazione allo sviluppo e sul dialogo politico. Per quanto riguarda la conclusione dell'APE con i cd. *ESA Countries* si prende invece atto delle difficoltà esistenti[48].

---

[43] *Protocol on Politics, Defence and Security Cooperation*, Blantyre, 14.8.2001. La Presidenza di turno della SADC e quella dell'*Organ on Politics, Defence and Security Cooperation* sono attribuiti a Stati differenti, probabilmente per impedire che un solo Stato possa esercitare una influenza particolarmente forte.

[44] Cfr. *Extraordinary Summit of SADC Heads of State and Government*, Addis Ababa, 26.5.2013; *Extraordinary Summit of SADC Heads of State and Government*, Maputo, 15.6.2013; *Communiqué of the 33rd Summit of SADC Heads of State and Government*, Lilongwe, 17-18.8.2013; *Extraordinary Summit of SADC Heads of State and Government*, Addis Ababa, 30.1.2014.

[45] Cfr. *Summit of the SADC Troika of Organ Troika on Politics, Defence and Security Cooperation, Communiqué*, Dar-Es-Salaam, 11.1.2013; *Sommet de la Troïka de l'Organe de Coopération en matière de Politique, Défense et Sécurité de la SADC, Communiqué*, Cape Town, 10.5.2013; *Summit of the Organ Troika on Politics, Defence and Security Cooperation Plus DRC, Malawi and South Africa, Communiqué*, Windhoek, 11.9.2013; *Communiqué of the SADC Ministerial Committee of the Organ (MCO) Troika,* Windhoek, 29.12.2013. Si tratta, talora, di interventi di ordine politico svolti in maniera autonoma (crisi politica in Madagascar), talaltra, di interventi anche di carattere politico-militare realizzati in cooperazione con le Nazioni Unite o altre organizzazioni regionali (crisi nella RDC).

[46] Cfr. *Cimeira conjunta dos Chefes de estado e de governo da Comunidade de Desenvolvomiento da África Austral (SADC)* e *Conferência Internacional sobre a Região dos Grandes Lagos (CIRGL)*, Pretória, 4.11.2013

[47] In tal senso, l'unica riunione dei Ministri competenti tenuta nel periodo in esame è il *Meeting of SADC Ministers Responsible for Water, Communiqué*, Luanda, 27-30.5.2013 mentre, nella più ampia dimensione politica, sono state organizzate missioni per il controllo di processi elettorali nazionali.

[48] Cfr. *Communiqué SADC-EU Ministerial Political Dialogue*, Maputo, 20.3.2013. Al di là del contenuto dell'incontro, di rilievo appare la duplice presenza della SADC, che è rappresentata dal *Chairperson of the SADC Council of Ministers* e dal *Chairperson of the SADC Ministerial Committee of the Organ on Politics*, in presenza di una doppia Troika e del Segretariato della SADC. Nell'ambito del negoziato APE alcuni Stati dell'Africa australe hanno concluso un accordo interinale con l'Unione europea nel 2009.

3.5 La *Communauté des Etats Sahélo-Sahariens,* tradizionalmente denominata CEN-SAD[49], costituisce un emblematico esempio del ruolo che possono svolgere singole personalità nell'ambito della cooperazione regionale fra Paesi in via di sviluppo. Infatti, la CEN-SAD è un'organizzazione sorta nel 1998 su iniziativa della Libia e del suo leader Gheddafi e le vicende dell'Organizzazione appaiono direttamente collegate con la crisi del regime libico[50]. In ragione delle ampie disponibilità finanziarie, la CEN-SAD, sorta con solo sei membri, ha conosciuto un rapido ampliamento della *membership* a 28 Stati, così estendendosi ben al di là della zona del Sahara e del Sahel. Inoltre, è probabilmente da attribuire al peso politico della Libia il riconoscimento della CEN-SAD come REC, nonostante l'evidente contrasto con la lettera e lo spirito dello stesso *AEC Treaty*[51].

La CEN-SAD è, in buona sostanza, una tipica organizzazione di cooperazione, ove gli Stati sono liberi di aderire al singolo protocollo (o atto) concluso nell'ambito dell'apparato istituzionale intergovernativo[52]. Crollato il regime di Gheddafi, è sorta l'evidente necessità di adeguare l'Organizzazione alla mutata realtà e da parte del Marocco (Stato non membro dell'UA) si è ritenuto di poter *rientrare* attivamente nella politica continentale attraverso l'*utilizzazione* della CEN-SAD. Così, dopo un articolato negoziato, in presenza di crisi politiche in diversi Paesi dell'area, si è proceduto, in occasione del *Summit straordinario* di N'djamena del 16.2.2013, alla sottoscrizione di un nuovo trattato[53]. Il testo di tale trattato, non ancora entrato in vigore in quanto in via di ratifica da parte degli organi costituzionali nazionali, non è noto e pertanto si rinvia, per la sua analisi, ad una prossima rassegna.

3.6 L'*Inter-Governmental Authority on Development* (IGAD)[54] succede alla precedente esperienza dell'IGADD, opera dal 1996 nell'Africa dell'est ed anch'essa è stata qualificata come REC ai sensi dell'*AEC Treaty*. La disciplina dell'IGAD, tipica organizzazione di cooperazione a geometria variabile, è stata oggetto di

---

[49] *Traité portant sur la création de la Communauté des Etats Sahélo-Sahariens*, Tripoli, 4.2.1998. L'organizzazione è denominata CEN-SAD (o SEN-SAD o, ancora, SIN-SAD, secondo differenti translitterazioni) in riferimento ai termini arabi di Sahara e Sahel.

[50] Nei primi anni di vita della SEN-SAD, il 75% del bilancio dell'organizzazione era a carico della Libia, ove peraltro era fissata la sede del Segretariato.

[51] Occorre osservare come non abbia aderito alle CEN-SAD l'Algeria, Stato sia del Sahara che del Sahel, mentre non risulta chiaro lo status della Mauritania. I 28 Stati della CEN-SAD partecipano contemporaneamente a tutte e cinque le RECs previste nel *AEC Treaty*. In proposito, ci si limita ad osservare come, in ragione delle attuali adesioni ivi comprese quelle delle Comore e di São Tome e Principe, il Sahara ed il Sahel si estendano anche all'Oceano Indiano ed all'Oceano Atlantico(!!).

[52] L'art.4 del *CEN-SAD Traité* attribuisce il potere decisionale alla *Conference des Chefs d'Etat*. Peraltro, l'attività della CEN-SAD non è stata particolarmente significativa ed una delle sue più importanti iniziative è stata la creazione della *Banque Sahélo-Saharienne pour l'investissement et le commerce*.

[53] *Traité révisé de la Communauté des Etats Sahélo-Sahariens*, N'Djamena, 16.2.2013, la cui sottoscrizione é stato preceduta da incontri a livelli differenti tenuti fra il gennaio del 2012 ed il febbraio 2013.

[54] *Treaty establishing the Inter-Governmental Authority on Development*, Nairobi, 21.3.1996 cui aderiscono Etiopia, Gibuti, Kenia, Sudan, Somalia, Uganda e, più di recente, Sud Sudan mentre l'Eritrea, formalmente Stato membro, appare ora disinteressata alla vita dell'Organizzazione. La precedente esperienza era quella della *Inter-governmental Authority on Drought and Development* fondata nel 1986 per affrontare la siccità dell'area.

integrazioni di carattere istituzionale con l'introduzione dell'Assemblea parlamentare, cui peraltro hanno aderito solo alcuni Stati membri[55].

L'attività di carattere materiale nel periodo considerato appare concentrata sulle fortissime difficoltà politiche esistenti all'interno di diversi Stati membri (Sudan, Somalia, Eritrea, etc.). Nel merito l'IGAD cerca di svolgere un ruolo di mediazione politica, in coordinamento con Nazioni Unite, organizzazioni regionali, in particolare Unione Africana ed Unione Europea[56], e singoli Stati anche nell'ambito del *Conflict Early Warning and Response Management*. In particolare, nel periodo in esame, l'assai intensa attività è stata concentrata sulle guerre civili dell'area con una molteplicità di Sessioni straordinarie dell'*Assembly of Heads of State and Government*, di cui ben tre tenute nei primi sei mesi del 2014 dedicate al Sud Sudan e miranti a contribuire a porre fine agli scontri con il coinvolgimento di tutte le diverse parti del conflitto[57].

3.7 Anche l'*East African Community* (EAC), nonostante la partecipazione soggettiva particolarmente ridotta, è stata qualificata come REC[58]. Si tratta di un'attiva organizzazione di cooperazione con ampie competenze in materia sia politica che economica ove, peraltro, sono presenti elementi integrazionistici rappresentati, fra l'altro, dalla *Legislative Assembly*[59] e dalla *Court of Justice,* cui sono attribuite competenze significative. La EAC si caratterizza per il suo carattere dinamico e l'obbiettivo finale è esplicitamente indicato nell'integrazione politica (art.5, 2).

Nel periodo considerato la EAC ha confermato la sua indubbia vivacità ed in particolare i Capi di Stato si sono riuniti a cadenza semestrale (un Summit ordinario ed uno straordinario, ora istituzionalizzati)[60]. Di recente, si è preso atto dei progressi già realizzati in materia di unione doganale e mercato comune ed è stata definita una *roadmap*[61] di lungo periodo per l'integrazione politica, cui ha fatto seguito la

---

[55] *Agreement establishing IGAD Inter-Parliamentary Union*, Addis Abeba, 22.2.2005, cui sinora hanno aderito solo Etiopia, Gibuti, Sudan e Somalia.

[56] Il supporto dell'UE all'IGAD, oltre che in materia politica nell'ambito dell'*African Peace Facility Early Response Mechanism*, si esprime nella cooperazione allo sviluppo finanziata dal FES.

[57] Cfr. *Communiqué of the 24th Extraordinary Summit of Heads of States and Government on the situation in South Sudan*, Addis Ababa, 31.1.2014; *Communiqué of the 25th Extraordinary Summit of Heads of States and Government on the situation in South Sudan*, Addis Ababa, 14.3.2014 e *Communiqué of the 26th Extraordinary Summit of Heads of States and Government on the situation in South Sudan*, Addis Ababa, 10.6.2014

[58] *Treaty for the establishment of the East African Community (as amended on 14th December, 2006 and 20th August, 2007*), Arusha, 30.11.1999. La EAC ha ripreso a partire dal 1993 la precedente esperienza del periodo 1967-1977 cui partecipavano i tre stati membri di Kenia, Uganda e Tanzania. Ad essi si sono poi aggiunti Ruanda e Burundi. *L'EAC Treaty* si caratterizza, a differenza di molti altri trattati istitutivi di organizzazioni regionali nei Paesi in via di sviluppo, per la sua particolare ampiezza, espressa in ben 153 articoli.

[59] Secondo degli artt. 59 e 62-63 dell'*EAC Treaty,* l'Assemblea parlamentare coopera con gli organi intergovernativi nell'approvazione degli atti normativi dell'EAC.

[60] Cfr. *Communiqué of the 12th Extra-ordinary Summit of the EAC Heads of State*, Arusha, 30.4.2014 sub 7, ove si è formalizzata la cadenza semestrale delle riunioni dei Capi di Stato. In merito all'attività del Summit, può osservarsi come si pianifichi accuratamente l'attività decisionale dei diversi organi, ivi compreso quella dello stesso Summit. A conferma, i temi trattati nell'aprile del 2013 in occasione del *11th Extra-ordinary Summit of the EAC Heads of State Joint Communiqué*, Arusha, 28.4.2013 sono stati affrontati nei due Summit successivi del Novembre 2013 e dell'Aprile 2014.

[61] Cfr. *Communiqué of the 12th Extra-ordinary Summit, cit.,* sub 6.

sottoscrizione del Protocollo relativo all'Unione monetaria[62]. Occorre tuttavia osservare come, in maniera alquanto contraddittoria rispetto al numero ristretto di Stati partecipanti[63], alla visione di prospettiva e ai risultati positivi sinora realizzati in chiave integrazionista, costituiscano elementi caratterizzanti della cooperazione nella EAC la flessibilità e la geometria variabile (art.1 e 7 lett. e EAC Treaty).

Di indubbio rilievo è la giurisprudenza della Corte[64] che, talora prudentemente ispirata alle pronunce della Corte di Giustizia dell'Unione Europea, si è espressa più volte su differenti tematiche sia istituzionali[65] che sostanziali, relative in particolare alla tutela dei diritti umani[66], nonché a problematiche commerciali[67].

3.8 Per quanto riguarda la cooperazione sub-regionale realizzata in Africa australe attraverso la *Southern African Customs Union* (SACU), è noto come si tratti della più antica unione doganale esistente, sorta nel 1910 nell'ambito del dominio coloniale inglese ed oggetto di una riscrittura nel 1969. La SACU è ora disciplinata dal Trattato di Gaborone del 2002[68] e, come in passato, un ruolo di assoluta preminenza in materia commerciale è svolto dal Sud Africa che, inoltre, attraverso il *common revenue pool* contribuisce significativamente al bilancio degli altri Stati membri. Nel febbraio del 2013 si è tenuto il *Summit of the SACU Heads of State and Government*[69] che *provide political and strategic direction of the SACU*[70] ma i

---

[62] In occasione del *15th Ordinary Summit of the EAC Heads of State, Communiqué*, Kampala, 30.11.2013, i Capi di Stato hanno preso atto dei positivi risultati conseguiti in materia doganale (sub 10) e hanno sottoscritto il protocollo in materia monetaria (sub 14).

[63] In merito all'adesione di due nuovi Stati membri, Sud Sudan e Somalia, si procede, com'è facilmente comprensibile, con particolare prudenza. Per il Sud Sudan cfr. *Communiqué of the 12th Extra-ordinary Summit, cit.,* sub 5, mentre per la Somalia, cfr. *15th Ordinary Summit, cit.,* sub 12.

[64] Sulla competenza della *Court of Justice* cfr. artt.23-47 *EAC Treaty*. In occasione del *15th Ordinary Summit, cit.,* sub 16, i Capi di Stato hanno deciso "politicamente" un ulteriore ampliamento della competenza della Corte a «trade and investment as well as matters associated with the East African Monetary Union, on human rights matters as well as crimes against humanity», dando mandato al Consiglio dei Ministri.

[65] Sul funzionamento del Parlamento, cfr. Joint reference 5/2011 and 10/2011, Mbidde Foundation Ltd and Rt. Hon. Margaret Zziwa vs Secretary General of East African Community and Attorney General of Republic of Uganda, 29.5.2014; Reference n. 8/2012, Hon. Sitenda Sebalu vs The Secretary General of The East African Community, 22.12.2013; Reference n.6/2012, Among A. Anita vs Attorney General of Uganda And The Secretary General of The East African Community, 29.11.2013.

[66] Sulla tutela dei diritti umani, cfr. *Reference n. 2/2013, Avocats Sans Frontier vs Mbugua Mureithi Wa Nyambura & Attorney General of Uganda, Attorney General of Kenya,* 3.5.2013 (si tratta di una richiesta di intervenire al processo – Reference 11/2011 – come *amicus curiae*); *Reference n. 2/2012, Democratic Party vs The Secretary General, East African Community And The Attorney General of The Republic Of Uganda And The Attorney General of The Republic of Kenya And The Attorney General of The Republic Of Rwanda And The Attorney General of The Republic of Burundi,* 29.11.2013*; Reference n. 11/2011, Mbugua Mureithi Wa Nyambura vs The Attorney General of the Republic of Uganda and the Attorney General of the Republic of Kenya,* 24.2.2014*; Reference n.3/2012, Hilaire Ndayizamba vs The Attorney General of the Republic of Burundi and the Secretary General of the East African Community,* 28.3.2014.

[67] Su temi commerciali, cfr. *Reference n.6 of 2010, Standard Chartered Bank of Uganda attorney general of Uganda on behalf of the Republic of Uganda and Registrar of the High Court of Uganda,* 2.9.2013.

[68] *Southern African Customs Union Agreement between the governments of the Republic of Botswana, the Kingdom of Lesotho, the Republic of Namibia, the Republic of South Africa and the Kingdom of Swaziland*, Gaborone, 21.10.2002.

[69] Cfr.*4th Summit of the SACU Heads of State and Government,* Gaborone, 12.4.2013.

problemi relativi ad una riscrittura del Trattato istitutivo, ivi comprese la revisione del *common revenue pool* e la creazione di una Corte di giustizia, non sono stati risolti[71]. Egualmente interlocutorio è stato il *30th SACU Council of Ministers* del giugno 2013 ove sono state affrontate, senza peraltro significativi passi in avanti, le medesime tematiche trattate nel precedente Summit[72].

3.9 La *Communauté Economique et Monétarire de l'Afrique Centrale* (CEMAC)[73] è una organizzazione francofona che eredita la precedente esperienza coloniale dell'Africa equatoriale francese e, poi, dell'UDEAC. In ragione degli storici rapporti con la Banca centrale francese, prima, e con la Banca Centrale Europea, poi, è stata da tempo realizzata l'unione economica e monetaria, che precede l'istituzione del mercato comune in via di *faticosa* realizzazione[74]. La CEMAC, come anticipato, può definirsi come organizzazione di integrazione o sopranazionale e, coerentemente, l'apparato istituzionale prevede accanto ad organi intergovernativi (*Conférence des Chefs d'Etat*, vari Consigli dei Ministri, *Comité Inter Etat de l'UEAC)*, anche organi rappresentativi di interessi diversi. Si tratta, in particolare, della *Commission* e della *Commission Interparlamentaire,* che ha anticipato l'istituzione del *Parlament communautaire*[75]. Coerentemente con la natura giuridica tendenzialmente sopranazionale, è prevista la *Court de Justice* cui sono attribuite competenze simili a quelle comunitarie europee, ivi compreso il rinvio pregiudiziale. Inoltre, nel sistema sub-regionale centroafricano operano da tempo le istituzioni dell'UEM, *Banque des Etats de l'Afrique Centrale*, *Commission Bancarie de l'Afrique Centrale* e *Banque de Développement des Etats de l'Afrique Centrale*.

Nel periodo in esame, in ragione delle ricorrenti crisi politiche dell'area, si è tenuto un Summit straordinario in cui, con riguardo alla situazione in Centro-Africa, si è deciso fra l'altro l'assistenza finanziaria alla RCA e lo spostamento della sede della Commissione da Bangui[76]. Sempre per le difficoltà di ordine politico, il Summit previsto per il giugno 2014 è stato posposto, mentre sono state tenute riunioni di livello ministeriale sia di carattere ordinario[77] che straordinario[78]. Sono

---

[70] Il Summit non costituisce formalmente un organo della SACU e ancora non si è dato seguito alla decisione politica dell'Aprile 2010 relativa alla modifica del Trattato istitutivo relativa alla sua istituzionalizzazione.

[71] Cfr. *4th Summit of the SACU Heads, cit.*, 2.

[72] Cfr. *30th SACU Council of Ministers Meeting* , Windhoek, 28.6.2013.

[73] La disciplina istituzionale della CEMAC risulta articolata in una pluralità di atti distinti: *Traité revisé de la Communauté Economique et Monétaire de l'Afrique Centrale*, Yaoundé, 25.6.2008; *Convention régissant le Parlement Communautaire*, Yaoundé, 25.6.2008; *Convention régissant la Cour de Justice de la CEMAC*, Libreville, 5.7.1996 come modificato nel 2008. Gli Stati Membri sono Camerun, Repubblica Centroafricana, Congo, Gabon, Guinea Equatoriale e Ciad.

[74] Si tratta attualmente della *Convention régissant l'Union Economique et Monétaire de l'Afrique Centrale (UEAC)*, Yaoundé, 25.6.2008.

[75] Previsto dal Trattato istitutivo della CEMAC, il *Parlement Communautaire* è stato istituito con la *Convention régissant le Parlement, cit.* e risulta essere operativo dall'aprile del 2010. Nelle more della sua formale istituzione aveva operato dal 2000 una commissione parlamentare.

[76] Cfr. *Session Extraordinaire de la Conference des Chefs d'Etat de la CEMAC – Communiqué final*, Libreville, 14.6.2013.

[77] Cfr. *25ème Session ordinaire du Conseil des Ministres de l'Union Economique de l'Afrique centrale. Communiqué Final*, Libreville, 11.2.2014 e *26ème Session ordinaire du Conseil des Ministres de l'Union Economique de l'Afrique centrale. Communiqué Final*, Libreville, 23.9.2013.

state affrontate sia problematiche di natura tipicamente politica, con particolare riferimento alla crisi in Centro-Africa su cui si è pronunciata anche la Commissione[79]. Inoltre, sono state tenute diverse riunioni a livello ministeriale su problematiche di carattere economico, come l'attuazione di precedenti decisioni in materia di libera circolazione delle persone[80], di agricoltura, trasporti o occupazione giovanile. Per quanto riguarda la giurisprudenza della Corte non vi sono recenti pronunce.

3.10 L'*Union Economique et Monetaire Ouest Africaine* (UEMOA) appare assai simile alla CEMAC sia per storia, remota e recente, sia per disciplina ora in vigore, ivi compresa la previsione di una Unione economica e monetaria (esistente dal 1973)[81]. Anche l'UEMOA può essere definita come organizzazione di integrazione, la cui disciplina appare fortemente ispirata al modello comunitario europeo e, in tal senso, il Trattato che istituisce il Parlamento, dopo oltre dieci anni dalla sottoscrizione, è stato ratificato da tutti gli Stati membri e sembra stia per entrare in vigore, sostituendo il *temporaneo* Comitato Interparlamentare[82].

Nel periodo considerato l'attività normativa nell'ambito dell'UEMOA è apparsa relativamente ridotta, come spesso in Africa, per le ricorrenti crisi politiche che hanno colpito alcuni Stati membri. L'organo apicale, formato dalla Conferenza dei Capi di Stato e di governo, ha approvato alcuni *Actes Additionels,* fra i quali un certo rilievo assumono quelli relativi all'istituzione delle due nuove politiche comuni relative alla pace e sicurezza ed allo sviluppo culturale[83]. Sempre i Capi di Stato e di governo hanno approvato un ulteriore *Act Additionel* che prevede una revisione annuale delle riforme politiche, programmi e progetti comunitari al fine di definire una maggiore coerenza nei comportamenti degli Stati[84].

Il Consiglio dei ministri, nell'ambito dell'UEM, ha tenuto diverse riunioni ordinarie, dedicate all'approvazione di regolamenti in materia doganale e di

---

[78] Cfr. *Session Extraordinaire du Conseil des Ministres de l'Union Economique de l'Afrique centrale (UEAC). Communiqué Final*, Libreville, 19.5.2014.

[79] Cfr. *Déclaration de la Commission de la CEMAC sur la situation en République Centroafricaine*, Douala, 8.1.2014.

[80]Cfr. *Comité ad hoc des Ministres de la securité et de l'emi-immigration. Communiqué final*, Libreville, 20.11.2013. Va detto che alcuni Stati non sembrano intenzionati a garantire la libera circolazione delle persone, decisa nella Conferenza Straordinaria dei Capi di Stato del giugno 2013, a partire dal 1.1.2014.

[81] Cfr. *Traité modifié de l'Union Economique et Monetaire Ouest Africaine*, Dakar, 11.1.1994/ Dakar 29.1.2003; *Protocole Additionnel n°1 relatif aux organes de contrôle de l'UEMOA,* 1996 ; *Règlement n° 1/96/CM portant Réglement des procédures de la Cour de Justice de l'UEMOA.*Gli Stati Membri, tutti aderenti anche all'ECOWAS, sono Benin, Burkina Faso, Costa d'Avorio, Guinea Bissau, Mali, Niger, Senegal, Togo.

[82] Cfr. *Traité portant la création du Parlement de l'UEMOA*, Dakar, 29.1.2003 e *Resolution N°2/CIP/2014 relative a la mise en place du Parlament de l'UEMOA*, Bamako, 3.3.2014. Ovviamente per l'UEMOA e per la CEMAC la comparazione con l'esperienza europea deve essere di carattere diacronico e le similitudini appaiono più evidenti con l'originario Trattato di Roma piuttosto che con l'attuale Trattato di Lisbona.

[83] Cfr. *Acte additionnel N° 04/2013/CCEG/UEMOA instituant la politique commune de l'UEMOA dans le domaine de la paix et de la sécurité,* Dakar, 24.10.2013 e *Acte additionnel N° 06/2013/CCEG/UEMOA portanti institution de la politique commune de developpement culturel au sein de l'UEMOA*, Dakar, 24.10.2013.

[84] Cfr. *Acte additionnel N° 05/2013/CCEG/UEMOA portanti institution d'une revue annuelle des reformes, politiques, programmes et projets communitaire au sein de l'UEMOA*, Dakar, 24.10.2013

bilancio[85] e di decisioni di "riordino" dei programmi pluriennali dei convergenza, stabilità, crescita e solidarietà relative ai singoli Stati membri[86]. Il Consiglio dei Ministri ha altresì operato con riguardo a materie estremamente eterogenee (penale, infrastrutture, istituzionale, etc.)[87].

Per quanto riguarda il *Comité Interparlementaire,* in vista dell'entrata in vigore del trattato istitutivo del Parlamento, sono state tenute due Sessioni ordinarie (32° e 33°); in particolare nella 33° sessione si è auspicata la rapida costituzione del nuovo parlamento[88], mentre la successiva sessione straordinaria è stata dedicata ai processi elettorali negli Stati membri[89]. Infine, per quanto riguarda la Corte di giustizia non vi è stata alcuna pronuncia dal dicembre del 2012.

3.11 Per quanto concerne le organizzazioni *minori,* con una più ristretta base associativa, nel periodo considerato l'organizzazione di concertazione del *Conseil de l'Entente* ha tenuto il *Sommet ordinaire* ove, come tradizione, si è confermata la volontà di cooperazione fra gli Stati membri e, oltre a considerazioni di carattere politico, si sono affrontati alcuni problemi di natura prevalentemente tecnico-funzionale[90]. Per quanto riguarda la MRU[91], organizzazione di cooperazione sorta negli anni Settanta su iniziativa delle Nazioni Unite, si è tenuto il 23° Summit dei Capi di Stato e di governo ove, come tradizione nel regionalismo africano, si è preso atto delle difficoltà, confermata la volontà di cooperazione e ribadita la necessità di un rilancio dell'Organizzazione con l'assistenza dei Paesi industrializzati[92]. Infine,

---

[85] Cfr. *Communiqué de presse de la reunion ordinaire du Conseil des ministres de l'Union*, Abidjan, 22.3.2013, dedicato soprattutto a problematiche di politica economica. In tale occasione sono stati approvati, fra l'altro, *Règlement n° 01/2013/CM/UEMOA portant modification de l'annexe du reglement N° 08/2007/CM/UEMOA du 4.4.2007 portant l'adoption de la nomenclature tarifaire et statistique du Tarif Exterieur Commun,* Abjdian, 22.3.2013 e *Règlement n° 02/2013/CM/UEMOA portant modification du Règlement N° 07/2012/CM/UEMOA du 27.11.2012 portant adoption du budget de l'UEMOA au titre de l'exercise 2013*, Abjdian, 22.3.2013.

[86] A titolo di esempio, per il Senegal cfr. *Decision N° 01/2013/CM/UEMOA relative au Programme pluriannuel de convergence, de stabilitè, de croissance et de solidarieté, reamenage, de la Republique du Senegal au titre de la periode 2013-2017*, Abjdian, 22.3.2013.

[87] Cfr. *Communiqué de presse de la reunion ordinaire du Conseil des ministres de l'Union*, Dakar, 28.6.2013 ove, fra l'altro, è stata approvata una legge uniforme in materia di usura ed il Codice etico e deontologico per i membri delle istituzioni dell'UEMOA. Cfr. altresì *Communiqué de presse de la reunion ordinaire du Conseil des ministres de l'Union*, Yamassoukro, 27.3.2014 ove, oltre ai provvedimenti nell'ambito dell'UEM, sono stati approvati un regolamento in materia di artigianato ed una direttiva in materia di infrastrutture ferroviarie.

[88] Cfr. *Resolution N°002/CIP/2014 relative à la mise en place du Parlament de l'UEMOA*, Bamako, 3.3.2014. Nella stessa occasione sono state approvate la *Resolution N°003/CIP/2014 relative à l'observation des élections dans l'espace UEMOA*, Bamako, 3.3.2014 e *Resolution N°004/CIP/2014 relative à la promotion du genre*, Bamako, 3.3.2014.

[89] Cfr. *Recomandation N°003/CIP/2014 sur la contribution de l'harmonisation des principes généraux des processus électoraux à l'intégration sous-régionale*, Lomé, 9.5.2014 e *Recomandation N°004/CIP/2014 Sur les principes généraux des processus électoraux d'harmonisation des systèmes électoraux dans les Etats de l'UEMOA*, Lomé, 9.5.2014.

[90] Il Summit si è concluso con il *Communiqué final de la 2ème Session de la Conférence des Chefs d'Etat et de gouvernement du Conseil de l'Entente*, Niamey, 17.12.2013 e ha fra l'altro espresso considerazioni di ordine politico anche in relazione all'intervento francese in Mali.

[91] *Mano River Union Declaration establishing the Mano River Union between Liberia and Sierra Leone*, Malema, 3.10.1973. Nel 1980 vi è stata l'adesione della Guinea e nel 2008 della Costa d'Avorio

[92] Cfr. *Communiqué Final du 23ème Sommet des Chefs d'Etat et de Gouvernement de l'Union du Fleuve Mano*, Conakry, 4.5.2014.

con riguardo alla *Commission de l'Ocean Indien* (COI)[93], organizzazione di cooperazione degli Stati insulari dell'Oceano indiano, si è tenuto il 29° Consiglio dei Ministri in preparazione del prossimo IV Summit dei Capi di Stato e di governo. In tale occasione, sono state affrontate diverse tematiche relative alle specificità della cooperazione allo sviluppo collegate all'insularità dei suoi Stati membri (trasporti, pesca, biodiversità, sviluppo economico, etc.)[94]. Sono state affrontate anche questioni politiche, come la rappresentanza di Mayotte, nonché la possibilità di un cambiamento del nome dell'organizzazione e di nuove adesioni[95].

4. In conclusione, il regionalismo nell'Africa Sub-Sahariana si realizza in una molteplicità di iniziative labirintiche fra loro concorrenti. Pertanto, i risultati appaiono spesso fragili e contraddittori anche in ragione della nota *overlapping membership.* Tuttavia, in un continente particolarmente problematico, scosso da problemi politici e di sicurezza, può cogliersi la presenza di alcune organizzazioni con una partecipazione soggettiva ristretta che operano attivamente ai fini del rafforzamento del processo di integrazione.

PIERO PENNETTA

---

[93] *Accord Général de Coopération entre les Etats members de la Commission de l'Océan Indien*, Port Louis, 21.12.1982/ Victoria, 10.1.1984. Vi aderiscono Comore, Madagascar, Mauritius, Francia (per Réunion) Seychelles .

[94] La COI mantiene da oltre 25 anni una partnership con l'Unione europea, in particolare con una cooperazione allo sviluppo realizzata attraverso il FES.

[95] Stranamente il sito ufficiale della COI non riporta, come tradizione, il testo del Comunicato finale della 29° Riunione del Consiglio dei Ministri, onde qui il riferimento solo a notizie di stampa.

I COLLABORATORI DEL PRESENTE FASCICOLO

Per la sezione *Articoli e Saggi*:

UMBERTO LEANZA – Già Professore ordinario di Diritto internazionale – Università degli Studi di Roma "Tor Vergata". Vicepresidente SIOI.

FRANCESCA GRAZIANI – Professore associato di Diritto internazionale – Seconda Università degli Studi di Napoli.

Per la sezione *Osservatorio Diritti Umani*:

MARCELLA FERRI – Assegnista di Ricerca in Diritto internazionale – Università degli Studi di Bergamo.

Per la sezione *Osservatorio Europeo*:

ANDREA GRATTERI – Ricercatore confermato di Diritto pubblico comparato – Università degli Studi di Teramo.

ALFREDO RIZZO – Già *Jean Monnet Chair* – Università per stranieri di Perugia. Docente di Diritto dell'Unione Europea – Università degli Studi della Calabria.

Per la sezione *Attività delle Organizzazioni internazionali*:

MARIA VITTORIA ZECCA – Dottore di Ricerca in Diritto internazionale e dell'Unione Europea – Università degli Studi di Bari "Aldo Moro".

ROBERTO CISOTTA – Dottore di Ricerca in Diritto dell'Unione Europea – Università degli Studi di Trieste. Già referendario presso il Tribunale dell'Unione Europea.

PIERO PENNETTA – Professore ordinario di Diritto internazionale – Università degli Studi di Salerno.

Alla redazione del presente fascicolo ha collaborato il Professor Ivan Ingravallo.