

SIDIBlog^{quaderni di}

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

Volume 8 • 2021

ISSN 2465-0927

Le sfide sempre nuove della tutela internazionale ed europea dei diritti umani •
La situazione israello-palestinese tra diritto internazionale e ruolo dell'Unione europea •
Diritto delle migrazioni • Cooperazione giudiziaria europea in materia penale •
Dati e mercato digitale dell'Unione europea • Le sanzioni oggi. Legalità, efficacia
e implicazioni sistemiche nel diritto internazionale e dell'Unione europea •
Adattamento del diritto internazionale al diritto interno •
L'attualità del pensiero giuridico di Antonio Cassese •
Cinema e diritto internazionale

editoriale scientifica

DIRETTORE RESPONSABILE

PASQUALE DE SENA (UNIVERSITÀ DI PALERMO)

CONSIGLIO SCIENTIFICO

GIOVANNA ADINOLFI (UNIVERSITÀ DI MILANO)
MAURIZIO ARCARI (UNIVERSITÀ DI MILANO - BICOCCA)
MARIANO AZNAR GÓMEZ (UNIVERSITAT JAUME I, CASTELLÓN)
FRANCESCO BESTAGNO (UNIVERSITÀ CATTOLICA DEL SACRO CUORE)
MARINA CASTELLANETA (UNIVERSITÀ DI BARI)
EMANUEL CASTELLARIN (UNIVERSITÀ DI STRASBURGO)
GIUSEPPE CATALDI (UNIVERSITÀ DI NAPOLI "L'ORIENTALE")
ANGELA DI STASI (UNIVERSITÀ DI SALERNO)
SERENA FORLATI (UNIVERSITÀ DI FERRARA)
MARCO GESTRI (UNIVERSITÀ DI MODENA E REGGIO EMILIA)
LORENZO GRADONI (MAX PLANCK INSTITUT LUXEMBOURG)
ALESSANDRA GIANELLI (UNIVERSITÀ DI TERAMO)
EDOARDO GREPPI (UNIVERSITÀ DI TORINO)
PETER HILPOLD (UNIVERSITÀ DI INNSBRUCK)
IVAN INGRAVALLO (UNIVERSITÀ DI BARI)
FRANCESCO MUNARI (UNIVERSITÀ DI GENOVA)
GIUSEPPE NESI (UNIVERSITÀ DI TRENTO)
PAOLO PALCHETTI (UNIVERSITÀ PARIS I)
GIUSEPPE PALMISANO (UNIVERSITÀ DI ROMA TRE)
MARCO PEDRAZZI (UNIVERSITÀ DI MILANO)
LAURA PINESCHI (UNIVERSITÀ DI PARMA)
RICCARDO PISILLO MAZZESCHI (UNIVERSITÀ DI SIENA)
PIETRO PUSTORINO (LUISS)
ILARIA QUEIROLO (UNIVERSITÀ DI GENOVA)
MARCO ROSCINI (UNIVERSITÀ DI WESTMINSTER, REGNO UNITO)
LUCIA SERENA ROSSI (UNIVERSITÀ DI BOLOGNA)
GIULIA ROSSOLILLO (UNIVERSITÀ DI PAVIA)
CARLO SANTULLI (UNIVERSITÀ PARIS II)
ROSARIO SAPIENZA (UNIVERSITÀ DI CATANIA)
MASSIMO STARITA (UNIVERSITÀ DI PALERMO)
ANTONELLO TANCREDI (UNIVERSITÀ DI MILANO - BICOCCA)
ATTILA TANZI (UNIVERSITÀ DI BOLOGNA)
SELINE TREVISANUT (UNIVERSITÀ DI UTRECHT)
INGO VENTZKE (AMSTERDAM CENTER FOR INTERNATIONAL LAW)
ILARIA VIARENGO (UNIVERSITÀ DI MILANO)
FRANCESCA CLARA VILLATA (UNIVERSITÀ DI MILANO)
SALVO ZAPPALÀ (UNIVERSITÀ DI CATANIA)
GIOVANNI ZARRA (UNIVERSITÀ DI NAPOLI FEDERICO II)

REDAZIONE

LORENZO ACCONCIAMESSA (UNIVERSITÀ DI PALERMO E PARIS I)
GIACOMO BIAGIONI (UNIVERSITÀ DI CAGLIARI)
GIUSEPPE BIANCO (BANCA D'ITALIA)
MARTINA BUSCEMI (UNIVERSITÀ DI MILANO)
FEDERICO CASOLARI (UNIVERSITÀ DI BOLOGNA)
FRANCESCO COSTAMAGNA (UNIVERSITÀ DI TORINO)
FILIPPO CROCI (UNIVERSITÀ DI MILANO)
ESTER DI NAPOLI (UNIVERSITÀ LUMSA)
ORNELLA FERACI (UNIVERSITÀ DI SIENA)
MAURO GATTI (UNIVERSITÀ DI BOLOGNA)
NICOLE LAZZERINI (UNIVERSITÀ DI FIRENZE)
OLIVIA LOPES PEGNA (UNIVERSITÀ DI FIRENZE)
DIEGO MAURI (UNIVERSITÀ DI FIRENZE)
ALICE OLLINO (UNIVERSITÀ DI MILANO - BICOCCA)
GIUSEPPE PASCALE (UNIVERSITÀ DI TRIESTE)
LUCA PASQUET (UNIVERSITÀ DI UTRECHT)
FRANCESCO PESCE (UNIVERSITÀ DI GENOVA)
CESARE PITEA (UNIVERSITÀ DI MILANO)
ALICE RICCARDI (UNIVERSITÀ DI ROMA TRE)
PIERFRANCESCO ROSSI (UNIVERSITÀ DI TERMO)
ANDREA SPAGNOLO (UNIVERSITÀ DI TORINO)
ENZAMARIA TRAMONTANA (UNIVERSITÀ DI PALERMO)
SUSANNA VILLANI (UNIVERSITÀ DI BOLOGNA)
DANIELA VITIELLO (UNIVERSITÀ DELLA TUSCIA)
GIOVANNI ZARRA (UNIVERSITÀ DI NAPOLI FEDERICO II)

REFEREES

JACOPO ALBERTI (UNIVERSITÀ DI FERRARA); ILARIA ANRÒ (UNIVERSITÀ DI MILANO); DANIELE AMOROSO (UNIVERSITÀ DI CAGLIARI); ALESSANDRA ANNONI (UNIVERSITÀ DI FERRARA); GIULIO BARTOLINI (UNIVERSITÀ DI ROMA TRE); BEATRICE BONAFÈ (UNIVERSITÀ DI ROMA LA SAPIENZA); LEONARDO BORLINI (UNIVERSITÀ BOCCONI, MILANO); ALESSANDRO BUFALINI (UNIVERSITÀ DELLA TUSCIA); MARTINA BUSCEMI (UNIVERSITÀ DI MILANO); ANDREA CALIGIURI (UNIVERSITÀ DI MACERATA); ANDREA CARCANO (UNIVERSITÀ DI MODENA E REGGIO EMILIA); CHIARA CELLERINO (UNIVERSITÀ DI GENOVA); EMANUELE CIMIOTTA (UNIVERSITÀ DI ROMA LA SAPIENZA); ADELE DEL GUERCIO (UNIVERSITÀ "L'ORIENTALE", NAPOLI); CLAUDIO DORDI (UNIVERSITÀ BOCCONI, MILANO); ZENO CRESPI REGHIZZI (UNIVERSITÀ DI MILANO); SARA DE VIDO (UNIVERSITÀ CA' FOSCARI, VENEZIA); FRANCESCA DE VITTOR (UNIVERSITÀ CATTOLICA DEL SACRO CUORE); GABRIELE DELLA MORTE (UNIVERSITÀ CATTOLICA DEL SACRO CUORE); SAVERIO DI BENEDETTO (UNIVERSITÀ DEL SALENTO); ADRIANA DI STEFANO (UNIVERSITÀ DI CATANIA); CHIARA FAVILLI (UNIVERSITÀ DI FIRENZE); SERENA FORLATI (UNIVERSITÀ DI FERRARA); MICAELA FRULLI (UNIVERSITÀ DI FIRENZE); MARIA GIULIA GIUFFRÈ (UNIVERSITÀ DI EDGE HILL, REGNO UNITO); VALENTINA GRADO (UNIVERSITÀ "L'ORIENTALE", NAPOLI); LORENZO GRADONI

(MAX PLANCK INSTITUTE LUXEMBOURG); ALESSANDRA LANG (UNIVERSITÀ DI MILANO); ANNA LIGUORI (UNIVERSITÀ “L’ORIENTALE”, NAPOLI); MARCO LONGOBARDO (UNIVERSITÀ DI WESTMINSTER, REGNO UNITO); LAURA MAGI (UNIVERSITÀ DI FIRENZE); MARINA MANCINI (UNIVERSITÀ MEDITERRANEA DI REGGIO CALABRIA); LORIS MAROTTI (UNIVERSITÀ DI NAPOLI “FEDERICO II”); MARIA ROSARIA MAURO (UNIVERSITÀ DEL MOLISE); LORENZA MOLA (UNIVERSITÀ DI TORINO); STEFANO MONTALDO (UNIVERSITÀ DI TORINO); EGERIA NALIN (UNIVERSITÀ DI BARI, “ALDO MORO”); NICOLA NAPOLETANO (“UNITELMA” SAPIENZA, ROMA); RAFFAELLA NIGRO (UNIVERSITÀ DELLA MAGNA GRECIA, CATANZARO); MICHELE NINO (UNIVERSITÀ DI SALERNO); CRISEIDE NOVI (UNIVERSITÀ DI FOGGIA); ALBERTO ODDENINO (UNIVERSITÀ DI TORINO); MARIA IRENE PAPA (UNIVERSITÀ DI ROMA, “LA SAPIENZA”); FRANCESCO PESCE (UNIVERSITÀ DI GENOVA); MARCO PERTILE (UNIVERSITÀ DI TRENTO); PASQUALE PIRRONE (UNIVERSITÀ DI CATANIA); LUDOVICA POLI (UNIVERSITÀ DI TORINO); CONCETTA MARIA PONTECORVO (UNIVERSITÀ DI NAPOLI “FEDERICO II”); GIUSEPPE PUMA (UNIVERSITÀ “LUMSA”, PALERMO); CHIARA RAGNI (UNIVERSITÀ DI MILANO); FRANCESCA ROMANIN JACUR (UNIVERSITÀ DI BRESCIA); DEBORAH RUSSO (UNIVERSITÀ DI FIRENZE); ANDREA SACCUCCI (UNIVERSITÀ DELLA CAMPANIA “LUIGI VANVITELLI”); LAURA SALVADEGO (UNIVERSITÀ DI MACERATA); EMANUELE GIUSEPPE SOMMARIO (SCUOLA SUPERIORE S. ANNA, PISA); MIRKO SOSSAI (UNIVERSITÀ DI ROMA TRE); LORENZO SCHIANO DI PEPE (UNIVERSITÀ DI GENOVA); ANDREA SPAGNOLO (UNIVERSITÀ DI TORINO); ALFREDO TERRASI (UNIVERSITÀ DI PALERMO); PAOLO VENTURI (UNIVERSITÀ DI SIENA); FEDERICA VIOLI (UNIVERSITÀ DI ROTTERDAM); ANNA VITERBO (UNIVERSITÀ DI TORINO); MARIA CHIARA VITUCCI (UNIVERSITÀ DELLA CAMPANIA “LUIGI VANVITELLI”); ENRICO ZAMUNER (UNIVERSITÀ DI PADOVA); FLAVIA ZORZI GIUSTINIANI (UNIVERSITÀ TELEMATICA INTERNAZIONALE UNINETTUNO).

COMITATO EDITORIALE EDIZIONE 2021

GIACOMO BIAGIONI
FRANCESCO COSTAMAGNA
FILIPPO CROCI
ORNELLA FERACI
MAURO GATTI
NICOLE LAZZERINI
DIEGO MAURI
ALICE OLLINO
PIERFRANCESCO ROSSI
ENZAMARIA TRAMONTANA
DANIELA VITIELLO

GRUPPO DI COORDINAMENTO EDIZIONE 2021

GIACOMO BIAGIONI
FILIPPO CROCI
PIERFRANCESCO ROSSI
ENZAMARIA TRAMONTANA

QUADERNI DI SIDIBLOG

Introduzione

9

SEZIONE I

Le sfide sempre nuove della tutela internazionale ed europea dei diritti umani

«CERCO UNA PAROLA COME KODAK» - SULL'ORIGINE E L'USO DEL
TERMINE «GENOCIDIO»

Gabriele Della Morte 15

LE VIOLAZIONI DEI DIRITTI UMANI NELLO XINJIANG: TRA LA
REAZIONE DELLA CINA E IL LENTO RISVEGLIO DELLA COMUNITÀ
INTERNAZIONALE

Francesca Capone 23

IL COMITATO SUI DIRITTI DEL FANCIULLO SI PRONUNCIA IN MER-
RITO AL CAMBIAMENTO CLIMATICO: PUNTI DI FORZA E CRITICI-
TÀ DELLA DECISIONE *SACCHI E ALTRI C. ARGENTINA E ALTRI*

Mariangela La Manna 33

LA PREVISTA CENSURA DELL'ERGASTOLO OSTATIVO NON ANDRÀ
IN ONDA: AL SUO POSTO, «UN INVITO AL LEGISLATORE»

Diego Mauri 49

IL "CAMBIO DI PELLE" DELLA CONSULTA: LA CORTE COSTITU-
ZIONALE FRA DIRITTI FONDAMENTALI E GARANZIA DEI PRINCI-
PI EUROPEI ALLA LUCE DELLE ORDINANZE NN. 216 E 217 DEL 2021

Samuele Barbieri 65

SEZIONE II

La situazione israelo-palestinese tra diritto internazionale e ruolo dell'Unione europea

L'OPERAZIONE MILITARE ISRAELIANA 'GUARDIANO DELLE MURA'
ALLA LUCE DEL DIRITTO INTERNAZIONALE: L'EROSIONE DELLE
PROTEZIONI GIURIDICHE FONDAMENTALI DELLA POPOLAZIONE
CIVILE E L'INDAGINE DELLA CORTE PENALE INTERNAZIONALE

Luigi Daniele e Triestino Mariniello 91

THE EU'S STATEMENTS ABOUT THE ISRAEL-PALESTINE «11-DAYS
CRISIS»: ON THE SIDE OF THE OPPRESSOR

Mauro Gatti 117

SEZIONE III

Diritto delle migrazioni

LA SITUAZIONE A CEUTA COME ESEMPIO DI DIPLOMAZIA DI FRONTIERA. ALCUNE OSSERVAZIONI SULLE RISPOSTE UNILATERALI DEL MAROCCO IN FORMA DI CRISI MIGRATORIA NEL MAGGIO 2021

Eleonora Frasca 133

LA CRISI UMANITARIA DI CEUTA DEL MAGGIO 2021 NEL QUADRO DELL'ESTERNALIZZAZIONE DELLE FRONTIERE IN MAROCCO E I DIRITTI 'INVISIBILI' AL CONFINE ISPANO-MAROCCHINO

Anna Fazzini 145

LA CORTE DI GIUSTIZIA DICHIARA L'UNGHERIA INADEMPIENTE PER LA LEGISLAZIONE «STOP SOROS»: MA È DAVVERO L'UNICA RESPONSABILE?

Chiara Scissa 163

L'ESTENSIONE AL FIGLIO MINORE DELLO STATUS DI RIFUGIATO A TITOLO DERIVATO: LA CORTE DI GIUSTIZIA UE SANCISCE IL TRIONFO DELLA «LOGICA DELLA PROTEZIONE INTERNAZIONALE» A TUTELA DELL'UNITÀ DEL NUCLEO FAMILIARE

Cristina Milano 175

SEZIONE IV

Cooperazione giudiziaria europea in materia penale

LA SENTENZA *GOVERNOR OF CLOVERHILL PRISON* DELLA CORTE DI GIUSTIZIA UE E LA SCELTA DELLE BASI GIURIDICHE PER GLI ACCORDI CON IL REGNO UNITO IN MATERIA DI BREXIT

Alessandro Rosanò 191

WAITING FOR THE WALLS OF JERICHO TO FALL: FAITH, TRUST, AND THE EUROPEAN ARREST WARRANT SYSTEM IN LIGHT OF A RECENT IRISH PRELIMINARY REFERENCE

Alessandro Rosanò 205

SEZIONE V

Dati e mercato digitale dell'Unione europea

DIGITAL SERVICES ACT E *DIGITAL MARKETS ACT* TRA RESPONSABILITÀ DEI FORNITORI E RISCHI DI *BIS IN IDEM*

Gianpaolo Maria Ruotolo 221

LA SENTENZA *H.K. C. PROKURATUUR* E IL DIFFICILE DIALOGO TRA CGUE E STATI MEMBRI IN MATERIA DI CONSERVAZIONE E ACCESSO AI METADATI PER FINALITÀ SECURITARIE: SPUNTI DI RIFLESSIONE SU UNA QUESTIONE VECCHIA MA ANCORA IRRISOLTA

Giulia Formici 231

SEZIONE VI**Le sanzioni oggi. Legalità, efficacia e implicazioni sistemiche nel diritto internazionale e dell'Unione europea**

SANZIONI E SISTEMA INTERNAZIONALE CONTEMPORANEO: UN'INTRODUZIONE	
Beatrice Bonafè	259
IL RICORSO ALLE SANZIONI NELLA PARABOLA DI ASCESA E DECLINO DELL'ORDINE INTERNAZIONALE LIBERALE	
Alessandro Colombo	267
LE SANZIONI UNILATERALI DAVANTI ALLA CORTE INTERNAZIONALE DI GIUSTIZIA	
Serena Forlati	279
IL PROBLEMA DELL'EXTRATERRITORIALITÀ DELLE SANZIONI	
Stefano Silingardi	289
LE SANZIONI INTERNAZIONALI TRA TEORIA ECONOMICA ED EVIDENZA EMPIRICA	
Giuseppe De Arcangelis	299
WHY AND HOW DO REGIONAL ORGANIZATIONS IMPOSE SANCTIONS ON THEIR MEMBER STATES? A COMPARATIVE APPROACH	
Mirko Sossai	307
LE MISURE RESTRITTIVE DAVANTI ALLA CORTE DI GIUSTIZIA DELL'UNIONE EUROPEA	
Alberto Miglio	317

SEZIONE VII**Adattamento del diritto internazionale al diritto interno**

ADATTAMENTO DEL DIRITTO INTERNAZIONALE AL DIRITTO INTERNO: INTRODUZIONE AL FORUM	
Lorenzo Gradoni e Diego Mauri	333
LO STRANO CASO DELL'ADATTAMENTO A ROVESCIO: IL DIRITTO INTERNO COME STRUMENTO DI "QUALIFICAZIONE" DI NORME INTERNAZIONALI E LA COSA DELLA PALUDE	
Gianpaolo Maria Ruotolo	335
L'INVOCABILITÀ DEI PRINCIPI COSTITUZIONALI SUPREMI COME CAUSA DI ESCLUSIONE DELL'ILLECITO INTERNAZIONALE: UNA QUESTIONE ANCORA APERTA	
Lorenzo Acconciamezza	347
ADATTAMENTO 'A ROVESCIO' E OBBLIGHI A REALIZZAZIONE PROGRESSIVA: UNA (POSSIBILE) LETTURA	
Laura Magi	371

SEZIONE VIII**L'attualità del pensiero giuridico di Antonio Cassese**

L'ATTUALITÀ DEL PENSIERO GIURIDICO DI ANTONIO CASSESE. INTRODUZIONE ALLA SEZIONE DEDICATA	
Micaela Frulli	383
LA POSTURA DELL'ANTONIO CASSESE «UMANITARISTA» DI FRONTE ALLE ATROCITÀ DEI CONFLITTI ARMATI	
Diego Mauri	387
IL RUOLO DELLE COMMISSIONI AFFARI ESTERI DEL PARLAMENTO ITALIANO. A QUARANT'ANNI DA UNA RICERCA CONDOTTA DA ANTONIO CASSESE	
Matteo Giannelli	401
UN FORMALISMO SOSTANZIALE. ALCUNE RIFLESSIONI SU SCIENZA GIURIDICA E FASCISMO A PARTIRE DA IL DIRITTO INTERNAZIONALE IN ITALIA DI ANTONIO CASSESE	
Stefano Malpassi	413
ANTONIO CASSESE E L'EFFETTIVITÀ DEL DIRITTO: NESSUNA GIUSTIZIA SENZA RIPARAZIONI PER LE VITTIME DI CRIMINI SESSUALI	
Francesca Cerulli	425
IL RUOLO DEL GIUDICE INTERNAZIONALE E LA RILEVANZA DELLA TECNICA DEL BILANCIAMENTO NEL PENSIERO E NELLA PRATICA DI CASSESE	
Lorenzo Acconciamesa	445

SEZIONE IX**Cinema e diritto internazionale**

<i>CINEFORUM NON CONVENIENS</i> - QUALE DIRITTO INTERNAZIONALE CERCARE NEL CINEMA E QUALE NO	
Lorenzo Gradoni	463
SI PUÒ DAVVERO ESSERE PAZIENTI CON IL DIRITTO INTERNAZIONALE? UNA RECENSIONE AL FILM <i>BROKEN – A PALESTINIAN JOURNEY THROUGH INTERNATIONAL LAW</i>	
Marco Pertile	481

Introduzione

1. La nuova edizione (2021) di *Quaderni di SIDIBlog*, nel mentre si pone in linea di continuità con la rinnovata veste editoriale e struttura organizzativa inaugurata dalla precedente edizione, proietta l'immagine di uno scenario post-pandemico, nel quale la riflessione giuridica torna ad articolarsi anche intorno a tematiche che rappresentano altrettante sfide ricorrenti del tempo presente. All'interno di queste tematiche i contributi qui raccolti individuano e analizzano profili ricavabili dalla prassi recente, che considerano la dimensione globale e regionale dei valori e dei fenomeni giuridici nel loro intersecarsi con le esigenze e le spinte degli ordinamenti interni. La prospettiva adottata nel Volume si muove dunque in una logica che si può definire di cerchi concentrici. Infatti, muovendo in particolare dalla prospettiva generale della tutela internazionale ed europea dei diritti umani e delle difficoltà connesse a una loro piena attuazione, ne vengono esaminati profili di tensione che coprono ambiti di volta in volta più specifici dal punto di vista materiale.

Così, la Sezione I affronta una serie di problemi collegati alla definizione dell'oggetto della protezione dei diritti fondamentali e ai meccanismi di tutela degli stessi nel rapporto tra ordinamento internazionale, sistemi regionali di controllo e ordinamenti interni. La Sezione II si concentra sul profilo della tutela dei diritti dell'uomo nel contesto del conflitto israelo-palestinese, anche alla luce del coinvolgimento di altri attori internazionali. La Sezione III riguarda aspetti connessi al diritto delle migrazioni e alla tutela delle diverse categorie di migranti, nel quadro della disciplina dell'Unione europea e delle relazioni di quest'ultima con Stati terzi. La Sezione IV esamina un distinto aspetto dello Spazio di libertà, sicurezza e giustizia dell'Unione europea, e precisamente la cooperazione giudiziaria penale, nel cui quadro vengono sottoposte ad analisi critica talune questioni relative all'attuazione del meccanismo del mandato di arresto europeo. La Sezione V ha ad oggetto il tema della protezione dei dati nel mercato digitale europeo, in un'ottica di bilanciamento tra efficiente funzionamento di tale mercato e garanzia delle prerogative individuali.

Questa edizione è altresì arricchita dalla presenza di quattro sezioni "speciali", nelle quali sono raccolti scritti che costituiscono il frutto di iniziative diverse riguardanti argomenti di respiro generale, la cui persistente attualità è dimostrata dagli sviluppi quotidiani della realtà geopolitica internazionale. Ciò risulta particolarmente evidente per la Sezione VI, dedicata al quadro giuridico e all'efficacia delle c.d. sanzioni adottate in via unilaterale dagli Stati oppure dalle organizzazioni internazionali. La Sezione VII tratta il tema dell'adattamento del diritto interna-

zionale al diritto interno e dunque dell'impatto che quest'ultimo può avere sulla definizione dell'oggetto degli obblighi internazionali e delle modalità della loro esecuzione. La Sezione VIII comprende una serie di contributi che rivisitano il pensiero giuridico di Antonio Cassese e la sua attualità, prendendo le mosse da varie opere dello stesso Autore. Da ultimo, la Sezione IX esamina, attraverso l'analisi del documentario *Broken*, la capacità del cinema di porsi come un veicolo per la conoscenza e la riflessione sul diritto internazionale.

2. La Sezione "Le sfide sempre nuove della tutela internazionale ed europea dei diritti umani" riunisce contributi che esaminano i principi in materia di protezione delle libertà fondamentali dal punto di vista sia nel loro concreto articolarsi all'interno dell'ordinamento internazionale, sia nelle loro ricadute rispetto all'ordinamento italiano. Sul primo versante, vengono trattati, accanto al tema, di portata generale, della definizione della categoria giuridica di genocidio (G. Della Morte), anche specifiche fattispecie di violazione dei diritti fondamentali, quali la persecuzione della minoranza uigura nello Xinjiang e le possibili reazioni della comunità internazionale (F. Capone) o gli spazi per una tutela dei diritti individuali rispetto ai rischi derivanti dal cambiamento climatico alla luce della prassi del Comitato dei diritti del fanciullo (M. La Manna). Sul secondo versante, i contributi esaminano taluni approdi recenti della giurisprudenza costituzionale rispetto alla sua capacità di recepire gli standard di tutela dei diritti fondamentali richiesti dalle norme internazionali, come accade rispetto al divieto di trattamenti inumani e degradanti di cui all'art. 3 CEDU (D. Mauri) o, più in generale, i principi ricavabili dalla Carta UE dei diritti fondamentali (S. Barbieri).

3. Nella Sezione "La situazione israelo-palestinese tra diritto internazionale e ruolo dell'Unione europea" le tensioni di uno specifico scenario geo-politico sul piano della tutela dei diritti umani vengono indagate attraverso una duplice chiave di lettura: per un verso, l'individuazione di violazioni del diritto internazionale umanitario perpetrate nel corso dell'operazione israeliana "Guardiano delle mura" e il possibile ruolo della Corte penale internazionale (L. Daniele, T. Mariniello); per altro verso, le perplessità suscitate dall'approccio dell'Unione europea, apparentemente incompatibile con il suo ruolo di promotrice di valori connessi alla tutela dei diritti fondamentali (M. Gatti).

4. Vari profili problematici vengono analizzati nella Sezione di "Diritto delle migrazioni": due dei contributi ruotano intorno alle vicende legate alla crisi umanitaria di Ceuta nel maggio 2021, rispetto alla quale vengono esaminati l'approccio del Marocco e la sua cooperazione con l'Unione europea ai fini di prevenzione dell'immigrazione irregolare (E. Frasca) e la pratica dei c.d. respingimenti a caldo, nell'ottica dell'esternalizzazione delle frontiere, vista attraverso le

lenti della giurisprudenza interna e internazionale (A. Fazzini). Gli altri due contributi affrontano in chiave critica recenti decisioni della Corte di giustizia dell'Unione europea in materia di protezione dei richiedenti asilo, segnalandone l'indebolimento in ragione dei meccanismi eccessivamente rigidi e non basati su valutazioni individualizzate nel sistema di protezione internazionale dell'Unione (C. Scissa), ma mettendone anche in luce la capacità di tener conto del principio dell'unità del nucleo familiare (C. Milano).

5. Ancora in relazione allo Spazio di libertà, sicurezza e giustizia dell'Unione europea, la Sezione "Cooperazione giudiziaria europea in materia penale" è interamente dedicata alla prassi recente relativa al sistema del mandato di arresto europeo, del quale vengono approfondite le modalità di applicazione conseguenti alla Brexit nei rapporti con l'Irlanda in ragione del particolare regime di *opt-in* di cui tale Stato membro beneficia e il necessario bilanciamento con le esigenze connesse alla protezione dei diritti fondamentali e, in particolare, al diritto a un tribunale precostituito per legge (A. Rosanò).

6. All'interno della Sezione "Dati e mercato digitale dell'Unione europea" sono raccolti due contributi che mettono in luce taluni aspetti della evoluzione in corso in questo settore: da un lato, viene esaminata la tematica della responsabilità dei fornitori per contenuti caricati dagli utenti e il rischio di una doppia sanzione in relazione alle proposte della Commissione europea di un Digital Services Act e di un Digital Markets Act (G.M. Ruotolo); dall'altro, il contemperamento di esigenze connesse alla prevenzione e alla lotta contro minacce alla sicurezza pubblica con la tutela del diritto alla vita privata e alla protezione dei dati (G. Formici).

7. La Sezione "Le sanzioni oggi. Legalità, efficacia e implicazioni sistemiche nel diritto internazionale e dell'Unione europea" trae origine dall'analogo incontro, svoltosi il 5 novembre 2021 presso l'Università di Roma - La Sapienza. I contributi, qui raccolti dal comitato scientifico organizzatore di tale incontro (Alessandro Bufalini, Martina Buscemi, Elena Carpanelli, Loris Marotti, Luca Pantaleo, Giuseppe Puma) e introdotti da B. Bonafé, trattano il tema delle sanzioni ad ampio raggio e dunque anche nel quadro delle relazioni internazionali (A. Colombo) e della loro analisi alla luce della teoria economica (G. De Arcangelis). Sul piano più strettamente giuridico i contributi si soffermano sulla capacità delle sanzioni di avere efficacia extraterritoriale (S. Silingardi), sul ruolo delle organizzazioni internazionali nella loro adozione (M. Sossai) e sulla prassi della Corte internazionale di giustizia (S. Forlati) e della Corte di giustizia dell'Unione europea (A. Miglio).

8. La Sezione "Adattamento del diritto internazionale al diritto interno" prende spunto dalla tavola rotonda virtuale tenutasi il 22 marzo 2021 sotto gli auspici del Gruppo di interesse SIDI su Diritto interno e diritto internazionale. Do-

po una breve introduzione (L. Gradoni, D. Mauri) i contributi si concentrano sulle modalità generali con cui il diritto interno può influire sulla applicazione delle norme internazionali (G.M. Ruotolo) e poi, più specificamente, su due possibili fattispecie riconducibili a tale fenomeno: l'individuazione di una causa di esclusione dell'illecito internazionale nella necessità di conformarsi a norme costituzionali interne (L. Acconciamezza) e l'attuazione degli obblighi internazionali a realizzazione progressiva (L. Magi).

9. La X edizione della *Antonio Cassese Lecture*, tenutasi presso l'Università degli Studi di Firenze il 22 ottobre 2021, è all'origine della Sezione "L'attualità del pensiero giuridico di Antonio Cassese". Di quest'ultimo Autore vengono riprese alcune tematiche, talvolta avviando la riflessione a partire da specifici scritti, come "Il diritto internazionale in Italia" (S. Malpassi), o ricerche dallo stesso curate, come quella su "Parlamento e politica estera. Il ruolo delle commissioni affari esteri" (M. Giannelli). Altri contributi analizzano su un piano trasversale il pensiero di Antonio Cassese rispetto al diritto internazionale umanitario e alle conseguenze dei conflitti armati (D. Mauri), alla necessità di garantire l'effettività della tutela dei diritti umani anche attraverso le opportune riparazioni (F. Cerulli) e all'uso della tecnica del bilanciamento dinanzi alle corti internazionali (L. Acconciamezza).

10. Da ultimo, la Sezione "Cinema e diritto internazionale" raccoglie due contributi che costituiscono il frutto di un'iniziativa organizzata dall'omonimo Gruppo di interesse SIDI in data 30 novembre 2020 e che prendono spunto, da prospettive diverse, dalla visione del documentario *Broken: A Palestinian Journey Through International Law* (2018) di Mohammed Alatar. Questo documentario è dedicato, com'è noto, al parere consultivo del 2004 della Corte internazionale di giustizia sulla liceità della costruzione di un muro in Palestina. In tale ottica viene dapprima tentata una elaborazione della metodologia interdisciplinare che dovrebbe guidare una soddisfacente utilizzazione del mezzo cinematografico in una logica idonea a sviluppare nuovi temi di indagine intorno al diritto internazionale, verificando le potenzialità implicite a tal fine in *Broken* (L. Gradoni) e dipoi viene offerta una lettura del documentario stesso che mira a far emergere gli interrogativi ai quali il regista ha inteso dar voce rispetto alle possibili risposte offerte dal diritto internazionale, ma anche la capacità di *Broken* di ricostruire il contesto interno alla Corte internazionale di giustizia nel quale l'elaborazione del parere consultivo è maturata (M. Pertile).

SEZIONE I

Le sfide sempre nuove della tutela internazionale ed europea dei diritti umani

«Cerco una parola come kodak» Sull'origine e l'uso del termine «genocidio»

GABRIELE DELLA MORTE*

SOMMARIO: 1. L'origine del termine. – 2. (*segue*) La sua diffusione. – 3. La definizione giuridica. – 4. (*segue*) I limiti di tale definizione. 5. La possibilità di evocarne la qualifica in senso extra-giuridico. – 6. *De jure condendo*: il genocidio nel contesto del conflitto in Ucraina.

ABSTRACT: Il termine coniato da Raphael Lemkin all'indomani della Seconda guerra mondiale per nominare gli eccidi dell'apparato nazista – *new conceptions requires new terms* – trasse ispirazione dalle riflessioni di George Eastman, imprenditore e pioniere della fotografia, per il marchio Kodak: «primo è breve, secondo non si presta ad errori di pronuncia, terzo non assomiglia a nulla e non può essere associato che alla Kodak». Sebbene sarebbero occorsi 50 anni per giungere alla prima condanna internazionale per il crimine di genocidio, il termine continua a esprimere una singolare unicità e rappresenta una parola-chiave nel dibattito contemporaneo, giuridico e non solo. Questo pone un problema di individuazione delle caratteristiche proprie della figura, specialmente con riferimento alla qualifica strettamente giuridica. Da ultimo, un'eco di tale complessità è rintracciabile nella controversia generata dinanzi alla Corte internazionale di giustizia per il ricorso improprio al termine, da parte della Federazione russa, al fine di giustificare l'aggressione dell'Ucraina.

PAROLE CHIAVE: genocidio – crimini internazionali – Corte internazionale di giustizia – Ucraina – *Metz Yeghern* – *Shoah*.

1. L'origine del termine

Quando Raphael Lemkin, giurista discendente da una famiglia di ebrei polacchi e infaticabile promotore della Convenzione per la prevenzione e la repressione del

* Professore ordinario di diritto internazionale, Università Cattolica di Milano, gabriele.dellamorte@unicatt.it.

genocidio del 1948, ricercava un nuovo lemma per nominare gli eccidi dell'apparato nazista, trasse ispirazione dalle riflessioni di George Eastman, inventore e pioniere della fotografia, per il marchio Kodak: «primo è breve, secondo non si presta ad errori di pronuncia, terzo non assomiglia a nulla e non può essere associato che alla Kodak»¹. Coniato originariamente in inglese, il neologismo fu il frutto della passione per la linguistica del suo inventore, tra le altre cose poliglotta. Risultò infatti dalla combinazione di due radici appartenenti a lingue antiche: *γένος*, dal greco, che rimanda all'idea di genere, stirpe o razza; ed *excidium*, dal latino, che rinvia all'idea di strage, di grande – da cui il rafforzativo *ex* – uccisione.

Tuttavia, prima di entrare nell'uso comune il termine «genocidio» fece la sua prima apparizione in una pubblicazione alla quale il medesimo Lemkin lavorò nel corso del secondo conflitto mondiale e che diede alle stampe verso la fine del 1944 negli Stati Uniti d'America. Si trattava di un imponente studio di quasi 700 pagine sui soprusi contenuti nelle leggi che la Germania aveva approvato nelle varie zone di occupazione². In esso si faceva tesoro di precedenti approfondimenti sugli eccidi di massa e si attribuiva al «crimine senza nome» – come lo aveva definito Churchill in un incontro con Roosevelt del 24 agosto 1941 – una denominazione³.

Nonostante il notevole sforzo compilativo, il volume di Lemkin non convinse un giurista coevo e attento come Hersch Lauterpacht, che lo ritenne «un documento storico erudito [ma non considerabile] correttamente, come un contributo al diritto»⁴. La storia gli avrebbe dato torto. Infatti, se da un lato sarebbero occorsi 50 anni per giungere alla prima condanna internazionale per il crimine di

¹ Così riporta S. POWER nel suo volume-inchiesta vincitore del premio Pulitzer, *Voci dall'Inferno – L'America e l'era del genocidio*, Milano, 2004, p. 75. Il termine è approfondito in una bibliografia sterminata che sarebbe vano richiamare. Per un primo approfondimento si può fare riferimento a: A. CASSESE, *Genocide*, in A. CASSESE *et al.* (a cura di), *The Rome Statute of the International Criminal Court*, Oxford, 2002, p. 335 ss.; E. FRONZA, *Il crimine di genocidio*, in E. AMATI *et al.* (a cura di), *Introduzione al diritto penale internazionale*, Torino, 2020, p. 337 ss.; P. GAETA (a cura di), *The UN Genocide Convention: A Commentary*, Oxford, 2009; W. SCHABAS, *Genocide in International Law: The Crime of Crimes*, Cambridge, 2009.

² R. LEMKIN, *Axis Rule in Occupied Europe: Laws of Occupation – Analysis of Government – Proposals for Redress*, Washington D.C., 1944.

³ M. FLORES, *Il genocidio*, Bologna, 2021, p. 19. Detta definizione era inserita nella Capitolo IX del volume intitolato, appunto, «Genocide» e il cui *incipit* recitava, inequivocabilmente: «new conceptions requires new terms».

⁴ Sui parallelismi tra la vita di Hersch Lauterpacht, promotore dei «crimini contro l'umanità», e di Raphael Lemkin, inventore del «genocidio», rimando al volume di P. SANDS, *La strada verso est*, Milano, 2016, da cui ho tratto il giudizio riportato a p. 161.

genocidio, ad opera del Tribunale penale internazionale per il Ruanda⁵, dall'altro il termine continua a esprimere una singolare unicità e rappresenta una parola-chiave nel dibattito giuridico-internazionalistico, e non solo.

2. (segue) La sua diffusione

Il *New York Times Book Review*, tra gli altri, recensì l'opera di Lemkin dedicandogli la copertina del 21 gennaio 1945, ma questo non bastò a sdoganare il termine in tempo per il processo di Norimberga. Sebbene Lemkin fosse stato assunto come collaboratore del procuratore Robert Jackson, accusatore USA al celebre processo, riuscì solo a richiamare il termine nel capo di imputazione relativo alle uccisioni e ai maltrattamenti della popolazione civile ascrivibili come «crimini di guerra». Di fatto, il lemma non fu adoperato per le sentenze di condanna, che si concentrarono, oltre che sui «crimini di guerra», sulla «cospirazione per commettere crimini contro la pace», sull'«aggressione», e su quella che si profilò come la vera novità di quell'esperienza giudiziaria: «i crimini contro l'umanità», la cui invenzione fu resa necessaria dall'esigenza di giudicare le condotte compiute dai tedeschi nei confronti dei propri connazionali.

Per una più matura definizione del tema bisognò dunque attendere gli anni a ridosso della fine della Seconda guerra mondiale, quando, in seguito alla costituzione delle Nazioni Unite, si moltiplicarono le iniziative volte «a salvare le future generazioni dal flagello della guerra», come recita il Preambolo della Carta istitutiva. Contemporaneamente il lemma registrava un riscontro anche al di là del dibattito tra giuristi: il lemma «fu introdotto nell'*Encyclopédie Larousse* nel 1953, dopo l'approvazione dell'Accademia francese. L'*Oxford English Dictionary* lo elencò per la prima volta nella sezione «Addenda and Corrigenda» dell'aggiornamento del 1955, alla terza edizione⁶.

⁵ Si tratta della condanna espressa dal Tribunale penale internazionale *ad hoc* per il Ruanda nel caso *Akayesu*, sentenza del 2 settembre 1998, ICTR-96-4-T. Al par. 497 del provvedimento si ricorda come: «Contrary to popular belief, the crime of genocide does not imply the actual extermination of group in its entirety, but is understood as such once any one of the acts mentioned in Article 2(2)(a) through 2(2)(e) is committed with the specific intent to destroy “in whole or in part” a national, ethnical, racial or religious group».

⁶ Così S. POWER, *Voci dall'Inferno*, cit., p. 712, nota 44, dove si aggiunge: «Ebraico, yiddish e serbo-croato prendono tutti a prestito «genocidio» senza grosse modifiche. Anche se la parola guadagnò grande fama in tutto il mondo, molte lingue tradussero il termine, contrariamente alle intenzioni di Lemkin, come “uccisione di massa”».

3. La definizione giuridica

La più compiuta espressione nel senso appena evocato è rappresentata dalla Convenzione per la prevenzione e la repressione del crimine di genocidio, approvata il 9 dicembre 1948, ed entrata in vigore tre anni più tardi⁷. Attraverso di essa si instaura un articolato sistema di prevenzione e repressione, dal quale può derivare tanto la responsabilità dello Stato, quanto quella dell'individuo. Senza indugiare in tecnicismi, è sufficiente chiarire che per sostenere un'accusa di genocidio occorrono tre elementi. (1) Il compimento di un *actus reus*, ovvero di una condotta materiale rinvenibile in una serie di atti, quali: le «uccisioni»; le «lesioni gravi all'integrità fisica o mentale»; il «sottoporre deliberatamente a condizioni di vita intese a provocare la distruzione fisica»: le «misure miranti ad impedire nascite all'interno di un gruppo»; e infine i «trasferimenti forzati di fanciulli da un gruppo ad un altro». (2) L'esistenza di un «gruppo nazionale, etnico, razziale o religioso». (3) La previsione di un *dolus specialis*, ovvero di una volontà (*mens rea*) che nel caso del genocidio va al di là del semplice perseguimento dell'evento considerato – ad esempio: uccidere qualcuno – ma consiste nell'intenzione di compiere una delle condotte richiamate al fine ulteriore di «distruggere, in tutto o in parte, un gruppo nazionale, etnico, razziale o religioso, *in quanto tale*».

Già da questa sommaria descrizione appare evidente che la categoria del genocidio si concentra sulla tutela del gruppo protetto, quasi spersonalizzando la vittima che qui assume rilevanza non in quanto singolo individuo ma in quanto appartenente a quella specifica collettività. Non occorrono pertanto delle vaste opere di distruzione per qualificare un genocidio. Occorre piuttosto una precisa politica di attacco che attraverso una delle condotte materiali rammentate *supra* attenti volontariamente, attraverso un *dolo speciale*, alla *distruzione, in tutto o in parte*, di uno dei gruppi protetti richiamati nella Convenzione.

⁷ Appare curioso osservare come l'adozione di tale strumento abbia preceduto di un solo giorno la Dichiarazione universale dei diritti umani, approvata il 10 dicembre 1948. Nonostante quest'ultima, diversamente dalla Convenzione sul genocidio, rappresenti una dichiarazione non vincolante, essa concentrò su di sé l'attenzione mediatica dell'epoca.

4. (segue) I limiti di tale definizione

Proprio quest'attenzione al gruppo avrebbe suggerito una maggiore apertura della norma, e invece nel compromesso finale si dovettero registrare due notevoli restrizioni: l'eliminazione di ogni riferimento al «gruppo culturale» e l'esclusione del «gruppo politico».

Più in particolare, l'esclusione del «gruppo politico» si rivelò necessaria per non incorrere nell'opposizione del blocco sovietico, il quale, dietro la critica volta alla presunta 'instabilità' di tale gruppo (*sic!*), temeva di doverne rispondere a sua volta.

Diversamente, l'eliminazione del «gruppo culturale» fu causata dalla resistenza degli Stati europei timorosi delle possibili conseguenze che ne sarebbero potute derivare con riferimento alle pratiche di colonizzazione. Né fu sufficiente, per vincere tali resistenze, avanzare nelle ultime fasi negoziali una proposta diretta a limitarne l'applicazione ai soli atti violenti in grado di cancellare l'identità di un popolo. Il testo infine adottato a livello convenzionale registrò i timori appena evocati e li cristallizzò nel tempo. Di fatto, quanto meno nel quadro delle maggiori esperienze internazionali di giustizia penale – come nel caso dei Tribunali *ad hoc* per l'ex Jugoslavia e per il Ruanda⁸, e quindi della Corte penale internazionale⁹ – la definizione non ha in seguito conosciuto mutamenti.

5. La possibilità di evocarne la qualifica in senso extra-giuridico

Precisata la genesi e la portata della Convenzione sul genocidio, resta il tema per cui al medesimo termine si fa spesso ricorso in contesti diversi da quello giuridico. La questione non cessa di essere attuale. È del 24 aprile 2021 uno *statement* del Presidente degli Stati Uniti sul riconoscimento del genocidio armeno¹⁰, mentre solo due giorni prima la Camera dei Comuni britannica approvava una mozione bi-partisan, promossa senza il consenso dell'esecutivo, che riconosceva come ge-

⁸ Cfr., rispettivamente, l'art. 4 dello Statuto del Tribunale *ad hoc* per l'ex Jugoslavia e l'art. 2 dello Statuto del Tribunale *ad hoc* per il Ruanda.

⁹ V. l'art. 6 dello Statuto della Corte penale internazionale.

¹⁰ V. sul punto F. DE GREGORIO, *L'amministrazione Biden, il diritto internazionale e il valore «simbolico» del riconoscimento del genocidio armeno*, in *Sidi Blog*, 26 maggio 2021; ed E. PISTOIA, *Dal 24 aprile 1915 al 24 aprile 2021: il riconoscimento del genocidio armeno da parte del presidente Biden nel diritto internazionale*, in *Sidi Blog*, 14 maggio 2021.

nocidio la repressione cinese contro la minoranza musulmana degli uiguri nello Xinjiang¹¹.

A fronte di questi richiami, è lecito domandarsi se la definizione sia adoperabile solo con riferimento a un contesto di tipo giuridico, possibilmente ad opera del potere giudiziario, o se si possa invocare il termine anche in un senso diverso e più ampio, ad esempio in senso storico. Chiaramente una simile apertura pone un problema di compatibilità con la ricostruzione della figura normativa in senso stretto, dal momento che il relativo accertamento è indissolubilmente legato al rispetto del principio di legalità, con i suoi corollari di irretroattività e tassatività. Ma il dibattito sull'adoperabilità di tale figura in senso extra-giuridico, o quanto meno in senso extra-giudiziale, è presente anche tra i medesimi giuristi, come testimoniano alcuni studi che evidenziano il rischio di appiattare la portata del termine sul terreno esclusivo del mero diritto¹².

Resta sullo sfondo l'esigenza di distinguere tra il genocidio e le altre figure di violenza e dominio, allorquando le situazioni si presentino come contigue ma comunque non contrassegnate dalla medesima intenzione di annientare in tutto o in parte un gruppo nazionale, etnico, razziale o religioso in quanto tale (per riferirci ai soli gruppi protetti ai sensi della definizione internazionale). Come qualificare, un esempio per tutti, la *Sboah*, la cui unicità è stata determinata dall'eccezionale intreccio tra «tecnologia, ideologia razzista e burocrazia»¹³? Secondo una lettura giuridico-formalistica essa non si presterebbe alla definizione di genocidio, stante l'inesistenza del termine al momento della perpetrazione delle condotte rilevanti. Al contempo essa è certamente un genocidio in una prospettiva definitoria più larga, rappresentando addirittura la condotta all'origine dell'invenzione della categoria giuridica.

Ecco perché non è da escludere la possibilità di riconoscere al termine genocidio un valore polisemico e modulare, in grado di adattarsi ai diversi contesti di riferimento, generando di volta in volta conseguenze diverse, secondo il tipo di accertamento richiesto¹⁴.

¹¹ V. *UK parliament declares genocide in China's Xinjiang; Beijing condemns move*, www.reuters.com, 22 aprile 2021.

¹² Sempre *ex multis*, nella sterminata letteratura sul tema, v. P. AKHAVAN, *Reducing Genocide to Law*, Cambridge 2012); per la dottrina italiana: E. PISTOIA, *Una questione di identità. La lite turco-armena sul nome «genocidio» per i massacri del 1915-1916*, in F. LATTANZI (a cura di), *Genocidio, conoscere e ricordare per prevenire*, Roma, 2020, p. 107 ss.

¹³ Come ben messo in luce da Z. BAUMAN in *Modernità e Olocausto*, Bologna, 1989, p. 165.

¹⁴ Sulla scorta di tali considerazioni è possibile interrogarsi sul ricorso al lemma per qualificare condotte quali, con riferimento al solo Novecento: lo sterminio degli herero e dei nama

6. *De jure condendo*: il genocidio nel contesto del conflitto in Ucraina

Da ultimo, persino con riferimento al conflitto in Ucraina – in corso al momento in cui si scrive – è possibile scorgere un'eco delle questioni appena evocate. Non solo il termine genocidio è stato a più riprese richiamato da parte di diversi attori istituzionali, tra i quali il Presidente degli Stati Uniti¹⁵, con riferimento alle condotte perpetrate dalle forze russe in Ucraina, ma lo stesso lemma è stato adoperato in senso speculare dal Presidente Putin al fine di giustificare «l'operazione militare speciale» – come definita da quest'ultimo – iniziata il 24 febbraio 2022 e destinata, secondo tale interpretazione, ad arrestare il genocidio della popolazione russofona residente nelle aree orientali del Paese¹⁶.

Appare rilevante osservare come tale ultima circostanza abbia determinato un'autentica eterogenesi dei fini. Infatti, il richiamo inappropriato al termine è stato adoperato dall'Ucraina come base giuridica per avanzare una richiesta di misure provvisorie davanti alla Corte internazionale di giustizia, giustificata proprio alla luce di un'interpretazione non corretta della Convenzione per la prevenzione e la repressione del genocidio del 1948. Più dettagliatamente, la circostanza per cui entrambi gli Stati sono parte alla suddetta Convenzione –aggiunta al fatto che quest'ultima sancisce che nel caso in cui sorgano problemi interpretativi occorra riferirsi alla Corte internazionale di giustizia – ha consentito alla rappresentanza ucraina di richiedere ai giudici che siedono a L'Aja (che altrimenti non avrebbe avuto giurisdizione in materia) l'applicazione di misure provvisorie, tra cui l'immediata interruzioni delle operazioni militari al fine di prevenire l'aggravarsi della situazione.

L'udienza si è svolta il giorno 7 marzo 2022, in un clima reso teso dalle notizie dell'avanzata militare (la Federazione russa non ha ritenuto opportuno presentarsi in udienza, salvo inoltrare in seguito una memoria scritta di difesa). La Corte

nell'Africa sudoccidentale (1905-1905); lo *Metz Yeghern* o genocidio degli armeni (1915-1916); l'*Holodomor* o genocidio degli ucraini (1932-1933); la *Sboab* (1941-1945); lo sterminio della minoranza vietnamita, cinese e musulmana chan in Cambogia (1975-1979); lo sterminio della popolazione maya e ixil in Guatemala (1981-1983); l'*Anfal* o genocidio dei curdi dell'Iraq (1988); il genocidio dei tutsi in Ruanda (1994); quello dei musulmani bosniaci a Srebrenica (1995); e infine il genocidio degli yazidi in Iraq (2014-2019). Gli esempi evocati sono tratti dall'appendice al volume di M. FLORES in *Il genocidio*, cit., p. 179 ss.

¹⁵ V. *Biden calls atrocities in Ukraine a 'genocide' for the first time*, www.edition.cnn.com, 12 aprile 2022.

¹⁶ V., A. SPAGNOLO, *Prime considerazioni sul tentativo della Russia di giustificare l'intervento armato in Ucraina*, in *Sidi Blog*, 25 febbraio 2022.

ha deliberato il successivo 16 marzo, con un *Order* fondato su un *legal reasoning* che, ancorché limitato alla sola richiesta di misure provvisorie senza pregiudizio del possibile procedimento di merito, appare degno di attenzione perché statuisce alcuni importanti punti di diritto¹⁷. In primo luogo, la Corte si pronuncia sul riconoscimento *prima facie* della propria giurisdizione nel caso di specie, e la conclusione non era scontata¹⁸. In secondo luogo, i giudici internazionali accolgono la tesi avanzata dall'Ucraina per cui il ricorso unilaterale all'uso della forza giustificato dall'esigenza di reagire al genocidio della popolazione russofona è privo di fondamento¹⁹. In terzo luogo, la Corte accerta l'esistenza di un collegamento tra la richiesta volta ad affermare una corretta interpretazione della Convenzione sul genocidio e la contestuale richiesta di misure provvisorie²⁰.

Sulla scorta di tali argomenti i 15 giudici che compongono la Corte internazionale di giustizia hanno riconosciuto il rischio di un pregiudizio irreparabile e urgente e hanno, di conseguenza, ordinato²¹: (I) con 13 voti *versus* 2 (contrari i giudici russo e cinese), che la Federazione russa debba sospendere ogni operazione militare cominciata il 24 febbraio 2022 in Ucraina; (II) con 13 voti *versus* 2 (contrari i giudici russo e cinese), che la Federazione russa assicuri quanto appena statuito con riferimento a tutte le forze militari, anche irregolari, sotto il suo controllo diretto o semplicemente supportate da essa; e (III) con voto unanime che tutte le parti, *ergo* anche l'Ucraina, si astengano da condotte che possano aggravare o prolungare la controversia.

Si tratta di una forte e chiara presa di posizione della più importante giurisdizione internazionale. Nonostante è plausibile che la pronuncia resti per il momento priva di efficacia, essa sottende la centralità, e l'attualità, che ancora esprime il termine genocidio.

¹⁷ Per un primo commento al provvedimento, v. L. ACCONCIAMESSA, *La CIG ordina alla Russia di sospendere l'operazione militare contro l'Ucraina: tra riconoscimento del proprio ruolo nella tutela dei valori della carta e rischi di delegittimazione*, in *Sidi Blog*, 21 marzo 2021.

¹⁸ Cfr. CIG, Ordinanza del 16 marzo 2022, *Allegations of Genocide under The Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide (Ukraine V. Russian Federation)*, *Request for the Indication of Provisional Measures*, par. 48.

¹⁹ *Id.*, par. 60.

²⁰ *Id.*, par. 64.

²¹ *Id.*, parr. 74 e 86.

Le violazioni dei diritti umani nello Xinjiang: tra la reazione della Cina e il lento risveglio della comunità internazionale

FRANCESCA CAPONE*

SOMMARIO: 1. Introduzione: che cosa sta succedendo nella regione dello Xinjiang? – 2. La reazione di Pechino. – 3. E le Nazioni Unite? E gli *omnes*? – 4. Oltre le sanzioni?

ABSTRACT: Dal 2017 in poi si sono moltiplicate le prove di violazioni dei diritti umani commesse dal governo cinese ai danni delle minoranze musulmane e turcofone che popolano la regione dello Xinjiang, in particolare la minoranza uigura. Un parere legale pubblicato da Essex Court Chambers ha messo in luce le azioni del governo cinese e concluso che le prove esistenti consentono di affermare che sono stati commessi crimini contro l'umanità e che è in corso un genocidio ai danni della minoranza uigura. Le conclusioni tracciate dal parere legale invitano la comunità internazionale a reagire in modo netto in risposta alla commissione di determinati atti, soprattutto alla luce del fatto che si tratta di azioni inquadabili come violazioni di obblighi *erga omnes*. Il presente contributo intende fornire una rassegna dei fatti contestati e delle reazioni, a livello centralizzato e decentralizzato, che sono state adottate finora e, altresì, delle possibili misure da attuare in futuro per invocare la responsabilità della Cina sul piano internazionale.

PAROLE CHIAVE: Uiguri – crimini contro l'umanità – genocidio – campi di rieducazione – obblighi *erga omnes* – Consiglio dei diritti umani.

1. Introduzione: che cosa sta succedendo nella regione dello Xinjiang?

Dal 2017 in poi le prove di violazioni dei diritti umani commesse dal governo cinese ai danni delle minoranze musulmane e turcofone che popolano la regione

* Francesca Capone, Professoressa associata di diritto internazionale, Scuola Superiore Sant'Anna, francesca.capone@santannapisa.it.

dello Xinjiang¹, in particolare la minoranza uigura, hanno iniziato a moltiplicarsi, al punto che non è più stato possibile, nemmeno per Pechino, continuare ad ignorarle. La popolazione uigura viene descritta dal governo centrale di Pechino come uno dei 56 gruppi etnici all'interno di uno stato multiculturale². La Cina, infatti, ha sempre ignorato le istanze di autodeterminazione degli uiguri, rifiutandosi di riconoscere a questo gruppo lo status di popolazione indigena e attuando, praticamente da sempre, una politica di repressione³.

Tale situazione ultimamente si è intensificata e ha trovato una giustificazione anche sul piano internazionale grazie all'inserimento nel 2002 dell' East Turkestan Islamic Movement (ETIM), un gruppo separatista attivo nella regione⁴, tra i destinatari delle sanzioni imposte dal Consiglio di sicurezza ONU a individui ed entità che supportano Al-Qaida e l'ISIS⁵.

Da quel momento in poi, l'argomento relativo alla stabilizzazione di una regione di cruciale importanza dal punto di vista economico – basti pensare al fatto che lo Xinjiang è attraversato da tre dei cinque corridoi economici che caratterizzano la componente infrastrutturale della *Belt and Road Initiative* – è stato utilizzato per porre in essere gravi e sistematiche violazioni dei diritti umani. Nello specifico, la lotta al terrorismo di matrice jihadista ha fornito al governo una ragione per motivare la creazione dei «campi di rieducazione⁶» per gli uiguri (e per alcuni esponenti delle minoranze kazache e kirghise che risiedono nella regione), in cui hanno transitato fino a due milioni di persone.

Oltre ai campi di rieducazione, è utile menzionare l'imposizione dei lavori forzati a chi completa il periodo di detenzione e viene ricollocato altrove, spesso fuori dalla regione, per lavorare in fabbriche designate dal governo, e il programma *pair up and become a family* con cui alle famiglie uigure (spesso rimaste prive della figura maschile) viene imposta la convivenza con un membro del Partito Co-

¹ Human Rights Watch, *More Evidence of China's Horrific Abuses in Xinjiang But Little Action Holding Beijing Accountable* del 20 febbraio 2020, www.hrw.org.

² China's Ethnic Policy and Common Prosperity and Development of All Ethnic Groups, www.mfa.gov.cn.

³ Assemblea generale, United Nations Declaration on the Rights of Indigenous Peoples, UN Doc. A/RES/61/295 del 2 ottobre 2007.

⁴ M. TRÉDANIEL e P.K. LEE, *Explaining the Chinese framing of the "terrorist" violence in Xinjiang: insights from securitization theory*, in *Nationalities Papers*, 2018, p. 177 ss.

⁵ Consiglio di sicurezza, UN Doc. S/RES/1390 del 28 gennaio 2002.

⁶ Parlamento Europeo, *La Cina deve chiudere i "campi di rieducazione" per gli uiguri nello Xinjiang*, comunicato stampa del 19 dicembre 2019.

munista Cinese⁷. In particolare, quest'ultima iniziativa di monitoraggio orwelliano dei nuclei familiari è funzionale al compimento di sistematiche violenze sessuali nei confronti delle donne uigure. Altre tipologie di violazioni riportate da più fonti includono: violenze contro le donne basate sul genere, ad esempio sterilizzazioni e aborti forzati, separazione di minori dalla famiglia, torture e trattamenti inumani e degradanti ai danni di minori uiguri accusati di professare la religione dei propri genitori⁸.

Un recente parere legale pubblicato da Essex Court Chambers su richiesta di alcuni attori, tra cui Global Legal Action Network, the World Uyghur Congress e Uyghur Human Rights Project, ha messo in luce le azioni del governo cinese e concluso che le prove esistenti consentono di affermare che «*there is a very credible case that acts carried out by the Chinese government against the Uyghur people in XUAR amount to crimes against humanity and the crime of genocide*»⁹. In particolare, il parere legale, utilizzando la prospettiva del diritto internazionale penale e facendo quindi riferimento alla tassonomia dello Statuto di Roma (di cui la Cina non è parte)¹⁰, chiarisce che i crimini contro l'umanità commessi, in modo esteso e sistematico, ai danni della minoranza uigura includono tutti i reati previsti dall'art. 7(1)(c), all'art. 7(1)(i) (par. 4) e altresì il crimine di genocidio, con particolare riferimento agli atti di cui all'art. 6(c), (d) e (e).

Si contesta al governo cinese anche la distruzione sistematica del patrimonio culturale degli uiguri attraverso il danneggiamento di moschee, siti e simboli religiosi. Le immagini satellitari, sempre secondo il parere legale, hanno rivelato che le moschee distrutte finora sono circa 16.000 e che quelle ancora in piedi sono state danneggiate e «de-radicalizzate»¹¹. Anche se da un punto di vista giuridico non è possibile parlare di «genocidio culturale»¹², rileva notare come l'intenzionale distruzione di un bene culturale dal grande valore religioso o identitario possa tradursi in un atto di persecuzione nei confronti di una minoranza, costituendo

⁷ G. O'CONNELL, *How China is Violating Human Rights Treaties and its own Constitution in Xinjiang*, in *Just Security* del 19 agosto 2020.

⁸ *Ivi*.

⁹ Essex Court Chambers, *International criminal responsibility for crimes against humanity and genocide against the Uighur population in the Xinjiang Uyghur autonomous region*, 8 febbraio 2021, par. 1.

¹⁰ Rome Statute of the International Criminal Court del 1998.

¹¹ Essex Court Chambers, *cit.*, par. 60-64.

¹² A. CALIGIURI, *La Commissione verità e riconciliazione del Canada e la riscoperta del concetto di 'genocidio culturale'*, in *Diritti Umani e Diritto Internazionale*, 2015, p. 705 ss.

una prova per ricostruire la *mens rea* nel crimine di genocidio, un approccio avallato dalla giurisprudenza del Tribunale penale internazionale per l'ex Jugoslavia¹³.

Le conclusioni tracciate dal parere legale dovrebbero di per sé suscitare reazioni molto forti da parte della comunità internazionale; si tratta, in fin dei conti, di violazioni di obblighi *erga omnes* che legittimano¹⁴, come è noto e come ci insegna il Progetto di articoli sulla responsabilità degli Stati per atti internazionalmente illeciti¹⁵, una reazione individuale o collettiva degli Stati non specificatamente lesi dall'illecito, i quali possono invocare la responsabilità della Cina e richiedere la riparazione nell'interesse dei beneficiari delle norme violate¹⁶.

Interessante, e degno di nota, anche il ruolo ascrivibile al Kazakhstan e al Kirghizistan in quanto Stati di origine delle minoranze altresì perseguitate dal governo centrale cinese. Tali Stati, di là dello status, secondo una parte della dottrina, di Stati particolarmente lesi ai sensi del Progetto della Commissione del diritto internazionale del 2001, potrebbero comunque ricorrere all'istituto della protezione diplomatica, alla luce dell'applicabilità nel caso di specie dell'art. 19 del Progetto¹⁷.

Finora però non solo ciò non è avvenuto, ma le gravi accuse esplicitate nel parere legale sembrano non aver minimamente scalfito l'approccio negazionista del governo cinese.

2. La reazione di Pechino

Per la prima volta il 22 febbraio 2021 il Ministro degli Esteri cinese si è rivolto al Consiglio dei diritti umani. Si tratta di un organo intergovernativo, lo ricordiamo, creato per promuovere il rispetto universale e la protezione dei diritti umani, di cui fanno parte 47 Stati, tra cui la Cina, eletti dalla maggioranza dell'Assemblea

¹³ Tribunale penale internazionale per l'ex Jugoslavia (Camera), sentenza del 26 febbraio 2001, Procuratore c. Dario Kordić and Mario Čerkez, par. 207. Si veda E. BARONCINI (a cura di) *Il diritto internazionale e la protezione del patrimonio culturale*, Bologna, 2019.

¹⁴ E. CANNIZZARO, *Diritto Internazionale*, Torino, 2020, p. 256.

¹⁵ Commissione del diritto internazionale, *Draft Articles on Responsibility of States for Internationally Wrongful Acts, with commentaries, in Report of the International Law Commission on the work of its fifty-third session, Supplement No. 10*, UN Doc. A/56/10 del 10 agosto 2001, art. 42.

¹⁶ G. GAJA, *The Position of Individuals in International Law: An ILC Perspective* in *European Journal of International Law*, 2010, p. 11 ss.

¹⁷ M. BUSCEMI, *Illeciti delle Nazioni Unite e tutela dell'individuo*, Napoli, 2020.

generale con voto segreto nonostante l'affermazione che «*members elected to the Council shall uphold the highest standards in the promotion and protection of human rights*»¹⁸.

Nel suo discorso il Ministro Wang Yi ha prima pronunciato una accorata difesa della rilettura cinese del concetto di diritti umani, spiegando che «*people's sense of gains, happiness and security is the fundamental pursuit of human rights as well as the ultimate goal of national governance*» e sottolineando la centralità dei diritti economici, sociali e culturali (non sorprende, quindi, la mancata ratifica del Patto per i diritti civili e politici da parte della Cina)¹⁹. Il Ministro ha poi accusato un non meglio identificato «*small number of States*» di ricorrere ai diritti umani per interferire negli affari interni delle potenze che non si piegano ad un'interpretazione univoca del concetto, ribadendo l'inefficacia della pressione esercitata²⁰.

Nella seconda parte del discorso il Ministro si è concentrato sulle violazioni commesse ai danni della popolazione uigura e, partendo dal presupposto che le politiche implementate nella regione sono state adottate nel rispetto del piano delle Nazioni Unite per prevenire l'estremismo violento e della strategia globale delle Nazioni Unite contro il terrorismo, ha negato la commissione di un genocidio ai danni degli uiguri, e ha rigettato le accuse di lavoro forzato. Il discorso si è concluso con un invito, rivolto esplicitamente all'Alto commissario delle Nazioni Unite per i diritti umani, a visitare la regione²¹.

3. E le Nazioni Unite? E gli *omnes*?

In varie sedi e occasioni è stato invocato l'invio di una missione di *fact-finding* o di una commissione d'inchiesta, ma questi meccanismi, istituiti sotto l'egida delle Nazioni Unite con varie modalità e mandati, sono tutt'altro che risolutivi e necessitano, comunque, del consenso dello stato interessato per poter operare (in autonomia?) sul suo territorio. Il Segretario-generale delle Nazioni Unite non si è pronunciato espressamente contro le violazioni commesse dalla Cina; mentre 50 esperti, sia a titolo individuale sia in quanto membri di gruppi di lavoro, titolari delle così dette «*procedure speciali*» in seno al Consiglio dei diritti umani, hanno

¹⁸ Assemblea Generale, *Human Rights Council*, UN Doc. A/RES/60/251 del 3 aprile 2006, par. 9.

¹⁹ *Wang Yi Attends the High-level Meeting of the 46th Session of the United Nations Human Rights Council*, 22 febbraio 2021, www.mfa.gov.cn.

²⁰ *Ivi*.

²¹ *Ivi*.

apertamente denunciato il comportamento della Cina in relazione sia allo Xinjiang sia alle violente repressioni avvenute a Hong Kong²².

Sul fronte *omnes* le notizie stanno gradualmente prendendo una piega più positiva. Urge premettere che gli Stati «particolarmente lesi» non si sono preoccupati di agire nell'interesse dei propri cittadini, e neanche gli Stati a maggioranza musulmana, come la Malesia e l'Indonesia, hanno preso una posizione chiara in riferimento alla persecuzione, anche di matrice religiosa, contro gli uiguri. Alcuni Stati, in totale 39, guidati dalla Germania e dal Regno Unito, hanno presentato una dichiarazione di condanna delle violazioni subite dalla popolazione dello Xinjiang sia al Terzo comitato dell'Assemblea generale, sia al Consiglio dei diritti umani²³.

Altri attori invece, i.e. l'Unione europea e, per il momento, un esiguo numero di Stati, hanno fatto seguire a manifestazioni, più e meno forti, di condanna, l'adozione di sanzioni. Nello specifico, il Parlamento europeo ha adottato due Risoluzioni, la prima il 19 dicembre 2019²⁴ e la seconda il 17 dicembre 2020²⁵, di condanna nei confronti delle gravi violazioni dei diritti umani perpetrate ai danni della popolazione uigura. Nella seconda risoluzione, il Parlamento europeo ha fatto esplicitamente riferimento alla pratica del lavoro forzato e alle multinazionali che traggono vantaggio dalla situazione senza esercitare i dovuti (o meglio auspicabili) controlli sulle *supply chains*²⁶.

Il 22 marzo 2021, l'Unione europea, in aggiunta alle sopra menzionate risoluzioni di condanna, ha imposto sanzioni, che si traducono nel congelamento di qualsiasi attività finanziaria in Europa e in un divieto di viaggio verso l'UE, contro quattro funzionari e un'entità governativa regionale. Le sanzioni adottate, che sono state immediatamente imposte anche dal Regno Unito, sono state varate attraverso il nuovo regime sanzionatorio riservato ai paesi che violano i diritti umani, i.e. l'EU *Global Human Rights Sanctions Regime*²⁷. La risposta di Pechino non si è fatta attendere e infatti nello stesso giorno il Governo cinese ha sanzionato 10 in-

²² UN *experts call for decisive measures to protect fundamental freedoms in China*, comunicato stampa del 26 giugno 2020.

²³ *Statement by Ambassador Christoph Heusgen on behalf of 39 Countries in the Third Committee General Debate*, del 6 ottobre 2020.

²⁴ Parlamento europeo, *Resolution of 19 December 2019 on the situation of the Uyghurs in China*, (China Cables) (2019/2945(RSP)) del 19 dicembre 2020.

²⁵ Parlamento europeo, *Resolution of 17 December 2020 on forced labour and the situation of the Uyghurs in the Xinjiang Uyghur Autonomous Region* (2020/2913(RSP)) del 17 dicembre 2020.

²⁶ *Ivi*.

²⁷ Consiglio dell'Unione europea, *EU adopts a global human rights sanctions regime*, comunicato stampa del 7 dicembre 2020.

dividui e quattro entità «on the EU side that severely harm China's sovereignty and interests and maliciously spread lies and disinformation»²⁸.

Per quanto riguarda le azioni decentralizzate dei pochi Stati che finora hanno preso una posizione netta contro le violazioni commesse dalla Cina, va segnalata, in prima battuta, la reazione muscolare messa in campo dagli Stati Uniti. Già nel 2020, il Congresso statunitense ha approvato l'Uyghur Human Rights Policy Act of 2020 (un atto sostanzialmente di riprovazione per i crimini contro l'umanità compiuti contro gli uiguri e le altre minoranze)²⁹. Sulla scia degli Stati Uniti anche il Canada e l'Olanda hanno pubblicamente e formalmente deplorato le azioni della Cina. Nel dettaglio, la Camera dei Comuni Canadese, senza il supporto dei membri dell'attuale governo, ha approvato una dichiarazione di condanna del genocidio ai danni della minoranza uigura e ha altresì votato a favore di un emendamento per richiedere formalmente al Comitato Olimpico Internazionale di spostare la sede delle Olimpiadi invernali del 2022 da Pechino ad un'altra destinazione³⁰. Il Canada ha, inoltre, adottato sanzioni contro i medesimi individui e la medesima entità già colpiti dalle misure imposte da Stati Uniti, UE e Regno Unito³¹.

Anche il Parlamento olandese il 25 febbraio 2021 ha approvato una mozione che ricalca in buona sostanza quella canadese, i.e. condanna per il genocidio e minaccia di intervento per privare Pechino dei giochi olimpici invernali³². Come nel caso del Canada, anche il Parlamento olandese ha dovuto fare i conti con la reticenza dell'attuale governo che ha espresso *great concern* per la situazione, ma ritiene che sia ancora da accertare la responsabilità delle autorità cinesi.

Per quanto riguarda la possibilità di adire un organo giurisdizionale, su tutti la Corte internazionale di giustizia (CIG), la prospettiva della qualificazione della situazione come genocidio ha subito innescato la speranza di un ricorso sulla falsariga di quello presentato dal Gambia contro il Myanmar³³. Peccato che la Cina abbia apposto una riserva alla ratifica della Convenzione del 9 dicembre 1948 per la prevenzione e la repressione del delitto di genocidio, affermando che non si

²⁸ Foreign Ministry Spokesperson Announces Sanctions on Relevant EU Entities and Personnel, 22 marzo 2021, www.mfa.gov.cn.

²⁹ Congresso degli Stati Uniti, *Uyghur Human Rights Policy Act of 2020*, Public Law 116-145 del 17 giugno 2020.

³⁰ V. www.bbc.co.uk.

³¹ Governo del Canada, *China Sanctions*, 22 marzo 2021, www.canada.ca.

³² V. www.reuters.com.

³³ CIG, ricorso introduttivo e richiesta di indicazione di misure provvisorie dell'11 novembre 2019, *Application on the Convention for the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide (The Gambia v. Myanmar)*.

considera vincolata dall'art. IX della Convenzione, il quale appunto stabilisce la giurisdizione della CIG per tutte controversie tra le Parti contraenti. Sull'ammissibilità della riserva in questione la Corte si è già pronunciata favorevolmente, sottolineando che, anche nel caso di dispute aventi per oggetto violazioni di norme di carattere perentorio, la giurisdizione della CIG si basa sul consenso delle parti³⁴. Ovviamente, le speranze che la Cina accetti la giurisdizione ad hoc della CIG sono a dir poco esigue; forse pari alla possibilità che una Risoluzione del Consiglio di sicurezza delle Nazioni Unite possa riferire, ai sensi dell'art. 13(b) dello Statuto di Roma, la situazione nella regione dello Xinjiang alla Corte penale internazionale (CPI) senza che la Cina stessa si avvalga del diritto di veto in seno al Consiglio.

4. Oltre le sanzioni?

In ultima analisi, è chiaro che interessi economici, politici e strategici continueranno a giocare un ruolo fondamentale e a porre un freno a reazioni collettive centralizzate. Allo stesso tempo è impensabile che 20 anni dopo gli attentati dell'11/09/2001 alcuni Stati si nascondano ancora dietro la retorica, sbagliata, della guerra globale al terrorismo per giustificare la commissione di atti di genocidio e crimini contro l'umanità. Gli Stati, e non solo quelli che hanno condannato in maniera netta le violazioni commesse dalla Cina, possono agire sul piano internazionale, ai sensi dell'art. 48(2) del già citato Progetto della Commissione del diritto internazionale del 2001, ricorrendo ai canali diplomatici e legali. Sul fronte della diplomazia multilaterale, vale la pena ricordare che esiste la possibilità di sospendere la partecipazione della Cina al Consiglio dei diritti umani. La già citata Risoluzione, con cui il Consiglio è stato istituito, prevede, infatti, che l'Assemblea generale, a maggioranza di due terzi dei suoi componenti, possa interrompere *«the rights of membership in the Council of a member of the Council that commits gross and systematic violations of human rights»*³⁵.

In relazione ai canali legali, archiviate, realisticamente, le chance di vedere la Cina, e i suoi alti funzionari, dinanzi rispettivamente alla CIG e alla CPI per rispondere di genocidio e/o crimini contro l'umanità, restano da considerare gli

³⁴ CIG, sentenza su giurisdizione e ammissibilità del 3 febbraio 2006, *Armed Activities on the Territory of the Congo (New Application: 2002) (Democratic Republic of the Congo v. Rwanda)*, par. 64-65.

³⁵ Assemblea Generale, *Human Rights Council*, cit., par. 8.

organismi di garanzia istituiti dai trattati in materia di diritti umani. In particolare, salta all'occhio il ruolo che potrebbe giocare il Comitato per l'eliminazione delle discriminazioni razziali (che, come è noto, monitora l'implementazione della Convenzione sull'eliminazione di tutte le forme di discriminazione razziale³⁶; di cui la Cina è parte), attualmente nel periodo di massima attività sul fronte interstatale³⁷. Ai sensi degli artt. 11-13, è possibile per qualsiasi stato contraente attivare la procedura di ricorso interstatale e, in base all'art. 22, in caso di mancata risoluzione della controversia sull'interpretazione o applicazione della Convenzione, sarà possibile adire la CIG.

Quello che è stato eloquentemente definito «*the darkest period for human rights in China*³⁸» dal massacro di Tienanmen del 1989 non è ancora finito, non è detto però che le prospettive qui suggerite non vengano effettivamente prese in considerazione.

³⁶ Convenzione sull'eliminazione di tutte le forme di discriminazione razziale del 1965.

³⁷ V. M. BUSCEMI e C. PITTEA, *L' 'esplosione' dei ricorsi interstatali sui diritti umani tra aspettative e realtà*, in *Diritti Umani e Diritto Internazionale*, 2021, p. 355 ss.

³⁸ Human Rights Watch, *World Report 2021-China events*, www.hrw.org.

Il Comitato sui diritti del fanciullo si pronuncia in merito al cambiamento climatico: punti di forza e criticità della decisione *Sacchi e altri c. Argentina e altri*

MARIANGELA LA MANNA*

SOMMARIO: 1. Considerazioni introduttive. – 2 L'inammissibilità della petizione. – 3. La *cross-fertilization* con la prassi della Corte interamericana. – 4. Conclusioni e prospettive future.

ABSTRACT: La decisione di inammissibilità adottata dal Comitato sui diritti del fanciullo nel caso *Sacchi e altri c. Argentina e altri* è stata oggetto di critiche per via della rigida interpretazione del requisito del previo esaurimento dei ricorsi interni. La decisione contiene, però, anche statuizioni progressiste, improntate ad una attenta considerazione degli effetti del cambiamento climatico, tali da prodursi ben oltre i confini del territorio nazionale di uno Stato, compromettendo, così, il godimento dei diritti sanciti dalla Convenzione in misura ben più vasta e articolata di quanto un'interpretazione strettamente territoriale della nozione di *jurisdiction*, da un lato, e dello *status* di vittima, dall'altro, consentano di apprezzare.

PAROLE CHIAVE: cambiamento climatico – diritti umani – equità intergenerazionale – superiore interesse del minore – ambiente – giurisdizione extraterritoriale.

1. Considerazioni introduttive

Nell'ottobre dello scorso anno il Comitato sui diritti del fanciullo, l'organo di controllo che veglia sull'attuazione e sul rispetto della Convenzione sui diritti del fanciullo¹ (di seguito, la Convenzione), ha pubblicato la sua decisione di inammissi-

* Mariangela La Manna, Ricercatrice a tempo determinato di diritto internazionale, Università Cattolica del Sacro Cuore, mariangela.lamanna@unicatt.it.

¹ *Convention on the Rights of the Child* del 1989.

sibilità² (d'ora in avanti, 'la decisione') nel caso *Sacchi et al. c. Argentina et al.*, in cui sedici giovani, originari di dodici Stati diversi, avevano indirizzato una comunicazione nei confronti di cinque Stati (ossia Argentina, Brasile, Francia, Germania, e Turchia), lamentando la violazione di alcuni diritti previsti dalla Convenzione³. Il caso ha avuto grande risalto mediatico⁴ per via del coinvolgimento nella vicenda della nota attivista svedese Greta Thunberg, che figura nel novero degli autori della petizione (di seguito definiti 'ricorrenti'). Sulla base dell'art. 5 del Protocollo facoltativo sui ricorsi individuali⁵ relativo alla Convenzione, i giovani avevano presentato un'articolata comunicazione⁶, suffragata da dettagliate testimonianze scientifiche e personali⁷, nella quale chiedevano al Comitato di riconoscere che i cinque Stati convenuti avevano contribuito all'inasprimento della crisi climatica all'origine di gravi ed estremi eventi naturali che li avevano interessati da vicino, e che, così facendo, avevano violato il loro diritto alla vita (art. 6), alla salute (art. 24), alla partecipazione alla vita culturale (art. 30) e alla considerazione in via prioritaria del superiore interesse del minore nell'adozione di politiche statali (art. 3). A supporto delle doglianze, i ricorrenti invocavano un'interpretazione degli obblighi convenzionali alla luce delle regole applicabili in materia di diritto internazionale dell'ambiente, rappresentate *in primis* dalla Convenzione quadro delle Nazioni Unite sui cambiamenti climatici⁸ e dall'Accordo di Parigi⁹.

² Comitato sui diritti del fanciullo, *Decision adopted by the Committee on the Rights of the Child under the Optional Protocol to the Convention on the Rights of the Child on a communications procedure in respect of Communication No. 104/2019*, UN Doc. CRC/C/88/D/104/2019 dell'8 ottobre 2021.

³ Per una descrizione della vicenda sia consentito rimandare a M. LA MANNA, *Cambiamento climatico e diritti umani delle generazioni presenti e future*: Greta Thunberg (e altri) *dinanzi al Comitato sui diritti del fanciullo*, in *Diritti umani e diritto internazionale*, 2020, p. 217 ss.

⁴ Si veda, *ex multis*, M. BRYANT, *Young climate activists vow to keep fighting despite UN setback. Children's rights body rejects landmark case by group of activists including Greta Thunberg*, in *The Guardian*, 20 ottobre 2021, www.theguardian.com.

⁵ *Optional Protocol to the Convention on the Rights of the Child on a communications procedure* del 2011.

⁶ Communication to the Committee on the Rights of the Child in the Case of *Chiara Sacchi (Argentina)*; *Catarina Lorenzo (Brazil)*; *Iris Duquesne (France)*; *Rain Ivanova (Germany)*; *Ridhima Pandey (India)*; *David Ackley, III, Ranton Anjain and Litokne Kabua (Marshall Islands)*; *Deborah Adegbile (Nigeria)*; *Carlos Manuel (Palau)*; *Ayakha Melithafa (South Africa)*; *Greta Thunberg and Ellen-Anne (Sweden)*; *Raslen Jbeili (Tunisia)*; and *Carl Smith and Alexandria Villaseñor (USA)*; Petitioners, *v. Argentina, Brazil, France, Germany and Turkey*, Respondents, Submitted under Article 5 of the Third Optional Protocol to the United Nations Convention on the Rights of the Child, del 23 settembre 2019. Il documento è accessibile attraverso il database del *Sabin Centre for Climate Change Law* della *Columbia Law School* all'indirizzo climatecasechart.com.

⁷ Si veda la corposa appendice alla comunicazione citata, disponibile al medesimo indirizzo.

⁸ *United Nations Framework Convention on Climate Change* del 1992.

⁹ *Paris Agreement* del 2015.

La decisione di inammissibilità del Comitato (rappresentata, in realtà, da un fascio di cinque decisioni assai simili tra loro, e distinguibili solo limitatamente alla parte relativa ai rimedi offerti dall'ordinamento interno di ciascuno Stato convenuto¹⁰) si spiega in ragione dell'assenza del principale requisito di ammissibilità previsto ai sensi dell'art. 7 del Protocollo, ossia l'esaurimento delle vie di ricorso interne. La decisione, molto attesa, ha generato subito una vasta gamma di commenti a caldo, che vanno dalla denuncia della pretesa 'insensibilità' del Comitato¹¹ rispetto all'urgenza delle doglianze dei ricorrenti, fino all'apprezzamento per i riferimenti alla prassi delle istanze giurisdizionali regionali¹², passando per la valorizzazione dell'atteggiamento pragmatico del Comitato¹³ e delle statuizioni di portata generale contenute nella decisione stessa¹⁴. Reazioni celebrative, come quella dell'Alto Commissariato per i diritti umani, che ne enfatizza il carattere storico¹⁵, si contrappongono assai nitidamente alla grande delusione e frustrazione dei ricorrenti. Ad oggi, dunque, tocca constatare che la decisione non ha generato una narrativa univoca. Tuttavia, si può osservare che l'atteggiamento dell'osservatore cambia a seconda dell'obiettivo considerato e della natura particolare o generale di questo. In altri termini, le reazioni negative sono accomunate dal fatto di concentrarsi sull'inadeguatezza della decisione a tutelare i diritti dei ricorrenti nel caso di specie, mentre le reazioni positive pongono tutte l'accento sulle statuizioni di portata generale relative agli obblighi statali in materia di contrasto al cambiamento climatico e si soffermano sull'impatto che tali statuizioni sono suscettibili di produrre rispetto ad altri casi già pendenti o futuri.

¹⁰ Le decisioni possono essere reperite nel sito del Comitato sui diritti del fanciullo all'indirizzo tbinetnet.ohchr.org

¹¹ Ci si riferisce qui alla posizione dell'organizzazione non governativa Earthjustice, coinvolta nella procedura dinanzi al Comitato: Earthjustice, *UN Committee on the Rights of the Child Turns Its Back on Climate Change Petition from Greta Thunberg and Children from Around the World*, comunicato stampa dell'11 ottobre 2021, disponibile all'indirizzo earthjustice.org

¹² M.A. TIGRE, *Major Developments for Global Climate Litigation: The Human Rights Council Recognizes the Right to a Healthy Environment and the Committee on the Rights of the Child Publishes Its Decision in an International Youth Climate Case*, in *Climate Law Blog* del 12 ottobre 2021, disponibile all'indirizzo blogs.law.columbia.edu.

¹³ A. NOLAN, *Children's Rights and Climate Change at the UN Committee on the Rights of the Child: Pragmatism and Principle in Sacchi v Argentina*, in *EJIL:Talk!*, del 20 ottobre 2021, www.ejiltalk.org.

¹⁴ M. WEWERINKE-SINGH, *Between Cross-Border Obligations and Domestic Remedies: The UN Committee on the Rights of the Child's decision on Sacchi v Argentina. Case Note 2021/10*, in *Leiden Children's Rights Observatory*, accessibile all'indirizzo www.childrensrighsobservatory.nl.

¹⁵ Alto Commissariato dei Diritti Umani, *UN Child Rights Committee rules that countries bear cross-border responsibility for harmful impact of climate change*, Comunicato stampa dell'11 ottobre 2021, disponibile all'indirizzo www.ohchr.org.

Ad ogni modo, non si può negare che *Sacchi et al. c. Argentina et al.* sia a tutti gli effetti un caso storico, tanto per ciò che concerne la procedura dinanzi allo specifico organo interessato quanto per la materia trattata. Tale considerazione si spiega rispetto a diversi profili: innanzitutto, quella in esame rappresenta la prima petizione rivolta dinanzi al Comitato sui diritti del fanciullo all'indirizzo di più Stati; inoltre, è il primo esempio di comunicazione presentata in maniera congiunta da ricorrenti provenienti da diverse aree del mondo (Europa, Pacifico, Nord-America, Africa...); infine, rappresenta il primo caso in cui, conformemente alla regola 19 delle Regole di procedura del Comitato¹⁶, dei giovani ricorrenti abbiano partecipato alle udienze nell'ambito di una vera e propria fase orale, venendo sentiti direttamente. Un'ulteriore conferma della centralità dei giovani ricorrenti in questa vicenda è data dalla pubblicazione da parte del Comitato di una lettera aperta, in cui la decisione (trasmessa ai ragazzi in una versione semplificata) viene motivata segnalando che, pur prendendo in considerazione l'importanza e l'urgenza della petizione, il Comitato non poteva esimersi dal tenere conto dei limiti procedurali dettati dal Protocollo. Quanto alla sostanza, si vedrà che la decisione in esame non deve essere giudicata con troppa severità, poiché, pur nel dichiarare il ricorso irricevibile, contiene alcune statuizioni coraggiose che recepiscono in astratto le doglianze sollevate dagli autori della comunicazione, ai quali il Comitato ha mandato un chiaro messaggio nella lettera aperta¹⁷, affermando «you were successful on some aspects but not on others».

2. L'inammissibilità della petizione

L'inammissibilità della comunicazione si spiega sulla base del rilievo per cui i ricorrenti non avevano avviato alcuna azione dinanzi alle giurisdizioni dei cinque Stati convenuti, approdando, così, direttamente dinanzi al Comitato, dove avevano fatto valere l'impossibilità di rispettare il requisito del previo esaurimento dei ricorsi interni in ragione dei costi, dei tempi e della scarsa effettività di eventuali azioni dinanzi alle giurisdizioni nazionali. Già nella petizione e poi nella replica¹⁸

¹⁶ Comitato sui diritti del fanciullo, *Rules of procedure under the Optional Protocol to the Convention on the Rights of the Child on a communications procedure*, UN Doc. CRC/C/62/3 del 16 aprile 2013.

¹⁷ Comitato sui diritti del fanciullo, *Open Letter to The Authors*, all'indirizzo www.ohchr.org.

¹⁸ Communications No. 105/2019 (Brazil), No. 106/2019 (France), n°107/2019 (Germany), *Sacchi et al. v. Argentina, Brazil, France, Germany and Turkey, Petitioners' Reply to the Admissibility Objections of Brazil, France, and Germany*, del 4 maggio 2020, all'indirizzo climatecasechart.com.

essi avevano invocato l'applicabilità delle deroghe al requisito in esame individuate dall'art. 7, lett. c), del Protocollo nelle ipotesi di eccessiva durata dei procedimenti interni («unreasonably prolonged») e incapacità di questi di produrre alcun rimedio apprezzabile («unlikely to bring any effective relief»). Il Comitato non ha ammesso, però, tale linea argomentativa e ha ritenuto ragionevole l'esperimento delle vie di ricorso interne per tutti i ricorrenti, indipendentemente da qualsiasi considerazione relativa alla cittadinanza, alla residenza, o alla capacità economica di questi. Ha infatti valutato che gli Stati convenuti abbiano dimostrato in maniera sufficiente che gli autori avrebbero potuto presentare le proprie doglianze dinanzi alle istanze interne di ciascuno di essi. Lo scetticismo e i dubbi dei ricorrenti circa l'idoneità dei ricorsi interni a fornire dei rimedi adeguati non sono stati considerati tali da consentire di derogare al requisito in esame. Il test del *no prospect of success* non è, infatti, basato su sospetti e timori dei ricorrenti, ma, piuttosto, su elementi oggettivi che confermano che il caso verrebbe inevitabilmente e necessariamente respinto dalle autorità competenti, elementi individuati, alla stregua della prassi precedente¹⁹ del Comitato, nell'applicabilità di leggi interne che condurrebbero immancabilmente al rigetto dell'azione o nell'esistenza di giurisprudenza consolidata delle alte magistrature interne che precluderebbe un esito positivo della vicenda. Nella decisione *Sacchi et al.* si legge, infatti, che «mere doubts or assumptions about the success or effectiveness of remedies do not absolve the authors from exhausting them»²⁰. Pertanto, non sussistendo alcun margine per ravvisare eccezioni al requisito in esame, la decisione conclude nel senso dell'irricevibilità, affermando che «in the absence of any specific information by the authors that would justify that domestic remedies would be ineffective or unavailable, and in the absence of any attempt by them to initiate domestic proceedings in the State party, the authors have failed to exhaust domestic remedies»²¹.

A questo riguardo, si rimprovera²² al Comitato di non aver tenuto conto dell'urgenza della situazione lamentata e del fatto che i diritti in questione risulterebbero irrimediabilmente pregiudicati dai tempi richiesti dall'amministrazione della giustizia a livello nazionale. Per esempio, i giovani ricorrenti di Stati insulari del Pacifico quali le isole Marshall rischierebbero di vedere l'intero territorio na-

¹⁹ Comitato sui diritti del fanciullo, *Decision adopted by the Committee under the Optional Protocol to the Convention on the Rights of the Child on a communications procedure, concerning communication No. 60/2018*, UN Doc. CRC/C/83/D/60/2018 del 10 marzo 2020.

²⁰ Comitato sui diritti del fanciullo, *Decisione Sacchi et al.*, cit., par. 10.17.

²¹ *Ivi*, par. 10.20.

²² Earthjustice, *UN Committee*, cit., nota 11.

zionale sommerso a causa dell'innalzamento del livello dei mari in un lasso di tempo molto breve, verosimilmente rappresentato dalle loro stesse vite, un argomento presentato anche dagli autorevoli *amici curiae* intervenuti, cioè l'attuale Relatore speciale delle Nazioni Unite sugli obblighi in materia di diritti umani e ambiente e il suo predecessore²³. In effetti, è possibile individuare delle zone d'ombra nella posizione del Comitato. Non necessariamente le azioni davanti alle giurisdizioni interne saranno, infatti, efficaci, rapide e, soprattutto, idonee a garantire una tutela effettiva delle posizioni vantate dai ricorrenti²⁴. Basti pensare che il ricorso ai giudici interni nei confronti di uno Stato virtuoso può essere scarsamente utile e tutt'altro che risolutivo. Va da sé che utilizzare il foro di quello Stato per promuovere azioni contro di esso è evidentemente inutile. Ricorrere, poi, foro di uno Stato per promuovere un'azione contro un altro Stato potrebbe con ogni probabilità comportare problemi di immunità sovrana. Inoltre, la dimensione extraterritoriale di tali azioni – intrinsecamente prive di elementi di collegamento con il foro – comporterebbe il rischio di un vuoto di tutela. A tal proposito, alcune ONG coinvolte nella vicenda sottolineano l'inadeguatezza di alcune giurisdizioni interne a fornire un rimedio, ricordando che in Turchia si sono registrate decisioni nazionali che negano ai cittadini stranieri il diritto di presentare reclami in materia ambientale.

Proprio con riferimento alla decisione nei confronti della Turchia²⁵, alcuni commentatori hanno criticato²⁶ l'applicazione fatta dal Comitato dell'inciso «unlikely to bring effective relief», definendola una comoda illusione, una sorta di artificio retorico che il Comitato avrebbe usato per scaricare sui ricorrenti una prova a tutti gli effetti diabolica. Il Comitato ha sostenuto, infatti, le ragioni dello Stato convenuto, che rivendicava la disponibilità di vie di ricorso all'interno del proprio ordinamento, nella forma di ricorsi individuali dinanzi alla Corte costituzionale o di procedimenti amministrativi in applicazione della legislazione ambientale

²³ D.R. BOYD, J. H. KNOX, *Amici Curiae Brief of Special Rapporteurs on Human Rights and the Environment in Support of Admissibility*; *Amici Curiae Brief of Special Rapporteurs on Human Rights and the Environment on the Merits*. Entrambi i documenti sono disponibili al sito climatecasechart.com.

²⁴ A tal proposito, si veda T. SCOVAZZI, *I bambini e il cambiamento climatico*, in *Rivista giuridica dell'ambiente*, 2021, p. 947 ss., p. 949, che si domanda «se sia coerente dire, come ha detto il Comitato, che, in quanto bambini, i ricorrenti sono specialmente colpiti dagli effetti del cambiamento climatico, “particolarmente se un'azione immediata non è presa”, e, nello stesso tempo, pretendere che i ricorrenti stessi si impegnino in prolungate e incerte procedure di fronte ai giudici interni».

²⁵ Comitato sui diritti del fanciullo, *Decision adopted by the Committee on the Rights of the Child under the Optional Protocol to the Convention on the Rights of the Child on a communications procedure in respect of Communication No. 108/2019*, UN Doc. CRC/C/88/D/108/2019, dell'8 ottobre 2021.

²⁶ B. ÇALI, *A Handy Illusion? Interpretation of the 'Unlikely to Bring Effective Relief' Limb of Article 7(e) OPIC by the CRC in Sacchi et. al.*, in *EJIL:Talk!*, del 1° novembre 2021, all'indirizzo www.ejiltalk.org

interna²⁷. La dottrina rimprovera al Comitato una certa superficialità nell'analisi, che non gli consente di osservare che nell'ordinamento turco i ragazzi non hanno *locus standi* per instaurare i suddetti procedimenti e, soprattutto, che le giurisdizioni interne non sono competenti a conoscere di ricorsi in materia ambientale collegati in tutto o in parte ad altri ordinamenti²⁸. L'ordinamento richiede, infatti, un collegamento particolarmente stretto tra il luogo della condotta e quello del danno, tipicamente rappresentato dalla residenza nei pressi del luogo della condotta nociva, e, comunque, all'interno del territorio nazionale. Il fatto che nessuno dei giovani ricorrenti sia cittadino turco o residente in Turchia dimostra chiaramente, dunque, la scarsa utilità dell'esperimento dei rimedi previsti dall'ordinamento turco. Questo esempio avrebbe potuto rappresentare un caso specifico di oggettiva *unlikelihood to bring effective relief* e, dunque, una situazione suscettibile di rientrare nelle ipotesi di deroga al requisito del previo esaurimento dei ricorsi interni previste dal Protocollo.

Ad ogni modo, risulta difficile immaginare che il Comitato potesse giungere a piegare la lettera dell'art. 7 del Protocollo, ammettendo il ricorso con riferimento a tutti i ricorrenti. Il Comitato ha infatti argomentato che le difficoltà relative all'esaurimento dei ricorsi interni caratterizzano ogni procedura individuale e non solamente quella di specie e ha aggiunto che proprio nel momento presente, in cui il contenzioso climatico dinanzi alle giurisdizioni nazionali²⁹ sta aumentando a dismisura, non avrebbe molto senso delegittimare le giurisdizioni interne, bollandole come strutturalmente inadeguate. A tal proposito, ha rilevato che in almeno cinque degli Stati di nazionalità dei ricorrenti si riscontra la possibilità per cittadini di Stati terzi di presentare dei reclami in materia ambientale, un'opportunità tale

²⁷ *Decisione Sacchi et al.*, cit., par. 9.17.

²⁸ In questo senso L. MAGI, *Cambiamento climatico e minori: prospettive innovative e limiti delle decisioni del Comitato per i diritti del fanciullo nel caso Sacchi e altri*, in *Diritti umani e diritto internazionale*, 2022, p. 157 ss., p. 164.

²⁹ Il fenomeno del contenzioso climatico dinanzi alle giurisdizioni nazionali ha conosciuto una vera e propria crescita esponenziale negli ultimi anni, giungendo ad annoverare ormai decine di casi pendenti davanti a istanze giurisdizionale di Stati europei (Olanda, Francia, Belgio, Italia) e non (Australia, Stati Uniti) o decisi da queste. L'importanza del fenomeno è confermata dall'interesse della dottrina internazionalistica, particolarmente attiva nella pubblicazione di studi monografici e opere collettanee sul tema. Per una panoramica generale, si vedano ad es. W. KAHL, M. WELLER, *Climate Change Litigation. A Handbook*, Baden Baden, 2021; F. SINDICO, M.M. MBENGUE, *Comparative Climate Change Litigation: Beyond the Usual Suspects*, Berlino, 2021; I. ALOGNA, C. BAKKER, J. GAUCI, *Climate Change Litigation: Global Perspectives*, Leida-Boston, 2021, mentre più specificamente sull'ormai celebre caso *Urgenda*, si veda *ex multis* J. SPIER, *The "Strongest" Climate Ruling Yet: the Dutch Supreme Court's Urgenda Judgment*, in *Netherlands International Law Review*, 2020, p. 319 ss. Per una disamina più accurata dell'esempio italiano, si rimanda a P. PUSTORINO, *Cambiamento climatico e diritti umani: sviluppi nella giurisprudenza nazionale*, in *Ordine internazionale e diritti umani*, 2021, p. 596 ss.

da consentire ai giovani ricorrenti di rispettare il requisito del previo esaurimento dei ricorsi interni anche intentando procedimenti dinanzi alle autorità di Stati diversi dal proprio, e che sembra sconfessare gli argomenti alla base dell'invocazione delle ipotesi di deroga al requisito in esame. Nella decisione relativa alla Germania³⁰, per esempio, viene citata la pronuncia della Corte Costituzionale nel famoso caso *Neubauer*³¹ che sembra suggerire, tra le altre cose, la natura extraterritoriale e intergenerazionale degli obblighi di mitigazione del cambiamento climatico, ammettendo così che anche cittadini di Stati diversi dalla Germania possano essere titolari di posizioni giuridiche di vantaggio idonee a esser fatte valere dinanzi alle corti tedesche, specialmente in considerazione della possibilità di individuare un collegamento tra le emissioni prodotte in Germania e le conseguenze nocive percepite altrove³², anche se la Corte dimostra di non applicare concretamente tali principi nel caso di specie nei confronti di giovani ricorrenti nepalesi e bengalesi³³, come rilevano alcuni commentatori³⁴.

3. La *cross-fertilization* con la prassi della Corte interamericana

Sebbene la procedura si sia arrestata ben prima della disamina del merito della petizione, nondimeno si può notare che la decisione di inammissibilità accoglie il punto principale dell'argomentazione dei ricorrenti, ossia la configurabilità in astratto della responsabilità di uno Stato per conseguenze della propria condotta di mancata mitigazione del cambiamento climatico che si producono nel territorio di un altro Stato. L'aspetto principale dell'intera decisione è, infatti, relativo alla sussistenza della *jurisdiction*, intesa non già come competenza giurisdizionale, bensì come ambito di applicazione della Convenzione e degli obblighi da essa previsti. Ai sensi dell'art. 2 della Convenzione, gli Stati parte hanno l'obbligo di rispettare e garantire i diritti di ogni fanciullo sotto la propria giurisdizione. Tale disposizione è ulteriormente precisata dall'art. 5, par. 1, del Protocollo che stabilisce che il

³⁰ Comitato sui diritti del fanciullo, *Decision adopted by the Committee on the Rights of the Child under the Optional Protocol to the Convention on the Rights of the Child on a communications procedure in respect of Communication No. 107/2019*, UN Doc. CRC/C/88/D/107/2019, dell'8 ottobre 2021.

³¹ Corte costituzionale tedesca, sentenza del 24 marzo 2021, BvR 2656/18/1, BvR 78/20/1, BvR 96/20/1, BvR 288/20, BVerG.

³² *Ivi*, cit., par. 101, 175-178.

³³ *Ivi*, par. 173.

³⁴ J. BÄUMLER, *Sustainable Development made justiciable: The German Constitutional Court's climate ruling on intra- and inter-generational equity*, in *EJIL:Talk!*, dell'8 giugno 2021 www.ejiltalk.org.

Comitato è competente a ricevere le petizioni presentate da individui o gruppi di individui che si trovino sotto la giurisdizione di uno Stato parte («within the jurisdiction of a State party»). La nozione di giurisdizione appare, dunque, cruciale. Quella proposta dai ricorrenti intendeva la sovranità territoriale non già come uno schermo utile a proteggere gli Stati dall'insorgere di responsabilità per le violazioni dei diritti umani, ma piuttosto come il fondamento stesso dell'insorgenza di obblighi in materia di diritti dell'uomo.

Ora, ove la nozione di giurisdizione fosse interpretata in termini restrittivi, occorrerebbe concludere che solo quattro dei sedici ricorrenti si trovano sotto la giurisdizione di uno degli Stati convenuti, perché sono cittadini di quello Stato o vi risiedono. Tuttavia, che la nozione di giurisdizione ai sensi dei trattati in materia sui diritti umani non sia esclusivamente territoriale è ormai pacifico. Fin da pronunce più risalenti, infatti, la giurisprudenza della Corte EDU ha interpretato l'art. 1 della CEDU in maniera ampia³⁵, riscontrando la sussistenza della giurisdizione statale laddove lo Stato abbia una relazione di autorità, potere, o controllo effettivo rispetto a un individuo o a un territorio, anche su base meramente extraterritoriale. Anche la prassi recentissima del Comitato sui diritti umani³⁶ e dello stesso Comitato sui diritti del fanciullo³⁷ sposa un approccio analogo.

Tuttavia, la giurisprudenza menzionata atteneva a questioni radicalmente diverse rispetto all'eventuale sussistenza della giurisdizione in relazione a danni transfrontalieri derivanti dalla violazione degli obblighi internazionali in materia di cambiamento climatico. Ed infatti, nel caso di specie il Comitato ha chiarito preliminarmente che gli sviluppi giurisprudenziali e quasi-giurisprudenziali della Corte EDU e del Comitato dei diritti umani prendevano le mosse da vicende distinguibili da quelle di specie sotto il profilo fattuale. Ha affermato, infatti, «that jurisprudence was however developed and applied to factual situations which are ve-

³⁵ Corte EDU, decisione sulle eccezioni preliminari del 23 marzo 1995, ric. n. 15318/89, *Loizidou c. Turchia*; Corte EDU, sentenza del 16 novembre 2004, ric. n. 31821/96, *Issa e altri. c. Turchia*; Corte EDU, sentenza della Grande Camera del 7 luglio 2011, ric. n. 27021/2008, *Al Jeddah c. Regno Unito*. Per una ricognizione delle più recenti prospettive della Corte EDU circa la natura extraterritoriale della giurisdizione degli Stati parte alla CEDU, si vedano, *ex multis*, C. MALLORY, *A second coming of extraterritorial jurisdiction at the European Court of Human Rights?*, in *Questions of International Law*, 2021, p. 31 ss.; M. GIUFFRÈ, *A functional-impact model of jurisdiction: Extraterritoriality before the European Court of Human Rights*, in *Questions of International Law*, 2021, p. 53 ss.

³⁶ Si veda G. MINERVINI, *Extraterritorial Jurisdiction Before the Human Rights Committee: First Considerations on S.A. and Others v. Italy*, in *Diritti umani e diritto internazionale*, 2021, p. 575 ss.

³⁷ Comitato sui diritti del fanciullo, *Decision adopted by the Committee under the Optional Protocol to the Convention on the Rights of the Child on a communications procedure, concerning communications No- 79/2019 and No. 109/2019*, UN Doc. CRC/C/85/D/79/2019 e CRC/C/85/D/109/2019 del 2 novembre 2020.

ry different to the facts and circumstance of this case»³⁸, e sottolineato gli aspetti di novità della fattispecie, suscettibili di impartire una svolta ancora ulteriore all'interpretazione della nozione in questione, stabilendo «[t]he present communication raises novel jurisdictional issues of transboundary harm related to climate change»³⁹, come evidenziato anche in dottrina⁴⁰. Il riconoscimento di obblighi statali di natura extraterritoriale era stato fortemente osteggiato dagli Stati convenuti. In particolare, Francia e Argentina sostenevano l'insussistenza del requisito della giurisdizione in virtù del fatto che i ricorrenti non si trovavano sotto il controllo effettivo di autorità statali e men che meno all'interno del territorio nazionale. Concludevano, pertanto, che era impossibile dimostrare alcun nesso di causalità fra le condotte statali e le violazioni dei diritti umani discendenti da gravi eventi naturali ascrivibili al cambiamento climatico prodottesi in altre aree del pianeta.

Il Comitato, invece, ha scelto un'altra linea argomentativa, traendo ispirazione dal parere consultivo della Corte interamericana su ambiente e diritti umani⁴¹, che ha chiarito la portata degli obblighi in materia di diritti umani degli Stati parte in relazione alla protezione ambientale, illustrando compiutamente il contenuto e il senso del concetto di giurisdizione ai sensi della Convenzione americana. La richiesta di parere mirava, infatti, a comprendere se tale nozione potesse comprendere anche ipotesi di giurisdizione extraterritoriale. Il quesito posto dalla Colombia e riformulato dalla Corte mirava ad accertare se ai sensi dell'art. 1, par. 1, della Convenzione fosse possibile considerare una persona soggetta alla giurisdizione di uno Stato parte anche rispetto a violazioni dei diritti umani collegate alla materia ambientale perfezionate fuori dal territorio di quello Stato. La risposta in senso affermativo della Corte è fondata sulla considerazione secondo la quale a fronte di danno ambientale transfrontaliero dal quale discendono violazioni dei diritti umani, i titolari di questi ultimi vengono considerati sotto la giurisdizione dello Stato dal quale originano le condotte nocive a patto che sussistano tre elementi: (i) un nesso di causalità tra le condotte verificatesi all'interno del territorio di questo e le violazioni stesse; (ii) il controllo effettivo dello Stato su tali attività dannose; (iii) la prevedibilità degli effetti di tali condotte (e, con questi, delle vio-

³⁸ *Sacchi et al.*, cit., par. 10.4.

³⁹ *Ibid.*

⁴⁰ Si veda L. MAGI, *Cambiamento climatico e minori*, cit., p. 158, che considera questa precisa statuizione come una «chiara posizione d'avantgarde assunta dal Comitato».

⁴¹ Corte IADU, *Advisory Opinion OC 23/17* del 15 novembre 2017.

lazioni dei diritti umani da essi discendenti). A tali condizioni, le vittime di tali violazioni si considerano, dunque, pienamente sotto la giurisdizione dello Stato.

Sottolineando le peculiarità del caso di specie, relativo – lo si ripete – a ipotesi di danno transfrontaliero, il Comitato ha specificato che la nozione di giurisdizione non può non risentire dei particolari aspetti alla base della vicenda. In tale ambito, l'esistenza di un nesso di causalità tra la condotta avviata o conclusasi nel territorio dello Stato e le violazioni dei diritti umani subite da individui fuori dal territorio rappresentava una vera e propria cartina di tornasole in punto di responsabilità statale. In effetti, sono proprio questi elementi che consentono di dare un'interpretazione della nozione di giurisdizione adeguata alle sfide poste dal cambiamento climatico, e, pertanto, non incentrata sul territorio, ma necessariamente extra-territoriale.

Il ragionamento della Corte interamericana è stato dunque espressamente replicato *tel quel* nella decisione qui in esame, consentendo, così, al Comitato di riconoscere che i ricorrenti si trovano sotto la giurisdizione degli Stati convenuti. Il Comitato ha, infatti, adoperato il medesimo standard formulato dalla Corte con riferimento alla responsabilità extraterritoriale per danno ambientale. Il test è stato coerentemente incorporato in tre elementi: (i) il controllo effettivo sulle fonti delle emissioni nocive ad opera dello Stato nel cui territorio tali emissioni si sono prodotte, (ii) il nesso di causalità tra le condotte (attive o omissive) dello Stato di origine delle emissioni, da un lato, e le ripercussioni negative di tali emissioni sui diritti di fanciulli che si trovino al di fuori del territorio nazionale, dall'altro lato; (iii) la ragionevole prevedibilità del danno subito dalle vittime al momento in cui si sono verificate le condotte censurate. Questo passaggio è cruciale nella costruzione dell'argomentazione del Comitato e ha consentito all'istanza in questione di stabilire che, ai fini dell'art. 5.1 del Protocollo, è sufficiente, affinché i bambini siano ritenuti sotto la giurisdizione di uno Stato, che ci sia un nesso di causalità tra le azioni/omissioni dello Stato in questione e le conseguenze negative sui fanciulli che si trovano fuori dal territorio nazionale, sempre che lo Stato di origine delle condotte eserciti un controllo effettivo sulle fonti di queste e a patto che si riscontri la ragionevole prevedibilità degli effetti nefasti di tali condotte⁴².

Tutti e tre gli elementi sono stati, quindi, accertati dal Comitato nel caso di specie. In particolare, il Comitato ha rilevato che il controllo effettivo degli Stati sulle emissioni nocive si riscontra in ragione della capacità dello Stato di regolare le attività potenzialmente dannose attraverso i suoi strumenti tipici, quali la legi-

⁴² *Sacchi et al.*, cit., par. 10. 7.

slazione e l'attuazione coercitiva⁴³. L'elemento della prevedibilità del danno è stato interpretato qui in maniera ampia, non giungendo il Comitato a richiedere l'effettiva conoscenza, ma solamente l'accettazione generalizzata delle evidenze scientifiche ormai disponibili da anni circa l'impatto del cambiamento climatico sul godimento dei diritti umani. La prevedibilità è *in re ipsa* nel fatto che gli Stati conoscevano da tempo le conseguenze del cambiamento climatico. L'analisi della sussistenza di un nesso causale è particolarmente interessante. Il Comitato, facendo propri i criteri elaborati dalla Corte interamericana, ha richiesto un danno significativo, cioè percepibile, ancorché non catastrofico, fondato su una valutazione caso per caso. Quel che è più importante notare, però, è che l'esistenza di un nesso – *rectius*, di una catena – di causalità non è stata superata dalle difese degli Stati convenuti, incentrate sulla considerazione secondo la quale tutti gli Stati concorrono attraverso le emissioni ad aggravare il cambiamento climatico e a produrre gli eventi nefasti ad esso collegati e non sarebbe, pertanto, possibile ricostruire adeguatamente il nesso di causalità. Il Comitato ha, infatti, rilevato che, nell'ottica delle *common but differentiated responsibilities* previste dall'Accordo di Parigi, questa difesa è insostenibile⁴⁴, poiché ogni Stato è responsabile della propria quota di emissioni, indipendentemente dal fatto che tutti contribuiscono al prodursi e all'aggravarsi del fenomeno. La responsabilità dello Stato non viene, cioè, 'diluata' o 'annacquata', disperdendosi in una responsabilità collettiva. In altri termini, uno Stato non può ritenersi esente da responsabilità per il solo fatto che il cambiamento climatico rappresenta il risultato di un concorso di cause e condotte diverse, poiché la natura collettiva dell'origine del problema non cancella, dunque, le responsabilità individuali degli Stati, che, pur essendo comuni, sono differenziate.

Un elemento direttamente connesso a quello dell'ambito di applicazione della Convenzione (e da questo fortemente influenzato) è lo status di vittima. Tale ulteriore requisito di ammissibilità richiede, infatti, che i ricorrenti dimostrino – almeno *prima facie* – di essere direttamente interessati (*personally affected*) dalle condotte statali che producono le violazioni dei loro diritti. Nel caso di specie, il Comitato ha ammesso la sussistenza di tale requisito, riconoscendo che «the authors have (...) established that they have personally experienced a real and significant harm in order to justify their victim status». Ha fondato tale statuizione sulla considerazione secondo la quale i giovani vivono in maniera più 'intensa' gli effetti del cambiamento climatico, con i quali dovranno convivere per tutta la loro vita,

⁴³ *Ivi*, par. 10.9.

⁴⁴ *Ivi*, par 10.10.

risultando a pieno titolo, dunque, «particularly impacted by the effects of climate change». Si tratta di un passaggio concettuale molto importante, che consente di affermare che giovani ricorrenti che provengono dall'altra parte del mondo possono essere vittime di violazioni di diritti umani perpetrate da Stati di cui non hanno la cittadinanza e all'interno del cui territorio non si sono mai trovati in vita loro. Quest'affermazione così forte riposa sulla semplice osservazione secondo la quale tali Stati avrebbero concorso con le loro condotte al cambiamento climatico e ai fenomeni che da esso discendono. A ben vedere, ciò appare perfettamente coerente con il fatto che lo *status* di vittima richiede il prodursi di un danno che sia conseguenza di una condotta tenuta dallo o dagli Stati convenuti. Si conclude che, con riferimento alle violazioni dei diritti umani che discendono da condotte che hanno concorso ad aggravare il fenomeno attraverso l'aumento della concentrazione di gas nocivi nell'atmosfera, la nozione di *jurisdiction* ai sensi dell'art. 5 (che non può che essere necessariamente extraterritoriale) bene può ammettere che vi siano fanciulli vittime di violazioni commesse da Stati di cui non sono cittadini e nel cui territorio non si sono mai trovati. I ricorrenti sono stati riconosciuti vittime ai sensi dell'art. 5 in virtù del fatto che, stante la fragilità intrinseca connaturata alla giovane età, gli Stati si troverebbero a rivestire una posizione di garanzia, essendo quindi destinatari di obblighi di tutela rafforzata nei loro confronti⁴⁵. Bisogna però considerare che queste valutazioni vengono fatte dal Comitato in punto di ammissibilità. Nulla esclude che in sede di esame del merito, gli standard relativi alla causalità e alla prevedibilità sarebbero stati interpretati in maniera più stringente.

4. Conclusioni e prospettive future

La decisione qui esaminata è stata tacciata di eccessivo formalismo, poiché conferma che i requisiti previsti dal Protocollo non possono essere allentati o stemperati nemmeno in una situazione così impellente e grave come il cambiamento climatico. Tali critiche sottolineano che l'atteggiamento del Comitato sembra scaricare ancora una volta sulle spalle delle giovani generazioni il costo e l'onere di fronteggiare il cambiamento climatico e che la decisione in esame potrebbe rappresentare un disincentivo per gli Stati a prendere sul serio i loro obblighi pattizi in materia. Mentre in termini di politica del diritto si può senz'altro discutere

⁴⁵ *Ivi*, par. 9.13.

dell'opportunità per il Comitato di fornire risposte creative e forse concludere che un atteggiamento più coraggioso sarebbe stato auspicabile, nondimeno, all'esito di una valutazione tecnica, compiuta sulla base delle regole applicabili, la decisione del Comitato appare ragionevole e coerente con lo spirito della Convenzione, poiché ne abbraccia l'ottica di protezione pur rispettando i requisiti sostanziali e procedurali previsti per i reclami.

È possibile tentare di prevedere gli effetti che la decisione *Sacchi* produrrà nel prossimo futuro a vari livelli. Innanzitutto, la decisione segnala tra le righe la disponibilità dell'istanza in questione a valutare petizioni del tipo di quella qui in esame, compatibilmente, però, con i requisiti sostanziali e procedurali del caso⁴⁶. Quel che è più rilevante è che le statuizioni del Comitato sulla nozione di giurisdizione e lo status di vittime dei ricorrenti potranno essere esportate, citate, e adoperate in tanti altri casi pendenti dinanzi alle giurisdizioni interne, così come dinanzi alle istanze sovranazionali, tanto giurisdizionali quanto quasi-giurisdizionali, e molto spesso promosse da giovani ricorrenti⁴⁷. Basti pensare ad es. alla vicenda pendente dinanzi alla Corte EDU nel caso *Duarte Agostinho*⁴⁸, promossa da un piccolo gruppo di ragazzini portoghesi nei confronti di trentatré Stati parte della Convenzione. Come si comprenderà, la vicenda ha destato molta attenzione in sede governativa e intergovernativa, con la presentazione di un cospicuo numero di documenti a supporto della Corte da parte di diverse ONG, università, centri di ricerca, nonché di due Relatori speciali delle Nazioni Unite, tutti coinvolti a titolo di *amici curiae*.

Ancora, un altro effetto prodotto dalla vicenda in esame, già apprezzabile, è il progetto del Comitato di stilare un *General Comment*⁴⁹, dedicato appositamente al tema dei diritti di bambini e dell'ambiente, con un'attenzione particolare ai cambiamenti climatici. In conclusione, si può affermare che le aspettative della dottrina, che aveva già compreso che questa petizione sarebbe stata il battesimo del

⁴⁶ In questo senso, E. CARPANELLI, *Cambiamenti climatici e obblighi intergenerazionali dinanzi agli organi di controllo istituiti dai trattati sui diritti umani: alcune riflessioni alla luce della recente decisione di irricevibilità del Comitato dei diritti del fanciullo nel caso Sacchi et al. c. Argentina et al.*, in *Il diritto dell'economia*, 2021, p. 102 ss., p. 115.

⁴⁷ Per una panoramica, L. GRADONI, M. MANTOVANI, *No Kidding! Mapping Youth-Led Climate Change Litigation across the North-South Divide*, in *Völkerrechtsblog*, voelkerrechtsblog.org; E. DONGER, *Children and Youth in Strategic Climate Litigation: Advancing Rights through Legal Argument and Legal Mobilization*, in *Transnational Environmental Law*, 2022, p. 1 ss., p. 24 ss.

⁴⁸ Corte EDU, comunicazione del 2 settembre 2020, ric. n. 39371/20, *Duarte Agostinho e altri c. Portogallo e altri*.

⁴⁹ Si veda in proposito il comunicato stampa del 4 giugno 2021, www.ohchr.org.

fuoco⁵⁰ del Comitato, non sono state deluse. Sebbene, infatti, la particolare rilevanza dell'ambiente ai fini della realizzazione dei diritti dei bambini fosse stata adeguatamente messa in luce da altre istanze (si pensi solo al *General Comment* n. 36⁵¹ del Comitato sui diritti umani, dedicato al diritto alla vita, che al par. 62 afferma: «environmental degradation, climate change and unsustainable development constitute some of the most pressing and serious threats to the ability of present and future generations to enjoy the right to life»), nella decisione *Sacchi e altri* si è fatto un altro passo in avanti pur facendo (formalmente) un passo indietro.

⁵⁰ C. BAKKER, 'Baptism of fire?' *The first climate case before the UN Committee on the Rights of the Child*, in *Questions of International Law*, 2021, p. 5 ss.

⁵¹ Comitato dei diritti umani, *General comment No. 36 (2018) on article 6 of the International Covenant on Civil and Political Rights, on the right to life*, UN Doc. CCPR/C/GC/36 del 30 ottobre 2018.

La prevista censura dell'ergastolo ostativo non andrà in onda: al suo posto, «un invito al legislatore»

DIEGO MAURI*

SOMMARIO: 1. L'ergastolo ostativo, già contrario alla CEDU, «sarà» incostituzionale: l'ordinanza n. 97/2021 della Corte costituzionale. – 2. Le ragioni dello scalpore suscitato dall'ordinanza n. 97/2021: dal contenuto... – 3. ...alla forma: i precedenti esperimenti della «tecnica monitoria». – 4. L'ordinanza n. 97/2021 come strumento di esecuzione della sentenza *Marcello Viola c. Italia* (n. 2)... – 5. ...e sullo sfondo dell'obbligo di rispettare la Convenzione e del principio di sussidiarietà. – 6. Un bilancio finale sulla tecnica monitoria e sull'opportunità del suo impiego sul piano convenzionale.

ABSTRACT: Con l'ordinanza n. 97/2021, la Corte costituzionale ha sospeso il giudizio di costituzionalità sulle norme interne che impediscono all'ergastolano condannato per taluni delitti di accedere alla liberazione condizionale, intimando alle Camere di riformare l'istituto dell'ergastolo ostativo entro il 10 maggio 2022. Si tratta di una tecnica monitoria già sperimentata dalla Consulta, che però non cessa di sollevare dubbi e interrogativi sul piano interno. Sul piano internazionale, e segnatamente sul piano dei rapporti tra ordinamento italiano e sistema convenzionale, invece, questa tecnica è meno esplorata. Il presente contributo, collocata l'ordinanza n. 97/2021 sullo sfondo dell'esecuzione della sentenza resa dalla Corte EDU nel caso *Marcello Viola c. Italia* (n. 2), ne fornirà una giustificazione a partire non solo dall'obbligo di dare esecuzione alle pronunce convenzionali, ma anche e soprattutto dall'obbligo più generale di rispettare i diritti sanciti nella CEDU e alla luce del principio di sussidiarietà. Per quanto residuino critiche, l'ordinanza n. 97/2021 può essere quindi salutata con (cauto) favore, quantomeno nella prospettiva dei rapporti tra ordinamenti.

* Ricercatore in diritto internazionale, Università degli Studi di Palermo, diego.mauri@unipa.it. Il presente contributo è aggiornato ad aprile 2022; successivamente, nelle more del processo di referendum, la Corte costituzionale, con l'ordinanza del 10 maggio 2022, n. 122, ha disposto il rinvio della trattazione delle questioni di legittimità costituzionale all'udienza pubblica dell'8 novembre 2022, in considerazione del passaggio al Senato della Repubblica del disegno di legge contenente la riforma dell'ergastolo ostativo, approvato dalla Camera dei deputati. Sull'opportunità di tale decisione scriveranno altri, altrove.

PAROLE CHIAVE: ergastolo ostativo – CEDU – esecuzione delle sentenze della Corte EDU – rapporti tra ordinamenti – giudizio di costituzionalità – principio di sussidiarietà.

1. L'ergastolo ostativo, già contrario alla CEDU, «sarà» incostituzionale: l'ordinanza n. 97/2021 della Corte costituzionale

L'ordinanza della Corte costituzionale del 15 aprile 2021, n. 97 (d'ora in avanti anche solo ordinanza n. 97/2021)¹ è una di quelle pronunce destinate – sin dalla sua «anticipazione», come oramai d'abitudine, a mezzo di comunicato stampa diramato dalla Cancelleria di Palazzo della Consulta² – a far parlare di sé, sia per il contenuto oggetto della decisione sia per le forme della medesima³. E a ragione, dal momento che con tale atto la Corte costituzionale ha di fatto «messo in mora» le Camere, esortandole a riformare integralmente l'istituto del c.d. ergastolo ostativo⁴.

Se pertanto il titolare del potere legislativo non interverrà nel termine indicato (10 maggio 2022, ovvero di circa un anno dalla data di pubblicazione dell'ordinanza)⁵, la censura di costituzionalità delle norme impugnate, ad oggi solo «ventilata», non sarà più evitabile.

¹ Corte cost., ordinanza del 15 aprile 2021, n. 97, disponibile all'indirizzo www.cortecostituzionale.it.

² Disponibile all'indirizzo www.cortecostituzionale.it. Per un primo commento sulla prassi dei «comunicati stampa», e più in generale della recente tendenza alla «mediaticità» delle attività del Giudice delle leggi, si veda S. PAJNO, *La Corte "mediatica": aspetti positivi e profili problematici di una trasformazione in atto*, in *Questione giustizia*, 2020.

³ Tra i numerosi commenti pubblicati all'indomani della pronuncia, si vedano: E. DOLCINI, *L'ordinanza della Corte costituzionale n. 97 del 2021: eufonie, dissonanze, prospettive inquietanti*, in *Sistema Penale*, 2021, p. 1 ss.; D. GALLIANI, *Il chiaro e lo scuro. Primo commento all'ordinanza 97/2021 della Corte costituzionale sull'ergastolo ostativo*, in *Giustizia Insieme*, 2021; M. MASSA, *La terza incostituzionalità «prospettata» e la questione dell'ergastolo ostativo*, in *Nomos*, 2021, p. 1 ss.

⁴ Per un approfondimento sull'istituto penitenziario *de quo*, sia consentito un rimando, su tutti, a E. DOLCINI, *La pena detentiva perpetua nell'ordinamento italiano. Appunti e riflessioni*, in *Diritto Penale Contemporaneo – Rivista Trimestrale*, 2018, p. 1 ss.

⁵ È stato evidenziato come la fissazione del termine per l'«adempimento» a un anno (ciò che la Corte costituzionale ha fatto anche con riferimento agli unici due precedenti, come si vedrà meglio *infra*) non solo non sia «scritto nella pietra», ma sollevi anche diversi dubbi di opportunità: non è affatto detto – anzi, il fallimento delle riforme legislative intimate con riferimento ai precedenti pare dire il contrario – che il termine indicato dalla Corte corrisponda ai «tempi» delle Camere, luogo della decisione (ma ancor prima del dibattito) politico. Si veda *amplius* MASSA, *La terza incostituzionalità «prospettata» e la questione dell'ergastolo ostativo*, cit., p. 8 ss.

Con il presente contributo si intende fornire un primo commento all'ordinanza n. 97/2021 e alla tecnica «monitoria» adottata dalla Corte costituzionale, non già dal punto di vista del diritto interno, ma da quello – assai meno indagato – degli obblighi internazionali dell'Italia, segnatamente quelli, di natura pattizia, derivanti dalla Convenzione europea dei diritti dell'uomo (d'ora in avanti CEDU).

È noto, infatti, come l'attuale regime penitenziario dell'ergastolo ostativo abbia sollevato problemi di compatibilità convenzionale, come accertato dalla Corte EDU nell'ormai celebre caso *Marcello Viola c. Italia* (n. 2)⁶. Fu proprio il giudice di Strasburgo a segnalare l'opportunità di una modifica, preferibilmente per via legislativa, dei meccanismi di ostatività associati alla pena perpetua⁷. Con l'ordinanza n. 97/2021, la Corte costituzionale associa la propria intimazione a quella del giudice convenzionale.

Si procederà come segue. In prima battuta, si spiegheranno, seppur per sommi capi, le ragioni dello «scalpore» che l'ordinanza n. 97/2021 ha suscitato presso i commentatori italiani, sia dal punto di vista del contenuto (par. 2) sia dal punto di vista della forma (par. 3). Si proporrà poi una «terza via» per approcciarsi alla tecnica monitoria adottata dal giudice delle leggi: la si considererà come strumento capace di garantire l'esecuzione della sentenza *Marcello Viola c. Italia* (n. 2), come emerso nella procedura davanti al Comitato dei Ministri (par. 4). In tale veste (peraltro non inedita), la Corte costituzionale dà attuazione, per quanto gli compete, alla Convenzione nell'ordinamento italiano: si proverà a giustificare la tecnica monitoria sia a partire dall'art. 1 CEDU, sia alla luce del principio di sussidiarietà (par. 5). Si valuteranno, infine, i costi ed i benefici di tale tecnica, sempre nella prospettiva internazionale (par. 6).

2. Le ragioni dello scalpore suscitato dall'ordinanza n. 97/2021: dal contenuto...

In prima battuta, l'ordinanza n. 97/2021 ha suscitato diverse critiche con riferimento al proprio contenuto. Come già si è detto, oggetto della censura di costituzionalità è l'ergastolo ostativo in Italia, in modo specifico la compatibilità di tale istituto col dato normativo costituzionale e convenzionale. La questione, sollevata dalla Corte di cas-

⁶ Corte EDU, sentenza del 13 giugno 2019, ric. n. 77633/16, *Marcello Viola c. Italia* (n. 2).

⁷ *Ivi*, par. 144.

sazione, attiene agli artt. 4-*bis*, co. 1, e 58-*ter* della legge sull'ordinamento penitenziario, nella parte in cui escludono il condannato all'ergastolo per taluni delitti di stampo mafioso dalla possibilità di accedere al beneficio della liberazione condizionale ex artt. 176 ss. c.p..

Il giudice costituzionale evidenzia la necessità di superare il rigido (anzi, granitico) meccanismo di presunzioni assolute in tema di concessione di benefici penitenziari agli ergastolani condannati per taluni reati e non «collaboranti». L'articolato intreccio normativo di cui sopra presume infatti «socialmente pericoloso» il condannato alla pena perpetua per taluni delitti⁸ che scelga di non collaborare con le autorità: niente beneficio penitenziario senza collaborazione, per costoro.

Per il vero, tale meccanismo era già parzialmente mutato in seguito alla sentenza n. 253/2019 della Corte costituzionale, con la quale gli artt. 4-*bis*, co. 1, e 53 della legge sull'ordinamento penitenziario erano stati dichiarati incostituzionali nella parte in cui impedivano la concessione dei c.d. permessi premio agli ergastolani in regime ostativo⁹. Era questione di tempo prima che venisse sollevato il dubbio di costituzionalità della presunzione assoluta con riferimento ad altri istituti, tra i quali, appunto, la liberazione condizionale, che peraltro può condurre all'estinzione della pena.

Oltre alla sentenza n. 253/2019, nell'economia del percorso argomentativo seguito nell'ordinanza n. 97/2021 gioca un ruolo centrale la già richiamata sentenza resa dalla Corte EDU nel caso *Marcello Viola c. Italia* (n. 2)¹⁰, solo indirettamente richiamata nella sentenza n. 253/2019¹¹. Con quella pronuncia, infatti, il giudice convenzionale si era per la prima volta espresso sull'ergastolo ostativo «all'italiana», statuendo – con un solo giudice dissenziente – l'incompatibilità della presunzione assoluta di pericolosità dell'ergastolano non collaborante con il diritto a non essere sottoposto a trattamenti inumani e degradanti di cui all'art. 3 CEDU.

⁸ Figurano, in particolare, quelli di criminalità organizzata, ma anche – a seguito di recenti novelle legislative – fattispecie di natura corruttiva, di tenore ben diverso, com'è evidente, da forme di associazionismo di stampo mafioso. L'eterogeneità del novero di reati per i quali è in essere il meccanismo di ostatività suscita numerosi dubbi: si veda, su tutti, DOLCINI, *La pena detentiva perpetua nell'ordinamento italiano*, cit.

⁹ Corte cost., sentenza del 4 dicembre 2019, n. 253.

¹⁰ M. PELISSERO, *Verso il superamento dell'ergastolo ostativo: gli effetti della sentenza Viola c. Italia sulla disciplina delle preclusioni in materia di benefici penitenziari*, in *Quaderni di SIDIBlog*, 2019, p. 99 ss.; D. MAURI, *Nessuna speranza senza collaborazione per i condannati all'ergastolo ostativo? Un primo commento a Viola c. Italia*, in *Quaderni di SIDIBlog*, 2019, p. 88 ss.

¹¹ Ciò, in quanto i parametri di costituzionalità invocati in quella sede non includevano l'art. 117, co. 1, Cost. e, come norma interposta, l'art. 3 CEDU così come interpretato dalla Corte EDU nel caso *Marcello Viola c. Italia* (n. 2). La pronuncia convenzionale, infatti, era successiva all'ordinanza di rimessione che aveva originato quel giudizio di costituzionalità.

In un passaggio decisivo (non tanto per la vicenda del ricorrente, quanto piuttosto per il tema che oggi ci occupa), la Corte EDU riteneva che la violazione dell'art. 3 CEDU, riscontrata nel caso di specie, fosse in quanto tale indicativa di un «problème structurel» dell'ordinamento italiano¹². Tale circostanza era testimoniata dal numero di casi simili pendenti allora dinanzi alla Corte e dal presumibile numero di ricorsi che futuri ricorrenti avrebbero depositato. Di conseguenza, secondo il giudice convenzionale, la soluzione più adeguata sarebbe stata una riforma del regime ostativo «de préférence par initiative législative»¹³.

La collocazione «sistemica» di tali statuizioni all'interno della pronuncia non poteva essere più eloquente. La Corte EDU, infatti, parla al Legislatore italiano, con un fugace *a parte*, nella sezione dedicata all'applicazione dell'art. 46 CEDU, ove essa valuta se indicare allo Stato convenuto le misure individuali o generali da adottare per rimediare alla violazione accertata. La Corte EDU si astiene dall'indicare, come peraltro confermato dall'assenza di qualsiasi riferimento a esse nella parte dispositiva della pronuncia: le «invoca» soltanto, lasciando ampia discrezionalità alle autorità statali circa il *quomodo*.

L'ordinanza n. 97/2021, dal punto di vista del contenuto, segue fedelmente il percorso tracciato dalla Corte EDU, e comunque già calcato in precedenti arresti costituzionali. Da questo punto di vista, pertanto, può dirsi che l'ordinanza in commento suscita sì scalpore, ma non costituisce certo un *coup de théâtre* per molti tra i commentatori (che, infatti, avevano già iniziato a segnalare le frizioni della disciplina dell'ergastolo ostativo con le norme, interne e internazionali, a tutela dei diritti fondamentali)¹⁴. Anzi, non era difficile immaginare, proprio alla luce della giurisprudenza più recente, che la Corte costituzionale sarebbe stata incline ad allinearsi, senza troppe resistenze, all'indirizzo ermeneutico del giudice convenzionale¹⁵.

¹² Corte EDU, *Marcello Viola c. Italia* (n. 2), cit., par. 141.

¹³ *Ivi*, par. 143.

¹⁴ Si vedano, con riferimento al dibattito internazionalistico, F. VIGGIANI, *Viola n. 2: la mancata collaborazione quale automatismo legislativo, lesivo della dignità dell'ergastolano ostativo*, in *Diritti umani e diritto internazionale*, 2019, p. 646 ss.; G. MINERVINI, *Viola v. Italy: A First Step towards the End of Life Imprisonment in Italy*, in *Italian Yearbook of International Law*, 2020, p. 217 ss.; E. MOTTESE, *Ergastolo e diritti umani nella prospettiva del diritto internazionale ed europeo*, in *Diritti umani e diritto internazionale*, 2020, p. 55 ss. Per un'analisi più in generale della compatibilità dell'ergastolo con il rispetto dei diritti fondamentali, si vedano invece N. BERNAZ, *Life Imprisonment and the Prohibition of Inhuman Punishments in International Human Rights Law: Moving the Agenda Forward*, in *Human Rights Quarterly*, 2013, p. 470 ss.; D. MAURI, *Life Imprisonment Without Prospect of Release: Comparative Remarks from a Human-Rights Perspective*, in *Diritto Pubblico Comparato ed Europeo Online*, 2019, p. 2479 ss.

¹⁵ Si veda, in questo senso, D. MAURI, «Scacco» all'ergastolo ostativo: brevi note a margine della pronuncia della Corte europea dei diritti dell'uomo nel caso *Viola c. Italia* (n. 2) e del suo impatto nell'ordinamento italiano, in *Osservatorio sulle Fonti*, 2019, p. 1 ss.

3. ...alla forma: i precedenti esperimenti della «tecnica monitoria»

Una seconda ragione alla base dello «scalpore» che l'ordinanza n. 97/2021 ha suscitato nei commentatori è legata alla forma della decisione e al delicato rapporto che una pronuncia simile – in verità non inedita, come si dirà più avanti – disegna tra giudice delle leggi e «autore» delle leggi.

Si tratta della scelta procedurale di rinviare, con un'ordinanza meramente interlocutoria, la trattazione della causa di circa un anno, con conseguente sospensione del giudizio *a quo* (pendente davanti alla Corte di cassazione, su ricorso avverso il Tribunale di sorveglianza dell'Aquila), così da dare tempo alle Camere di legiferare *comme il faut*. In altre parole, la Corte «decide che deciderà»¹⁶, ma non subito: prima, essa dà tempo al titolare della funzione legislativa per l'esercizio delle prerogative che gli sono proprie. E comunque, non manca di fornire a questi – spesso indolente, talora distratto – solidi argomenti circa la (in-)costituzionalità sospetta della normativa sottoposta a scrutinio: ad avviso di chi scrive, colgono nel segno quanti osservano che questo genere «ibrido»¹⁷ di pronunce «si scrive ordinanza, ma si legge sentenza»¹⁸.

I precedenti in cui la Corte costituzionale ha fatto ricorso a questa tecnica si contano, letteralmente, sulle dita di una mano. La prima volta è stata in occasione del notissimo «caso Cappato», in materia di suicidio assistito¹⁹. Con riferimento a questo caso, per inciso, non sarebbe esagerato parlare di un vero e proprio «scandalo» suscitato, all'epoca della sua pubblicazione, tra la maggior parte degli autori²⁰. Il secondo caso è rappresentato dall'ordinanza del 9 giugno 2020, n. 132: oggetto della questione di legittimità costituzionale, questa volta, erano le fattispecie incriminatrici del reato di diffamazione a mezzo stampa, di sospetta compatibilità

¹⁶ A. MAZZOLA, *Decide che deciderà! La Corte costituzionale torna a adoperare la tecnica inaugurata con il “caso Cappato”*, in *Consulta Online*, 2020, p. 545 ss.

¹⁷ A. RUGGERI, *Venuto alla luce alla Consulta l'incrocio costituzionale (a margine della ordinanza n. 207 del 2018 sul caso Cappato)*, in *Consulta Online*, 2016, p. 571 ss.

¹⁸ U. ADAMO, *La Corte è ‘attendista’... «facendo leva sui propri poteri di gestione del processo costituzionale». Nota a Corte cost., ord. n. 207 del 2018*, in *Forum dei Quaderni Costituzionali*, 2018, p. 1 ss.

¹⁹ Corte cost., ordinanza del 24 ottobre 2018, n. 207; Corte cost., sentenza del 25 settembre 2019, n. 242. Per un commento, si rimanda a R. BARTOLI, *L'ordinanza della Consulta sull'aiuto al suicidio: quali scenari futuri?*, in F.S. MARINI, C. CUPELLI, *Il caso Cappato a margine dell'ordinanza della Corte costituzionale n. 207 del 2018*, Napoli, 2019, p. 1 ss.

²⁰ Lo confermano, seppur indirettamente, i quasi cinquanta commenti che aprono il testo online dell'ordinanza n. 207/2018: si veda www.giurcost.org.

con talune norme costituzionali e, per il tramite dell'art. 117, co. 1, Cost., con l'art. 10 CEDU, così come interpretato dalla Corte EDU²¹.

Su questa seconda pronuncia, data l'incidenza della giurisprudenza convenzionale, è opportuno spendere qualche parola. La giurisprudenza di Strasburgo è pressoché univoca nel ritenere la previsione della pena detentiva per tali reati, salvo casi eccezionali, un'ingerenza sproporzionata nel diritto alla libera espressione del pensiero²². L'ordinanza n. 132/2020 indugia in una precisa illustrazione degli argomenti alla base di tale indirizzo giurisprudenziale²³; dopodiché – forte di ulteriori atti sempre di provenienza europea, tra cui alcune risoluzioni dell'Assemblea Parlamentare e del Comitato dei Ministri del Consiglio d'Europa – i giudici costituzionali rilevano come «una complessiva rimediazione del bilanciamento» degli interessi in gioco (tutela penale della reputazione *versus* tutela del diritto fondamentale) esiga il necessario intervento del legislatore²⁴.

Come nella precedente ordinanza n. 207/2018, la Corte costituzionale «mette in mora» il Legislatore, rinvia l'udienza e mantiene sospesi i procedimenti *a quibus*. E come nella precedente, in assenza dell'intervento legislativo entro il termine indicato nell'ordinanza, la Corte costituzionale dichiara l'illegittimità costituzionale di talune delle disposizioni censurate, non mancando comunque di ribadire «la necessità ... di una complessiva riforma della disciplina vigente»²⁵.

Insomma, in entrambi i precedenti menzionati la tecnica monitoria non è riuscita a produrre l'effetto cui essa era preordinata. Al netto di tale insuccesso, sembrano condivisibili i dubbi e lo scetticismo di quanti si interrogano circa le possibili alterazioni degli assetti istituzionali che un impiego crescente della tecnica potrebbe produrre. Sul versante interno (e cioè, dell'equilibrio tra poteri dello Stato), che il giudice delle leggi imponga «termini» e «tempi» alle Camere nonché, di riflesso, all'Esecutivo è un fenomeno suscettibile di assumere tratti patologici²⁶.

²¹ Corte cost., ordinanza del 9 giugno 2020, n. 132; sentenza del 22 giugno 2021, n. 150.

²² Si vedano, ad es., Corte EDU, sentenza del 24 settembre 2013, ric. n. 43612/10, *Belpietro c. Italia*; sentenza del 7 marzo 2019, ric. n. 22350/13, *Salusti c. Italia*.

²³ Corte cost., ordinanza del 9 giugno 2020, n. 132, cit., par. 6.1 del *Considerato in diritto*.

²⁴ *Ivi*, par. 7 ss. del *Considerato in diritto*.

²⁵ Corte cost., sentenza del 22 giugno 2021, n. 150, cit., par. 10 del *Considerato in diritto*. Per un commento sulla sostanza della vicenda *de qua*, si veda A. CARDONE, *Le ordinanze di rimessione, la definizione del thema decidendum e il decismum*, in *Consulta Online*, 2022, p. 242 ss.

²⁶ Si vedano R. ROMBOLI, *Il nuovo tipo di decisione in due tempi ed il superamento delle 'rime obbligate': la Corte costituzionale non terza, ma unica camera dei diritti fondamentali?*, in *Foro italiano*, 2020, col. 2565; R. PINARDI, *La Corte e il suo processo: alcune preoccupate riflessioni su un tema di rinnovato interesse*, in *Giurisprudenza costituzionale*, 2019, p. 1797 ss.

Tornando al caso dell'ergastolo ostativo, va registrato che, in data 31 marzo 2022, la Camera dei Deputati ha approvato la proposta di legge C.3106 (*Ferraresi e altri*) che unisce in sé altre proposte avanzate nei mesi successivi alla pubblicazione della sentenza *Marcello Viola c. Italia (n. 2)* e che finalmente introduce una riforma dell'istituto penitenziario nel senso indicato dalla Corte costituzionale (e, di riflesso, dalla Corte EDU). In questa sede, non è possibile anticipare alcun commento sul contenuto della riforma, né tantomeno sull'eventualità che tale proposta venga votata, senza sostanziali emendamenti, dal Senato.

Una duplice circostanza, tuttavia, non può essere ignorata. Da un lato, e segnatamente *ex latere Legislatoris*, l'adozione del progetto di legge è scandito, nei suoi passaggi, dai richiami alla giurisprudenza della Corte costituzionale, tra cui figura anche l'ordinanza n. 97/2021²⁷: segnale che la tecnica monitoria, a differenza dei due precedenti, parrebbe aver sortito, seppur ancora parzialmente, i propri effetti, avendo accelerato l'esame di proposte di legge quantomeno da parte di una Camera. Dall'altro lato, e cioè quello del giudice delle leggi, l'udienza del 10 maggio 2022 segnerà un momento senza precedenti: per la prima volta, infatti, la Corte costituzionale si troverà a dover rendere la propria decisione sulla normativa vigente, mentre questa è in corso di ridefinizione da parte del Legislatore. Si farà valere la scadenza del termine indicato («perentorio», a questo punto), oppure si adotterà una seconda ordinanza interlocutoria che, accertati gli «sforzi» legislativi e saggiatine l'idoneità a conformarsi ai canoni costituzionali (e, in via mediata, quelli convenzionali), assegni alle Camere un... «termine di grazia»?

Al netto di tali considerazioni e dell'esito che questa vicenda avrà (su cui si potrà tornare in futuro), quel che qui interessa è valutare la tecnica monitoria non già a partire dal suo successo o dalle modalità con cui essa sarà declinata nella prassi costituzionale, bensì dal punto di vista del rispetto, da parte dell'Italia in quanto «soggetto» di diritto internazionale, degli obblighi derivanti dalla CEDU.

4. L'ordinanza n. 97/2021 come strumento di esecuzione della sentenza *Marcello Viola c. Italia (n. 2)*...

Vi è quindi una terza ragione che rende questa pronuncia (e, più in generale, questo «genere» di pronunce) di elevatissimo interesse, in particolare per chi si occupi

²⁷ Si veda, in particolare, il parere reso dalla I Commissione Permanente: Camera dei Deputati, Proposte di legge n. 1951, n. 3106, n. 3184, n. 3315, disponibile all'indirizzo www.documenti.camera.it.

di rapporto tra ordinamenti. Non si tratta, a ben vedere, del ben noto filone del «dialogo tra Corti»²⁸, dal momento che tale dialogo lascia in un angolo proprio quell'istituzione che questo genere di pronunce ha la capacità di chiamare in campo, ovvero il Legislatore.

Nel rivolgersi direttamente al titolare della funzione legislativa, esse (pronunce) posseggono un potenziale recondito, che deve ora essere illuminato: la loro idoneità a garantire l'esecuzione di sentenze della Corte EDU anche «oltre» il caso di specie. In altre parole, adottando la tecnica monitoria, la Corte costituzionale finisce per concorrere, in una con altri poteri dello Stato, a dare esecuzione a specifiche pronunce del giudice convenzionale nell'ordinamento giuridico interno e ad allineare, più in generale, l'ordinamento giuridico interno al diritto convenzionale.

Per meglio portare alla luce questo carattere nascosto, occorre ritornare rapidamente al contenuto dell'ordinanza n. 97/2021. Il diritto e la giurisprudenza convenzionali – poco più che circostanziali nell'ordinanza n. 207/2018, più preponderanti nell'ordinanza n. 132/2020 – sono qui, per così dire, al proprio *zenit*. Dopo aver minuziosamente ripercorso i precedenti giudizi della Corte EDU²⁹, il giudice costituzionale prende atto delle discrasie tra normativa penitenziaria ad oggi in vigore (pur al lordo della caducazione del divieto di concessione dei permessi premio provocata dalla sentenza n. 253/2019) e diritti convenzionalmente e costituzionalmente garantiti. Dopodiché – riecco il tratto caratterizzante di queste ordinanze «di nuovo genere» –, afferma l'esigenza che il bilanciamento degli interessi in gioco sia compiuto dal Legislatore³⁰.

Ma il passaggio che più ci interessa è il seguente: se quanto detto sinora è vero (com'è vero), non è un caso – affermano i giudici delle leggi – che, nella sentenza *Marcello Viola c. Italia (n. 2)*, la stessa Corte EDU abbia diagnosticato un «problema strutturale», da trattare con una riforma della normativa di riferimento «di preferenza per iniziativa legislativa»³¹. Circa le modalità di accertamento di tale difetto strutturale, anche alla luce della prassi più recente della Corte³², non si è fatto

²⁸ Si veda, sia pure per un altro «universo narrativo», L. GRADONI, *Il dialogo tra Corti, per finta*, in *Quaderni di SIDIBlog*, 2017-2018, p. 5 ss.; ID., *Incontro al limite*, in *Quaderni di SIDIBlog*, 2017-2018, p. 58 ss.

²⁹ Corte cost., ordinanza del 15 aprile 2021, n. 97, cit., par. 4 del *Considerando in diritto*.

³⁰ *Ivi*, par. 9 del *Considerando in diritto*.

³¹ *Ibidem*.

³² Più in generale su questo tipo di violazioni e sugli effetti in punto di rimedi, si vedano i lavori monografici di A. CANNONE, *Violazione di carattere sistemico e Convenzione europea dei diritti dell'uomo*,

ricorso alla procedura c.d. pilota (di cui alla Regola 61 del Regolamento della Corte). Tuttavia, la sentenza contiene un'affermazione adamantina circa l'idoneità della violazione accertata ad «auto-replicarsi» per un numero indefinito di volte. Infatti, la presunzione assoluta di pericolosità sociale dell'ergastolano non collaborante vale, in principio, per tutti i condannati che espiano la pena in tale regime ostativo. Si può parlare, allora, di sentenza «quasi-pilota»: manca sì l'indicazione di misure generali nel dispositivo, ma nella parte motiva il difetto strutturale e l'opportunità di una riforma legislativa sono indicati *expressis verbis*.

La Corte costituzionale guarda dunque agli organi convenzionali, che a propria volta ricambiano. L'ordinanza n. 97/2021, e il monito che essa contiene, sono infatti ben noti a Strasburgo.

Si veda, innanzitutto, il procedimento in fase di esecuzione. La procedura davanti al Comitato dei Ministri conferma la natura della violazione accertata: il caso, infatti, viene subito classificato come «structural problem»³³. Il Governo italiano, nel proprio piano di azione depositato l'8 settembre 2020³⁴, indicava del resto – oltre alle misure individuali da adottare per porre un termine alla violazione dei diritti del ricorrente vittorioso – come, sul piano interno, importanti passi in avanti verso l'adozione di misure generali fossero già stati adottati.

Si tratta di sviluppi avvenuti sia a livello giurisprudenziale, con la pubblicazione della già citata sentenza n. 253/2019 della Corte costituzionale, sia a livello legislativo, con l'approvazione del Rapporto della Commissione parlamentare di inchiesta sul fenomeno delle mafie e sulle altre associazioni criminali, anche straniere, e con la presentazione di talune proposte di legge³⁵. Sia il ricorrente, sia il Governo, sia pure l'organizzazione non governativa *Nessuno tocchi Caino* hanno comunicato al Comitato dei Ministri l'avvenuta pubblicazione dell'ordinanza n. 97/2021, la quale pure, da par suo, dà conto della procedura di monitoraggio dell'esecuzione³⁶.

Anche la Corte EDU, in un caso recentemente comunicato al Governo italiano, ha preso atto dell'ordinanza n. 97/2021 – nonché dei progetti di legge pendenti avanti le Camere – e ha quindi domandato all'Esecutivo «a informer la Cour

Bari, 2018, e di A. SACCUCCI, *La responsabilità internazionale dello Stato per violazioni strutturali dei diritti umani*, Napoli, 2018.

³³ Si veda www.hudoc.exec.coe.int.

³⁴ Rappresentanza permanente d'Italia presso il Consiglio d'Europa, *Plan d'action*, 7 settembre 2020, DH-DD(2020)784.

³⁵ *Ibidem*.

³⁶ Corte cost., ordinanza del 15 aprile 2021, n. 97, cit., par. 9 del *Considerando in diritto*.

des progrès de ces propositions et des autres interventions, en particulier celles de nature législative, visant à modifier l'*ergastolo ostativo*³⁷.

Per concludere, il quadro tratteggiato mostra come le due Corti, ad oggi, si stiano scrutando (e studiando) da lontano, senza «dialogare», quantomeno direttamente, tra di loro. Entrambe, quando parlano, si rivolgono però al medesimo interlocutore, ovvero il Legislatore, di cui attendono le mosse prima di assumere, alla faticosa data del 10 maggio 2022, le proprie (e conseguenti) determinazioni.

5. ...e sullo sfondo dell'obbligo di rispettare la Convenzione e del principio di sussidiarietà

Vista da questa angolatura, e cioè come strumento teso a garantire l'esecuzione di una sentenza della Corte EDU che accerti l'esistenza di un difetto strutturale dell'ordinamento interno, l'ordinanza n. 97/2021 si pone in continuità con la prassi esistente, pur contenendo elementi di novità.

Non nuovo, per cominciare, è il ruolo dei giudici interni nel dare esecuzione alle pronunce convenzionali anche oltre il caso di specie. Ciò accade, frequentemente, su impulso dei c.d. «fratelli minori» dei ricorrenti vittoriosi a Strasburgo, ovvero di individui che, pur versando nella medesima situazione di questi ultimi, non sono (più) nelle condizioni di sottoporre le proprie doglianze al giudice convenzionale, ad es. poiché è già spirato il termine previsto per il ricorso, ovvero sono in attesa (spesso da molto tempo) di una pronuncia sul proprio ricorso. In questi casi, sono spesso (ma non sempre: casi di «resistenza» si sono recentemente registrati)³⁸ i giudici comuni che, applicando il diritto interno, rimediano a una situazione di fatto in contrasto con precedenti arresti della Corte EDU.

Talora, in quei casi in cui la prospettata violazione dipende dall'esistenza e quindi dall'applicazione di norme di legge, a dare esecuzione a una pronuncia convenzionale anche oltre il caso di specie provvede non il giudice comune, bensì la Corte costituzionale.

³⁷ *Lizgio c. Italia*, comunicazione del 20 gennaio 2022, ric. n. 9944/20.

³⁸ È il caso dei c.d. «fratelli minori» di Bruno Contrada: i giudici di legittimità hanno negato, sulla base di un'argomentazione non interamente giustificabile, l'estensione della sentenza convenzionale a quanti si trovassero nella medesima situazione del ricorrente vittorioso a Strasburgo. Si veda, per un commento, D. MAURI, *An Only Child without "Younger Brothers": Contrada v. Italy (No. 3) and the Never-Ending Saga of the Relationship between Italian Courts and the ECtHR*, in *Italian Yearbook of International Law*, 2020, p. 481 ss.

Tanto è avvenuto, ad es., nell'ambito della vicenda *Scoppola*. In quel caso la Corte EDU, accertata la violazione degli artt. 6 e 7 CEDU (si trattava di una condanna all'ergastolo in luogo di trent'anni di reclusione), indicava – facendo leva sull'art. 46 CEDU – la misura individuale della sostituzione della pena comminata con quella convenzionalmente legittima³⁹. Il singolo ricorrente-condannato otteneva tale sostituzione dai giudici di legittimità mediante lo strumento dell'incidente di esecuzione⁴⁰, ciò che consentiva la riparazione dell'illecito commesso nei propri confronti.

La violazione, però, sottintendeva un difetto strutturale dell'ordinamento italiano, che dipendeva direttamente dalla vigenza (e dunque dall'applicazione) di una norma di legge: senza espungerla dall'ordinamento, quella avrebbe continuato a produrre situazioni di fatto incompatibili con la Convenzione. Pur in assenza di misure generali indicate (o anche solo invocate) dalla Corte EDU⁴¹, il dubbio circa l'esigenza di correggere tale difetto sorgeva in capo alla Corte di cassazione (altra analogia col caso odierno), che formulava questione di legittimità costituzionale delle norme interne rilevanti alla luce dei parametri offerti dagli artt. 3 (e cioè del principio di eguaglianza) e 117, co. 1, Cost. (in relazione all'art. 7 CEDU).

Con la sentenza n. 210/2013, la Corte costituzionale accoglieva (alcune del)le questioni di legittimità costituzionali prospettate, dichiarava l'incostituzionalità delle norme invocate e, così facendo, finiva per garantire un rimedio (non... richiesto, almeno espressamente) a coloro che si trovavano nella medesima situazione di *Scoppola*, ma che non avevano fatto ricorso a Strasburgo⁴². Il difetto strutturale rilevato nel nostro ordinamento dalla Corte EDU, che intaccava il rispetto dei diritti dei «fratelli minori» del ricorrente vittorioso a Strasburgo, veniva così, per il tramite di una declaratoria di incostituzionalità «secca», corretto una volta per tutte.

Il precedente della sentenza n. 210/2013 è più conferente di quanto non si possa credere. In un passaggio di notevole importanza e che qui è opportuno riprodurre per intero, affermava il giudice delle leggi: «non è necessario che le sentenze della Corte EDU specificino le “misure generali” da adottare per ritenere che esse, pur discrezionalmente configurabili, costituiscono comunque una necessaria conseguenza della violazione strutturale della CEDU da parte della legge na-

³⁹ Corte EDU, sentenza del 17 settembre 2009, ric. n. 10249/03, *Scoppola c. Italia* (n. 2).

⁴⁰ F. VIGANÒ, *Una prima pronuncia delle Sezioni Unite sui “fratelli minori” di Scoppola: resta fermo l'ergastolo per chi abbia chiesto il rito abbreviato dopo il 24 novembre 2000*, in *Diritto Penale Contemporaneo*, 2012, p. 1 ss.

⁴¹ Corte EDU, *Scoppola c. Italia* (n. 2), cit., par. 149.

⁴² Corte cost., sentenza del 18 luglio 2013, n. 210.

zionale. Quando ciò accade è fatto obbligo ai poteri dello Stato, ciascuno nel rigoroso rispetto delle proprie attribuzioni, di adoperarsi affinché gli effetti normativi lesivi della CEDU cessino»⁴³.

Ciò è sicuramente vero pure nel caso odierno, in cui la Corte EDU ha *di fatto* accertato un difetto strutturale nell'ordinamento italiano, pur senza adottare espressamente misure generali ai sensi dell'art. 46 CEDU. La mancata indicazione di tali misure non implica affatto, come si è visto, che l'Italia non sia tenuta a rimediare a tale difetto; anzi, la successiva fase di esecuzione sembra far propendere per la soluzione opposta.

Resta da accertare, al più, quale possa essere la fonte di tale obbligo, posto che difficilmente si potrebbe ricavarlo dall'art. 46 CEDU. Sul piano internazionale, si potrebbe fare ricorso al (generalissimo) obbligo di garantire il rispetto dei diritti sanciti nella Convenzione, condensato all'art. 1 CEDU. Posto che un individuo (che sia «fratello minore» o meno) versa nella medesima situazione di un ricorrente vittorioso a Strasburgo, e appurato che all'origine di tale situazione di fatto in contrasto con la Convenzione vi sia una norma legislativa, spetta allo Stato «nel suo complesso» agire per rimuovere tale violazione⁴⁴. Diversa è la questione circa l'esistenza di un obbligo di pari contenuto sul piano interno (*in primis*, costituzionale), ciò su cui il dibattito scientifico italiano sta ancora riflettendo⁴⁵.

Impregiudicato quanto sinora osservato, ci si potrebbe chiedere perché la Corte non abbia adottato sin da subito una sentenza di incostituzionalità, ciò che avrebbe realizzato l'immediata correzione del difetto strutturale dell'ordinamento, tramite l'espunzione delle norme all'origine di tale difetto. Rimangono infatti diverse perplessità: come hanno segnalato taluni, la scelta monitoria finisce comun-

⁴³ *Ivi*, par. 7.2 del *Considerato in diritto*.

⁴⁴ Per un'analisi sulla natura convenzionale dell'obbligo, in questi casi, di adeguarsi alle norme della CEDU così come interpretate dalla Corte, si rimanda a O.M. ARNARDÓTTIR, *Res Interpretata, Erga Omnes Effect and the Role of the Margin of Appreciation in Giving Domestic Effect to the Judgment of the European Court of Human Rights*, in *European Journal of International Law*, 2017, p. 819 ss.

⁴⁵ Per la specifica questione del rapporto tra «esecuzione» di specifiche sentenze convenzionale e più generale adattamento all'interpretazione della Convenzione così come operata dalla Corte EDU, si rimanda a B. RANDAZZO, *Interpretazione delle sentenze della Corte europea dei diritti ai fini dell'esecuzione (giudiziarie) e interpretazione della sua giurisprudenza ai fini dell'applicazione della CEDU*, in *Rivista AIC*, 2015, p. 1 ss. Si vedano inoltre, per il più generale tema dell'esecuzione della CEDU nell'ordinamento italiano, i contributi derivanti da un recente seminario organizzato dal Gruppo di interesse DIEDI (Diritto interno e diritto internazionale) della SIDI: A. GIANELLI, *Dalla disapplicazione di norme confliggenti alla mancata applicazione di norme vincolanti*; D. RUSSO, *Sulla diretta applicabilità della CEDU nel giudizio di cassazione*; A. CARDONE, *La diretta applicabilità della CEDU nella giurisprudenza comune tra (apparenti) ritorni al passato e nuove dimensioni problematiche*; L. ACCONCIAMESSA, F. TAMMONE, *Diretta applicabilità dei trattati nell'ordinamento italiano. Quo vadis?*, tutti in *Diritti umani e diritto internazionale*, 2022.

que per protrarre nel tempo una situazione di fatto già giudicata in frizione con la Costituzione e, per effetto dell'art. 117, co. 1, Cost., con l'art. 3 CEDU, un diritto annoverato tra quelli assoluti, non suscettibili di deroga e parte del *noyau dur* dei diritti protetti dalla Convenzione⁴⁶.

La ragione, per il vero, è evidente ed è legata all'elevata «posta in gioco» dell'ergastolo ostativo: il superamento di questo istituto, mezzo ritenuto di grande utilità per la lotta alla criminalità organizzata, tocca scelte di politica criminale di carattere generale, oltre che di primissimo piano. Per questo motivo, invece di smantellarlo con un tratto di penna, la Corte costituzionale ha optato per la «messa in mora» del Legislatore, replicando l'invocazione già formulata dal giudice convenzionale e – a differenza di quest'ultimo – intimando una riforma entro un termine preciso.

In aggiunta all'art. 1 CEDU, la tecnica monitoria sperimentata dalla Corte costituzionale può allora essere inquadrata nell'ancor più generale principio di sussidiarietà che, prima e dopo l'adozione del Protocollo n. 15, ispira i rapporti tra Convenzione e ordinamenti interni degli Stati parte⁴⁷. A mente di tale principio, sono gli organi interni, in quanto «più vicini» alla situazione fattuale cui porre rimedio, a dover prendere le misure necessarie per prevenire il consolidamento di una violazione della CEDU⁴⁸.

L'invito della Corte costituzionale al Legislatore, benché fonte di dubbi e resistenze sul piano interno per tutte le ragioni già viste⁴⁹, racchiude dentro di sé l'esigenza che due organi dello Stato italiano, più vicini alla situazione di fatto incompatibile con la Convenzione, collaborino per porvi fine.

6. Un bilancio finale sulla tecnica monitoria e sull'opportunità del suo impiego sul piano convenzionale

⁴⁶ Così DOLCINI, *L'ordinanza della Corte costituzionale n. 97 del 2021: eufonie, dissonanze, prospettive inquietanti*, in *Sistema Penale*, cit.; GALLIANI, *Il chiaro e lo scuro. Primo commento all'ordinanza 97/2021 della Corte costituzionale sull'ergastolo ostativo*, cit.

⁴⁷ Su cui la letteratura, internazionalistica e non, è notoriamente sconfinata; si veda, tra i molti, B. CONFORTI, *Principio di sussidiarietà e Convenzione europea dei diritti umani*, in *Rivista internazionale dei diritti dell'uomo*, 1994, p. 42 ss.

⁴⁸ Per un commento sui *pro* e i *contra* di questo genere di ordinanze, si veda più estesamente D. MAURI, *A New Technique for Implementing ECtHR Judgments: Will It Work? The Corte Costituzionale "Urges" the Houses to Reform the Ergastolo Ostativo*, in *The Italian Review of International and Comparative Law*, 2021, p. 361 ss.

⁴⁹ M. PICCHI, *Un nuovo richiamo allo spirito di leale collaborazione istituzionale nel rispetto dei limiti delle reciproche attribuzioni: brevi riflessioni a margine dell'ordinanza n. 132/2020 della Corte costituzionale*, in *Osservatorio sulle Fonti*, 2020, p. 1411 ss.

A conclusione di quanto detto sinora, l'ordinanza n. 97/2021 – e, più in generale, il «genere» di ordinanze che la Corte costituzionale pare avere ormai ufficialmente inaugurato – può essere salutata con (cauto) favore. Essa si giustifica, quantomeno, nell'ottica di dare attuazione tanto all'obbligo di rispettare i diritti sanciti nella Convenzione quanto al principio di sussidiarietà, quando si abbia a che fare con sentenze della Corte EDU che intimino (o anche solo invochino) l'adozione di misure generali, a riparazione di un difetto strutturale dell'ordinamento.

È bene ricordare che, sul piano internazionale, destinatario di obblighi – e quindi responsabile in caso di loro violazione – è lo Stato-apparato, cioè nel complesso degli organi che lo compongono e che partecipano all'esercizio del potere di governo. Se è vero, come si è visto, che l'interlocutore nelle procedure convenzionali (di merito e in punto di esecuzione) è, inevitabilmente, il potere esecutivo, ciò non toglie che anche altri organi statali possano concorrere all'adempimento dell'obbligo di garantire l'esecuzione di sentenze della Corte EDU e, più in generale, di adeguare l'ordinamento interno alla Convenzione.

Rispetto a tali forme di «cooperazione» tra organi interni, il sistema convenzionale assume una posizione, per così dire, neutra o indifferente: le può al più incoraggiare, come ha fatto nel caso *Marcello Viola c. Italia* (n. 2), sempre nel rispetto del margine di apprezzamento di cui gli Stati, ai suoi occhi, godono.

Rimane ovviamente fermo che, ove gli organi interni non riuscissero a collaborare in modo efficace e si tardasse a rimediare al difetto strutturale, la responsabilità, sul piano convenzionale, continuerebbe a gravare non su questo o quell'organo costituzionale (Camere, Corte costituzionale, giudici comuni), ma sullo Stato italiano nel suo complesso.

Il ‘cambio di pelle’ della Consulta: la Corte costituzionale fra diritti fondamentali e garanzia dei principi europei alla luce delle ordinanze nn. 216 e 217 del 2021

SAMUELE BARBIERI*

SOMMARIO: 1. Introduzione. – 2. Le ordinanze nn. 216 e 217 del 2021: fra potenziali controlimiti e attuazione della decisione quadro. – 3. La ‘restaurazione’ del giudice penale e la ‘garanzia’ della Consulta. – 4. Il ‘cambio di pelle’ del giudice costituzionale: da giudice dei controlimiti e dei diritti (solo) costituzionali a giudice delle ‘parole comuni’ e garante del primato del diritto dell’Unione. – 5. Osservazioni conclusive: il dialogo tramite il rinvio pregiudiziale quale ‘chiusura del sistema’.

ABSTRACT: Con le ordinanze nn. 216 e 217 del 2021 la Corte costituzionale interroga in via pregiudiziale la Corte di giustizia sulle possibilità di rifiutare l’esecuzione di un mandato d’arresto europeo nel caso in cui questa conduca alla violazione di diritti fondamentali. L’incontro fra il modello di doppia pregiudiziale inaugurato con la sentenza n. 269 del 2017 e l’utilizzo dell’art. 267 TFUE per dialogare con i giudici del Kirchberg pone la Corte costituzionale in un nuovo scenario: non più e non solo giudice dei diritti costituzionali (nazionali) ma costruttrice dello *standard* comune dei diritti a livello europeo e garante dei principi europei nell’ordinamento interno. Un atteggiamento della Consulta che, in qualche modo, controbilancia la “diffidenza” delle giurisdizioni penali la quale sembra emergere dalle rimessioni delle questioni di costituzionalità. Il dato da cogliere dalle due ordinanze è, dunque, il “cambio di pelle” della Consulta.

PAROLE CHIAVE: Corte costituzionale – doppia pregiudiziale – rinvio pregiudiziale – controlimiti – mandato d’arresto europeo – diritti fondamentali.

* Dottorando di ricerca in Diritto dell’Unione europea e ordinamenti nazionali, Università degli Studi di Ferrara, samuele.barbieri@unife.it.

1. Introduzione

Quando si commentarono i due ormai celebri *obiter dicta* contenuti nella sentenza n. 269 del 2017¹ si sottolineò come ci si trovasse dinanzi ad un ‘cambio di passo’², intendendosi tale espressione utile per qualificare la deviazione della Corte costituzionale dall’ormai tracciato *cammino comunitario*³. In tale pronuncia la Corte stabilì che nel caso di doppia pregiudiziale, qualora una norma nazionale violi un diritto fondamentale tutelato sia dalla Costituzione sia dalla Carta dei diritti fondamentali dell’Unione europea (d’ora in avanti «CDFUE»), il giudice comune avrebbe dovuto sollevare prioritariamente una questione di costituzionalità⁴. A

¹ Corte cost., sentenza del 14 dicembre 2017, n. 269. Il celebre *obiter dictum* è contenuto al punto 5.2 *considerato in diritto*. Sulla sentenza, *ex multis*: F. DONATI, *La questione prioritaria di costituzionalità: presupposti e limiti*, in *Federalismi.it*, 2021, p. 1 ss.; G. MARTINICO, G. REPETTO, *Fundamental Rights and Constitutional Duels in Europe: An Italian Perspective on Case 269/2017 of the Italian Constitutional Court and Its Aftermath*, in *European Constitutional Law Review*, 2019, p. 731 ss.; A. TIZZANO, *Sui rapporti tra giurisdizioni in Europa*, in *Il Diritto dell’Unione europea*, 2019, p. 9 ss.; D. TEGA, *La sentenza n. 269 del 2017 e il concorso di rimedi giurisdizionali costituzionali ed europei*, in *Forum di Quaderni costituzionali*, 24 gennaio 2018; R. MASTROIANNI, *Da Taricco a Bolognesi passando per la Ceramica Santi’Agostino: il difficile cammino verso una nuova sistemazione del rapporto tra Corte e Corti*, in *Osservatorio sulle fonti*, 2018; L.S. ROSSI, *La sentenza 269/2017 della Corte costituzionale italiana: obiter “creativi” (o distruttivi?) sul ruolo dei giudici italiani di fronte al diritto dell’Unione europea*, in *Federalismi.it*, 2018; C. SCHEPISI, *La Corte costituzionale e il dopo Taricco. Un altro colpo al primato e all’efficacia diretta?*, in *Il Diritto dell’Unione europea – Osservatorio Europeo*, 31 dicembre 2017; A. GUZZAROTTI, *Un “atto interruttivo dell’usucapione” delle attribuzioni della Corte costituzionale? In margine alla sentenza n. 269/2017*, in *Forum di Quaderni costituzionali*, 18 dicembre 2017.

² Cfr. C. CARUSO, *La Corte costituzionale riprende il «cammino comunitario»: invito alla discussione sulla sentenza n. 269 del 2017*, in *Forum di Quaderni costituzionali*, 18 dicembre 2017: «Forse la più rilevante pronuncia in tema di rapporti tra diritto interno e ordinamento sovranazionale dopo n. 170 del 1984, la sentenza n. 269 del 2017 si candida ad inaugurare una nuova fase del “cammino comunitario” della giurisprudenza costituzionale».

³ Secondo la celebre espressione di P. BARILE, *Il cammino comunitario della Corte*, in *Giurisprudenza costituzionale*, 1973, p. 2406 ss.

⁴ Nel celebre *obiter dictum* del punto 5.2 *considerato in diritto* della sentenza n. 269/2017, la Corte costituzionale ritiene di pervenire ad un tale intervento sui rapporti tra diritto interno e diritto dell’Unione europea in quanto «[u]na precisazione si impone alla luce delle trasformazioni che hanno riguardato il diritto dell’Unione europea e il sistema dei rapporti con gli ordinamenti nazionali dopo l’entrata in vigore del Trattato di Lisbona», e segnatamente l’acquisto di un valore giuridico pari ai trattati da parte della Carta di Nizza per il tramite dell’art. 6, par. 1 TUE. Dato che quest’ultima gode di un «contenuto di impronta tipicamente costituzionale», con la conseguenza che le sue norme «intersecano in larga misura i diritti e i principi garantiti dalla Costituzione italiana e dalle altre Costituzioni nazionali degli Stati membri», nei casi di doppia pregiudiziale («laddove una legge sia oggetto di dubbi di illegittimità tanto in riferimento ai diritti protetti dalla Costituzione italiana, quanto in relazione a quelli garantiti dalla Carta») è necessario che il giudice comune sollevi una questione di legittimità costituzionale, potendo meglio la sentenza con effetti *erga omnes* della Consulta garantire i diritti della persona. Quella realizzata dalla Corte costituzionale è un’inversione del rapporto fra le pregiudiziali comunitaria e costituzionale rispetto allo ‘schema’ precedente (così definita da G. SCACCIA, *L’inversione della “doppia pregiudiziale” nella sentenza della Corte costituzionale n. 269 del 2017: presupposti teorici e problemi applicativi*, in *Forum di Quaderni costituzionali*, 25 gennaio 2018).

seguito di ulteriori precisazioni intervenute nella giurisprudenza del giudice delle leggi⁵, si è consolidato un nuovo modello relazionale – definito «*sistema 269 temperato*»⁶ – tra la Corte costituzionale, il giudice comune e la Corte di giustizia. Tale modello subiva un ‘temperamento’ attraverso due principali interventi: da una parte, il previo coinvolgimento della Consulta non era più definito obbligatorio bensì si stabiliva la discrezionalità della scelta del giudice di sollevare prioritariamente una questione di legittimità costituzionale nei casi di doppia pregiudiziali-

Infatti, nel sistema che aveva sino a quel momento retto i rapporti fra ordinamenti, codificato sin dalla sentenza *Granital* (Corte cost., sentenza dell'8 giugno 1984, n. 170), la Corte costituzionale servava la propria competenza a sindacare la compatibilità della norma nazionale con il diritto comunitario solo nei casi di norme non direttamente efficaci o applicabili oppure nell'ipotesi eccezionale dei controlimiti («i principi supremi dell'ordinamento costituzionale italiano», Corte cost., sentenza del 27 dicembre 1973, n. 183, punto 3 *considerato in diritto*). La pregiudiziale comunitaria assurgeva, dunque, a «*sprius* logico e giuridico» (Corte cost., sentenza del 13 luglio 2007, n. 284), tale per cui prima di sollevare una questione di legittimità costituzionale per asserita incompatibilità della norma nazionale con gli artt. 11 e 117, co I Cost., il giudice comune dovrebbe ‘risolvere’ la questione di compatibilità con il diritto dell'Unione. Tale soluzione si imponeva giacché la non applicazione della norma nazionale nel procedimento *a quo* faceva venir meno il fondamentale requisito della *rilevanza* della questione di costituzionalità. In tale modello al giudice comune era demandato un ruolo cruciale come emerge da Corte cost., ordinanza del 29 dicembre 1995, n. 536: «è invece il giudice rimettente, il quale allegghi, come nella specie, la norma comunitaria a presupposto della censura di costituzionalità, a doversi far carico - in mancanza di precedenti puntuali pronunce della Corte di giustizia - di adire quest'ultima per provocare quell'interpretazione certa ed affidabile che assicuri l'effettiva (e non già ipotetica e comunque precaria) rilevanza e non manifesta infondatezza del dubbio di legittimità costituzionale circa una disposizione interna che nel raffronto con un parametro di costituzionalità risenta, direttamente o indirettamente, della portata della disposizione comunitaria». Sul rapporto fra le pregiudiziali, v. M. CARTABIA, *Considerazioni sulla posizione del giudice comune di fronte a casi di “doppia pregiudizialità”, comunitaria e costituzionale*, in *Il Foro italiano*, 1997, p. 222 ss. e F. GHERA, *Pregiudiziale comunitaria, pregiudiziale costituzionale e valore di precedente delle sentenze interpretative della Corte di giustizia*, in *Giurisprudenza costituzionale*, 2000, p. 1193 ss.

⁵ Si fa riferimento a Corte cost., sentenza del 21 febbraio 2019, n. 20; sentenza del 21 marzo 2019, n. 63; sentenza del 10 maggio 2019, n. 112; ordinanza del 10 maggio 2019, n. 117; sentenza del 5 febbraio 2020, n. 11; sentenza del 9 marzo 2020, n. 44; ordinanza del 30 luglio 2020, n. 182; sentenza del 26 novembre 2020, n. 254; sentenza del 30 luglio 2021, n. 182; sentenza del 25 gennaio 2022, n. 19. Nelle successive precisazioni la Corte costituzionale – oltre ad aver definito discrezionale (e non obbligatoria) la precedenza accordata alla questione di costituzionalità e all'aver confermato l'accoglimento pieno, senza riformulazioni, dei criteri *Melki* (v. *infra* nota 8) – ampliò la portata materiale del suo intervento, affermando in particolare nella sentenza n. 20/2019 che il proprio scrutinio si estende anche a quei casi di doppia pregiudiziale in cui il parametro rispetto al quale valutare la compatibilità comunitaria sia costituito non direttamente dalla norma della CDFUE ma da norme di una direttiva le quali contengano principi che «ne forniscono specificazione o attuazione, ma anche nel senso, addirittura inverso, che essi hanno costituito ‘modello’ per quelle norme, e perciò partecipano all'evidenza della loro stessa natura» (punto 2.1 *considerato in diritto*).

⁶ Cfr. C. AMALFITANO, *Il dialogo tra giudice comune, Corte di Giustizia e Corte costituzionale dopo l'obiter dictum della sentenza n. 269/2017*, in *Osservatorio sulle fonti*, 2019, p. 20.

tà⁷; dall'altra parte, spariva «l'interpolazione»⁸ del terzo criterio *Melki*⁹, mediante il quale pareva che la Consulta mirasse alla cristallizzazione della sua interpretazione del diritto fondamentale, impedendo che a seguito della pronuncia il giudice potesse disapplicare (*rectius, non applicare* dalla prospettiva del giudice delle leggi) la norma nazionale, utilizzando eventualmente il rinvio pregiudiziale per interrogare la Corte di giustizia; una tale possibilità sembrava, infatti, relegata agli «altri profili»¹⁰ non esaminati nel giudizio in via incidentale.

⁷ Corte cost., sent. n. 20/2019, *cit.*, punto 2.3 *considerato in diritto*: «[l]a “prima parola” che questa Corte, per volontà esplicita del giudice a quo, si accinge a pronunciare sulla disciplina legislativa censurata è pertanto più che giustificata dal rango costituzionale della questione e dei diritti in gioco (enfasi aggiunta)».

⁸ Così C. AMALFITANO, *Il dialogo tra giudice comune, Corte di Giustizia e Corte costituzionale*, *cit.*, p. 6. Tale temperamento è particolarmente evidente nella sent. n. 63/2019, *cit.*, punto 4.3 *considerato in diritto*: «a questa Corte non può ritenersi precluso l'esame nel merito delle questioni di legittimità costituzionale sollevate (...) e ciò fermo restando il potere del giudice comune di procedere egli stesso al rinvio pregiudiziale alla Corte di giustizia UE, anche dopo il giudizio incidentale di legittimità costituzionale, e – ricorrendone i presupposti – di non applicare, nella fattispecie concreta sottoposta al suo esame, la disposizione nazionale in contrasto con i diritti sanciti dalla Carta».

⁹ CGUE, sentenza del 22 giugno 2010, cause riunite C-188/10 e C-189/10, *Melki e Abdeli*. Interrogata in via pregiudiziale dalla *Cour de cassation* francese al fine di comprendere se l'incidente di costituzionalità introdotto nel 2009 in Francia (*question prioritaire de constitutionnalité* o «QPC», introdotta dalla Loi organique n. 2009-1523 du décembre 2009) fosse compatibile con il principio del primato e con l'art. 267 TFUE, la Corte di giustizia ritenne compatibile con il diritto dell'Unione un sistema di controllo incidentale di costituzionalità della legge – in qualche modo “attenuando *Simmenthal*”, v. R. MASTROIANNI, *La Corte di giustizia e il controllo di costituzionalità: Simmenthal revisited?*, in *Giurisprudenza costituzionale*, 2014, p. 4089 ss. – al rispetto di tre condizioni (punto 57): il giudice deve essere libero a) *in qualunque fase del procedimento*, anche al termine del giudizio incidentale di costituzionalità, di sottoporre alla Corte di giustizia *qualsiasi questione pregiudiziale* che ritenga necessaria; b) di assumere qualsiasi *misura necessaria tesa a tutelare in via provvisoria i diritti conferiti dal diritto dell'Unione*; c) di *disapplicare*, al termine del procedimento incidentale di costituzionalità, la norma nazionale qualora la ritenga contraria al diritto dell'Unione. Sul punto si rimanda a M. BOSSUYT, W. VERRIJDT, *The Full Effect of EU Law and of Constitutional Review in Belgium and France after the Melki Judgment*, in *European Constitutional Law Review*, 2011, p. 355 ss. e F.-X. MILLET, *La “question prioritaire de constitutionnalité” e il dialogo a singhiozzo tra giudici in Europa*, in *Giornale di diritto amministrativo*, 2011, p. 139 ss. Va ricordato che la Corte di giustizia anche successivamente ebbe l'occasione di ribadire e precisare tali condizioni. Si fa riferimento a CGUE, sentenza dell'11 settembre 2014, causa C-112/13, *A c. B*. È opportuno ribadire che la questione pregiudiziale alla base della sentenza del giudice di Lussemburgo da ultimo richiamata veniva formulata dalla suprema giurisdizione austriaca per valutare la compatibilità con il diritto dell'Unione europea (segnatamente con il principio di equivalenza) della giurisprudenza inaugurata dal *Verfassungsgerichtshof* (Corte costituzionale) con la sentenza *VjGH*, sentenza del 14 marzo 2012, VfSlg 19.632/2012, pronuncia richiamata esplicitamente dalla Consulta nell'*obiter dictum* della sentenza n. 269/2017: «in senso analogo, del resto, si sono orientate altre Corti costituzionali nazionali di antica tradizione». Sulla sentenza *A c. B*, si veda M. DE VISSER, *Juggling Centralized Constitutional Review and EU Primacy in the Domestic Enforcement of the Charter: A v. B*, in *Common Market Law Review*, 2015, p. 1309 ss. e D. PARIS, *Constitutional Court as Guardians of EU Fundamental Rights? Centralised Judicial Review of Legislation and the Charter of Fundamental Rights of the EU*, in *European Constitutional Law Review*, 2015, p. 389 ss.

¹⁰ Corte cost., sent. n. 269/2017, *cit.*, punto 5.2 *considerato in diritto*.

Le recenti ordinanze nn. 216¹¹ e 217 del 2021¹², con le quali i giudici di Palazzo della Consulta interrogano in via pregiudiziale la Corte di giustizia riguardo al bilanciamento fra i diritti fondamentali e il funzionamento del mandato d'arresto europeo (di seguito «MAE»)¹³, si collocano in questo scenario e rappresentano il sintomo di un vero e proprio *'cambio di pelle'* della Consulta (più che di un mero cambio di passo), indice di un mutamento del ruolo che ambisce a ritagliarsi nel dialogo multilivello tra Corti: non più (solo) baluardo dei controlimiti e garante dei diritti costituzionali, ma costruttrice, in un'ottica di piena collaborazione con i giudici del Kirchberg, dello standard europeo di tutela dei diritti fondamentali. Un atteggiamento *propositivo* che scongiura, almeno sino ad ora, i potenziali rischi di un 'arroccamento' del sindacato accentrato di costituzionalità. Infatti, nelle righe di entrambe le ordinanze in parola è possibile leggere un clima di profonda e non scontata apertura manifestato dalla Consulta, un clima che si contrappone invece alla *disillusione* verso il dialogo con la Corte di giustizia nella materia penale delle giurisdizioni nazionali, quale emerge dall'atteggiamento tenuto dai giudici *a quo*. Ne discende un quadro in chiaroscuro, fra 'restaurazione' del giudice penale e difesa dei principi europei da parte del giudice costituzionale, che si palesa nelle differenze tra le questioni di costituzionalità poste dai rimettenti (seppur con diverse sfumature) e la saggia formulazione dei quesiti pregiudiziali.

Il presente contributo non si soffermerà tanto sugli aspetti sostanziali delle due ordinanze della Consulta quanto sul ruolo che essa ambisce ad assumere nel dialogo sui diritti fondamentali con il giudice dell'Unione. Nelle pagine che seguono, dopo aver brevemente ripercorso le ordinanze di rimessione delle Corti di Appello di Milano¹⁴ e di Bologna¹⁵ (par. 2), lette in controluce alle diverse argomentazioni della Consulta (par. 3), si sosterrà come le due ordinanze in parola – perfettamente collocate in un atteggiamento di sempre maggiore apertura verso la Corte di giustizia e di familiarità nell'utilizzo dell'art. 267 TFUE – siano il segno

¹¹ Corte cost., ordinanza del 18 novembre 2021, n. 216.

¹² Corte cost., ordinanza del 18 novembre 2021, n. 217.

¹³ Decisione quadro 2002/584/GAI del Consiglio, del 13 giugno 2002, relativa al mandato d'arresto europeo e alle procedure di consegna tra Stati membri - Dichiarazioni di alcuni Stati membri sull'adozione della decisione quadro. L'attuazione in Italia della decisione quadro è realizzata con la l. 22 aprile 2005, n. 69, recante «Disposizioni per conformare il diritto interno alla decisione quadro 2002/584/GAI del Consiglio, del 13 giugno 2002, relativa al mandato d'arresto europeo e alle procedure di consegna tra Stati membri».

¹⁴ Corte App. Milano, sez. V penale, ordinanza del 17 settembre 2020, iscritta al n. 194 in GU 1° Serie Speciale, Corte costituzionale, n. 2 del 13 gennaio 2021.

¹⁵ Corte App. Bologna, sez. I penale, ordinanza del 27 ottobre 2020, iscritta al n. 42 in GU 1° Serie Speciale, Corte costituzionale, n. 15 del 14 aprile 2021.

di un ‘cambio di pelle’ della Corte costituzionale rispetto al processo di integrazione e che trova recente e preziosa conferma nella sentenza n. 67 del 2022¹⁶ (par. 4). Un mutamento della sua natura che, se certo non inizia oggi con le due ordinanze in commento, obbliga l’interprete a ripensare il ruolo della Corte costituzionale e a interrogarsi sulle sue implicazioni in ordine al rapporto fra ordinament

2. Le ordinanze nn. 216 e 217 del 2021: fra potenziali controlimiti e attuazione della decisione quadro

Il problema comune alla base delle due ordinanze è quello della possibilità per l’autorità giudiziaria di rifiutare l’esecuzione di un MAE, quando ciò comporti una violazione dei diritti della persona: il conflitto, dunque, fra mutuo riconoscimento e diritti fondamentali¹⁷. Tale bilanciamento viene realizzato dalla stessa decisione quadro 2002/584/GAI, i cui artt. 3, 4, e 4-bis prevedono un complesso elenco di ipotesi di rifiuto, obbligatorie o facoltative, che gli Stati membri dovevano (o potevano) recepire nel proprio ordinamento. In relazione a tali norme rilevanti nei procedimenti principali si sottolinea un diverso atteggiamento dei giudici rimettenti.

Nel caso alla base dell’ordinanza n. 216, la Corte d’Appello di Milano dubita della legittimità costituzionale degli artt. 18 e 18-bis della l. n. 69 del 2005 (che attua in Italia la decisione quadro 2002/584/GAI) nella misura in cui non ricomprendono la possibilità di rifiutare un MAE (nella specie un MAE c.d. ‘processuale’, diretto all’esercizio dell’azione penale) nell’ipotesi in cui la persona sia affetta da una patologia psichica cronica e grave che suggerisce di non procedere a misure di carcerazione preventiva, facoltà questa non codificata né a livello nazionale e neppure nella decisione quadro. Il rimettente avanza una serie di censure basate

¹⁶ Corte cost., sentenza dell’11 marzo 2022, n. 67.

¹⁷ Sul tema della relazione fra i diritti fondamentali e mutuo riconoscimento nel caso della decisione quadro sul mandato d’arresto europeo, si vedano, *ex multis*, L.S.ROSSI, *Fiducia reciproca e mandato d’arresto europeo. Il ‘Salto nel buio’ e la rete di protezione*, in *Freedom, Security & Justice: European legal Studies*, 2021, p. 1 ss.; J.R. SPENCER, *Il principio del mutuo riconoscimento*, in E. KOSTORIS (a cura di), *Manuale di procedura penale europea*, Milano, 2019, p. 341 ss.; C. GRANDI (a cura di), *V. Mitsilegas, Justice and Trust in the European Legal order. The Copernicus Lectures*, Napoli, 2016, in particolare pp. 3-39; K LENAERTS, *The Principle of Mutual Recognition in the Area of Freedom, Security and Justice*, in *Il Diritto dell’Unione europea*, 2015, p. 528 ss.; C. AMALFITANO, *Mandato d’arresto europeo: reciproco riconoscimento vs diritti fondamentali?*, in R. MASTROIANNI, D. SAVY (a cura di), *L’integrazione europea attraverso il diritto processuale penale*, Napoli, 2013, p. 39 ss.; M. PEDRAZZI (a cura di), *Mandato d’arresto europeo e garanzie della persona*, Milano, 2004.

esclusivamente sui parametri costituzionali interni, nella specie gli artt. 2 e 32 Cost. (violazione del diritto alla salute), l'art. 3 Cost. (violazione del principio d'uguaglianza, data l'analoga possibilità di rifiuto presente all'art. 705, co. II, lett. c-bis) c.p.p. in materia di procedimento estradizionale) e l'art. 111 Cost. (la durata ragionevole del processo, che sarebbe minata da una potenzialmente illimitata sospensione dell'esecuzione del MAE ad opera del presidente della Corte d'Appello o di un magistrato da esso delegato ai sensi dell'art. 23 della l. n. 69 del 2005). Lo standard dei diritti fondamentali dell'Unione e, con esso, le norme della CDFUE, nonché della stessa decisione quadro, non vengono minimamente considerati dal giudice milanese, il che poteva portare al rischio dell'invocazione di diritti costituzionali capaci di bloccare l'operatività del meccanismo del MAE, dato che la l. n. 69 del 2005 altro non rappresenta che l'attuazione della decisione quadro 2002/584/GAI¹⁸.

Nel suo 'cambio di pelle', da giudice dei diritti nazionali a giudice dei diritti (anche) europei, la Consulta interroga la Corte di giustizia, chiedendo se l'art. 1, par. 3 della decisione quadro (secondo cui l'interprete deve applicare le norme ivi previste conformemente al rispetto dei diritti fondamentali), letto alla luce degli artt. 3, 4 e 35 CDFUE, permetta all'autorità giudiziaria di esecuzione di rifiutare un MAE a causa di una patologia cronica e irreversibile dell'interessato. Nel tentativo di preservare il principio del mutuo riconoscimento, la Consulta suggerisce ai giudici del Kirchberg di estendere ai casi di possibili violazioni del diritto alla salute¹⁹ i meccanismi enucleati dalla giurisprudenza europea a partire dalla sentenza *Aranyosi e Căldăraru*²⁰, dove, dinanzi a deficienze strutturali del sistema pro-

¹⁸ Si veda S. BARBARESCHI, *Tra scudo e fendente: la Corte costituzionale fa valere il diritto inviolabile alle cure nello spazio giuridico europeo. Considerazioni a margine dell'ord. n. 216 del 2021*, in *Nomos*, 2021, in particolare pp. 8-10, il quale anche sottolinea come non vi sia un riferimento ai parametri europei nell'ordinanza di remissione. Tuttavia l'Autore spiega tale assenza alla luce di considerazioni quali la non difformità tra la norma europea e nazionale (non prevedendo entrambe alcun motivo di rifiuto, obbligatorio o facoltativo, del MAE per ragioni di salute) e la mancanza di un *vulnus* al principio del mutuo riconoscimento, non essendovi un problema di violazione dei diritti della persona da parte dello Stato membro di emissione.

¹⁹ Sulla norma, si veda G. DI FEDERICO, *Articolo 35*, in R. MASTROIANNI, O. POLLICINO, S. ALLEGREZZA, F. PAPPALARDO, O. RAZZOLINI (a cura di), *Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea*, Milano, 2017, p. 664 ss. Inoltre, va ricordato che il diritto alla salute è emerso anche quale motivo ostativo al rimpatrio del cittadino dello Stato terzo in CGUE, sentenza del 18 dicembre 2014, causa C-562/13, *Abdida*.

²⁰ Come sottolineato da C. AMALFITANO, M. ARANCI, *Mandato di arresto europeo e due nuove occasioni di dialogo tra Corte costituzionale e Corte di giustizia*, in *Sistema Penale*, 2022, p. 17, la Consulta è ben consapevole e rende manifesto che il meccanismo enucleato dalla Corte di giustizia nella sentenza *Aranyosi e Căldăraru* non poteva essere utilizzato dal giudice comune, essendo palese che la situazione dinanzi ad esso non era quella di una carenza sistemica dello Stato di emissione in grado di violare i

cessuale o penitenziario dello Stato di emissione, la Corte di giustizia ha permesso che fra le autorità giudiziarie degli Stati membri si instauri un'interlocazione volta ad ottenere e ricevere informazioni e rassicurazioni sul rispetto dei diritti fondamentali nello specifico caso, prima di interrompere, eventualmente, la procedura di consegna. Un atteggiamento *propositivo* del giudice costituzionale che sembra sentirsi perfettamente a suo agio nel dialogo pregiudiziale, rispondendo fra l'altro alle attese della Corte di giustizia. Infatti, secondo quanto affermato nelle raccomandazioni ai giudici nazionali, «il giudice del rinvio può anche indicare sinteticamente il *suo punto di vista sulla risposta da dare alle questioni pregiudiziali sottoposte*. Tale indicazione risulta utile alla Corte, in particolare quando essa è chiamata a decidere sulla domanda nell'ambito di un procedimento accelerato [che in entrambe le ordinanze della Corte costituzionale viene richiesto] o di un procedimento d'urgenza»²¹.

Un passaggio dell'ordinanza disvela ancor di più l'importanza dell'intervento della Corte. Infatti, secondo la difesa dell'imputato, già gli artt. 1 e 2 della l. n. 69 del 2005 (sia nel testo previgente applicabile *ratione temporis* che nell'attuale formulazione ad opera del d.lgs. n. 10 del 2021) permetterebbero al giudice di non dare esecuzione ad un MAE nel caso di violazioni dei diritti fondamentali, *in primis* quelli previsti dalla Costituzione. In primo luogo, la Consulta ribadisce che sarebbe contrario all'essenza stessa del MAE opporre il proprio *standard* di tutela del diritto alla salute di cui agli artt. 2 e 32 Cost., ponendolo come *condicio sine qua non* dell'applicabilità del principio del mutuo riconoscimento:

diritti del singolo. Infatti in CGUE, sentenza del 5 aprile 2016, cause riunite C-404/15 e C-659/15, *Aranyosi e Căldăraru* (in particolare, si vedano i punti 91-94), la Grande Sezione aveva interpretato la decisione quadro nel senso che l'autorità di esecuzione di un MAE è legittimata a rifiutarlo se – in presenza di elementi oggettivi che denotino nell'ordinamento dell'autorità di emissione carenze sistemiche o generalizzate che colpiscono determinati gruppi o che sono relative ai suoi centri di detenzione o all'intero apparato detentivo dello Stato, dopo aver richiesto le informazioni rilevanti all'autorità di emissione – sussiste il rischio che la persona oggetto di MAE subisca trattamenti inumani e degradanti, secondo la lettera dell'art. 4 CDFUE. Come emerge dalle Spiegazioni – nonché dalla giurisprudenza della Corte di giustizia oltre che dalla stessa ordinanza di rinvio pregiudiziale n. 216/2021 della Corte – la norma riproduce il contenuto dell'art. 3 CEDU e ne conserva, pertanto, «significato e portata» (così le Spiegazioni) in virtù del dettato dell'art. 52, par. 3 CDFUE. Sulla sentenza, si veda G. ANAGOSTARAS, *Mutual Confidence is Not Blind Trust! Fundamental Rights Protection and the Execution of the European Arrest Warrant: Aranyosi and Caldăraru*, in *Common Market Law Review*, 2016, p. 1675 ss.; N. LAZZERINI, *Gli obblighi in materia di protezione dei diritti fondamentali come limite all'esecuzione del mandato di arresto europeo: la sentenza "Aranyosi e Căldăraru"*, in *Diritti umani e diritto internazionale*, 2016, p. 445 ss.

²¹ CGUE, raccomandazioni all'attenzione dei giudici nazionali, relative alla presentazione di domande di pronuncia pregiudiziale, 2019/C 380/01), p. 18.

«sarebbe manifestamente in contrasto con tale principio un'interpretazione del diritto nazionale che riconoscesse all'autorità giudiziaria di esecuzione il potere di rifiutare la consegna dell'interessato al di fuori dei casi tassativi previsti dalla legge in conformità alle previsioni della decisione quadro (...) anche nell'ipotesi in cui, ad avviso del giudice competente, l'esecuzione del mandato di arresto europeo conducesse nel caso concreto a un risultato in contrasto con i principi supremi dell'ordinamento costituzionale o con i diritti inviolabili della persona»²².

In secondo luogo, il MAE – argomenta la Corte²³ – non può che essere eseguito conformemente ai diritti fondamentali, *riconosciuti dal diritto dell'Unione europea*. E i diritti della persona rappresentano un patrimonio di valori condiviso che trova la sua sintesi nel sistema di tutela a livello UE, alimentato anche dalle tradizioni costituzionali comuni. In altre parole, con una sola 'mossa' la Consulta impedisce al giudice comune di bloccare, giovandosi degli artt. 1 e 2 della l. n. 69 del 2005, l'operatività del MAE per violazione di diritti costituzionali e, al medesimo tem-

²² Corte cost., ord. n. 216/2021, *cit.*, punto 7.5 *considerato in diritto*.

²³ *Ivi*, punto 8.2 *considerato in diritto*: «[I]e segnalate esigenze di uniformità ed effettività nell'applicazione del mandato di arresto europeo nello spazio giuridico dell'Unione impongono che la risposta a tale quesito sia riservata alla Corte di giustizia, nella sua funzione di interprete eminente del diritto dell'Unione (art. 19, paragrafo 1, TUE)».

po, disinnesci la logica conflittuale insita nei controlimiti²⁴ – terreno esclusivo del giudice costituzionale – suggerita dal rimettente (un regalo che è difficile non definire ‘avvelenato’, in quanto teso a provocare un contrasto tra il piano europeo e quello costituzionale).

Nella seconda vicenda invece – in qualche modo ‘anticipata’ dall’ordinanza n. 60 del 2021²⁵ – viene lamentata l’impossibilità di rifiutare l’esecuzione di un MAE

²⁴ Cfr. C. AMALFITANO, M. ARANCI, *Mandato di arresto europeo e nuove occasioni di dialogo*, cit., p. 10. Gli Autori ritengono che, per quanto la Consulta si ponga l’obiettivo di «conoscere e rilevare le tradizioni costituzionali comuni agli Stati membri e ad interpretare la CdfUE in armonia con esse, secondo quanto previsto dal suo art. 52, par. 4», rimanga comunque la possibilità di interrogarsi sull’attivazione dei controlimiti qualora la risposta della Corte di giustizia non andasse verso l’individuazione di un motivo di rifiuto ulteriore. Nella giurisprudenza costituzionale i *controlimiti* equivalgono ai «principi supremi dell’ordinamento costituzionale italiano» (così Corte cost., sent. n. 183/1973, cit., punto 3 *considerato in diritto*), in definitiva ai principi essenziali della struttura costituzionale nonché ai diritti della persona garantiti dalla Costituzione i quali, come tali, impediscono eccezionalmente l’ingresso nell’ordinamento interno del diritto dell’Unione. Come emerge dal ‘modello *Granital*’ (v. *supra* nota 4), insieme al sindacato sulla compatibilità fra norma interna e norma comunitaria non direttamente applicabile, la Corte costituzionale si è riconosciuta la competenza a giudicare della costituzionalità della legge di ratifica ed esecuzione dei trattati (l. 2 agosto 2008, n. 130, recante «Ratifica ed esecuzione del Trattato di Lisbona che modifica il Trattato sull’Unione europea e il Trattato che istituisce la Comunità europea e alcuni atti connessi, con atto finale, protocolli e dichiarazioni, fatto a Lisbona il 13 dicembre 2007») nella misura in cui qualsiasi disposizione del diritto dell’Unione possa collidere con tali principi supremi. Un’eventualità sempre evitata dalla Corte costituzionale seppur non siano mancate occasioni per un tale esito: si ricordano Corte cost., sentenza del 21 aprile 1989, n. 232 (ove veniva contestata la compatibilità fra l’art. 24 Cost. e l’art. 177 TCEE nella misura in cui permetteva alla Corte di giustizia di mantenere salvi gli effetti di un regolamento dichiarato invalido anche per i procedimenti pendenti) e la celebre Corte cost., ordinanza del 26 gennaio 2017, n. 24 (l’ordinanza di rinvio pregiudiziale della Consulta nella ‘Saga *Taricco*’). Sui controlimiti, si vedano, *ex multis*, A. BERNARDI, *Presentazione. I controlimiti al diritto dell’Unione europea e il loro discusso ruolo in ambito penale*, p. VII ss., spec. VIII-LXI; J.-P. JACQUÉ, *La Cour de justice de l’Union européenne et la théorie des «contre limites»*, p. 3 ss.; A. RUGGERI, *Primato del diritto sovranazionale versus identità costituzionale? (Alla ricerca dell’araba fenice costituzionale: i «controlimiti»)*, p. 19 ss.; E. CANNIZZARO, *Sistemi concorrenti di tutela dei diritti fondamentali e controlimiti costituzionali*, p. 45 ss.; tutti in A. BERNARDI (a cura di), *I controlimiti. Primato delle norme europee e difesa dei principi costituzionali*, Napoli, 2017; U. VILLANI, *Limitazioni di sovranità, “controlimiti” e diritti fondamentali nella Costituzione italiana*, in *Studi sull’integrazione europea*, 2017, p. 489 ss.; G. STROZZI, *Limiti e controlimiti nell’applicazione del diritto comunitario*, in *Studi sull’integrazione europea*, 2009, p. 23 ss.

²⁵ Corte cost., ordinanza del 1° aprile 2021, n. 60. In tale vicenda la Corte costituzionale disponeva la restituzione agli atti al giudice *a quo* (le Sezioni Unite della Suprema Corte) il quale si poneva in continuità logica con la sentenza n. 227 del 2010 (Corte cost., sentenza del 24 giugno 2010, n. 227) che aveva dichiarato contrario alla Costituzione l’art. 18, co. I, lett. r) della l. n. 69 del 2005 nella misura in cui non prevedeva il rifiuto alla consegna per l’esecuzione della pena anche al cittadino comunitario che avesse legittimamente ed effettivamente residenza nel territorio nazionale. Nella più recente vicenda le Sezioni Unite avevano sollevato la questione di costituzionalità relativa alla perdurante esclusione da tale motivo di rifiuto dei cittadini extracomunitari. Nell’ordinanza di restituzione degli atti tra i motivi che hanno portato la Corte costituzionale a non rispondere nel merito sulla costituzionalità della norma sembrano scorgersi le modifiche della novella legislativa che, per quanto non applicabile *ratione temporis*, è detta del giudice delle leggi, «incidono così profondamente

(questa volta un MAE c.d. d'*esecuzione*, diretto alla consegna dell'interessato al fine di eseguire la pena) nel caso in cui il cittadino dello Stato terzo risieda o dimori stabilmente nel territorio dello Stato, a ragione di un radicamento della persona foriero di rapporti sociali e affettivi che suggeriscono l'esecuzione della pena o della misura di sicurezza *in loco*. La principale censura fatta valere dalla Corte d'Appello di Bologna viene ricondotta al piano della trasposizione normativa da parte del legislatore nazionale, il quale avrebbe recepito in modo restrittivo l'art. 4, punto 6 della decisione quadro. Infatti, l'art. 18-bis, co. I, lett. c) limiterebbe la sua operatività ai soli cittadini italiani o comunitari²⁶, escludendo i cittadini di Stati terzi. Dunque, il rimettente paventa in primo luogo un contrasto tra la norma in parola e gli artt. 11 e 117 Cost. Solo in secondo luogo esso invoca anche l'art. 27, co. III Cost. (in quanto sarebbe lesa la finalità rieducativa della pena), gli artt. 2 e 117 Cost. (in relazione agli artt. 8 CEDU e 17 del Patto internazionale dei diritti civili e politici), gli artt. 11 e 117 Cost. in relazione all'art. 7 CDFUE (il quale riconosce il diritto alla vita familiare) e infine l'art. 3 Cost. (invocato a motivo dell'irragionevole disparità di trattamento tra cittadini italiani e comunitari da una parte e non comunitari dall'altra parte). In sostanza, la Corte d'Appello di Bologna riduce il problema al mero recepimento dell'art. 4, punto 6 della decisione quadro, prestando però poca attenzione ai parametri europei invocati: è assente un esame sulla presenza o meno di una giurisprudenza della Corte di giustizia sulla norma in parola, come manca una compiuta valutazione in ordine ai diritti fondamentali UE (solo l'ultima delle censure avanzate) e al loro rapporto con il MAE.

Nonostante una scarsa valorizzazione da parte della Corte d'Appello del parametro contenuto nel catalogo europeo dei diritti (art. 7 CDFUE), anche in questo secondo caso la Consulta si erge ad interprete delle ragioni della cooperazione in materia penale, sostenendo che il problema vada individuato, più che nella discrezionalità lasciata al legislatore nazionale rispetto al recepimento dell'art. 4,

sull'ordito logico che sta alla base delle censure prospettate da rendere necessaria la restituzione degli atti al giudice a quo perché possa procedere alla rivalutazione della non manifesta infondatezza delle questioni prospettate, tenendo conto delle intervenute modifiche normative», quali il restringimento del motivo di rifiuto solo ai cittadini comunitari residenti da almeno 5 anni e la riformulazione del *tertium comparationis* della censura di costituzionalità rispetto al parametro dell'art. 3 Cost., nella specie l'art. 19 della legge di attuazione. Per un'analisi della questione giuridica sottesa all'ordinanza di rimessione, delle censure evidenziate dal giudice *a quo* nonché della risposta della Consulta, si veda C. AMALFITANO, M. ARANCI, *Mandato d'arresto europeo ed extracomunitario residente o dimorante in Italia: ancora nessuna tutela da parte della Corte costituzionale (né del legislatore)*, in *Sistema Penale*, 2021, p. 5 ss.

²⁶ A seguito dell'intervento demolitorio della Consulta (v. nota 36).

punto 6 della decisione quadro 2002/584/GAI, nel bilanciamento tra il principio del mutuo riconoscimento e la protezione dei diritti fondamentali: l'art. 7 CDFUE viene così rivitalizzato e posto al cuore della questione pregiudiziale. In altre parole, ad essere in causa è la compatibilità della norma nazionale non tanto con la norma della decisione quadro di cui rappresenta il recepimento, quanto con quest'ultima interpretata in conformità con i diritti fondamentali tutelati a livello dell'Unione; una conformità pretesa – come ricorda il giudice costituzionale – dallo stesso art. 1, par. 3 della decisione quadro²⁷. E ancora, la Corte sottolinea che un tale bilanciamento, data l'integrale armonizzazione della materia, non deve essere fatto a Roma bensì in Lussemburgo e, per tali ragioni, chiede ai giudici del Kirchberg se l'art. 4, punto 6 della decisione quadro, interpretato alla luce dell'art. 7 CDFUE, osti ad una normativa come quella italiana e, in caso di risposta affermativa, quali criteri dovrebbe utilizzare l'interprete per identificare i legami familiari che giustificano un rifiuto all'esecuzione del MAE²⁸. In definitiva, la Consulta, invece di limitare il suo esame ai profili attinenti alla sola trasposizione, nobilita il parametro contenuto nella CDFUE, coinvolgendo in via pregiudiziale la Corte di giustizia, così permettendole di esprimersi sulla portata del diritto fondamentale e sulla sua relazione con l'art. 4, punto 6 della decisione quadro rispetto alla situazione dei cittadini di Stati terzi.

Come sottolineato da attenta dottrina²⁹, il coinvolgimento della Corte di giustizia in via pregiudiziale si rende ancor più necessario alla luce della ricostruzione

²⁷ Tale cambio di prospettiva emerge in particolare dal punto 6.2 *considerato in diritto* dell'ord. n. 217/2021, *cit.*, laddove la Consulta afferma che l'argomento utilizzato dal giudice rimettente – e segnatamente che il motivo di rifiuto della consegna previsto dall'art. 4, punto 6 della decisione quadro sarebbe facoltativo ma che, quando il legislatore nazionale decida di recepirlo nel proprio ordinamento, esso debba essere riprodotto senza condizioni o limiti ulteriori – è «in sé non persuasivo». Oltre al fatto che, come ricordato dalla Consulta, è stata la stessa Corte di giustizia a ritenere legittime le ulteriori limitazioni aggiunte in fase di attuazione nazionale (viene espressamente richiamata CGUE, sentenza del 6 ottobre 2009, causa C-123/08, *Wolzenburg*).

²⁸ *Ivi*, punto 7 *considerato in diritto*: «[p]oiché la materia del mandato d'arresto europeo è interamente armonizzata dalla stessa decisione quadro, il livello di tutela dei diritti fondamentali suscettibili di porre limiti al dovere del mutuo riconoscimento delle decisioni giudiziarie di altri Stati membri, su cui si basa l'intero meccanismo disegnato dalla decisione quadro, non può che essere quello risultante dalla [CDFUE] e dall'art. 6 [TUE]».

²⁹ Cfr. C. AMALFITANO, M. ARANCI, *Mandato di arresto europeo e due nuove occasioni di dialogo*, *cit.*, p. 22 dove gli Autori sottolineano come la Consulta «ha ampiamente evidenziato, nel successivo punto 8 del *considerato in diritto* dell'ordinanza, i profili di novità che contrassegnano la fattispecie da essa esaminata rispetto alla precedente giurisprudenza sovranazionale e che, di conseguenza, hanno contribuito a plasmare il contenuto dei quesiti pregiudiziali» e, ancora, pongono in luce la circostanza di come in «tutte le tre sentenze richiamate, infatti, i MAE erano stati emessi nei confronti di cittadini europei; perciò, mai alla Corte di giustizia si è espressamente chiesto se il motivo ostativo *de quo* potesse non estendersi ai soggetti extracomunitari che avessero dimora o residenza nell'unione e *ivi*

operata dalla Consulta della giurisprudenza europea rilevante – in particolare, si fa riferimento alle pronunce *Wolzenburg*³⁰, *Kozłowski*³¹, *Lopes Da Silva Jorge*³² – dalla quale emerge che non ha avuto all’oggi il giudice dell’Unione occasione di pronunciarsi sull’interpretazione di tale norma nel senso di ritenere il motivo di rifiuto ivi contenuto applicabile anche nei confronti dei cittadini extra-comunitari.

3. La ‘restaurazione’ del giudice penale e la ‘garanzia’ della Consulta

Sorprende l’atteggiamento delle due Corti d’Appello rimettenti e, in prospettiva, lancia un’ombra sul dialogo pregiudiziale in materia penale, anche se ad oggi non è ancora possibile avere un quadro d’insieme che confermi o smentisca tale tendenza. Se il ‘modello temperato’ trova il suo tratto caratterizzante nella discrezionalità del giudice comune, cioè nella sua scelta (e non obbligo) di decidere tra il ‘percorso europeo’ o il ‘percorso costituzionale’³³, resa possibile dall’allargamento delle maglie della rilevanza della questione di costituzionalità³⁴, vale la pena chiedersi: perché scegliere la via per Roma piuttosto che quella per Lussemburgo?

Tali domande sono ancora più essenziali alla luce del suggerimento che da molte parti³⁵ è stato indirizzato ai giudici comuni, cioè di privilegiare il dialogo

fossero colpiti da un MAE». Analogamente, A. MASSARO, *Mandato d’arresto europeo e rifiuto facoltativo di consegna del cittadino di un Paese terzo: l’ordinanza n. 217 del 2021 della Corte costituzionale*, in *Nomos*, 2021, p. 8.

³⁰ CGUE, *Wolzenburg*, cit.

³¹ CGUE, sentenza del 17 luglio 2008, causa C-66/08, *Kozłowski*.

³² CGUE, sentenza del 5 settembre 2012, causa C-42/11, *Lopes Da Silva Jorge*.

³³ Parla di «percorso europeo» e «percorso interno» R. MASTROIANNI, *Sui rapporti tra Carte e Corti: nuovi sviluppi nella ricerca di un sistema rapido ed efficace di tutela dei diritti fondamentali*, in *European Papers*, 2020, p. 493 ss., in particolare p. 494 e nota 4.

³⁴ Cfr. C. AMALFITANO, *Il dialogo tra giudice comune, Corte di Giustizia e Corte costituzionale*, cit., p. 10 la quale parla di «estensione del sindacato di costituzionalità, con un ampliamento delle maglie della rilevanza della questione e, quindi, della sua ammissibilità».

³⁵ Una parte della dottrina suggerisce come criterio che guidi il giudice nei casi di doppia pregiudiziale la diversa intensità dell’incidenza normativa del diritto dell’Unione nella materia trattata e dunque la presenza o meno di un’armonizzazione, tale per cui qualora la materia della fattispecie sia determinata o armonizzata totalmente dal diritto dell’Unione, il sistema di tutela dei diritti fondamentali applicabile non potrà essere che quello della CDFUE. Un ulteriore argomento a favore di tale soluzione viene rinvenuto nella necessità di non turbare il monopolio della Corte di giustizia sulle questioni di validità del diritto dell’Unione (CGUE, sentenza del 22 ottobre 1987, causa 314/85, *Foto-Frost*), in quanto il giudizio di costituzionalità avente ad oggetto la norma nazionale dello Stato membro si ridurrebbe ad uno scrutinio sul diritto dell’Unione. Solo quando il settore non sia armonizzato o lo sia solo in parte, residua uno spazio di discrezionalità per il legislatore nazionale e per il sistema di tutela dei diritti costituzionale, con la conseguenza che l’inversione delle pregiudiziali può essere ammessa senza detrimento delle ragioni del diritto dell’Unione. Sul punto R.

con la Corte di giustizia in settori di completa armonizzazione (come il MAE), scegliendo il ‘percorso costituzionale’ solo qualora residui un margine di discrezionalità in capo al legislatore e, dunque, uno spazio per lo standard nazionale di tutela dei diritti fondamentali. Un suggerimento che, nei presenti casi, pare essere disatteso.

Vero è che, nella prospettiva delle Corti d’Appello rimettenti, si potrebbe sostenere essere dovuto l’intervento della Corte costituzionale. Infatti, nel primo caso si lamenta la violazione della Costituzione da parte di una normativa d’attuazione della decisione quadro (dunque si invoca, surrettiziamente e in modo neppure troppo velato, il sindacato sui controlimiti); viceversa nel secondo caso si sostiene una non corretta attuazione della stessa nell’ordinamento interno nella misura in cui il legislatore nazionale realizza una discriminazione relativa al motivo di rifiuto riguardante la legittima ed effettiva residenza o dimora verso gli extra-comunitari, in questo senso ponendosi su di un tragitto già percorso dal giudice delle leggi nella sentenza n. 227 del 2010³⁶. Dunque, due ipotesi che anche nel

MASTROIANNI, *Da Tarico a Bolognesi passando per la Ceramica Sant’Agostino*, cit., p. 515 ss. nonché F. DONATI, *I principi del primato e dell’effetto diretto del diritto dell’Unione in un sistema di tutela concorrenti dei diritti fondamentali*, in *Federalismi.it*, 2020, p. 104 ss. Mentre sul tema del rapporto fra armonizzazione e sistemi di tutela dei diritti fondamentali nella giurisprudenza della Corte di giustizia, si rimanda alle riflessioni di M.E. BARTOLONI, *L’apporto delle tecniche di armonizzazione nella definizione dei rapporti tra sistemi concorrenti di tutela dei diritti fondamentali*, in *Il Diritto dell’Unione europea*, 2019, p. 55 ss.

³⁶ Nella sentenza n. 227 del 2010 la Corte costituzionale conferma la sua giurisprudenza consolidata relativa ai rapporti fra ordinamento interno e diritto comunitario. In primo luogo l’art. 117, co I Cost. non comporta altro che la conferma della giurisprudenza precedente, rimanendo l’art. 11 Cost. il sicuro fondamento del processo di integrazione. In secondo luogo, e per quanto attiene al conflitto fra l’art. 18, co I, lett. r), della l. n. 69 del 2005 che consentiva il rifiuto all’esecuzione del MAE solo per il cittadino italiano e la decisione quadro 2002/584/GAI, la Consulta sosteneva che non vi fosse deviazione da parte dei giudici rimettenti dal ‘modello *Granita*’ nella proposizione della questione di costituzionalità, in quanto non solo la decisione quadro era un atto di diritto comunitario rispetto al quale doveva essere esclusa la capacità delle sue norme di avere diretta efficacia, ma lo stesso art. 12 TCE (oggi art. 18 TFUE) che postula il divieto di discriminazione tra i cittadini dell’Unione, per quanto sia norma riconosciuta dalla stessa Corte di giustizia capace di essere direttamente efficace, «non è sempre, di per sé, sufficiente a consentire la “non applicazione” della confliggente norma interna da parte del giudice comune. Invero, il divieto in esame, come si evince anche dalla giurisprudenza della Corte di giustizia, pur essendo in linea di principio di diretta applicazione e efficacia, non è dotato di una portata assoluta tale da far tenere sempre e comunque incompatibile la norma nazionale che formalmente vi contrasti» (punto 7.1 *considerato in diritto*). Esclusa, dunque, la composizione in via interpretativa rispetto ad una norma di una decisione quadro – dovere imposto dalla stessa Corte di Lussemburgo nella sentenza *Pupino* (CGUE, sentenza del 16 giugno 2005, causa C-105/03, *Pupino*, punto 43) – stante l’incapacità dell’art. 12 TCE di offrire il governo della fattispecie a seguito della disapplicazione, «non sussiste il potere del giudice comune di “non applicare” la prima, bensì il potere-dovere di sollevare questione di legittimità costituzionale» (*ibidem*). Sulla sentenza in parola, nel contesto della coeva giurisprudenza comune, v. C. AMALFITANO, *Il mandato d’arresto europeo nuovamente al vaglio della Consulta*, in *Il Diritto dell’Unione europea*, 2011, p.

sistema precedente potevano vedere l'intervento della Consulta. Tuttavia il tono delle ordinanze, la formulazione delle questioni di costituzionalità (soprattutto quella del giudice milanese) e l'intervento della Consulta a difesa del primato, dell'unità ed effettività del diritto dell'Unione pongono l'interprete in un nuovo scenario.

Inoltre, è stato correttamente affermato che la strada verso la Consulta rappresenta, nei casi sottesi alle due ordinanze, un percorso già tracciato, sia dalla giurisprudenza europea che costituzionale, dunque percorribile dai rimettenti. Del resto, va rammentato che nella sentenza *Popławski*³⁷ la Corte di giustizia ha ribadito l'impossibilità, discendente dall'art. 34, par. 2, lett. b) TUE *pre*-Lisbona, per le norme delle decisioni quadro ad avere effetto diretto, con la conseguenza che il giudice nazionale non può disapplicare la norma interna. Una impossibilità che trova un corretto bilanciamento nel dovere del giudice comune di avvalersi dell'interpretazione conforme³⁸. Ed è in ordine a quei casi in cui non sia possibile procedere a tale opera ermeneutica che sorge il dovere di sollevare una questione di legittimità costituzionale avente come parametri gli artt. 11 e 117, co. I Cost.

Tuttavia, se è importante la 'destinazione' (il sindacato di costituzionalità), non meno rilievo acquisisce il percorso logico e giuridico con cui ci si appropa. Per le già ricordate ragioni, l'atteggiamento delle due giurisdizioni penali è indice, seppur in termini diversi, di una scarsa confidenza, se non di un disagio, verso l'integrazione in materia penale: è disattesa ogni indagine in ordine alle norme europee rilevanti, alla questione fondamentale del bilanciamento fra diritti fondamentali e sforzi sovranazionali sottesi alla cooperazione penale.

Emerge, allora, come il 'modello temperato' potrebbe essere congeniale per un giudice comune ancorato ad una visione tradizionale del principio di legalità che vede nella Consulta non solo il giudice delle leggi, ma in particolare il giudice

183 ss.; V. BAZZOCCHI, *Il mandato d'arresto europeo di nuovo al vaglio della Corte costituzionale italiana*, in *Quaderni costituzionali*, 2011, p. 129 ss.; E. PISTOIA, *Una nuova pronuncia della Corte costituzionale sui rapporti tra diritto nazionale e diritto europeo*, in *Rivista di diritto internazionale*, 2011, p. 79 ss.

³⁷ CGUE, sentenza del 24 giugno 2019, causa C-573/17, *Popławski*.

³⁸ Sottolineano la correttezza delle scelte dei rimettenti C. AMALFITANO, M. ARANCI, *Mandato di arresto europeo e due nuove occasioni di dialogo*, cit., p. 25 dove gli Autori affermano che «il giudice comune altro non potesse fare, nei casi di specie, che ricorrere alla Consulta, investendola di una questione di legittimità costituzionale. In entrambi i casi pare(va), in effetti, non prospettabile una interpretazione conforme della normativa nazionale rilevante con il diritto UE, sfociando tale operazione ermeneutica in una interpretazione *contra legem*. Sull'interpretazione conforme si rimanda ai contributi presenti in A. BERNARDI (a cura di), *L'interpretazione conforme al diritto dell'Unione europea. Profili e limiti di un vincolo problematico*, Napoli, 2015.

della *legge penale*³⁹. Del resto, la materia ha sempre incarnato ‘l’ultimo baluardo’ della sovranità statale, per anni impenetrabile dal processo d’integrazione («Sulla sovranità – entità politico-giuridica proteiforme da lungo tempo indagata – si hanno poche certezze: una di queste è che il diritto penale ne costituisce una delle massime espressioni»⁴⁰). Nel limitare la competenza pregiudiziale della Corte di giustizia nell’*ex terzo pilastro*, l’art. 35 TUE *pre-Lisbona*⁴¹ manifestava i timori degli Stati membri di un pericolo di destabilizzazione dei propri sistemi penali rispetto alla dimensione sovranazionale che avanzava. Davanti a questo scenario, il Trattato di Lisbona ha rappresentato (e tutt’ora rappresenta) una ‘scommessa’: quella di rafforzare le competenze in materia penale dell’Unione, ‘comunitarizzando’ l’*ex terzo pilastro* e aprendo al dialogo pregiudiziale tra giudici comuni (penali) e Corte di giustizia.

La ormai celebre saga *Taricco*⁴² ha rappresentato certamente un incidente di percorso, favorito dal «peccato originale»⁴³ della Corte di giustizia che, eccedendo di funzionalismo, ha riconosciuto la diretta efficacia di una norma del Trattato (art. 325 TFUE) che non si può certo affermare con sicurezza sommare le condizioni per essere qualificata in tal senso e provocare – conseguentemente – la disapplicazione della norma nazionale. Il merito della vicenda (se merito vi è) è stato almeno quello di aver posto al centro del dibattito il rapporto fra competenze UE, primato e principio di legalità, nonché fra sistemi concorrenti di tutela dei diritti fondamentali: una tensione tra visioni stesse del processo di integrazione europea nella materia penale⁴⁴ che emerge con tutta la sua potenza nella sentenza

³⁹ Sul tema della legalità nello spazio giuridico europeo, si rimanda a C. GRANDI, *Riserva di legge e legalità penale europea*, Milano, 2010. Sul rapporto tra primato e principio di legalità, v. A. BERNARDI, *Presentazione*, cit., pp. VIII-LXI.

⁴⁰ Così A. BERNARDI, *La sovranità penale tra Stato e Consiglio d’Europa*, Napoli, 2019, p. 7.

⁴¹ Sulla norma, si veda L. DANIELE, *Commento all’art. 35 TUE*, in A. TIZZANO (a cura di), *Trattati della Comunità europea e dell’Unione europea*, Milano, 2004, p. 142 ss.

⁴² Sulla celebre “Saga *Taricco*” (CGUE, sentenza dell’8 settembre 2015, causa C-105/14, *Taricco*) si veda P. MENGOLZI, *Corte di giustizia, Corte costituzionale, principio di cooperazione e la saga Taricco*, in *Studi sull’integrazione europea*, 2020, p. 9 ss.; inoltre, si rimanda ai contributi presenti in C. AMALFITANO (a cura di), *Primato del diritto dell’Unione europea e controlimiti alla prova della “Saga Taricco”*, Milano, 2018; A. BERNARDI, C. CUPELLI (a cura di), *Il caso Taricco e il dialogo tra le Corti. L’ordinanza 24/2017 della Corte costituzionale*, Napoli, 2017; C. PAONESSA, L. ZILLETTI (a cura di), *Dal giudice garante al giudice disapplicatore delle garanzie. I nuovi scenari della soggezione al diritto dell’Unione europea: a proposito della sentenza della Corte di giustizia Taricco*, Pisa, 2016.

⁴³ Cfr. G. DI FEDERICO, *La “saga Taricco”: il funzionalismo alla prova dei controlimiti (e viceversa)*, in *Federalismi.it*, 2018, in particolare p. 14 ss.

⁴⁴ Sostengono, seppur in diversa misura, che nonostante l’apparente ‘composizione’ del conflitto alla base della vicenda *Taricco*, la posizione della Corte costituzionale avverso la c.d. ‘regola *Taricco*’ – che comportava la disapplicazione della normativa italiana in materia di prescrizione all’occorrenza

n. 115 del 2018⁴⁵ della Corte costituzionale che conclude la saga. E non è un caso che subito dopo l'ordinanza n. 24 del 2017⁴⁶ e la sentenza 'di risposta' della Corte di giustizia⁴⁷ si collochi la sentenza n. 269 del 2017, con l'inversione della doppia pregiudiziale⁴⁸, tesa a porre un freno all'«inammissibile sindacato diffuso di costituzionalità della legge»⁴⁹. Una vicenda che deve aver lasciato il segno su taluni interpreti nazionali.

Dunque, si manifesta una sorta di 'reazione immunitaria' del sistema penale nazionale (*rectius* delle sue giurisdizioni comuni), frutto di una *Weltanschauung* che riconduce la legalità penale alla legge statale (pur se attuativa di atti dell'Unione) e i diritti fondamentali della persona alle garanzie costituzionali interne e, in particolare, alla sentenza con efficacia *erga omnes* della Consulta sulla base del celebre assunto dell'*obiter* contenuto nella sentenza n. 269 del 2017, tale per cui «le violazioni dei diritti della persona postulano la necessità di un intervento erga omnes di questa Corte»⁵⁰.

In definitiva, il terreno nel quale affondano le radici le ordinanze nn. 216 e 217 del 2021 è alimentato da due opposte tensioni del giudice comune: da una parte la sfiducia nell'armamentario dell'integrazione europea in materia penale, dall'altra parte la riscoperta fiducia negli strumenti del sistema costituzionale interno⁵¹.

dei requisiti indicati dalla Corte di giustizia sulla base dell'interpretazione dell'art. 325 TFUE – sia frutto di un'interpretazione stretta della legalità in materia penale, A. BERNARDI, *Presentazione, cit.*, pp. VIII-LXI. e C. AMALFITANO, *Rapporti di forza tra Corti, sconfinamento di competenze e complessivo indebolimento del sistema UE?*, in *La Legislazione penale*, 2019.

⁴⁵ Corte cost., sentenza del 31 maggio 2018, n. 115.

⁴⁶ Corte cost., ord. n. 24/2017, *cit.*

⁴⁷ CGUE, sentenza del 5 dicembre 2017, causa C-42/17, *M.A.S. e M.B.*

⁴⁸ Cfr. G. SCACCIA, *L'inversione della "doppia pregiudiziale"*, *cit.*

⁴⁹ Corte cost., sent. n. 269/2017, *cit.*, punto 5.3 *considerato in diritto*. Sul rapporto fra la sentenza del 2017 e la pronuncia che conclude la 'Saga Taricco', v. D. GALLO, *Efficacia diretta del diritto UE, procedimento pregiudiziale e Corte costituzionale: una lettura congiunta delle sentenze n. 269/2017 e 115/2018*, in *Rivista AIC*, 2019, p. 159 ss.; ID., *Challenging EU Constitutional Law: The Italian Constitutional Court's New Stance on Direct Effect and the Preliminary Reference Procedure*, in *European Law Journal*, 2019, p. 434 ss., spec. p. 452 ss. Parla di «continuità "ideologica"» fra le due pronunce anche C. AMALFITANO, *Rapporti di forza tra Corti, cit.*, p. 15 ss.

⁵⁰ Corte cost., sent. n. 269/2017, *cit.*, punto 5.2 *considerato in diritto*.

⁵¹ Cfr. S. MANACORDA, *Doppia pregiudizialità e Carta dei diritti fondamentali: il sistema penale al cospetto del diritto dell'Unione europea nell'era del disincanto*, in C. GRANDI (a cura di), *I volti attuali del diritto penale europeo. Atti della giornata di studi per Alessandro Bernardi*, Pisa, 2021, p. 137 ss.

4. Il ‘cambio di pelle’ del giudice costituzionale: da giudice dei controllimiti e dei diritti (solo) nazionali a giudice delle ‘parole comuni’ e garante del primato del diritto dell’Unione

All’interno delle ordinanze in commento è possibile leggere la dichiarata volontà del giudice costituzionale di difendere il funzionamento della cooperazione penale UE. Sull’assunto che per garantire l’operatività di un meccanismo quale il MAE è «precluso agli Stati membri condizionare l’attuazione del diritto dell’Unione (...) al rispetto di standard puramente nazionali di tutela dei diritti fondamentali»⁵², la Corte decide di non opporre i propri diritti costituzionali, contribuendo invece alla costruzione dell’edificio comune europeo, mediante “parole comuni”⁵³.

Ben diverso è l’atteggiamento della Consulta rispetto a quello tenuto dal *Tribunal Constitucional* nel caso *Melloni*⁵⁴, laddove, sulla base dell’art. 53 CDFUE, il giudice costituzionale spagnolo invocava la tutela del ‘*proprio*’ diritto fondamentale del condannato a non subire un processo *in absentia*, al fine di far prevalere il piano delle garanzie costituzionali, superiore nella protezione a quello della CDFUE. Rifuggendo da qualsiasi tentazione, in entrambe le ordinanze il giudice delle leggi riconosce nella Corte di giustizia «l’eminente interprete del diritto dell’Unione»⁵⁵ e ad esso demanda la questione fondamentale: il bilanciamento tra fiducia reciproca e tutela dei diritti fondamentali. Inoltre, sempre a differenza di *Melloni*, la Consulta non avanza, in subordine alle proprie questioni interpretative, una questione pregiudiziale di validità del MAE, evitando dunque di contestarne la legittimità rispetto ai diritti fondamentali previsti nella CDFUE.

Così, «in un quadro di costruttiva e leale cooperazione tra i diversi sistemi di garanzia»⁵⁶, la Consulta sottolinea l’importanza dei diritti coinvolti e suggerisce soluzioni, non scorgendosi la prevaricazione, la pretesa alla ‘prima parola’,

⁵² Corte cost., ord. n. 216/2021, *cit.*, punto 7.3 *considerato in diritto*.

⁵³ Le ‘parole comuni’ di cui parla, nella sua veste accademica, la giudice S. SCIARRA, *Lenti bifocali e parole comuni: antidoti all’accentramento nel giudizio di costituzionalità*, in B. CARAVITA ET AL. (a cura di), *Un riaccentramento del giudizio costituzionale? I nuovi spazi del Giudice delle leggi tra Corti europee e giudici comuni*, Torino, 2021, p. 49 ss., già in *Federalismi.it*, 2021, p. 37 ss.

⁵⁴ CGUE, sentenza del 26 febbraio 2013, causa C-399/11, *Melloni*. Sulla sentenza si veda, *ex multis*, S. MANACORDA, *Dalle carte de diritti a un diritto penale “a la carte”?* (note a margine delle sentenze *Fransson e Melloni della Corte di giustizia*), p. 19 ss. e C. AMALFITANO, *Mandato d’arresto europeo: reciproco riconoscimento vs diritti fondamentali?*, *cit.*, p. 39 ss., entrambi in R. MASTROIANNI, D. SAVY (a cura di), *L’integrazione europea, cit.*; A. TORRES PÉREZ, *Melloni in Three Acts: From Dialogue to Monologue*, in *European Constitutional Law Review*, 2014, p. 308 ss.

⁵⁵ Corte cost., ord. n. 216/2021, *cit.*, punto 8.2 *considerato in diritto* e Corte cost., ord. n. 217/2021, *cit.*, punto 7 *considerato in diritto*.

⁵⁶ *Ivi*, punto 8 *considerato in diritto*.

l'arroccamento difensivo dei controlimiti. Piuttosto il dato costituzionale – base di partenza del ragionamento della Corte – viene ‘diluito’ nell’argomentazione insieme ai parametri della CDFUE, alla giurisprudenza del giudice di Lussemburgo nonché alle norme convenzionali⁵⁷.

Il rischio, denunciato da molti⁵⁸, che il nuovo corso si trasformasse in un *riaccentramento* in materia di diritti fondamentali, mutando la CDFUE in un parametro interposto nelle mani della Consulta, sembra ad oggi attenuato, grazie in particolare all'essenziale contributo del meccanismo di cui all'art. 267 TFUE che sempre più si palesa non solo come «chiave di volta del sistema»⁵⁹ UE ma anche come ‘anello di congiunzione’ tra gli ordinamenti, europeo e costituzionale. Infatti, senza il riconoscersi giurisdizione ai sensi di tale norma da parte della Consulta (e senza il suo puntuale utilizzo), la nuova configurazione delle questioni equivarrebbe ad un ritorno ad un sistema precedente alla pronuncia *Granital*. Invece, l'attuale modello di doppia pregiudizialità non solo rispetta le condizioni di coesistenza con i sistemi di sindacato costituzionale che i giudici del Kirchberg hanno posto⁶⁰ ma è imbevuto di un «convinto e convincente europeismo»⁶¹.

Dunque, le due ordinanze in parola permettono di verificare il ‘cambio di pelle’ del giudice delle leggi, risultante dall'incontro fra il ‘modello 269-temperato’, il quale ha condotto i giudici comuni ad interloquire nuovamente con la Corte, e il rinvio pregiudiziale, il quale permette invece al giudice costituzionale di confrontarsi con quello europeo.

⁵⁷ A proposito di una tutela integrata dei diritti, si rimanda alle riflessioni, nella sua veste accademica, del giudice Redattore di entrambe le ordinanze: F. VIGANÒ, *La tutela dei diritti fondamentali della persona tra corti europee e giudici nazionali*, in *Quaderni costituzionali*, 2019, p. 481 ss.

⁵⁸ Senza pretesa di esaustività, si vedano P. MORI, *La Corte costituzionale e la Carta dei diritti fondamentali dell'UE: dalla sentenza 269/2017 all'ordinanza 117/2019. Un rapporto in mutazione?*, in *I Post di AISDUE*, 2019, p. 55 ss.; D. GALLO, *Challenging EU Constitutional Law*, cit., p. 452 ss.; C. PINELLI, *L'approccio generalista del modello di rapporto tra fonti: i trattati sono tutti uguali?*, in *Osservatorio sulle fonti*, 2018.

⁵⁹ CGUE, parere 2/13 del 18 dicembre 2014, punto 176; CGUE, sentenza del 24 ottobre 2018, causa C-234/17, *XC e a.*, punto 79.

⁶⁰ V. *supra* nota 9.

⁶¹ Per usare le parole di D. GALLO, A. NATO, *L'accesso agli assegni di natalità e maternità per i cittadini di Paesi terzi titolari di permesso unico nell'ordinanza n. 182/2020 della Corte Costituzionale*, in *Eurojus*, 2020, p. 308 ss., in particolare p. 315, a commento dell'ordinanza n. 182 del 2020, che qui si sostiene condividere un analogo tenore con le due ordinanze in parola. Sulla stessa, si rimanda a N. LAZZERINI, *Dual Preliminary Within the Scope of the EU Charter of Fundamental Rights in the Light of Order 182/2020 of the Italian Constitutional Court*, in *European Papers*, 2020, p. 1463 ss.; R. PALLADINO, *Rapporti tra ordinamenti e cooperazione tra corti nella definizione di un “livello comune di tutela” dei diritti fondamentali. Riflessioni a seguito dell'ordinanza 182/2020 della Corte costituzionale*, in *Freedom, Security & Justice: European Legal Studies*, 2020, p. 74 ss.

Si è sostenuto da più parti che dovuta o almeno comprensibile⁶² fosse la previa rimessione alla Consulta da parte dei giudici penali. Spostando l'attenzione sul giudice costituzionale, il dialogo diretto con la Corte di giustizia, per il tramite dell'art. 267 TFUE, era perlomeno *opportuno*; ma non era *scontato*.

Sulla base di tale premessa, va ricordato che il 'modello temperato' rappresenta comunque un tentativo di ri-accentramento del sindacato costituzionale di legittimità della legge, entrato in crisi a causa delle spinte centrifughe dei giudici comuni. Riguardata tale centralità nel discorso sui diritti fondamentali grazie all'attuale configurazione della doppia pregiudiziale, la Consulta sceglie di non 'fare da sé' ma di seguire la via del dialogo, sempre più costante e puntuale, con il giudice dell'Unione⁶³.

In definitiva, le ordinanze in parola confermano le potenzialità del 'modello temperato', il quale ha disegnato non solo una nuova relazione fra giudice comune e Corte costituzionale ma anche e soprattutto fra Corte costituzionale e Corte di giustizia. In tale scenario, la Consulta assume il ruolo di '*snodo nevralgico*' fra il giudice comune e i giudici del Kirchberg in settori cruciali come quello della cooperazione in materia penale, dei quali vuole garantire – come traspare chiaramente dalle ordinanze – il funzionamento, seppur alla luce di diritti fondamentali *condivisi*. In altre parole, la premessa del *ri-accentramento* è il dialogo, non potendo che essere controbilanciato da e fondato su questo.

Un atteggiamento della Consulta che trova, del resto, conferma nella recente sentenza n. 67 del 2022⁶⁴. In tale pronuncia il giudice costituzionale ha dichiarato

⁶² Cfr. C. AMALFITANO, M. ARANCI, *Mandato di arresto europeo e due nuove occasioni di dialogo*, cit.; S. BARBARESCHI, *Tra scudo e fendente*, cit.; A. MASSARO, *Mandato d'arresto europeo e rinvio facoltativo*, cit.; Si veda, anche, F. VENTURI, *Le ordinanze n. 216 e 217 del 2021 della Corte Costituzionale: il rinvio pregiudiziale come calumet della pace nell'ordinamento (penale) multilivello*, in *Diritti Comparati*, 20 gennaio 2022 e S. MONTALDO, S. GIUDICI, *Nuove opportunità di tutela degli individui nel sistema del mandato d'arresto europeo: le ordinanze 216 e 217 della Corte costituzionale*, in *La legislazione penale*, 2022.

⁶³ Tale peculiarità del "modello temperato", che pone alla sua base un dialogo proficuo con il giudice dell'Unione, è il tratto che necessariamente caratterizza tale *ri-accentramento*. Riguardo al ruolo assunto dal rinvio pregiudiziale nel dialogo con il giudice dell'Unione, si veda E. LAMARQUE, *La Convenzione europea dei diritti dell'uomo a uso dei giudici italiani*, in C. PADULA (a cura di), *La Corte europea dei diritti dell'uomo: quarto grado di giurisdizione o seconda Corte costituzionale?*, Napoli, 2016, p. 144, la quale sostiene, rispetto al rapporto tra CEDU e ordinamento nazionale, che «non esiste ancora uno strumento analogo al rinvio pregiudiziale interpretativo alla Corte di Giustizia, di cui la Corte costituzionale da qualche tempo ha deciso di servirsi per i benefici che promette: perché rafforza lo spirito di collaborazione con l'altra Corte; perché crea un dialogo diretto che dovrebbe riuscire a prevenire, per quanto possibile, incomprensioni e conflitti; perché consente alla Corte italiana, che pone la domanda, di prendersi la prima parola su un determinato tema».

⁶⁴ Corte cost., sent. n. 67/2022, cit. Sulla quale si rimanda a A. RUGGERI, *Alla Cassazione restia a far luogo all'applicazione diretta del diritto eurounitario la Consulta replica alimentando il fecondo "dialogo" tra le Corti*

inammissibili per difetto del requisito della rilevanza due questioni di legittimità costituzionale sollevate dalla Cassazione sezione lavoro aventi ad oggetto l'art. 2, co. VI-bis del d.l. n. 69 del 1988⁶⁵ che esclude l'assegno familiare a favore del titolare del permesso di soggiorno di lungo periodo o del permesso unico di lavoro qualora il coniuge, i figli e i soggetti equivalenti non siano residenti in Italia. La particolarità della vicenda risiede nel fatto che il Supremo Collegio, prima di sollevare una questione di costituzionalità, aveva interrogato la Corte di giustizia in via pregiudiziale, la quale aveva dedotto l'incompatibilità della legge italiana rispetto agli obblighi di parità di trattamento in capo agli Stati membri previsti agli artt. 11 della direttiva 2003/109/CE e 12 della direttiva 2011/98/UE⁶⁶. Il rimettente sollevava una questione di legittimità costituzionale sulla base dell'assunto che residuasse un margine di discrezionalità in capo al legislatore nazionale in merito alla traduzione del principio della parità di trattamento nell'ordinamento interno. Infatti, richiamandosi alla sentenza n. 227 del 2010, la Corte di cassazione escludeva la possibilità di disapplicare la normativa nazionale, in quanto non ravvisabile una disciplina *self executing* direttamente applicabile alla fattispecie oggetto del giudizio principale, e questo in quanto «il diritto dell'Unione (...) non disciplina direttamente la materia dei trattamenti di famiglia»⁶⁷, unendo un discorso sulla competenza dell'UE a quello della non sufficienza del principio di non discriminazione.

La Consulta non cede alla tentazione di trattenere il giudizio di costituzionalità, dichiarando le questioni inammissibili sulla base di tre argomenti. In primo luogo, a differenza della sentenza n. 227 del 2010 quelle che vengono in rilievo non sono norme di decisioni quadro dell'*ex terzo pilastro*, le quali – come ricordato – non possono avere diretta efficacia⁶⁸. In secondo luogo e conseguentemente a tale argomento, la Corte segnala la differenza della specifica vicenda rispetto all'ordinanza n. 182 del 2020 con cui ha interrogato in via pregiudiziale i

(a prima lettura della sent. n. 67/2022), in *Consulta online*, 2022, p. 236 ss.; A.O. COZZI, *Per un elogio del primato, con uno sguardo lontano. Note a Corte cost. n. 67 del 2022*, in *Consulta online*, 2022, p. 410 ss.; F. TORRE, *L'assegno per il nucleo familiare sfugge dalla morsa della doppia pregiudizialità: occasione mancata o balzo in avanti per il dialogo tra Roma e Lussemburgo? (prime riflessioni a margine della sent. n. 67/2022)*, in *Consulta online*, 2022, p. 447 ss.; B. NASCIBENE, I. ANRÒ, *Primato del diritto dell'Unione europea e disapplicazione. Un confronto fra Corte costituzionale, Corte di Cassazione e Corte di giustizia in materia di sicurezza sociale*, in *Giustizia Insieme*, 31 marzo 2022.

⁶⁵ D.l. 13 marzo 1988, n. 69 recante «Norme in materia previdenziale, per il miglioramento delle gestioni degli enti portuali ed altre disposizioni urgenti».

⁶⁶ CGUE, sentenza del 25 novembre 2020, causa C-302/19, *INPS c. WS* e sentenza del 25 novembre 2020, causa C-303/19, *INPS c. VR*.

⁶⁷ Corte cost., sent. n. 67/2022, *cit.*, punto 2.5 *ritenuto in fatto*.

⁶⁸ *Ivi*, punto 13.3 *considerato in diritto*.

giudici del Kirchberg in relazione all'assegno di natalità e di maternità: in quest'ultimo caso – sempre la Cassazione sezione lavoro – aveva correttamente incluso come parametro della questione di legittimità costituzionale l'art. 117, co. I Cost. nella misura in cui la norma nazionale violava anche l'art. 34 CDFUE, dunque giustificandosi la previa remissione alla Consulta alla luce del “modello 269-temperato”, venendo in causa la violazione contestuale di diritti costituzionali ed europei⁶⁹. In terzo luogo e per quel che qui interessa, rileva notare la volontà della Corte costituzionale di rafforzare il principio del primato del diritto dell'Unione e il ruolo della Corte di giustizia. Dopo aver richiamato la sentenza *Simmenthal*⁷⁰ nella parte in cui statuiva l'incompatibilità di qualunque norma o prassi nazionale che non consenta di applicare direttamente il diritto comunitario, il giudice costituzionale ricorda da una parte il dovere del giudice nazionale di non applicare le norme nazionali in contrasto con norme europee direttamente efficaci e dall'altra parte il ruolo del rinvio pregiudiziale mediante il quale viene garantita l'uniforme applicazione del diritto dell'Unione europea⁷¹.

Dunque, anche tale recente pronuncia indica la volontà della Corte costituzionale di porsi in una logica cooperativa con la Corte di giustizia, rifuggendo dalle sirene del ri-accentramento; una cooperazione con il giudice dell'Unione costruita mediante due tasselli: il dialogo diretto per il tramite del rinvio pregiudiziale quando presenti le condizioni del ‘modello 269-temperato’ (ordinanze nn. 216 e 217 del 2021), qualora venga in luce una violazione contestuale di una norma costituzionale e di una norma contenuta nella CDFUE; negli altri casi, l'ammonimento costante al giudice nazionale del suo ruolo di giudice comune dell'Unione (sentenza n. 67 del 2022)⁷².

⁶⁹ *Ivi*, punto 1.2.1 *considerato in diritto*.

⁷⁰ CGUE, sentenza del 9 marzo 1978, causa 106/77, *Simmenthal*.

⁷¹ Corte cost., sent. n. 67/2022, *cit.*, punto 10.2 *considerato in diritto*.

⁷² Va segnalata anche un'ulteriore pronuncia del giudice costituzionale, emanata nelle more della presente pubblicazione. Si fa riferimento a Corte cost., sentenza del 16 giugno 2022, n. 149 la quale condivide con le ordinanze qui commentate il medesimo giudice Redattore. In una vicenda che chiamava in causa il c.d. ‘doppio binario sanzionatorio’ in materia di diritto d'autore e l'art. 649 c.p.p., venendo in rilievo l'art. 50 CDFUE, la Corte coglie l'occasione per riaffermare il ‘modello 269 temperato’, in particolare al punto 2.2.2 *considerato in diritto*: «la diretta applicabilità dell'art. 50 CDFUE non può essere di ostacolo all'intervento di questa Corte, puntualmente sollecitato dal giudice a quo. Secondo un'ormai copiosa giurisprudenza costituzionale, l'eventuale effetto diretto negli ordinamenti degli Stati membri dei diritti riconosciuti dalla Carta (e delle norme di diritto derivato attuative di tali diritti) non rende inammissibili le questioni di legittimità costituzionale che denuncino il contrasto tra una disposizione di legge nazionale e quei medesimi diritti, i quali intersecano in larga misura i principi e i diritti garantiti dalla stessa Costituzione italiana. Questioni siffatte, una volta sollevate, debbono invece essere scrutinate nel merito da questa Corte, cui unicamente spetta il compito di dichiarare, con effetti erga omnes, l'illegittimità costituzionale delle disposizioni che

5. Osservazioni conclusive: il dialogo tramite il rinvio pregiudiziale quale “chiusura del sistema”

In un quadro che all’inizio si è definito in ‘chiaroscuro’, l’atteggiamento della Consulta rappresenta il ‘chiaro’, in quanto controbilancia la ritrosia delle giurisdizioni penali nel seguire il ‘percorso europeo’, nei casi sottesi alle due ordinanze. Una scelta che, senza il dialogo aperto in via pregiudiziale dal giudice delle leggi, avrebbe comportato ripercussioni rilevanti per il primato, l’unità e l’efficacia del diritto dell’Unione, in un settore oggetto di integrale armonizzazione⁷³.

Assistiamo ad un ‘cambio di pelle’, ad un mutamento genetico dell’atteggiamento del giudice costituzionale rispetto al processo d’integrazione. Se certamente la Consulta già da tempo si era caratterizzata per un atteggiamento di apertura verso le ragioni del diritto comunitario e del suo primato, ferma rimaneva la sua volontà di non interagire direttamente con la Corte di giustizia⁷⁴. Era imprevedibile fino a pochi anni orsono che il giudice costituzionale, a cui si deve la nozione stessa di controlimiti e che, insieme a quello tedesco, ha tenuto ferme (o ha tentato di farlo) le ragioni del dualismo rispetto alla visione monista della Corte di giustizia, si collocasse tra le corti costituzionali più attive nell’utilizzo dell’art. 267 TFUE. Una predisposizione verso il dialogo pregiudiziale⁷⁵ che colloca la Consulta ormai tra la *Cour constitutionnelle* belga e il *Verfassungsgerichtshof* austriaco⁷⁶ e che, sebbene non scongiuri in assoluto il rischio di potenziali conflitti,

risultassero contrarie alla Carta, in forza degli artt. 11 e 117, primo comma, Cost. (...). Tale rimedio non si sostituisce, ma si aggiunge a quello rappresentato dalla disapplicazione nel singolo caso concreto, da parte del giudice comune, della disposizione contraria a una norma della Carta avente effetto diretto (...). E ciò in un’ottica di arricchimento degli strumenti di tutela dei diritti fondamentali che, “per definizione, esclude ogni preclusione” (...), e che vede tanto il giudice comune quanto questa Corte impegnati a dare attuazione al diritto dell’Unione europea nell’ordinamento italiano, ciascuno con i propri strumenti e ciascuno nell’ambito delle rispettive competenze».

⁷³ Analogo ‘attivismo’ è promesso anche dal giudice costituzionale tedesco: BVerfG, ordinanza del Primo Senato del 6 novembre 2019, 1 BvR 16/13 e BVerfG, ordinanza del Primo Senato del 6 novembre 2019, 1 BvR 276/17; sul punto v. L.S. ROSSI, *Il “nuovo corso” del Bundesverfassungsgericht nei ricorsi diretti di costituzionalità: bilanciamento fra diritti confliggenti e applicazione del diritto dell’Unione europea*, in *Federalismi.it*, 2020, p. IV ss. e M. WENDEL, *The Two-Faced Guardian – or how One Half of the German Federal Constitutional Court Became a European Fundamental Rights Court*, in *Common Market Law Review*, 2020, p. 1383 ss.

⁷⁴ Corte cost., ord. n. 536/1995, *cit.*

⁷⁵ Corte cost., ordinanza del 15 aprile 2008, n. 103; Corte cost., ordinanza del 18 luglio 2013, n. 207; Corte cost., ord. n. 24/2017, *cit.*; Corte cost., ord. n. 117/2019, *cit.*; Corte cost., ord. n. 182/2020, *cit.*

⁷⁶ Conosciuta è la ritrosia dei giudici costituzionali ad interloquire direttamente con la Corte di giustizia tramite il rinvio pregiudiziale. Sul punto, v. M. CLAES, *The Validity and Primacy of EU Law and the “Cooperative Relationship” between National Constitutional Courts and the Court of Justice of the European Union*, in *Maastricht Journal of European and Comparative Law*, 2016, p. 151 ss.; ID., *Luxembourg, Here We*

rappresenta la via più corretta sia per il contributo che la Corte può (e vuole) dare alla costruzione comune dello standard dei diritti fondamentali UE sia per garantire il rispetto dei principi europei nell'ordinamento interno.

Se vero è che il giudice penale nel labirinto delle fonti⁷⁷ ha ritrovato – almeno in questi due episodi – un porto sicuro nel sindacato accentrato di costituzionalità ('lo scuro'), potrebbero nel futuro moltiplicarsi le rimessioni alla Corte costituzionale e, se replicato sarà l'atteggiamento delle presenti ordinanze, i rinvii pregiudiziali da questa alla Corte di giustizia. Una Corte costituzionale non più o non solo baluardo dei controlimiti ma 'costruttrice', insieme al giudice di Lussemburgo, dello standard comune di tutela dei diritti fondamentali a livello europeo. Una Corte costituzionale che assume il ruolo di garante ultimo del primato, dell'unità ed efficacia del diritto dell'Unione nell'ordinamento italiano.

Come? Constitutional Courts and the Preliminary Reference Procedure, in *German Law Journal*, 2015, p. 1331 ss.;

J.H.H WEILER, *Editorial: Judicial Ego*, in *International Journal of Constitutional Law*, 2011, p. 1 ss.; M. CARTABIA, "Taking Dialogue Seriously", *The Renewed Need for a Judicial Dialogue at the Time of Constitutional Activism in the European Union*, Jean Monnet Working Paper, 12/07.

⁷⁷ V. MANES, *Il giudice nel labirinto. Profili delle intersezioni tra diritto penale e fonti sovranazionali*, Roma, 2012. Il 'disordine' delle fonti, nazionali e sovranazionali, in cui è collocato l'interprete, non è un 'labirinto' ma è la biblica Torre di Babele nelle riflessioni di S. CASSESE, *I tribunali di Babele: i giudici alla ricerca di un nuovo ordine globale*, Roma, 2009.

SEZIONE II

La situazione israelo-palestinese tra diritto internazionale e ruolo dell'Unione europea

L'operazione militare israeliana 'Guardiano delle mura' tra cicli di violenza armata e antinomie giuridiche. Note per una reinterpretazione sistematica del crimine di guerra di attacco diretto a strutture civili

LUIGI DANIELE*
TRIESTINO MARINIELLO**

*There were no militants in or near my house and
no rockets or rocket launchers there.
I still don't know why they bombed my house
and killed my wife and children and my sister and her children.
What sin did they commit?*
Abu Hattab, 9 dicembre 2021

SOMMARIO: 1. Considerazioni introduttive. – 2. Gli espropri forzati di Sheikh Jarrah alla base dell'*escalation* militare. – 3. Tra una guerra e l'altra: la crisi umanitaria nella Striscia di Gaza. – 4. L'occupazione della Striscia di Gaza e la natura del conflitto armato 'Guardiano delle Mura'. – 5. Le recenti ostilità a Gaza: un banco di prova per le indagini della CPI. – 6. I principi consuetudinari di diritto internazionale umanitario a protezione dei civili nelle procedure di attacco. – 7. Il discrimine di 'incidentalità' tra attacchi indiscriminati e attacchi sproporzionati nel diritto internazionale umanitario. – 8. La costruzione *contra legem* delle strutture civili di Gaza come obiettivi militari, tra 'scudi umani' e 'avvertimenti'. – 9. Il capovolgimento del discrimine di incidentalità e la sua rilevanza penale internazionale: la distruzione della *Al Jalaa Tower*. – 10. Riflessioni conclusive: relativizzazioni etniche dei doveri di proteggere i civili e l'urgenza di uno scrutinio terzo ed imparziale.

ABSTRACT: Il contributo analizza gli sviluppi della situazione in Medio Oriente da cui ha avuto origine l'*escalation* militare a Gaza del maggio 2021, per poi proporre alcuni elementi di inquadramento giuridico del contesto e delle ostilità verificatesi. Le ostilità vengono analizzate offrendo dei rilievi da un lato in punto di fatto, ai fini di connettere la riflessione sulle crisi militari a quella sulle rispettive cause, e dall'altro in punto di diritto, ai fini della determinazione dell'elemento contestuale dei possibili crimini di guerra attualmente all'indagine della Corte penale interna-

* Senior Lecturer, Nottingham Law School (NTU), luigi.daniele@ntu.ac.uk.

** Alexander von Humboldt Research Fellow, Humboldt University of Berlin. Reader in Law, Liverpool John Moores University. Membro del team di rappresentanza delle vittime di Gaza davanti alla Corte penale internazionale, T.Mariniello@ljmu.ac.uk.

zionale (CPI). Nella seconda parte, una volta ricostruito questo quadro di contesto, l'articolo si concentra sulle criticità dell'offensiva israeliana dal punto di vista della legalità di mezzi e metodi di conduzione delle ostilità. Partendo da alcuni tra i più dibattuti attacchi di questa escalation, si articola una proposta di reinterpretazione della fattispecie di crimine di guerra di attacco diretto a strutture civili (di cui all'art.8(2)(b)(ii) dello Statuto di Roma) alla luce del nesso sinallagmatico tra diritto internazionale penale e diritto internazionale umanitario (DIU) e rileggendo i principi di distinzione e proporzionalità del DIU con l'ausilio delle categorie penalistiche dell'elemento soggettivo del reato. Tale proposta interpretativa si incentra sulla valorizzazione dell'incidentalità del danno a civili e strutture civili (di cui agli artt. 51(5) e 57(2) del Primo Protocollo Addizionale alle Convenzioni di Ginevra del 1977 e all'art.8(2)(b)(iv) dello Statuto di Roma) come condicio sine qua non dell'operatività del principio di proporzionalità degli attacchi, nonché come discriminante tra violazioni del principio stesso e violazioni – antecedenti sul piano normativo e logico – del principio di distinzione. Tale discriminante, nell'analisi che si propone, vale a decostruire in radice le letture che nel dibattito internazionale sugli attacchi in questione hanno insistito su valutazioni di eccessività/non eccessività del danno a strutture civili anche in relazione ad attacchi diretti alla distruzione integrale delle stesse.

PAROLE CHIAVE: Crimini di guerra – occupazione militare – Israele – Palestina – Corte penale internazionale – proporzionalità.

1. Considerazioni introduttive

«La più insensata e fallita operazione militare di sempre»¹. Così il quotidiano Haaretz ha definito l'ultima offensiva israeliana a Gaza, “Guardiano delle mura”, accusando il Governo di Israele di aver perseguito una campagna di scarsa consistenza strategica, caratterizzata da gravi carenze dell'*intelligence* militare circa l'individuazione di obiettivi militari legittimi e di rilievo. Le Forze di difesa israeliane (IDF)² avrebbero diffuso a scopi tattici, proprio per compensare tali carenze, false informazioni ai media stranieri sull'imminente invasione della Striscia con truppe di terra³. L'offensiva, secondo pareri attribuiti ad ufficiali delle stesse IDF³, avrebbe indebolito il potenziale militare di Hamas in misura inferiore alle aspetta-

¹ A. BENN, *This Is Israel's Most Failed and Pointless Gaza Operation Ever. It Must End Now*, in Haaretz, 18 maggio 2021, www.haaretz.com.

² R. MELLEN, *Israel told the media it had ground forces in Gaza. Then it changed the story*, in Washington Post, 14 maggio 2021, www.washingtonpost.com.

³ Y. KUBOVICH, *Senior Israeli Army Officials Raise Doubts Over Effectiveness of Gaza Operation*, in Haaretz, 21 maggio 2021, www.haaretz.com.

tive⁴, distruggendo di converso numerose strutture civili fondamentali la popolazione civile di Gaza.

L'*escalation* militare è stata inoltre accompagnata da una delle peggiori spirali di violenza che Israele abbia conosciuto negli ultimi decenni all'interno dei confini internazionalmente riconosciuti della *green line*⁵, innescatasi tra nazionalisti e minoranze arabe israeliane e culminata in episodi di linciaggio di cittadini arabi e di attacco a sinagoghe⁶.

Gli illeciti e i possibili crimini internazionali susseguirsi a Gaza negli ultimi anni, oltre a trasformare civili e strutture civili in bersaglio di fatto prevalente delle ostilità e ad aggravare la drammatica crisi umanitaria nella Striscia, perpetuano uno scenario funzionale alla ripetizione ciclica delle spirali di violenza armata che, non a caso, conta "Guardiano delle mura" come quinta operazione militare con bombardamenti su larga scala della Striscia dal 2006⁷.

In questo contributo, dunque, proveremo dapprima ad analizzare gli sviluppi del conflitto da cui origina l'ultima *escalation*, proponendo alcuni elementi di inquadramento giuridico del contesto e delle ostilità, per poi discutere uno degli attacchi più controversi e dibattuti tra quelli lanciati dall'aviazione israeliana, alla luce dei possibili profili di rilevanza penale internazionale.

Contesto e ostilità, giova ripeterlo, non possono analizzarsi separatamente. Come affermato dalla Commissione di inchiesta delle Nazioni Unite istituita dopo l'operazione militare israeliana *Protective Edge*, «l'impatto delle ostilità a Gaza non può essere esaminato separatamente rispetto al blocco imposto da Israele»⁸. Lanci di razzi e bombardamenti su larga scala, infatti, fanno notizia, ma slegare il dibattito sulle *escalation* militari dallo scenario che le alimenta equivale a occultare l'impatto permanente e quotidiano dell'occupazione e del controllo militare dei territori, tanto in Cisgiordania quanto – in forma diversa (v. *infra*, par. 4) – nella Striscia di Gaza, sulla vita della popolazione civile che ne sconta maggiormente le conseguenze.

Questi aspetti dell'operazione militare contro la Striscia di Gaza vengono analizzati nei paragrafi successivi, offrendo dei rilievi da un lato in punto di fatto, ai

⁴ Y. KUBOVICH, *Mortars, Rockets and Drones: A Look at Hamas' Arsenal*, in *Haaretz*, 5 maggio 2019, www.haaretz.com.

⁵ L. HAJJAR, *Zionist Politics and the Law: The Meaning of the Green Line*, in *The Arab Studies Journal*, 1994, n. 1, p. 44 ss.

⁶ O. HOLMES, *Far-right Jewish groups and Arab youths claim streets of Lod as Israel loses control*, in *The Guardian*, 15 maggio 2021, www.theguardian.com.

⁷ Tra il completamento e la pubblicazione di questo contributo nuovi bombardamenti hanno colpito la Striscia di Gaza nell'ambito dell'operazione 'Breaking Down' a partire dal 5 agosto 2022, seguiti da lanci di razzi da parte dei gruppi armati palestinesi. Il bilancio dell'Alto Commissariato delle Nazioni Unite per i Diritti Umani a seguito del cessate il fuoco è di 48 vittime, esclusivamente palestinesi, inclusi almeno 22 civili e 17 bambini. Cfr. *Bachelet alarmed by number of Palestinian children killed in latest escalation, urges accountability*, 11 agosto 2022, www.ohchr.org.

⁸ *Report of the detailed findings of the independent commission of inquiry established pursuant to Human Rights Council resolution S-21/1*, 24 giugno 2015, UN Doc A/HRC/29/CRP.4, par. 24.

fini di connettere la riflessione sulle crisi militari a quella sulle rispettive cause, radicate nella violenza istituzionale permanente che segue e precede le *escalation* stesse, e dall'altro in punto di diritto, ai fini della determinazione dell'elemento contestuale dei possibili crimini di guerra attualmente all'indagine della Corte penale internazionale (CPI).

Nella seconda parte, una volta ricostruito questo quadro di contesto, il contributo si concentra sulle criticità dell'offensiva dal punto di vista della legalità di mezzi e metodi di conduzione delle ostilità, nelle sue intersezioni col diritto internazionale penale dei crimini di guerra.

Inserendosi nell'ambito dell'intenso dibattito dottrinale che ha discusso la questione, l'analisi procede poi concentrandosi su uno specifico attacco, quello al palazzo dei media di Gaza City (*Al Jalaa tower*). Dopo aver ricostruito le principali critiche giuridico-internazionalistiche emerse in relazione a questo attacco, il contributo individua alcune carenze sistematiche che ad avviso degli autori ne hanno contraddistinto il dibattito e le argomentazioni, ed articola una proposta di reinterpretazione della fattispecie di crimini di guerra di attacco diretto a strutture civili alla luce del nesso sinallagmatico tra diritto internazionale penale e diritto internazionale umanitario.

In particolare, questa proposta ermeneutica prova a ridiscutere la funzione del concetto di 'incidentalità' del danno a civili e strutture civili con cui il diritto internazionale umanitario qualifica ciò che, nelle procedure di attacco, è soggetto a valutazioni di proporzionalità. L'incidentalità di tale danno viene riletta come precondizione fondamentale per l'operatività del principio di proporzionalità, in assenza della quale si ritiene che solo i principi di distinzione e precauzione possano ritenersi applicabili. Di conseguenza, si sostiene che sia proprio l'incidentalità del prevedibile danno a civili e strutture civili a valere come spartiacque tra le alternative qualificazioni di un attacco come sproporzionato, cioè dall'impatto collaterale eccessivo su civili e strutture civili, o viceversa indiscriminato, cioè diretto ad obiettivi militari e strutture civili senza distinzione. Tale discriminazione ermeneutica dovrebbe valere tanto ai sensi del diritto internazionale umanitario, tanto ai sensi delle corrispondenti (anche se non coincidenti) fattispecie di diritto internazionale penale, come proveremo ad argomentare con l'ausilio delle categorie penalistiche dell'elemento soggettivo del reato per meglio distinguerne *ratio* e confini.

2. Gli espropri forzati di Sheikh Jarrah alla base dell'*escalation* militare

Il diritto internazionale umanitario concerne anzitutto il *casus belli* dell'ultima *escalation*: gli espropri forzati a danno dei palestinesi del quartiere di Gerusalemme est di *Sheikh Jarrah*. La vicenda di Sheikh Jarrah è infatti risalente, ma il suo snodo

fondamentale più recente si determina nell'ultimo decennio⁹. L'organizzazione di coloni Nahalat Shimon¹⁰, infatti, ha proposto nel 2008 alle autorità israeliane un piano per la distruzione delle case palestinesi, lo sgombero dei 500 palestinesi residenti nell'area e la costruzione di un quartiere ebraico di 200 unità abitative¹¹. Un progetto che – a giudizio della principale organizzazione non governativa a tutela della multiethnicità e pluriconfessionalità di Gerusalemme – si inserisce nel quadro di una mobilitazione delle organizzazioni di coloni al fine di circondare di insediamenti la “città vecchia”¹².

L'ordine di sgombero da parte delle autorità israeliane nei confronti di otto famiglie palestinesi a Sheikh Jarrah ha scatenato un'ondata di proteste in tutta la Cisgiordania¹³. Il 2 maggio, una corte israeliana ha rigettato il ricorso presentato dalle famiglie di Sheikh Jarrah e ha disposto che le loro abitazioni sarebbero state ‘ereditate’ dai coloni¹⁴. La reazione immediata di Israele alle proteste divampate in tutto il territorio palestinese è stata quella di inasprire i profili repressivi del regime di occupazione ed intensificare le varie misure oppressive a cui sono regolarmente sottoposti i palestinesi. Mentre ai palestinesi veniva impedito di accedere alla zona di Sheikh Jarrah per manifestare la loro solidarietà ai residenti, i coloni israeliani venivano autorizzati ad entrare nel quartiere per festeggiare lo sgombero delle famiglie palestinesi¹⁵. In questo contesto caratterizzato da una violenta repressione, le forze israeliane non hanno esitato ad aprire il fuoco nei confronti dei manifestanti uccidendo diversi civili palestinesi¹⁶.

E' a seguito delle tensioni che hanno accompagnato questi espropri, assieme a quelle verificatesi nell'area della Moschea di Al-Aqsa, che Hamas ha comunicato ad Israele l'ultimatum precedente agli ultimi attacchi¹⁷, scaduto il quale i gruppi armati palestinesi hanno lanciato i primi razzi da Gaza. Immediatamente, Israele ha

⁹ Diakonia, *Timeline. From displacement and dispossession in Sheikh Jarrah to Hostilities*, marzo 2021, www.diakonia.se.

¹⁰ Adalah, *Dispossession and Eviction in Jerusalem. The cases and stories of Sheikh Jarrah*, dicembre 2009, www.adalah.org.

¹¹ Ir Amim, *Evictions and Settlement Plans in Sheikh Jarrah: The Case of Shimon HaTzadik*, 25 giugno 2009, www.ir-amim.org.il.

¹² Ir Amim, *New Map Release: Settlement Ring around the Old City*, 2019, 13 febbraio 2019, www.ir-amim.org.il/.

¹³ T. BACONI, *Sheikh Jarrah and After*, in *London Review of Books*, 14 May 2021, www.lrb.co.uk/.

¹⁴ E. JUNDI, *Sheikh Jarrah: Can a new 'popular solidarity' save the neighbourhood from evictions?*, in *Middle East Eye*, 7 November 2021, www.middleeasteye.net/.

¹⁵ O. ZIV, *In Sheikh Jarrah, Palestinian youth are leading the struggle to defend their homes*, in *+972 Magazine*, 5 May 2021, www.972mag.com/

¹⁶ A. HAREL, *Analysis: And Then Hamas Did Two Unexpected Things*, in *Haaretz*, 11 maggio 2021, www.haaretz.com.

¹⁷ O. HOLMES, P. BEAUMONT, *Israeli police storm al-Aqsa mosque ahead of Jerusalem Day march*, in *The Guardian*, 10 May 2021. www.theguardian.com; *The Guardian, Israeli police clash with Palestinian protesters at al-Aqsa mosque – video*, 10 May 2021, www.theguardian.com.

avviato i primi attacchi aerei sulla Striscia di Gaza, che sono proseguiti con l'operazione "Guardiano delle Mura"¹⁸.

A proposito delle vicende di Sheikh Jarrah, occorre ricordare che, mentre rimangono profili di discussione circa l'attribuzione ad Israele dei numerosi obblighi internazionali derivanti dal diritto dell'occupazione in relazione alla sola Gaza, nessun dubbio, invece, circonda lo status della Cisgiordania, inclusa Gerusalemme est. La comunità internazionale, è ormai noto, ha intimato la cessazione dell'occupazione e delle annessioni israeliane in questi territori. Da ultimo il Consiglio di Sicurezza, nella risoluzione n. 2334 del 2016, condannava fermamente la costruzione e l'espansione degli insediamenti e le correlate - a proposito di *Sheikh Jarrah* - «confische, demolizioni di abitazioni e sgomberi» di civili Palestinesi susseguitesesi negli anni¹⁹. La risoluzione sottolineava, inoltre, la «insostenibilità dello *status quo*» per la soluzione del conflitto, richiamando i paesi terzi a «distinguere, in tutti i rilevanti rapporti, tra i territori dello Stato di Israele e i territori occupati a partire dal 1967» e, soprattutto, intimando ad Israele di smantellare gli insediamenti «costruiti a partire dal marzo 2001». Politica degli insediamenti ritenuta, in linea con la *Advisory Opinion* della Corte internazionale di giustizia del 2004 sulla costruzione del muro, una «flagrante violazione» della Quarta Convenzione di Ginevra del 1949, «priva di valore giuridico»²⁰.

La mole di risoluzioni concordanti sul tema²¹, in effetti, semplicemente riafferma alcuni principi fondamentali del diritto internazionale dell'occupazione, tra cui l'art. 49, VI cpv. della citata Quarta Convenzione di Ginevra, che vieta alla potenza occupante di «trasferire parte della propria popolazione civile in territorio occupato». Questo divieto non solo ha natura consuetudinaria, ma la sua violazione è: 1) ai sensi dell'art. 85, par. 4, lett. a del primo Protocollo aggiuntivo alle Convenzioni del 1977, una grave violazione del sistema di protezione delle Convenzioni e 2) ai sensi dell'art. 8(2)(b)(viii) dello Statuto di Roma della Corte penale internazionale²², un caso paradigmatico di crimine di guerra, consistente nel «trasferimento, diretto o indiretto, ad opera della potenza occupante, di parte della propria popolazione civile nei territori occupati o la deportazione o il trasferimento di tutta o di parte della popolazione del territorio occupato all'interno o all'esterno di tale territorio».

¹⁸

¹⁹ UN Security Council, *Security Council resolution 2334(2016) [on cessation of Israeli settlement activities in the Occupied Palestinian Territory, including East Jerusalem]*, 23 December 2016, S/RES/2334.

²⁰ CIG, Parere Consultivo del 9 luglio 2004, *Legal Consequences of the Construction of a Wall in the Occupied Palestinian Territory*, ICJ Rep 136, par. 120.

²¹ Cfr. UNSC Risoluzioni 242 (1967), 338 (1973), 446 (1979), 452 (1979), 465 (1980), 476 (1980), 478 (1980), 1397 (2002), 1515 (2003), e 1850 (2008), www.un.org/securitycouncil/content/resolutions.

²² *Statuto di Roma della Corte Penale Internazionale* (come emendato nel 2010), adottato il 17 luglio 1998, in vigore dal 1 luglio 2002, UNTS 2187, R.N. 38544, www.icc-cpi.int/.

Gli espropri forzati di *Sheikh Jarrah*, infatti, hanno suscitato dapprima la condanna dell'Alto Commissario per i Diritti Umani delle Nazioni Unite, che ne ha richiesto ad Israele il blocco immediato, sottolineandone l'illegalità e la possibile rilevanza penale internazionale. Successivamente, lo stesso Segretario Generale ha esortato Israele a fermare gli espropri e le demolizioni²³.

In maniera ancora più articolata, quelle che parti della stampa italiana hanno sbrigativamente derubricato a cd. 'disputa sulle case'²⁴ ha spinto i rappresentanti di circa 500 palestinesi che vivono a *Sheikh Jarrah* e 191 organizzazioni per i diritti umani di tutto il mondo a sottoscrivere una denuncia diretta al Procuratore della CPI, chiedendo immediate indagini, nel quadro di quelle già autorizzate ed ufficialmente in corso, sugli espropri forzati come condotte rilevanti di crimini di guerra ai sensi dello Statuto di Roma²⁵.

Questo trattato, così come tutta l'esperienza storica della giustizia penale internazionale contemporanea, è esclusivamente incentrato sul perseguimento di responsabilità degli individui, incluse alte cariche di Stato, ma non degli Stati in sé, profilo che – di converso - impegna il diritto internazionale generale relativo agli illeciti imputabili agli Stati come soggetti giuridici. Tuttavia, la norma dello Statuto di Roma che criminalizza il trasferimento di civili della potenza occupante in territorio occupato, cioè il citato art. 8(2)(b)(viii), si contraddistingue, rispetto a tutte le altre fattispecie di crimini di guerra, per l'espressa menzione di una condotta dello Stato occupante, rafforzando il nesso tra crimine internazionale dell'individuo e illecito statale: quella – appunto – di *transfer*, penalmente rilevante sia se attuata direttamente dallo Stato stesso, sia se realizzata *indirettamente*²⁶.

Tale peculiarità spinge a ritenere che il bene giuridico tutelato da questo crimine abbia effettivamente una consistenza autonoma rispetto a quelli tutelati dalle altre fattispecie, includendo autodeterminazione, identità culturale dei gruppi e dei territori sottoposti ad occupazione straniera, ed abbracciando in definitiva la protezione dalla denazionalizzazione, come processo prodromico di colonizzazione e annessione.

²³ Segretario Generale, *Statement attributable to the Spokesperson for the Secretary-General - on recent developments in Jerusalem*, 9 maggio 2021, www.un.org.

²⁴ F. CAFERRI, *Dalla disputa sulle case ai razzi su Tel Aviv: come nasce la crisi*, in *La Repubblica*, 12 maggio 2021, www.repubblica.it.

²⁵ Center for Constitutional Rights, *Letter: 190 Organizations Urge ICC Prosecutor to Investigate Forced Evictions of Palestinian Families in Sheikh Jarrah, East Jerusalem*, 23 aprile 2021, www.ccrjustice.org; Al-Haq, *Sheikh Jarrah Families Send Letter to the International Criminal Court Calling for Urgent Investigation of their Imminent Forced Displacement, Endorsed by 190 Organisations*, 24 aprile 2021, www.alhaq.org.

²⁶ M. KEARNEY, *On the Situation in Palestine and the War Crime of Transfer of Civilians into Occupied Territory*, in *Criminal Law Forum*, 2017, n. 28, p. 1 ss.

3. Tra una guerra e l'altra: la crisi umanitaria nella Striscia di Gaza

Il 2022 marca il quindicesimo anno di embargo e blocco dei confini (*blockade*) di Gaza da parte di Israele²⁷. Le autorità israeliane hanno imposto una chiusura della Striscia di Gaza dal 2007, anno in cui Hamas vinse le elezioni. Eccezion fatta per un numero limitato di casi, i palestinesi residenti della Striscia non possono lasciare Gaza, la cui popolazione è di fatto priva di libertà di movimento all'interno del territorio palestinese e di uscita dall'angusto territorio della Striscia. Un territorio, vale la pena di ricordarlo, in cui circa due milioni di persone, di cui due terzi appartenenti a famiglie di profughi palestinesi del 1948, vivono in 365 chilometri quadrati, facendo di Gaza uno dei territori con la più alta densità abitativa del mondo²⁸. Le gravi conseguenze del blocco sulle condizioni di vita e sui diritti fondamentali degli abitanti della Striscia sono state oggetto di una vasta mole di *report* e denunce di associazioni per i diritti dell'uomo, sia palestinesi, che internazionali ed israeliane, concordi nel designare la situazione come vera e propria catastrofe umanitaria²⁹. Come riportato dalla Commissione di inchiesta delle Nazioni Unite sulla Flotilla, la situazione nella Striscia di Gaza, ben prima della guerra del 2014, era "deplorabile", "insostenibile" e "totalmente inaccettabile nel ventunesimo secolo"³⁰.

Tra le conseguenze del blocco spiccano e si cumulano diverse crisi. Anzitutto, la crisi energetica, aggravata dai bombardamenti, che sottrae il 76% dell'energia elettrica necessaria a far fronte ai bisogni essenziali della popolazione, che può utilizzare elettricità solo per 4 - 6 ore al giorno³¹. Accanto ad essa, la crisi dell'educazione scolastica, tra sovraffollamento e mancanza di strutture, personale e risorse, accompagnata da una crisi del benessere psicofisico della popolazione, soprattutto dei minori, testimoniata dalla gravità dei traumi infantili diffusi, con l'ONU che a settembre 2014 stimava in 373.000 il numero di bambini e minori di Gaza affetti da disordini post-traumatici e in necessità di assistenza psicologica³². Si segnala, a tal proposito, la conferma da parte dell'organizzazione non go-

²⁷ Per una disamina dei problemi giuridici, v. E. BENVENISTI, *The International Law of Sieges and Blockades: Gaza as a Case Study*, in *Int'l. L. Stud.*, 2021, p. 969 ss.

²⁸ Palestinian Central Bureau of Statistics, *The International Day of Refugees*, in *Badil*, www.badil.org.

²⁹ Si veda, *inter alia*, Report of the Secretary General, *Human rights situation in the Occupied Palestinian Territory, including East Jerusalem*, 2015, UN Doc A/HRC/28/45. V. anche ICRC, *Gaza Closure: Not Another Year!*, 14 giugno 2010, www.icrc.org; UN Office for the Coordination of Humanitarian Affairs, *Occupied Palestinian Territory: Gaza Emergency Situation Report*, 22 luglio 2014, www.ochaopt.org.

³⁰ UN Human Rights Council *Report of the International Fact-Finding Mission to Investigate violations of international law, including international humanitarian and human rights law, resulting from the Israeli attacks on the flotilla of ships carrying humanitarian assistance*, A/HRC/15/21, 27 settembre 2010, par. 275.

³¹ Al Mezan Center for Human Rights, *Al Mezan warns that the population of the Gaza Strip suffers from a 76 percent deficit in electrical supplies, due to ongoing attacks by Israeli forces*, 16 maggio 2021, www.mezan.org.

³² OCHA, *Occupied Palestinian Territory: Gaza Emergency Situation Report*, 4 settembre 2014, www.ochaopt.org.

vernativa *Norwegian Refugee Council* dell'uccisione nei bombardamenti di Gaza di dodici bambini che l'organizzazione stava assistendo in percorsi di recupero da traumi³³. Ancora, il collasso del settore sanitario, con enormi difficoltà di gestione della pandemia e delle patologie ordinarie³⁴. Il tutto in un quadro di complessivo collasso economico causato del blocco, la cui pressione sull'economia di Gaza secondo la *United Nation Conference on Trade and Development* ammonta a 16.7 miliardi di dollari in dieci anni, e che richiederebbe 838 milioni di dollari l'anno di aiuti per sollevare la popolazione della striscia dalla soglia di povertà³⁵.

Di simile avviso il Comitato Internazionale della Croce Rossa, che fin dal 2010 denuncia l'impossibilità di fronteggiare la situazione disperata (*"dire situation"*) di Gaza tramite aiuti umanitari, sottolineando come l'unica soluzione sostenibile appaia la rimozione del blocco³⁶.

Sul piano giuridico, rileva notare che il Segretariato Generale dell'ONU si è espresso in diverse occasioni ed inequivocamente sull'illegalità internazionale del blocco di Gaza³⁷.

Dapprima, nel *Report sulla situazione dei diritti umani nel territorio palestinese occupato* del 2013, Il Segretario Generale ha affermato che appariva evidente da dichiarazioni ufficiali di funzionari israeliani che il blocco fosse stato imposto per esercitare pressioni sui gruppi armati palestinesi presenti nella Striscia. Tuttavia, si evidenziava come a pagare le conseguenze di tale politica fosse la popolazione civile, ingiustamente colpita e sottoposta a gravi privazioni (*"hardships"*) per atti commessi da terzi, in violazione dell'art. 33 della quarta Convenzione di Ginevra del 1949 (cui corrisponde analoga norma consuetudinaria), che proibisce punizioni collettive³⁸. Nell'analogo *Report* del marzo 2015 per la ventottesima sessione del Consiglio per i Diritti Umani, il Segretariato Generale ha dunque concluso che il blocco "contravviene al diritto internazionale", richiedendone ad Israele la totale rimozione (*"full lifting"*)³⁹.

³³ Norwegian Refugee Council, *Eleven children receiving NRC trauma care killed in their homes by Israeli air strikes*, 18 maggio 2021, www.nrc.no.

³⁴ S. DEVI, *COVID-19 surge threatens health in the Gaza strip*, in *The Lancet*, 8 maggio 2021.

³⁵ UNCTAD, *Economic costs of the Israeli occupation for the Palestinian people: the Impoverishment of Gaza Under Blockade*, 15 dicembre 2020, unctad.org.

³⁶ ICRC, *Gaza closure: not another year*, cit.

³⁷ Si veda, *inter alia*, Consiglio per i diritti umani, *Human rights situation in the Occupied Palestinian Territory*, UN Doc. A/HRC/28/45 del 5 marzo 2015, par. 34 e 74; Consiglio per i diritti umani, *Human rights situation in the Occupied Palestinian Territory*, UN Doc. A/HRC/24/30 del 22 agosto 2013, par. 22.

³⁸ Consiglio per i diritti umani, 22 agosto 2013, cit., par. 22.

³⁹ Consiglio per i diritti umani, 5 marzo 2015, cit., parr. 34 e 74.

4. L'occupazione della Striscia di Gaza e la natura del conflitto armato 'Guardiano delle Mura'

Il rapporto tra *blocco* e status internazionale di Gaza è oggetto di dibattito a seguito del ritiro delle truppe israeliane dall'interno del territorio nel 2005, tenuto conto del fatto che Israele ha difatti mantenuto il controllo dello spazio aereo e delle acque territoriali di Gaza, nonché della quasi totalità dei confini di terra, incluso il controllo sul transito di persone e merci, sulle telecomunicazioni, l'acqua, l'elettricità, la rete fognaria, l'anagrafe dei residenti della Striscia, il mercato monetario ed il sistema doganale⁴⁰.

Ad un anno di distanza dal *ritiro*, questi profili di controllo dei confini e di esercizio *de facto* dell'autorità da parte di Israele sul territorio di Gaza spinsero proprio la Corte suprema israeliana, allora presieduta da Aharon Barak, nel cd. *Targeted Killing Case*, a concludere nel senso dell'applicabilità del diritto internazionale umanitario che regola l'occupazione militare alla Striscia⁴¹. La Corte mutò poi orientamento nel 2008, nel cd. *Power Cuts Case*, in cui concluse che Israele rimaneva vincolata al rispetto del diritto dei conflitti armati e ai doveri di protezione dei civili da esso stipulati, tra cui consentire il passaggio di beni essenziali ed elargire permessi di transito per questioni di necessità, anzitutto mediche. Tali obblighi, tuttavia, venivano inquadrati come spettanti ad Israele come stato parte di un conflitto armato in corso, più che come attuale potenza occupante⁴².

Proprio alla luce del controllo effettivo esercitato dalle autorità israeliane sulla Striscia, vi è un ampio consenso tra le organizzazioni internazionali sul fatto che, nonostante il ritiro delle proprie truppe nel 2005, Israele continui ad mantenere lo status di potenza occupante della Striscia⁴³. Come dichiarato dal Presidente del Comitato Internazionale della Croce Rossa (ICRC), "Sebbene la forma e il grado di questa occupazione militare siano variati, Israele ha sempre mantenuto un con-

⁴⁰ UN Human Rights Council, *Human Rights in Palestine and Other Occupied Arab Territories: Report of the United Nations Fact-Finding Mission on the Gaza Conflict*, 25 settembre 2009, UN Doc A/HRC/12/48, parr. 277-278.

⁴¹ Corte suprema Israele, 14 dicembre 2006, HCJ 769/02, par. 18.

⁴² Corte suprema Israele, 30 gennaio 2008, HCJ 9132/07, parr. 11 e 12.

⁴³ Si veda, *inter alia*, UN General Assembly (UNGA) Resolution 64/92, Applicability of the Geneva Convention relative to the Protection of Civilian Persons in Time of War, of 12 August 1949, to the Occupied Palestinian Territory, including East Jerusalem, and the other occupied Arab territories (19 Jan. 2010) UN Doc A/Res/64/92; UNGA Resolution 64/94, Israeli practices affecting the human rights of the Palestinian people in the Occupied Palestinian Territory, including East Jerusalem (19 Jan. 2010) UN Doc A/Res/64/94, (UNGA Resolutions to be read jointly); Legal Consequences of the Construction of a Wall in the Occupied Palestinian Territory (Advisory Opinion), 9 July 2004, ICJ 136, parr. 78, 101; UN, Department of Public Information, *Statement by the Special Advisers of the Secretary-General on the Prevention of Genocide, Mr. Adama Dieng, and on the Responsibility to Protect, Ms. Jennifer Welsh, on the Situation in Israel and in the Palestinian Occupied Territory of Gaza Strip*, 24 July 2010,

www.un.org/en/preventgenocide/adviser/pdf/24.07.2014%20Special%20Advisers%20Statement%20on%20the%20situation%20in%20Israel%20and%20the%20occupied%20Gaza%20strip.pdf.

trollo effettivo” sulla Striscia di Gaza⁴⁴. Sulla stessa lunghezza d’onda, il Relatore Speciale delle Nazioni Unite sulla situazione dei diritti umani nei territori palestinesi occupati dal 1967 ha statuito che «Le argomentazioni secondo cui Israele avrebbe cessato la sua occupazione di Gaza nel 2005 in seguito all’evacuazione degli insediamenti e al ritiro delle truppe, non tengono conto del fatto che Israele mantiene un controllo effettivo su Gaza attraverso il controllo dei confini esterni, dello spazio aereo, delle acque territoriali, dell’anagrafe della popolazione, delle entrate fiscali e delle funzioni governative. L’efficacia di questo controllo è sottolineata dalle regolari incursioni militari e dagli attacchi missilistici»⁴⁵.

Nel Report del 2015 “Diritto internazionale umanitario e sfide dei conflitti armati contemporanei”, anche l’ICRC ha assunto come propria la posizione che il ritiro delle truppe israeliane non abbia modificato l’esistenza di un’occupazione a Gaza⁴⁶. La persistente configurabilità di Gaza come territorio ancora occupato è stata rilevata nel 2014 dal Procuratore della Corte penale internazionale, nel Report *ex art. 53(1)* dello Statuto di Roma (“Comoros Report”) sui possibili crimini internazionali commessi durante l’abbordaggio della *Mavi Marmara* da parte dell’esercito israeliano, in cui si affermava che la visione prevalente nella comunità internazionale circa l’autorità che Israele continua ad esercitare sulla Striscia supporta la conclusione che essa equivalga a controllo effettivo del territorio, soddisfacendo dunque i requisiti richiesti per la configurabilità dell’occupazione dall’art. 42 del Regolamento annesso alla IV Convenzione dell’Aia sulle leggi e gli usi della guerra terrestre⁴⁷. Più recentemente, nel 2020, l’Ufficio della Procura della CPI ha ribadito che sia la Cisgiordania quanto Gaza sono ancora sotto occupazione⁴⁸.

A partire dal 2008, dunque, anche in letteratura si è determinato un ampio e serrato dibattito sulla possibilità di considerare Gaza ancora occupata ai sensi del diritto internazionale. L’orientamento che la Striscia di Gaza sia ancora occupata è condiviso anche da ampia parte della dottrina⁴⁹. Dinstein considera Israele an-

⁴⁴ P. MAURER, *Challenges to International Humanitarian Law: Israel’s Occupation Policy*, in *International Review of the Red Cross*, Vol. 94, 888, pp. 1504-1505.

⁴⁵ A/62/275, 2007. Si veda anche UN Human Rights Council, *Report of the detailed findings of the independent commission of inquiry established pursuant to Human Rights Council Resolution S-21/1*, 22 giugno 2015, UN Doc A/HRC/29/CRP.4.

⁴⁶ *Power of Humanity. 32nd International Conference of the Red Cross and Red Crescent*, 8-10 dicembre 2015, 32IC/15/11.

⁴⁷ Procuratore della Corte penale internazionale, *Situation on the Registered Vessels of the Union of the Comoros, the Hellenic Republic and the Kingdom of Cambodia (Article 53(1) Report)*, 6 novembre 2014, par. 27. Per un’analisi critica di questa decisione del Procuratore, si veda T. MARINIELLO, *Judicial Control over Prosecutorial Discretion in the Rome Statute*, in *International Criminal Law Review*, 2019, p. 979 ss.

⁴⁸ Procuratore della Corte penale internazionale, *Situation in the State of Palestine*, 22 gennaio 2020, par. 5, 35.

⁴⁹ Si veda, tra gli altri, S. WEIL, V. AZAROVA, *The 2014 Gaza war: Reflections on jus ad bellum, jus in bello, and accountability*, in A. BELLAL (ed.), *The War Report: Armed Conflict in 2014*, Oxford, 2015, p. 360 ss.; S. DARCY, J. REYNOLDS, *An Enduring Occupation: The Status of the Gaza Strip from the Perspective of International Humanitarian Law*, in *Journal of Conflict and Security Law*, 2010, p. 211 ss. *Contra*, Y. SHANY, *Faraway, So Close: The Legal Status of Gaza after Israel’s Disengagement*, in *Yearbook of International Humani-*

cora potenza occupante a Gaza sulla base dell'“integrità del territorio della Cisgiordania e della Striscia; il continuo controllo da parte di Israele degli elementi fondamentali dell'amministrazione della vita nella Striscia di Gaza; e l'insistenza di Israele sulla sua capacità di “riprendere militarmente” qualsiasi parte della Striscia di Gaza⁵⁰. In questo dibattito sullo status di Gaza, si è pertanto progressivamente affermato il cd. “approccio funzionale”⁵¹ al diritto internazionale dell'occupazione militare, inteso a valorizzare come elemento decisivo dell'applicabilità di tale regime giuridico il controllo effettivo delle forze straniere su un territorio, anche in assenza di truppe dislocate all'interno del territorio stesso⁵². In particolare, secondo Filiiu, il ritiro delle truppe israeliane ha semplicemente modificato la forma dell'occupazione senza alterarne la natura sostanzialmente oppressiva. In particolare modo, le forze di sicurezza israeliane hanno dato vita ad una sorta di occupazione a distanza, che consente loro di risparmiare sui costi militari, umani e finanziari che deriverebbero dal controllo militare diretto del territorio, ma allo stesso tempo continuare a stabilire chi e cosa può entrare e uscire da Gaza e quando (con la stretta collaborazione dell'Egitto al valico meridionale di Rafah)⁵³.

Per uno studio che si pone l'obiettivo di analizzare i possibili crimini di guerra commessi a Gaza nel 2021, lo status della Striscia di Gaza come territorio occupato rileva in particolar modo in merito alla determinazione della natura del conflitto armato ‘Guardiano delle Mura’ e delle fattispecie che possano costituire crimini di guerra. Ai fini dello Statuto di Roma, i crimini di guerra si identificano come tali quando sono commessi nel contesto di un conflitto armato e sono associati ad esso⁵⁴. Ai sensi dell'art. 8 dello Statuto di Roma, stabilire se si tratti di un conflitto internazionale o non-internazionale risulta fondamentale per la corretta configurazione delle condotte che costituiscano crimini di guerra, classificati dall'articolo a seconda della tipologia di conflitto in cui vengano commessi. Il secondo paragrafo dell'articolo 2 comune alle quattro Convenzioni di Ginevra del 1949 chiarisce che esse sono applicabili «in tutti i casi di occupazione totale o par-

tarian Law, 2005, p. 369 ss.; D. LI, *The Gaza Strip as laboratory: Notes in the wake of disengagement*, in *J Palestine St*, 2006, p. 38 ss.; N. STEPHANOPOULOS, *Israel's Legal Obligations to Gaza after the Pullout*, in *Yale Journal of International Law*, p. 524 ss.

⁵⁰ Y. DINSTEIN, *The International Law of Belligerent Occupation*, Cambridge 2009, parr. 661-678.

⁵¹ K.J. HELLER, *Symposium on the Functional Approach to the Law of the Occupation*, in *Opiniojuris*, 23 aprile 2012, <http://opiniojuris.org/>; A. GROSS, *The Writing on the Wall. Rethinking the International Law of Occupation*, Cambridge, 2017, p. 52 ss.

⁵² T. FERRARO, *Determining the beginning and end of an occupation under international humanitarian law*, in *International Review of the Red Cross*, 2012, p. 133 ss. V. anche T. FERRARO, L. CAMERON, *Article 2: Application of the Convention*, in ICRC, *Commentary on the First Geneva Convention: Convention (I) for the Amelioration of the Condition of the Wounded and Sick in Armed Forces in the Field*, Cambridge, 2016, parr. 307-312.

⁵³ J. P. FILIU, *The Twelve Wars on Gaza*, in *Journal of Palestinian Studies*, 2014, p. 56 ss. V. anche, a proposito della negazione del diritto umano a lasciare il territorio, O.G. SKRIBELAND, *Revisiting and Further Exploring the Human Right to Leave*, in *EJIL:Talk!*, 9 settembre 2022, www.ejiltalk.org/.

⁵⁴ Articolo 8 dello Statuto di Roma.

ziale del territorio di un'Alta Parte contraente, anche se questa occupazione non incontrasse resistenza militare alcuna»⁵⁵. Concordemente, gli Elementi dei crimini della CPI specificano che «[l]'espressione 'conflitto armato internazionale' include l'occupazione militare». In merito alla situazione delle isole Comore, lo stesso Ufficio della Procura della CPI ha riconosciuto che i presunti crimini di guerra sono stati commessi nell'ambito di un conflitto armato internazionale⁵⁶.

Pertanto, avendo definito la natura giuridica del conflitto a Gaza del maggio 2021, procederemo ad analizzare quegli atti che secondo lo Statuto della CPI possono costituire crimini di guerra se commessi nell'ambito di un *conflitto armato internazionale*.

5. Le recenti ostilità a Gaza: un banco di prova per le indagini della CPI

Come si è anticipato nella prima parte di questa riflessione, il diritto internazionale umanitario detta i parametri di legalità di mezzi e metodi di conduzione delle ostilità da parte delle forze militari protagoniste dell'ultima *escalation* nel conflitto in Medio Oriente. È proprio in questo quadro che vanno segnalate le più gravi e reiterate violazioni da parte delle forze combattenti nel conflitto in esame. Violazioni, inoltre, tanto più gravi quanto più si consideri il tema dei cd. *reverberating effects* dell'uso di esplosivi in aree densamente popolate⁵⁷, termine con cui si designano gli effetti indiretti dei bombardamenti sulle infrastrutture civili (reti idriche, elettriche, telefoniche), con conseguenze umanitarie cumulative ed esponenziali (comunicazioni, strutture sanitarie di primo soccorso, impianti di depurazione)⁵⁸, di cui Gaza appare un perfetto esempio⁵⁹.

⁵⁵ V. Art. 2, *Geneva Convention for the Amelioration of the Condition of the Wounded and Sick in Armed Forces in the Field* (First Geneva Convention), adottata il 12 agosto 1949, in vigore dal 21 ottobre 1950, 75 UNTS 31.

⁵⁶ CPI, *Situazione sulle navi registrate di Comore, Grecia e Cambogia - Rapporto sull'articolo 53(1)*, 6 novembre 2014, para. 19.

⁵⁷ Cfr., *inter alia*, M. ZEITOUN, M. TALHAMI, *The Impact of Explosive Weapons on Urban Services: Reverberating Effects across Space and Time*, in *International Review of the Red Cross*, 2016, p. 53 ss.; I. ROBINSON, E. NOHLE, *Proportionality and Precautions in Attack: The Reverberating Effects of Using Explosive Weapons in Populated Areas*, in *International Review of the Red Cross*, 2016, p. 107 ss.

⁵⁸ Sulla necessità di inclusione – a causa di tali conseguenze – delle vittime indirette degli scontri nelle stime sui costi umani dei conflitti cfr. M. JAWAD *et al.*, *Estimating Indirect Mortality Impacts of Armed Conflict in Civilian Populations: Panel Regression Analyses of 193 countries, 1990–2017*, in *BMC Medicine*, 2020, p. 266 ss.; B.O. DAPONTE, *Why Estimate Direct and Indirect Casualties from War? The Rule of Proportionality and Casualty Estimates*, in J. ASHER, D. BANKS, F. J. SCHEUREN (eds) *Statistical Methods for Human Rights*, New York, 2008, p. 51 ss.; A. HAGOPIAN, *et al.*, *Mortality in Iraq associated with the 2003–2011 war and occupation: findings from a national cluster sample survey by the university collaborative Iraq Mortality Study*, in *PLoS Medicine*, 2013; C. L. MURRAY, G. KING, *et al.*, *Armed Conflict as a Public Health Problem*, in *BMJ*, 2002, p. 346 ss.

⁵⁹ V. Palestinian Central Bureau of Statistics, *Estimated Population in Palestine Mid-Year by Governorate, 1997-2021*.

Uno dei tratti essenziali dello *Jus in bello* è il carattere vincolante nei confronti di tutte le forze che siano contrapposte in un conflitto armato, indipendentemente dai propositi politici da esse rispettivamente perseguiti, ed indipendentemente dalla conformità o difformità di tali propositi rispetto al diritto internazionale⁶⁰. Nelle sue componenti di rango consuetudinario, inoltre, prescrive obblighi applicabili tanto agli attori dei conflitti di carattere interstatale, che a quelli di conflitti di altra natura. Sono tendenzialmente irrilevanti, in questo senso, le posizioni sulla statualità della Palestina, o sulla natura del controllo militare israeliano di Gaza⁶¹.

Ed infatti, a conferma di quanto ipotizzato durante il primo stadio del coinvolgimento della Corte penale internazionale, la Procura, nella richiesta alla Camera Preliminare di confermare la giurisdizione della Corte in riferimento alla situazione in Palestina, del gennaio 2020, ha sostenuto di avere ragionevoli motivi di ritenere che il crimine di guerra consistente nel «dirigere intenzionalmente attacchi contro la popolazione civile come tale, o contro singoli civili che non partecipino direttamente alle ostilità», o «contro obiettivi civili» (ex artt. 8(2)(b)(i) ed (ii) dello Statuto di Roma)⁶² fosse stato commesso da membri di Hamas⁶³.

Tuttavia, tale crimine - di converso - non è ipotizzato dalla Procura a carico delle *Israel Defence Forces* (IDF), sospettate invece – almeno fino ad oggi – di aver

V. A.N. FARZAN *et al.*, *How conflict, blockades and history have shaped the geography of Gaza*, in *Washington Post*, 14 maggio 2021. Già nel 2010 il Comitato Internazionale della Croce Rossa affermò «[t]he hardship faced by Gaza's 1.5 million people cannot be addressed by providing humanitarian aid. The only sustainable solution is to lift the closure», v. ICRC, *Gaza closure: not another year!*, cit.; v. anche Euro-Med Human Rights Monitor, *Suffocation and Isolation. 15 Years of Israeli Blockade on Gaza*, gennaio 2021.

⁶⁰ R. KOLB, *Origin of the twin terms jus ad bellum and jus in bello*, in *International Review of the Red Cross*, 1997, p. 554 ss.; J. GARDAM, *Proportionality and force in international law*, in *American Journal of International Law*, 1993, p. 391 ss.; J. MOUSSA, *Can jus ad bellum override jus in bello? Reaffirming the separation of the two bodies of law*, in *International Review of the Red Cross*, 2008, p. 963 ss.; alle origini delle posizioni che discutono la tenuta di tale separazione, v. H. LAUTERPACHT, *Rules of warfare in an unlawful war*, in G. A. LIPSKY (ed.), *Law and Politics in the World Community (Essays on Hans Kelsen's Pure Theory and Related Problems in International Law)*, Berkeley, 1953, p. 89 ss.

⁶¹ Secondo alcuni, non più occupata dopo il ritiro delle truppe di terra israeliane del 2006, v. Y. SHANY, *The Law Applicable to Non-Occupied Gaza: A Comment on Bassiouni v. the Prime Minister of Israel* in *Israel Law Review*, 2009, p. 101 ss. *Contra, inter alia*, D. LI, *The Gaza Strip as laboratory: Notes in the wake of disengagement*, in *Journal of Palestine Studies*, 2006, p. 38 ss.; and N. STEPHANOPOULOS, *Israel's Legal Obligations to Gaza after the Pullout*, 31 *Yale Journal of International Law*, 2006, p. 524 ss.; nello stesso senso, si è affermato: «Israel remains an occupying Power in respect of Gaza. Arguments that Israel ceased its occupation of Gaza in 2005 following the evacuation of its settlements and the withdrawal of its troops take no account of the fact that Israel retains effective control over Gaza by means of its control over Gaza's external borders, airspace, territorial waters, population registry, tax revenues and governmental functions. The effectiveness of this control is emphasized by regular military incursions and rocket attacks», A/62/275, 2007; UN Human Rights Council, *Report of the detailed findings of the independent commission of inquiry established pursuant to Human Rights Council Resolution S-21/1*, 22 giugno 2015, UN Doc A/HRC/29/CRP.4.

⁶² Statuto di Roma della Corte penale internazionale del 1998.

⁶³ CPI, Pre-Trial Chamber I, *Prosecution request pursuant to article 19(3) for a ruling on the Court's territorial jurisdiction in Palestine*, 22 gennaio 2020, ICC-01/18, par. 94.

commesso, tra gli altri, crimini di guerra di cui all'art.8(2)(b)(iv) dello Statuto di Roma, consistenti in attacchi diretti ad obiettivi militari legittimi, ma lanciati nella consapevolezza che avrebbero causato sproporzionate perdite di civili⁶⁴.

Alla luce dei bombardamenti delle scorse settimane, tuttavia, e per le ragioni che proveremo ora a dimostrare, riteniamo che la Procura della CPI debba invece considerare l'addebito del crimine di guerra di attacco diretto e intenzionale ad obiettivi civili anche a carico delle IDF, includendo accertamenti in tal senso nell'ambito dell'indagine in corso. Diversi fattori contribuiscono a questa convinzione.

6. I principi consuetudinari di diritto internazionale umanitario a protezione dei civili nelle procedure di attacco

Anzitutto, va sottolineato che il principio di distinzione tra obiettivi militari e strutture civili del diritto internazionale umanitario non può essere correttamente interpretato se letto isolatamente, poiché parte di una triade inscindibile di principi che include accanto ad esso i principi di precauzione e proporzionalità⁶⁵.

Il principio di precauzione richiede: 1) che durante ogni fase delle ostilità le forze militari facciano tutto ciò (*everything*) che sia praticamente possibile (*feasible*) per verificare che gli obiettivi da attaccare siano di natura militare; 2) osservino tutte le precauzioni praticabili (*take all the feasible precautions*) nella scelta dei mezzi e metodi di attacco, allo scopo di evitare, o in ogni caso di ridurre al minimo perdite civili, o ferimento di civili, o danno a strutture civili (per sintesi, '*civilian harm*') che possano qualificarsi come collaterali (*incidental* – si noti che l'attributo è riferito a tutti e tre i tipi di impatto sui civili elencati); 3) cancellino un attacco qualora, nello sviluppo dinamico delle circostanze di fatto: a) si comprenda (*becomes apparent*) che l'obiettivo non è, in realtà, un obiettivo militare, o b) si comprenda che l'attacco causerebbe danni sproporzionati a civili⁶⁶.

⁶⁴ *Ibid.*

⁶⁵ V. J.M. HENCKAERTS, L. DOSWALD-BECK, *Customary International Humanitarian Law. Volume I: Rules*, Cambridge, 2005, p. 3 ss.; W.H. BOOTHBY, *The Law of Targeting*, Oxford, 2012; P.A.L. DUCHEINE, M.N. SCHMITT, F.P.B. OSINGA (eds), *Targeting: The Challenges of Modern Warfare*, The Hague, 2016; I. HENDERSON, *The Contemporary Law of Targeting: Military Objectives, Proportionality and Precautions in Attack Under Additional Protocol I*, 2009; S. OETER, *Methods and Means of Combat*, in D. FLECK (ed.), *Handbook of International Humanitarian Law*, II ed., Oxford, 2008, p. 201 ss.

⁶⁶ Art. 57, Primo Protocollo Addizionale alle Convenzioni di Ginevra del 12 agosto 1949, relative alla Protezione delle vittime dei conflitti armati internazionali), 8 giugno 1977, 1125 UNTS 609. Y. SANDOZ, C. SWINARSKI, B. ZIMMERMAN (eds), *Commentary on the Additional Protocols of 8 June 1977 to the Geneva Conventions of 12 August 1949*, ICRC, Geneva, 1987, p. 681 ss.; J-F. QUÉGUINER, *Precautions Under the Law Governing the Conduct of Hostilities*, in *International Review of the Red Cross*, 2006, p. 798 ss.

L'identificazione di questa sproporzione, rilevante anche ai fini della configurabilità del corrispondente crimine di guerra, è affidata al principio di proporzionalità⁶⁷.

Il principio proibisce attacchi potenzialmente idonei a causare (*which may be expected to cause*) un insieme (*a combination*) di (*incidental*) perdite civili collaterali, ferimento di civili e danni a strutture civili, di entità tale che risulterebbe eccessiva rispetto al concreto e diretto vantaggio militare previsto⁶⁸.

La complessa valutazione prognostica che il principio richiede a coloro che siano in posizione di decidere degli attacchi è assai discussa in dottrina⁶⁹, a causa dell'ampia gamma di problemi etici, giuridici e probatori che solleva. Il principio, infatti, ammette e considera potenzialmente legittimi attacchi con un “danno collaterale”⁷⁰ eventualmente elevato in termini di vittime civili e danno a strutture civili, purché esso sia di entità inferiore al vantaggio militare previsto, da identificarsi sul piano strettamente tattico. E' evidente, quindi, quanto la criticità applicativa di questo principio sia il bilanciamento tra due “beni giuridici” antagonisti, circostanziali e di difficile commensurabilità. Da qui l'interminabile dibattito tra gli studiosi⁷¹.

Nel suo contenuto essenziale, tuttavia, il principio contiene di sicuro una chiara prescrizione – come suggerito da Pertile - di “non eccessività”⁷² degli attac-

⁶⁷ N. MELZER, *International Humanitarian Law: A Comprehensive Introduction*, Ginevra, 2016, p. 101 ss. J.M. HENCKAERTS, L. DOSWALD-BECK, *Customary International Humanitarian Law. Volume I: Rules*, Cambridge, 2005, p. 64 ss.

⁶⁸ Art. 51(5)(b) Primo Protocollo Addizionale alle Convenzioni di Ginevra del 12 agosto 1949, del 1977; M. BOTHE, K. J. PARTSCH, W.A. SOLF, *New Rules For Victims of Armed Conflicts: Commentary on the Two 1977 Protocols Additional to the Geneva Conventions of 1949*, The Hague/Boston/London, 1982, p. 360 ss. W. FENRICK, *The Rule of Proportionality and Protocol in Conventional Warfare*, in *Military Law Review*, 1982, p. 219 ss; R. KOLB, R. HYDE, *An Introduction to the International Law of Armed Conflicts*, Oxford, 2008, p. 131 ss.

⁶⁹ *Inter alia*, A. HAQUE, *Law and Morality at War*, Oxford, 2017, p. 175 ss. J. D. OHLIN, L. MAY, C. FINKELSTEIN (eds.), *Weighing lives in war*, Oxford, 2017, p. 131 ss.

⁷⁰ V. F. ROSEN, *Collateral damage: A candid history of a peculiar form of death*, Hurst, 2016.

⁷¹ A titolo di esempio v. R. BARTELS, *Dealing with the Principle of Proportionality in Armed Conflict in Retrospect: The Application of the Principle in International Criminal Trials*, in *Israel Law Review*, 2013, p. 271 ss.; Y. DINSTEIN, *Remarks: Interpretive Complexity and the International Humanitarian Law Principle of Proportionality*, in *American Society of International Law Proceedings*, 2014, p. 82 ss.; W.J. FENRICK, *Applying IHL. Targeting Rules to Practical Situations: Proportionality and Military Objectives*, in *Windsor Yearbook of Access to Justice*, 2009, p. 271 ss.; J. GARDAM, *Proportionality and Force in International Law*, in *American Journal of International Law*, 1993, p. 391 ss.; I. HANDERSON, *The Contemporary Law of Targeting: Military Objectives, Proportionality and Precautions in Attack under Additional Protocol I*, Geneva, 2009; ICRC, *The Principle of Proportionality in the Rules Governing the Conduct of Hostilities Under International Humanitarian Law*, *International Expert Meeting*, June 22–23, 2016, Quebec, www.icrc.org/; S. OETER, *Methods and Means of Combat*, in T. GILL, D.FLECK (eds), *The Handbook of International Humanitarian Law*, II ed., Oxford, 2008, p. 119 ss.

⁷² M. PERTILE, *A proposito di un appello su Gaza – Una risposta a Lorenzo Gradoni*, in *Quaderni di SIDIBlog*, 2014, p. 56 ss.

chi, da intendersi come parametro “ampio, ma non indeterminato”⁷³, o quanto meno – rispetto alle ostilità oggetto di questo commento – non del tutto indeterminato.

Le ostilità di questi anni a Gaza, dunque, vanno analizzate alla luce di questi principi.

Già nel 2014, nell’operazione ‘Protective Edge’, i bombardamenti dell’esercito israeliano causarono la morte di 2131 palestinesi. Secondo le Nazioni Unite (si noti che i dati della Commissione Indipendente d’Inchiesta sono cauti rispetto alle stime ancor più allarmanti delle organizzazioni non governative)⁷⁴ 1462 vittime dei bombardamenti risultarono essere civili, di cui 551 tra bambini e minori, e 299 donne⁷⁵.

In altre parole, a proposito di danno “collaterale”, quasi due terzi delle vittime dell’operazione *Protective Edge* furono civili. Ora, per quanto sia chiaro che il principio di proporzionalità non imponga un divieto categorico di lanciare attacchi che causino vittime civili, va sottolineato quanto ogni volta il diritto dei conflitti armati menzioni forme di impatto sui civili considerate ammissibili, esso designi sempre queste forme di impatto come *incidental* (tre volte nel solo art. 57 del primo Protocollo aggiuntivo del 1977)⁷⁶.

7. Il discrimine di ‘incidentalità’ tra attacchi indiscriminati e attacchi sproporzionati nel diritto internazionale umanitario

Ma cosa intende il DIU quando qualifica l’impatto sui civili di un attacco come incidentale? E che importanza assume questa qualificazione *sub specie iuris*?

L’incidentalità, nelle norme in esame, designa le conseguenze di un attacco sui civili che siano qualificabili come *collaterali*, sul piano logico, in un triplice senso:

- rispetto al risultato principale perseguito (dal punto di vista volitivo);

⁷³ «In certain situations it is evident that the expected incidental harm will be excessive in relation to the military advantage, and in others it is evident that it will not be. To use some examples referred to in military manuals, bombing an isolated fuel tanker in the middle of a densely populated city would be excessive, while an airstrike against an ammunition depot beside a farmer ploughing a field would not be. ‘Excessive’ is a wide but not indeterminate standard. Provided they do what is required to collect information on which to base their assessment, and conduct the assessment in good faith and in a manner that is reasonable, belligerents have ‘a fairly broad margin of judgment’, 54 in the words of the ICRC Commentary to the Additional Protocols of 1977, to determine whether the expected incidental harm would be excessive». E. GILLARD, *Proportionality in the Conduct of Hostilities. The Incidental Harm Side of the Assessment*, 2018, Chatham House, Royal Institute of International Affairs, p. 22 ss.

⁷⁴ Institute for Middle East Understanding, *50 Days of Death & Destruction: Israel’s “Operation Protective Edge”*, 10 settembre 2014.

⁷⁵ V. Report della Commissione d’Inchiesta Indipendente sul conflitto a Gaza nel 2014. In sintesi, Ufficio per il Coordinamento degli Affari Umanitari, *Key Figures on the 2014 hostilities*, 23 giugno 2015.

⁷⁶ Art. 57, par. 2(c), Primo Protocollo Addizionale alle Convenzioni di Ginevra del 12 agosto 1949, relative alla Protezione delle vittime dei conflitti armati internazionali), 8 giugno 1977, 1125 UNTS 609.

- rispetto al risultato principale prevedibile (dal punto di vista cognitivo della rappresentazione dei rischi);
- rispetto al risultato principale in astratto (sul piano oggettivo), di natura militare, che deve quanto meno essere distinto e preponderante rispetto a quello, incidentale e secondario, di impatto sui civili.

Solo dopo aver tracciato questa linea di demarcazione è possibile valutare se il danno, preventivamente individuato come incidentale/collaterale (secondo parametri teleologicamente orientati dal bilanciamento del DIU tra principi di protezione dei civili e considerazioni di necessità militare) sia anche ammissibile, in quanto proporzionale al legittimo vantaggio tattico perseguito, o di converso proibito, in quanto eccessivo rispetto al vantaggio stesso.

Questo discrimine va poi necessariamente trasposto sul piano del diritto internazionale penale, poiché solo tramite esso è individuabile la distinzione tra la fattispecie di crimini di guerra di attacco intenzionale a civili, o strutture civili (articoli 8(2)(b)(i), e 8(2)(b)(ii) dello Statuto di Roma), da un lato, e di attacco sproporzionato (art. 8(2)(b)(iv) Statuto di Roma), dall'altro. I primi, infatti, criminalizzano la condotta di chi intenzionalmente prenda di mira civili o strutture civili⁷⁷. Il secondo punisce invece la condotta di chi, mirando ad un obiettivo militare legittimo, lanci l'attacco nella consapevolezza di causare un danno eccessivo a civili o strutture civili, in quanto sproporzionato rispetto al vantaggio militare, ma pur sempre collaterale/incidentale⁷⁸.

Di conseguenza, se: a) l'entità del *civilian harm* di insieme è largamente preponderante rispetto all'obiettivo militare, sul piano oggettivo, più b) il grado di prevedibilità della sproporzione delle vittime civili o del danno prevalente a strutture civili diventa vicino o pari alla certezza, allora c) può dirsi che tali conseguenze principali su civili e strutture civili siano sostanzialmente *perseguite*, in quanto non più 'collaterali' e in quanto previste con certezza.

La norma di riferimento, allora, diventa la proibizione di attacchi indiscriminati, cioè diretti contro obiettivi civili e militari senza distinzione, nella consapevolezza (dirimente ai fini dell'inquadramento internazionale-penalistico) di un impatto principale sui civili, e richiedendo dunque di far ricorso al crimine di guerra di attacco intenzionale a strutture civili (v. *infra*, par. 8).

8. La costruzione *contra legem* delle strutture civili di Gaza come obiettivi militari: tra 'scudi umani' e 'avvertimenti'

⁷⁷ Rispettivamente «*Intentionally directing attacks against the civilian population as such or against individual civilians not taking direct part in hostilities*» e «*Intentionally directing attacks against civilian objects, that is, objects which are not military objectives*».

⁷⁸ «*Intentionally launching an attack in the knowledge that such attack will cause incidental loss of life or injury to civilians or damage to civilian objects or widespread, long-term and severe damage to the natural environment which would be clearly excessive in relation to the concrete and direct overall military advantage anticipated*».

In questo senso riteniamo che ‘Guardiano delle mura’ dimostri – con delle novità rispetto alle precedenti offensive – che le concezioni operative e le regole di ingaggio dell’aviazione israeliana a Gaza ignorino questo discrimine, ed anzi sviluppino argomentazioni che, non tenendone conto, svuotano di senso le rilevanti categorie del diritto internazionale. Sembra essere proprio questa la posta in gioco di diversi ordini del discorso dell’esercito israeliano, in primis del peculiare e ridondante richiamo delle IDF all’utilizzo di ‘scudi umani’ da parte di Hamas e dei gruppi armati palestinesi.

Il diritto internazionale consuetudinario vieta questa pratica⁷⁹, ma utilizza il concetto di scudi umani in riferimento a contesti circostanziati e all’utilizzo volontario, da parte di forze combattenti, di civili al fine di rendere una determinata postazione o unità militare inattaccabile, se non al prezzo di colpire i civili stessi. A conferma di tale inquadramento la correlata fattispecie nel diritto internazionale penale, con lo Statuto di Roma (Statuto CPI) che punisce la pratica come crimine di guerra all’art. 8(2)(xxiii).

Gli elementi di questa fattispecie richiedono che l’autore “si sia spostato, o abbia in altro modo tratto vantaggio dalla posizione di uno o più civili”, al fine di “schermare un obiettivo militare da attacchi”, o al fine di favorire o impedire in tal modo operazioni militari⁸⁰.

Al contrario, il discorso delle IDF utilizza il concetto di scudi umani distorcendone i contorni giuridici, cioè mobilitandolo in modo non circostanziale, indeterminato e complessivo, in chiave di caratterizzazione generale di Hamas e – in buona sostanza – nella prospettiva funzionale di ascrivere le responsabilità per le vittime civili dei bombardamenti direttamente al nemico bombardato, composto da terroristi inclini ad “uccidere i propri civili (*killling their own civilians*)”⁸¹.

Il discorso sugli scudi umani ha prodotto persino in Italia forme non troppo velate di squalificazione razziale della popolazione della Striscia, con titoli a sei colonne su padri che utilizzano “come scudi umani” i “propri figli”⁸².

Al di là degli oltranzismi unilaterali, le argomentazioni che svuotano di senso i precetti del diritto dei conflitti armati emergono anche da diverse dichiarazioni ufficiali israeliane, tra cui quelle contenute nel Report del Ministero degli Esteri di Israele sull’operazione ‘Piombo Fuso’ del 2008-2009, in cui si afferma: “In molti

⁷⁹ Tra gli altri, v. ancora J.M. HENCKAERTS, L. DOSWALD-BECK, *Customary International Humanitarian Law*, cit., p. 336 ss.

⁸⁰ Corte penale internazionale, *Elements of Crimes, Official Records of the Assembly of States Parties to the Rome Statute of the International Criminal Court, First session, New York, 3-10 September 2002* 2002, p. 30.

⁸¹ ISRAEL DEFENSE FORCES, *Human Shields Explained*, 18 maggio. Si veda in merito la dettagliata e documentata analisi di N. GORDON, N. PERUGINI, *Human Shields. A History of People in the Line of Fire*, Oakland, 2020, pp. 170 ss. e 190 ss., e ID., *The politics of human shielding: On the resignification of space and the constitution of civilians as shields in liberal wars*, in *Environment and Planning D: Society and Space*, 34, 1, 2016, p. 168 ss.

⁸² M. VENTURA, *La verità? Israele difende I propri figli, Hamas li usa come scudi umani*, in *Panorama*, 19 novembre 2012.

casi le IDF non potevano rinunciare a [distruggere] obiettivi militari legittimi senza minare la propria missione e mettere a repentaglio i propri soldati e civili. In quelle circostanze, il risultato dell'approccio di Hamas è stato quello di rendere difficile, e talvolta impossibile, per le forze dell'IDF evitare danni ai civili e alle strutture civili⁸³.

Anche in queste posizioni ufficiali, le vittime civili degli attacchi escono dagli orizzonti di rischio che chi pianifica e lancia gli attacchi ha l'obbligo giuridico di valutare (ed evitare), e diventano una conseguenza dell'approccio del nemico attaccato, spingendo *de facto* verso le forze attaccate (dal punto di vista circostanziale dello *ius in bello*) il dovere di proteggere i civili.

Inoltre, le IDF segnalano l'utilizzo frequente di avvertimenti⁸⁴ alla popolazione civile che un determinata struttura sarà attaccata (tra gli 'avvertimenti' a detta dell'esercito figura anche il cosiddetto 'roof-knocking')⁸⁵.

Di recente, tra gli avvertiti, insieme a 300 famiglie, anche il direttore dell'Al Mezan Centre for Human Rights di Gaza, Issam Younis, informato telefonicamente dall'esercito israeliano dell'imminente attacco di due strutture scolastiche nelle immediate vicinanze della propria abitazione⁸⁶.

Quando il diritto internazionale umanitario parla di 'warnings'⁸⁷ lo fa a seguito delle numerose articolazioni del principio di precauzione che impongono gli obblighi citati pocanzi. Solo dopo aver verificato che un determinato obiettivo sia effettivamente di natura militare, dopo aver scelto tra i mezzi e metodi di attacco possibili quelle tattiche e quegli armamenti di precisione tali da minimizzare perdite di civili e danni a strutture civili, ha senso parlare di avvertimenti a coloro che, nonostante queste misure, rimanessero comunque in una situazione di rischio.

Informare, come nel caso citato, centinaia di civili di imminenti attacchi a strutture scolastiche nei pressi delle loro abitazioni, non sembra avere molto a che fare con gli avvertimenti di cui parla l'art. 57 del Primo Protocollo del 1977⁸⁸,

⁸³ Israeli Ministry of Foreign Affairs, *The Operation in Gaza, Factual and Legal Aspects*, Report luglio 2009, par. 154 (traduzione degli AA.)

⁸⁴ R. OTTO, *Neighbours as Human Shields? The Israel Defense Forces' 'Early Warning Procedure' and International Humanitarian Law*, in IRRC, No. 856, December 2004, p. 771 ss.

⁸⁵ V. I. MANN, *Roof Knocking and the Problem of Talking with Bombs*, 31 marzo 2015; J. DILL, *Israel's Use of Law and Warnings in Gaza*, 30 luglio 2014.

⁸⁶ «Now in Gaza, my family and more than 300 families (around 2.5k) are evacuating our homes. The Israeli army informed and will attack two elementary schools (*Al Aqsa* and *Al Burraq*) next to where I live in a very civilian densely populated area» ha dichiarato Younis il 17 maggio 2021.

⁸⁷ Art. 57, par. 2(c), Primo Protocollo Addizionale alle Convenzioni di Ginevra del 12 agosto 1949, relative alla Protezione delle vittime dei conflitti armati internazionali), 8 giugno 1977, 1125 UNTS 609.

⁸⁸ V. Y. SANDOZ, C. SWINARSKI, B. ZIMMERMAN (eds), *Commentary on the Additional Protocols of 8 June 1977 to the Geneva Conventions of 12 August 1949*, cit., par. 2225.

somigliando più ad una minaccia di violazioni di garanzie fondamentali, essa stessa proibita dall'art. 75, par. 2(e) dello stesso trattato⁸⁹.

A ben vedere, quindi, proprio questi avvertimenti sembrano inserirsi nel quadro di una traslazione dei rischi degli attacchi per la popolazione civile, sulla condotta dei civili stessi⁹⁰, in una sorta di indebita responsabilizzazione del civile in procinto di essere bombardato, funzionale alla deresponsabilizzazione di chi decide ed ordina i bombardamenti⁹¹.

9. Il capovolgimento del discrimine di incidentalità e la sua rilevanza penale internazionale: la distruzione della *Al Jalaa Tower*

Ma il punto di frattura più netto di quel discrimine di incidentalità che abbiamo identificato, ci sembra sia ben rappresentato (a titolo di esempio) dal recente bombardamento della *Al Jalaa Tower*, menzionato in apertura.

L'esercito israeliano ha bombardato, radendola al suolo, una struttura civile di tredici piani e decine di unità abitative ed uffici⁹², che ospitava le redazioni di diverse agenzie di stampa internazionali⁹³.

Le Forze di difesa israeliane hanno rivendicato la legittimità di questo attacco affermando che l'edificio contenesse 'assets' militari dell'intelligence di Hamas, incluso equipaggiamento (presumibilmente elettronico) che avrebbe avuto la funzione di ostacolare le operazioni militari delle stesse IDF. Dai comunicati dell'esercito emerge chiaramente l'assenza di combattenti o militanti di Hamas

⁸⁹ *Ini*, parr. da 3056 a 3058: «*This prohibition is actually concerned with intimidation; a similar formula was used in Article 40 of the Protocol. Measures of intimidation are prohibited by Article 33 of the fourth Convention. In its draft the ICRC had proposed to also include a prohibition on physical or moral coercion, particularly when applied in order to obtain information; similar clauses exist for prisoners of war (Article 17, Third Convention) and for protected civilians (Article 31, fourth Convention). According to the Rapporteur of Committee III the prohibition of torture together with the more general prohibition on causing harm to life, health and physical and mental well-being, was considered sufficient to omit a reference to coercion. It might be added that in this field individuals are also protected by paragraph 4(f) which says that no one may be compelled to confess guilt. Similarly Committee III considered it unnecessary to include separately a prohibition of intimidation, harassment and threats aimed at forced movement or migration of individuals or groups of the population in occupied territories; sub-paragraph (e) of this paragraph covers such situations*».

⁹⁰ V. J.P. KOT, *Israeli Civilians versus Palestinian Combatants? Reading the Goldstone Report in Light of the Israeli Conception of the Principle of Distinction*, in *Leiden Journal of International Law*, 2011, p. 961 ss. e V. AZAROVA, in commento a J. KU, *Joint Declaration Charging Legal Violations in Israel's Gaza Offensive*, in *Opinio Juris*, 1° agosto 2014, <http://opiniojuris.org>.

⁹¹ A proposito delle teorie di etica militare funzionali a tale traslazione del rischio, v. *infra*, paragrafo 9.

⁹² Attacco ripreso, tra le altre, della AFP News Agency, *Israel flattens Gaza building hosting AP, Al Jazeera in air strike*, 15 maggio 2021.

⁹³ J. FREDERMAN, *Shocking and horrifying: Israel destroys AP office in Gaza*, Associated Press, 16 maggio 2021; Al Jazeera, *Give us 10 minutes: How Israel bombed a Gaza media tower*, 15 maggio 2021.

dall'edificio stesso, ed anzi si evince che anche oggetti di rilievo militare fossero stati rimossi dai militanti prima dell'attacco⁹⁴.

L'esercito, quindi, mobilitando gli ordini del discorso analizzati, afferma di aver avvertito con largo anticipo i civili dell'imminente attacco, e designa gli uffici dei media come 'scudo umano' utilizzato da Hamas.

Nell'immagine allegata dalle IDF al comunicato sull'attacco, però, preceduta dal titolo "assets dell'intelligence militare di Hamas" (come a voler presentare una prova fotografica delle asserzioni e un'individuazione del segmento dell'edificio designato come 'base operativa' di Hamas) si osserva invece l'intero edificio evidenziato in rosso⁹⁵.

Ancor più chiaramente e gravemente, nelle precedenti comunicazioni, le IDF hanno affermato che l'utilizzo da parte di Hamas di "aree residenziali" e "alti edifici", "trasformati (*turned*)" in "roccaforti militari", rende tali oggetti "obiettivi militari legittimi"⁹⁶.

Anche in questo caso, si parte da una norma di diritto internazionale, per distorcerne il senso e neutralizzarne l'applicabilità. E' vero, infatti, che nel diritto internazionale la distinzione tra strutture civili protette e obiettivi militari legittimi è di carattere circostanziale. Una struttura civile può perdere l'immunità dagli attacchi qualora sia utilizzata a fini militari e solo per la durata di tale utilizzo⁹⁷. L'utilizzo a fini militari della struttura civile deve però essere tale da consentire di considerare la struttura stessa come un obiettivo militare⁹⁸. Si pensi all'esempio di un gruppo armato che prenda il controllo di un edificio residenziale e lo utilizzi come postazione per lanciare attacchi, causando la fuga dei civili che vi risiedevano. In questo caso sarebbe legittimo attaccare i combattenti attivi in tale edificio, poiché in termini di proporzionalità il danno alla struttura sarebbe giustificato dal vantaggio di eliminare i combattenti stessi.

In questo caso, tuttavia, la Al-Jalaa Tower sfugge completamente a tale inquadramento. Si tratta infatti di una struttura civile usata al momento dell'attacco in modo largamente prevalente da giornalisti destinatari di protezioni internazionali specifiche⁹⁹ e da civili, priva di qualsiasi *active combatant* al suo interno, in cui – in una lettura permissiva delle norme – il legittimo obiettivo militare potrebbe essere al limite uno tra le molte decine di locali chiaramente separate all'interno dell'edificio stesso, quello appunto contenente gli oggetti di rilievo militare del nemico.

⁹⁴ V. Israel Defense Forces, 15 maggio 2021, <https://twitter.com/IDF/>.

⁹⁵ Israel Defense Forces, *strikes multi-story building which contained military assets belonging to Hamas military intelligence*, 15 maggio 2021.

⁹⁶ V. Israel Defense Forces, 15 maggio 2021, <https://twitter.com/IDF/>.

⁹⁷ M. HENCKAERTS, L. DOSWALD-BECK, *Customary International Humanitarian Law*, cit., p. 34 ss.

⁹⁸ *Ivi*, pp. 30-32.

⁹⁹ B. SAUL, *The international protection of journalists in armed conflict and other violent situations*, in *Australian Journal of Human Rights*, 2008, p. 99.

Ciò che allarma della visione delle IDF – che non a caso è stata aspramente criticata da numerosi autori¹⁰⁰ – è che alla luce delle stesse, in tutta evidenza, l'immunità dagli attacchi delle strutture civili cade non più e non solo in virtù dalla presenza di combattenti attivi, in procinto di o quanto meno intenzionati ad attaccare, ma ormai anche solo sulla base della giacenza di oggetti del nemico.

Affermare che tali oggetti, collocati in un segmento eventualmente minimo e non identificato di una struttura civile, rendono la struttura civile nella sua interezza – inclusi tutti gli appartamenti civili che essa ospiti – un obiettivo militare, equivale sostanzialmente ad una dismissione tout court delle categorie del diritto internazionale umanitario, tramite una indebita 'sineddoche' interpretativa del concetto di obiettivo militare, che abolisce la relazione logica tra parte e tutto.

Ad ulteriore riprova dell'inammissibilità di tale ricostruzione, si pensi al dato normativo di DIU per cui, se si bombardassero centinaia di appartamenti civili disposti orizzontalmente sul campo, invece che verticalmente in torri di decine di piani, al fine di colpirne uno solo tra essi contenente un obiettivo militare legittimo, ci si troverebbe di fronte ad una chiara violazione del diritto internazionale consuetudinario, ovvero quella di *area bombardment*, consistente in attacchi aerei o di qualsiasi altro tipo che «trattino come un singolo obiettivo militare un numero di obiettivi chiaramente separati e collocati all'interno di città, villaggi, centri abitati o aree contenenti simili concentrazioni di civili e strutture civili»¹⁰¹.

L'esercito israeliano genera, al contrario, un dispositivo argomentativo che permette di individuare tutto ciò che di natura civile circonda un qualsiasi oggetto di qualsiasi rilievo militare, in obiettivo militare attaccabile interamente.

A questo punto, il principio di proporzionalità è del tutto fuori gioco, poiché:

1) cade la collateralità del danno complessivo inflitto a civili e strutture civili, sul piano volitivo, poiché a tali obiettivi viene arbitrariamente negato proprio il carattere civile, al fine di attaccarli e distruggerli integralmente; 2) cade la collateralità del danno complessivo inflitto a civili e strutture civili, sul piano cognitivo/prognostico, poiché le prevalenti perdite civili e/o la prevalente distruzione di strutture civili sono previste con certezza; 3) cade la collateralità del danno complessivo inflitto a civili e strutture civili sul piano oggettivo, poiché diviene impossibile distinguere un risultato 'principale' di natura militare e un risultato 'secondario' di *civilian harm*.

¹⁰⁰ V. A. HAQUE, *The IDF's Unlawful Attack on Al Jalaa Tower*, in *Just Security*, 27 maggio 2021; A. GROSS, *The 2021 Gaza War and the Limits of International Humanitarian Law*, in *Just Security*, 1° giugno 2021; A. GURMENDI, *The Rabbit Hole, from Antwerp to Gaza*, in *Opiniojuris*, 19 maggio 2021; in senso parzialmente concorde A. SARI, *Israeli Attacks on Gaza's Tower Blocks*, Lieber Institute – WestPoint Articles of War, 17 maggio 2021; *contra* M. SCHMITT, *Legal Protection of the Media in Armed Conflict: Gaza*, 18 maggio 2021.

¹⁰¹ Art. 51(5)(a), Primo Protocollo Addizionale alle Convenzioni di Ginevra del 12 agosto 1949, relative alla Protezione delle vittime dei conflitti armati internazionali), 8 giugno 1977, 1125 UNTS 609.

Il discrimine del DIU tra attacco sproporzionato e attacco indiscriminato, quindi, cade integralmente.

Allo stesso modo, cade il simmetrico discrimine internazional-penalistico necessario alla configurabilità degli attacchi puniti dall'art.8(2)(b)(iv) dello Statuto di Roma, ovvero quelli caratterizzati dalla consapevolezza dell'autore che l'attacco stesso causerà un danno a civili e obiettivi civili chiaramente eccessivo rispetto al vantaggio militare perseguito, ma pur sempre 'incidentale'.

Questi attacchi delle IDF sono, pur ammettendo la natura di legittimo obiettivo militare del singolo segmento individuato come tale, attacchi diretti intenzionalmente contro obiettivi militari e civili senza distinzione, nella consapevolezza di un impatto largamente prevalente su strutture civili.

Dal punto di vista della fattispecie penale rilevante, di conseguenza, essi esigono che si faccia ricorso al crimine di cui all'art. 8(2)(b)(ii) dello Statuto di Roma, che punisce il «lanciare intenzionalmente attacchi contro strutture civili, cioè strutture che non siano obiettivi militari». Poiché manca un'esplicita e specifica criminalizzazione degli attacchi indiscriminati in questo trattato, infatti, interpretare tale fattispecie come inapplicabile a tutte le ipotesi in cui vi sia qualche oggetto di interesse militare in un complesso che unisce numerose abitazioni civili in un'unica struttura equivarrebbe a lasciare una vasta gamma di attacchi proibiti dal DIU sprovvisti di un profilo sanzionatorio, recidendo il combinato disposto tra norme di DIU e fattispecie di diritto internazionale penale e, in definitiva, creando uno spazio di anomia negli interstizi tra i due piani normativi complementari.

In questo senso torna attuale anche la giurisprudenza del Tribunale Penale Internazionale per l'ex-Jugoslavia (ICTY), che in più occasioni (ovvero nelle sentenze sui casi Kordić e Čerkez, Naletilić e Martinović, Jelisić, Blaškić, e Galić) aveva ribadito – sia in primo grado, che in appello – che persino la presenza di combattenti nemici attivi all'interno di gruppi composti prevalentemente da civili non rendeva tali gruppi ('predominantly civilian in nature') obiettivi militari legittimi¹⁰².

Tanto più in virtù di questo standard consolidato, che appare trasponibile al piano della determinazione della natura militare o civile di un obiettivo-struttura, riteniamo che l'indagine della Procura della CPI debba estendersi ad accertamenti sul crimine di guerra di attacco intenzionale diretto a strutture civili anche a carico dell'esercito israeliano.

¹⁰² ICTY, *Kordić and Čerkez*, Trial Chamber, Judgement, 26 febbraio 2001, par. 180; *Naletilić and Martinović*, Trial Chamber, Judgement, 31 marzo 2003, par. 235; *Jelisić*, Trial Chamber, Judgement, 14 dicembre 1999, par. 54; *Blaškić*, Appeals Chamber, Judgement, 29 luglio 2004, par. 115; *Galić*, Appeal Chamber, Judgement, 30 Novembre 2006, par. 137).

10. Riflessioni conclusive: relativizzazioni etniche dei doveri di proteggere i civili e l'urgenza di uno scrutinio terzo ed imparziale

Ciò appare tanto più urgente, quanto più si consideri l'affermarsi di visioni e teorie dell'etica militare dell'esercito israeliano volte a respingere le implicazioni morali degli obblighi internazionali consuetudinari del diritto dei conflitti armati, nonché a costruire esplicitamente canoni morali alternativi.

Imbattendosi negli scritti del Professor Asa Kasher, ad esempio, si legge (la traduzione – il più possibile letterale – è nostra): “Non c'è esercito al mondo che metterebbe in pericolo i propri soldati per evitare di colpire i vicini di un nemico o di un terrorista che siano stati avvertiti. Quando Israele non ha un controllo effettivo su un territorio, *la responsabilità morale di distinguere tra terroristi e non combattenti non è sulle sue spalle* [corsivo aggiunto]. Gaza non era sotto il nostro controllo effettivo. Pertanto, *non è necessario mettere solo a tal fine* [quello di distinguere tra civili e terroristi] a rischio le vite delle truppe in tali circostanze. Se si osservano non combattenti in un territorio in cui non si ha un controllo effettivo e dopo una serie di avvertimenti di cui si sappia che sono stati efficaci, allora la vita delle truppe viene prima di tutto. In sintesi, *Israele dovrebbe tutelare la vita dei propri soldati rispetto a quella dei vicini* [civili] *ben avvertiti di un terrorista* quando opera in un territorio su cui non ha controllo effettivo, perché in tali territori *non ha una responsabilità morale di separare individui pericolosi e individui innocui*, al di là dell'avvertire in modo efficace. *I malati possono sventolare bandiere bianche, possono farlo anche i loro parenti. La persona che ha paura che la sua casa venga saccheggiata non crea con il suo strano comportamento una ragione per mettere a repentaglio la vita dei soldati. La persona che non sa dove andare è un mito* [corsivi aggiunti]”¹⁰³.

Ancora, nell'analisi di Kasher e Yadlin su ‘*Assassination and Preventive Killing*’, a proposito del danno collaterale consentito negli omicidi mirati di terroristi, si legge: “lo stato deve dare la preferenza a salvare la vita di un *singolo cittadino* anche se il danno collaterale causato nel corso della sua protezione è numericamente molto *più alto*”. Essi aggiungono, ancor più chiaramente: “quando si considera un solo atto di prevenzione mirata del terrorismo mediante l'uccisione del terrorista, esiste la possibilità che il numero delle vittime *collaterali* sia *molto più alto del numero dei cittadini* [corsivi aggiunti] messi a rischio da quel singolo atto di terrore e salvati”¹⁰⁴.

La differenziazione radicale nella meritevolezza di tutela della vita dei civili sulla base della nazionalità appare quindi esplicita. Alla luce di quanto sostenuto fino ad ora, quindi, l'estensione dell'ambito di indagine della CPI anche al possibile crimine di guerra di attacchi diretti intenzionalmente ad obiettivi civili da parte

¹⁰³ A. KASHER, *A Moral Evaluation of the Gaza War – Operation Cast Lead*, Jerusalem Center for Public Affairs Brief, 4 febbraio 2010 (traduzione degli AA.).

¹⁰⁴ A. KASHER, A. YADLIN, *Assassination and preventive killing*, in *The SAIS Review of International Affairs*, 25 gennaio 2005, p. 43 (traduzione degli AA.).

delle IDF appare ancora più auspicabile, in particolare di fronte al consolidarsi delle citate concezioni tattiche, in cui la prossimità dei civili ‘stranieri’ al nemico diventa occasione di sviluppo di un’etica militare che ne revoca in dubbio lo statuto di protezione, in conflitto frontale coi precetti del diritto internazionale analizzati.

Anche la CPI, tuttavia, non è che una delle istituzioni internazionali chiamata, nei limiti del proprio ruolo, ad intervenire con urgenza, ed assai più incisivamente che in passato, sulla questione. I perduranti illeciti internazionali discussi, che lasciano inalterato uno scenario di oppressione sistematica, esigono un intervento dei governi nazionali che non si limiti a sottolineare la necessità di una più proporzionata conduzione delle ostilità. Anche l’Italia, nei rilevanti consessi internazionali, sarebbe chiamata ad opporsi ai processi di colonizzazione ed annessione in cui *escalation* militari e stragi di civili rischiano di normalizzarsi come dialettica cui si ricorre ciclicamente, o peggio come *policy* di controllo dei territori. Richiamare tutti gli attori alla vincolatività *erga omnes* del diritto internazionale consuetudinario e cogente, incluso il diritto all’autodeterminazione dei popoli¹⁰⁵, sarebbe un dovere istituzionale minimo della politica, dovere che nel nostro paese è la stessa Costituzione repubblicana ad imporre all’esecutivo.

¹⁰⁵ Israele, proprio durante le prime fasi del conflitto in Ucraina, ha ribadito di non riconoscerne lo status di norma di *ius cogens*: «*With regards to its status as a peremptory norm, Israel believes it is highly questionable whether the right to self-determination meets the standards for being recognized as a jus cogens norm*» (International Law Commission, Seventy-third session, Ginevra, 18 April –3 June and 4 July–5 August 2022, *Peremptory norms of general international law (jus cogens)*, Comments and observations received from Governments, A/CN.4/748).

The EU's Statements about the Israel-Palestine «11-Days Crisis»: On the Side of the Oppressor

MAURO GATTI*

TABLE OF CONTENTS: 1. Introduction. – 2. The EU's Statements on the Crisis in Palestine. – 3. The EU's Statements are Consistent with the Policies of its Member States... – 4. ... and the Union's established policy towards Israel. – 5. Irrelevance of the EU's Constitutional Commitment to the External Promotion of its 'Values'.

ABSTRACT: In May 2021, Israel launched a series of airstrikes against Gaza, killing 245 Palestinians, mostly civilians, including 63 children. Several international actors energetically condemned Israel's actions. The Union issued tepid statements in response to the crisis, ignoring the violence perpetrated by Israeli authorities. This article suggests that the EU's silence does not sit well with its alleged 'values' but is consistent with the positions of the Member States and its established policy.

KEYWORDS: foreign policy – statements – Palestine – Israel – values – indiscriminate attacks

1. Introduction

On 6 May 2021, Israeli authorities violently repressed protests against the displacement of Palestinians from the East Jerusalem neighbourhood of Sheikh Jarrah¹. The Israeli police also fired teargas and stun grenades into the Haram al-Sharif compound, site of the al-Aqsa mosque, one of the most significant sites in Islam². Hamas responded on 10 May, by firing rockets from the Gaza strip, (Hamas' rockets eventually killed 13 people)³. Israel, on the other hand, launched a

* Mauro Gatti, Ricercatore a tempo determinato di Diritto dell'Unione europea, Università di Bologna, m.gatti@unibo.it.

¹ S. FARRELL, R. AYYUB, *Israeli police, Palestinians clash at Jerusalem's Al-Aqsa, scores injured*, in *Reuters*, 7 May 2021, www.reuters.com.

² O. HOLMES, *Israeli police storm al-Aqsa mosque ahead of Jerusalem Day march*, in *The Guardian*, 10 May 2021, www.theguardian.com.

³ T. STAFF, *73-year-old Israeli woman who fell in rocket shelter dies of injuries*, in *Times of Israel*, 23 May 2021, www.timesofisrael.com.

series of airstrikes against Gaza, killing 245 Palestinians, most of them civilians, including 63 children⁴. Hamas and the Israeli government agreed upon a ceasefire on 21 May 2021, thus ending the «11-days crisis»⁵. Afterwards, the Israeli authorities continued with the displacement of Palestinians from Sheikh Jarrah: for instance, on 19 January 2022, the Israeli forces raided the house of a Palestinian family in the middle of the night and destroyed it⁶.

The 2021 crisis in Palestine has sparked reactions across the globe. Some actors energetically condemned Israel's actions; before the ceasefire, the Tunisian foreign minister «called on ending the savage Israeli aggression on the occupied Palestinian territories and the besieged Gaza Strip»⁷. Others have sided with Israel; the US, as usual, stressed its «strong support for Israel's right to defend itself»⁸. Despite its perfunctory support for a «two-state solution», the European Union *de facto* endorsed the US position. The EU issued tepid statements in response to the crisis, ignoring the violence perpetrated by Israeli authorities. This article suggests that the EU's silence does not sit well with its alleged «values» but is consistent with the positions of the Member States and its established policy: because of its decision-making rules (and its political interests), the Union is unlikely to depart from its traditional support for Israel.

The statements of EU leaders stigmatised the violence perpetrated by Hamas but not the abuses conducted, on a larger scale, by Israeli authorities (see below, section 2). The silence of EU institutions is unsurprising, since it is consistent with the priorities of its Member States (section 3), the EU's established policy (section 4) and the pragmatic character of the EU's external relations: the Union often preaches its «values» but seldom practices them (section 5).

⁴ OCHA, Response to the escalation in the oPt | Situation Report No. 1, 21-27 May 2021, www.ochaopt.org.

⁵ *Israel-Gaza cease-fire takes hold*, in *Deutsche Welle*, 21 May 2021, www.dw.com.

⁶ Z. AL TAHHAN, *Israeli forces demolish Palestinian home in Sheikh Jarrah*, in *Al Jazeera*, 19 January 2022, www.aljazeera.com.

⁷ O. JERANDI, cit. in the tweet of the Tunisian Ministry of Foreign Affairs of 16 May 2021, twitter.com.

⁸ US Department of State, Secretary Blinken's Call with Israeli Prime Minister Netanyahu, 12 May 2021, www.state.gov.

2. The EU's Statements on the Crisis in Palestine

In response to the crisis, the leaders of EU institutions adopted several statements. The statements differed in terms of their author, the moment of adoption, and their degree of formality (some are formal statements, others mere tweets), but they conveyed similar messages.

In the first place, the statements generically called for an end to violence, apparently placing the Union in an intermediate position between pro-Palestine and pro-Israel actors. For instance, on 12 May the High Representative (HR) stated that «the grave escalation in Israel and the Occupied Palestinian Territory, including the major upsurge in violence in and around Gaza, must stop»; the EU, therefore, called «for an immediate end to the ongoing violence» and to prevent a broader «conflict», which would affect the civilian populations on «both sides»⁹. Later, the EU «welcome[d] the announced ceasefire bringing to an end *the violence* in and around Gaza»¹⁰. The message was clear: the priority was to protect «civilians» from a «conflict» involving «two sides».

Secondly, the EU's statements stigmatised the conduct of Hamas. According to the EU, «the indiscriminate launching of rockets from Hamas and other groups towards Israeli civilians is unacceptable»¹¹. The High Representative further «reaffirmed the EU's support to Israel's security & condemned Hamas indiscriminate firing of rockets»¹². The President of the European Commission also condemned the «indiscriminate attacks by Hamas on Israel»¹³. Such a criticism for Hamas seems reasonable, as Hamas targeted civilians (killing 12 persons¹⁴) and the EU considers it as a terrorist organisation¹⁵, but it appears remarkable in light of the EU's «softer» approach towards Israel.

⁹ EU High Representative, Israel/Palestine: Statement by the High Representative on the escalation of confrontations, 12 May 2021, [ec.europa.eu](https://ec.europa.eu/external-affairs/press-room/en/statement-high-representative-12-may-2021); see also, *inter alia*, the tweet of the President of the European Council of 12 May, [twitter.com](https://twitter.com/EUCouncil); and the tweet of the President of the European Commission of 13 May, [twitter.com](https://twitter.com/EuropeanComm).

¹⁰ EU High Representative, Israel/Palestine: Statement by the High Representative Josep Borrell on the ceasefire, 21 May 2021, [ec.europa.eu](https://ec.europa.eu/external-affairs/press-room/en/statement-high-representative-21-may-2021), emphasis added.

¹¹ EU High Representative, Israel/Palestine: Statement by the High Representative on the escalation of confrontations, *cit.*

¹² Tweet of the EU High Representative of 13 May 2021, [twitter.com](https://twitter.com/EUHighRep); see also EU High Representative, Israel/Palestine: High Representative/Vice-President Josep Borrell in intense efforts to contribute to de-escalation of violence, 15 May 2021, [ec.europa.eu](https://ec.europa.eu/external-affairs/press-room/en/statement-high-representative-15-may-2021).

¹³ Tweet of the President of the European Commission of 14 May 2021, [twitter.com](https://twitter.com/EuropeanComm).

¹⁴ *Gaza-Israel conflict in pictures: 11 days of destruction*, in BBC, [www.bbc.com](https://www.bbc.com/news/world-middle-east-57411111).

¹⁵ Council Common Position of 27 December 2001 on the application of specific measures to combat terrorism; CJEU, judgment of 10 September 2020, C-122/19 P, *Hamas*.

Thirdly, while the EU's criticism for Hamas was explicit, the criticism for Israel was mostly implicit. Only one EU statement expressed the EU's «strong opposition to *Israel's* settlement policy»¹⁶ but the others systematically avoided express criticisms of Israel. For instance, the EU «reiterate[d] its position that all settlements in the occupied Palestinian territory are illegal under international law»¹⁷. Consequently, «the evictions of Palestinian families in Sheikh Jarrah and other areas of East Jerusalem (...) are illegal under international humanitarian law»¹⁸. «It is vital that Israel does not *allow them to be carried out*»¹⁹ – as if Israel were not carrying them out itself. Moreover, the Union stressed that «the *status quo* of the holy sites needs to be respected and any acts of incitement around them avoided»²⁰. In other words, the Union identified a conduct but not its author: whereas the Union unequivocally criticised «Hamas» for attacking civilians, it did not identify the subject that is evicting Palestinians from Sheikh Jarrah, creating illegal settlements in Palestinian territory, or violating the «*status quo*» related to the «holy sites». Of course, the reader can easily identify the responsible subject – the Israeli government – but it is certainly not by chance that the Union generally avoided placing the blame on Israel in an explicit manner.

Fourthly, the EU's (implicit) criticism for Israel was very bland. The Union failed to stigmatise the acts of violence by Israeli citizens and authorities against person and property in the Al-Aqsa mosque, which were among the direct causes of the escalation²¹. The EU omitted to mention the Israeli mobs that lynched Palestinians²², with the apparent support or tolerance of the Israeli authorities²³. Moreover, the EU could have used harsher words regarding the displacement of Palestinians in East Jerusalem, since such a displacement is illegal under interna-

¹⁶ EU Delegation at UN, statement, 16 May 2021, [ec.europa.eu](https://ec.europa.eu/development/en/news/eu-delegation-un-statement-16-may-2021), emphasis added.

¹⁷ EU High Representative spokesperson, statement, 5 May 2021, [ec.europa.eu](https://ec.europa.eu/development/en/news/eu-high-representative-spokesperson-statement-5-may-2021).

¹⁸ EU High Representative spokesperson, statement, 8 May 2021, [ec.europa.eu](https://ec.europa.eu/development/en/news/eu-high-representative-spokesperson-statement-8-may-2021); see also EU High Representative, statement, 10 May, [ec.europa.eu](https://ec.europa.eu/development/en/news/eu-high-representative-statement-10-may-2021).

¹⁹ Statement on behalf of the High Representative, 19 May 2021, [ec.europa.eu](https://ec.europa.eu/development/en/news/eu-high-representative-statement-19-may-2021), emphasis added.

²⁰ EU High Representative, statement, 15 May 2021, [ec.europa.eu](https://ec.europa.eu/development/en/news/eu-high-representative-statement-15-may-2021); statement on behalf of the High Representative, 19 May 2021, [ec.europa.eu](https://ec.europa.eu/development/en/news/eu-high-representative-statement-19-may-2021); see also High Representative spokesperson statement, 8 May 2021, [ec.europa.eu](https://ec.europa.eu/development/en/news/eu-high-representative-spokesperson-statement-8-may-2021).

²¹ See, e.g., International Crisis Group, *The Israel-Palestine Crisis: Causes, Consequences, Portents*, 14 May 2021, www.crisisgroup.org.

²² See e.g. The Guardian, *Live TV shows Israeli mob attack motorist they believed to be an Arab*, 13 May 2021, www.theguardian.com.

²³ See e.g. *Israel-Palestine: Lynching, crackdowns and deaths - here's what happened last night*, in *Middle East Eye*, 13 May 2021, www.middleeasteye.net.

tional law, as it occurs in a territory illegally occupied by Israel²⁴ and constitutes a violation of humanitarian law²⁵. One might note, in particular, that the displacement of Palestinians in Jerusalem is part of the Israeli government's policy to ensure a Jewish majority in the city²⁶. In other words, a strategy aimed at «rendering an area ethnically homogeneous by using force or intimidation to remove persons of given groups from the area», something that in other contexts might have been termed as «ethnic cleansing»²⁷.

The blandness of the EU's language is particularly evident with respect to the Israeli's bombing of Gaza. In its statements, the EU repeatedly recognised «Israel's legitimate need to protect its civilian population» and affirmed that «this response needs to be proportionate and with maximum restraint in the use of force»²⁸. The EU's statements contained only a vague criticism of Israel, as they indirectly imply that its response could perhaps be disproportionate; the criticism was further tempered by the systematic reference to Israel's right to self-defence. Despite the EU's cautious remarks, the Israeli bombing of Gaza appears hardly proportionate. It is sufficient to note that Israel's airstrikes resulted in 245 victims, including 63 children, the wounding of about 2000 Palestinians, including over 600 children, and the displacement of 8500 people²⁹. Such loss of civilian life might well be excessive in relation to the concrete military advantage anti-

²⁴ see ICJ, Advisory Opinion of 9 July 2004, *Legal Consequences of the Construction of a Wall in the Occupied Palestinian Territory*.

²⁵ See e.g. Art. 49 of the Geneva Convention relative to the protection of civilian persons in time of war of 12 August 1949. See, further, Avocats sans frontières, *Enforcing Housing Rights: the Case of Sheikh Jarrah*, 2011, www.asf.be.

²⁶ See, *inter alia*, OCHA, *The Planning Crisis in East Jerusalem: Understanding Phenomenon of 'Illegal' Construction*, 2009, www.refworld.org; Palestinian Human Rights Organisation Council, *Joint Urgent Appeal to the United Nations Special Procedures on Forced Evictions in East Jerusalem*, 10 March 2021, www.alhaq.org.

²⁷ See Interim Report of the Commission of Experts Established Pursuant to Security Council Resolution 780 (1992), para. 55, undocs.org; Cf. African Union Convention for the Protection and Assistance of Internally Displaced Persons in Africa (Kampala Convention) of 2009, Art. IV; on the problematic definition of ethnic cleansing in international law see *inter alia* C. PEGORIER, *Ethnic Cleansing: A Legal Qualification*, Londra, 2013.

²⁸ EU High Representative, Israel/Palestine: Statement by the High Representative on the escalation of confrontations, eeas.europa.eu; see also EU High Representative, Israel/Palestine: High Representative/Vice-President Josep Borrell in intense efforts to contribute to de-escalation of violence, 15 May 2021, eeas.europa.eu; EU High Representative Spokesperson, Tweet of 12 May 2021, twitter.com; EU Delegation at the UN, EU Statement – United Nations Security Council: “The situation in the Middle East, including the Palestinian question”, 16 May 2021, eeas.europa.eu.

²⁹ OCHA, *Response to the escalation in the oPt*, cit.

pated³⁰. The indiscriminate character of Israel's bombing is confirmed by the destruction, among others, of medical facilities and the building hosting the Associated Press and Al Jazeera³¹. Needless to say, the EU did not feel the urge to address these events in its statements.

3. The EU's Statements are Consistent with the Policies of its Member States...

To explain the EU's silence about Israeli violence, one must look at the procedure for the adoption of EU statements. Unlike national governments, EU representatives (e.g. the High Representative or the European Commission, see Art. 17(1) and 27(2) TEU) have limited margin of manoeuvre when it comes to making international statements. Before making any statement, EU representatives «must always ascertain what the EU position is and, if it does not exist, take the necessary steps to obtain a decision in that respect»³². All decisions regarding the EU's position must be taken by the Council or its preparatory bodies, i.e., by organs composed of the representatives of the Member States. In the field of foreign policy *stricto sensu* – which is the case of the Statements on Palestine – the EU position must be approved by unanimity (Art. 24 TEU). In other words, each Member State has a *de facto* veto power on the definition of the EU's position.

Since it is difficult to draft a statement that satisfies each of the 27 EU Member States, the EU representatives often respond to international events by repeating the established position of the Union. For instance, the EU frequently «reiterates its position that all settlements in the occupied Palestinian territory are

³⁰ See Protocol additional to the Geneva Convention of 12 August 1949 and relating to the Protection of Victims of International Armed Conflicts (Protocol I) of 8 June 1977, Art. 51(5)(b); on proportionality in customary law, see *inter alia* J. CROWE, *Ensuring respect for IHL in the international community: Navigating expectations for humanitarian law diplomacy by third States not party to an armed conflict*, in E. MASSINGHAM, A. MCCONNACHIE (eds), *Ensuring Respect for International Humanitarian Law*, London, 2020, p. 48 ff.

³¹ F. AKRAM, L. KEATH, *Israel strikes Gaza home of Hamas leader, destroys AP office*, 16 May 2021, apnews.com.

³² European Commission, *Vademecum on The External Action of the European Union*, SEC(2011)881, on file with the author, p. 18; see also, to that effect, Council, *EU Statements in Multilateral Organisations: General Arrangements*, Council doc. 15901/11, 24 October 2011, para. 3; CJEU, Judgment of 28 July 2016, C-660/13, *Swiss Memorandum*.

illegal under international law»³³. Similarly, the EU was able to affirm that «the evictions of Palestinian families in Sheikh Jarrah (...) are illegal under international humanitarian law»³⁴ because the EU has a well-established position regarding the illegality of Israeli colonies³⁵.

By contrast, if EU representatives intend to take a stance on questions that do not reflect an established position of the Union, a preliminary approval by the Member States is required. This procedural restraint might contribute to explaining, e.g., why the Union has not adopted any formal statement that stigmatises the disproportionate character of Israel's attack against Gaza.

The EU's failure to formulate a common message became evident on 18 May 2021, during a virtual meeting of EU foreign ministers. Since the meeting was informal, it did not lead to the adoption of any act (not even statements or conclusions). Nonetheless, in the press conference following the virtual meeting, the High Representative noted that 26 out of 27 Member States supported a common position on the crisis in Palestine (the exception being Hungary)³⁶. This common position is as vague as the statements previously made by EU representatives (see above, section 2), with one exception: during the press conference, the High Representative noted that, according to 26 Member States, «we support Israel's right to self-defence, fully. We remind that this has to be done in a proportionate manner and respecting International Humanitarian Law. And the number of civilians dead and injured – among them a high number of children and women – *is unacceptable*»³⁷. For the first time, an EU leader suggested that Israel's «self-defence» is disproportionate. While the High Representative can say this informally during a press conference, he cannot affirm it formally, through the adoption of a statement, because at least one Member State (Hungary) disagrees with this position.

In fact, Hungary seems to oppose any criticism of Israel. A few days before the informal meeting of EU foreign ministers, Hungary prevented the EU delega-

³³ EU High Representative Spokesperson, Israel/Palestine: Statement by the Spokesperson on settlement expansion and the situation in East Jerusalem, 5 May 2021, [ec.europa.eu](https://ec.europa.eu/eeas/eu-foreign-affairs/eu-foreign-affairs-statement-by-the-spokesperson-on-settlement-expansion-and-the-situation-in-east-jerusalem-2021-05-05).

³⁴ EU High Representative Spokesperson, Israel/Palestine: Statement by the Spokesperson on the rise in tensions and violence, 8 May 2021, [ec.europa.eu](https://ec.europa.eu/eeas/eu-foreign-affairs/eu-foreign-affairs-statement-by-the-spokesperson-on-the-rise-in-tensions-and-violence-2021-05-08).

³⁵ See e.g. Eleventh Meeting of the EU-Israel Association Council, Statement of the European Union, 24 July 2012, www.consilium.europa.eu.

³⁶ See Informal video conference of foreign affairs ministers - Press conference, 18 May 2021, [ec.europa.eu](https://ec.europa.eu/eeas/eu-foreign-affairs/eu-foreign-affairs-statement-by-the-spokesperson-on-the-18-may-2021-press-conference).

³⁷ EU High Representative, Informal videoconference of Foreign Affairs Ministers on Israel/Palestine: Press remarks by High Representative Josep Borrell, 18 May 2021, [ec.europa.eu](https://ec.europa.eu/eeas/eu-foreign-affairs/eu-foreign-affairs-statement-by-the-spokesperson-on-the-18-may-2021-press-conference), emphasis added.

tion to the UN from delivering a statement at the UN Security Council on behalf of «the EU and its Member States»³⁸. Eventually, the delegation delivered the statement on behalf of «the European Union», presumably because this statement reflects the established EU position – and is indeed quite vague³⁹. While the approval of the representatives of «the Member States» is always necessary to issue a statement in their name, it is not indispensable to make a statement on behalf of «the EU» only, as long as that statement corresponds to an established position of the EU⁴⁰. The incident at the UN Security Council probably had limited consequences from a practical viewpoint, but shows the limits of the EU's decision-making, as well as the unabashedly pro-Israel stance of the Hungarian government.

Hungary, at any rate, is not entirely isolated: several Member States have a strongly pro-Israel position. For example, the Austrian government expressed solidarity with Israel by flying the Israeli flag on its chancellery and foreign ministry⁴¹. The Dutch Prime Minister tweeted (14 May): «very concerned about ongoing violence in Israel and Gaza. Hamas firing rockets indiscriminately at civilians is unacceptable. The Netherlands respects Israel's right to proportionate self-defence, within the limits of international law»⁴². A similar message was reportedly conveyed by the German chancellor to the Israeli prime minister⁴³. Similarly, the Italian Minister of Foreign Affairs «strongly condemn[ed] the rocket attacks from Gaza towards Israel's territory», which «cannot be justified under any circumstances» (11 May)⁴⁴. The party leaders of the Italian parliamentary majority (ranging from the nominally leftist Democratic party to the far-right Lega) even participated in a pro-Israel demonstration (12 May 2021)⁴⁵. France was slightly more balanced, as it reiterated its «firm opposition to settlement activity in all forms», but nonetheless focused its attention on the «attacks carried out against

³⁸ D. M. HERSZENHORN, R. MOMTAZ, EU divisions over Israel-Palestine leave Brussels powerless as conflict worsens, in *Politico*, 17 May 2021, www.politico.eu.

³⁹ EU Delegation to the UN, EU Statement – United Nations Security Council: “The situation in the Middle East, including the Palestinian question”, 16 May 2021, ceas.europa.eu.

⁴⁰ Council, EU Statements in Multilateral Organisations: General Arrangements, cit., para. 4

⁴¹ *Austria flies flag of Israel in solidarity*, in *France 24*, 14 May 2021, www.france24.com.

⁴² M. RUTTE, tweet of 14 May 2021, twitter.com.

⁴³ *The Merkel stresses 'solidarity' with Israel in call with Netanyahu*, in *Times of Israel*, 17 May 2021, www.timesofisrael.com.

⁴⁴ See *Attacchi a Israele: Farnesina, "tutte le parti adottino immediatamente misure di de-escalation, prioritario prevenire ulteriori vittime civili"*, in *SIR*, www.agensir.it.

⁴⁵ *Il Fatto Quotidiano, Manifestazione pro-Israele a Roma, anche Enrico Letta sul palco con Salvini, Tajani e Boschi*, 12 May 2021, www.ilfattoquotidiano.it.

much of Israeli territory» (13 May)⁴⁶. Among the few critical voices, one might mention the Irish foreign minister, who expressly called out the disproportionate character of the Israeli bombing, recalling the «legal obligation to protect children in conflict» (15 May)⁴⁷.

In light of the positions of some Member States, and the EU's decision-making procedures, the EU's silence on the violence recently perpetrated by Israeli authorities was probably inevitable. The established policies of EU Member States might also contribute to explain the constancy of the EU's «soft» reactions to Israeli abuses in the past.

4. ... and the Union's established policy towards Israel

EU and Israel have always had a close relationship. They concluded a trade agreement already in 1964⁴⁸. Currently, the Association Agreement of 1995 ensures free movement of goods between Israel and the EU (while agriculture is subject to special rules)⁴⁹. The Association Agreement also regulates scientific and technological cooperation; for instance, Israel participates in the Horizon 2020 programme of the EU (though Israeli entities established in occupied territories are excluded from EU financing)⁵⁰.

⁴⁶ Communiqué issued by the Ministry for Europe and Foreign Affairs - Israel / Palestinian territories, 12 May 2021, www.diplomatie.gouv.fr.

⁴⁷ S. COVENEY, tweet of 15 May 2021, twitter.com.

⁴⁸ Decision 64/357 on the conclusion of the Commercial Agreement between the European Economic Community and the State of Israel.

⁴⁹ Euro-Mediterranean Agreement establishing an association between the European Communities and their Member States, of the one part, and the State of Israel, of the other part, of 20 November 1995; see also Agreement in the form of an Exchange of Letters between the European Community and the State of Israel concerning reciprocal liberalisation measures on agricultural products, processed agricultural products and fish and fishery products, the replacement of protocols 1 and 2 and their annexes and amendments to the Euro-Mediterranean Agreement establishing an Association between the European Communities and their Member States, of the one part, and the State of Israel, of the other part, of 4 November 2009.

⁵⁰ Agreement between the European Union and the State of Israel on the participation of the State of Israel in the Union programme 'Horizon 2020 — the Framework Programme for Research and Innovation, of 8 June 2014; see also European Commission, Guidelines on the eligibility of Israeli entities and their activities in the territories occupied by Israel since June 1967 for grants, prizes and financial instruments funded by the EU from 2014 onwards, 2013.

In theory, the EU endorses a «two-state solution» for Israel and Palestine⁵¹. Consistently with this approach, the Union has concluded an Association Agreement with the Palestinian Liberation Organisation⁵². The EU also refuses to recognise the annexation of the territories illegally occupied by Israel since 1967. The EU does not treat goods produced by colonists in the occupied territories as Israeli products; such products, therefore, are not subject to the preferential treatment that applies to Israeli products⁵³. Products originating from an Israeli settlement in occupied territories must be labelled as such, as the Court of Justice held in the *Psagot* judgment⁵⁴. The EU's stance toward occupied territories has been vigorously opposed by Israeli authorities. The *Psagot* judgment, in particular, was labelled by the Israeli government as a «political and discriminating» ruling, whose «entire objective is to single out and apply a double standard against Israel»⁵⁵.

Frictions over the Israeli-Palestinian conflict have occasionally «soured» EU-Israel relations⁵⁶ but never seriously affected them.

Since the EU is Israel's biggest trade partner⁵⁷, the EU could exploit its economic power through the use of conditionality mechanisms in order to influence Israel's conduct and foster the attainment of the «two state solution».⁵⁸ For instance, the EU can suspend the application of the EU-Israel Association Agreement, claiming that Israel has violated an «essential element» of the Agreement, such as the «respect for human rights and democratic principles» (Art. 2). The EU itself certified the problematic character of certain Israeli policies, ranging

⁵¹ See e.g. Council conclusions on the Middle East Peace Process, 17 November 2014, www.consilium.europa.eu.

⁵² Euro-Mediterranean Interim Association Agreement on trade and cooperation between the European Community, of the one part, and the Palestine Liberation Organization (PLO) for the benefit of the Palestinian Authority of the West Bank and the Gaza Strip, of the other part, of 24 February 1997.

⁵³ See, further, CJEU, judgment of 25 February 2010, C-386/08, *Brita*, para. 64.

⁵⁴ CJEU, judgment of 12 November 2019, *Psagot*; see further E. KASSOTI, S. SALUZZO (eds), *Special Section – What's in a Name? The Psagot Judgment and Questions of Labelling of Settlement Products*, in *European Papers*, 2019, p. 753 ff.

⁵⁵ Israel Ministry of Foreign Affairs, Israel strongly rejects recent ECJ ruling, 12 November 2019, mfa.gov.il.

⁵⁶ See *inter alia* S. PARDO, J. PETERS, *Uneasy Neighbors: Israel and the European Union*, Lanham, 2010.

⁵⁷ See the statistics published in the website of the European Commission, ec.europa.eu.

⁵⁸ On conditionality, see, *ex multis*, A-C. PRICKARTZ, I. STAUDINGER, *Policy vs practice: The use, implementation and enforcement of human rights clauses in the European Union's international trade agreements*, in *Europe and the World: A Law Review*, 2019; S. POLI, *The principle of conditionality in the EU's relations with neighbours: its evolution and reconciliation with the principle of consistency*, in *Il Diritto dell'Unione europea*, 2018, p. 525 ff.

from the demolition of Palestinians' houses, the administrative detention of Palestinians without charges, or the worsening of their life conditions under occupation⁵⁹. Given Israel's failure to respect the «essential elements» of the Association Agreement, the EU could have «take[n] appropriate measures», including the suspension or termination of the Agreement (Art. 79(2) of the EU-Israel Association Agreement).

However, the EU never suspended the application of the Association Agreement. On the contrary, the EU repeatedly offered «upgrades» of EU-Israel relations⁶⁰. Allegedly, «even formal annexation of the West Bank would not be enough to persuade member-states to suspend the [EU-Israel] Association Agreement»⁶¹.

5. Irrelevance of the EU's Constitutional Commitment to the External Promotion of its 'Values'

Although the EU's silence on Israeli violence is in line with its policy, it is at odds with its alleged «values». According to EU constitutional law, the Union «is founded on the values of respect for human dignity (...) and respect for human rights» (Art. 2 TEU). In its relations with the wider world, the EU should uphold and promote its values, contributing to «the protection of human rights» and «the strict observance and the development of international law» (Art. 3(5) TEU). The EU's action on the international scene is indeed «guided by the principles which have inspired its own creation», including «the universality and indivisibility of human rights and fundamental freedoms, respect for human dignity» (Art. 21(1) TEU).

EU institutions routinely stress the «value-based» character of the EU and its foreign policy. Executive bodies often describe the Union with emphatic expressions such as «a global force for human rights»⁶². The European Parliament also

⁵⁹ See e.g. Eleventh Meeting of the EU-Israel Association Council, Statement of the European Union, 24 July 2012, www.consilium.europa.eu.

⁶⁰ H. LOVATT, *Eu Differentiation and the Push For Peace In Israel-Palestine*, European Council on Foreign Relations, 2016, ecfr.eu.

⁶¹ B. OPPENHEIM, *Can Europe overcome its paralysis on Israel and Palestine?*, Centre for European Reform, 2020, www.cer.eu.

⁶² EU High Representative and European Commission, *Joint Communication to the European Parliament and the Council Human Rights and Democracy at the Heart of EU External Action – Towards a More Effective Approach*, COM(2011) 886 final, p. 5.

assumes that promoting the EU's «values», including the universality and indivisibility of human rights and respect for the principles of the United Nations Charter and international law, «is at the core of the EU's common foreign and security policy»⁶³. Moreover, the Court of Justice repeatedly noted that EU «values» are essential to the EU⁶⁴; compliance with the principles of «human rights, as well as respect for human dignity» is required, in particular, of all external actions of the EU⁶⁵.

Several EU scholars enthusiastically endorsed these claims, by stating, e.g., that «the EU has a normatively different basis for its relations with the world» because it «is normatively different to other polities with its commitment to individual rights and principles in accordance with the ECHR and the UN»⁶⁶. Although the Union might «occasionally» appear to act inconsistently with its values, its commitment to the respect for human rights by means of its foreign policy «is genuine and distinguishes its foreign policy from that of the traditional powers»⁶⁷. Allegedly, «the human rights objective puts the EU as a self-declared shaper of international norms at the forefront of human rights advancement»⁶⁸.

However, this optimism is increasingly at odds with reality: «values» are part of the rhetoric of EU foreign policy but are absent from its practice. For instance, despite the EU's abstract commitment to human rights and the rule of law, the EU cooperates with Libyan authorities in order to reduce migration, implicitly accepting the incarceration, torture and murder of migrants in Libyan camps⁶⁹. Notwithstanding the EU's theoretical support for «solidarity and mutual respect among peoples» (Art. 3(5) TEU), the EU opposes the waiver of COVID-19 vaccine patents, which is indispensable in order to «save lives and advance us towards global herd immunity» (as noted by over 100 Nobel prize winners, see

⁶³ European Parliament, on human rights and democracy in the world and the European Union's policy on the matter – annual report 2019, (2020/2208(INI)), para. 30.

⁶⁴ See, e.g., CJEU, judgment of 20 April 2021, C-896/19, *Repubblika*, para. 63.

⁶⁵ CJEU, judgment of 14 June 2016, C-264/14, *Tanzania*, para. 47.

⁶⁶ I. MANNERS, *Normative Power Europe: A Contradiction in Terms?*, in *Journal of Common Market Studies*, 2002, p. 235 ff., at 241.

⁶⁷ B. DE WITTE, *The EU and the International Legal Order: The Case of Human Rights*, in Malcolm EVANS, Panos KOUTRAKOS (eds), *Beyond the Established Legal Orders: Policy Interconnections between the EU and the Rest of the World*, London, 2011, p. 127 ff., at p. 142.

⁶⁸ V. KUBE, *The European Union's External Human Rights Commitment: What is the Legal Value of Article 21 TEU?*, EUI Department of Law Research Paper No. 2016/10, p. 29.

⁶⁹ See e.g. Human Rights Watch, *No Escape from Hell: EU Policies Contribute to Abuse of Migrants in Libya*, 2019, www.hrw.org.

People's Vaccine Alliance⁷⁰). The EU's silence about the Israeli violence against the Palestinians is just another example of the EU's «unprincipled» foreign policy.

In light of the EU's pragmatism in foreign policy, the EU's decision-making procedures, and the preferences of the Member States, the EU's reaction to the events in Palestine of April-May 2021 is regrettable but unsurprising. Despite its nominal equidistance from Israel and Palestine, the EU is hardly impartial: as noted by Desmond Tutu, «if you are neutral in a situation of injustice, you have chosen the side of the oppressor».⁷¹

⁷⁰ Open Letter: Former Heads of State and Nobel Laureates Call on President Biden To Waive Intellectual Property Rules for COVID Vaccines, 14 April 2021, peoplesvaccinealliance.medium.com.

⁷¹ R. MCAFEE BROWN, *Unexpected News: Reading the Bible with Third World Eyes*, Louisville, 1984, p. 19.

SEZIONE III
Diritto delle migrazioni

La situazione a Ceuta come esempio di diplomazia di frontiera. Alcune osservazioni sulle risposte unilaterali del Marocco in forma di crisi migratoria nel maggio 2021

ELEONORA FRASCA*

SOMMARIO: 1. Introduzione. – 2. Il contesto: Ceuta e le altre zone di non-diritto. – 3. L'episodio: un esempio di diplomazia di frontiera. – 3.1. Le ragioni del Marocco e la risposta della Spagna. – 3.2. Le reazioni dell'Unione europea. – 4. L'impegno del Marocco a prevenire l'immigrazione irregolare verso l'Unione europea. – 5. Considerazioni conclusive.

ABSTRACT: La gestione delle frontiere esterne dell'Unione europea è spesso condizionata al buon andamento della cooperazione con i Paesi terzi limitrofi. Se l'inquadramento giuridico di tale cooperazione si fonda su impegni bilaterali, sia formali che informali (la cui natura giuridica permane incerta), la tenuta di tali impegni può dimostrarsi indebolita dalle crisi diplomatiche contestuali. Questo contributo si propone di analizzare un episodio di diplomazia di frontiera avvenuto a Ceuta nel maggio 2021, identificando le ragioni e qualificando le reazioni delle parti coinvolte. Ne si evince che la prevenzione dell'immigrazione irregolare da parte del Marocco per conto dell'Unione europea è subordinata al corretto svolgimento delle relazioni diplomatiche con la Spagna. Ciò mette in luce il paradosso giuridico che caratterizza l'azione esterna dell'Unione in materia di migrazione: la mancanza di formalizzazione degli impegni (e quindi l'apparente assenza di diritto) si ritorce contro l'Unione quando il Paese terzo, unilateralmente, si rifiuta di cooperare; al tempo stesso, è solo in virtù dell'assenza di formalizzazione che degli impegni con effetti giuridici possono essere intrapresi tra le parti.

PAROLE CHIAVE: frontiere – Unione europea – cooperazione – Marocco – informalizzazione – diritti umani.

1. Introduzione

Dal 18 al 20 maggio 2021, circa 8.000 persone, tra cui più di un quarto minori di età, hanno attraversato la frontiera iberico-marocchina di Ceuta, una delle

* Dottoranda in diritto dell'Unione europea, Université catholique de Louvain (UCLouvain, Belgio), eleonora.frasca@uclouvain.be.

due *enclaves* spagnole situate nel continente africano¹. Questi numeri – lungi dall'essere solo numeri – sono rivelatori della grande impasse giuridica che riguarda il funzionamento delle zone di frontiera tra Unione europea e Paesi terzi.

Nell'ambito della cooperazione a fini di controllo delle migrazioni, è evidente uno scollamento tra il discorso ufficiale delle Istituzioni e dei Governi europei e la realtà geopolitica delle relazioni internazionali con i Paesi terzi. Lo spazio del diritto, e con esso gli spazi di tutela delle persone migranti nelle zone di confine, è sacrificato in nome dell'efficacia delle misure di contrasto all'immigrazione irregolare. Come domandano Carlier e Crépeau: «La gestion des migrations ne laisse-t-elle pas ouvertes des zones trop larges de non-droit?»².

La maggior parte delle persone giunte a Ceuta nelle prime settimane del maggio 2021 sono state respinte dalle autorità spagnole nel giro di poche ore, anche tramite rimpatrio immediato, in mancanza di una procedura di identificazione e valutazione delle situazioni individuali e, dunque, in violazione dell'obbligo di *non refoulement* e del divieto di espulsioni collettive³. Le persone che non sono state respinte si sono ritrovate in condizioni precarie di accoglienza a causa del sovraffollamento nel piccolo territorio di Ceuta e del perdurare della crisi sanitaria a livello globale. In particolare, risultava estremamente preoccupante la situazione dei minori non accompagnati lì presenti⁴.

2. Il contesto: Ceuta e le altre zone di non-diritto

Nel febbraio 2020, la Grande Camera della Corte EDU si era pronunciata su fatti di frontiera di natura simile accaduti però a Melilla, l'altra *enclave* spagnola⁵.

¹ A. KASSAM, *Ceuta influx: highlights fragility of EU's approach to migration*, in *The Guardian*, 20 maggio 2021; G. SÁNCHEZ, G. TESTA, *8.000 personas, al menos un cuarto de ellas menores, entran a nado en Ceuta en plena crisis con Marruecos*, in *El Diario*, 17 maggio 2021.

² J.-Y. CARLIER, F. CRÉPEAU, *De la "crise" migratoire européenne au pacte mondial sur les migrations : exemple d'un mouvement sans droit ?*, in *Annuaire français de droit international*, LXIII, Paris, 2017, CNRS Editions, p. 462.

³ In argomento: A. LÓPEZ-SALA, *Keeping up appearances. Dubious legality and migration control at the peripheral borders of Europe. The cases of Ceuta and Melilla*, in S. CARRERA, M. STEFAN (eds), *Fundamental Rights Challenges in Border Controls and Expulsion of Irregular Immigrants in the European Union*, London, 2020, p. 18 ss.

⁴ ECRE, *Spain: 200 Children About to be Transferred to the Mainland while Hundreds Remain Cramped in Ceuta and 7,500 People Were Returned to Morocco*, 28 maggio 2021.

⁵ Corte EDU, sentenza del 13 febbraio 2020, ric. n. 8675/15 e 8697/15, N.D. e N.T. c. Spagna. I commenti su questa sentenza sono numerosi, *ex multis*: F. MUSSI, *Respingimenti sommari di migranti alla frontiera terrestre di Melilla: la sentenza della Corte europea dei diritti umani nel caso N.D. e N.T. c. Spagna tra (poche) luci e (molte) ombre*, in *Quaderni di SIDIBlog*, 2020, p. 335 ss.; M. DI FILIPPO, *Walking the (barbed) wire of the prohibition of collective expulsion: An assessment of the Strasbourg case law*, in *Diritti umani e diritto internazionale*, 2020, p. 479 ss.; H. HAKIKI, N.D. and N.T. v. Spain: *defining Strasbourg's position on push backs at land borders?*, in *Strasbourg Observers*, 26 marzo 2020; A. LÜBBE, *The Elephant in the Room. Effective Guarantee of Non-Refoulement after ECtHR N.D. and N.T.?*, in *Verfassungsblog*, 19 febbraio 2020; N.

Nel caso *N.D. e N.T. c. Spagna*, uno degli argomenti avanzati dal Governo spagnolo a giustificazione della legittimità del respingimento dei ricorrenti era quello della designazione, unilaterale e artificiale, di alcune zone di frontiera che risulterebbero così esentate dall'applicazione delle norme convenzionali sulla protezione dei diritti umani⁶. In altre parole, utilizzando il concetto di “frontiera operativa”, la Spagna sosteneva che queste zone – appositamente delineate per impedire l'ingresso non autorizzato di cittadini stranieri – non rientrassero nella propria giurisdizione. Tale argomentazione è stata respinta dalla Corte EDU, ma simili *escamotages* si traducono quotidianamente nella prassi dei respingimenti nei «piccoli territori dalle grandi frontiere»⁷.

La circostanza che sia proprio la cittadina di Ceuta a trovarsi al centro degli affari politici euro-mediterranei è significativa e al tempo stesso irrilevante. È significativa poiché il Marocco ha un peso importante e degli interessi propri, che non esita a far valere, nella cooperazione internazionale con la Spagna e con l'Unione europea. È irrilevante perché, ciclicamente, da trent'anni, i piccoli territori di frontiera diventano teatro e manifestazione di quel «gioco delle parti sulla pelle delle persone», già descritto da Spagnolo in riferimento alle tensioni tra Grecia, Turchia e Unione europea⁸.

A Melilla, a Lampedusa, a Lesbo, nell'isole Canarie, in prossimità degli *hotspot*, nella zona di transito di Röszke e, nell'ultimo anno, alle frontiere esterne con la Bielorussia, l'applicazione del diritto è debole⁹. La creazione di finzioni giuridiche di non ingresso, la cooperazione con i Paesi terzi tramite «accordi non-accordi»¹⁰, così come le politiche di contenimento e prevenzione dell'immigrazione irregolare sono messe in atto dagli Stati membri e dall'Unione europea al fine di aggirare gli obblighi di tutela dei diritti delle persone migranti, come l'identificazione, le garanzie procedurali, l'accesso alla procedura d'asilo. Di “nuovo” restano solo le immagini di un neonato salvato dall'annegamento nel Mediterraneo e di un abbraccio – rivoluzionario in sé nell'epoca della pandemia e del distanziamento fisico – tra una volontaria della Croce rossa spagnola e un cittadino senegalese.

MARKARD, *A Hole of Unclear Dimensions: Reading ND and NT v. Spain*, in *EU Migration Law Blog*, 1° aprile 2020; C. OVIEDO MORENO, *A Painful Slap from the ECtHR and an Urgent Opportunity for Spain*, in *Verfassungsblog*, 14 febbraio 2020.

⁶ Par. 37 della sentenza citata.

⁷ Per approfondire, si veda G. ORSINI *et. al.*, *Small Territories/Big Borders: Gibraltar, Lampedusa, and Melilla*, in A. CANESSA (eds), *Barrier and Bridge Spanish and Gibraltar Perspectives on Their Border*, London, 2018, p. 22 ss.

⁸ A. SPAGNOLO, *Un gioco delle parti sulla pelle delle persone. L'insostenibilità delle ragioni greche, turche ed europee nella crisi migratoria in corso*, in *SIDIBlog*, 14 marzo 2020.

⁹ F.L. GATTA, *Politiche migratorie respingenti e controllato rafforzato delle frontiere: l'impatto sui diritti umani della gestione della crisi dei rifugiati nella giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo*, in *Ordine internazionale e diritti umani*, 2020, p. 77 ss.

¹⁰ C. FAVILLI, *Nel mondo dei “non-accordi”. Protetti sì, purché altrove*, in *Questione giustizia*, 2020/1, p. 143 ss.

3. L'episodio: un esempio di diplomazia di frontiera

Negli ultimi anni, le relazioni internazionali dell'Unione europea con i Paesi terzi hanno riguardato sempre di più i fenomeni migratori e l'uso strumentale del diritto in questo ambito. Ne è emerso un nuovo campo di studi, la *border diplomacy*, che analizza il modo in cui i movimenti di popolazioni e le questioni relative al controllo e alla gestione di essi vengono strumentalizzati, in modo strategico, a fini di politica estera¹¹.

Anche se non è dato sapere con certezza quale sia la con-causalità che lega gli eventi che ci si appresta a descrivere, gli arrivi *en masse* a Ceuta sembrano essere una conseguenza delle tensioni createsi tra Spagna e Marocco relativamente alla questione del Sahara occidentale, la regione nord-africana il cui territorio è oggetto di contesa tra il Marocco e il Fronte Polisario¹². A detta della stampa, a innescare la tensione sembra essere stata l'offerta di cure mediche da parte della Spagna al leader del Fronte Polisario, Brahim Gali, giunto in Spagna tramite l'Algeria¹³.

Lo stallo nella cooperazione tra le autorità marocchine e le autorità spagnole a Ceuta, dovuto all'assopimento repentino e inatteso dei controlli alla frontiera dal lato marocchino, può essere oggetto di diverse interpretazioni: quel che è certo, è che ha causato una forte destabilizzazione della situazione di frontiera. Inoltre, è il segno che il Marocco – come altri Stati terzi tra cui, *in primis*, la Turchia – può ritornare unilateralmente sugli impegni presi con l'Unione e i suoi Stati membri in materia di prevenzione e controllo degli ingressi irregolari di cittadini stranieri.

3.1. Le ragioni del Marocco e la risposta della Spagna

In un'intervista rilasciata all'emittente pubblica spagnola RTVE il 18 maggio 2021, Karima Benyaich, l'ambasciatrice del Marocco a Madrid ha dichiarato che la Spagna, accogliendo nel suo territorio il leader del Fronte Polisario Brahim Gali,

¹¹ In argomento, G. TSOURAPAS, *Migration diplomacy in the Global South: cooperation, coercion and issue linkage in Gaddafi's Libya*, in *Third World Quarterly*, 2017, p. 2367 ss; A. LAUBE, *The relational dimension of externalizing border control: selective visa policies in migration and border diplomacy*, in *Comparative Migration Studies*, 2019, p. 1 ss.

¹² Il Sahara occidentale è un territorio dell'Africa nord-occidentale. La maggior parte di questo territorio è controllata dal Marocco che lo considera parte integrante del suo territorio mentre una parte orientale, di minore estensione, è controllata dal Fronte Polisario, un movimento che mira a ottenere l'indipendenza del Sahara occidentale. Si veda l'approfondimento di J. TORRONTERAS GONZÁLEZ, *La fortissima Europa comincia a Ceuta e Melilla*, in *Limes*, 11 luglio 2019.

¹³ R. EL AZZOUZI, *L'arrivo dei migranti a Ceuta ha radici nel Sahara Occidentale*, in *Internazionale*, 20 maggio 2021.

ha offeso «la dignidad del pueblo marroquí»¹⁴. Questo genere di argomenti è comune nell'ambito della diplomazia di frontiera¹⁵.

Prima di recarsi a Ceuta, il presidente del Governo spagnolo Pedro Sanchez ha affermato, con retorica securitaria, che l'ordine sarebbe stato ristabilito nella città di Ceuta e alle frontiere con il Marocco con la massima celerità¹⁶. La Ministra degli Affari Esteri iberica Arancha González Laya ha spiegato che quello che è successo a Ceuta è la conseguenza del disdegno, da parte del Marocco, del gesto umanitario nei confronti di Braihim Gali, malato gravemente della Covid-19 (questa la posizione ufficiale della Spagna sull'offerta di un ricovero ospedaliero) che ha innescato «una respuesta unilateral en forma de crisis migratoria» da parte del Marocco¹⁷.

3.2. Le reazioni dell'Unione europea

Tutte le più alte cariche dell'Unione hanno espresso solidarietà alla Spagna con una serie di dichiarazioni rese a catena lo stesso 18 maggio 2021. In una simile situazione, capace di condizionare i debolissimi equilibri tra Paesi membri, necessari anche per l'adozione delle proposte legislative presentate dalla Commissione nel Nuovo patto sulla migrazione e l'asilo, la Presidente Ursula Von der Leyen ha affermato che «we need common EU solutions to migration management. This can be achieved with agreement on the New Pact on Migration. Stronger partnerships based on mutual trust and joint commitments with key partners like Morocco are crucial»¹⁸. In seguito, è stata Ylva Johansson, la Commissaria europea per gli Affari Interni ad affermare, attraverso una dichiarazione al Parlamento europeo, che «the most important thing now is that Morocco continues to commit to prevent irregular departures and that those that do not have the right to stay are orderly and effectively returned. (...) The EU wants to build a relationship with Morocco based on trust and shared commitments»¹⁹. Ancora, il presidente del Consiglio europeo Charles Michel, nel ricordare che le frontiere della Spagna sono quelle dell'Unione, ha scritto che «cooperation, trust and shared commitments should be the principles of a strong relation between the European Union and Morocco»²⁰. Infine, l'Alto rappresentante dell'Unione per gli affari esteri e la politica di sicurezza Josep Borrell ha spiegato che «la UE tiene

¹⁴ K. BENYAICH, Dichiarazioni rese a RTVE, 21 maggio 2021, videointervista disponibile sul canale YouTube di RTVE Noticias.

¹⁵ Si veda, per esempio, N. EL QADIM, *The symbolic meaning of international mobility: EU–Morocco negotiations on visa facilitation*, in *Migration Studies*, 2018, p. 279 ss.

¹⁶ P. SANCHEZ, @sanchezcastejon, tweet del 18 maggio 2021, ore 9:30.

¹⁷ Questi argomenti sono stati avanzati dalla Ministra degli Affari Esteri spagnoli in una videointervista disponibile su www.larazon.es: «No habrá cambio de postura sobre el Sáhara y Marruecos».

¹⁸ U. VON DER LEYEN, @vonderleyen, tweet del 18 maggio 2021, ore 15:31.

¹⁹ Y. JOHANSSON, @YlvaJohansson, tweet del 18 maggio 2021, ore 12:17.

²⁰ C. MICHEL, @eucopresident, tweet 18 maggio 2021, ore 13:24.

una asociación sólida y estratégica con Marruecos, consolidada a lo largo de muchos años de buena cooperación. La gestión de la migración forma parte de dicha relación, y debe ser gestionada en un espíritu de cooperación y diálogo»²¹.

Da questa pletora di lodi in difesa della cooperazione tra Unione europea, Spagna e Marocco emerge una convergenza di vedute tra le istituzioni europee circa gli impegni assunti dal Marocco per prevenire l'immigrazione delle persone di origine africana verso il territorio dell'Unione, ma di che tipo di impegni si tratta? Impegni politici o impegni giuridici di diritto internazionale? E, laddove esistono impegni di qualche natura, sono altresì supportati da una fiducia reciproca, un dialogo e una comunione di intenti sulla loro tenuta e ragion d'essere?

4. L'impegno del Marocco a prevenire l'immigrazione irregolare verso l'Unione

In un'Unione che si appresta a orientare la propria politica di immigrazione e di asilo dopo il fallimento delle proposte di riforma del 2016, il discorso ufficiale sulla cooperazione con i Paesi terzi appare sempre più lontano dalla realtà²². Nella narrativa europea, difatti, non è contemplata l'ipotesi in cui il governo di un Paese terzo – un Paese chiave della politica di vicinato e un partner “privilegiato” dell'Unione – decida di dare istruzioni alla propria polizia di frontiera di interrompere i controlli, dall'oggi al domani. I controlli di frontiera da parte del Marocco fanno parte di quel gran dispiegamento di forze (finanziate in parte dall'Unione europea) che serve a dissuadere e ostacolare il movimento di uomini, donne e bambini nelle zone di frontiera, così da impedire il loro ingresso irregolare nel territorio dell'Unione.

I termini del discorso politico ufficiale europeo sono molto chiari: il Marocco si è impegnato a prevenire gli arrivi irregolari nell'Unione europea. A chi scrive non risulta che un accordo di diritto internazionale di questo tipo sia stato stipulato, formalmente e con forza vincolante, tra Unione europea e Marocco, neanche in forma controversa, cioè quella di una dichiarazione pubblicata sul sito del Consiglio europeo, come nel caso della dichiarazione UE-Turchia²³.

²¹ J. BORRELL, @JosepBorrellF, tweet del 18 maggio 2021, ore 21 :36.

²² Per un'analisi critica della cooperazione con i Paesi terzi nel Nuovo Patto, E. GUILD, *The Pitfalls of Migration Diplomacy: The EU Pact and Relations with Third Countries*, in D. THYM (eds), *Reforming the Common European Asylum System. Opportunities, Pitfalls, and Downsides of the Commission Proposals for a New Pact on Migration and Asylum*, Baden-Baden, 2022, p. 209 ss. Sia consentito il rinvio a E. FRASCA, M. LUNARDINI, *La “collaborazione” con i partner internazionali e l'ottica distorta della sedentarietà*, in S. CESCHI and A. STOCCHIERO (a cura di), *Una strada accidentata. Italia e Europa tra politiche migratorie e processi di integrazione*, Roma, 2021, p. 71 ss.

²³ Dichiarazione UE-Turchia del 18 marzo 2016, comunicato stampa, disponibile su www.consilium.europa.eu.

Sul piano bilaterale, la cooperazione tra il Marocco e la Spagna si concretizza in diverse azioni. Tra queste, le operazioni di pattugliamento marittimo congiunto della Guardia Civile spagnola e della Gendarmeria marocchina per il rilevamento e l'intercettazione dei migranti e la cooperazione tra le autorità di polizia di frontiera, su base formale sia vincolante (come l'accordo di riammissione tra Spagna e Marocco del 1992²⁴ o l'accordo di polizia transfrontaliera del 2010²⁵) che non vincolante (come il Memorandum per il pattugliamento congiunto del 2004 e il Memorandum per il Partenariato strategico multidimensionale, i cui testi non sono disponibili perché non pubblicati).

Pur nell'inesistenza di un accordo internazionale tra Marocco e Unione europea, gli impegni presi informalmente dall'Unione con il Marocco si rifanno a quelli presi, formalmente e informalmente, dalla Spagna, attraverso l'azione indiretta (o mediata) dell'Unione attraverso gli Stati membri²⁶. Si tratta di un esempio di «spazio intersezionale» tra due livelli di azione: quello europeo e quello nazionale dello Stato Membro – sia esso la Spagna con il Marocco, l'Italia con la Libia o la Grecia con la Turchia –, in cui la zona grigia dell'informalità perpetrata a un livello di azione ne alimenta un altro in «an indistinct vicious cycle and feedback loop»²⁷.

Il Marocco è un partner di lunga data dell'Unione, un Paese chiave delle sue politiche di vicinato e di grande importanza in molti dialoghi regionali e multilaterali sulle migrazioni²⁸. Per esempio, nel 2013, l'Unione europea, gli Stati membri e il Marocco hanno adottato una dichiarazione di “partenariato per la mobilità” (cosiddetta *mobility partnership*) con quattro obiettivi principali: migliorare l'organizzazione delle migrazioni legali; una lotta efficace contro la migrazione irregolare; la massimizzazione dell'impatto positivo delle migrazioni sullo sviluppo e, infine, la promozione e il rispetto degli strumenti internazionali relativi alla protezione dei diritti dei rifugiati²⁹. In realtà, nella cooperazione tra l'Unione e il Ma-

²⁴ Accordo tra il Regno di Spagna e il Regno del Marocco relativo alla circolazione delle persone, del transito e della riammissione di cittadini stranieri entrati illegalmente, *G.U. spagnola*, n. 100, 25 aprile 1991, p. 13969 ss.

²⁵ Accordo tra il Governo del Regno di Spagna e il governo del Regno del Marocco in materia di cooperazione transfrontaliera di polizia, *G.U. spagnola*, n. 116, 16 novembre 2010, p. 35412 ss.

²⁶ In questo senso, D. VITIELLO, *Legal Narratives of the EU External Action in the Field of Migration and Asylum: From the EU-Turkey Statement to the Migration Partnership Framework and Beyond*, in V. MITSILEGAS, V. MORENO-LAX, N. VAVOULA (eds), *Securitising Asylum Flows*, Leiden, 2020, p. 130 ss.

²⁷ F. CASOLARI, *The unbearable 'lightness' of soft law: on the European Union's recourse to informal instruments in the fight against illegal immigration*, in E. BRIBOSIA et al. (dir.) *L'Europe au kaléidoscope. Liber Amicorum Marianne Dony*, Bruxelles, 2019, Editions de l'Université de Bruxelles, p. 463.

²⁸ A titolo di esempio, il Marocco è parte di numerosi dialoghi intergovernativi sulle migrazioni, strumenti di cooperazione informale per eccellenza. In particolare, *ex multis*, il dialogo 5 + 5 con i paesi mediterranei e il dialogo euro-africano sulla migrazione e lo sviluppo, noto anche come processo di Rabat.

²⁹ Dichiarazione congiunta che stabilisce un partenariato di mobilità tra il Regno del Marocco, l'Unione europea e i suoi Stati membri, 7 giugno 2013. Per un'analisi, si veda S. CARRERA et al., *EU-*

rocco, la priorità è data soprattutto all'obiettivo della lotta contro la migrazione irregolare piuttosto che al perseguimento di obiettivi umanitari o all'apertura di canali d'ingresso legale per i cittadini marocchini³⁰.

Ancora, nella comunicazione del 2016 sul Nuovo quadro di partenariato con i Paesi terzi, la Commissione ha affermato che, nel vicinato, l'Unione «vanta un partenariato di lunga data col Marocco in materia di migrazione e porterà avanti questa proficua cooperazione non appena le condizioni lo permetteranno»³¹. L'evocata proficua cooperazione è stata quindi tradotta in strumenti di natura primariamente finanziaria, come il Fondo fiduciario d'emergenza dell'UE per l'Africa, volto a concretizzare gli impegni stretti (sempre solo politicamente, ma in questo caso formalmente) tra Unione europea e Paesi africani con la dichiarazione e il piano d'azione di Valletta³².

Il Fondo ha una componente “Nord Africa” in cui i sette progetti riguardanti il Marocco rientrano nell'obiettivo della gestione integrata delle frontiere e delle migrazioni. A titolo di esempio, nella *action fiche* del progetto intitolato “Soutien à la gestion intégrée des frontières et de la migration au Maroc” si legge che le *parties prenantes* sono, dal lato marocchino, il Ministero degli Interni, e, dal lato europeo, le Istituzioni europee, nello specifico la Delegazione UE in Marocco e gli Stati membri³³. In virtù di questo progetto, l'Unione si impegna a rafforzare le capacità organizzative, tecniche e operative del Marocco. L'impegno si traduce in una serie di misure pratiche, come l'acquisizione di attrezzature per il miglioramento delle infrastrutture di sorveglianza delle frontiere e la formazione tecnica delle autorità marocchine. Vi sono anche misure di tipo all'apparenza simbolico, come il sostegno all'adattamento del quadro legislativo marocchino alle norme internazionali sul diritto dei rifugiati³⁴.

Le dichiarazioni delle più alte cariche dell'Unione europea sopra citate sembrano fare riferimento agli impegni presi dal Marocco nell'attuazione di questo tipo di cooperazione – la cui qualificazione giuridica è incerta e assai problematica

Morocco Cooperation on Readmission, Borders and Protection: A model to follow?, CEPS Papers in Liberty and Security, 22 gennaio 2016.

³⁰ In senso critico dell'attuale capacità dell'Unione in tema di *legal migration*, si veda J.B. FARCY, S. SAROLEA, *Labour Migration in the 'New Pact': Modesty or Unease in the Berlaymont?*, in D. THYM (eds), *Reforming the Common European Asylum System. Opportunities, Pitfalls, and Downsides of the Commission Proposals for a New Pact on Migration and Asylum*, Baden-Baden, 2022. p. 277 ss.

³¹ Commissione europea, Comunicazione al Parlamento europeo, al Consiglio europeo, al Consiglio e alla Banca europea per gli investimenti sulla creazione di un Nuovo quadro di partenariato con i paesi terzi nell'ambito dell'agenda europea sulla migrazione, COM (2016) 385, Bruxelles, 7 giugno 2016, p. 18.

³² Dichiarazione politica congiunta e piano d'azione del summit di La Valletta sulle migrazioni, 11 e 12 novembre 2015, comunicato stampa, testo disponibile su www.consilium.europa.eu.

³³ Documento di azione per il Fondo fiduciario dell'Unione, T05-EUTF-NOA-MA-05, disponibile su www.ec.europa.eu/trustfundforafrica/index_en.

³⁴ Sul quadro giuridico in Marocco, v. R. MRABET TEMSAMANI, *Maghreb-Europe face au controle du flux migratoire: le role du Maroc*, in *Ordine internazionale e diritti umani*, 2020, p. 36 ss.

– e rivelano come la condotta degli agenti marocchini a Ceuta sia stata oggetto di protesta, da parte sia spagnola che europea, proprio in virtù del venir meno del Marocco a questi impegni³⁵.

La pretesa europea che le frontiere di Ceuta sono frontiere europee è una semplificazione di un contesto giuridico più complesso. La circolazione tra Ceuta e Melilla è soggetta a regole specifiche, previste negli accordi di adesione della Spagna alla Convenzione di applicazione dell'Accordo di Schengen del 1991³⁶. I cittadini marocchini delle province adiacenti a Ceuta (Tetouan) e Melilla (Nador) sono esenti dall'obbligo del visto, mentre gli altri cittadini marocchini ne sono soggetti³⁷. Tuttavia, i visti sono validi solo limitatamente ai territori di Ceuta e Melilla e non permettono l'ingresso nel resto del territorio spagnolo. La Spagna mantiene i controlli alla frontiera esterna nei collegamenti marittimi e aerei in provenienza da entrambe le *enclaves* e che hanno come destinazione il territorio spagnolo o di un altro Stato dell'area Schengen. Di certo, è vero che le frontiere di Ceuta sono frontiere europee, nel senso che l'Unione ha avuto un peso e un ruolo nella loro materiale "europeizzazione": l'Unione ha partecipato alla costruzione delle infrastrutture dello spazio di frontiera così come al finanziamento, rafforzamento e sviluppo della capacità delle forze di polizia marocchina di intercettare i migranti prima che raggiungano la frontiera spagnola³⁸.

Veniamo ora all'esistenza di una comune visione circa la ragion d'essere di tali impegni e l'adesione, da parte del Marocco, agli obiettivi di prevenzione dell'immigrazione irregolare³⁹. Quella visione, lungi dall'essere *comune*, è indotta dall'Unione attraverso meccanismi di ricompense e condizionalità, sia politiche

³⁵ P. GARCÍA ANDRADE, *EU cooperation on migration with partner countries within the New Pact: new instruments for a new paradigm?*, in D. THYM (eds), *Reforming the Common European Asylum System. Opportunities, Pitfalls, and Downsides of the Commission Proposals for a New Pact on Migration and Asylum*, Baden-Baden, 2022, p. 223 ss.

³⁶ Accordo di adesione del Regno di Spagna alla Convenzione di applicazione dell'Accordo di Schengen del 14 giugno 1985 tra i governi degli Stati dell'Unione economica Benelux, della Repubblica federale di Germania e della Repubblica francese relativa all'eliminazione graduale dei controlli alle frontiere comuni, firmata a Schengen il 19 giugno 1990, alla quale ha aderito la Repubblica italiana con l'Accordo firmato a Parigi il 27 novembre 1990, in *GUCE*, L 239 del 22 settembre 2000, p. 69 ss.

³⁷ Occorre sottolineare che i cittadini marocchini sono sottoposti all'obbligo di ottenimento di un visto per recarsi nel territorio dell'Unione europea. Per i soggiorni brevi (meno di 90 giorni) si tratta del visto cosiddetto "Schengen", soggetto a procedure di concessione comuni ai Paesi dell'Unione. Prima del 2001, i cittadini marocchini beneficiavano di diversi regimi di esenzione, in seguito agli accordi conclusi a livello bilaterale tra gli Stati membri e il Marocco. A seguito dell'armonizzazione della politica dei visti a livello europeo, il Marocco è ora nella lista dei paesi i cui cittadini sono sottoposti all'obbligo di visto.

³⁸ Per un approfondimento, si veda l'analisi di Statewatch, *Aid, border security and EU-Morocco cooperation on migration control*, novembre 2019, www.statewatch.org.

³⁹ Per un'analisi critica degli effetti secondari della politica di vicinato in tema di controlli migratori, v. CASTAN PINOS J. CASTAN PINOS, *Building Fortress Europe? Schengen and the Cases of Ceuta and Melilla*, in Centre for International Border Research Working Paper, WP18, 2009.

che economiche. La cooperazione con i Paesi terzi è manifestazione del *soft power* dell'Unione nelle relazioni internazionali (conosciuto, in altri ambiti del diritto, come il cosiddetto *Brussels effect*⁴⁰), ossia la capacità dell'Unione di influenzare e persuadere i Paesi terzi a conformare la propria legislazione nazionale a quella europea. Nel diritto delle migrazioni, si auspica che l'esplicitamento delle attività di controllo delle frontiere delle forze di polizia del Paese terzo sia conforme agli standard e all'agenda UE (sia quella securitaria che quella migratoria) al fine di contenere i cittadini africani sul territorio africano.

Più che di «trust and shared commitments», così come invocati dalle istituzioni europee, si tratta di convenienza. Nel campo della politica migratoria, gli interessi dei Paesi terzi non si allineano necessariamente con gli interessi europei: i Paesi terzi sono portatori di interessi, idee (e ideali) normativi diversi sulla migrazione⁴¹. Invece, il potere di influenza dell'Unione si basa sulla pretesa che il Paese terzo sia aprioristicamente d'accordo a cooperare, in buona fede, cioè a contenere i movimenti delle persone migranti, così da permettere all'Unione e ai Paesi membri di evadere i propri obblighi in materia di protezione internazionale⁴².

Significativa e tempestiva è l'adozione, il 19 maggio 2021, di una lucida risoluzione del Parlamento europeo sulla tutela dei diritti umani e la politica esterna dell'UE in materia di migrazione. In questo documento formale, ma non vincolante, il Parlamento «invita la Commissione a garantire che qualsiasi cooperazione dell'UE con i Paesi terzi sia pienamente formalizzata onde garantire un efficace monitoraggio degli accordi con i Paesi terzi»⁴³. Percorrendo la via dell'informalità e della convenienza, l'Unione europea non sembra essersi ancora risvegliata da quel «sonno della ragione» che già da tempo aveva generato politiche migratorie di dubbia legalità⁴⁴.

5. Considerazioni conclusive

L'episodio di diplomazia di frontiera del maggio 2021 a Ceuta dimostra che gli impegni presi dai Paesi terzi sulla base agli accordi-non-accordi sono estremamente volatili. Ciò era già emerso nel marzo 2020 quando «il presidente turco ha

⁴⁰ A. BRADFORD, *The Brussels Effect. How the European Union rules the world*, Oxford, 2020.

⁴¹ Come argomentato da T. SPIJKERBOER, 'I Wish There Was a Treaty We Could Sign', in S. CARRERA, A. GEDDES (eds), *The EU Pact on Migration and Asylum in light of the United Nations Global Compact on Refugees. International experiences on containment and mobility and their impacts on trust and rights*, San Domenico di Fiesole, 2021, p. 61 ss.

⁴² L.B. LANDAU, I. FREEMANTLE, *Containment Development and Africa's Time-Space Trap*, in S. CARRERA, A. GEDDES (eds), *The EU Pact on Migration and Asylum in light of the United Nations Global Compact on Refugees*, cit., p. 274 ss.; A. PIJNENBURG, *Containment instead of Refoulement: Shifting State Responsibility in the Age of Cooperative Migration Control*, in *Human Rights Law Review*, 2020, p. 306 ss.

⁴³ Parlamento europeo, Risoluzione del 19 maggio 2021 sulla protezione dei diritti umani e la politica migratoria esterna dell'Unione europea, 2020/2116(INI), punto 9.

⁴⁴ Così G. CARELLA, *Il sonno della ragione genera politiche migratorie*, in *SIDIBlog*, 11 settembre 2017.

usato i profughi come arma per ricattare l'Europa»⁴⁵, ma lo scoppio della pandemia causata dal Covid-19 ha, in qualche modo, distolto l'attenzione da quell'evento.

Nel momento in cui un Paese terzo viene meno ai suoi impegni di cooperazione, gli Stati membri e l'Unione sono posti dinanzi al paradosso giuridico che caratterizza l'azione esterna dell'UE in materia di migrazione: la mancanza di formalizzazione degli impegni (e quindi l'apparente assenza di diritto) si ritorce contro l'Unione quando il Paese terzo – unilateralmente – si rifiuta di cooperare. Al tempo stesso, è solo in virtù dell'assenza di formalizzazione, e dunque di trasparenza, che degli impegni con effetti giuridici possono essere intrapresi, in violazione tanto dei diritti fondamentali delle persone migranti che del diritto costituzionale europeo, evitando così che il loro contenuto sia sottoposto al doveroso vaglio democratico e parlamentare e al relativo controllo giudiziario.

L'Unione è consapevole dell'opportuno che caratterizza questo tipo di cooperazione con “i partner” internazionali. Tuttavia, nel suo discorso ufficiale, questa consapevolezza è occultata e ribaltata affinché le affermazioni e le dichiarazioni dell'Unione sulla scena internazionale siano performative abbastanza, così da garantire l'efficacia della sua azione esterna. Lo dimostrano anche le clausole di stile in cui si afferma che la cooperazione è svolta nel pieno rispetto dei diritti fondamentali e della dignità umana. A fronte di quanto appena delineato, queste rassicurazioni di principio sono destinate a rimanere lettera morta. Eppure, a norma dell'articolo 21 TUE, l'universalità e l'indivisibilità dei diritti umani, insieme alla promozione dei principi e dei valori democratici (tra cui il rispetto della dignità umana, lo stato di diritto e i principi di libertà, uguaglianza e solidarietà), devono fondare l'azione esterna dell'Unione sulla scena internazionale, compresa quella in materia di migrazioni⁴⁶.

Nelle zone di frontiera, l'Unione europea e i suoi Stati membri tentano di neutralizzare e sminuire le violazioni di diritti umani che avvengono grazie alla strumentalizzazione del diritto nelle sue trasformazioni più oscure⁴⁷. Una tale strategia, ripiegata su se stessa, non solo è poco lungimirante, ma anche pericolosa.

Era il 1998 quando, nel suo iconico album “Clandestino”, Manu Chao cantava di un mar Mediterraneo in cui i ‘clandestini’ perdevano la vita «entre Ceuta y Gibraltar». Questa *impasse* giuridica contemporanea, le cui gravi responsabilità perdurano da più di trent'anni, può essere superata solo con la decisione dell'Unione e dei suoi Stati membri di risolvere l'ambiguità sul rispetto dei propri obblighi in materia di diritti umani, a beneficio (anche) delle persone migranti.

⁴⁵ A. CAMILLI, *A Lesbo finisce l'Europa*, in *Internazionale*, 3 marzo 2020.

⁴⁶ Sull'Unione come «a global force for human rights» nel contesto delle relazioni internazionali con Israele, si veda M. GATTI, *The EU's (predictable) silence about Israeli violence in Palestine*, in *SIDIBlog*, 22 maggio 2021.

⁴⁷ V. MORENO-LAX, *EU External Migration Policy and the Protection of Human Rights*, In-depth analysis for the European Parliament's subcommittee on Human Rights, 2020.

La crisi umanitaria di Ceuta del maggio 2021 nel quadro dell'esternalizzazione delle frontiere in Marocco e i diritti 'invisibili' al confine ispano-marocchino

ANNA FAZZINI*

SOMMARIO: 1. Introduzione. – 2. La crisi di Ceuta del maggio 2021, quale effetto collaterale delle politiche di esternalizzazione delle frontiere. – 3. Le strategie di *outsourcing* in Marocco e l'impatto sui diritti umani. – 4. La pratica dei respingimenti 'a caldo' alle frontiere di Ceuta e Melilla. – 4.1. Le *devoluciones en caliente* dinanzi alla Corte di Strasburgo... – 4.2. ...e al cospetto della Corte costituzionale spagnola. – 5. Conclusioni.

ABSTRACT: La crisi umanitaria di Ceuta del maggio 2021, caratterizzata dall'arrivo di migliaia di migranti a nuoto sulle coste dell'enclave spagnola, costituisce l'effetto ultimo di politiche migratorie (europee e spagnole) che già incidono profondamente sulla dignità di migranti e rifugiati, comprimendone la sfera dei diritti, creando luoghi di incertezza giuridica e depotenziando diritti assoluti, come quello di *non-refoulement*. Il presente contributo discute della crisi di Ceuta quale effetto collaterale delle pratiche di esternalizzazione in Marocco e mette in luce l'impatto di queste ultime sulla tutela effettiva dei diritti dei migranti, sotto un duplice aspetto: in relazione alle violazioni dei diritti umani in territorio marocchino quale conseguenza delle politiche di *outsourcing* e nel contesto *sui generis* di Ceuta e Melilla, caratterizzato dai c.d. respingimenti 'a caldo'. Tale pratica, oggetto della pronuncia *N.D. e N.T c. Spagna* della Corte di Strasburgo e di una sentenza della Corte costituzionale spagnola, gode oggi di una controversa copertura legale, che contribuisce tuttavia alla progressiva erosione della tutela dei diritti alla frontiera, svuotata dei caratteri dell'effettività e della concretezza, in favore degli interessi nazionali di controllo dei confini.

PAROLE CHIAVE: Ceuta – crisi migratoria – Marocco – esternalizzazione delle frontiere – respingimenti a caldo – *non-refoulement*.

1. Introduzione

Nei giorni compresi tra il 17 e il 19 maggio 2021, una crisi umanitaria ha interessato la cittadina di Ceuta. Nell'arco di poco tempo, migliaia di migranti, tra cui moltissimi minori, hanno raggiunto a nuoto le coste dell'enclave spagnola, a seguito dell'allentamento dei controlli alla frontiera operati dalle autorità marocchine¹. Le immagini e la cronaca di quei giorni, che descriveva l'esecuzione di sommarie espulsioni in Marocco da parte della *Guardia Civil*², il dramma dei minori non accompagnati³ e le dichiarazioni in tono securitario delle autorità spagnole⁴, impegnate a 'ristabilire l'ordine' con grande celerità, hanno riportato alta l'attenzione sulla profonda inadeguatezza delle politiche migratorie europee e, in particolare, sulle conseguenze, sul piano politico e giuridico, delle strategie di esternalizzazione dei controlli alle frontiere. Ciò, inoltre, nel particolare contesto di quelle 'zone di non-diritto', quali sono Ceuta e Melilla, anche nominate 'frontiera delle frontiere'⁵, in cui lo stato dei diritti è sempre più labile, sacrificabile di fronte agli interessi nazionali di controllo del confine, assoggettato spesso al ri-

* Anna Fazzini, Dottore di Ricerca in Studi Internazionali, Università degli Studi di Napoli L'Orientale, afazzini@unior.it.

¹ Per una rassegna stampa dell'accaduto si vedano, *ex multis*, gli articoli di 'El País' (www.elpais.com), 'El Diario' (www.eldiario.es), 'ABC' (www.abc.es).

² Per le denunce relative ai respingimenti 'a caldo', vedi, *inter alia*, la dichiarazione di Euro-Med Human Rights Monitor (euromedmonitor.org) il comunicato congiunto di diverse associazioni locali (www.meltingpot.org/).

³ Oltre ai respingimenti, sono state denunciate da subito le condizioni precarie in cui venivano tenute le centinaia di minori rimasti nei centri di accoglienza dell'enclave, in attesa di una collocazione (vedi ECRE, *Spain: 200 Children About to be Transferred to the Mainland while Hundreds Remain Cramped in Ceuta and 7,500 People Were Returned to Morocco*, 28 maggio 2021, www.ecre.org). In seguito ai fatti di Ceuta, inoltre, nell'agosto 2021, il governo spagnolo ha annunciato il rimpatrio di quasi 800 minori tra quelli giunti a maggio, ai quali, come affermato dalle ONG, non era stato consentito l'accesso ad una procedura d'asilo. Sulla questione si è espresso un Tribunale di Ceuta, che ha bloccato i provvedimenti di rimpatrio, affermando che le garanzie procedurali cui hanno diritto i minori devono essere rispettate anche in 'circostanze eccezionali' (vedi ECRE, *Atlantic Route and Spain: Ceuta Court Rejects Deportations of Children to Morocco*, 27 agosto 2021, www.ecre.org). In proposito, si ricordano anche le diverse iniziative delle autorità spagnole, già tentate o messe in pratica in passato, di facilitare e velocizzare i rimpatri dei minori non accompagnati con 'misure di reinserimento familiare', che mascherano espulsioni di fatto e senza garanzie, o con proposte legislative che chiedono di trattare il minore alla stregua di 'migrante economico', in aperto contrasto con il superiore interesse del fanciullo (vedi G. SÁNCHEZ, *Spagna – Espellere i minori stranieri non accompagnati: il PP e il Governo ritentano ciò che fu già un fallimento in passato*, Melting Pot Europa, 2019).

⁴ Si vedano al riguardo le dichiarazioni del Premier spagnolo e della Ministra degli Affari Esteri, di cui si parla in E. FRASCA, *Quando la prevenzione dell'immigrazione si arresta: l'incerta natura e la debole tenuta degli impegni tra Marocco e Unione europea*, in *SIDIBlog*, 3 giugno 2021.

⁵ Vedi X. FERRER-GALLARDO, *Theorizing the Spanish-Moroccan Border Reconfiguration: Framing a Process of Geopolitical, Functional and Symbolic Rebordering*, CIBR Working Papers in Border Studies, 2008.

spetto di mere garanzie formali e svuotato dei caratteri dell'effettività e della concretezza.

La *ritorsione* (o il *ricatto*)⁶ del Marocco, dunque, impegnato ad usare *strategicamente* la migrazione per condizionare politicamente i suoi partner europei, può essere considerato l'effetto ultimo di politiche migratorie che già incidono profondamente sulla dignità di migranti e rifugiati, comprimono la sfera dei loro diritti, creando luoghi di incertezza giuridica e depotenziando diritti assoluti, come quello di *non-refoulement*.

Nel presente contributo, pertanto, dopo aver esaminato la crisi umanitaria di Ceuta nel quadro dell'esternalizzazione delle frontiere in Marocco, verrà approfondito l'impatto delle pratiche europee e spagnole sulla tutela dei diritti umani dei migranti al confine ispano-marocchino: all'interno di questo contesto, assumono rilievo non solo le violazioni dei diritti umani commesse in territorio marocchino come conseguenza degli impegni di prevenzione e contenimento dei migranti assunti con la Spagna e l'Unione europea, ma anche quelle commesse dalle stesse autorità spagnole alle frontiere terrestri di Ceuta e Melilla, con riguardo alla controversa pratiche dei *respingimenti a caldo*.

2. La crisi di Ceuta del maggio 2021, quale effetto collaterale delle politiche di esternalizzazione delle frontiere

Fin dall'inizio degli eventi, gli analisti sono stati concordi nel classificare la crisi di Ceuta come un episodio di *migration diplomacy* alla frontiera⁷. All'origine degli eventi in questione, infatti, vi sarebbe stato un intento ricattatorio da parte del Marocco, che ha volutamente permesso l'attraversamento del confine dei migranti, nel tentativo di condizionare (o *punire*) il governo spagnolo (e l'Unione europea) per ottenere benefici sul piano geo-politico o economico⁸.

⁶ Quale parrebbe essere, a detta degli analisti, all'origine della crisi, come si discuterà nel prossimo paragrafo.

⁷ Con 'migration diplomacy' s'intende «the use of diplomatic tools, processes and procedures to manage cross-border population mobility, including both the strategic use of migration flows as a means to obtain other aims, and the use of diplomatic methods to achieve goals related to migration», vedi G. TSOURAPAS, *Migration Diplomacy in the Global South: Cooperation, Coercion and Issue Linkage in Gaddafi's Libya*, in *Third World Quarterly*, 2017, pp. 2367-68.

⁸ Per un'analisi vedi M. LÓPEZ BELLOSO, D. FERNÁNDEZ-ROJO, *Morocco uses migratory pressure to force Spain and the EU to give in to the Sabara*, in *ADiM Blog*, Editoriale, maggio 2021.

Nello specifico, la pressione che il Marocco avrebbe inteso esercitare sulla Spagna e sull'UE sarebbe legata alla questione di lunga data del Sahara occidentale, su cui il Regno maghrebino mira a vedere riconosciuta la propria sovranità territoriale⁹. Il *casus belli* che avrebbe innescato una tensione già latente sarebbe stato il ricovero in un ospedale spagnolo del segretario generale del movimento nazionalista Fronte Polisario, Brahim Ghali, malato di Covid-19, proprio nelle settimane antecedenti all'evento¹⁰. Non si è mancato di sottolineare, ad ogni modo, anche l'interesse di natura economica del governo marocchino, legato sia alla rivendicazione di maggiori fondi per il suo impegno di contenimento e prevenzione dei flussi migratori, sia ai controversi accordi di associazione e pesca con l'Unione, sulla cui legittimità era attesa una nuova pronuncia della Corte di Giustizia dell'UE¹¹.

Quale che fosse il dossier sul tavolo della trattativa, ciò che è chiaro è che il Marocco non si qualifica come mero esecutore delle volontà e delle politiche spagnole ed europee, essendo consapevole che la presenza dei migranti sul suo territorio costituisce una *leva* da poter sfruttare strategicamente ai diversi livelli di negoziazione.

L'episodio, d'altronde, non costituisce un caso unico nel suo genere. In proposito, non si può non ricordare quanto avvenuto l'anno precedente, nell'ambito nella cooperazione UE-Turchia, quando Erdoğan permise il transito di centomila potenziali richiedenti asilo, che furono poi oggetto di violenti respingimenti da parte delle

⁹ Si veda diffusamente sul tema M. VALENTI, *La questione del Sahara occidentale alla luce del principio di autodeterminazione dei popoli*, Torino, 2017

¹⁰ M. LÓPEZ BELLOSO, D. FERNÁNDEZ-ROJO, *Morocco uses migratory pressure*, cit.

¹¹ L'accordo di associazione euro-marocchino, che stabilisce le relazioni commerciali con l'UE, era stato già sospeso in passato dalla Corte, perché si estende al territorio del Sahara occidentale, senza il consenso del popolo saharawi, comportando un riconoscimento de facto della sovranità del Marocco sullo stesso, in violazione del principio di autodeterminazione dei popoli (vedi CGUE [Grande Sezione], sentenza del 21 dicembre 2016, causa C-104/16 P). Ciononostante, gli accordi con il Marocco sono stati rinegoziati, entrando in vigore nel 2019, a seguito di una procedura di consultazione della popolazione saharawi, la quale, tuttavia, non ha mai coinvolto il Fronte Polisario, bensì istituzioni locali legate al Regno marocchino. I due accordi, infatti, sono stati nuovamente annullati il 29 settembre 2021 dal Tribunale dell'UE (Cause riunite T-344/19 e T-356/19), che ne ha tuttavia consentito l'applicazione in attesa di ricorso (per approfondimenti sulla questione vedi S. ALLEN, *Exploiting non-self-governing territory status: Western Sahara and the new EU/Morocco Sustainable Fisheries Partnership Agreement*, in *Cambridge International Law Journal*, 2020, p. 24 ss.; Á. SUAREZ-COLLÁDO, D. CONTINI, *The European Court of Justice on the EU-Morocco agricultural and fisheries agreements: an analysis of the legal proceedings and consequences for the actors involved*, in *The Journal of North African Studies*, 2021, p. 1160 ss.).

autorità greche¹². Più recentemente, invece, nell'autunno del 2021, un'ulteriore crisi umanitaria si è verificata al confine polacco-bielorusso, dove centinaia di migranti hanno tentato di fare ingresso in Polonia, restando però bloccati in una sorta di 'limbo', per effetto dei respingimenti operati dalle autorità polacche e dell'opposizione delle guardie bielorusse, che impedivano loro di tornare indietro¹³. In tal caso, alla base di questi eventi, vi sarebbero le ritorsioni del controverso Presidente Lukašėnka, destinatario di sanzioni da parte dell'UE per la violenta repressione delle proteste della società civile in Bielorussia, il quale si sarebbe addirittura adoperato per favorire l'ingresso nel suo territorio di migliaia di migranti provenienti dal Medio Oriente al preciso scopo di canalizzarli nello spazio di frontiera con la Polonia e porsi all'attenzione dell'UE.

L'uso strategico della migrazione per fini di politica estera è, in effetti, divenuto caratteristico delle relazioni internazionali. A nostro avviso, a contribuire in modo significativo alla sua diffusione, sono state proprio le pratiche di esternalizzazione, la cui insostenibilità si riconosce anche negli effetti sulle relazioni diplomatiche e i rapporti di forza tra l'UE (e i suoi Stati membri) e i Paesi terzi: in effetti, la strumentalizzazione della migrazione ad opera dei secondi palesa e determina la debolezza politica dei primi. A ben vedere, però, il cinico uso dei migranti come moneta di scambio e leva di negoziazione, non costituisce che una forma inversa di condizionalità, che riproduce in sostanza la stessa logica che l'UE e gli Stati membri hanno voluto imprimere alla cooperazione con i Paesi terzi, assoggettando ad incentivi positivi e negativi l'effettiva realizzazione del sistema di contenimento dei migranti¹⁴.

Questo paradosso costituisce un *vulnus* delle politiche di esternalizzazione che, oltre alla loro insostenibilità in materia di tutela dei diritti umani, rischia di determinare effetti avversi anche in termini di efficacia (rispetto agli obiettivi prefissati), ponendo l'UE e gli Stati europei su un piano di debolezza geopolitica.

¹² Vedi sul caso A. SPAGNOLO, *La crisi migratoria di inizio 2020 al confine greco turco. Brevi considerazioni alla luce delle prese di posizione degli attori coinvolti*, in *Quaderni di SIDIBlog*, 2021, p. 353 ss.

¹³ Vedi i report di Statewatch, *Belarusian government's 'hybrid attacks' on European borders: statement from Lithuanian, Latvian, Polish and Estonian prime ministers*, 24 agosto 2021, www.statewatch.org; *EU: The 'weaponised migration' discourse dehumanises asylum-seekers*, 10 novembre 2021, www.statewatch.org.

¹⁴ Ciò rivela, in ultima analisi, anche l'assenza di una reale visione di impegni comuni tra i soggetti in questione, nonché la debole tenuta della *soft externalization*, a cui, qualora lo vogliano, i Paesi terzi possono sottrarsi. Infatti, dal momento che la cooperazione con questi ultimi passa in misura crescente per il *soft power* (come nella partnership con il Marocco), l'UE deve fare i conti con la 'mancanza' di formalizzazione degli impegni intrapresi e quindi con la difficoltà di contestare eventuali inadempienze alla controparte quando questa si rifiuta di cooperare. Allo stesso tempo, però, il *soft power* è per l'UE la strada 'obbligata' se vuole continuare a perseguire l'obiettivo del contenimento delle migrazioni in violazione dei diritti umani e del diritto costituzionale europeo, onde evitare di incorrere nel controllo parlamentare e giudiziario (sul punto E. FRASCA, *Quando la prevenzione*, cit.)

3. Le strategie di *outsourcing* in Marocco e l'impatto sui diritti umani

Il Marocco svolge un ruolo-chiave nelle strategie di esternalizzazione delle frontiere perseguite dall'Unione europea e dai suoi Stati membri. Ciò in virtù della sua posizione geografica privilegiata, che lo ha reso, in particolare a seguito dell'incremento dei flussi migratori all'indomani delle primavere arabe, Paese di *transito* verso l'Europa e insieme *gendarme* dell'Europa stessa.

In effetti, la relazione tra il Marocco e la Spagna si pone come una sorta di 'prassi modello', precorritrice delle attuali forme di cooperazione con i Paesi terzi, instauratasi all'interno di quelle pratiche di *outsourcing* delle frontiere che la Spagna ha cominciato ad implementare fin dagli anni '90. Ci si riferisce, in primo luogo, alle misure indirizzate a rafforzare progressivamente i confini di Ceuta e Melilla (definite laboratori dell'esternalizzazione¹⁵) e alla cooperazione per le riammissioni (Spagna e Marocco hanno firmato un accordo di riammissione nel 1992¹⁶); in secondo luogo, all'azione messa in campo dalla Spagna con il supporto dell'UE, a seguito della *crisis de los cayucos*, concernente l'arrivo nelle isole Canarie di più di 30.000 migranti a bordo di piroghe, provenienti da Senegal, Mauritania e Marocco. La risposta alla crisi fu un forte incremento della capacità di prevenzione e contenimento della migrazione da parte della Spagna, attraverso la realizzazione di un sofisticato sistema satellitare di sorveglianza dei migranti irregolari nel 2013, il *Sistema Integrado de Vigilancia Exterior* (SIVE)¹⁷; la creazione di attività di pattugliamento congiunto¹⁸; il supporto finanziario ai centri di detenzione in Mauritania e infine gli investimenti in programmi di sviluppo con il *Plan Africa*¹⁹ nel 2006 e nel 2012²⁰. A seguito della crisi, su pressione spagnola, fu avviato anche il Processo di Rabat nel 2006, nell'ambito del quale il Marocco ha acquisito il ruolo di partner prioritario per l'Unione europea, a cui oggi vengono destinati quote in-

¹⁵ Vedi E. TYSZLER, *Gestire la frontiera euro-africana*, Melting Pot Europa, 2015.

¹⁶ *Acuerdo entre el Reino de España y el Reino de Marruecos relativo a la circulación de personas, el tránsito y la readmisión de extranjeros entrados ilegalmente*, 25 aprile 1992.

¹⁷ D. GODENAU, A. LÓPEZ SALA, *Multi-layered Migration Deterrence and Technology in Spanish Maritime Border Management*, in *Journal of Borderland Studies*, 2016, p. 15 ss.

¹⁸ Oltre che con il Marocco, anche con Paesi come la Mauritania, il Senegal e il Niger.

¹⁹ A. ALCALDE, *The Spanish Action Plan for Africa*, in *Review of African Political Economy*, 2007, p. 194 ss.

²⁰ Sull'evoluzione delle pratiche di esternalizzazione spagnole vedi, *inter alia*, S. CARRERA ET AL., *Offshoring Asylum and Migration in Australia, Spain, Tunisia and the US*, CEPS Report, 2018; U. STEGE, *Esternalizzazione delle politiche migratorie dell'Unione europea: focus su alcuni Paesi del Maghreb*, in M. MOLFETTA, C. MARCHETTI (a cura di), *Il Diritto d'asilo. Report 2019*, Fondazione Migrantes, 2019, p. 35 ss.

genti dei fondi europei: a titolo esemplificativo, si riporta che il secondo portafoglio di cooperazione dell'UE in materia di migrazione è con il Marocco, con un totale di 342 milioni di euro, di cui circa 234 milioni provenienti dal Fondo fiduciario di emergenza dell'UE per l'Africa²¹.

Se, tuttavia, la cooperazione tra le due sponde in tema di securizzazione e controllo della migrazione incontra l'accordo di entrambe le parti, diverse sono le riluttanze del Marocco per ciò che riguarda l'altro obiettivo perseguito dall'Unione (anch'esso parte integrante della strategia di esternalizzazione) che attiene alla *gestione* dei migranti e al rafforzamento del sistema di protezione dei richiedenti asilo sul territorio marocchino²². Infatti, nonostante il Marocco sia parte della Convenzione di Ginevra del 1951 sullo status dei rifugiati e abbia elaborato una propria *Stratégie Nationale d'Immigration et d'Asile* (SNIA)²³ nel 2013, non si è ancora dotato di un proprio quadro giuridico organico, né di procedure adeguate per il riconoscimento della protezione internazionale. A ciò si aggiungono i più che inadeguati standard di accoglienza nel territorio marocchino: i richiedenti asilo vivono in condizioni precarie, con numerosi ostacoli nell'accesso al cibo, all'alloggio, alla salute, all'istruzione e all'assistenza legale²⁴.

A questo stato di cose, si aggiungono le violazioni dei diritti umani attuate dalle autorità marocchine, denunciate da più parti, come *conseguenza* diretta degli impegni assunti nei confronti della Spagna e dell'Unione europea al fine di prevenire la migrazione. Secondo l'ultimo rapporto Oxfam²⁵, i respingimenti arbitrari nei confronti dei migranti subsahariani ad opera delle autorità marocchine, a cui non si sottraggono minori e persone vulnerabili, avvengono in maniera *sistematica*. Il 'controllo' marocchino si attua tramite retate, arresti arbitrari e smantellamenti degli insediamenti nelle vicinanze di Ceuta e Melilla, in modo da impedire gli attraversamenti e allentare periodicamente la pressione alle frontiere. Ad essi seguono i trasferimenti nelle regioni a sud del Marocco e spesso respingimenti attraverso il confine. In merito all'esecuzione delle misure di espulsione dal Maroc-

²¹ Dati aggiornati al dicembre 2019 (vedi il sito della Commissione europea, ec.europa.eu).

²² Sul punto vedi M. L. GUALTIERI, *Le strategie extraterritoriali europee nell'ambito dell'asilo: quali prospettive per una cooperazione con il Maghreb?*, in *ADiM Blog*, Analisi & Opinioni, 31 maggio 2021.

²³ Per approfondimenti vedi G. ÜNAL, *Morocco's Management of National Immigration Strategy (SNIA): The Limbo of the Mediterranean Immigration Crisis*, Center for Middle Eastern Studies, 2019.

²⁴ U. STEGE, *Esternalizzazione delle politiche migratorie dell'Unione europea*, cit.

²⁵ *The real common interest. The converging EU and North African migration agendas – where do people's interests come in?*, 22 ottobre 2020, www.oxfamitalia.org.

co – afferma il rapporto Gadem²⁶ – si registrano inoltre violazioni dei diritti umani nella forma di detenzioni arbitrarie, trattamenti inumani e degradanti e diniego di accesso a mezzi di ricorso interni.

Infine, come denunciano Amnesty International²⁷ e Human Rights Watch²⁸, è la situazione complessiva dello stato dei diritti umani in Marocco a non essere positiva, in virtù della quale esso non può essere considerato un *Paese sicuro*. In proposito, viene denunciata l'esistenza di forme di persecuzioni per motivi politici, religiosi, dovuti all'orientamento sessuale (che è criminalizzato in Marocco), nonché le forti limitazioni a diritti fondamentali, quali la libertà di riunione, di associazione e la libertà di espressione.

4. La pratica dei respingimenti 'a caldo' alle frontiere di Ceuta e Melilla

In questo quadro di *contactless control*²⁹ operato sui migranti, ad ogni modo, va ricordato che la Spagna continua ad operare essa stessa respingimenti alla frontiera, come parte integrante della medesima strategia securitaria e anti-migratoria perseguita.

Ceuta e Melilla, in effetti, sono l'emblema di uno *spazio* d'eccezione, in cui violente pratiche repressive, accompagnate da ambiguità e incertezza giuridica, rendono possibili da decenni le cosiddette *devoluciones en caliente* degli stranieri intercettati sul confine tra il Marocco e il territorio spagnolo nel tentativo di effettuare il (tristemente) famoso *salto de la valla*³⁰.

La pratica dei respingimenti a caldo si diffonde a partire dal 2005, quando si rafforza in maniera significativa l'opera di costruzione delle barriere alle frontiere di Ceuta e Melilla, per poi trovare una (controversa) copertura legale solo nel

²⁶ *Expulsions gratuites, Note d'analyse sur les mesures d'éloignement mises en œuvre hors tout cadre légal entre septembre et octobre 2018*, 2018.

²⁷ *Rapporto 2019-2020*, www.amnesty.it.

²⁸ *Morocco/Western Sahara, Events of 2018*, www.hrw.org.

²⁹ L'espressione è stata introdotta da V. MORENO-LAX, M. GIUFFRÈ, *The Raise of Consensual Containment: From Contactless Control to Contactless Responsibility for Migration Flows*, in S.S. JUSS (eds), *Research Handbook on International Refugee Law*, Cheltenham, 2019, p. 82 ss.

³⁰ Sulla specificità del contesto delle due enclavi vedi A. LÓPEZ-SALA, *Keeping up appearances. Dubious legality and migration control at the peripheral borders of Europe. The cases of Ceuta and Melilla*, in S. CARRERA, M. STEFAN (eds), *Fundamental Rights Challenges in Border Controls and Expulsion of Irregular Immigrants in the European Union*, London, 2020.

2015 con la *ley orgánica de protección de la seguridad ciudadana* (LOPSC)³¹, che ha introdotto un emendamento alla *ley orgánica 4/2000 sobre derechos y libertades de los extranjeros* (LOEX)³². Il quadro normativo disposto dalla LOEX che prevedeva, in materia di ingresso e soggiorno irregolare, tre procedimenti amministrativi (il diniego d'entrata, il respingimento e l'espulsione), si arricchisce quindi di una nuova fattispecie, i *rechazos en frontera*, in base a cui «gli stranieri che siano individuati sulla linea di confine della demarcazione territoriale di Ceuta e Melilla nel tentativo di superare gli strumenti di contenimento per attraversare il confine in maniera irregolare possono essere respinti al fine di impedire il loro ingresso irregolare in Spagna»³³. La LOPSC è stata tuttavia oggetto di ricorso di illegittimità, sul quale la Corte costituzionale spagnola si è espressa nel novembre del 2020, con una sentenza altrettanto controversa. Quest'ultima, infatti, si allinea alla nota pronuncia della Corte europea dei diritti umani (d'ora in poi Corte EDU), nel caso *N.D. e N.T. c. Spagna*³⁴, estendendo in maniera ancora più critica l'eccezione al divieto di espulsioni collettive elaborata dai giudici di Strasburgo.

4.1. Le *devoluciones en caliente* dinanzi alla Corte di Strasburgo...

Nella sentenza del 13 febbraio 2020 *N.D. e N.T.*, relativa a respingimenti sommarî avvenuti nell'agosto del 2004 alle frontiere terrestri di Melilla, la Corte di Strasburgo ha escluso la violazione dell'art. 4 del Protocollo n. 4 CEDU (divieto di espulsioni collettive), elaborando una controversa eccezione alla suddetta disposizione³⁵. La Grande Camera, con un clamoroso *revirement* rispetto alla pronuncia

³¹ *Ley orgánica 4/2015, de 30 de marzo, de protección de la seguridad ciudadana*, 30 marzo 2015. La legge è stata molto criticata anche per la previsione di limitazioni alla libertà di espressione, sul tema vedi M. PRESNO, *Public spaces and the exercise of fundamental rights in Spain following the approval of the organic law for the protection of public safety*, in *International Journal of Human Rights and Constitutional Studies*, 2017, p. 204 ss.

³² *Ley orgánica 4/2000, de 11 de enero, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social*, 11 gennaio 2000.

³³ Come recita la disposizione addizionale decima introdotta dalla LOPSC.

³⁴ Corte EDU, sentenza del 13 febbraio 2020, ric. n. 8675/15 e 8697/15, *N.D. e N.T. c. Spagna*.

³⁵ Sul caso vedi *ex multis*, M. PICHL, D. SCHMALZ, *Unlawful may not mean rightless*, in *Verfassungsblog*, 14 febbraio 2020; C. OVIEDO MORENO, *A Painful Slap from the ECtHR and an Urgent Opportunity for Spain*, in *Verfassungsblog*, 14 febbraio 2020; D. THYM, *A Restrictionist Revolution? A Counter-Intuitive Reading of the ECtHR's N.D. & N.T. Judgment on 'Hot Expulsions'*, in *EU Immigration and Asylum Law and Policy*, 17 febbraio 2020; R. WISSING, *Push backs of 'badly behaving' migrants at Spanish border are not collective expulsions (but might still be illegal refolements)*, in *Strasbourg Observers*, 25 febbraio 2020; F. MUSSI, *La sentenza N.D. e N.T. della Corte europea dei diritti umani: uno schiaffo ai diritti dei migranti alle frontiere terrestri?*, in *SIDIBlog*, 19 marzo 2020; L. LEBOEUF, *Interdiction des expulsions collectives et mesures d'expulsions immédiates et systématiques: la Cour européenne des droits de l'homme entre équilibrisme et contorsions*, CeDIE, 1

della Terza sezione dell'ottobre 2017³⁶, ha di fatto escluso la responsabilità della Spagna, affermando che, nella fattispecie, la mancanza di un esame individuale delle situazioni dei ricorrenti, necessario ad accertare il carattere collettivo dell'espulsione, era imputabile alla *culpable conduct* di N.D. e N.T. Secondo la ricostruzione della Corte, infatti, questi ultimi avevano tentato un attraversamento irregolare, con l'intento di creare un pericolo per la sicurezza pubblica (vi era un numero elevato di stranieri che contemporaneamente tentava di superare le barriere), quando vi erano percorsi legali cui accedere per richiedere protezione internazionale, resi *effettivamente* disponibili dal governo spagnolo (ambasciate e consolati nei Paesi di origine e di transito e uffici alla frontiera, come quello di Beni-Enzar, a poca distanza dagli accadimenti in questione).

Numerose sono state le critiche alla sentenza. In primo luogo, è stata messa in luce tutta la problematicità dell'elaborazione di un «criterio generale atto a individuare comportamenti idonei a escludere l'operatività del divieto di espulsioni collettive»³⁷, in base al quale, di fatto, la Corte non valuta in che misura lo Stato abbia rispettato i suoi obblighi ai sensi della CEDU, ma in che misura gli individui possono accedere alla protezione garantita dalla Convenzione. Questo approccio è in effetti in contrasto con la funzione della Corte, che è stata istituita per assicurare che le 'Alte Parti Contraenti' rispettino gli impegni della CEDU e dei suoi Protocolli e, più in generale, il mandato della Convenzione stessa, che è incentrata sulla persona e finalizzata alla salvaguardia dei diritti umani nelle interazioni con gli Stati³⁸.

A ciò si aggiunge la criticità di questa 'idea' emergente di migranti alla frontiera che si comportano *bene* o *male* (cioè che oltrepassano il confine in maniera re-

aprile 2020; N. MARKARD, *A Hole of Unclear Dimensions: Reading N.D. and N.T. v. Spain*, in *EU Immigration and Asylum Law and Policy*, 1° aprile 2020; M. DI FILIPPO, *Walking the (barbed) wire of the prohibition of collective expulsions: an assessment of the Strasbourg case law*, in *Diritti umani e diritto internazionale*, 2020, p. 29 ss.; S. CARRERA, *The Strasbourg Court Judgement N.D. and N.T. v. Spain. A Carte Blanche to Push Backs at EU External Borders?*, EUI Working Papers RSCAS 2020/21; E. ZANIBONI, *Contenimento dei flussi migratori e tutela dei diritti fondamentali tra effettività e mito: il divieto di espulsione collettiva di stranieri dopo il caso N.T. e N.D.*, in *Studi sull'integrazione europea*, 2020, p. 711; A. FAZZINI, *The protection of migrants against collective expulsions between restriction and uncertainty: reading the ECtHR's ND and NT v. Spain judgment*, in G. CATALDI, A. DEL GUERCIO, A. LIGUORI (eds), *Migration and Asylum Policies Systems, Challenges and Perspectives*, Napoli, 2020.

³⁶ Corte EDU, sentenza del 3 ottobre 2017, ric. n. 8675/15 e 8697/15, N.D. e N.T. c. Spagna. Sul caso vedi, *inter alia*, L. SALVADEGO, *I respingimenti sommari di migranti alle frontiere terrestri dell'enclave di Melilla*, in *Diritti umani e diritto internazionale*, 2018, p. 199 ss.; G. CELLAMARE, *Note in margine alla sentenza della Corte europea dei diritti dell'uomo nell'affare N.D. e N.T. c. Spagna*, in *Studi sull'integrazione europea*, 2018, p. 153 ss.

³⁷ F. MUSSI, *La sentenza N.D. e N.T. della Corte europea dei diritti umani*, cit.

³⁸ S. CARRERA, *The Strasbourg Court Judgement N.D. and N.T. v. Spain*, cit., p. 8.

golare o meno), che sembra (pericolosamente) mutuata dall'attuale retorica sovranista degli Stati europei, finalizzata a stigmatizzare il comportamento dei migranti e a criminalizzare i flussi migratori irregolari³⁹. Emerge in tutta evidenza come il punto di bilanciamento tra gli interessi degli Stati, sempre più indirizzati alla difesa dei propri confini, e la tutela dei diritti umani dei migranti, penda pericolosamente a favore dei primi.

Nello specifico, in questa sede, si vogliono evidenziare le perplessità sollevate in dottrina in merito alla tutela effettiva del divieto di *non-refoulement*. Infatti, sebbene la Corte non abbia inteso autorizzare i respingimenti sommari alle frontiere di Melilla (si ricorda che l'art. 3 CEDU non era implicato nel procedimento)⁴⁰, ci si chiede come sia possibile garantire nei fatti il principio di *non-refoulement*, dal carattere assoluto e inderogabile, quando si ammette la possibilità di escludere, in certe circostanze, garanzie fondamentali, quali una procedura di identificazione e un esame individuale dei richiedenti, sulla cui (sola) base si può accertare il rischio di trattamenti contrari all'art. 3 CEDU. È stato evidenziato, infatti, che, se l'art 4 del Prot. 4 è in qualche modo considerato *porta di accesso* alla tutela di cui all'art. 3 CEDU (è la Corte stessa ad affermare che il divieto di espulsioni collettive «is aimed at maintaining the possibility for each of the aliens concerned to assert a risk of treatment which is incompatible with the Convention – and in particular with Article 3»⁴¹), si genera il rischio di compromettere in maniera indiretta la portata stessa del diritto al *non-refoulement*⁴².

³⁹ Introdurre il criterio dell' 'unlawfulness' come strumento per escludere le persone dalla protezione della CEDU rappresenta una concessione alle pressioni degli Stati impegnati in controlli sempre più repressivi ai confini, nonché un precedente molto pericoloso per la Corte di Strasburgo (vedi M. PICHL, D. SCHMALZ, *Unlawful may not mean rightless*, cit.) Da notare in merito anche il linguaggio utilizzato dalla Corte, che in *N.D. e N.T.* fa riferimento in diverse occasioni ai tentativi di ingresso irregolare dei ricorrenti, che fanno ricorso all'uso della forza e creano deliberatamente una situazione di pericolo per la sicurezza pubblica (vedi par. 201, 210-211 della sentenza; sul tema si rinvia a A. BUFALINI, *Ancora a margine del caso N.D. e N.T. c. Spagna: la retorica dell'invasione si fa largo a Strasburgo* in *ADiM Blog*, Editoriale, luglio 2020).

⁴⁰ Sul punto vedi in particolare D. THYM, *A Restrictionist Revolution?*, cit; R. WISSING, *Push backs of 'badly behaving' migrants at Spanish border*, cit.

⁴¹ Corte EDU, *N.D. e N.T.*, par. 198.

⁴² In tal senso L. LEBOEUF, *Interdiction des expulsions collectives et mesures d'expulsions immédiates et systématiques*, cit. Vedi anche A. LÜBBE, *The Elephant in the Room: Effective Guarantee of Non-Refoulement after ECtHR N.D. and N.T.*, in *Verfassungsblog*, 19 febbraio 2020, in cui l'autrice si riferisce a questa contraddizione utilizzando l'espressione "The elephant in the room". In proposito, va anche ricordato che la riduzione delle garanzie di cui all'art. 4 Prot. n. 4, a partire dalla sentenza *Khalifia e altri c. Italia* ([GC], sentenza del 15 dicembre 2016, ric. n. 16483/12), sembra discutibilmente legata all'art. 3 CEDU: vale a dire che, in assenza di violazione del divieto di *refoulement*, la Corte sembra prediligere un'interpretazione restrittiva dell'art. 4 Prot. n. 4, o eccessivamente formalistica (vedi il caso *Asady e altri c. Slovacchia*, sentenza del 24 marzo 2020, ric. n. 24917/15), fino ad elaborare una vera eccezione

Non soddisfa, inoltre, neanche la valutazione della Corte riguardo alla disponibilità *effettiva* di canali di accesso legali spagnoli, in merito alla quale la Grande Camera effettua un accertamento del tutto formalistico e superficiale⁴³. Si ricorda, in particolare, che la Corte non tiene conto dei rapporti delle Terze parti intervenienti, come del Commissario per i diritti umani del Consiglio d'Europa e dall'Alto Commissariato delle Nazioni Unite per i rifugiati⁴⁴, che attestano come al tempo dei fatti non vi erano meccanismi effettivi di accesso alla frontiera e tali canali erano impossibili da utilizzare a causa, in particolare, del severo contenimento e dalle pratiche di profilazione razziale effettuate dalle autorità marocchine nei confronti dei migranti subsahariani. In proposito l'ufficio di Beni-Enzar, posto alla frontiera di Melilla, era accessibile solo per rifugiati siriani⁴⁵.

In effetti, paradossalmente, non si considera che è proprio a causa di questa condizione, ossia della *manca*za di effettivi canali di ingresso legali, conseguenza dell'esternalizzazione delle frontiere europee, che i migranti tentano di 'espugnare' le strutture di protezione del confine o di raggiungere a nuoto le spiagge di Ceuta.

alla disposizione come nel caso *N.D. e N.T.* (per approfondimenti si rimanda a A. FAZZINI, *'Buoni' e 'cattivi' alle frontiere terrestri: riflessioni sulla progressiva definizione del divieto di espulsioni collettive a margine della sentenza M.K.*, cit.; sulla relazione funzionale tra l'art. 4 Prot. n. 4 e art. 3 CEDU vedi M. DI FILIPPO, *Walking the (barbed) wire of the prohibition of collective expulsions: an assessment of the Strasbourg case law*, cit.). Ad ogni modo, nella sentenza *Ilias e Ahmed c. Ungheria* del 21 novembre 2019 (ric. n. 47287/15), la Grande Camera ha affermato che è soltanto attraverso un esame approfondito delle domande d'asilo che si può valutare se il richiedente corre il rischio di subire un trattamento contrario all'art. 3 nel suo Paese di origine. La constatazione *post factum* secondo cui il richiedente non correva tale rischio non può assolvere lo Stato da tale dovere procedurale, altrimenti si rischierebbe di rendere «meaningless the prohibition of ill-treatment in cases of expulsion of asylum seekers» (par. 137 della sentenza; per un commento vedi F.L. GATTA, *Diritti al confine e il confine dei diritti: La Corte Edu si esprime sulle politiche di controllo frontaliero dell'Ungheria (Parte I – espulsione e Art. 3 CEDU)*, ADiM Blog, Osservatorio della Giurisprudenza, dicembre 2019).

⁴³ Inoltre, il requisito dei *legal pathways* introdotto nel contesto dell'art. 4 Prot. n. 4. resta del tutto vago e impreciso. La Corte ha affermato che «the effectiveness of Convention rights requires that (...) States make available genuine and effective access to means of legal entry» e che questi mezzi devono permettere alle persone «to submit an application for protection, based in particular on Article 3 of the Convention» (par. 44). Tuttavia non è chiaro come conciliare tali conclusioni con quelle del caso *M.N.*, in cui la Grande Camera ha dichiarato insussistente la giurisdizione statale in merito alla richiesta di visti umanitari presentata da cittadini siriani presso l'ambasciata belga in Libano (Corte EDU, decisione del 5 maggio 2020, ric. n. 3599/18, *M.N. e altri c. Belgio*). Alla luce dei due casi emerge, infatti, che, da una parte la disponibilità di procedure per il rilascio di visti umanitari presso le ambasciate all'estero è un elemento idoneo ad accertare la 'culpable conduct' dei migranti e quindi a legittimare una loro espulsione collettiva, dall'altra, allo stesso tempo, «is not a matter of individual rights corresponding to ECHR obligations» (V. STOYANOVA, *M.N. and Others v Belgium: no ECHR protection from refoulement by issuing visas*, in *European Journal of International Law: Talk!*, 12 maggio 2020).

⁴⁴ Corte EDU, *N.D. e N.T.*, par. 142-143 e 152-155.

⁴⁵ Per un'analisi sull'effettiva fruibilità di tali canali vedi in particolare S. CARRERA, *The Strasbourg Court Judgement N.D. and N.T. v Spain A Carte Blanche to Push Backs at EU External Borders?*, cit., p. 10 ss.

Infine, come ricordato, tale condizione permane tutt'oggi. L'ufficio presso il valico di frontiera di Ceuta è rimasto inoperativo dal momento in cui è stato inaugurato, cioè il 2015, mentre si continua a registrare l'impossibilità per i migranti subsahariani di raggiungere i valichi di frontiera a causa della violenza e delle retate esercitate dal Marocco ai confini con la Spagna. In proposito, la *Comisión española de ayuda al refugio* (CEAR) afferma che «le vie legali di ingresso in Spagna attraverso Ceuta e Melilla (...) non costituiscono un'opzione realistica, né sono accessibili nella pratica, a causa del controllo che esercita il Marocco alla frontiera, impedendo l'uscita dal Paese delle persone rifugiate e potenziali richiedenti asilo»⁴⁶.

4.2. ... e al cospetto della Corte costituzionale spagnola

Simili critiche possono essere rivolte alla sentenza della Corte costituzionale spagnola⁴⁷, la quale si è allineata – in maniera prevedibile – alle conclusioni della Corte di Strasburgo. La Corte costituzionale, infatti, fa salva la norma sui 'rechazos en frontera' giustificandola con la necessità di ripristinare la legalità compromessa di fronte a situazioni di pericolo per la sicurezza pubblica derivanti dalla pressione migratoria al confine, nel quadro di quel regime *speciale* che è riscontrabile solo per Ceuta e Melilla. Ricorre, anche qui, pertanto, come nella valutazione della Corte EDU, una discutibile argomentazione che accorda un peso rilevante alle esigenze securitarie e sovraniste dei Paesi europei, a discapito dei diritti degli individui.

Tuttavia, in maniera ancora più controversa, il Tribunale estende la legittimità della disposizione anche al tentativo di ingresso *individuale*, mentre l'eccezione elaborata dalla Corte di Strasburgo contemplava in effetti solo gli attraversamenti *en masse*. Pertanto, come sottolineato dalla giudice Balaguer Callejón nella sua opinione dissenziente⁴⁸, è quantomeno discutibile che le risultanze della Corte costituzionale possano essere considerati conformi agli obblighi internazionali, dal momento che si discostano dalle specifiche circostanze riscontrate in *N.D.* e *N.T.*

⁴⁶ CEAR, *Resumen y Valoración Ste Noviembre 2020 Disposicion Final Primera Lops*, 2020, www.cear.es.

⁴⁷ Corte costituzionale spagnola, sentenza n. 172/2020, 19 novembre 2020. Per un'analisi comparata delle due sentenze vedi L. RODRÍGUEZ DUQUE, *El rechazo en frontera ante los tribunales*, Working Papers on European Law and Regional Integration, IDEIR, 2021; A. PELLICCIA, *Ceuta e Melilla, il Tribunale Costituzionale si pronuncia sulla legittimità della norma che prevede il 'rechazo en frontera'*, Melting Pot Europa, 2021.

⁴⁸ Vedi *Voto particular que formula la magistrada doña María Luisa Balaguer Callejón a la sentencia dictada en el recurso de inconstitucionalidad núm. 2896-2015*, reperibile su www.tribunalconstitucional.es.

Venendo al ragionamento sviluppato dalla Corte in merito alla conformità della disposizione al principio di *non-refoulement*, nonché al diritto d'asilo, sancito all'art. 18 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea e all'art. 13.4 della Costituzione spagnola, viene rilevato come la norma stessa preveda che «le domande di asilo vadano presentate nei luoghi autorizzati ai valichi di frontiera e analizzate secondo la normativa applicabile in materia»⁴⁹. A parere della Corte, dunque, non vi è contrasto con le suddette norme, dal momento che la disposizione in questione si limita a indicare i luoghi autorizzati a ricevere le domande di protezione internazionale e non prevede pertanto deroghe alla normativa sul diritto d'asilo e sulla protezione sussidiaria. La Corte esplicita che essa si pone nel rispetto degli obblighi internazionali, in base ai quali lo Stato *deve* garantire effettivi percorsi di accesso legali per richiedere tale protezione⁵⁰. Inoltre, in merito alla conformità con gli obblighi internazionali, la Corte chiarisce che, in ogni caso, le autorità spagnole devono garantire 'speciale attenzione' alle categorie di persone particolarmente vulnerabili, come donne incinte, persone anziane o disabili e i minori (soprattutto se non accompagnati), in considerazione della salvaguardia del 'superiore interesse del fanciullo' e dei doveri di protezione dello Stato ai sensi dell'art. 3 della Convenzione delle Nazioni Unite sui diritti del fanciullo⁵¹.

La Corte costituzionale non riscontra neanche la violazione delle norme costituzionali spagnole, tra cui l'art. 24 (diritto ad una tutela giuridica effettiva) e l'art. 106 relativo al controllo giudiziario sull'azione amministrativa, rilevate dai ricorrenti a causa dell'assenza di una procedura definita per legge per la fattispecie dei *rechazos en frontera*. Per la Corte, infatti, dall'art. 106 della Costituzione deriverebbe solo la *possibilità* di sottoporre a controllo giudiziario la legittimità dell'azione amministrativa, non anche, quindi, un *diritto* ad un procedimento amministrativo⁵². Inoltre, a parere della Corte, il *rechazo en frontera* si qualifica come 'un'azione materiale di natura coercitiva' che viene posta in essere nell'ambito dei legittimi poteri di vigilanza e controllo esercitati dagli organi di sicurezza dello Stato⁵³. Pertanto, in merito alla contestata assenza di un procedimento *ad hoc*, la Corte ricorda che vi sono atti di esecuzione materiale dell'autorità amministrativa che si manifestano senza formalizzazione e che non cessano per questo di essere giuridicamente legittimi. In proposito, ad ogni modo, non si può non richiamare

⁴⁹ Così continua la disposizione addizionale alla LOEX di cui sopra.

⁵⁰ Evidente sul punto è l'influenza della sentenza *N.D. e N.T.*, vedi nota 44.

⁵¹ Vedi Cort. cost., pp. 78-81.

⁵² A. PELLICCIA, *Centa e Melilla*, cit.

⁵³ Cort. cost., par. 79.

in causa l'opinione della giudice dissenziente, la quale, correttamente, afferma che, se pure una categorizzazione di questo tipo potrebbe essere valida per l'azione di *intercettazione* del migrante, conseguenza delle attività di sorveglianza svolte, certamente non lo è anche per l'azione di *consegna* dello stesso alle autorità marocchine. Un atto con queste caratteristiche, quale è il *rechazo en frontera*, implica in effetti conseguenze sul piano degli obblighi statali in materia di diritti umani tali da non poterlo *declassare* a 'mera azione esecutiva', che non richiede la certezza di un procedimento in cui siano previste adeguate garanzie⁵⁴.

Dunque, per la Corte costituzionale spagnola, il regime dei *rechazos en frontera* è legittimo, purché sia conforme agli obblighi internazionali e assoggettabile a controllo giudiziario.

La contraddizione generata è evidente. Dal momento che questi requisiti sono di difficile applicazione nella pratica per la natura stessa dei respingimenti alla frontiera, ad essere perpetuato è solo un quadro di *indeterminatezza giuridica*. Infatti, in assenza di un procedimento definito per legge, viene lasciata ampia discrezionalità alle autorità spagnole in merito alle modalità con cui il respingimento deve essere attuato e si rischia di rendere teoriche, piuttosto che reali ed effettive, le garanzie cui ha diritto lo straniero in relazione alla possibilità di presentare domanda di protezione internazionale, di far valere le proprie ragioni avverso al *refoulement*, di accedere all'assistenza legale e di un interprete, nonché a meccanismi di protezione per i soggetti vulnerabili, come i minori, le donne incinte, le vittime di tratta.

Con riguardo a questi ultimi, poi, l'indicazione della Corte riguardo alla 'speciale attenzione' che deve essere rivolta alle persone vulnerabili, diventa chiaramente insufficiente. In primo luogo, in merito, la Corte si sofferma solo su categorie di persone, la cui condizione di vulnerabilità si può *generalmente* accertare a prima vista: minori d'età, donne incinte, persone affette da disabilità (tra l'altro, questi ultimi sono anche soggetti che raramente possono tentare di arrampicarsi sulle barriere alla frontiera o attraversare a nuoto il confine). Non cita dunque *altre* categorie di persone vulnerabili, come le vittime di tratta o di violenza di genere, la cui condizione a maggior ragione può essere accertata solo tramite un esame individuale delle situazioni di ciascuno⁵⁵.

In secondo luogo, la valutazione della Corte appare nuovamente 'astratta', disgiunta dalle reali condizioni in cui avvengono i respingimenti alla frontiera. A

⁵⁴ *Voto particular que formula la magistrada doña María Luisa Balaguer Callejón*, cit., pp. 22-25.

⁵⁵ *Ivi*, p. 24.

prescindere dal fatto che la presenza o meno di una condizione di vulnerabilità ‘evidente’ non può costituire il parametro che regola l’accesso ad una protezione che in ogni caso è dovuta, non è chiaro come la minore età delle persone, tra l’altro intercettate su barriere alte decine di metri, possa essere accertabile – per così dire – ‘ad occhio nudo’. Nei fatti, vi è il concreto rischio che i minori non vengano riconosciuti come tali, ma trattati come adulti⁵⁶.

Infine, come afferma ancora la giudice dissenziente, è paradossale ritenere che senza un procedimento minimo e la possibilità di individualizzare ciascun ipotesi di respingimento, si possa esercitare il diritto fondamentale a una tutela giudiziaria effettiva (art. 24.1 Cost.), attraverso un controllo giudiziario *a posteriori* sul respingimento e sulla legalità dell’azione amministrativa⁵⁷.

5. Conclusioni

Il *ricatto* politico ‘sulla pelle degli esseri umani’ all’origine della crisi di Ceuta del maggio 2021 rivela il fallimento delle politiche di esternalizzazione delle frontiere, mettendo in luce le implicazioni politiche e giuridiche di un sistema insostenibile, che mina le basi stesse del progetto europeo.

Tale fallimento è particolarmente evidente in quello spazio di frontiera *sui generis* costituito dai regimi di Ceuta e Melilla, in cui l’imporsi degli interessi nazionali di controllo dei confini determina l’erosione della tutela effettiva dei diritti. Gli effetti combinati del contenimento dei flussi migratori, esercitato dal Marocco in virtù degli impegni assunti con i partner europei, e del regime *eccezionale* dei respingimenti alla frontiera, che *formalmente* fa salvi principi di diritto, poi *vanificati* dall’impossibilità di vederli applicati nella pratica, rendono difficile comprendere

⁵⁶ Ciò è quanto fatto presente, tra le altre cose, anche dal Comitato sui diritti dell’infanzia nel parere del 1° febbraio 2019 (com. 4/2016), relativo proprio ai respingimenti sommarî di minori alle frontiere ispano-marocchine. Per il Comitato, infatti, la prassi dei respingimenti ‘a caldo’ viola la Convenzione sui diritti del fanciullo, con riguardo in particolare al già citato art. 3, all’art. 20.1 (protezione dovuta dallo Stato a qualsiasi minore privato del suo ambiente familiare) e all’art. 37 (divieto di sottoporre minori a tortura o altro trattamento o pena crudele, inumana o degradante), nella misura in cui: non consente al minore di accedere ad una procedura di identificazione e valutazione della sua situazione personale e del rischio di incorrere in forme di persecuzione o danno irreparabile prima di essere consegnato alle autorità marocchine; non gli si dà l’opportunità di presentare obiezioni al respingimento (par. 14.7 e 14.8).

⁵⁷ *Voto particular que formula la magistrada doña María Luisa Balaguer Callejón*, cit., p. 22.

come effettivamente possano essere garantiti il divieto di *non-refoulement*, il diritto all'asilo, nonché la protezione necessaria per i soggetti più vulnerabili⁵⁸.

In merito, viene in rilievo il 'paradosso' della sentenza della Corte costituzionale spagnola che fa sì che sia data copertura legale ad una fattispecie giuridica di respingimento che, per come si attua *in concreto*, non può rispettare quei requisiti che la Corte stessa ha (astrattamente) individuato per la sua corretta applicazione, quali l'osservanza degli obblighi internazionali e la garanzia di una tutela giudiziaria effettiva. Tra questi requisiti vi è anche la garanzia di effettive vie legali di accesso al territorio spagnolo, che, come si è affermato, a dispetto della controversa valutazione della Corte di Strasburgo nel caso *N.D. e N.T.*, costituisce tutt'oggi un'opzione irrealistica, proprio per effetto delle pratiche di esternalizzazione delle frontiere.

⁵⁸ Sull'*evanescenza* dei diritti 'di frontiera', vedi più in generale D. VITIELLO, *Le Frontiere esterne dell'Unione europea*, Bari, 2020, p. 342.

La Corte di giustizia dichiara l'Ungheria inadempiente per la legislazione «Stop Soros»: Ma è davvero l'unica responsabile?

CHIARA SCISSA*

SOMMARIO: 1. La sentenza sul caso C-821/19 *Commissione europea c Ungheria*. – 2. Il concetto di Paese terzo sicuro nel diritto Ue. – 3. Rilievi conclusivi.

ABSTRACT: A fine 2021, l'Ungheria è stata nuovamente dichiarata responsabile per violazioni del diritto UE in materia di migrazione e asilo, avendo promosso un'interpretazione nazionale di Paese terzo sicuro non conforme alla normativa europea e ostativa dei diritti umani dei migranti. Se inserita nel contesto di riferimento, tale violazione risulta ben prevedibile in quanto si iscrive perfettamente nell'ottica securitaria e punitiva che l'Unione europea ha adottato e promuove sia nel diritto vigente che nei diversi pacchetti di riforme avanzati dal 2013 ad oggi.

PAROLE CHIAVE: Ungheria – diritto UE – protezione internazionale – inammissibilità – Paese terzo sicuro – Stop Soros.

* Dottoranda in Diritto, Scuola Superiore Sant'Anna di Pisa, chiara.scissa@santannapisa.it.

1. La sentenza sul caso C-821/19 *Commissione europea c Ungheria*

Il 16 novembre 2021, la Grande Sezione della Corte di giustizia dell'Unione europea (CGUE) ha, nuovamente, «condannato» l'Ungheria per violazioni del diritto dell'Unione in materia di migrazione e asilo¹. Il caso muove da un ricorso proposto dalla Commissione europea in esito a una procedura di infrazione avviata contro il governo ungherese nel luglio 2018 a causa delle modifiche introdotte nella legge n. LXXX del 29 giugno 2007 sul diritto di asilo nel corso dello stesso anno. Tali modifiche sono altresì conosciute come legislazione «Stop Soros»², in quanto approvate all'indomani di una campagna denigratoria nei confronti di George Soros, cittadino americano di origine ungherese e fondatore della organizzazione non-governativa Open Society Foundation, accusato dal Presidente Orbán di incoraggiare l'immigrazione irregolare in Ungheria³.

La Corte ha dichiarato la legislazione ungherese in violazione della direttiva 2013/32/UE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 26 giugno 2013, recante procedure comuni ai fini del riconoscimento e della revoca dello status di protezione internazionale (cd. direttiva procedure), nonché della direttiva 2013/33/UE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 26 giugno 2013, recante norme relative all'accoglienza dei richiedenti protezione internazionale (cd. direttiva accoglienza) per tre ordini di motivi. Innanzitutto, l'Ungheria ha introdotto un nuovo motivo di inammissibilità delle domande di protezione internazionale, che si aggiunge ai motivi tassativamente previsti dalla direttiva 2013/32 cit.; in secondo luogo, ha criminalizzato qualsivoglia attività di assistenza ai richiedenti protezione; e, infine, ha previsto misure restrittive nei confronti delle persone condannate o anche semplicemente accusate del reato di assistenza umanitaria, con conseguenze giuridiche che si riverberano anche sulla tutela dei diritti fondamentali dei richiedenti protezione internazionale.

In relazione al primo profilo, la nuova versione dell'art. 51, par. 2, lett. f), della legge sul diritto di asilo inserisce un nuovo motivo di inammissibilità delle domande di asilo qualora il richiedente sia arrivato in Ungheria attraversando, in altre parole transitando, un Paese terzo in cui non è esposto a persecuzioni ovvero al rischio di subire un danno grave o in cui è garantito un adeguato livello di pro-

¹ CGUE, sentenza del 16 novembre 2021, C-821/19, *Commissione europea c Ungheria*.

² F. MARTINY, *Legge anti-Ong, Bruxelles avvia la procedura d'infrazione contro l'Ungheria*, in *Euractiv*, 18 febbraio 2021.

³ ECRE, *Hungary: Hungarian Helsinki Committee and Open Society Foundation file complaint against Hungary over legislation that criminalises support for refugees*, 28 September 2018.

tezione. Deve trattarsi, quindi, di un Paese in cui il richiedente avrebbe potuto (e dovuto, secondo l'approccio normativo ungherese) chiedere protezione. L'Ungheria ha sostenuto che l'art. 33 della direttiva 2013/32 cit., che disciplina i criteri di inammissibilità, non affrontasse adeguatamente il problema posto dal sovraccarico del sistema d'asilo causato dalle domande ingiustificate. Secondo l'Ungheria, il motivo di inammissibilità introdotto sarebbe sussumibile nella presunzione di sicurezza del Paese terzo già contenuta nella direttiva procedure. Questo si limiterebbe quindi ad adattare la norma comunitaria al contesto dell'afflusso massiccio mediante la previsione di un *link* ulteriore derivante dal mero attraversamento delle frontiere di un Paese terzo nel tragitto migratorio che conduce in territorio europeo. A tal riguardo, la Corte ha rinnovato quanto già affermato in due precedenti pronunce⁴ sulla conformità al diritto dell'Unione dell'art. 51, par. 2, lett. f), ossia che la direttiva procedure fornisce un elenco tassativo di motivi sulla cui base una domanda di protezione internazionale può essere giudicata inammissibile. Contrariamente a quanto affermato dal governo ungherese, la disposizione in oggetto non è assimilabile al criterio di inammissibilità del Paese terzo sicuro, in quanto questo prevede l'esistenza di un legame tra il richiedente e il Paese di transito secondo il quale sarebbe ragionevole per detta persona recarsi in tale Paese; legame che non può essere ricostruito a partire dal mero attraversamento dello stesso. La Corte ha dichiarato pertanto la violazione dell'art. 33, par. 2, della direttiva 2013/32 cit. da parte dell'Ungheria.

Con il secondo motivo, la Commissione ha posto all'attenzione della Corte l'art. 353/A del codice penale che, nella sua versione attuale, reputa passibile di pena detentiva chiunque svolga *attività organizzative* dirette, rispettivamente, a consentire l'avvio di una procedura di asilo in Ungheria da parte di una persona che non sia, o non abbia fondato timore di essere, perseguitata per motivi di razza, cittadinanza, appartenenza a un determinato gruppo sociale, opinioni religiose e politiche; oppure ad aiutare uno straniero irregolare ad ottenere un permesso di soggiorno. La nuova formulazione prevede la reclusione fino ad un anno per chiunque svolga tali attività in modo continuativo o fornisca risorse materiali che consentano di commettere i reati summenzionati. La norma incriminatrice interessa altresì chiunque svolga tali attività con l'intento di ottenere un guadagno economico, così come chiunque commetta tale reato e operi nelle vicinanze della

⁴ CGUE, sentenza del 19 marzo 2020, C-564/18, *LH c Bevándorlási és Menekültügyi Hivatal*, CGUE, sentenza del 14 maggio 2020, C-924/19 PPU e C-925/19 PPU, *FMS, FNZ, SA, SA junior c Országos Idegenrendészeti Főigazgatóság Dél-alföldi Regionális Igazgatóság, Országos Idegenrendészeti Főigazgatóság*.

frontiera esterna. Il codice penale ungherese individua, in maniera non esaustiva, alcune attività emblematiche sussumibili nella fattispecie criminosa in questione, tra cui il monitoraggio delle frontiere e l'elaborazione o la diffusione di documenti informativi. Secondo l'Ungheria, gli obiettivi della disposizione in oggetto sono di reprimere il favoreggiamento dell'immigrazione irregolare e il ricorso abusivo alla procedura di asilo.

Nell'analizzare la disposizione, la Corte ha rilevato che la norma si presta a punire qualunque sostegno offerto per presentare o inoltrare una domanda di protezione internazionale e non solamente i comportamenti fraudolenti⁵. Le attività delle organizzazioni che forniscono diverse forme di assistenza ai richiedenti protezione richiedono, per loro natura, un certo grado di coordinamento, organizzazione operativa, risorse umane e finanziarie finalizzati alla realizzazione di un obiettivo concordato e, proprio per tali caratteristiche, possono rientrare nell'ambito di applicazione della (indeterminata) disposizione penale. Inoltre, i giudici hanno sostenuto che la criminalizzazione dell'assistenza prestata ai richiedenti comporti una compressione di numerosi diritti fondamentali, tra i quali il diritto ad avere accesso ad informazioni concernenti la procedura d'asilo, all'assistenza e rappresentanza legali in ogni fase della procedura d'asilo, così come il diritto a ricorso effettivo e a comunicare con i propri legali, con UNHCR e altre organizzazioni per la tutela dei richiedenti protezione. Pertanto, la Corte di giustizia ha concluso che detta disposizione ha senza dubbio un effetto fortemente dissuasivo, tale da prevenire qualsivoglia sostegno ai richiedenti protezione internazionale, anche qualora tale assistenza miri unicamente a consentire l'esercizio del diritto fondamentale di richiedere asilo, quale garantito dai Trattati istitutivi dell'Unione e dal diritto derivato⁶. La Corte ha escluso, infine, che il sostegno offerto allo straniero per presentare una domanda di protezione possa essere paragonato ad un'attività di favoreggiamento dell'immigrazione irregolare, come altresì esplicitato nella decisione quadro 2002/946⁷, il cui art. 6 afferma che la sua applicazione «(...) non pregiudica la protezione concessa ai rifugiati e ai richiedenti asilo conformemente al diritto internazionale relativo ai rifugiati o ad altri strumenti internazionali sui diritti dell'uomo, e in particolare l'osservanza da parte degli Stati Membri delle loro obbligazioni internazionali (...)». Allo stesso modo, la

⁵ *Ivi*, par. 117.

⁶ *Ivi*, par. 108 e ss.

⁷ Decisione quadro del Consiglio del 28 novembre 2002 relativa al rafforzamento del quadro penale per la repressione del favoreggiamento dell'ingresso, del transito e del soggiorno illegali.

direttiva 2002/90⁸, volta a definire il favoreggiamento dell'ingresso, del transito e del soggiorno illegali, esclude la sanzione per chi presta assistenza umanitaria.

Infine, la Corte è stata chiamata a decidere sulla conformità con le norme del diritto UE dell'art. 46/F della legge n. XXXIV del 20 aprile 1994. Essa consente alle forze di polizia di impedire a chiunque sia sottoposto a procedimento penale, *inter alia*, per i reati di attraversamento illegale delle frontiere o favoreggiamento dell'immigrazione irregolare, entrambi disciplinati dall'art. 353/A del codice penale, di avvicinarsi alla frontiera esterna ungherese o di imporre che tale persona lasci detta zona qualora si trovi nella stessa. La Corte ha concluso che l'art. 46/F ha l'effetto di limitare i diritti fondamentali dei richiedenti protezione internazionale in stato di trattenimento alla frontiera, impedendo loro di comunicare con le organizzazioni che offrono assistenza, dichiarando quindi l'Ungheria inadempiente per tutti e tre le infrazioni all'origine della procedura.

2. Il concetto di Paese terzo sicuro nel diritto Ue

A margine della sentenza in oggetto, è importante richiamare il contenuto delle manifeste violazioni del diritto UE e dei diritti umani dei richiedenti protezione internazionale da parte dell'Ungheria nel contesto di riferimento. Ciò permette altresì di promuovere una analisi critica della nozione di Paese terzo sicuro nel diritto UE. Da un lato, infatti, tali infrazioni rientrano nella crisi dello stato di diritto in cui versa l'Ungheria, secondo Rosanò⁹, da più di un decennio. Dall'altro, esse si inseriscono in una cornice giuridica europea, da questo punto di vista, carente, che finisce per favorire, incoraggiare, o non reprimere sufficientemente tali episodi.

In primo luogo, è opportuno ricordare che il concetto di Paese terzo sicuro, osteggiato sin dalle sue origini, è ben radicato sia all'interno del diritto nazionale della maggior parte degli Stati Membri sia nel diritto UE. Introdotte nella prima direttiva procedure del 2005 e mantenute nella sua rifusione del 2013, le diverse articolazioni della nozione rischiano, come si dirà, di negare persino la valutazione

⁸ Direttiva 2002/90/CE del Consiglio del 28 novembre 2002 volta a definire il favoreggiamento dell'ingresso, del transito e del soggiorno illegali.

⁹ A. ROSANÒ, *The battle of evermore, ovvero considerazioni sui meccanismi attivabili dall'Unione europea per la tutela dello stato di diritto*, in *SidiBlog*, 19 ottobre 2018. In particolare, si vedano Raccomandazione UE 2016/1374 della Commissione del 27 luglio 2016 relativa allo Stato di diritto in Polonia e la Risoluzione del Parlamento europeo del 13 aprile 2016 sulla situazione in Polonia (2015/3031(RSP)).

nel merito della protezione internazionale e di legittimare l'allontanamento del richiedente¹⁰, trasferendo quindi verso uno Stato extra-UE non solo il richiedente stesso ma anche la responsabilità della sua protezione. Questo avviene qualora i richiedenti provengano da uno Stato di origine presumibilmente sicuro e possono pertanto farvi ritorno (Paese di origine sicuro, art. 36 direttiva 2013/32 cit.); perché godono o possono godere di adeguata tutela in uno Stato terzo (Paese di primo asilo, art. 35); o perché, come nel caso della sentenza in oggetto, abbiano transitato in uno Stato terzo considerato sicuro verso cui possono ritornare (Paese terzo sicuro, art. 38). È essenziale quindi sottolineare che l'applicazione della presunzione del Paese terzo sicuro, nelle sue differenti accezioni, permetterebbe di spostare radicalmente il *focus* dalla valutazione del bisogno di protezione internazionale del richiedente alla possibilità di costui di trovare adeguata assistenza in un Paese terzo. Ai fini della suddetta nozione, in altri termini, non sembra importante stabilire se e quali cause abbiano costretto una persona a fuggire dal proprio Paese, bensì verificare se un altro Stato può prendersene carico.

Nello specifico, ai sensi del diritto UE, uno Stato terzo può essere considerato sicuro se, cumulativamente, non sussiste il rischio di persecuzione e di danno grave, è rispettato il principio di non respingimento ed esiste la possibilità di ricevere protezione in conformità con la Convenzione di Ginevra (art. 38 direttiva 2013/32 cit.). Pertanto, il richiedente che provenga o sia transitato per un Paese terzo presumibilmente sicuro sarà soggetto ad una procedura differente rispetto a quella ordinaria che si caratterizza, innanzitutto, per l'onere gravante sul richiedente di dover dimostrare la sussistenza di gravi motivi per ritenere che il Paese designato quale sicuro non sia tale in relazione alla sua individuale vulnerabilità. In secondo luogo, l'attraversamento di un Paese terzo sicuro sarebbe sufficiente a dichiarare l'inammissibilità della sua domanda di protezione internazionale e giustificerebbe pertanto l'applicazione della procedura accelerata in luogo di quella ordinaria, restringendo significativamente i tempi e, con essi, la possibilità di eseguire un esame approfondito del caso individuale. In virtù di tali criticità, l'utilizzo delle nozioni di Paese terzo sicuro è stato notevolmente criticato sia dalla dottrina¹¹ che dalle organizzazioni¹² preposte alla tutela dei richiedenti protezione in-

¹⁰ S. BOLOGNESE, *Il diritto di asilo costituzionalmente garantito versus il concetto di "Stato terzo sicuro" nel parere dell'Assemblea generale del Consiglio di Stato francese*, in *Questione Giustizia*, 3 ottobre 2018.

¹¹ V. MORENO-LAX, *The Legality of the "Safe Third Country" Notion Contested: Insights from the Law of Treaties*, in G S GOODWIN-GILL AND P WECKEL (eds), *Migration & Refugee Protection in the 21st Century: Legal Aspects*, Boston, 2015.

¹² ECRE, *Joint Statement: The Pact on Migration and Asylum: to provide a fresh start and avoid past mistakes, risky elements need to be addressed and positive aspects need to be expanded*, 6 October 2020.

ternazionale. Quel che alcuni autori contestano circa tale nozione, oltre ai punti evidenziati, è il fatto che la sicurezza di uno Stato venga misurata in base alla «*safety for the majority*» dei richiedenti protezione e non presti quindi attenzione ai singoli casi. Martenson e McCarthy, ad esempio, sottolineano che «such a broad approach contains the danger of disregarding individual cases of persecution. The majority position will often fail to take account of complex human rights situations and result in the denial of any persecution through incredulity»¹³. Mentre Goodwin-Gill¹⁴, interrogandosi sul punto, afferma che «principles tell us that every case needs consideration on its particular facts. How can we be sufficiently sure that even the most respectable and reputable of regimes has not, just this once, produced a refugee? None of our societies is that pure».

Al momento, 22 Stati Membri hanno adottato una propria lista di Paesi di origine sicuri, per un totale di 61 Stati sicuri¹⁵, tra cui Ucraina, Turchia, Pakistan, India e Nigeria. Nonostante l'applicazione della procedura accelerata sulla base della nazionalità, come ha già chiarito la Corte¹⁶, non costituisca di per sé una discriminazione, a condizione che essa sia conforme ai principi e alle garanzie stabiliti nella direttiva procedure, è importante notare la grande disomogeneità¹⁷ che accompagna tali criteri, la quale riguarda non solo il loro recepimento, ma anche le modalità di trasposizione così come la scelta o l'interpretazione dei criteri di selezione. A parere di chi scrive, appare evidente la natura tutt'altro che obiettiva su cui tale selezione viene operata, circostanza che, secondo Venturi¹⁸, aggrava il rischio che essa sia «fondata su considerazioni che non attengono alla verifica dell'effettivo rispetto dei diritti umani nei Paesi di origine, bensì a valutazioni di politica di gestione (*rectius*, contenimento) dei flussi migratori».

In questo contesto, preme ricordare che in *Ilias e Ahmed c. Ungheria*¹⁹, la Corte europea dei diritti dell'uomo ha chiarito che l'indagine circa la sicurezza dello Stato terzo in cui il richiedente protezione internazionale dovrebbe essere rinviato deve essere condotta in modo approfondito e aggiornato e deve considerare

¹³ H. MARTENSON, J. MCCARTHY, 'In General, No Serious Risk of Persecution': Safe Country of Origin Practices in Nine European States, in *Journal of Refugee Studies*, 1998, pp. 304–325.

¹⁴ G. S. GOODWIN-GILL, *Safe Country? Says Who?*, in *International Journal of Refugee Law*, 1992, pp. 248–250.

¹⁵ EASO, 'Safe country of origin' concept in EU+ countries', 9 June 2021.

¹⁶ CGUE, sentenza del 13 gennaio 2013, C-175/11, H. I. D., B. A. c. *Refugee Applications Commissioner, Refugee Appeals Tribunal, Minister for Justice, Equality and Law Reform, Ireland, Attorney General*.

¹⁷ ECRE, *Policy Note: Debunking The "Safe Third Country" Myth*, 2 November 2017.

¹⁸ F. VENTURI, *L'istituto dei "Paesi di origine sicuri" e il decreto attuativo del 4 ottobre 2019: una "storia sbagliata"*, in *Questione Giustizia*, 18 novembre 2019.

¹⁹ ECtHR, judgment of 21 November 2019, Application No. 47287/15, *Ilias and Ahmed v. Ungheria*.

l'effettiva accessibilità e affidabilità delle procedure d'asilo nazionali anche nella prassi, non essendo sufficiente la mera esistenza di garanzie presenti a livello nazionale o derivanti da obblighi sovranazionali²⁰. Recentemente, la decisione della Grecia di considerare la Turchia come Paese terzo sicuro ha sollevato molte critiche²¹. Secondo due giudici dissenzienti del Consiglio di Stato greco²², la Turchia non può considerarsi sicura per i richiedenti protezione internazionale, nel caso di specie di origine siriana, in quanto in Turchia si è verificato un colpo di Stato (ironicamente, due giorni dopo la proposta della Commissione di adottare una lista europea di Paesi terzi sicuri). Pertanto, tale Stato non offrirebbe un'adeguata protezione né *de iure*, in quanto mantiene la riserva geografica limitata al continente europeo ai sensi della Convenzione di Ginevra sullo status di rifugiato, né *de facto*. In questa sede si aggiunge la tensione al confine greco-turco culminata con sistematici respingimenti e sospensione della procedura di asilo in Grecia²³, il fallimento dell'«accordo»²⁴ tra Unione europea e Turchia siglato nel 2016 e le innumerevoli condanne per gravi violazioni di diritti umani non solo verso i migranti, ma anche verso i propri cittadini²⁵.

Al fine di favorire l'armonizzazione nell'uso e nell'interpretazione della nozione, nella sua proposta di revisione del 2016²⁶, la Commissione proponeva innanzitutto di trasformare la direttiva procedure in un regolamento e di rendere obbligatoria l'applicazione dei criteri di Paese terzo sicuro come motivo di inammissibilità. Inoltre, suggeriva di sostituire gli elenchi nazionali dei Paesi sicuri con elenchi europei (tra cui figuravano Albania, Bosnia-Erzegovina, Nord Macedonia, Kosovo, Montenegro, Serbia e Turchia). In aggiunta, la proposta di riforma del regolamento 604/2013 (cd. Dublino III)²⁷ introduceva l'obbligo per gli Stati Membri di verificare l'inammissibilità di una domanda di protezione internazionale proprio in virtù della provenienza del richiedente da un Paese terzo sicuro ancora prima di applicare i criteri per determinare lo Stato Membro competente ai

²⁰ *Ivi*, para. 141.

²¹ A. TSILIOU, *When Greek judges decide whether Turkey is a Safe Third Country without caring too much for EU law*, in *EU Migration Law Blog*, 29 May 2018.

²² *Ibidem*.

²³ G. AULSEBROOK, N. GRUBER, M. PAWSON, *Pushbacks on the Balkan route: a hallmark of EU border externalization*, in *Forced Migration Review*, November 2021.

²⁴ E. ROMAN, *L'accordo Ue-Turchia: Le criticità di un accordo a tutti i costi*, in *SidiBlog*, 21 marzo 2016.

²⁵ AIDA, *Country report: Turkey*, 2020.

²⁶ Proposta di regolamento del Parlamento europeo e del Consiglio del 13 luglio 2016 che stabilisce una procedura comune di protezione internazionale nell'Unione e abroga la direttiva 2013/32/UE.

²⁷ Proposta di regolamento del Parlamento europeo e del Consiglio del 23 settembre 2020 sulla gestione dell'asilo e della migrazione e che modifica la direttiva 2003/109/CE del Consiglio e la proposta di regolamento (UE) XXX/XXX [Fondo Asilo e migrazione].

sensi del regolamento²⁸. In ultimo, non certo per importanza, la Commissione rendeva ancor meno stringenti i criteri delineanti un Paese terzo come sicuro. Se nella direttiva 2013/32 era essenziale che lo Stato in questione avesse, quantomeno, ratificato la Convenzione di Ginevra, nella proposta di modifica era semplicemente previsto che vi fosse *protezione sufficiente*²⁹, ponendo a rischio le garanzie sostanziali e procedurali del diritto d'asilo. Come sottolineato da ASGI³⁰, la proposta di regolamento configurava il semplice transito del richiedente come prova della sussistenza di un legame con un Paese terzo (art. 45, par. 3, lett. a) ed estendeva l'applicazione del concetto di Paese terzo sicuro perfino ai minori stranieri non accompagnati³¹.

Tali proposte di revisione sono state ulteriormente modificate dal pacchetto di riforme che compongono il Nuovo Patto sulla Migrazione e l'Asilo, proposto dalla Commissione il 23 settembre 2020. La proposta modificata di regolamento che stabilisce una procedura comune di protezione internazionale nell'Unione e abroga la direttiva 2013/32³² cit. prevede un'unica procedura di asilo e di rimpatrio da effettuare alla frontiera esterna per valutare rapidamente l'infondatezza o l'inammissibilità di una domanda di protezione internazionale, al fine di rimpatriare prontamente chi non ha diritto a restare. La proposta di regolamento conferma la possibilità per gli Stati Membri, già prevista all'art. 43 della direttiva procedure attualmente in vigore, di imporre ai richiedenti di rimanere alla frontiera esterna o in una zona di transito durante tale valutazione. È bene ricordare che il trattamento dei richiedenti protezione in questi luoghi è stato oggetto di sentenze da parte della Corte di Giustizia. Non da ultimo, i giudici di Lussemburgo hanno «condannato» l'Ungheria per molteplici violazioni del diritto UE presso le zone di transito di Röszke e Tompa al confine con la Serbia³³. Unitamente alle innumerevoli evidenze sull'uso di violenza fisica e sulla perpetrazione di respingimenti³⁴ abusivi alla frontiera da parte delle autorità austriache, italiane, slovene, croate,

²⁸ *Ivi*, art. 8, par. 5.

²⁹ *Ivi*, art. 44, par. 2.

³⁰ ASGI, *Verso il nuovo Regolamento Procedure. Quale idea di Europa? Focus n.1: Il concetto di paese terzo sicuro*.

³¹ Proposta di regolamento del Parlamento europeo e del Consiglio del 23 settembre 2020 sulla gestione dell'asilo e della migrazione, par. 5.

³² Proposta di regolamento del Parlamento europeo e del Consiglio del 23 settembre 2020 che stabilisce una procedura comune di protezione internazionale nell'Unione e abroga la direttiva 2013/32/UE.

³³ CGUE, Sentenza del 17 dicembre 2020, C-808/18, *Commissione europea contro Ungheria*.

³⁴ Border Violence Monitoring Centre, *The Black Book of Pushbacks*, 18 December 2020.

ungheresi e bulgare, ciò conferma, come affermato da Celoria³⁵, che le frontiere dell'Unione siano «il luogo per eccellenza in cui l'attuazione di procedure (spesso accelerate) di asilo o di respingimento disciplinate dal diritto UE si confonde con il ricorso a prassi informali e prive di basi legali, che non di rado comportano il trattamento *de facto*».

Tuttavia, la procedura di frontiera si renderebbe necessaria, secondo la Commissione, per «garantire un processo decisionale efficace e di elevata qualità (...)» e fornire protezione tramite «procedure più semplici, più chiare e più brevi, oltre a garanzie procedurali e a strumenti adeguati per rispondere ad eventuali usi strumentali delle procedure di asilo e impedire gli spostamenti non autorizzati». Ironicamente, è la stessa motivazione utilizzata dall'Ungheria per giustificare un'applicazione, giudicata non conforme al diritto UE, del concetto di Paese terzo sicuro. Sembrerebbe profilarsi, pertanto, una convergenza tra l'approccio securitario alla base delle proposte legislative della Commissione nel 2016 e quello adottato dal governo ungherese nel 2018.

La Commissione sostiene, inoltre, che se il Paese di provenienza è considerato Paese di origine sicuro o Paese terzo sicuro per il richiedente, lo Stato Membro è tenuto ad applicare la procedura d'esame accelerata o la procedura di inammissibilità. In altri termini, se una domanda è rigettata perché inammissibile sulla base del concetto di Stato terzo sicuro, tale domanda non verrà esaminata nel merito. Inoltre, la proposta di regolamento aggiunge un ulteriore motivo per ricorrere alla procedura accelerata da utilizzare quando il richiedente proviene da un Paese terzo verso cui il riconoscimento di uno *status* di protezione è inferiore al 20% e, pertanto, è probabile che la sua domanda sia infondata.

Altresì, la proposta di regolamento che introduce accertamenti nei confronti dei cittadini di paesi terzi alle frontiere esterne³⁶ prevede che le autorità che effettuano lo *screening* pre-ingresso dei richiedenti tengano conto di tutti gli elementi che possano *prima facie* rinviarli alla procedura accelerata o di frontiera prevista dalla proposta modificata di regolamento procedure (art. 14, par. 2). Per come concepito, tale *screening* sembra essere esplicitamente volto a snellire la procedura ordinaria di asilo utilizzando, tuttavia, metodi tutt'altro che chiari. Come sottolin-

³⁵ E. CELORIA, *Stranieri trattenuti alle frontiere esterne dell'Unione: il quadro di garanzie individuato dalla Corte di giustizia e le sfide del Nuovo patto sulle migrazioni e l'asilo*, in *European Papers*, 27 gennaio 2021.

³⁶ Proposta di regolamento del Parlamento europeo e del Consiglio del 23 settembre 2020 che introduce accertamenti nei confronti dei cittadini di paesi terzi alle frontiere esterne e modifica i regolamenti (CE) n. 767/2008, (UE) 2017/2226, (UE) 2018/1240 e (UE) 2019/817.

eato da Vedsted-Hansen³⁷, la Commissione non specifica «(...) which types of information should be considered relevant ‘at first sight’ for referral into the various asylum procedures, nor is there any stipulation as to how such information is to be collected and verified. Against this background it is hard to avoid the impression that information may be sought, collected and reported during the pre-screening at external borders that will de facto become decisive to the examination of applicants’ need for protection despite the absence of such legal clarity and procedural safeguards».

A parere di chi scrive, da questa breve disamina è possibile cogliere come i criteri di Paese terzo sicuro e affini si prestino a contrarre i diritti fondamentali dei richiedenti protezione internazionale e come il Nuovo Patto non sembra ridurre il potenziale di tale rischio, anzi appare amplificarlo. Ciò si accompagna ad una politica europea d’asilo cieca di fronte alle drammatiche violazioni di diritti umani attualmente in corso tra ed entro i confini dell’Unione e di Stati Membri che derogano sempre più la responsabilità della protezione internazionale a Stati terzi. In tali circostanze, l’espressione «*Un’Europa insicura circondata da Paesi sicuri*» assume connotati ancora più amari³⁸.

3. Rilievi conclusivi

In quest’ottica, la violazione ungherese del Sistema Europeo Comune di Asilo è certamente da condannare ma, secondo l’Autrice, risulta ben prevedibile in quanto si iscrive perfettamente nell’ottica securitaria che l’Unione stessa ha adottato e promuove sia nel diritto vigente che nei diversi pacchetti di riforme avanzati dal 2013 ad oggi.

Prevedere una lista, seppur tassativa, di criteri per cui una domanda di protezione internazionale può essere giudicata inammissibile in assenza di un’adeguata valutazione individuale indebolisce inevitabilmente le garanzie offerte dalla protezione internazionale. Allo stesso modo, legittimare il rimpatrio verso Paesi considerati discrezionalmente sicuri da alcuni Stati Membri e non da altri in virtù di, da un lato, definizioni sommarie e poco tutelanti e, dall’altro, di motivazioni di carattere geopolitico e di interesse nazionale, non possono fare altro che alimentare

³⁷ J. VEDSTED-HANSEN, *Admissibility, border procedures and safe country notions*, in *ASILE*, 18 November 2020.

³⁸ S. BOLOGNESE, *Il diritto di asilo costituzionalmente garantito versus il concetto di “Stato terzo sicuro” nel parere dell’Assemblea generale del Consiglio di Stato francese*, cit.

quel sentimento sovranista e anti-migranti tanto caro al governo ungherese che, di conseguenza, ha tentato di trarne vantaggio. Il tentativo di rendere obbligatoria l'adozione delle nozioni di Paese terzo sicuro e l'applicazione a macchia d'olio di procedure accelerate alla frontiera mal si conciliano con il pieno rispetto e implementazione dei diritti fondamentali dei migranti, tra cui il diritto che la propria domanda di protezione internazionale venga valutata adeguatamente e tenendo in seria considerazione sia le condizioni del Paese di origine sia delle circostanze di personale vulnerabilità. In questo quadro, non sembra sufficiente ritenere semplicemente *non opportuna* l'accelerazione dell'esame della domanda in caso di cambiamenti significativi nel Paese terzo di provenienza³⁹, in quanto questi potrebbero di per sé dare adito alla protezione internazionale e, in aggiunta, impattare diversamente sul bisogno di protezione del singolo. Soprattutto in questi casi, quindi, si dovrebbe impedire l'applicazione della nozione di Paese terzo sicuro in quanto *non conforme* al diritto alla protezione internazionale così come statuito nella direttiva 2011/95/UE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 13 dicembre 2011, recante norme sull'attribuzione, a cittadini di paesi terzi o apolidi, della qualifica di beneficiario di protezione internazionale, su uno status uniforme per i rifugiati o per le persone aventi titolo a beneficiare della protezione sussidiaria, nonché sul contenuto della protezione riconosciuta.

Similmente, non appare sufficiente che la Commissione escluda l'applicabilità della procedura accelerata al richiedente appartenente *ad una particolare categoria di persone* (ivi, p. 22) esposte ad uno *specifico rischio di persecuzione*. Così facendo, infatti, si rischia di porre in ombra la ricerca, parimenti importante, del rischio di danno grave alla base dello *status* di protezione sussidiaria, così come delle particolari cause di vulnerabilità che possono contribuire a sostanziare il bisogno di protezione internazionale dei richiedenti. Inoltre, da un punto di vista più procedurale, risulta arduo immaginare in che modo tali specifici rischi di persecuzione e/o di danno grave possano essere immediatamente identificati alla frontiera in assenza di un esame approfondito ed individuale delle circostanze in cui si trova il richiedente.

³⁹ Proposta di regolamento del Parlamento europeo e del Consiglio del 13 luglio 2016 che stabilisce una procedura comune di protezione internazionale nell'Unione e abroga la direttiva 2013/32/UE, p. 27.

L'estensione al figlio minore dello *status* di rifugiato a titolo derivato: la Corte di Giustizia UE sancisce il trionfo della «logica della protezione internazionale» a tutela dell'unità del nucleo familiare

CRISTINA MILANO*

SOMMARIO: 1. Considerazioni introduttive. – 2. I fatti in esame e i ricorsi interni. – 3. La pronuncia della Corte: in base alla direttiva qualifiche, al minore non può essere riconosciuto lo *status* di rifugiato a titolo derivato se non ne ha diritto su base individuale. – 4. L'estensione dello *status* di rifugiato al figlio minore e l'esistenza di un nesso con la «logica della protezione internazionale». – 5. Riflessioni conclusive e prospettive future.

ABSTRACT: La Corte di giustizia dell'Unione europea, con la sentenza *L.W. c. Repubblica Federale di Germania*, ha affermato che la direttiva 2011/95/UE (c.d. direttiva qualifiche) consente agli Stati membri di adottare norme più favorevoli allo scopo di estendere lo *status* di protezione internazionale anche al figlio minore di un rifugiato, a titolo derivato e a tutela dell'unità del nucleo familiare. La decisione in esame offre utili spunti di riflessione con riferimento alle disposizioni più favorevoli che gli Stati membri possono mantenere o adottare al fine di estendere il diritto di asilo ai familiari del rifugiato. Inoltre, il presente contributo intende evidenziare come la Corte di Giustizia, attraverso la pronuncia in commento, proponga un'interpretazione delle disposizioni contenute nella direttiva qualifiche che valorizza l'integrazione tra diritto UE e normative nazionali allo scopo di potenziare l'effettività del Sistema europeo comune d'asilo, attribuendo altresì notevole rilevanza alle norme di diritto internazionale dei rifugiati e dei minori nella ricostruzione della «logica della protezione internazionale».

PAROLE CHIAVE: minori – unità del nucleo familiare – superiore interesse del minore – status di rifugiato – SECA – diritti derivati.

* Cristina Milano, Dottoranda di ricerca in Diritto dell'Unione europea, Università degli Studi della Tuscia, cristina.milano@unitus.it.

1. Considerazioni introduttive

Con la sentenza del 9 novembre 2021, nel caso *L.W. c. Repubblica Federale di Germania*¹, la Corte di giustizia dell'Unione europea ha stabilito che la direttiva 2011/95/UE² (c.d. direttiva qualifiche) consente l'estensione dello *status* di protezione internazionale al figlio minore del rifugiato, a titolo derivato e allo scopo di mantenere l'unità del nucleo familiare.

Si tratta di una decisione particolarmente garantista nei confronti del minore non coniugato, figlio di un rifugiato, che non abbia titolo a ottenere la protezione internazionale su base individuale, non sussistendo – nei suoi confronti – un fondato timore di persecuzione o di esposizione a un danno grave nel paese d'origine.

Ma l'interesse per questa pronuncia non si limita agli aspetti sostanziali della tutela dei diritti dei minori, figli dei rifugiati presenti negli Stati membri. La sentenza in commento presenta, altresì, profili di interesse generale, che riguardano, per un verso, il perimetro delle disposizioni più favorevoli che gli Stati membri possono mantenere o adottare al fine di estendere il diritto di asilo ai familiari del rifugiato; per altro verso, il crescente rilievo che il richiamo al diritto internazionale dei rifugiati e dei minori gioca nella ricostruzione della «logica della protezione internazionale» all'interno del Sistema europeo comune d'asilo (SECA).

2. I fatti in esame e i ricorsi interni

I fatti al vaglio della Corte hanno avuto origine dal ricorso presentato nel procedimento principale dalla minore L.W., cittadina della Tunisia, nata in Germania nel 2017, da padre rifugiato siriano e madre con cittadinanza tunisina, la cui richiesta di asilo aveva avuto esito negativo.

Nello specifico, l'Ufficio federale tedesco per la migrazione e i rifugiati aveva respinto la domanda di asilo avanzata da L.W., la quale, dopo aver infruttuosamente impugnato il provvedimento di rigetto dell'istanza, aveva deciso di ricorrere dinanzi al *Bundesverwaltungsgericht* (Corte amministrativa federale tedesca). La ri-

¹ CGUE, sentenza del 9 novembre 2021, C-91/20, *L.W. c. Repubblica Federale di Germania*.

² Direttiva 2011/95/UE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 13 dicembre 2011, recante norme sull'attribuzione, a cittadini di paesi terzi o apolidi, della qualifica di beneficiario di protezione internazionale, su uno status uniforme per i rifugiati o per le persone aventi titolo a beneficiare della protezione sussidiaria, nonché sul contenuto della protezione riconosciuta.

corrente aveva affermato che ai figli minori non coniugati di genitori di diversa cittadinanza dovesse essere riconosciuto lo *status* di rifugiato, a titolo derivato, come forma di protezione dei familiari, secondo quanto disposto dalla legge tedesca in materia d'asilo, l'*A Asylgesetz* (all'art. 26, parr. 2 e 5)³, anche nell'ipotesi in cui il suddetto *status* fosse stato accordato soltanto ad uno dei genitori. Inoltre, la ricorrente aveva addotto che l'art. 3 della direttiva qualifiche – nel prevedere la facoltà per gli Stati membri di introdurre o di mantenere in vigore disposizioni più favorevoli in ordine alla determinazione dei possibili beneficiari della protezione internazionale – consentirebbe, in linea di principio, alle autorità nazionali di estendere lo *status* di rifugiato anche ad altri componenti del suo nucleo familiare. Peraltro, a giudizio di L.W., siffatta estensione sarebbe stata praticabile a condizione che non sussista per il familiare una delle cause di esclusione previste dalla direttiva (art. 12)⁴ e che la situazione individuale in cui questi si trova presenti un nesso con la «logica della protezione internazionale», integrato – nella fattispecie in esame – dalla necessità di mantenere l'unità del nucleo familiare.

Nel procedimento principale, la Corte amministrativa tedesca aveva negato alla ricorrente il riconoscimento dello *status* di rifugiato sulla base della situazione individuale della minore stessa, poiché quest'ultima avrebbe potuto validamente avvalersi di una protezione effettiva in Tunisia, paese di cui la bambina era cittadina. Il giudice del rinvio aveva fondato tale assunto sul cosiddetto principio di sussidiarietà della protezione internazionale, sancito dall'art. 1(A), par. 2, della Convenzione di Ginevra del 1951 sullo *status* dei rifugiati, che consente di negare la protezione internazionale agli individui che posseggono più di una cittadinanza, nell'ipotesi in cui essi possano godere della protezione effettiva di almeno uno dei paesi di cui sono cittadini.

³ Legge tedesca in materia di asilo, versione pubblicata il 2 settembre 2008 (BGBl. I pag. 1798), modificata da ultimo dall'articolo 45 della legge del 15 agosto 2019 (BGBl. I pag. 1307). Per ulteriori approfondimenti, si veda anche German Federal Office for Migration and Refugees, *The stages of the German asylum procedure: an overview of the individual procedural steps and the legal basis*, 4/2021, disponibile qui: www.bamf.de/.

⁴ Più precisamente, ai sensi dell'art. 12 della direttiva qualifiche, un cittadino di un paese terzo o un apolide è escluso dallo *status* di rifugiato se già fruisce della protezione o dell'assistenza a di un organo o di un'agenzia delle Nazioni Unite diversi dall'UNHCR, o nel caso in cui le autorità competenti del paese nel quale ha stabilito la sua residenza gli riconoscono i diritti e gli obblighi connessi al possesso della cittadinanza del paese stesso o comunque equivalenti; ancora, secondo l'art. 12 sono esclusi dalla possibilità di beneficiare dello *status* di rifugiato i cittadini di paesi terzi o apolidi che abbiano commesso crimini internazionali, crimini comuni di particolare gravità o si siano resi colpevoli di atti contrari alle finalità e ai principi dell'ONU.

A tal riguardo, nella decisione relativa al caso *O.A.*⁵, la stessa Corte di giustizia aveva evidenziato che le circostanze che contribuiscono ad attestare se il paese d'origine di un richiedente asilo sia in grado o meno di garantire una protezione effettiva avverso atti di persecuzione sono da annoverare fra gli elementi decisivi e fondamentali ai fini della valutazione che condurrà al riconoscimento o alla cessazione dello *status* di rifugiato⁶.

Ciononostante, il giudice del rinvio aveva ravvisato che, nel caso di specie, la situazione in cui si trovava la ricorrente avrebbe potuto soddisfare i requisiti previsti dall'*Aylgesetz*. Di conseguenza, sarebbe stato possibile concedere lo *status* di rifugiato, a titolo derivato, anche alla figlia minore nata in Germania, nonostante quest'ultima possedesse la cittadinanza di un paese terzo in cui non sarebbe stata esposta a rischio reale di persecuzione. Pertanto, sulla base di siffatta interpretazione della normativa tedesca, la ricorrente minorenni avrebbe potuto avvalersi della protezione concessa al padre, al quale lo *status* giuridico di rifugiato era stato, invece, riconosciuto dalle autorità nazionali nel 2015.

Attraverso il rinvio pregiudiziale, il giudice tedesco aveva interrogato quindi la Corte di Lussemburgo circa la compatibilità di tale interpretazione del diritto nazionale con il disposto di cui gli artt. 3 e 23, par. 2, della direttiva qualifiche. Nello specifico, l'art. 23, par. 2, consente ai singoli Stati di concedere ai familiari dei titolari della protezione internazionale – i quali, per la loro situazione individuale, non avrebbero diritto a tale protezione – i benefici previsti dalla direttiva in questione, compatibilmente con il loro *status* giuridico individuale. Orbene, il giudice del rinvio aveva chiesto se le norme europee in esame dovessero essere interpretate nel senso di impedire ad uno Stato membro di adottare disposizioni nazionali più favorevoli per garantire lo *status* di rifugiato, a titolo derivato, al figlio minore non coniugato di un individuo che gode di tale beneficio, riconosciutogli ai sensi della direttiva 2011/95. Inoltre, il giudice tedesco si era interrogato sulla possibilità per tali normative nazionali di estendere siffatto *status* anche nel caso in cui il minore sia nato nello Stato membro ospitante e possessa la cittadinanza di un altro paese terzo, ove non rischierebbe di essere perseguitato. Infine, la Corte amministrativa federale tedesca aveva domandato se, al fine di risolvere la questione in esame, fosse realmente rilevante tenere in conto la possibilità di reinsediamento della minore, insieme ai suoi genitori, in Tunisia, paese terzo di cittadinanza sia della ricorrente L.W. che della madre di quest'ultima.

⁵ CGUE, sentenza del 20 gennaio 2021, C-255/19, *Secretary of State for the Home Department c. O.A.*

⁶ *Ivi*, punto 36.

3. La pronuncia della Corte: in base alla direttiva qualifiche, al minore non può essere riconosciuto lo *status* di rifugiato a titolo derivato se non ne ha diritto su base individuale

Nella decisione in commento, la Corte ha dichiarato, in primo luogo, che il minore che versi in una situazione come quella presentata nel procedimento principale non ha diritto ad ottenere il riconoscimento dello *status* di rifugiato, a titolo individuale, in virtù della disciplina prevista dalla direttiva qualifiche. Infatti, tale atto, in armonia con le disposizioni sancite dalla Convenzione di Ginevra, prevede che debbano essere soddisfatte due condizioni ai fini del riconoscimento dello *status*: da un lato, la presenza di un fondato timore di persecuzione, e dall'altro, l'incapacità o la non volontà del paese terzo di cittadinanza del richiedente di concedere un'effettiva protezione da atti persecutori⁷.

Inoltre, la Corte ha rammentato che la normativa prevista dalla direttiva qualifiche preclude l'accoglimento di una domanda di protezione internazionale, su base individuale, in ragione esclusivamente del fatto che un familiare del richiedente nutra un fondato timore di persecuzione o che rischi di subire gravi danni, «nel caso in cui sia accertato che, nonostante il suo legame con tale familiare e la particolare vulnerabilità che generalmente ne deriva (...) il richiedente non è anch'egli esposto a minacce di persecuzione o di danno grave»⁸. A tal riguardo, la Corte ha richiamato il caso *Abmedbekova*⁹, in cui aveva stabilito la necessità di considerare attentamente le minacce incombenti su un familiare del richiedente protezione internazionale, allo scopo di valutare se – a motivo del legame esistente con l'individuo vittima di persecuzioni o intimidazioni – siffatto familiare possa correre a sua volta il rischio di subire minacce di persecuzione o di grave danno, la cui esistenza peraltro dovrà sempre e necessariamente essere provata; ciò in considerazione del fatto che i familiari di una persona minacciata hanno una non trascurabile possibilità di ritrovarsi anch'essi in una situazione di forte ed evidente vulnerabilità¹⁰.

In secondo luogo, la Corte ha sottolineato che la direttiva qualifiche non prevede espressamente la possibilità di estendere lo *status* del rifugiato, a titolo deri-

⁷ Si vedano i punti 28-39 della sentenza in commento.

⁸ Cfr. punto 35 della sentenza in commento.

⁹ CGUE, sentenza del 4 ottobre 2018, C-652/16, *Nıgyar Rauf Kazı Abmedbekova, Rauf Emin Oglu Abmedbekov c. Zamestnik-predsedatel na Darzıhanna agentsia za bezhantsite*.

¹⁰ Si veda il considerando 36 della direttiva 2011/95/UE, nonché la sentenza *Abmedbekova*, cit., punto 50.

vato, ai componenti del nucleo familiare, nell'ipotesi in cui essi non ne abbiano diritto, in considerazione della loro situazione personale. In quest'ottica, l'art. 23, par. 2, si limita a stabilire l'obbligo per gli Stati membri di adattare la normativa statale in maniera tale da consentire ai familiari di beneficiare di determinati vantaggi, quali, ad esempio, l'accesso all'istruzione, al mondo del lavoro, il rilascio di un permesso di soggiorno, fermi restando i limiti derivanti dal loro *status* giuridico personale. Inoltre, tali benefici dovranno essere concessi al solo fine di preservare il mantenimento dell'unità familiare¹¹.

Alla luce delle presenti constatazioni, nelle sue conclusioni¹² l'Avvocato generale de la Tour aveva sostenuto che il legislatore dell'Unione, in realtà, già avesse provveduto a dotare il SECA di norme sufficientemente esaustive, volte a tutelare il rifugiato e il beneficiario di protezione sussidiaria, tenendo altresì in conto la necessità di difendere il superiore interesse del minore, in quanto familiare della persona che gode della protezione internazionale. Pertanto, l'Avvocato generale, dal cui parere la Corte si è poi discostata, aveva affermato che non dovesse essere in nessun modo "minata" l'uniformità degli *status* conferiti dalla protezione internazionale e, in particolare, il livello di armonizzazione che il legislatore dell'Unione ha inteso conseguire in merito ai requisiti di riconoscimento della protezione internazionale e al contenuto della stessa¹³.

4. L'estensione dello *status* di rifugiato al figlio minore e l'esistenza di un nesso con la «logica della protezione internazionale»

Entrando nel "vivo" della sentenza, il giudice di Lussemburgo ha rammentato che l'art. 3 della direttiva 2011/95 prevede che i singoli Stati membri hanno la facoltà di introdurre norme più favorevoli, ai fini dell'individuazione dei soggetti a cui può essere riconosciuto lo *status* di rifugiato, a condizione, però, che tali norme siano conformi alla direttiva stessa. Pertanto, le disposizioni nazionali potrebbero contrastare con la normativa europea ove consentissero di riconoscere lo *status* di rifugiato a un cittadino di un paese terzo la cui situazione individuale non presenti alcun nesso con le finalità della protezione internazionale¹⁴.

¹¹ *Ivi*, punti 50 e 68.

¹² Conclusioni dell'Avvocato generale Jean Richard de la Tour, presentate il 12 maggio 2021, nel caso *LW contro Bundesrepublik Deutschland*.

¹³ *Ivi*, punto 8.

¹⁴ Punto 40 della sentenza in commento.

Sulla base di tali considerazioni, la Corte ha constatato che uno Stato membro può estendere lo *status* di rifugiato al figlio minore di un cittadino di un paese terzo al quale è stato riconosciuto questo *status*, a prescindere dal fatto che il minore possa aver diritto a tale protezione su base individuale e anche nell'ipotesi in cui il bambino sia nato nello Stato membro ospitante, in quanto queste circostanze presentano un nesso con la «logica della protezione internazionale»¹⁵.

Tuttavia, secondo quanto stabilito dai giudici europei, esistono casi in cui agli Stati membri è preclusa l'adozione di disposizioni che consentano di concedere lo *status* di rifugiato a titolo derivato. Si tratta delle situazioni in cui, malgrado la sussistenza di un nesso con le finalità della protezione internazionale, il figlio minore non potrà godere del beneficio offerto da tale *status*, in forza dei motivi di esclusione indicati nell'art. 12 della direttiva 2011/95. Più precisamente, una causa di esclusione sussiste in capo agli individui che possono avvalersi di una forma alternativa di protezione rispetto a quella richiesta, quale ad esempio quella offerta da un'agenzia delle Nazioni Unite. O, ancora, sono esclusi dalla possibilità di beneficiare dello *status* di rifugiato coloro i quali si siano resi colpevoli di crimini particolarmente gravi o che abbiano compiuto atti contrari ai fini e ai principi sanciti nel preambolo e negli artt. 1 e 2 della Carta ONU¹⁶. A queste cause di esclusione, la Corte ha aggiunto che sarebbe incompatibile con la direttiva qualifica una normativa nazionale che estenda al figlio del rifugiato lo *status* del genitore, nel caso in cui il minore posseda la cittadinanza dello Stato membro ospitante o la cittadinanza di un altro Stato che gli permetta di godere di un trattamento migliore rispetto a quello conseguente all'estensione, a titolo derivato, dello *status* di rifugiato. Secondo la Corte, tale interpretazione dell'art. 23, par. 2, attribuisce preminenza al superiore interesse del bambino, alla luce del quale tale norma deve essere sempre interpretata, nonché applicata¹⁷.

Nel caso oggetto del procedimento principale, i giudici europei hanno affermato che non ricorresse alcuna delle cause limitative della facoltà statale di introdurre norme più favorevoli e che, considerato i *best interests of the child* e la «logica della protezione internazionale», l'estensione dello *status* di rifugiato del padre alla ricorrente costituisse l'opzione più adeguata a garantire l'unità del nucleo familiare, in conformità alla direttiva qualifica.

¹⁵ *Ivi*, punto 44.

¹⁶ Sul punto, si veda anche S. CELENTANO, *Lo status di rifugiato e l'identità politica dell'accoglienza*, in *Questione Giustizia*, 2018, p. 78 ss.; F. CHERUBINI, *L'asilo dalla Convenzione di Ginevra al diritto dell'Unione Europea*, Bari, 2012, p. 24 ss.

¹⁷ *Ivi*, punti 28-57.

Infine, con riferimento all'ultima questione di cui la Corte è stata investita, i giudici europei hanno precisato che l'applicazione di norme nazionali più favorevoli a una situazione come quella della ricorrente prescinde dalla questione se sia o meno fattibile un trasferimento in Tunisia per la minore e la sua famiglia. La CGUE ha, infatti, chiarito che l'art. 23, par. 2, non può essere interpretato nel senso di escludere il riconoscimento dello *status* di rifugiato, a titolo derivato, qualora venga accertata la possibilità di un reinsediamento della famiglia di L.W. in Tunisia, poiché una simile lettura della norma obbligherebbe il padre a rinunciare al diritto d'asilo garantitogli dalla Germania. In caso contrario, si rischierebbe di svuotare di effetto utile la riserva di cui l'art. 23, par. 2, atteso che tale disposizione risponde alla *ratio* ben precisa di consentire al rifugiato di godere dello *status* che gli è stato riconosciuto, mantenendo allo stesso tempo l'unità del nucleo familiare all'interno del territorio dello Stato membro ospitante¹⁸.

5. Riflessioni conclusive e prospettive future

La decisione in commento offre spunti interessanti non solo con riferimento agli aspetti sostanziali sinora esaminati, ma anche per quanto riguarda il rapporto esistente tra il SECA e le fonti nazionali e internazionali. Innanzitutto, con l'interpretazione fornita in merito alla riserva di cui all'art. 23, par. 2, della direttiva 2011/95, la Corte ha inteso rimarcare il rapporto di complementarità tra la normativa nazionale e quella UE, necessario al fine di raggiungere gli obiettivi previsti dal SECA, anche in presenza di una disciplina europea - a detta dei giudici di Lussemburgo - ormai armonizzata. Come ricordato dall'Avvocato generale de la Tour, infatti, mentre la precedente direttiva qualifiche 2004/83¹⁹ dettava soltanto norme recanti standard minimi in materia di riconoscimento della protezione internazionale, l'attuale direttiva qualifiche contiene norme armonizzate a livello UE, aventi lo scopo di ampliare e uniformare la protezione dei rifugiati e quella dei beneficiari in Europa della protezione sussidiaria.

Di conseguenza, a giudizio dell'Avvocato generale, uno Stato membro non potrebbe utilizzare il margine di discrezionalità conferito dall'art. 3 della direttiva al fine di adottare o mantenere una normativa nazionale volta a concedere

¹⁸ Conclusioni dell'Avvocato generale de la Tour, cit., punto 93.

¹⁹ 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.

lo *status* di rifugiato o lo *status* di protezione sussidiaria in forza di ragioni diverse da quelle esplicitate dal SECA, e sulla base di una richiesta d'asilo che non sia individualmente considerata²⁰. Invero, l'Avvocato generale ha sostenuto che soltanto un'accurata valutazione della situazione individuale e familiare in cui si trova il titolare dello *status* di rifugiato consente di stabilire se questi abbia o meno la possibilità di godere del diritto al mantenimento dell'unità del nucleo familiare e in che misura i suoi familiari possano beneficiare dei privilegi previsti dalla direttiva 2011/95. Tale constatazione si fonderebbe (tra l'altro) sulla considerazione secondo cui il legislatore europeo avrebbe istituito un sistema di protezione internazionale completo in sé stesso, che integra la protezione dei rifugiati prevista dalla Convenzione di Ginevra con una forma di protezione sussidiaria, tipica dell'ordinamento UE²¹. Pertanto, attraverso la previsione a livello nazionale di un'ulteriore forma di protezione - riconosciuta, a titolo derivato, ai familiari di un beneficiario della protezione internazionale - il legislatore tedesco avrebbe ecceduto il margine di discrezionalità garantitogli dallo strumento europeo in esame. Infatti, la protezione internazionale non potrebbe essere concessa attraverso un *iter* che prescindendo dall'esaminare individualmente la situazione personale del minore in questione²². E, nel caso di specie, - come altresì riconosciuto dalla stessa Corte nella sua pronuncia - la valutazione della posizione individuale della ricorrente L.W. non avrebbe potuto condurre al riconoscimento dello *status* in ragione di un diritto attribuito alla minore stessa. La Corte, sconfessando la linea di argomentazione seguita dall'Avvocato generale, ha invece fatto leva sull'attinenza della legislazione tedesca alla «logica della protezione internazionale», per valorizzare il ricorso a misure nazionali più favorevoli, ove inteso a raggiungere gli obiettivi del SECA.

Nonostante quanto affermato dai giudici europei (specie con particolare enfasi dall'Avvocato generale, come sopra riportato), a ben vedere risulta ormai noto a coloro i quali abbiano una certa familiarità con le tematiche relative alla protezione internazionale che l'attuale SECA presenta tuttora numerosi profili di criticità non agevoli da superare. Invero, è necessario sottolineare che una delle principali debolezze di tale sistema va rintracciata nel fatto che gli atti legislativi vigenti in materia - con specifico riferimento alle direttive - non hanno in realtà raggiunto quella completa armonizzazione ripetutamente richiamata dalla Corte di Lussemburgo. Infatti, come anche confermato dall'art. 3 della direttiva qualifiche oggetto

²⁰ Conclusioni dell'Avvocato generale de la Tour, cit., punti 103-104.

²¹ *Ivi*, punto 79.

²² *Ivi*, punto 77.

di analisi nel presente contributo, gli Stati membri godono di una certa discrezionalità nell'adozione delle misure ritenute più opportune in relazione alla disciplina in esame, a patto che siffatte misure siano compatibili con il diritto europeo. Di certo, la discrezionalità riconosciuta agli Stati costituisce una parte integrante dell'intero assetto stabilito dal diritto derivato dell'UE, ma è opportuno evidenziare come tale discrezionalità debba essere comunque sempre esercitata nel pieno rispetto del diritto primario, con particolare riguardo a quanto disposto dalla Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea (di seguito, Carta di Nizza). Pertanto, è pressoché inevitabile che all'interno dei singoli ordinamenti nazionali si determini una proliferazione di normative e di prassi disomogenee²³. Inoltre, si rileva che l'art. 78, par. 1, TFUE²⁴ nonché l'intera legislazione europea attuata in base a siffatta disposizione stabiliscono chiaramente che il SECA «si basa sulla piena e completa applicazione della Convenzione di Ginevra»²⁵, ma tale circostanza non elimina la facoltà per i 27 di adottare - come nella fattispecie in esame - norme più favorevoli rispetto a quelle previste dalla normativa europea; di fatto, l'obiettivo degli Stati membri non è solo quello di adattare al meglio la propria normativa interna alla disciplina europea concernente la tutela dei richiedenti protezione internazionale, ma è altresì necessario che tale processo avvenga evitando contrasti con il diritto di asilo costituzionalmente sancito e con il diritto internazionale generale rilevante²⁶. Trattasi, dunque, in definitiva, di un quadro giuridico piuttosto lontano dall'armonizzazione completa che sembra "inorgoglire" (n.d.A.) i giudici di Lussemburgo, più volta evocata nella pronuncia in commento.

In aggiunta, la Corte di giustizia ha ripetutamente sottolineato la rilevanza dell'interconnessione fra le norme di diritto internazionale pertinenti e il diritto UE, al fine di assicurare una più ampia protezione al figlio minore non coniugato del rifugiato. A tal riguardo, risultano significativi i richiami alla Convenzione di Ginevra e al relativo Protocollo del 1967, che costituiscono la «pietra angolare»²⁷

²³ P. MORI, *La proposta di riforma del sistema europeo comune d'asilo: verso Dublino IV?*, in *Rivista.eurojus.it*, 7 settembre 2016.

²⁴ «L'Unione sviluppa una politica comune in materia di asilo, di protezione sussidiaria e di protezione temporanea, volta a offrire uno status appropriato a qualsiasi cittadino di un paese terzo che necessita di protezione internazionale e a garantire il rispetto del principio di non respingimento. Detta politica deve essere conforme alla convenzione di Ginevra del 28 luglio 1951 e al protocollo del 31 gennaio 1967 relativi allo status dei rifugiati, e agli altri trattati pertinenti (...)».

²⁵ Cfr. CGUE, sentenza del 1° marzo 2016, C-443/14 e C-444/14, *Kreis Warendorf c. Ibrahim Alo e Amira Oiso c. Region Hannover*, par. 30.

²⁶ Si veda anche D. THYM, *La "crisi dei rifugiati" come sfida per il sistema giuridico e la legittimità istituzionale*, in *Diritto, immigrazione e cittadinanza*, 2017

²⁷ Cfr. punto 11 della sentenza in commento.

della tutela dei rifugiati, sulla quale si basa l'intero SECA e a cui deve essere ispirata l'interpretazione della direttiva 2011/95. In relazione ai quesiti sottoposti al vaglio della Corte, quest'ultima ha ritenuto fondamentale rimarcare che i redattori della Convenzione di Ginevra – nel considerare la salvaguardia dell'unità della famiglia un diritto essenziale del rifugiato, raccomandando agli Stati parte di adottare tutti i provvedimenti necessari a tal fine – hanno inteso mettere in rilievo la presenza di un solido legame tra simili provvedimenti e la «logica della protezione internazionale».

Invero, sembrerebbe che nella decisione in commento i giudici europei abbiano conferito al diritto internazionale un ruolo fondamentale di assistenza nel fornire una corretta interpretazione delle rilevanti disposizioni della direttiva qualifiche. Si conferma, pertanto, un'incidenza non solo formale degli strumenti internazionali preposti alla tutela dei diritti dei rifugiati sull'interpretazione della Corte in merito alle disposizioni della direttiva qualifiche e alla finalità della protezione internazionale²⁸. Lo stesso dicasi per le prescrizioni sancite dalla Convenzione ONU sui diritti del fanciullo del 1989, con particolare riguardo al principio del superiore interesse del bambino (art. 3), la cui prevalenza concorre ad assicurare il rispetto dell'unità del nucleo familiare²⁹. In sintesi, la Corte ha confermato che l'effettiva tutela del rifugiato e dei suoi familiari nell'ambito del SECA non può prescindere, nel caso in esame così come in senso più generale, dal fondamentale contributo offerto dal diritto internazionale dei diritti umani.

Peraltro, in tale contesto, appare altresì significativo quanto affermato in un'importante decisione del 2017 - in materia di minori stranieri richiedenti asilo - dalla Corte d'appello di Inghilterra e Galles³⁰, secondo la quale un bambino prima di tutto ha il diritto essere considerato come tale, a prescindere dall'eventualità in cui possa essergli riconosciuto o meno lo *status* di rifugiato³¹. In quest'ottica, deve essere inquadrata complessivamente la disciplina del diritto dell'UE rivolta alla protezione dei minori stranieri, la quale richiede di tener conto del superiore inte-

²⁸ Sul punto, si veda anche F. CASOLARI, *La qualità di rifugiato al vaglio della Corte Ue: la ricostruzione dei diritti dei beneficiari di protezione internazionale nell'intreccio tra fonti sovranazionali e internazionali*, in *Quaderni Costituzionali*, 2019, p. 923 ss.

²⁹ A tal riguardo, si veda anche il punto 18 della sentenza in commento.

³⁰ England and Wales Court of Appeal, *AM (Afghanistan) v. Secretary of State for the Home Department*, 17 maggio 2017, EWCA Civ. 1123, par.3 5.

³¹ Cfr. D. VITIELLO, *L'impatto della Brexit sui diritti dei minori stranieri non accompagnati*, in *Annali AISDUE*, 2021, p. 78 ss.

resse del bambino³². Inoltre, secondo quanto sapientemente precisato dalla Commissione europea, all'interno dell'Unione il principio della preminenza dei *best interests of the child* «deve costituire un criterio fondamentale in tutte le azioni o le decisioni che lo riguardano»³³, il cui perseguimento è da intendersi altresì come uno degli obiettivi principali che il diritto primario mira a raggiungere.

In conclusione, attraverso la sentenza appena analizzata, la Corte di giustizia ha inteso fornire un'interpretazione delle disposizioni sancite dalla direttiva qualifiche che valorizza una sempre maggiore integrazione tra diritto UE e normative nazionali allo scopo di accrescere l'effettività del SECA, tenendo opportunamente in considerazione le norme di diritto internazionale nella ricostruzione della «logica della protezione internazionale». È auspicabile che quest'impostazione, la quale ricorre nella giurisprudenza della Corte relativa alla salvaguardia dei minori cittadini di paesi terzi, e – più in generale – nei casi riguardanti la condizione di individui particolarmente vulnerabili, venga adottata in tutte le fattispecie in cui sia in discussione il godimento reale ed effettivo dei diritti connessi a uno *status* di protezione internazionale. Al contempo, essa pone un argine alle prassi statali che vanno nel senso di impoverire la protezione dei rifugiati e dei richiedenti asilo e di sperimentare nuove strategie di esclusione, basate proprio sulla limitazione del diritto al ricongiungimento familiare e sull'indifferenza per la condizione di particolare vulnerabilità dei minori migranti³⁴. A tal proposito, si rammenti che la difesa del mantenimento dell'unità familiare contro ogni tipo di interferenza statale arbitraria o illegittima è espressamente tutelata da numerosi strumenti internazionali concernenti la protezione dei diritti umani³⁵, essendo la famiglia generalmente definita come «*the natural and fundamental group unit of society and is entitled to protection by society and the State*»³⁶.

³² Sul punto, si veda per approfondimenti A. ADINOLFI, *La rilevanza della CRC nell'ordinamento dell'Unione europea*, in Autorità garante per l'infanzia e l'adolescenza (a cura di), *La Convenzione delle Nazioni Unite sui diritti dell'infanzia e dell'adolescenza: conquiste e prospettive a 30 anni dall'adozione*, Roma, 2018, p. 63 ss.

³³ Cfr. Comunicazione della Commissione al Parlamento europeo e al Consiglio, *La protezione dei minori migranti*, COM (2017) 211 final, p.3.

³⁴ Nello specifico, sulla situazione di vulnerabilità dei minori richiedenti asilo, si veda anche M. MARCHEGLIANI, *The Best Interests Principle's Impact on Decisions Concerning Asylum Seeking and Refugees Children*, in E. BERGAMINI, C. RAGNI (eds), *Fundamental Rights and Bests Interests of the Child in Transnational Families*, Cambridge, 2019, p. 39 ss.

³⁵ Si veda, soltanto a titolo esemplificativo, l'art. 8 della Convenzione EDU o, ancora l'art. 7 della Carta di Nizza.

³⁶ H. LAMBERT, *Family unity in migration law: the evolution of a more unified approach in Europe*, in V. CHE-TAIL, C. BAULOZ (a cura di), *Research Handbook on International Law and Migration*, Cheltenham, 2014, pp.194 ss.

Oltre a ciò, appare necessario evidenziare come l'emergenza sanitaria provocata dalla pandemia da COVID-19 (tuttora non completamente superata) abbia avuto un impatto considerevole sulla condizione dei minori migranti. Seppur, infatti, la crisi pandemica degli ultimi anni ha colpito e compresso notevolmente e in maniera pressoché indiscriminata i diritti fondamentali della persona umana, non si può ignorare la circostanza che determinate situazioni individuali - caratterizzate da un più critico profilo di vulnerabilità - hanno amplificato gli effetti della suddetta emergenza sanitaria, provocando nei soggetti coinvolti una maggiore esposizione ai rischi più disparati. In particolare, bisogna tenere in considerazione che i minori migranti rappresentano di fatto uno dei gruppi più vulnerabili, in quanto, specialmente se separati dalla loro famiglia, non di rado possono andare potenzialmente incontro a traumi psicologici o, ancora, possono essere vittime di autolesionismo, sfruttamento, abusi sessuali e traffico di esseri umani.

Orbene, come in precedenza accennato, la decisione della Corte di Lussemburgo in commento deve essere senza dubbio accolta positivamente per il suo taglio innovativo e garantista. Infatti, nell'interpretazione del vigente quadro normativo da loro fornita, i giudici europei hanno affermato l'esigenza di preservare, in via di principio, l'unità del nucleo familiare. Di qui l'impossibilità per i 27 - per qualunque decisione sostanziale o procedurale adottata in attuazione dell'assetto normativo del SECA - di far ricorso a misure che possano costituire un ostacolo all'effettivo godimento da parte del minore e dei suoi familiari del diritto all'unità familiare. È auspicabile che l'orientamento fornito dalla Corte possa incentivare in futuro gli Stati membri, nell'ambito dell'adozione della propria normativa interna in materia di protezione internazionale, a considerare in modo sempre più proattivo il superiore interesse del minore, inteso come punto di riferimento principale di qualsivoglia valutazione di proporzionalità o di bilanciamento dei diversi interessi in gioco; a tale scopo, i governi nazionali andrebbero incoraggiati - in un'ottica sempre più garantista - a spingersi anche oltre quanto esplicitamente previsto dal diritto derivato dell'UE³⁷.

³⁷ Cfr. P. BIONDI, *The best interests of the child and the right to family unity under the EU Law*, in *International Association of Refugee and Migration Judge*, 2017, p. 14 ss.

SEZIONE IV
Cooperazione giudiziaria europea in materia penale

La sentenza *Governor of Cloverhill Prison* della Corte di giustizia UE e la scelta delle basi giuridiche per gli Accordi con il Regno Unito in materia di Brexit

ALESSANDRO ROSANÒ*

SOMMARIO: 1. Introduzione. – 2. Le basi giuridiche dell’Accordo di recesso e dell’Accordo sugli scambi commerciali e la cooperazione. – 3. La causa *Governor of Cloverhill Prison*. – 4. PESC o spazio di libertà, sicurezza e giustizia? Come risolvere i dubbi relativi alla riconducibilità di un accordo internazionale all’uno o all’altro ambito. – 5. Conclusioni.

ABSTRACT: Con la sentenza *Governor of Cloverhill Prison*, la Corte di giustizia ha confermato la correttezza delle basi giuridiche offerte dal diritto dell’Unione europea per l’Accordo di recesso e l’Accordo sugli scambi commerciali e la cooperazione, identificate rispettivamente negli articoli 50 TUE e 217 TFUE. Al tempo stesso, i giudici di Lussemburgo hanno escluso che, al fine di permettere interventi nell’ambito dello spazio di libertà, sicurezza e giustizia, sarebbe stato necessario individuarne di ulteriori, come l’art. 82 TFUE sulla cooperazione giudiziaria in materia penale. Il presente contributo fornisce un’analisi della pronuncia, ponendola in relazione con la giurisprudenza pregressa della Corte di Lussemburgo.

PAROLE CHIAVE: *Governor of Cloverhill Prison* – Accordo di recesso – Accordo sugli scambi commerciali e la cooperazione – base giuridica – mandato d’arresto europeo – Corte di giustizia.

1. Introduzione

Con la sentenza resa il 16 novembre 2021, la Grande Sezione della Corte di giustizia ha avuto modo di affrontare una delicata questione collegata all’esecuzione di mandati d’arresto europei (MAE) emessi da parte di autorità giudiziarie britan-

* Alessandro Rosanò, Docente a contratto di Diritto dell’Unione europea e di Diritto internazionale, Università della Valle d’Aosta, a.rosano@univda.it.

niche nella fase di transizione, successiva alla notifica da parte del Regno Unito della volontà di recedere dall'Unione europea e anteriore al recesso¹.

Problemi analoghi, in realtà, si erano già posti in passato e, in quell'occasione, la Corte di giustizia aveva chiarito che la notifica della volontà di recedere dall'Unione *ex art. 50 TUE* non ha l'effetto di sospendere l'applicazione del diritto dell'Unione nello Stato membro notificante e che, di conseguenza, il diritto dell'Unione, compresa la decisione quadro 2002/584/GAI², rimane in vigore e continua a essere applicato nello Stato in questione fino all'avvenuto recesso³.

Tuttavia, la sentenza qui considerata è di particolare rilievo perché i difensori dei destinatari dei MAE avevano sostenuto, dinanzi alla Corte Suprema d'Irlanda, che, nonostante alcune previsioni appositamente inserite nell'Accordo di recesso e nell'Accordo sugli scambi commerciali e la cooperazione (ASCC) per mantenere in vigore il sistema del MAE fino a che non fosse entrato a regime il nuovo meccanismo di consegna previsto dal secondo di tali accordi, dette disposizioni non sarebbero state vincolanti nei confronti dell'Irlanda.

Ciò in quanto le basi giuridiche dei due accordi – rispettivamente, l'art. 50 TUE e l'art. 217 TFUE – non sarebbero idonee a permettere interventi nell'ambito dello spazio di libertà, sicurezza e giustizia. A tal fine, sarebbe stato necessario richiamare anche l'art. 82 TFUE, relativo alla cooperazione giudiziaria in materia penale e, in particolar modo, al reciproco riconoscimento delle sentenze e delle decisioni giudiziarie penali. Questo avrebbe implicato l'applicazione del protocollo n. 21 al Trattato di Lisbona, che definisce uno *status* particolare (*opt-out*) per quel che attiene alla partecipazione dell'Irlanda allo spazio di libertà, sicurezza e giustizia.

Fornite alcune rapide indicazioni relative alla disciplina del MAE nel contesto dei due accordi e al protocollo n. 21, si passerà a illustrare la pronuncia della Corte di giustizia, mettendola in relazione con la giurisprudenza pregressa in materia. In seguito, si evidenzieranno due cause alle quali i giudici di Lussemburgo si sarebbero potuti richiamare per sostenere ulteriormente la loro posizione, e si svol-

¹ CGUE, sentenza del 16 novembre 2021, C-479/21 PPU, *Governor of Cloverhill Prison e a.*

² Decisione quadro 2002/584/GAI del Consiglio, del 13 giugno 2002, relativa al mandato d'arresto europeo e alle procedure di consegna tra Stati membri - Dichiarazioni di alcuni Stati membri sull'adozione della decisione quadro. Per un'introduzione, R. BLEKXTOON, W. VAN BALLEGOOIJ (eds), *Handbook on the European Arrest Warrant*, The Hague, 2005; A. DAMATO, *Il mandato d'arresto europeo e la sua attuazione nel diritto italiano (I)*, in *Il Diritto dell'Unione europea*, 2005, p. 21 ss.; ID., *Il mandato d'arresto europeo e la sua attuazione nel diritto italiano (II)*, in *Il Diritto dell'Unione europea*, 2005, p. 203 ss.; L. KLIMEK, *European Arrest Warrant*, Berlin, 2015.

³ CGUE, sentenza del 19 settembre 2018, C-327/18 PPU, RO.

geranno alcune considerazioni in merito alle future relazioni tra Unione europea e Regno Unito, con riguardo alla cooperazione giudiziaria in materia penale e alla tutela dei diritti fondamentali che deve essere assicurata in tale ambito.

2. Le basi giuridiche dell'Accordo di recesso e dell'Accordo sugli scambi commerciali e la cooperazione

Con l'Accordo di recesso, approvato il 17 ottobre 2019⁴, si era previsto un periodo di transizione, compreso tra il 1° febbraio 2020 (data di entrata in vigore dell'accordo) e il 31 dicembre 2020, durante il quale il diritto dell'Unione europea avrebbe continuato ad applicarsi nei confronti del Regno Unito, producendo gli stessi effetti che esso esplica nell'Unione e negli Stati membri (artt. 126 e 127). Con specifico riferimento al MAE, si stabiliva che la procedura prevista dalla decisione quadro 2002/584/GAI si sarebbe applicata ove il ricercato fosse stato arrestato prima della scadenza del periodo di transizione ai fini dell'esecuzione di un mandato, a prescindere dal fatto che l'autorità giudiziaria di esecuzione decidesse di mantenere il soggetto in stato di custodia o di rimmetterlo in libertà provvisoria (art. 62, par. 1, lett. b).

Nell'ASCC del 30 dicembre 2020⁵, è previsto un sistema di consegna modellato sul MAE, vale a dire fondato sull'emissione di decisioni giudiziarie da parte di autorità che siano organi giurisdizionali o pubblici ministeri degli Stati membri e del Regno Unito (art. 596 ss.). Si prevede altresì (art. 632) che questo meccanismo si applichi ai MAE emessi prima della fine del periodo di transizione qualora la persona ricercata non sia stata arrestata in esecuzione del mandato entro tale termine⁶.

⁴ Sull'Accordo di recesso, si vedano L. DANIELE, *Brevi note sull'accordo di recesso dall'Unione europea ai sensi dell'art. 50 TUE*, in *Il Diritto dell'Unione europea*, 2017, p. 391 ss.; F. FABBRINI (ed.), *The Law & Politics of Brexit: Volume II. The Withdrawal Agreement*, Oxford, 2020; S. PEERS, *The End - or a New Beginning? The EU/UK Withdrawal Agreement*, in *Yearbook of European Law*, 2020, p. 122 ss.

⁵ Sull'ASCC, P. BIRKINSHAW, *Brexit and the Trade and Cooperation Agreement: Endgame or Prolegomenon?*, in *European Public Law*, 2021, p. 229 ss.; C. CURTI GIALDINO, *Gli aspetti formali e istituzionali*, in *Eurojus.it*, 9 febbraio 2021; F. FABBRINI (ed.), *The Law & Politics of Brexit: Volume III. The Framework of New EU-UK Relations*, Oxford, 2021; A. TANCA, *Brexit. Osservazioni sull'Accordo sugli scambi e la cooperazione tra l'Unione europea e il Regno Unito*, in *Quaderni costituzionali*, 2021, p. 221 ss.; S. USHERWOOD, *'Our European Friends and Partners'? Negotiating the Trade and Cooperation Agreement*, in *Journal of Common Market Studies*, 2021, p. 115 ss.; S. PEERS, *So close, yet so far: The EU/UK Trade and Cooperation Agreement*, in *Common Market Law Review*, 2022, p. 49 ss.; G. ADINOLFI, A. MALATESTA, M. VELLANO (a cura di), *L'accordo sugli scambi commerciali e la cooperazione tra l'Unione Europea e il Regno Unito*, Torino, 2022.

⁶ Per un commento alla nuova procedura di consegna, L. GROSSIO, *Still Trust? Some Reflections Over the New EU-UK Arrest Warrant*, in *European Journal of Crime, Criminal Law and Criminal Justice*, 2022, p.

Venendo alla questione della base giuridica dei due accordi, nel caso dell'Accordo di recesso essa è costituita dall'art. 50, par. 2 TUE, ai sensi del quale l'Unione negozia e conclude con lo Stato che intende recedere un accordo volto a definire le modalità del recesso, tenendo conto del quadro delle future relazioni con l'Unione⁷. Quanto all'ASCC, il fondamento è invece da identificarsi nell'art. 217 TFUE, che stabilisce che l'Unione possa concludere accordi di associazione con uno o più Stati terzi o con organizzazioni internazionali.

Come si diceva in precedenza, la tesi avanzata dalle difese dei destinatari dei MAE, rifugiatisi in Irlanda per sottrarsi alla giustizia britannica, è che tali basi giuridiche non avrebbero permesso l'adozione di una disciplina specificamente dedicata alla cooperazione giudiziaria in materia penale e, soprattutto, al MAE, in quanto avrebbe dovuto essere richiamato anche l'art. 82 TFUE, in particolare il par. 1, secondo comma, lett. d), di detta disposizione.

Come noto, la cooperazione giudiziaria in materia penale rientra nell'ambito di competenza dell'Unione relativo allo spazio di libertà, sicurezza e giustizia. Il protocollo n. 21 al Trattato di Lisbona, le cui previsioni riguardavano originariamente anche il Regno Unito, stabilisce che l'Irlanda non partecipa all'adozione da parte del Consiglio delle misure proposte a norma della parte terza, titolo V del TFUE, in materia – appunto – di spazio di libertà, sicurezza e giustizia. Di conseguenza, nessuna misura assunta sulla base di tale titolo, nessuna disposizione di accordi internazionali

19 ss. Per delle prime indicazioni sulla cooperazione giudiziaria in materia penale nell'ambito dell'accordo in parola, V. MITSILEGAS, *A new 'special relationship' or a damage limitation exercise? EU–UK criminal justice cooperation after Brexit*, in *New Journal of European Criminal Law*, 2021, p. 105 ss., e L. SALAZAR, *La disciplina della cooperazione giudiziaria penale*, in *Enrojus*, 9 febbraio 2021. In generale, V. MITSILEGAS, *European Criminal Law after Brexit*, in *Criminal Law Forum*, 2017, 219 ss.; A. WEYEMBERGH, *Consequences of Brexit for European Union criminal law*, in *New Journal of European Criminal Law*, 2017, p. 284 ss.; C. BRIÈRE, *Brexit and its consequences for cooperation in criminal matters*, in *European Law Blog*, 3 febbraio 2020.

⁷ Il che implica che l'Unione non possa fondare sull'art. 50 l'accordo sulle future relazioni con uno Stato che intenda recedere e che l'accordo di recesso concluso sulla base di tale articolo possa contenere solo previsioni non giuridicamente vincolanti per quel che attiene alle future relazioni (in questo senso, A. EKA, *Article 50 TEU as Legal Basis for Future Relations?*, in *Verfassungsblog*, 28 ottobre 2019), pur potendo comportare delle scelte di *policy* sul punto (così C. HILLION, *Leaving the European Union, the Union way. A legal analysis of Article 50 TEU*, in *European Policy Analysis*, agosto 2016, p. 7). È pur vero, comunque, che la distinzione tra ciò che rientra in un accordo di recesso e ciò che invece deve essere disciplinato dall'accordo sulle future relazioni può non essere così facile da individuare. Come è stato notato: « What if, for example, the withdrawal agreement was to contain “permanent” provisions (i. e. without explicit time limitation)? Would it be necessary to carry out an “accessory / principal” test, in order to assess whether the principal aim of the agreement is to “set out the arrangements for [the] withdrawal” of the UK or to lay down “the framework for its future relationship with the Union”? » (H. FLAVIER, S. PLATON, *Brexit: A Tale of Two Agreements?*, in *European Law Blog*, 30 agosto 2016).

conclusi dall'Unione sul fondamento di tale titolo e nessuna decisione della Corte di giustizia dell'Unione europea sull'interpretazione di queste misure e disposizioni è vincolante o applicabile all'Irlanda a meno che, entro tre mesi dalla presentazione di una proposta o un'iniziativa al Consiglio a norma del titolo V, l'Irlanda non notifichi la propria volontà di partecipare alla misura proposta o che, anche successivamente all'adozione di detta misura, l'Irlanda esprima una simile volontà.

È stato così definito un meccanismo di *opt-out* che, a prima vista, può essere inteso come espressivo di un'opposizione al raggiungimento di una più profonda integrazione tra gli Stati membri dell'Unione e di un'impostazione di carattere strenuamente intergovernativo. In termini di natura generale, si tratta indubbiamente di uno dei molteplici elementi che vanno a comporre la complicata galassia dell'integrazione differenziata quale fenomeno che permette agli Stati membri di definire l'intensità del loro coinvolgimento nelle politiche comuni dell'Unione⁸. Eppure, a una più attenta analisi, si può notare come uno strumento del genere abbia in realtà favorito il coinvolgimento di Stati membri che, altrimenti, sarebbero stati restii a partecipare all'adozione di atti relativi a settori politicamente sensibili, come per esempio negli ambiti della cooperazione giudiziaria in materia penale e della cooperazione di polizia⁹.

Sul punto, è stato comunque rilevato che il protocollo definisce una deroga e, pertanto, deve essere oggetto di un'interpretazione restrittiva. In particolare, va esclusa la possibilità che esso permetta di rimettere alla discrezionalità dello Stato munito di *opt-out* la partecipazione a misure relative ad ambiti del diritto dell'Unione diversi dallo spazio di libertà, sicurezza e giustizia, quali il mercato interno e l'associazione di Stati terzi¹⁰ o la politica commerciale comune¹¹.

⁸ Per un'introduzione al tema, N. WALKER, *Sovereignty and Differentiated Integration in the European Union*, in *European Law Journal*, 1998, p. 355 ss.; D. LEUFFEN, B. RITTBERGER, F. SCHIMMELFENNIG, *Differentiated Integration. Explaining Variation in the European Union*, Basingstoke-New York, 2013; M. CONDINANZI, *L'Unione europea tra integrazione e differenziazione*, in *federalismi.it*, 11 marzo 2015; B. LERUTH, C. LORD, *Differentiated integration in the European Union: a concept, a process, a system or a theory?*, in *Journal of European Public Policy*, 2015, p. 754 ss.; E. PISTOLA, *Limiti all'integrazione differenziata dell'Unione europea*, Bari, 2018; A. MIGLIO, *Integrazione differenziata e principi strutturali dell'ordinamento dell'Unione europea*, Torino, 2020.

⁹ In questo senso, S. MONTALDO, *L'integrazione differenziata e la cooperazione giudiziaria e di polizia in materia penale nell'UE: il caso degli opt-out di Regno Unito, Irlanda e Danimarca*, in *La legislazione penale*, 4 febbraio 2016. Quanto agli atti a cui partecipa l'Irlanda, si veda www.justice.ie.

¹⁰ Conclusioni dell'Avvocato generale Kokott del 21 marzo 2013, C-431/11, *Regno Unito c. Consiglio*, punto 74.

¹¹ Conclusioni dell'Avvocato generale Kokott del 27 giugno 2013, C-137/12, *Commissione c. Consiglio*, punto 84.

3. La causa *Governor of Cloverhill Prison*

Alla luce di tale contesto normativo, con il proprio rinvio pregiudiziale la Corte suprema irlandese ha chiesto se le disposizioni sul mantenimento del regime del MAE nei confronti del Regno Unito durante il periodo di transizione (quanto all'Accordo di recesso) e dopo il periodo di transizione (quanto all'ASCC) siano vincolanti nei confronti dell'Irlanda.

Il problema attiene all'individuazione della corretta base giuridica per la conclusione degli accordi in questione. Si tratta di un tema nient'affatto nuovo per la Corte di giustizia, che ha già avuto modo di affermare ripetutamente che la scelta della base giuridica di un atto dell'Unione deve fondarsi su elementi oggettivi suscettibili di sindacato giurisdizionale, quali lo scopo e il contenuto di tale atto. Nel caso in cui l'atto miri a realizzare una duplice finalità o possieda una duplice componente, si tratta di stabilire se una di esse sia identificabile come principale. Ove sia così, l'atto deve fondarsi solamente sulla base giuridica relativa alla finalità o alla componente preponderante. Ove invece non sia possibile determinare se una delle due sia principale e l'altra accessoria, l'atto deve fondarsi sulle diverse basi giuridiche rilevanti, a meno che le procedure previste dalle rispettive norme non siano incompatibili¹².

In una causa relativa all'impugnazione da parte della Commissione della decisione del Consiglio sulla firma della Convenzione europea sulla tutela dei servizi ad accesso condizionato e di accesso condizionato, la Corte di giustizia ha avuto modo di valorizzare questo orientamento anche con riferimento ai protocolli, ribadendo che la base giuridica deve essere individuata tenendo conto di elementi oggettivi quali la finalità e il contenuto principali o preponderanti dell'atto e aggiungendo che, a partire da questo, si definiscono i protocolli eventualmente applicabili¹³. Ulteriori conferme di tale lettura si sono avute in molteplici occasioni¹⁴.

¹² Per delle indicazioni in questo, *ex multis*, CGUE, sentenza dell'11 giugno 1991, C-300/89, *Commissione c. Consiglio*, punto 10; sentenza del 3 dicembre 1996, C-268/94, *Portogallo c. Consiglio*, punto 22; sentenza del 10 gennaio 2006, *Commissione c. Parlamento e Consiglio*, punti 41-42; sentenza del 2 settembre 2021, C-180/20, *Commissione c. Consiglio*, punto 32. Sul tema, G.M. ROBERTI, *La giurisprudenza della Corte di giustizia sulla «base giuridica» degli atti comunitari*, in *Il Foro italiano*, 1991, p. 100 ss., e A. ENGEL, *The Choice of Legal Basis for Acts of the European Union. Competence Overlaps, Institutional Preferences, and Legal Basis Litigation*, Cham, 2018.

¹³ CGUE, sentenza del 22 ottobre 2013, C-137/12, *Commissione c. Consiglio*, punti 52, 74-75.

¹⁴ Si vedano, per esempio, CGUE, sentenza del 27 febbraio 2014, C-656/11, *Regno Unito c. Consiglio*, punti 47-49; sentenza del 18 dicembre 2014, C-81/13, *Regno Unito c. Consiglio*, punti 35-37; parere del 16 maggio 2017, avis C-2/15, *Accord de libre-échange avec Singapour*, punto 218.

Allora, l'identificazione della base giuridica prescinde dalla considerazione del protocollo. È infatti la base giuridica che determina l'eventuale applicazione del protocollo, e non, viceversa, la considerazione del protocollo a comportare la scelta della base giuridica.

Quest'impostazione si ravvisa anche nella sentenza *Governor of Cloverhill Prison*, per quanto attiene sia alla base giuridica, sia all'applicabilità del protocollo n. 21. Con riferimento al primo tema, la Corte sottolinea che l'art. 50 TUE, base giuridica dell'Accordo di recesso, attribuisce esclusivamente all'Unione europea la competenza a negoziare e concludere un accordo del genere, così da assicurare che il recesso si svolga in maniera ordinata, disciplinando tutte le questioni che possono assumere rilievo in un contesto di certamente problematica gestione come quello che scaturisce dalla decisione di uno Stato di non fare più parte dell'Unione. Dunque, l'art. 50 TUE era ed è senza dubbio idoneo a fungere da base giuridica per l'Accordo di recesso¹⁵. L'eventuale aggiunta dell'art. 82 TFUE sarebbe stata fonte di confusione e incertezze ai fini della cooperazione giudiziaria in materia penale. L'Irlanda, infatti, partecipava già al sistema del MAE anche nei rapporti con il Regno Unito. Ammettere l'applicabilità del protocollo n. 21 in forza del riferimento a quell'ulteriore base giuridica avrebbe potuto condurre alla conclusione che, in realtà, l'Irlanda non fosse parte del meccanismo di consegna definito dal diritto dell'Unione¹⁶.

Quanto all'ASCC e all'art. 217 TFUE, i giudici di Lussemburgo rilevano che, in generale, è stato ammesso che l'articolo in questione conferisca all'Unione la competenza ad assumere impegni nei confronti di Stati terzi in tutti i settori di sua competenza. È vero che è stato altresì riconosciuto che l'adozione di un atto nell'ambito di un accordo di associazione è soggetta a una condizione: che tale atto attenga a un settore di competenza dell'Unione e si fondi anche sulla base giuridica relativa a detto settore¹⁷. Tuttavia, ciò è stato affermato in relazione non alla conclusione di un accordo internazionale, bensì all'adozione di un atto nel contesto di un organo creato da un simile accordo. Tale dato non riveste allora alcun pregio ai fini della questione pregiudiziale sollevata, come anche il richiamo alla giurisprudenza che ammette la pluralità di basi giuridiche in presenza di più finalità nessuna delle quali sia accessoria rispetto all'altra. Se non fosse così, infat-

¹⁵ CGUE, *Governor of Cloverhill Prison e a.*, cit., punti 47-53.

¹⁶ *Ibidem*, punti 55-56.

¹⁷ *Ibidem*, punti 57-58. Si veda la già citata sentenza CGUE, *Regno Unito c. Consiglio*, cit.

ti, si giungerebbe all'esito paradossale di dover richiamare ogni volta tutte le basi giuridiche rilevanti, svuotando di contenuto l'art. 217¹⁸.

Pertanto, le basi giuridiche dei due accordi sono state correttamente identificate e il protocollo n. 21 non è applicabile.

Si ritiene opportuno ricordare che l'Avvocato generale Kokott, nelle proprie conclusioni, ha ritenuto che non possa valorizzarsi ai fini della causa in discussione il fatto che l'Avvocato generale Hogan, nelle conclusioni presentate con riferimento alla richiesta di parere relativa all'adesione dell'Unione alla Convenzione di Istanbul, abbia ammesso che la firma dell'Unione implichi l'esercizio di competenze inerenti allo spazio di libertà, sicurezza e giustizia¹⁹. L'Avvocato generale Kokott ha rilevato che si tratta di un accordo di tutt'altro tipo, le cui peculiarità giustificano la scelta di una diversa base giuridica²⁰. Pur non essendo offerte ulteriori spiegazioni sul punto – le quali sarebbero state di certo utili –, può ritenersi che l'affermazione dell'Avvocato generale Kokott si fondi sul fatto che la Convenzione di Istanbul mira a introdurre una disciplina riconducibile a un singolo, specifico tema (prevenzione e lotta contro la violenza nei confronti delle donne e la violenza domestica), pur declinato con riferimento ai diversi aspetti giuridici che possono assumere rilievo di volta in volta (per esempio, di carattere penalistico e processual-penalistico). Le decisioni adottate dal Consiglio circa la firma della Convenzione da parte dell'Unione si fondano allora, rispettivamente, sugli artt. 82 e 83 TFUE (con riferimento ai profili di cooperazione giudiziaria in materia penale) e sull'art. 78 (in relazione alle questioni dell'asilo e del non-respingimento), dato che la Convenzione, come riportato nel considerando n. 6 di entrambe le decisioni, «può incidere su norme comuni o modificarne la portata»²¹.

Nel caso degli accordi conclusi con il Regno Unito, invece, è l'insieme dei rapporti con quello Stato che deve considerarsi e gli accordi, dunque, esprimono il tentativo di elaborare una normativa applicabile con riferimento a qualsiasi te-

¹⁸ CGUE, *Governor of Cloverhill Prison e a.*, cit., punti 61 ss.

¹⁹ Conclusioni dell'avvocato generale Hogan dell'11 marzo 2021, avis C-1/19, *Convention d'Istanbul*, punti 181 ss.

²⁰ Conclusioni dell'Avvocato generale Kokott del 9 novembre 2021, C-479/21 PPU, *Governor of Cloverhill Prison e a.*, punto 61.

²¹ Decisione (UE) 2017/865 del Consiglio dell'11 maggio 2017 relativa alla firma, a nome dell'Unione europea, della convenzione del Consiglio d'Europa sulla prevenzione e la lotta contro la violenza nei confronti delle donne e la violenza domestica per quanto riguarda la cooperazione giudiziaria in materia penale e decisione (UE) 2017/866 del Consiglio dell'11 maggio 2017 relativa alla firma, a nome dell'Unione europea, della convenzione del Consiglio d'Europa sulla prevenzione e la lotta contro la violenza nei confronti delle donne e la violenza domestica per quanto riguarda l'asilo e il non-respingimento.

matica possa assumere rilievo, dal commercio ai trasporti, dalla tutela dell'ambiente alla partecipazione ai programmi di finanziamento dell'Unione. Dunque, come evidenziato dalla Corte, sarebbe stato illogico richiamare tutte le basi giuridiche rilevanti.

4. PESC o spazio di libertà, sicurezza e giustizia? Come risolvere i dubbi relativi alla riconducibilità di un accordo internazionale all'uno o all'altro ambito

Come detto in precedenza, il ragionamento della Corte sulla scelta delle basi giuridiche degli accordi in questione si inserisce nel solco di un orientamento ampiamente noto e consolidato. *Ad adiuvandum*, due ulteriori cause – alle quali l'Avvocato generale Kokott fa riferimento *en passant* – avrebbero potuto essere utilmente valorizzate dalla Corte.

Può considerarsi intanto una causa inerente al ricorso d'annullamento promosso dal Parlamento europeo avverso la decisione del Consiglio relativa alla firma e alla conclusione dell'accordo tra l'Unione europea e la Repubblica di Mauritius sulle condizioni del trasferimento delle persone sospettate di atti di pirateria e dei beni sequestrati da parte della forza navale diretta dall'Unione europea alla Repubblica di Mauritius e sulle condizioni delle persone sospettate di atti di pirateria dopo il trasferimento. Tale decisione risultava fondata sugli artt. 37 TUE e 218, par. 5 e 6, TFUE. L'art. 37 TUE prevede che l'Unione possa concludere accordi con uno o più Stati od organizzazioni internazionali nei settori della PESC, mentre l'art. 218, par. 5 e 6, TFUE, definisce alcuni aspetti della procedura per la conclusione di accordi tra Unione e Stati terzi od organizzazioni internazionali. In particolar modo, al par. 6 si stabilisce, *inter alia*, che, tranne quando l'accordo riguardi esclusivamente la PESC, il Consiglio adotta la decisione di conclusione dell'accordo previa approvazione del Parlamento europeo per accordi che riguardano settori ai quali si applica la procedura legislativa ordinaria oppure la procedura legislativa speciale qualora sia necessaria l'approvazione del Parlamento europeo.

A opinione del Parlamento europeo, la decisione non riguardava un accordo rilevante solo ed esclusivamente per la materia PESC e il Consiglio avrebbe dovuto adottare la decisione solo a seguito dell'approvazione del Parlamento. A sostegno di ciò, si faceva valere che l'accordo conteneva disposizioni connesse anche alla cooperazione allo sviluppo, alla cooperazione di polizia e soprattutto, per

quel che qui interessa, alla cooperazione giudiziaria in materia penale relative, per esempio, all'ammissibilità delle prove, ai diritti delle persone sospettate di atti di pirateria e alla formazione di magistrati e operatori giudiziari.

Pur ritenendo tale motivo infondato, la Corte di giustizia non ha svolto particolari considerazioni quanto alla natura delle materie contemplate nell'accordo²². Più approfondite risultano invece le conclusioni dell'Avvocato generale Bot. Ad avviso di quest'ultimo, la costruzione di uno spazio di libertà, sicurezza e giustizia può richiedere un'azione esterna da parte dell'Unione; tuttavia, affinché si possa affermare che un accordo rientra nello spazio di libertà, sicurezza e giustizia, è necessario «che esso presenti uno stretto collegamento con la libertà, la sicurezza e la giustizia in seno all'Unione». Tale collegamento sussiste quando si può identificare «un nesso diretto tra la finalità di sicurezza interna dell'Unione e la cooperazione giudiziaria e/o di polizia che viene sviluppata all'esterno dell'Unione», mentre un'azione dell'Unione va ricondotta alla PESC «quando il suo obiettivo sia anzitutto la pace, la stabilità e l'evoluzione democratica in una regione fuori dell'Unione»²³.

Si può fare altresì riferimento alla causa relativa al ricorso con il quale il Parlamento europeo ha chiesto l'annullamento della decisione del Consiglio sulla firma e la conclusione dell'accordo tra Unione europea e Tanzania circa le condizioni del trasferimento delle persone sospettate di atti di pirateria e dei relativi beni sequestrati da parte della forza navale diretta dall'Unione europea alla Tanzania. Anche in questo caso il Parlamento europeo lamentava, tra l'altro, che la decisione non avrebbe dovuto essere basata solo sull'art. 37 TUE e, di conseguenza, che non avrebbe dovuto essere adottata senza l'approvazione del Parlamento stesso. Al contrario, avrebbero dovuto essere considerati anche gli artt. 82 e 87 TFUE, dedicati rispettivamente alla cooperazione giudiziaria in materia penale e alla cooperazione di polizia, e l'adozione avrebbe dovuto essere preceduta dall'approvazione del Parlamento europeo.

Sul punto, la Corte rileva che alcune delle previsioni poste dall'accordo paiono riguardare i due settori ora menzionati, ove lette separatamente. Tuttavia, «il fatto che talune disposizioni di detto accordo, considerate isolatamente, assomiglino a norme che possono essere adottate in un settore di azione dell'Unione non è di per sé sufficiente a individuare la base giuridica adeguata della decisione

²² Si veda CGUE, sentenza del 24 giugno 2014, C-658/11, *Parlamento c. Consiglio*.

²³ Conclusioni dell'Avvocato generale Bot del 30 gennaio 2014, C-658/11, *Parlamento europeo c. Consiglio*, punti 111-112.

impugnata», in quanto l'accordo è diretto a rafforzare la cooperazione internazionale in materia di repressione degli atti di pirateria²⁴.

Al riguardo, la Corte richiama le conclusioni dell'Avvocato generale Kokott, secondo cui l'accordo contiene diverse disposizioni che, a prima vista, paiono riconducibili alla cooperazione giudiziaria in materia penale e alla cooperazione di polizia, dato che attengono al trasferimento di persone e beni al fine dell'azione giudiziaria e dei diritti delle persone trasferite. Dunque, un elemento di affinità rispetto allo spazio di libertà, sicurezza e giustizia è sicuramente presente. Ciò però non è dirimente. La cooperazione tra Unione e Tanzania è funzionale a incrementare la sicurezza internazionale e a questa finalità si ricollegano quelle previsioni. Pertanto, il richiamo all'art. 82 TFUE – e all'art. 87, quanto alla cooperazione di polizia – non serve, mancando un nesso sufficiente con lo spazio di libertà, sicurezza e giustizia²⁵.

Alla luce anche di tali pronunce, può ritenersi che, per identificare la o le finalità perseguita da un accordo e, di conseguenza, la corretta base giuridica, non si deve procedere a una parcellizzazione teleologica fondata sulla considerazione – per così dire – atomistica di una singola previsione o di un gruppo di previsioni. Al contrario, deve adottarsi un'interpretazione sistematica, attraverso cui valutare l'accordo nel suo complesso²⁶.

5. Conclusioni

Nella sentenza *Governor of Cloverhill Prison*, la Corte di giustizia ha escluso, per le ragioni sopra esposte, che le basi giuridiche dell'Accordo di recesso e dell'ASCC fossero erranee. È stata così confermata la validità dei due accordi²⁷.

²⁴ CGUE, sentenza del 14 giugno 2016, C-263/14, *Parlamento c. Consiglio*.

²⁵ Conclusioni dell'avvocato generale Kokott del 28 ottobre 2015, C-263/14, *Parlamento c. Consiglio*, punti 61 ss.

²⁶ Può considerarsi anche quanto affermato dalla Corte di giustizia con riferimento agli accordi di cooperazione allo sviluppo, rilevando che, per essere qualificato come tale, un accordo deve perseguire gli obiettivi di questa politica. Posto che essi sono ampi, «esigere che un accordo di cooperazione allo sviluppo sia del pari basato su una disposizione diversa da quella relativa a tale politica ogni volta che esso incida su una materia specifica potrebbe, in pratica, privare del loro contenuto la competenza e il procedimento di cui a quest'ultima disposizione». Di conseguenza, la presenza di clausole concernenti materie specifiche non modifica la qualificazione dell'accordo, che dipende dallo scopo essenziale di esso, e non già da singole clausole, «purché tali clausole non comportino, nelle materie specifiche considerate, obblighi di portata tale che detti obblighi costituiscano in realtà scopi distinti da quelli della cooperazione allo sviluppo» (sentenza *Portogallo c. Consiglio*, punti 37-39; si veda anche CGUE, sentenza dell'11 giugno 2014, C-377/12, *Commissione c. Consiglio*, punti 38-39).

²⁷ Sul tema, T. BUCHTA, *SN and SD – The judicial endorsement of the EU's exclusive competence in negotiating and concluding the EU-UK Withdrawal Agreement*, in *European Law Blog*, 7 dicembre 2021.

È stato comunque rilevato da uno dei primi commentatori della sentenza che le speranze dei soggetti ricercati non potevano che essere scarse. Infatti, nell'improbabile ipotesi in cui la Corte avesse ritenuto che anche l'art. 82 TFUE dovesse essere considerato quale base giuridica e che l'Irlanda dovesse manifestare la volontà di partecipare ai sensi del protocollo n. 21, i giudici di Lussemburgo avrebbero verosimilmente fatto salvi gli effetti della disciplina in materia di estradizione fino a che essa non fosse stata ridefinita sulla base del corretto fondamento normativo e l'Irlanda non avesse aderito²⁸.

Così, i MAE emessi dal Regno Unito nel caso concreto possono essere portati a esecuzione. Di conseguenza, i destinatari non possono sottrarsi alla consegna alle autorità britanniche e qualunque ulteriore situazione di tale tipo venga a porsi in futuro in relazione a MAE già emessi verrà risolta nello stesso modo. Tutto questo si deve all'interpretazione della Corte di giustizia, l'istituzione che, dal punto di vista dei Brexiteers, maggiormente minava la sovranità britannica²⁹.

Ciò non toglie che i mandati d'arresto che verranno emessi in futuro da parte del Regno Unito potranno essere fatti oggetto di ulteriori contestazioni, non tanto per quel che attiene alla base giuridica degli accordi – nello specifico, dell'ASCC –, ma con riferimento alla tutela dei diritti fondamentali. Con questo, ovviamente, non intende dirsi che, a seguito del recesso, si verificherà un *democratic backsliding* nel Regno Unito, per quanto alcune questioni connesse alla protezione dei diritti destino una certa dose di preoccupazione³⁰. Può essere comunque che gli standard adottati dal Regno Unito circa la protezione dei diritti fondamentali non saranno più pienamente coerenti con quelli definiti dall'Unione europea. Del resto, già quando il Regno Unito era uno Stato membro, si era registrata una situazione altamente problematica, connessa alla normativa britannica in materia

²⁸ In questo senso, S. PEERS, *Extradition from Ireland to the UK after Brexit: the scope of EU powers*, in *EU Law Analysis*, 11 novembre 2021.

²⁹ Lo rileva A. ENGEL, *First Stress Test for the New EAW Regime post-Brexit – AG Kokott's Opinion in Governor of Cloverhill Prison and Others (C-479/21 PPU)*, in *EU Law Live*, 12 novembre 2021. In generale sul ruolo della Corte di giustizia nel contesto della Brexit, F. CASOLARI, *Il labirinto delle linee rosse, ovvero: chi giudicherà la Brexit?*, in *SIDIBlog*, 27 aprile 2017 e C. BAUDENBACHER, *The ECJ used to be a neutral court for the UK – it no longer is*, in *LSE Blog*, 9 maggio 2021.

³⁰ Si fa riferimento all'accordo con il Ruanda per ricollocare in tale Stato i richiedenti asilo, in relazione al quale si registra l'intervento della Corte europea dei diritti dell'uomo, che ha concesso misure provvisorie dirette a impedire il trasferimento di un soggetto di nazionalità irachena fino a tre settimane dopo la pronuncia della decisione nazionale definitiva nel procedimento giurisdizionale in corso (hudoc.echr.coe.int). A seguito dell'adozione delle misure provvisorie, il primo ministro Boris Johnson ha paventato la possibilità di un recesso del Regno Unito dalla CEDU (sul tema, E. REID, *The UK's anti-legal populism. UK withdrawal from the ECHR considered through the lense of the EU-UK Trade and Cooperation Agreement*, in *Verfassungsblog*, 17 giugno 2022).

di conservazione e accesso ai dati riguardanti servizi postali o di telecomunicazione. Non a caso, nella sentenza *Tele2 Sverige*, la Corte di giustizia aveva affermato che, pur essendo rimesso ai giudici nazionali il compito di verificare se la disciplina di diritto interno rispetti le prescrizioni di diritto dell'Unione in materia, il diritto dell'Unione osta a una normativa nazionale che non limiti l'accesso delle autorità nazionali competenti ai dati in questione alle sole finalità di lotta contro la criminalità grave, senza sottoporre l'accesso a un controllo preventivo da parte di un giudice o di un'autorità amministrativa indipendente e senza esigere che i dati siano conservati nel territorio dell'Unione³¹. Quindi, questioni relative al diverso modo di intendere la tutela dei diritti fondamentali nel passaggio da un lato all'altro del canale della Manica possono e potranno sicuramente porsi.

Giova allora ricordare quanto affermato dalla Corte di giustizia nella già menzionata sentenza *RO*. In quell'occasione, pur confermando che l'esecuzione dei MAE provenienti dal Regno Unito non potesse essere negata solo per il fatto che fosse stata notificata la volontà di recedere dall'Unione, la Corte mise in evidenza che comunque «spetta ancora all'autorità giudiziaria di esecuzione verificare se sussistano ragioni serie e comprovate di ritenere che, dopo il recesso dall'Unione dello Stato membro emittente, la persona oggetto di tale mandato d'arresto rischi di essere privata dei diritti fondamentali» in esito alla consegna³².

Quindi, i MAE emessi dal Regno Unito durante il periodo di transizione dovranno ancora essere conformi agli standard di tutela dei diritti fondamentali risultanti dall'interpretazione della Corte di giustizia³³. Lo stesso varrà per i mandati emessi successivamente sulla base del meccanismo previsto dall'ASCC. Questo perché, a partire dalla sentenza *Petrubhin*, la Corte ha riconosciuto che l'autorità di

³¹ CGUE, sentenza del 21 dicembre 2016, C-203/15 e C-698/15, *Tele2 Sverige*, punto 125.

³² *RO*, cit., punto 49.

³³ Il tema è ormai centrale nella giurisprudenza della Corte di giustizia per quel che attiene ai problemi posti dal caso in cui l'esecuzione di un MAE rischi di esporre il destinatario a una situazione di carenza sistemica o generalizzata quanto alla garanzia dei suoi diritti fondamentali. Si vedano CGUE, sentenza del 5 aprile 2016, C-404/15 e C-659/15 PPU, *Aranyosi e Căldăraru*; sentenza del 25 luglio 2018, C-216/18 PPU, *LM*; sentenza del 25 luglio 2018, C-220/18, *Generalstaatsanwaltschaft (Conditions de détention en Hongrie)*; del 15 ottobre 2019, C-128/18, *Dorobantu*; sentenza del 17 dicembre 2020, C-354/20 PPU e C-412/20 PPU, *Openbaar Ministerie (Indépendance de l'autorité judiciaire d'émission)*; sentenza del 22 febbraio 2022, C-562/21 PPU e C-563/21 PPU, *Openbaar Ministerie (Tribunal établi par la loi dans l'État membre d'émission)*. Per delle prime indicazioni di carattere dottrinale, L. PANELLA, *Mandato di arresto europeo e protezione dei diritti umani: problemi irrisolti e "incoraggianti" sviluppi giurisprudenziali*, in *Freedom, Security & Justice: European Legal Studies*, 2017, p. 5 ss.; A.P. VAN DER MEI, *The European Arrest Warrant system: Recent developments in the case law of the Court of Justice*, in *Maastricht Journal of European and Comparative Law*, 2018, p. 882 ss.; L. MANCANO, *You'll never work alone: A systemic assessment of the European Arrest Warrant and judicial independence*, in *Common Market Law Review*, 2021, p. 683 ss.

uno Stato membro che riceva una richiesta di estradizione da parte di uno Stato terzo deve valutare se sussista un rischio concreto di violazione dei diritti fondamentali nello Stato terzo richiedente³⁴.

Dunque, anche nel caso dei mandati provenienti dal Regno Unito, spetterà agli Stati membri stabilire se l'extradizione non rechi pregiudizio ai diritti fondamentali secondo le indicazioni fornite dalla Corte di Lussemburgo³⁵.

Se non è nemesi storica questa...

³⁴ CGUE, sentenza del 6 settembre 2016, C-182/15, *Petruhhin*. Per un commento, M. BÖSE, *Mutual recognition, extradition to third countries and Union citizenship: Petruhhin*, in *Common Market Law Review*, 2017, p. 1781 ss.; A. KLIP, *Europeans First!: Petruhhin, an Unexpected Revolution in Extradition Law*, in *European Journal of Crime, Criminal Law and Criminal Justice*, 2017, p. 195 ss.; S. SALUZZO, *EU Law and Extradition Agreements of Member States: The Petruhhin Case*, in *European Papers*, 2017, p. 435 ss.

³⁵ Si veda quanto già sostenuto in A. ROSANÒ, *Aut dedere aut indicare, sed indicare in Europa melius est: il caso Piscioiti e il rapporto tra il mandato d'arresto europeo e gli accordi di estradizione con Stati terzi*, in *Ordine internazionale e diritti umani*, 2018, p. 583 ss.

Protecting the right to a tribunal established by law in the framework of the European Arrest Warrant System: the *Orlowski* and *Lyszkiewicz* cases

ALESSANDRO ROSANÒ*

TABLE OF CONTENTS: 1. Introduction. – 2. The EAW and the protection of fundamental rights in the case law of the CJEU. – The EAW and the protection of fundamental rights in the case law of Irish courts. – 4. The *Orlowski* and *Lyszkiewicz* cases. – 5. Some critical remarks. – 6. Conclusion.

ABSTRACT: In July 2021, the Irish Supreme Court referred some preliminary questions to the Court of Justice of the European Union. The legal conundrum concerned the protection of fundamental rights in the framework of the European Arrest Warrant in the light of a legislative reform passed in Poland in 2019. This reform prohibits to challenge the validity of the appointment of the members of courts and tribunals. Consequently, Polish judges could be appointed in a way that is not in accordance with the law and their appointments could not be contested by the parties. This may negatively affect the right to a tribunal established by law. The issue is whether the so-called *Aranyosi and Căldăraru* test applies to this kind of situation. Therefore, the purpose of this article is to clarify the Supreme Court's initiative by taking into consideration both the Court of Justice's and the Irish case law, and to explain what its limits are.

KEYWORDS: European Arrest Warrant – protection of fundamental rights – right to a tribunal established by law – Irish courts – preliminary reference procedure – *Aranyosi and Căldăraru*

* Alessandro Rosanò, Adjunct Professor of EU Law and International Law, University of Valle d'Aosta, a.rosano@univda.it.

1. Introduction

Under Framework Decision 2002/584/JHA on the European Arrest Warrant (EAW)¹, the judicial authority of the executing Member State recognises and executes the EAW issued by the judicial authorities of the issuing Member State as if it had issued it, unless there are grounds for refusal provided for in the Framework Decision itself. Quite interestingly, the Framework Decision does not include a ground for refusal relating to the lack of protection of fundamental rights in the issuing Member State.

The reason behind this choice is that the Framework Decision is based on the principle of mutual recognition, which is in turn based on the principle of mutual trust. Over time, the Court of Justice of the European Union (CJEU) has held that mutual trust requires the Member States to assume, save in exceptional circumstances, that all the other Member States comply with EU law and particularly with the fundamental rights recognised by EU law². This presumption continues to be held firmly by the Luxembourg Court, despite the ongoing rule of law crises in several Member States that lead to strong doubts³. It must be

¹ Council Framework Decision 2002/584/JHA of 13 June 2002 on the European arrest warrant and the surrender procedures between Member States - Statements made by certain Member States on the adoption of the Framework Decision. On this framework decision, see S. ALEGRE, M. LEAF, *Mutual Recognition in European Judicial Cooperation: A Step Too Far Too Soon? Case Study—the European Arrest Warrant*, in *European Law Journal*, 2004, p. 200 ss.; R. BLEKXTOON, W. VAN BALLEGOOIJ (eds), *Handbook on the European Arrest Warrant*, The Hague, 2005; A. DAMATO, *Il mandato d'arresto europeo e la sua attuazione nel diritto italiano (I)*, in *Il Diritto dell'Unione europea*, 2005, p. 21 ss.; ID., *Il mandato d'arresto europeo e la sua attuazione nel diritto italiano (II)*, in *Il Diritto dell'Unione europea*, 2005, p. 203 ss.; N. KEIJZER, E. VAN SLIEDREGT (eds), *The European Arrest Warrant in Practice*, The Hague, 2009; L. KLIMEK, *European Arrest Warrant*, Berlin, 2015.

² For an introduction, see B. NASCIBENE, *Le traité de Lisbonne et l'espace judiciaire européen: le principe de confiance réciproque et reconnaissance mutuelle*, in *Revue des Affaires Européennes*, 2011, 787 ss.; T. WISCHMEYER, *Generating Trust Through Law? Judicial Cooperation in the European Union and the "Principle of Mutual Trust"*, in *German Law Journal*, 2016, 339 ss.; K. LENAERTS, *La vie après l'avi: Exploring the Principle of Mutual (yet not Blind) Trust*, in *Common Market Law Review*, 2017, p. 805 ss.; E. REGAN, *The role of the principles of mutual trust and mutual recognition in EU law*, in *Il Diritto dell'Unione europea*, 2018, 231 ss.

³ For an introduction to the rule of law crises, M. IOANNIDIS, A. VON BOGDANDY, *Systemic deficiency in the rule of law: What it is, what has been done, what can be done*, in *Common Market Law Review*, 2014, p. 59 ss.; L. PECH, K. LANE SCHEPPELE, *Illiberalism Within: Rule of Law Backsliding in the EU*, in *Cambridge Yearbook of European Legal Studies*, 2017, p. 3 ss.; R. MASTROIANNI, *Stato di diritto o ragion di Stato? La difficile rotta verso un controllo europeo del rispetto dei valori dell'Unione negli Stati membri*, in E. TRIGGIANI, F. CHERUBINI, I. INGRAVALLO, E. NALIN, R. VIRZO (a cura di), *Dialoghi con Ugo Villani*, Bari, 2017, p. 605 ss.; B. NASCIBENE, *Lo Stato di diritto e la violazione grave degli obblighi posti dal Trattato UE*, in *Eurojus*, 24 ottobre 2017; C. CURTI GIALDINO, *Il Parlamento europeo attiva l'art. 7, par. 1 TUE nei confronti dell'Ungheria: quando, per tutelare lo "Stato di diritto", si viola la regola di diritto*, in *federalismi.it*, 19 settembre

acknowledged that, over the last six years, the CJEU has opened up to exceptions on this matter at the urging of some national courts. However, it has been careful not to question its overall approach.

Recently, the Irish Supreme Court decided to pose some preliminary questions where it seems to be asking the CJEU to take a decisive step forward in this regard. The purpose of this post is to clarify the terms of the Supreme Court's initiative in light of the existing jurisprudential context and to identify its limits.

2. The EAW and the protection of fundamental rights in the case law of the CJEU

As is widely known, regarding relations between EU Member States, Framework Decision 2002/584/JHA on the EAW has introduced a mechanism for the arrest and surrender of persons wanted for the purposes of conducting a criminal prosecution or executing a custodial sentence or detention order. The root of this choice was the desire to replace extradition with a faster and more efficient tool that would be based on the principle of mutual recognition. According to this principle, cooperation takes place not between government authorities, which have political discretion in evaluating the requests submitted by foreign governments, but between judicial authorities. Judicial authorities perform a technical assessment of the EAW and are obliged to execute it unless there is a ground for mandatory or optional refusal of execution. The grounds for refusal are specifically listed in the Framework Decision⁴.

Since the Framework Decision was adopted, legal scholars have raised doubts regarding the fact that the protection of fundamental rights does not have a strong role in this list⁵. In fact, apart from cases of EAWs conflicting with the *ne*

2018; U. VILLANI, *Sul controllo dello Stato di diritto nell'Unione europea*, in *Freedom, Security & Justice: European Legal Studies*, 2020, p. 10 ss.

⁴ For an introduction to the principle of mutual recognition, see C. AMALFITANO, *Conflitti di giurisdizione e riconoscimento delle decisioni penali nell'Unione europea*, Milano, 2006; A. SUOMINEN, *The Principle of Mutual Recognition in Cooperation in Criminal Matters*, Cambridge, 2012; C. JANSSENS, *The Principle of Mutual Recognition in EU Law*, Oxford, 2013.

⁵ See for instance I. VIARENGO, *Mandato d'arresto europeo e tutela dei diritti fondamentali*, in M. PEDRAZZI (a cura di), *Mandato d'arresto europeo e garanzie della persona*, Milano, 2004, p. 151 ss.; S. PEERS, *Mutual Recognition and Criminal Law in the European Union: Has the Council Got It Wrong?*, in *Common Market Law Review*, 2004, p. 5 ss.; H.G. NILSSON, *Mutual trust or mutual mistrust?*, in G. DE KERCHOVE, A. WEYEMBERGH (eds), *La confiance mutuelle dans l'espace pénal européen*, Brussels, 2005, p. 29 ss.; V.

bis in idem principle or EAWs issued following a trial where the requested person did not personally appear and they were not responsible for this (*in absentia* proceedings), there are no grounds for refusal dealing generally with an EAW going against the protection of fundamental rights. This is because of how mutual trust as the founding principle of mutual recognition has been interpreted by the CJEU. According to the Luxembourg Court, the essential characteristics of EU law – its independent legal basis provided by the treaties, its primacy over national laws, and its direct effect – «have given rise to a structured network of principles, rules and mutually interdependent legal relations linking the EU and its Member States, and its Member States with each other»⁶. This complex legal structure rests «on the fundamental premise that each Member State shares with all the other Member States, and recognises that they share with it, a set of common values on which the EU is founded, as stated in Article 2 TEU»⁷. Therefore, EU law is based on the idea that Member States trust each other for what concerns the recognition of those values and the respect for EU law implementing them. At the heart of this structure lie fundamental rights as recognised by the Charter of Fundamental Rights of the EU. Thus, mutual trust requires the Member States to assume, save in exceptional circumstances, that all the other Member States comply with EU law and particularly with the fundamental rights recognised by EU law⁸.

It is only over time that the CJEU has come to value the exceptional circumstances that make it possible to consider that a Member State is not respecting fundamental rights. With regard to the EAW, this is something that happened in *Aranyosi and Căldăraru*. As for the prohibition of torture and inhuman or degrading treatment, the CJEU stressed that this is a fundamental right recognised under Article 4 of the EU Charter of Fundamental Rights and it is absolute in nature. Thus, no exceptions or derogations are allowed, due to its close connection with the value of human dignity. In light of this, the executing judicial authority must perform a two-step test. If it is in possession of evidence of a real risk of inhuman or degrading treatment of individuals detained in the issuing Member State, that authority must assess the existence of that risk by relying on objective,

MITSOLEGAS, *The Constitutional Implications, of Mutual Recognition in Criminal Matters in the EU*, in *Common Market Law Review*, 2006, p. 1277 ss.

⁶ CJEU, opinion of 18 December 2014, avis 2/13 *Adbésion de l'Union à la CEDH*, para. 167.

⁷ *Ibidem*, para. 168.

⁸ *Ibidem*, para. 191. See also, among others, CJEU, opinion of 30 April 2019, avis 1/17, *Accord ECG UE-Canada*.

reliable, specific, and properly updated information demonstrating that systemic or generalised deficiencies are in action in the issuing Member State (first step). If this situation turns out to be true, the executing judicial authority must perform another specific and precise assessment on whether there are substantial grounds to believe that the individual concerned will be exposed to that risk following their surrender (second step). To this end, it must request information from the issuing judicial authority, and it may set a time limit within which to provide it. In light of this information, the executing judicial authority decides whether to postpone the execution of the EAW. It must inform Eurojust as provided for by Article 17(7) of the Framework Decision and it may hold the requested person in custody, provided that the duration of detention is not excessive. If information makes it possible to discount the existence of a real risk of inhuman or degrading treatment, the EAW must be executed. Otherwise, it will be up to the judicial authority of the executing Member State to decide whether to terminate the surrender procedure⁹.

This line of reasoning has been confirmed for the prohibition of torture and inhuman or degrading treatment, in *Generalstaatsanwaltschaft (Conditions of detention in Hungary)*¹⁰ and *Dorobantu*¹¹ and as for the right to a fair trial, in *Minister for Justice and Equality (Deficiencies in the system of justice)*, *Openbaar Ministerie (Indépendance de l'autorité judiciaire d'émission)* and *Openbaar Ministerie (Tribunal établi par la loi dans l'État membre d'émission)*¹².

⁹ CJEU, judgment of 5 April 2016, C-404/15 e C-659/15 PPU, *Aranyosi e Căldăraru*. For a comment, see G. ANAGNOSTARAS, *Mutual confidence is not blind trust! Fundamental rights protection and the execution of the European arrest warrant: Aranyosi and Căldăraru*, in *Common Market Law Review*, 2016, p. 1675 ss.; P. BÁRD, *Mutual Recognition and Individual Rights: Did the Court Get It Right?*, in *New Journal of European Criminal Law*, 2016, p. 439 ss.; K. BOVEND'EERDT, *The Joined Cases Aranyosi and Căldăraru: A New Limit to the Mutual Trust Presumption in the Area of Freedom, Security, and Justice?*, in *Utrecht Journal of International and European Law*, 2016, p. 112 ss.

¹⁰ CJEU, judgment of 25 July 2018, C-220/18 PPU, *Generalstaatsanwaltschaft (Conditions of detention in Hungary)*. For a comment, see A. ROSANÒ, *Du côté de chez Aranyosi, ovvero ancora su come la Corte di giustizia ha chiarito alcuni aspetti applicativi del test Aranyosi e Căldăraru*, in *Diritti umani e diritto internazionale*, 2019, p. 427 ss.

¹¹ CJEU, judgment of 15 October 2019, C-128/18, *Dorobantu*. For a comment, see L. LIONELLO, *Nuovi sviluppi per il test Aranyosi e Căldăraru ed il rapporto tra giurisdizioni: Dorobantu*, in *Eurojus*, 10 March 2020 and E. CELORIA, *Le condizioni di detenzione nello spazio di libertà, sicurezza e giustizia: nuove prospettive dopo la sentenza Dorobantu?*, in *La legislazione penale*, 6 June 2020.

¹² On these three judgments, see *infra*. On the *Aranyosi and Căldăraru* case law, see L. PANELLA, *Mandato di arresto europeo e protezione dei diritti umani: problemi irrisolti e "incoraggianti" sviluppi giurisprudenziali*, in *Freedom, Security & Justice: European Legal Studies*, 2017, p. 5 ss.; S. MARINO, *La mutua fiducia ai tempi della crisi dei valori: il caso del mandato d'arresto europeo*, in *Il Diritto dell'Unione europea*, 2018, p. 633 ss.; A.P. VAN DER MEI, *The European Arrest Warrant system: Recent developments in the case law of the Court of Justice*, in *Maastricht Journal of European and Comparative Law*, 2018, p. 882 ss.

3. The EAW and the protection of fundamental rights in the case law of Irish courts

When transposing the EAW Framework Decision into national law, some EU Member States compensated for the lack of grounds for refusal of recognition and execution related to the protection of fundamental rights. They did so by providing that EAWs shall not be executed if they adversely affect a fundamental right of the requested person. The European Commission criticized this choice, stating that those Member States had gone beyond what was provided for in the Framework Decision, thus creating a risk of inconsistency in the EAW system, since they could refuse recognition and execution on grounds not provided for in the Framework Decision itself¹³. However, at that time, the European Commission could not initiate infringement proceedings in the former Third Pillar domain (see Article 35 of the Treaty on the European Union before the Lisbon Treaty came into force). This means that things have not changed with those transposing legislations, and it is possible to find grounds for refusal of recognition and execution regarding the protection of fundamental rights, for instance, under Cypriot, Greek, Italian, and Irish law.

As per Irish law, section 37 of the EAW Act provides that a person shall not be surrendered if this act goes against the ECHR, ECHR Protocols, the Irish Constitution, or if surrender would expose that person to forms of discrimination, or again if the person would be sentenced to death, a death sentence would be carried out, or if the person would be tortured or subjected to other inhuman or degrading treatment.

Therefore, for the Irish legal system, we should say the protection of fundamental rights is key for implementing the EAW mechanism. On a merely normative level, this is true, as is confirmed by the Irish Supreme Court when it stated that some «egregious circumstances such as a clearly established and fundamental defect in the system of justice» in the issuing Member State would warrant a surrender refusal pursuant to section 37¹⁴. Furthermore, the Supreme Court acknowledged that when dealing with this kind of issues, the executing authority

¹³ See Commission Staff Working Document Annex to the Report from the Commission on the implementation since 2005 of the Council Framework Decision of 13 June 2002 on the European arrest warrant and the surrender procedures between Member States, available here: data.consilium.europa.eu.

¹⁴ See Irish Supreme Court, judgment of 4 May 2007, *Minister for Justice, Equality & Law Reform v Brennan* and judgment of 26 July 2007, *Minister for Justice, Equality & Law Reform v Stapleton*. All the judgments issued by Irish courts can be found at www.courts.ie/judgments.

should consider all the material available as well as material that it obtained itself, if necessary. It should rigorously examine whether there is a real risk of sending a person to the requesting State, and it may refer to reports of independent international human rights organisations and governmental sources¹⁵. However, over time, it does not seem that section 37 has played a significant role in refusing the recognition and execution of EAWs¹⁶. Thus, the relevance and utility of section 37 could be called into question.

A significant development in the Irish and CJEU case law was provided by the *Celmer* case, in which some Polish judicial authorities sought the surrender of Artur Celmer to prosecute him for several drug trafficking offences. Among other things, Mr Celmer protested that his right to a fair trial would be violated, should the EAWs be executed. In this regard, he relied on the provisions of the European Commission's Reasoned Proposal from 20 December 2017, issued in accordance with Article 7(1) TEU for a Council decision regarding the determination of a clear risk of a serious breach of the rule of law in Poland¹⁷. As is well known, in the last five years judiciary reforms have been passed in Poland that have undermined the independence of Polish judges¹⁸. Consequently, it was argued that the Polish situation would create a real risk of a flagrant denial of justice and negatively impact mutual trust between the Member States.

The Irish High Court, after seeking the assistance of the CJEU¹⁹, held that the rule of law had been systematically damaged in Poland by the cumulative impact of the legislative changes that had taken place at the time²⁰. In the end, however, it ruled in favour of the surrender, holding that «notwithstanding the reference to the guarantees depending on the person judging the case, there has been

¹⁵ See Irish Supreme Court, judgment of 23 July 2010, *Minister for Justice, Equality & Law Reform v Rettinger*.

¹⁶ See E. FAHEY, *How to be a third pillar guardian of fundamental rights? The Irish Supreme Court and the European arrest warrant*, in *European Law Review*, 2008, p. 563 ss.

¹⁷ Proposal for a Council Decision on the determination of a clear risk of a serious breach by the Republic of Poland of the rule of law, COM/2017/0835 final.

¹⁸ See C. CURTI GIALDINO, *La Commissione europea dinanzi alla crisi costituzionale polacca: considerazioni sulla tutela dello stato di diritto nell'Unione*, in *federalismi.it*, 15 giugno 2016; K. KOVÁCS, K.L. SCHEPPELE, *The fragility of an independent judiciary: Lessons from Hungary and Poland—and the European Union*, in *Communist and Post-Communist Studies*, 2018, p. 189 ss.; W. SADURSKI, *Poland's Constitutional Breakdown*, Oxford, 2019.

¹⁹ CJEU, judgment of 25 July 2018, C-216/18, *Minister for Justice and Equality (Deficiencies in the system of justice)*. For a comment, see P. BARD, W. VAN BALLEGOOIJ, *Judicial independence as a precondition for mutual trust? The CJEU in Minister for Justice and Equality v. LM*, in *New Journal of European Criminal Law*, 2018, p. 353 ss. and T. KONSTADINIDES, *Judicial independence and the Rule of Law in the context of non-execution of a European Arrest Warrant: LM*, in *Common Market Law Review*, 2019, p. 743 ss.

²⁰ Irish High Court, judgment of 1 August 2018, *Minister for Justice and Equality v Celmer (No.4)*.

no production of statistics or even anecdotal evidence of trials lacking in fairness since the changes regarding the judiciary in Poland. Moreover, it has never been suggested that fair trial rights (...) have in any way been affected»²¹. Thus, while there was a systemic or generalised deficiency in Poland (first step of the so called *Aranyosi and Căldăraru* test), it was not possible to come to the conclusion that the requested person would be exposed to the specific and precise risk of having their right to a fair trial violated (second step of the test).

Considering the importance of the case, Mr Celmer was granted leave to appeal against this decision. In *Minister for Justice and Equality v Celmer*, the Irish Supreme Court confirmed how relevant the *Aranyosi and Căldăraru* test' second step is, stressing that it is necessary to specifically show that there are substantial grounds for believing that the requested person will run the above-mentioned specific and precise risk following their surrender. With a wording quite similar to High Court's, the Supreme Court confirmed that there was no evidence, even anecdotal, suggesting the changes had affected the hearing or the determination of charges. Furthermore, there was no evidence of the impact of any of those changes upon trials conducted in any of the courts that had issued the EAWs in the actual case²².

Since then, this judgment has become the reference point for the Irish High Court. Over time, Irish judges have dismissed objections related to the Polish legislative changes in other cases for reasons that are similarly related to the second step of the test²³.

4. The *Orlowski* and *Lyszkiewicz* cases

The above line of reasoning has been confirmed in the *Orlowski* and *Lyszkiewicz* cases, where some EAWs were issued by Poland in order to prosecute Mr Orlowski and to enforce already handed-out imprisonment sentences against Mr Orlowski and Mr Lyszkiewicz. In both cases it was argued *inter alia* that their surrender would violate their right to a fair trial because of the lack of independence of Polish courts. Nevertheless, the High Court of Ireland held that none of them

²¹ Irish High Court, judgment of 19 November 2018, *Minister for Justice and Equality v Celmer* (No.5), para. 103.

²² Irish Supreme Court, judgment of 12 November 2019, *Minister for Justice and Equality v Celmer*.

²³ See for instance Irish High Court, judgment of 7 October 2020, *Minister for Justice and Equality v Florczyk* and judgment of 12 January 2021, *Minister for Justice and Equality v Łukasik*.

had put forward evidence as to how the systemic or generalised deficiency in Poland would determine a real risk of breaching their fundamental rights. As a consequence, the EAWs should be executed²⁴.

However, another reason militating against the execution of the EAW related to Polish legislative reforms on judicial appointments. The Polish Act on the System of Common Courts from 20 December 2019 provides that it is not permitted to question the powers of courts and tribunals. A specific body, the Extraordinary Control and Public Affairs Chamber, may examine motions concerning the exclusion of a judge or the designation of a court. Reasons of this could concern, to name one, their lack of independence or impartiality, but the motion should be left unprocessed if it regards the legality of the appointment procedure of judges. According to the respondents, this should be assessed in light of the judgment of the European Court of Human Rights (ECtHR) in *Guðmundur Andri Ástráðsson v. Iceland*²⁵.

In this judgment, the ECtHR's *Grand Chamber* said that when assessing whether a judicial body may be considered a tribunal established by law and, in particular, whether the appointment process has been lawful, a three-pronged test must be resorted to. This test consists of the following requirements: (1) whether there has been a manifest breach of domestic law, meaning an objective and genuinely identifiable breach; (2) whether that breach is purely technical in nature and does not have an impact on the appointment process, or if it has been carried out in disregard of the most fundamental rules regarding the matter; (3) whether the review conducted by national courts lead to the conclusion that there has been a violation of the right to a tribunal established by law²⁶.

In recent months, the ECtHR has already had the opportunity to apply the threshold test to some actual cases brought before it. In *Xero Flor w Polsce sp. z o.o. v. Poland*, the Court held that the appointment of a member of the Polish Consti-

²⁴ See Irish High Court, judgment of 4 February 2021, *Minister for Justice and Equality v Orlowski* and judgment of 4 February 2021, *Minister for Justice and Equality v Lyszczykiewicz*.

²⁵ ECtHR, judgment of 1 December 2020, application no. 26374/18, *Guðmundur Andri Ástráðsson v. Iceland*.

²⁶ On this case, see S.I. STRONG, *Judging Judicial Appointment Procedures*, in *Vanderbilt Journal of Transnational Law*, 2020, p. 615 ss. On the ruling, see R. SPANO, *The rule of law as the lodestar of the European Convention on Human Rights: The Strasbourg Court and the independence of the judiciary*, in *European Law Journal*, 2021, p. 8 ss. and A. ROSANÒ, *La nozione di tribunale costituito per legge nella giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo e della Corte di giustizia dell'Unione europea: considerazioni alla luce di alcune recenti sentenze*, in *Eurojus*, 19 July 2021.

tutional Court had been in violation of Article 6(1) ECHR²⁷. Furthermore, in *Reczkoń v. Poland*, the ECtHR dealt with the composition of the infamous Polish Supreme Court Disciplinary Chamber, finding that the right to a tribunal established by law had been violated²⁸.

The High Court believed this element should also be rejected as again no evidence was given by the respondents. According to the High Court, even if there is a possibility that they will be put on trial before a body which is not a legally established tribunal, such scenario is not enough to refuse EAW execution. Yet, in light of the recent jurisprudential development in Strasbourg, they were granted leave to appeal before the Irish Supreme Court.

Before the Supreme Court, the appellants argued that following the reforms passed in Poland, judges may be appointed in a way that is not in accordance with the law, and those appointments cannot be challenged. Furthermore, CJEU case law (for instance, *Minister for Justice and Equality (Deficiencies in the system of justice)*) does not provide any guidance on this point, as the issue at stake is not the independence of the judiciary but the legality of courts, meaning whether or not they are courts of law. This explains why they relied on the ECtHR's *Guðmundur Andri Ástráðsson v. Iceland* judgment in order to challenge the execution of EAWs.

In this regard, the Irish Supreme Court observed that the legislative reforms passed in Poland are «even more troubling and grave» now for their impact on the rule of law than they were when *Minister for Justice and Equality (Deficiencies in the system of justice)* was handed down, especially concerning the impossibility of challenging the appointment procedure legality. Therefore, the Irish Supreme Court decided to refer some preliminary questions to the CJEU, asking inter alia (1) whether the two-pronged test developed by the CJEU applies to the right to a tribunal established by law, and (2) whether the absence of an effective remedy to challenge the validity of the appointment of judges in Poland requires the executing Member State to refuse the surrender²⁹.

²⁷ ECtHR, judgment of 7 May 2021, application no. 4907/18, *Xero Flor w Polsce sp. z o.o. v. Poland*. For a comment, see M. LELOUP, *The ECtHR Steps into the Ring. The Xero Flor ruling as the ECtHR's first step in fighting rule of law backsliding*, in *Verfassungsblog*, 10 May 2021.

²⁸ ECtHR, judgment of 22 July 2021, application no. 43447/19, *Reczkoń v. Poland*. On the Disciplinary Chamber, see K. GAJDA-ROSCZYŃSKA, K. MARKIEWICZ, *Disciplinary Proceedings as an Instrument for Breaking the Rule of Law in Poland*, in *Hague Journal on the Rule of Law*, 2020, p. 451 ss.

²⁹ Irish Supreme Court, judgment of 23 July 2021, *Minister for Justice and Equality v Orlowski and Minister for Justice and Equality v Lyszkiewicz*. See CJEU, C-480/21, *Minister for Justice and Equality*, pending.

5. Some critical remarks

As for the first question, the answer seems to be quite easy: yes, the two-pronged test applies to the right to a tribunal established by law. As the CJEU has already stated that this applies to the prohibition of torture and inhuman or degrading treatment (*Aranyosi and Căldăraru*) and, most importantly, to the right to a fair trial regarding the right to an independent court (*Minister for Justice and Equality (Deficiencies in the system of justice)*), there is no reason to exclude the right to a fair trial regarding the right to a tribunal established by law and, in general, to exclude other fundamental rights. As a matter of fact, in the subsequent *Openbaar Ministerie (Tribunal établi par la loi dans l'État membre d'émission)* judgment, the Court confirmed that the two-step test applies in the context of surrender on the basis of the EAW, where the guarantee of a court previously constituted by law is called into question³⁰.

The main issue concerns the second question, because the Irish Supreme Court is essentially asking whether it would be possible to refuse EAW execution without performing the second step of the test, i.e. by simply assessing whether there are systemic or generalised deficiencies in the issuing Member State.

The above-mentioned judgments – and many others that should be considered³¹ – may provide many elements that could be taken into account by the CJEU in answer to the Irish Supreme Court's second preliminary question, as they provide a comprehensive and precise depiction of the present judiciary conditions of the Polish legal system. Everything seems to point in just one direction: the rule of law has been compromised in Poland and mutual trust should be called into question.

Nevertheless, it seems unlikely that the CJEU is going to change its approach and allow for the application of the test without the second part, as the two judgments issued by the CJEU in *Openbaar Ministerie (Indépendance de l'autorité judiciaire d'émission)* and *Openbaar Ministerie (Tribunal établi par la loi dans l'État membre d'émission)* seem to confirm.

³⁰ CJEU, judgment of 22 February 2022, C-562/21 PPU and C-563/21 PPU, *Openbaar Ministerie (Tribunal établi par la loi dans l'État membre d'émission)*.

³¹ See for instance, for the Strasbourg Court, ECtHR, judgment of 29 July 2021, applications no. 26691/18 et 27367/18, *Broda and Bojara v. Poland*; and, for the Luxembourg Court, CJEU, judgment of 19 November 2019, joined cases C-585/18, C-624/18 and C-625/18, *A.K. (Independence of the Disciplinary Chamber of the Supreme Court)* and judgment of 15 July 2021, C-791/19, *Commission v Poland (Régime disciplinaire des juges)*.

In the first case, the Amsterdam District Court referred some preliminary questions to understand if it would be possible to not execute EAWs issued by Polish authorities by performing only the first part of the test. In other words, the executing judicial authority should limit itself to assessing the existence of systemic or generalised deficiencies in the issuing Member State, without needing to assess the specific and precise risk that could be run by the requested person. This opinion was formed considering the severe impairment of the rule of law in Poland. However, the CJEU rejected that line of reasoning. According to the CJEU, it would amount to an automatic refusal to execute any EAW issued by that Member State and a *de facto* suspension of the EAW in relation to it. That is something that may happen only if the Council of the EU, acting in compliance with Article 7(3) TEU and recital 10 of the EAW Framework Decision, suspended the EAW for that Member State. Besides, an interpretation to the contrary would mean that Polish courts and tribunals could not be regarded as judicial authorities. As a consequence, they could no longer refer preliminary questions to the CJEU³².

In the second case, as stated above, the CJEU clarified that the two-step test applies to the right to a tribunal established by law. As for the first step, the executing judicial authority must carry out an overall assessment, on the basis of objective, reliable, specific and properly updated factors, such as the European Commission's Reasoned Proposal and the case law of the CJEU and the ECtHR. As for the second step, the person in respect of whom the EAW has been issued must adduce specific evidence that can be supplemented by information provided by the issuing judicial authority³³.

In light of this, it is far-fetched to believe that the CJEU is going to overturn its ruling any time soon.

This does not mean the approach adopted by the Luxembourg Court should be uncritically accepted. As famously held by the ECtHR in *Avotins v. Latvia*, the methods used to create the EU's Area of Freedom, Security, and Justice must be consistent with the protection of fundamental rights and limiting this to exceptional cases would go against the ECHR³⁴.

³² CJEU, judgment of 17 December 2020, C-354/20 and C-412/20, *Openbaar Ministerie (Indépendance de l'autorité judiciaire d'émission)*. For a comment, see L.S. ROSSI, *Fiducia reciproca e mandato d'arresto europeo. Il "salto nel buio" e la rete di protezione*, in *Freedom, Security & Justice: European Legal Studies*, 2021, p. 1 ss.

³³ CJEU, *Openbaar Ministerie (Tribunal établi par la loi dans l'État membre d'émission)*, cit.

³⁴ ECtHR, judgment of 23 May 2016, application no. 17502/07, *Avotins v. Latvia*. For a comment, see G. BIAGIONI, *Avotins v. Latvia. The Uneasy Balance Between Mutual Recognition of Judgments and Protec-*

The process followed by the ECtHR when assessing a possible fundamental rights' violation seems to be more convincing. Under Article 35(3)(b) ECHR, the Strasbourg Court shall declare inadmissible an individual application if the applicant has not suffered a significant disadvantage, unless respect for human rights as defined in the ECHR and its Protocols requires an examination of the application on the merits. Thus, a *de minimis* rule is set which allows the Court to assess an individual application that is not related to a systemic deficiency. In fact, systemic or structural problems may lead to pilot or quasi-pilot judgments, but still require the Court to assess whether there has been a violation in the case it is taking into consideration.

Instead, the approach developed by the CJEU regarding EAW execution seems to work the other way around: first, systemic or generalised deficiencies must be assessed in the issuing Member State; then, it must be established whether there are substantial grounds to believe that the individual concerned will be exposed to the risk of fundamental rights violation. Thus, a lack of systemic or generalised deficiencies means that a violation that might take place in a particular case would not prevent the execution of an EAW.

This is consistent with how the CJEU has interpreted the principle of mutual trust so far, but it may lack consistency with ECtHR case law. Apart from what the Strasbourg Court held in *Avotiņš*,³⁵ the ECtHR has acknowledged that the principle of mutual recognition should not be applied automatically and mechanically. Developing on the equivalent protection doctrine, the ECtHR has held that the courts of a State which is both a Contracting Party to the ECHR and an EU Member State must give full effect to a mutual-recognition mechanism where the protection of ECHR rights cannot be considered manifestly deficient. On the contrary, if a serious and substantiated complaint is raised about manifest deficiencies and that situation cannot be remedied by EU law, they cannot refrain from examining that complaint on the grounds that they are applying EU law³⁵.

Thus, it can be said that the ECtHR applies a different methodology than the CJEU as it does not follow a two-step approach and it immediately focuses on

tion of Fundamental Rights, in *European Papers*, 2016, p. 579 ss. and O. FERACI, *Mutuo riconoscimento e principio della protezione equivalente (Bosphorus): riflessioni a margine della sentenza della Grande Camera della Corte europea dei diritti dell'uomo nel caso Avotiņš c. Lettonia*, in *SIDIBlog*, 15 July 2016.

³⁵ ECtHR, judgment of 17 April 2018, application no. 21055/11, *Pirožņi v. Belgium*, judgment of 9 July 2019, application no. 8351/17, *Romeo Castaño v. Belgium* and judgment of 25 March 2021, application no. 40324/16 and 12623/17, *Bivolaru and Moldovan v. France*.

the personal situation of the applicant and the individual risk³⁶. One should consider that a manifest deficiency is hardly a systemic or generalised deficiency, i.e. a systemic or generalised deficiency surely is manifest, but a manifest deficiency does not necessarily amount to a systemic or generalised one.

Therefore, it looks like ECtHR case law and CJEU case law are at odds and if authorities continue to execute EAWs in a way that is coherent with the *Aranyosi and Căldăraru* test, this will expose the EU Member States to condemnation before the ECtHR³⁷.

6. Conclusion

In conclusion, a change in the CJEU's case law seems to be sorely needed. However, following the judgments delivered in *Openbaar Ministerie (Indépendance de l'autorité judiciaire d'émission)* and *Openbaar Ministerie (Tribunal établi par la loi dans l'État membre d'émission)*, it is unlikely that the Luxembourg Court will take the opportunity offered by the Irish Supreme Court to revise its approach, as that would go against the principle of legal certainty. More time is going to be needed before that happens but, in this author's view, it is going to happen sooner or later. It is just a matter of having faith in the CJEU's capacity to regenerate EU law through its judgments, which is something that has constantly happened regarding the protection of fundamental rights in the EU legal system³⁸.

³⁶ See T. WAHL, *ECtHR: EAW Cannot be Automatically Executed*, in *eu crim*, 26 April 2021 and J. CALLEWAERT, *Manifest deficiency in the execution of a European arrest warrant – judgment of the European Court of Human Rights in the case of Bivolaru and Moldovan v. France*, 4 April 2021.

³⁷ As happened to France in the previously mentioned *Bivolaru and Moldovan v. France* case.

³⁸ At least since CJEU, judgment of 12 November 1969, 29-69, *Erich Stauder v City of Ulm – Sozj-alamt*.

SEZIONE V
Dati e mercato digitale dell'Unione europea

Digital Services Act e Digital Markets Act tra responsabilità dei fornitori e rischi di *bis in idem*

GIANPAOLO MARIA RUOTOLO*

SOMMARIO: 1. Le proposte di Digital Services Act (DSA) e Digital Markets Act (DMA). – 2. La responsabilità dei fornitori per contenuti caricati dagli utenti. – 3. Il caso del c.d. *hosting 2.0*. – 4. Le proposte contenute nel DSA. – 5. I rischi di *bis in idem*.

ABSTRACT: Il lavoro si sofferma sulle proposte di riforma della responsabilità dei fornitori di servizi digitali e, in particolare, sul rapporto tra le misure preventivamente adottabili in materia antitrust e i connessi rischi di doppia sanzione.

PAROLE CHIAVE: servizi – Internet – *bis in idem* – *antitrust* – Unione europea – responsabilità.

1. Le proposte di Digital Services Act (DSA) e Digital Markets Act (DMA)

Il 15 dicembre 2020 la Commissione europea ha presentato un pacchetto di misure per aggiornare la disciplina UE del settore digitale, distinte in due proposte di adozione di atti di diritto derivato, sontuosamente definite “Acts”.

Il regolamento *Digital Services Act* (DSA) mira a regolare la sicurezza, la trasparenza e le condizioni di accesso ai servizi online¹, mentre il regolamento *Digital Markets Act* (DMA) si occupa degli aspetti commerciali e di concorrenza².

Entrambi si vanno ad aggiungere alla proposta del 25 novembre 2020 di un *Data Governance Act* (DGA), che ha l’obiettivo di promuovere la disponibilità dei dati e a rafforzare la fiducia nei confronti dei c.d. intermediari, nonché di potenziare strumenti e meccanismi di condivisione dei dati stessi, in particolare con riguardo al riutilizzo dei

* Professore ordinario di diritto internazionale, Università di Foggia, gianpaolo.ruotolo@unifg.it. Desidero ringraziare il *referee* anonimo per le Sue osservazioni, che hanno contribuito a mettere meglio a fuoco alcuni passaggi dello scritto.

¹ Proposta di Regolamento del Parlamento europeo e del Consiglio relativo a un mercato unico dei servizi digitali (legge sui servizi digitali) e che modifica la direttiva 2000/31/CE, COM(2020) 825 def.

² Proposta di Regolamento del Parlamento europeo e del Consiglio relativo a mercati equi e contendibili nel settore digitale (legge sui mercati digitali), COM(2020) 842 def.

medesimi da parte del settore pubblico e alla loro condivisione tra imprese³ (va detto che nella regolamentazione del mercato digitale, poi, gioca un ruolo determinante anche quello della tassazione dei proventi delle imprese che in tale mercato operano⁴).

Tutte queste proposte sono tra loro fortemente interrelate e si inseriscono nell'ampio *framework* predisposto dalla Comunicazione della Commissione del 19 febbraio 2020 “Plasmare il futuro digitale” e, quindi, alle politiche per la promozione della c.d. “sovranità digitale” dell’Unione⁵ (su ci, da ultimo, si vedano gli obiettivi digitali per il 2030, elencati nel documento approvato il 9 marzo 2021 in cui, tra l’altro, si auspica che ogni Paese membro dedichi alla transizione digitale il 20% dei finanziamenti derivanti dallo *Strumento per la ripresa e la resilienza*⁶).

Con l’espressione “sovranità digitale”, a volte resa anche con “sovranità tecnologica”, si fa riferimento alla capacità dell’Unione (e dei suoi Stati membri) di agire in modo indipendente nel mondo digitale con strumenti tanto difensivi quanto offensivi, per promuovere l’innovazione e proteggersi, al contempo, dall’influenza economica e sociale di imprese tecnologiche extra-UE che, secondo alcuni, starebbero mettendo in pericolo non solo il controllo dei cittadini europei sui loro dati personali⁷ ma, soprattutto, starebbero limitando la crescita delle imprese hi-tech europee e finanche la capacità dei legislatori nazionali e dell’UE di garantire il rispetto delle normative relative a fattispecie digitali.

In questo nostro contributo ci concentreremo, per quanto concerne il DSA, sugli aspetti relativi alla responsabilità dei fornitori di servizi di *hosting* per i contenuti caricati dai loro utenti (il c.d. *user generated content*, appunto), e, per quanto concerne il DMA, più brevemente, sui rischi che la regolamentazione ivi prevista possa dimostrarsi incompatibile con il divieto di *bis in idem*.

³ Proposta di Regolamento del Parlamento Europeo e del Consiglio relativo alla governance europea dei dati, COM(2020) 767 def.

⁴ Su tale aspetto si veda G. CAGGIANO, *Il cantiere dell’armonizzazione fiscale per il Mercato unico digitale*, in *I Post di AISDUE*, 2, 2020, reperibile online all’indirizzo www.aisdue.eu.

⁵ T. MADIEGA, *Digital sovereignty for Europe - EPRS Ideas Paper - Towards a more resilient EU*, *European Parliamentary Research Service*, July 2020, reperibile online.

⁶ Come noto, si tratta di uno strumento temporaneo che consente alla Commissione di raccogliere fondi per aiutare gli Stati membri ad attuare riforme e investimenti in linea con le priorità dell’UE e che affrontano le sfide individuate nelle raccomandazioni specifiche per Paese nell’ambito del semestre europeo di coordinamento delle politiche economiche e sociali. Esso ha tra i suoi obiettivi quello di supportare l’UE a raggiungere il suo obiettivo di neutralità climatica entro il 2050 e porla sulla strada della transizione digitale.

⁷ Sul punto si vedano M. NINO, *La sentenza Schrems II della Corte di giustizia UE: trasmissione dei dati personali dall’Unione europea agli Stati terzi e tutela dei diritti dell’uomo*, in *Diritti umani e diritto internazionale*, 2020, p. 733 ss.; I. OLDANI, *The future of data transfer rules in the aftermath of Schrems II*, in *Quaderni di SidiBlog*, Napoli, 2020, p. 547 ss.

2. La responsabilità dei fornitori per contenuti caricati dagli utenti

Ricordiamo che la direttiva sul commercio elettronico⁸, agli articoli 14 e 15, con riferimento al contenuto caricato dagli utenti sulle piattaforme di condivisione online, prevede che il fornitore non sia responsabile delle informazioni così memorizzate, chiarendo che l'esonero in parola non si applica solo qualora il fornitore stesso, non limitandosi al mero trattamento tecnico e automatico dei dati forniti dal cliente, abbia svolto sugli stessi un ruolo attivo e "di merito", prestando all'utente assistenza, volta ad esempio all'ottimizzazione della presentazione dei contenuti o, ancora, se il medesimo, anche limitandosi alla fornitura neutra del servizio, dovesse essere comunque a conoscenza di fatti e circostanze tali da rendere manifesta l'illegalità dell'attività o dell'informazione condivisa.

Ricordiamo pure che il 31 maggio 2016 la Commissione, in applicazione della decisione quadro 2008/913/GAI⁹ e dell'art. 16 della stessa direttiva *e-commerce*, ha poi promosso un Codice di condotta per il contrasto all'illecito incitamento all'odio online, sottoscritto dai principali operatori privati di servizi online, il quale contempla l'impegno delle imprese che vi hanno aderito di predisporre procedimenti di esame rapido delle segnalazioni relative a discorsi d'odio che siano chiari ed efficaci e che possano condurre alla rimozione tempestiva dei contenuti illegittimi, di dotarsi di linee guida che vietino chiaramente la promozione e l'istigazione alla violenza e alla condotta odiosa, di esaminare le richieste di rimozione nel rispetto tanto delle linee guida così adottate quanto della pertinente normativa nazionale di recepimento della suddetta decisione quadro, mediante gruppi di lavoro a ciò specificamente deputati, e di far ciò entro ventiquattr'ore dalla conoscenza dell'illecito¹⁰.

⁸ Direttiva 2000/31/CE del Parlamento europeo e del Consiglio dell'8 giugno 2000 relativa a taluni aspetti giuridici dei servizi della società dell'informazione, in particolare il commercio elettronico, nel mercato interno («Direttiva sul commercio elettronico»).

⁹ Decisione quadro 2008/913/GAI del Consiglio, del 28 novembre 2008, sulla lotta contro talune forme ed espressioni di razzismo e xenofobia mediante il diritto penale.

¹⁰ K. PODSTAWA, *Hybrid Governance or... Nothing? The EU Code of Conduct on Combatting Illegal Hate Speech Online*, in E. CARPANELLI, N. LAZZERINI (eds), *Use and Misuse of New Technologies. Contemporary Challenges in International and European Law*, Cham, 2019, p. 167 ss.

Ricordiamo, inoltre, che la Direttiva sul diritto d'autore nel mercato unico digitale¹¹, all'art. 17, par. 3, prevede che quando il prestatore di servizi di condivisione di contenuti effettui un "atto di comunicazione al pubblico o un atto di messa a disposizione del pubblico" di materiale caricato da utenti il quale rientri nell'ambito di applicazione della direttiva e alle condizioni stabilite dalla stessa, la limitazione di responsabilità di cui all'art. 14, par. 1, della direttiva sul commercio elettronico non possa trovare applicazione con riguardo alla violazione di diritti di proprietà intellettuale¹².

La Corte di giustizia si è pronunciata in più occasioni sulle condizioni di applicazione della detta esenzione da responsabilità, chiarendo come la stessa debba essere applicata al fornitore di servizi di *hosting* che non abbia svolto un ruolo attivo che gli abbia consentito di conoscere il contenuto materiale o di assumere il controllo dei dati memorizzati; in questo caso il fornitore non potrà quindi essere ritenuto responsabile per i dati che ha memorizzato su richiesta di un utente, salvo il caso in cui, essendo venuto a conoscenza della natura illecita di tali dati o dell'attività dell'inserzionista, non abbia ommesso di rimuoverli prontamente o disabilitare l'accesso agli stessi¹³. La Corte, affermando l'inesistenza di un obbligo generalizzato di controllo sui contenuti, ha poi chiarito che l'esenzione in parola si applica anche ai gestori che non svolgono alcun "ruolo attivo" che gli permetta di avere conoscenza o controllo circa i dati memorizzati; il caso del "ruolo attivo", cui consegue l'inapplicabilità dell'esenzione, si integra allorché il gestore fornisca agli utenti assistenza volta ad ottimizzare la presentazione¹⁴. Peraltro, sempre secondo la Corte, anche in assenza di siffatto ruolo attivo, il prestatore di servizi non potrebbe comunque avvalersi dell'esonero dalla responsabilità qualora sia stato al corrente di fatti o circostanze in base ai quali un operatore economico mediamente diligente avrebbe potuto constatare l'illiceità delle inserzioni dei suoi clienti e, nell'ipotesi in cui ne sia stato al corrente, non abbia prontamente agito

¹¹ Direttiva (UE) 2019/790 del Parlamento Europeo e del Consiglio del 17 aprile 2019 sul diritto d'autore e sui diritti connessi nel mercato unico digitale e che modifica le direttive 96/9/CE e 2001/29/CE.

¹² Per una analisi più dettagliata di questo aspetto ci permettiamo di rinviare a G.M. RUOTOLO, *A season in the abyss. Il "nuovo" copyright UE tra libertà di informazione e mercato unico digitale*, in *Il diritto dell'Unione europea*, 2019, p. 369 ss.

¹³ CGUE, sentenza del 7 agosto 2018, C-521/17, *Coöperatieve Vereniging*.

¹⁴ CGUE, sentenza del 12 luglio 2011, C-324/09, *L'Oréal SA e altri contro eBay International AG e altri*. In dottrina, tra i tanti, N. RODEAN, *Responsabilità del gestore del mercato online per le violazioni ai diritti di marchio altrui*, in *Diritto pubblico comparato ed europeo*, 2011, p. 1594 ss.

per porvi rimedio¹⁵. I giudici di Lussemburgo hanno anche chiarito che nel caso in cui il fornitore non agisca di propria iniziativa per sospendere l'utente che viola i diritti di proprietà intellettuale in modo da impedirgli di commettere ulteriori violazioni, i tribunali nazionali possono ingiungergli di prendere tutte le misure necessarie non solo a far cessare le violazioni già commesse, ma anche a prevenirne di ulteriori, a condizione che tali misure siano effettive, proporzionate, dissuasive e non creino illegittimi ostacoli al commercio intra-UE.

Va infine ricordato che, in merito alla responsabilità dei fornitori per i contenuti illegittimi caricati da terzi si è pronunciata anche la CEDU, che ha tracciato una sorta di linea comune di condotta europea, e ha ritenuto che un gestore possa legittimamente essere sanzionato per la diffusione e la mancata rimozione di contenuti lesivi della reputazione altrui qualora non abbia posto in essere un'attività *neutra* e meramente *tecnica*, in quanto unico detentore del controllo sui contenuti pubblicati¹⁶.

3. Il caso del c.d. *hosting 2.0*

Negli ultimi anni tempo i servizi di *hosting* – anche a causa dell'avvento dei *social networks* che, consentendo ai loro utenti di caricare contenuti multimediali, ormai svolgono funzioni spesso analoghe – hanno mutato radicalmente le loro caratteristiche, e i relativi fornitori hanno aumentato esponenzialmente i servizi che offrono, che, oggi, vanno ben oltre la mera messa a disposizione di spazio per caricare contenuti, i quali vengono invece organizzati dagli stessi fornitori per migliorarne la fruizione. Al riguardo si è parlato di servizi di *hosting 2.0*.

Con particolare riguardo all'ordinamento italiano, in merito all'applicazione dell'esenzione di responsabilità di cui alla direttiva *e-commerce* al mutato contesto degli *host 2.0*, si sono radicati, negli anni passati, due orientamenti giurisprudenziali opposti: secondo il primo, le caratteristiche evolute di cui abbiamo detto sarebbero una conseguenza “naturale” dello sviluppo tecnologico in generale e dei servizi di *hosting* in particolare, i cui fornitori, quindi, continuerebbero a beneficiare dell'esenzione per i contenuti illegittimamente caricati da terzi, almeno finché il titolare di diritti lesi non comunichi loro puntualmente quali contenuti siano cari-

¹⁵ M. NINO, *Il rapporto tra libertà di espressione e diritto d'autore: considerazioni critiche alla luce della prassi nazionale ed internazionale*, in *Diritti umani e diritto internazionale*, 2016, p. 549 ss.

¹⁶ Corte EDU, sentenza del 15 giugno 2015, ric. n. 64569/09, *Delfi c. Estonia*.

cati in violazione delle sue posizioni giuridiche, o qualora vi sia un ordine di rimozione della pubblica autorità non eseguito¹⁷.

Alla luce del secondo orientamento, invece, le caratteristiche dei nuovi servizi di *hosting* impedirebbero di poterli continuare a considerare *neutrali, passivi e meramente tecnici* rispetto ai contenuti veicolati e, di conseguenza (e sebbene essi continuino a non esser gravati di un obbligo generale di sorveglianza sui contenuti caricati dagli utenti), proprio in conseguenza dell'organizzazione e sistematizzazione dei contenuti stessi (che ne presuppongono la conoscenza) il titolare dei diritti lesi potrebbe oggi limitarsi a rivolgere loro una *generica* richiesta di rimozione, la quale cioè non deve necessariamente contenere l'indicazione puntuale dei contenuti illegittimamente caricati e quindi da rimuovere¹⁸.

È in questo contesto che va letta la proposta di disciplina contenuta nel DSA, che, per quanto ci occupa, mira a rivedere proprio le regole che disciplinano lo *user generated content* e la relativa responsabilità dei fornitori: a tal fine il DSA crea "categorie" di fornitori di servizi digitali e ne gradua, di conseguenza, la responsabilità, anche in base alle loro capacità di conoscenza dei contenuti caricati dagli utenti.

La proposta pare sviluppare, senza però innovare in maniera rivoluzionaria, i concetti già contemplati dal diritto UE che abbiamo illustrato (e infatti la Commissione dichiara esplicitamente che «la proposta conserva le norme relative alla responsabilità dei prestatori di servizi intermediari stabilite dalla direttiva sul commercio elettronico, che rappresentano ormai un fondamento dell'economia digitale e sono essenziali per la tutela dei diritti fondamentali online. Tali norme sono state interpretate dalla Corte di giustizia dell'Unione europea, che ha fornito chiarimenti e orientamenti preziosi»), ai quali vengono conferiti gli effetti tipici delle norme contenute in un regolamento (effetti diretti e prevalenza sul diritto interno incompatibile), con la conseguenza di eliminare distorsioni applicative nei vari Paesi e, quindi, rafforzarne la certezza.

La proposta, pur abrogando gli articoli da 12 a 15 della Direttiva sul commercio elettronico, li riproduce, mantenendo le esenzioni dalla responsabilità per i prestatori, conformemente all'interpretazione già datane dalla Corte di giustizia, e continua così a distinguere tra i meri *provider* per così dire tradizionali, i quali cioè forniscono solo servizi di connettività e archiviazione e che quindi hanno scarse o nulle capacità di moderazione dei contenuti diffusi dai loro clienti, dai fornitori

¹⁷ Corte di Appello di Milano, sentenza del 7 gennaio 2015, n. 29. In dottrina si veda M. BASSINI, *Internet e libertà di espressione. Prospettive costituzionali e sovranazionali*, Roma, 2019, p. 145 ss.

¹⁸ Tribunale di Roma, sentenza del 10 gennaio 2019, n. 693.

2.0 di cui abbiamo detto che, invece, hanno capacità di conoscenza – e quindi di moderazione – ben più penetranti, e aggrava la responsabilità di questi ultimi.

Il DSA, poi, impone solo ai fornitori di quest'ultimo gruppo una serie di penetranti obblighi di rimozione rapida dei contenuti illegali – rendendo così vincolante quanto da molti di loro già volontariamente accettato con una serie di codici di condotta, in particolare quello relativo alla lotta ai discorsi d'odio di cui abbiamo detto, i cui obblighi però vengono applicati anche a fattispecie differenti – e vi aggiunge nuove responsabilità, tra cui quella di garantire alle istituzioni pubbliche la possibilità di sottoporre a un esame approfondito i loro dati interni, nonché l'obbligo di produrre annualmente un rapporto sullo stato di rischio dei loro servizi e di nominare un responsabile esterno e indipendente che verifichi il rispetto di tutte queste regole da parte loro.

La graduazione degli oneri in funzione delle capacità dei singoli fornitori, oltre a rappresentare una incorporazione di orientamenti giurisprudenziali consolidati, peraltro, rappresenta un'applicazione del principio di proporzionalità.

Un altro passaggio del *draft* proposto dalla Commissione impone ai fornitori di servizi online l'obbligo di fornire ai loro utenti "informazioni significative" (anche se è poco chiaro cosa ciò stia a significare) sui meccanismi che regolano la pubblicità online e, in particolare, sugli algoritmi di profilazione che decidono in tempo reale quale specifica inserzione mostrare loro.

Da quanto si legge, insomma, il regolamento DSA non pare ribaltare *upside-down* la regolamentazione UE della responsabilità dei fornitori di servizi online per i contenuti caricati dai loro utenti, quanto, più semplicemente, razionalizzarla nel rispetto di criteri e principi pregressi, di elaborazione prima giurisprudenziale e poi inseriti in misure normative già in vigore, come, ad esempio la già citata direttiva sul commercio elettronico o quella sul diritto d'autore nel mercato unico digitale.

4. Le proposte contenute nel DSA

Proviamo ora ad individuare, seppur per sommi capi, le linee di tendenza che si possono evidenziare nella proposta del DSA che abbiamo esaminato.

Innanzitutto, in considerazione del fatto che è altamente probabile che la stessa venga applicata (anche) a soggetti che non necessariamente saranno *formalmente* stabiliti sul territorio dell'Unione Europea, anche questa si caratterizza per una,

almeno potenziale, applicazione extraterritoriale del diritto dell'Unione Europea o, come pure è stato efficacemente detto, di una forma di «territorial extension»¹⁹.

Si tratta di una linea di tendenza che, a nostro parere, con riguardo al settore digitale, è stata inaugurata dal Regolamento generale sulla protezione dei dati il cui articolo art. 3, par. 2 ne contempla l'applicabilità al trattamento dei dati personali di tutti gli individui interessati che si trovino nell'Unione, anche qualora effettuato da soggetti che non sono stabiliti nell'Unione, se tale trattamento riguarda: *a*) l'offerta di beni o la prestazione di servizi ai suddetti interessati nell'Unione, indipendentemente dall'obbligatorietà di un pagamento dell'interessato; *b*) il monitoraggio del loro comportamento nella misura in cui tale comportamento ha luogo all'interno dell'Unione²⁰.

Quest'ultima previsione, insomma, pare stia diventando una sorta di *template* normativo, spesso replicato, con i necessari adattamenti, in molti atti di regolamentazione del mercato unico digitale (come, ad esempio, già nel regolamento sui c.d. blocchi geografici²¹).

L'altra linea di tendenza che a nostro giudizio è individuabile nel complesso normativo esaminato è quella che vede l'UE disciplinare le responsabilità degli intermediari, prima ancora che mediante l'imposizione di obblighi *materiali*, cioè di contenuto *sostanziale*, attraverso *norme di rito*, cioè attraverso procedimenti, i quali poi, più o meno indirettamente, impattano su aspetti sostanziali²².

Si tratta, anche in questo caso, di una tendenza più generale, che è rintracciabile anche in altri atti di disciplina di fattispecie digitali. Peraltro, siffatta tecnica regolatoria risulta spesso accoppiata all'uso di strumenti giuridici non vincolanti (come i codici di autoregolamentazione di cui abbiamo detto) o comunque non riconducibili a fonti "formali": si tratta di un modello che è stato rintracciato anche nell'ambito della letteratura relativa al c.d. *informal international law*.

Dobbiamo però evidenziare come le brevi considerazioni qui sviluppate dovranno necessariamente essere riponderate alla luce del testo definitivo del DSA,

¹⁹ J. SCOTT, *The new EU "extraterritoriality"*, in *Common Market Law Review*, 2014, p. 1343 ss.

²⁰ Regolamento (UE) 2016/679 del Parlamento Europeo e del Consiglio del 27 aprile 2016 relativo alla protezione delle persone fisiche con riguardo al trattamento dei dati personali, nonché alla libera circolazione di tali dati e che abroga la direttiva 95/46/CE (regolamento generale sulla protezione dei dati).

²¹ Regolamento (UE) 2017/1128 del Parlamento europeo e del Consiglio, del 14 giugno 2017, relativo alla portabilità transfrontaliera di servizi di contenuti online nel mercato interno, sul quale v. G.M. RUOTOLO, *La lotta alla frammentazione geografica del mercato unico digitale: tutela della concorrenza, uniformità, diritto internazionale privato*, in *Diritto del commercio internazionale*, 2018, p. 502 ss.

²² In senso analogo, se abbiamo ben inteso, già O. POLLICINO, *Piattaforme digitali e libertà di espressione: l'ora zero*, in *Lavoce.info*.

la cui approvazione è prevista entro il 2023. La proposta, infatti, nel corso della procedura legislativa ordinaria potrebbe subire modifiche anche rilevanti (come è già avvenuto in passato, ad esempio con riguardo alla Direttiva sul diritto d'autore e sui diritti connessi nel mercato unico digitale), in conseguenza di un dibattito molto acceso, tanto a livello istituzionale quanto di opinione pubblica: si pensi, ad esempio, agli interessi che potrebbero muovere Membri UE come il Lussemburgo o l'Irlanda, in cui risiedono molti degli "Over the Top", o all'impatto che le misure proposte potrebbero avere sulla libertà d'espressione.

5. I rischi di *bis in idem*

Passando ora velocemente al regolamento DMA, esso, avendo come obiettivo quello di rilanciare la competitività delle aziende europee in un settore dominato in larga misura da imprese statunitensi, va ad individuare le imprese c.d. *gatekeeper*: con questa espressione il regolamento fa riferimento a quelle imprese che godono di una particolare posizione di rilevanza e che, per questo, possono sollevare barriere all'ingresso di nuove aziende su un determinato mercato (si pensi ai mercati, distinti, del social networking, del *cloud computing*, della messaggistica, dello streaming, e così via...).

Secondo il progetto della Commissione saranno quindi considerate tali, in base a un criterio quantitativo, le imprese che in un anno fatturano in UE almeno 6,5 miliardi di euro o che hanno almeno 45 milioni di utenti tra i cittadini dell'Unione, nonché, con un criterio invece qualitativo, quelle, anche se di dimensioni minori, che detengono posizioni di particolare importanza su mercati specifici.

Tutte saranno soggette a regole "preventive", volte a impedir loro di adottare comportamenti anticompetitivi: tali regole – e questa pare essere una delle innovazioni del pacchetto proposto, che però potrà essere valutata compiutamente solo dopo la sua approvazione definitiva – sono volte, ancor prima che a sanzionare *ex-post* le violazioni (le quali sono comunque possibili e sanzionabili autonomamente ai sensi delle relative norme previste dai Trattati), ad impedire preventivamente comportamenti anticoncorrenziali. I *gatekeeper*, infatti, non potranno promuovere esclusivamente i propri servizi o favorirli a discapito di quelli altrui, ciò che, invece, avviene attualmente: le aziende che gestiscono gli store di app saranno ad esempio obbligate a garantire la parità di trattamento ai prodotti dei concorrenti, anche consentendo l'utilizzo di sistemi di pagamento e di abbonamento diversi dai loro.

L'impianto punitivo proposto per la violazione di questi obblighi appare piuttosto severo, contemplando sanzioni *una tantum* fino al 10% del fatturato mondiale dell'azienda responsabile e sanzioni periodiche fino al 5% del fatturato globale giornaliero, con il loro aggravamento in caso di recidiva.

La disciplina in questione, tuttavia, rischia di andare a sommarsi alla possibilità che i medesimi comportamenti, siano sanzionati anche *ex-post* ai sensi del diritto antitrust: ciò potrebbe porre problemi di compatibilità con il divieto di *bis in idem* che trova, con riguardo alla tutela della concorrenza, una forma di applicazione più morbida rispetto a quanto non avvenga in materia penale (per una serrata critica a tale applicazione differenziata si vedano le conclusioni presentate dall'Avvocato Generale Sharpston presentate nella causa C-467/04, *Gasparini* e le conclusioni dell'Avvocato Generale Kokott nella causa C-17/10, *Toshiba* e a., punti 119 e 123; ricordiamo però che, ad oggi, la Corte ha confermato il suo orientamento; cfr. la sentenza del 3 aprile 2019 nella causa C-617/17, *Powszechny Zakład Ubezpieczeń na Życie S.A.*). Sebbene, infatti, la Corte di giustizia abbia escluso che la doppia sanzione – per violazione delle norme antitrust nazionali ed UE – non violi il detto principio, nel caso di specie ci si troverebbe invece in presenza di una – quanto meno potenziale – applicazione di due sanzioni distinte, adottate entrambe in applicazione di norme di diritto UE²³, e in presenza dei requisiti stabiliti dalla stessa Corte per l'applicazione del principio del *bis in idem* nel contesto del diritto della concorrenza (identità di fatti, contravventore e interesse giuridico protetto)²⁴.

²³ CGUE, sentenza del 3 aprile 2019, C-617/17, *Powszechny Zakład Ubezpieczeń na Życie S.A.*

²⁴ CGUE, sentenza del 14 febbraio 2012, C-17/10, *Toshiba Corporation*. In dottrina R. NAZZINI, *Parallel Proceedings in EU Competition Law*, in B. VAN BOCKEL (ed.), *Ne Bis in Idem as a Limiting Principle*, Cambridge, 2016.

La sentenza *H.K. c. Prokuratuur* e il difficile dialogo tra CGUE e Stati membri in materia di conservazione e accesso ai metadati per finalità securitarie: spunti di riflessione su una questione vecchia ma ancora irrisolta

GIULIA FORMICI*

SOMMARIO: 1. La *data retention* nella giurisprudenza della CGUE: storia, sviluppi e persistenti criticità. – 2. I requisiti della gravità del reato e del previo controllo di un'autorità giudiziaria o amministrativa indipendente: il significativo portato della sentenza *H.K. c. Prokuratuur*. – 3. Le reazioni alla sentenza *H.K. c. Prokuratuur* tra resistenze ed evoluzioni normative e giurisprudenziali: l'incerto futuro della disciplina della *data retention* e dell'accesso ai metadati.

ABSTRACT: A partire dal 2006 la regolamentazione della conservazione dei dati di traffico e ubicazione derivanti da telecomunicazioni è stata oggetto di numerosi e complessi interventi dei giudici di Lussemburgo. Nelle sue storiche pronunce e nelle sue più recenti pronunce, la CGUE ha stabilito l'incompatibilità con il diritto dell'UE di forme di conservazione generalizzata ed indiscriminata per scopi di sicurezza pubblica, lasciando una possibilità di impiego di tale invasivo strumento solo in casi eccezionali di minacce concrete e reali alla sicurezza nazionale, prevedendo al contempo restrittive condizioni di accesso ai dati stessi. I dubbi interpretativi legati a tali posizioni, unitamente alle forti tensioni venutesi a creare negli Stati membri – restii a rinunciare o limitare la possibilità di accedere ad un'enorme mole di dati utili per prevenire e reprimere crimini gravi –, hanno dato vita ad un vivace dibattito non solo in seno a legislatori e corti nazionali bensì anche dinnanzi alle Istituzioni europee. Mediante l'analisi della sentenza *H.K. c. Prokuratuur*, il presente contributo intende riflettere sui possibili sviluppi della disciplina della *data retention* e del connesso accesso ai metadati, osservando il bilanciamento tra esigenze securitarie e tutela dei diritti fondamentali – in particolare quelli alla vita privata e alla protezione dei dati – nell'articolato intreccio tra livelli e nel dialogo tra attori nazionali e sovranazionali coinvolti.

PAROLE CHIAVE: *data retention* – protezione dei dati – sicurezza nazionale – reati gravi – accesso ai metadati – CGUE.

* Giulia Formici, Ricercatrice RTD/A in Diritto pubblico comparato, Università degli Studi di Milano, giulia.formici@unimi.it.

1. La *data retention* nella giurisprudenza della CGUE: storia, sviluppi e persistenti criticità

La sentenza della Corte di giustizia dell'Unione europea (CGUE) del 2 marzo 2021, C-746/18, *H.K. c. Prokuratuur* si inserisce in una lunga serie di rilevanti e complesse pronunce in materia di conservazione dei metadati per scopi securitari – c.d. *data retention*, per mutuare la sintetica quanto chiara terminologia inglese –. Tale pratica consiste essenzialmente nell'obbligo imposto ai fornitori di servizi di telecomunicazione di conservare – *retain*, appunto – i metadati prodotti dai propri utenti al fine di consentire un successivo ed eventuale accesso a tali informazioni da parte di autorità di *law enforcement* o di *intelligence* nell'ambito di azioni di prevenzione, indagine e lotta contro minacce alla sicurezza pubblica o nazionale. Pur non riguardando il contenuto della comunicazione, i metadati – ovvero i dati di traffico indicanti ora, durata, destinatario e frequenza delle chiamate, o di ubicazione e localizzazione dell'apparecchio utilizzato, nonché gli indirizzi IP o i dati relativi all'identità dell'utente¹ – sono in grado di svelare relazioni, abitudini e luoghi frequentati, consentendo quindi di trarre conclusioni precise sulla vita degli utenti². L'enorme mole di metadati quotidianamente prodotta e conservata rappresenta, dunque, da un lato, una fonte preziosa di informazioni per creare collegamenti tra soggetti, anche ignoti alle forze dell'ordine, e delineare utili piste investigative; dall'altro lato, costituisce uno strumento capace di porre in essere una profonda invasione nella sfera privata, rischiando così di inverarsi in una forma pervasiva di sorveglianza massiva³.

¹ Tali dati sono altrimenti denominati “dati di traffico” o “dati esterni delle telecomunicazioni” e ricomprendono anche i “dati di ubicazione”. Sul punto, si legga, *ex multis*, G. CAGGIANO, *Il bilanciamento tra diritti fondamentali e finalità di sicurezza in materia di conservazione dei dati personali da parte dei fornitori di servizi di comunicazione*, in *MediaLaws*, 2018, p. 65 ss.

² Per usare le parole della CGUE, «Questi dati [metadati], presi nel loro complesso, possono permettere di trarre conclusioni molto precise riguardo alla vita privata delle persone i cui dati sono stati conservati, come le abitudini quotidiane, i luoghi di soggiorno permanente o temporaneo, gli spostamenti giornalieri e non, le attività svolte, le relazioni sociali di queste persone e gli ambienti sociali da esse frequentati», CGUE, sentenza dell'8 aprile 2014, C-293/12 e C-594/12, *Digital Rights Ireland Ltd c. Minister for Communications and al.*, para. 27.

³ Più approfonditamente sulle potenzialità e i rischi di tali strumenti investigativi, I. CAMERON, *Balancing data protection and law enforcement needs: Tele2 Sverige and Watson*, in *Common Market Law Review*, 2017, p. 1428 ss.; M. ANDREJEVIC, *Surveillance in the big data era. Emerging pervasive information and communications technologies*, in *Law, Governance and Technology Series*, 2014, p. 55 ss.

La complessa sfida della determinazione di un corretto equilibrio tra tutela dei diritti fondamentali e garanzia della sicurezza pubblica e nazionale, in un periodo di c.d. emergenza normalizzata⁴, trova così nella conservazione dei metadati derivanti da telecomunicazioni uno dei più insidiosi terreni di scontro, sul quale la CGUE risulta ormai impegnata da quasi un decennio.

A partire dalla nota e dirompente sentenza *Digital Rights Ireland c. Minister for Communications e a.*⁵, con la quale è stata invalidata la Direttiva 2006/24/CE (c.d. *Data retention Directive*)⁶ per violazione dei diritti di cui agli artt. 7 e 8 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea (CDFUE), i giudici di Lussemburgo si sono ulteriormente pronunciati su tale delicata materia in altre sei decisioni⁷, tutte aventi ad oggetto l'interpretazione dell'art. 15 della Direttiva 2002/58/CE (c.d. *Direttiva e-Privacy*)⁸, che rappresenta, ad oggi, l'unica fonte normativa sovranazionale disciplinante la conservazione di metadati relativi alle telecomunicazioni per finalità securitarie. Questa disposizione, estremamente vaga nel proprio dettato, consente agli Stati membri di derogare alla regola generale che impone la cancellazione dei metadati, stabilendo un obbligo di conservazione in capo agli operatori privati per un periodo limitato di tempo e unicamente a scopo di salvaguardia della sicurezza nazionale, difesa, sicurezza pubblica, prevenzione e perseguimento dei reati⁹.

⁴ G. DE VERGOTTINI, *Guerra e Costituzione. Nuovi conflitti e sfide alla democrazia*, Bologna, 2004; E. POSNER, A. VERMEULEN, *Terror in balance: security, liberty and the Courts*, Cambridge-Massachusetts, 2007.

⁵ CGUE, sentenza dell'8 aprile 2014, C-293/12 e C-594/12, *Digital Rights Ireland Ltd c. Minister for Communications e al.*

⁶ Direttiva 2006/24/CE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 15 marzo 2006, riguardante la conservazione di dati generati o trattati nell'ambito della fornitura di servizi di comunicazione elettronica accessibili al pubblico o di reti pubbliche di comunicazione e che modifica la direttiva 2002/58/CE.

⁷ Tale ricca giurisprudenza verrà ampiamente richiamata ed esaminata nel presente contributo.

⁸ Direttiva 2002/58/CE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 12 luglio 2002, relativa al trattamento dei dati personali e alla tutela della vita privata nel settore delle comunicazioni elettroniche (direttiva relativa alla vita privata e alle comunicazioni elettroniche).

⁹ L'art. 15 stabilisce che «Gli Stati membri possono adottare disposizioni legislative volte a limitare i diritti e gli obblighi di cui agli artt. 5 e 6, all'art. 8, para. Da 1 a 4, e all'art. 9 della presente direttiva [attinenti essenzialmente alla regola generale che impone la cancellazione dei metadati conservati per scopi commerciali e di erogazione della fornitura del servizio] qualora tale restrizione costituisca (...) una misura necessaria, opportuna e proporzionata all'interno di una società democratica per la salvaguardia della sicurezza nazionale (cioè della sicurezza dello Stato), della difesa, della sicurezza pubblica; e la prevenzione, ricerca, accertamento e perseguimento dei reati, ovvero dell'uso non autorizzato del sistema di comunicazione elettronica. A tal fine gli Stati membri possono tra l'altro adottare misure legislative le quali prevedano che i dati siano conservati per un periodo di tempo limitato per i motivi enunciati nel presente paragrafo». Come si può immediatamente notare dal testo riportato, in esso non è presente alcun riferimento o limitazione alla lotta alla criminalità qualifi-

Nelle successive storiche pronunce *Tele2* e *Ministerio Fiscal*¹⁰ la CGUE ha stabilito che forme di conservazione di tipo generalizzato ed indiscriminato, riguardanti cioè tutti gli utenti, tutti i mezzi di comunicazione e tutte le tipologie di metadati – c.d. *bulk data retention* –, qualora impiegate per finalità di garanzia della sicurezza pubblica, non superano il test di proporzionalità: una conservazione di tale estensione, che attiene alla quasi totalità della popolazione europea e che non si fonda sulla sussistenza di una connessione, anche solo indiretta, tra l'ingerenza nella sfera privata e un reato grave, non può infatti essere considerata limitata allo stretto necessario. L'unica forma di *data retention* compatibile con il diritto dell'UE è stata individuata, a partire dalla sentenza *Digital Rights Ireland*, nella conservazione di tipo *targeted* o mirata, inerente cioè a un determinato periodo di tempo, a un'area geografica specifica e/o a una precisa cerchia di persone¹¹. Nonostante i dubbi circa la reale efficacia di quest'ultimo strumento, nonché i timori sulla possibile deriva discriminatoria che una ingerenza mirata di tale tipo potrebbe comportare¹², la CGUE ha riaffermato tale interpretazione anche nelle decisioni più

cata come “grave”, diversamente da quanto previamente statuito dalla Direttiva 2006/24/CE. Tale requisito di gravità dei reati perseguiti è stato invece ribadito dalla costante giurisprudenza della CGUE: a partire dalla sentenza del 21 dicembre 2016, C-203/15 e C-698/15, *Tele2 Sverige AB c. Post-och telestyrelsen* e *Secretary of State for the Home Department c. Tom Watson e a.*, nonché successivamente nella pronuncia del 2 ottobre 2018, C-207/16, *Ministerio Fiscal*, i giudici di Lussemburgo hanno infatti stabilito che solo un crimine di carattere “grave” può giustificare un'ingerenza grave nella sfera privata quale quella determinata dalla conservazione e accesso ai metadati. Pur stabilendo, dunque, questo importante e decisivo criterio, che rende sproporzionata la conservazione dei metadati e l'accesso agli stessi per finalità di repressione di reati “semplici”, la CGUE non ha mai indicato cosa debba intendersi per “reato grave”; anche la Direttiva 2006/24/CE, del resto, attribuiva tale determinazione al legislatore nazionale. Il concetto di gravità, quindi, resta ancora dibattuto e la giurisprudenza europea non ha provveduto a chiarimenti sul punto, come si vedrà anche nella pronuncia oggetto del presente contributo.

¹⁰ Vedi *supra* nota n. 9.

¹¹ Cioè una conservazione limitata ad un determinato periodo di tempo e/o ad un'area geografica determinata e/o ad una cerchia di persone che possano essere coinvolte in un reato grave. Sui punti rilevanti di tale pronuncia, si veda, tra la vastissima dottrina, M. GRANGER, K. IRION, *The Court of Justice and the Data retention directive in Digital Rights Ireland: telling off the EU legislator and teaching a lesson on privacy and data protection*, in *European Law Review*, 2014, p. 835 ss.; A. VEDASCHI, V. LUBELLO, *Data retention and its implications for the fundamental right to privacy*, in *Tilburg Law Review*, 2015, p. 14 ss.; F. FABBRINI, *Human rights in the digital age: the ECJ ruling in the Data Retention case and its lessons for privacy and surveillance in the US*, in *Harvard Human Rights Journal*, 2015, p. 65 ss.; D. FENNELLY, *Data retention: the life, death and afterlife of a Directive*, in *ERA Papers*, 2018, p. 1 ss.

¹² Secondo Cameron, ad esempio, la conservazione mirata indicata dalla CGUE pone problemi in termini di tutela del principio di non discriminazione: «while this power [to use the geographic criterion] would enable temporary monitoring of large public gatherings (such as sporting events), it also raises the spectre of permanent monitoring of, not simply zones surrounding government offices and other obvious terrorist targets, or even targets of organized crime, such as concentrations of banks, but, more disturbingly, large urban areas with marginalized populations, such as immigrants

recenti, *Privacy International*¹³, *La Quadrature du Net*¹⁴, respingendo con forza e chiarezza la legittimità di ulteriori forme di conservazione alternative a quella *targeted* – ci si riferisce ad esempio alla conservazione *limitata*, proposta da Europol¹⁵, e consistente in una forma di *data retention* ‘intermedia’, più ampia rispetto a quella mirata, ma meno invasiva di quella generalizzata.

Nelle rilevanti e, per certi versi, rivoluzionarie¹⁶, sentenze del 6 ottobre 2020 i giudici di Lussemburgo hanno però poi per la prima volta specificamente e dettagliatamente affrontato il tema della disciplina della conservazione dei dati finalizzata alla tutela della sicurezza nazionale. Così è stato innanzitutto ribadito e meglio precisato che la regolamentazione della *data retention* rientra nell’ambito di ap-

communities», I. CAMERON, *Balancing data protection and law enforcement needs*, cit., p. 1489. Simili perplessità e preoccupazioni si leggono peraltro anche nelle *Pleading Notes* presentate dal Garante europeo della protezione dei dati (GEPD) in occasione dell’udienza pubblica tenutasi il 9 settembre 2019 con riferimento ai rinvii inglese, francese e belga (*Privacy International* e *La Quadrature du Net*).

¹³ CGUE, sentenza del 6 ottobre 2020, C-623/17, *Privacy International c. Secretary of State for Foreign and Commonwealth Affairs e a.*

¹⁴ CGUE, sentenza del 6 ottobre 2020, C-511/18, C-512/18 e C-520/18, *Ordre des barreaux francophones et germanophone e a. c. Conseil des Ministres*. Si vuole sin da ora evidenziare come l’approccio individuato in tali pronunce sia stato riconfermato anche in tempi recenti in CGUE, sentenza del 5 aprile 2022, C-140/20, *G.D. c. Commissioner of An Garda Síochána e a.*

¹⁵ Come riportato dal Consiglio dell’UE nel documento del 23 novembre 2018, n. 14319/18, attinente allo *State of play* della disciplina europea della conservazione e accesso ai metadati alla luce della giurisprudenza della CGUE. In tale documento, il Consiglio riporta la proposta di Europol di considerare legittima e proporzionata una conservazione limitata a specifiche categorie di dati, oggettivamente necessarie per la salvaguardia della sicurezza, nonché a certi tipi di fornitori e di servizi, individuati sulla base di una rilevata connessione tra *retention* e obiettivo securitario da raggiungere. Una simile forma di conservazione, a parere di Europol, sarebbe così risultata in grado di escludere dall’obbligo di conservazione piccoli fornitori di servizi di telecomunicazione o ancora i dati di soggetti le cui attività risultavano coperte da segreto professionale. Sul contenuto di tale proposta, sia consentito rinviare a G. FORMICI, *La disciplina della data retention tra esigenze securitarie e tutela dei diritti fondamentali. Un’analisi comparata*, Torino, 2021. Merita comunque ricordare che la CGUE ha invece ribadito, anche nella recente pronuncia *G.D. c. Commissioner of An Garda Síochána e a.*, la proporzionalità di una conservazione mirata basata su un criterio geografico, quale il tasso medio di criminalità in una data zona geografica: diversamente dalle preoccupazioni da più parti sottolineate, tale tipologia di conservazione «non è, in linea di principio, idonea a dar maggiormente luogo a discriminazioni, dato che il criterio relativo al tasso medio di criminalità grave non presenta, di per sé, alcun nesso con elementi potenzialmente discriminatori», CGUE, *G.D. c. Commissioner of An Garda Síochána e a.*, cit., para. 80.

¹⁶ Per approfondimenti su tali decisioni, si leggano, I. CAMERON, *Metadata retention and national security: Privacy International and La Quadrature du Net: Case C-623/17*, in *Common Market Law Review*, 2021, p. 1433 ss.; M. NINO, *La disciplina internazionale ed europea della data retention dopo le sentenze Privacy International e La Quadrature du Net della Corte di giustizia UE*, in *Il diritto dell’Unione europea*, 2021, p. 93 ss.; M. ROJSZCZAK, *National security and retention of telecommunications data in light of recent case law of the European Courts*, in *European Constitutional Law Review*, 2021, p. 607 ss.; sia concesso anche il rinvio a G. FORMICI, *La data retention saga al capolinea? Le ultime pronunce della CGUE in materia di conservazione dei metadati per scopi securitari, tra conferme e nuove aperture*, in *DPCE Online*, 2021, p. 1361 ss.

plicazione del diritto dell'UE anche laddove essa sia volta alla garanzia della sicurezza nazionale: l'obbligo di conservazione, implicando comunque un trattamento dei dati da parte di soggetti privati – gli operatori dei servizi di telecomunicazione – e non unicamente attività svolte da autorità dello Stato, deve dunque rispettare i requisiti e principi stringenti fissati dal diritto – e soprattutto dalla giurisprudenza – sovranazionale, indipendentemente dalla finalità perseguita¹⁷. Questa posizione è stata da più parti accolta come una netta vittoria a favore di una forte tutela dei diritti fondamentali, «poiché tend[e] ad attribuire all'Unione europea un ruolo rilevante anche nel contesto della sicurezza nazionale»¹⁸.

La CGUE, in tale contesto, ha tuttavia individuato, in maniera innovativa rispetto al passato, anche una possibilità eccezionale ed unica di ricorso alla *bulk data retention*: la garanzia della sicurezza nazionale – ad esempio in caso di pericolo di terrorismo – costituisce un obiettivo superiore alla mera lotta alla criminalità grave¹⁹, tale quindi da giustificare la maggiore ingerenza nei diritti fondamentali

¹⁷ Sin dalla pronuncia *Digital Rights Ireland* gli Stati membri hanno spesso invocato, nel dibattito in materia di *data retention*, l'art. 4, co. 2, Trattato sull'Unione europea (TUE), ritenendo che le condizioni e i criteri di proporzionalità stabiliti dalla CGUE nella propria giurisprudenza non potessero applicarsi anche a normative finalizzate alla salvaguardia della sicurezza nazionale: in tal caso, infatti, la disciplina nazionale, ricadendo tra le materie assegnate esclusivamente alla competenza degli Stati membri, avrebbe dovuto sottostare unicamente ai limiti – più blandi – dettati dalla Corte europea dei diritti dell'uomo (CEDU) e dalla Convenzione europea dei diritti dell'uomo (Convenzione EDU). Sul punto si legga S. CRESPI, *The applicability of Schrems principles to the Members States: national security and data protection within the EU context*, in *European Law Review*, 2018, p. 669 ss; M. ZALNIERIUTE, *A struggle for competence: national security, surveillance and the scope of EU law at the Court of Justice of the EU*, in *Modern Law Review*, 2021, p. 1 ss.

¹⁸ In tal senso M. NINO, *La disciplina internazionale ed europea della data retention dopo le sentenze Privacy International e La Quadrature du Net della Corte di giustizia UE*, cit., p. 106. Similmente anche M. ZALNIERIUTE, *A struggle for competence: national security, surveillance and the scope of EU law at the Court of Justice of the European Union*, cit.; J. SAJFERT, *Bulk data interception/retention judgements of the CJEU. A victory and a defeat for privacy*, in *European Law Blog*, 26 ottobre 2020. Sulle criticità e i dubbi concernenti il *reasoning* seguito dalla CGUE sul punto, si rimanda a I. CAMERON, *Metadata retention and national security: Privacy International and La Quadrature du Net: Case C-623/17*, cit., in particolare p. 1457 ss. ma anche a Vogiatzoglou e Bergholm che hanno espresso perplessità quanto alla definizione di “attività dello Stato” fornita dai giudici: «the way the Court defines “activities of the State” (Art. 1(3) E-Privacy Directive) as “activities unrelated to the fields in which individuals are active” further begs the question if such a field can ever exist in a state and what is left of the exception of national security, as enshrined in the TEU», P. VOGIATZOGLU, J. BERGHOLM, *Privacy International and La Quadrature du Net: the latest on data retention in the name of national and public security*, in *CITIP Law Blog*, 27 ottobre 2020.

¹⁹ Per minacce alla sicurezza nazionale si intendono attività tali da «destabilizzare gravemente le strutture costituzionali, politiche, economiche o sociali fondamentali di un paese, e in particolare da minacciare direttamente la società, la popolazione o lo Stato in quanto tale, quali in particolare le attività di terrorismo», CGUE, *La Quadrature du Net*, cit., para. 135. Non viene invece fornita una definizione di reati gravi, indicati solamente come «forme gravi di criminalità» e «minacce gravi alla sicurezza pubblica» (para. 140), senza ulteriori specificazioni.

rappresentata dalla conservazione generalizzata. Nonostante questa inedita apertura, mai specificata con tale chiarezza nelle preve sentenze e derivante dal preciso rinvio promosso dall'*Investigatory Powers Tribunal* inglese che per la prima volta ha posto quesiti riguardanti unicamente l'attività di agenzie di intelligence, l'impiego legittimo dello strumento della *bulk data retention* per finalità di sicurezza nazionale viene comunque sottoposto a stringenti condizioni, delineate dai giudici: il carattere non sistematico della conservazione generalizzata, la presenza di circostanze sufficientemente concrete che consentano di ritenere esistente una minaccia grave per la sicurezza nazionale reale e attuale o prevedibile, la previsione di un tempo di *data retention* limitato allo stretto necessario, la determinazione di garanzie rigorose contro il rischio di abusi, nonché la previsione di un effettivo controllo giurisdizionale o di un organo indipendente.

Quanto invece alla disciplina dell'accesso ai metadati conservati, nella sua giurisprudenza la CGUE ha più volte ribadito come esso possa avvenire solo per finalità di lotta contro un reato grave e debba essere accompagnato da requisiti sostanziali e procedurali chiari e precisi, nonché da criteri oggettivi tali da permettere una limitazione del numero di soggetti autorizzati ad accedere e a condizione che venga effettuato un previo controllo da parte di un giudice o di un'entità amministrativa indipendente in grado di valutare la stretta necessità dell'accesso nell'ambito di indagini penali.

Pur brevemente e per quanto rileva ai fini della presente disamina, è utile evidenziare come le richiamate sentenze dell'ottobre 2020 siano state accolte dagli Stati membri, dalle autorità di *intelligence* e *law enforcement*, ma anche da ONG, società civile e dottrina in maniera molto differente, provocando reazioni discordanti che hanno reso alquanto complesso lo sforzo di trarre un bilancio preciso delle posizioni espresse dai giudici di Lussemburgo²⁰: da un lato, la riconferma della incompatibilità con il diritto dell'UE di forme di *bulk data retention* per scopi di pubblica sicurezza e repressione di reati gravi nonché la affermata applicazione del diritto dell'UE e dei suoi principi a tutte le disposizioni che impongono un trattamento di dati e metadati da parte di soggetti privati, indipendentemente dalla finalità perseguita, unitamente alle condizioni ribadite quanto alla disciplina dell'accesso ai metadati conservati, rappresentano una indubbia vittoria per la garanzia dei diritti fondamentali, in grado di comprimere significativamente la discrezionalità degli Stati membri nell'impiego di strumenti di sorveglianza massiva;

²⁰ Paiono significative le espressioni impiegate da talune ONG a commento delle pronunce esaminate: la ONG Statewatch ha parlato di «a victory and a defeat for privacy», mentre la ONG La Quadrature du Net di «victorious defeat».

dall'altro lato, tuttavia, l'“apertura” eccezionale verso forme di conservazione generalizzata quando minacce alla sicurezza nazionale sono in gioco²¹ ha destato non poche critiche ed è stata vista quale preoccupante cambio di approccio verso una direzione maggiormente pro-securitaria; pur individuando condizioni specifiche di ammissibilità e proporzionalità della *bulk data retention*, che si conferma quale strumento eccezionale e dalla natura non sistematica, le indicazioni della Corte sono infatti apparse troppo ampie o vaghe, passibili quindi di interpretazioni estensive da parte delle autorità nazionali e in grado quindi di condurre alla adozione quasi “illimitata” di misure eccessivamente lesive della sfera privata dei cittadini europei²². In tale inedito approccio della Corte, che per la prima volta e in maniera espressa si è pronunciata sull'impiego della conservazione dei metadati nell'ambito della sicurezza nazionale, taluni autori hanno pertanto ravvisato una scelta di compromesso dinnanzi alle forti spinte degli Stati membri, strenui sostenitori dell'utilità e necessità dello strumento della conservazione generalizzata²³. Tali differenti letture del resto riflettono le mai sopite diversità di vedute rispetto alla giurisprudenza della CGUE che sin dalla sentenza *Tele2* è stata dai più favorevolmente accolta come tangibile segno di una Unione europea baluardo dei diritti fondamentali – in particolare quelli alla vita privata e alla protezione dei dati personali – dinnanzi a spinte pro-securitarie, ma che è stata anche oggetto di perplessità e critiche da parte di chi ha invece riconosciuto nell'approccio garantista dei giudici e nella difficile concretizzazione di forme di *targeted data retention* uno sbilanciamento – anche dovuto al peculiare riparto delle competenze tra Stati membri e UE in materia di sicurezza – che rischia di minare l'efficacia degli strumenti

²¹ Merita ricordare solo brevemente come ulteriori aperture a forme di conservazione generalizzata ed indiscriminata vengano individuate dalla Corte rispetto a specifiche tipologie di dati, quali profili IP e dati relativi all'identità civile, nonché con riferimento alla conservazione rapida dei dati di traffico e di ubicazione e a quella in tempo reale, pur con limitazioni da rinvenirsi nella necessità di disporre condizioni procedurali e sostanziali precise. Per una analisi di questi interessanti e rilevanti profili delle sentenze dell'ottobre 2020, si rinvia alla dottrina citata *supra* nota n. 16.

²² Tzanou sostiene che «while Privacy International continues along the same lines of this expansive data protection jurisprudence and can be seen as another victory for fundamental rights, this time in the context of national security, *Quadrature du Net* marks an important departure from the CJEU's prohibitive approach to bulk data retention to a more nuanced one», M. TZANOU, S. KARYDA, *Privacy International and Quadrature du Net: one step forward two steps back in the data retention saga?*, in *European Public Law*, 2021, p. 124.

²³ In questo senso si esprimono, ad esempio, M. NINO, *La disciplina internazionale ed europea della data retention dopo le sentenze Privacy International e La Quadrature du Net della Corte di giustizia UE*, cit., e M. ZALNIERIUTE, *A struggle for competence: national security, surveillance and the scope of EU law at the Court of Justice of the European Union*, cit.; M. TZANOU, S. KARYDA, *Privacy International and Quadrature du Net: one step forward two steps back in the data retention saga?*, cit.

investigativi della conservazione e accesso e dunque gli interessi securitari²⁴. In questo senso, riassuntivamente, con riferimento alla giurisprudenza esaminata, Cameron afferma come «depending on one's perspective, the Court has shown a fearless willingness to intervene to uphold fundamental rights, or a foolhardy willingness to throw spanners into the works of delicately balanced systems of national regulation and international cooperation. There is undoubtedly much room for reform in many EU Member States, both as regards law enforcement and national security use of communications metadata. (...) Whichever perspective one takes on the Court's approach, its commitment to data protection and its expansive view of its own competence mean that many more cases on these issues can be expected»²⁵.

E in effetti, come testimoniato dal tratteggiato vivace e continuo dibattito dottrinario, la ricca giurisprudenza della CGUE non è quindi giunta a porre un punto conclusivo alla complessa *data retention saga*: anche a seguito delle decisioni del 2020, i governi e i legislatori nazionali – e talvolta anche gli stessi giudici interni – hanno mostrato profonde difficoltà nello stabilire normative interne in materia di conservazione e accesso ai metadati in grado da un lato di rispondere alle esigenze di efficacia nella lotta alla criminalità e al terrorismo e dall'altro di adeguarsi ai rigidi limiti e alle tutele determinate dai giudici di Lussemburgo. Nel tentativo di adottare approcci più *flessibili* quanto alla regolamentazione – e dunque all'utilizzo – della *data retention*, così da non rinunciare del tutto all'impiego di

²⁴ Oltre alle posizioni in tale direzione espresse da Europol e dai rappresentanti delle autorità di *law enforcement* e di *intelligence* di numerosi Stati membri, si legga, in dottrina, D. FENNELLY, *Data retention: the life, death and afterlife of a directive*, cit. Tale dibattito è diversità di considerazioni quanto alla posizione espressa dalla Corte in materia di *data retention* è peraltro particolarmente viva ed evidente anche con riguardo alle pronunce della CGUE sul trasferimento dei dati verso Stati terzi (si pensi alla c.d. *Schrems saga*): nella dichiarata invalidità delle decisioni di adeguatezza che consentivano il *data flow* tra UE e USA, taluni autori hanno ravvisato il segno di una “esaltante illusione” dell'UE e della sua Corte, in particolare, di poter proteggere i diritti dei propri cittadini anche oltre i confini e dinanzi alle necessità securitarie e agli strumenti di tutela della sicurezza disposti da Stati terzi. Sull'approccio eccessivamente garantista o invece meritoriamente rispettoso dei diritti fondamentali e della loro salvaguardia, sia consentito rimandare all'accesso dibattito dottrinario ricostruito in G. FORMICI, *La disciplina della data retention tra esigenze securitarie e tutela dei diritti fondamentali*, cit., in particolare p. 198 ss., nel quale vengono richiamati, *ex multis*, R. EPSTEIN, *The ECJ's fatal imbalance: its cavalier treatment of national security issues poses serious risk to public safety and sound commercial practices*, in *European Constitutional Law Review*, 2016, p. 339, M. BRKAN, *The unstoppable expansion of the EU fundamental right to data protection. Little shop of horrors?*, in *Maastricht Journal of European and Comparative Law*, 2016, p. 812 ss.; C. KUNER, *Reality and illusion in the EU data transfer regulation post Schrems*, in *German Law Review*, 2017, p. 898 ss.; O. POLLICINO, *Diabolical persistence. Thoughts on the Schrems II decision*, in *MediaLaws*, 2020, p. 315 ss.

²⁵ I. CAMERON, *Metadata retention and national security: Privacy International and La Quadrature du Net: Case C-623/17*, cit., p. 1471.

tale strumento investigativo – ancora considerato essenziale²⁶ –, il panorama di soluzioni e discipline nazionali nell'UE è così rimasto – nonostante gli interventi della Corte sovranazionale – estremamente frastagliato e disomogeneo²⁷, mentre i significativi dubbi e preoccupazioni quanto alla corretta interpretazione e applicazione dei principi individuati dalla giurisprudenza europea hanno portato cittadini e ONG a richiedere sovente l'intervento delle corti nazionali; queste ultime, a loro volta, hanno promosso ulteriori rinvii pregiudiziali dinanzi alla CGUE, alcuni dei quali ancora pendenti²⁸, al fine di ottenere chiarezza quanto alle condizioni e alle salvaguardie che devono guidare l'attuazione della disciplina derogatoria garantita dall'art. 15 Direttiva *e-Privacy*.

In tale articolato scenario si inserisce la sentenza *H.K. c. Prokuratuur* che, di poco successiva alle discusse pronunce dell'ottobre 2020, è sin da subito apparsa innovativa e di estremo interesse quanto ai profili trattati e alle considerazioni svolte dalla CGUE.

Il presente contributo intende pertanto analizzare tale decisione per poi evidenziare le forti reazioni e i significativi dibattiti provocati nei Parlamenti e nelle Corti degli Stati membri; simili considerazioni conducono a talune riflessioni finali quanto alle prospettive future e alle criticità persistenti che impediscono di spegnere i riflettori sulla disciplina della *data retention* e impongono, anzi, di osservarne con attenzione gli sviluppi.

²⁶ Si consideri «the broad support expressed by Ministers at the March 2021 Justice and Home Affairs Council for a functioning data retention regime. The Portuguese Presidency stressed on that occasion: “The retention of data is a crucial tool for our law enforcement authorities when carrying out investigations, and it is clear the current situation of uncertainty increases the risks to the security of our citizens. Today we reiterated our commitment to finding a common solution; one which allows our police and judicial authorities to carry out their work while fully ensuring the rights to privacy of our citizens”», A. JUSZACZAK, E. SASON, *Recalibrating data retention in the EU. The jurisprudence of the CJEU – is this the end or the beginning?*, in *Eucrim*, 2021, p. 262.

²⁷ Per una ricostruzione di tale complesso panorama, si legga M. ZUBIK, J. PODKOWIK, R. RYBSKI (a cura di), *European Constitutional Courts towards data retention laws*, Cham, 2020; N. NI LOIDEAIN, *EU data privacy law and serious crime. Data retention and policymaking*, Oxford, 2022.

²⁸ Oltre ai rinvii pregiudiziali C-793/19, *SpaceNet AG c. Repubblica federale di Germania* e C-794/19, *Repubblica federale di Germania c. Telekom Deutschland GmbH*, entrambi promossi del *Bundesverwaltungsgericht* tedesco il 29 ottobre 2019 – dunque concomitanti ai rinvii che hanno originato le sentenze dell'ottobre 2020 – e rispetto ai quali sono state depositate le Conclusioni dell'Avvocato generale Campos Sanchez-Bordona in data 18 novembre 2021, si fa riferimento al rinvio pregiudiziale C-350/21, proposto dallo *Spetsializirjan nakazatelen sad* (Bulgaria) il 4 giugno 2021 e a quello italiano, di cui si parlerà *infra*. Tutti i rinvii citati attengono, in assenza di una più specifica disciplina in materia di *data retention*, all'interpretazione dell'art. 15 della Direttiva 2002/58/CE.

2. I requisiti della ‘gravità’ del reato e del previo controllo di un’autorità giudiziaria o amministrativa indipendente: il significativo portato della sentenza *H.K. c. Prokuratuur*

Diversamente dalle pronunce sopra brevemente richiamate, il caso *H.K. c. Prokuratuur* attiene principalmente alle condizioni e ai requisiti riguardanti l’accesso ai metadati conservati. I quesiti posti alla CGUE, infatti, concernevano specificamente tanto i criteri da valutare per determinare la gravità dell’ingerenza nei diritti fondamentali – e dunque la conseguente necessità che l’accesso fosse finalizzato alla prevenzione e perseguimento di reati gravi – quanto il controllo preventivo da parte di un giudice o di un’autorità amministrativa indipendente e, in particolare, se tale condizione potesse essere legittimamente assolta laddove il controllo venisse effettuato da un pubblico ministero che dirige il procedimento istruttorio ma che dovrà poi anche rappresentare la pubblica accusa nel corso del procedimento giudiziario eventualmente avviato.

Ripercorrendo i principi delineati nella propria giurisprudenza in tema di *data retention* e richiamando soprattutto le rilevanti decisioni del 6 ottobre 2020, i giudici di Lussemburgo hanno chiarito preliminarmente che le operazioni di accesso possono essere consentite solo qualora la conservazione dei metadati stessi sia conforme all’art. 15 Direttiva *e-Privacy*; è stata così colta l’occasione per confermare quanto affermato nelle attese pronunce *La Quadrature du Net* e *Privacy International*, ovvero la chiara e ormai incontrovertibile incompatibilità con il diritto dell’UE di una forma di conservazione generalizzata e indiscriminata dei dati di traffico e di ubicazione e l’eccezionalità della *bulk data retention* in limitati casi di minaccia alla sicurezza nazionale. Ciò a dire, nuovamente, che è lo strumento prodromico e funzionale all’accesso, quello cioè della *retention*, a dover essere in primo luogo legittimo e proporzionato secondo le valutazioni svolte dalla CGUE.

Passando poi più specificamente all’impiego dei metadati da parte delle autorità pubbliche, i giudici hanno ribadito il necessario parallelismo tra gravità dell’ingerenza nella sfera privata e importanza dell’obiettivo di interesse generale che, tramite l’accesso ai dati, si vuole perseguire. Ne deriva pertanto che, nel caso in cui si vogliano trattare dati relativi al traffico e all’ubicazione, solo la lotta alla criminalità grave o la presenza di gravi minacce alla sicurezza pubblica possono giustificare l’accesso da parte di autorità pubbliche: questo perché, come del resto già emerso nella previa giurisprudenza in materia, tale particolare categoria di dati consente di dedurre abitudini, relazioni sociali o frequentazione di luoghi, costituendo quindi una ingerenza grave. A nulla devono rilevare, in questa analisi, la durata del periodo per il quale viene chiesto l’accesso o la quantità di dati interes-

sati, considerando che anche l'accesso a un quantitativo limitato di dati relativi al traffico o all'ubicazione, oppure l'accesso a dati per un breve periodo, risultano comunque idonei a fornire precise informazioni sulla vita privata dell'utente. L'ingerenza nei diritti fondamentali derivante dall'accesso a dati di traffico e ubicazione, in conclusione, è tale da assumere in ogni caso quel carattere di gravità che richiede necessariamente un obiettivo *rafforzato*, da indentificarsi appunto nella repressione dei soli reati gravi o gravi minacce alla sicurezza pubblica.

Alla luce dei principi espressi, la normativa estone risultava particolarmente problematica: secondo tale legislazione, infatti, l'accesso ai dati poteva essere richiesto per qualsiasi tipo di reato, senza specificazione circa la gravità dell'obiettivo perseguito. Ciò apriva inevitabilmente, nello specifico caso da cui il rinvio originava, a questioni riguardanti l'ammissibilità dei processi verbali fondati sull'utilizzo di metadati raccolti e trattati mediante l'attuazione di una disposizione nazionale in contrasto con l'art. 15 Direttiva *e-Privacy*. Su questo fronte, la CGUE ha ribadito quanto previamente emerso nella pronuncia *La Quadrature du Net*: spetta al solo diritto nazionale il compito di stabilire regole relative all'ammissibilità di informazioni ed elementi di prova ottenuti, nell'ambito di un procedimento penale, mediante forme di conservazione o accesso non conformi al diritto dell'UE. Ciò a condizione che tali regole rispettino però il principio di effettività²⁹, il principio del contraddittorio e il diritto all'equo processo³⁰.

²⁹ Con particolare riferimento a tale profilo, i giudici di Lussemburgo hanno affermato che «il principio di effettività impone al giudice penale nazionale di escludere informazioni ed elementi di prova che siano stati ottenuti mediante una conservazione generalizzata e indifferenziata dei dati relativi al traffico e dei dati relativi all'ubicazione incompatibile con il diritto dell'Unione, od anche mediante un accesso dell'autorità competente a tali dati in violazione del diritto dell'Unione, nell'ambito di un procedimento penale instaurato nei confronti di persone sospettate di atti di criminalità, qualora tali persone non siano in grado di svolgere efficacemente le proprie osservazioni in merito alle informazioni e agli elementi di prova suddetti, riconducibili ad una materia estranea alla conoscenza dei giudici e idonei ad influire in maniera preponderante sulla valutazione dei fatti», para. 44.

³⁰ La questione relativa agli effetti nel tempo di una declaratoria di incompatibilità rispetto al diritto dell'UE del diritto nazionale in materia di conservazione dei metadati è di estrema delicatezza e rilevanza, avendo impatto diretto sulla legittimità dei dati impiegati nei procedimenti penali. Non stupisce che tanto il giudice belga nel rinvio *La Quadrature du Net*, quanto quello irlandese nel rinvio recentemente deciso dalla CGUE con sentenza del 5 aprile 2022, *G.D. c. Commissioner of An Garda Síochána e a.*, cit., abbiano messo in rilievo tale profilo problematico e dai potenziali dirompenti effetti. I giudici di Lussemburgo, anche nella pronuncia del 5 aprile 2022, hanno affermato che il diritto dell'UE «osta a che un giudice nazionale limiti nel tempo gli effetti di una declaratoria di invalidità ad esso spettante, in forza del diritto nazionale, nei confronti di una normativa nazionale che impone ai fornitori di servizi di comunicazione elettronica la conservazione generalizzata e indifferenziata dei dati relativi al traffico e dei dati relativi all'ubicazione, a causa dell'incompatibilità di tale normativa con l'articolo 15, paragrafo 1, della direttiva 2002/58, letto alla luce della Carta. L'ammissibilità degli elementi di prova ottenuti mediante una siffatta conservazione rientra, con-

Definito questo fondamentale primo quesito, i giudici di Lussemburgo hanno esaminato l'ulteriore questione posta dal giudice estone riguardante la determinazione della natura "indipendente" dell'autorità deputata a svolgere il controllo di legittimità preventivo all'accesso. Se questo vaglio rappresenta uno dei requisiti ormai cristallizzati nella giurisprudenza della CGUE, le qualità e la definizione della "indipendenza" richiesta non erano mai state analizzate dai giudici di Lussemburgo. In questo rinvio, dunque, è stata offerta l'occasione di entrare ulteriormente nel dettaglio di tale criterio e di fornire una lettura ancor più approfondita della disciplina dell'accesso. Nello specifico, la normativa estone identificava nel pubblico ministero l'autorità preposta al controllo preventivo alla fase di accesso: tale soggetto, pur essendo sottoposto solo alla legge e avendo l'obbligo di esaminare sia gli elementi a carico sia quelli a discarico nel corso del procedimento istruttorio, assumeva su di sé anche il compito di raccogliere elementi di prova per lo svolgimento, eventuale, di un futuro processo. Date tali caratteristiche, alcuni dubbi erano sorti quanto all'indipendenza del pubblico ministero e, in particolare, se esso godesse di uno status che gli consentisse di agire, nell'assolvimento dei propri compiti, in modo obiettivo, imparziale e al riparo da qualsiasi influenza esterna.

Secondo la CGUE, il requisito dell'indipendenza richiede che l'autorità incaricata del controllo preventivo sia «in grado di garantire un giusto equilibrio tra gli interessi connessi alle necessità dell'indagine nell'ambito della lotta contro la criminalità e i diritti fondamentali al rispetto della vita privata e alla protezione dei dati personali delle persone i cui dati sono interessati dall'accesso» (para. 52). Da tale ricostruzione del requisito di "indipendenza" deriva che l'autorità alla quale viene affidato il delicato compito del controllo preventivo deve necessariamente essere terza rispetto a quella che formula la richiesta di accesso ai dati, in modo che il vaglio esercitato possa essere realmente imparziale e obiettivo. La terzietà, dunque, impone che l'autorità di controllo non sia coinvolta nella conduzione dell'indagine penale e sia quindi in una posizione di neutralità rispetto a tutte le parti del procedimento. Se queste sono le condizioni, diviene evidente che un pubblico ministero quale quello estone non poteva essere in grado di soddisfarle a causa della natura stessa del proprio incarico – quello cioè di valutare, a seguito di una istruttoria penale, se sottoporre o meno al giudice una controversia – e della

formemente al principio di autonomia procedurale degli Stati membri, nell'ambito del diritto nazionale, sempreché nel rispetto, in particolare, dei principi di equivalenza e di effettività», CGUE, sentenza del 5 aprile 2022, *G.D. c. Commissioner of An Garda Síochána e a.*, cit., para. 128.

propria posizione, che non era quella di soggetto terzo bensì di vera e propria parte che esercitava l'azione penale nell'eventuale processo.

Ritenendo, quindi, che il requisito del controllo indipendente non potesse ritenersi soddisfatto in casi di cumulo di competenze nella persona del pubblico ministero, la CGUE ha precisato inoltre un aspetto di grande rilievo: all'assenza di un vaglio preventivo non può sopperire un controllo successivo da parte di un giudice. Un tale intervento postumo, infatti, non riuscirebbe a garantire il perseguimento dell'obiettivo cui il controllo preventivo è preposto, ovvero impedire che l'accesso ai dati – e dunque l'invasione nei diritti fondamentali – ecceda i limiti dello stretto necessario. Con questo i giudici di Lussemburgo hanno respinto quella posizione, espressa invece dalla Corte EDU nella sentenza *Szabo*³¹ in materia di sorveglianza di comunicazioni, che ammetteva, a determinate condizioni, la legittimità di un mancato controllo preventivo laddove un controllo giurisdizionale *ex post* venisse garantito³². È stata respinta, in sostanza, una lettura complessiva e globale delle tutele, capace cioè di compensare talune carenze in presenza di altre e diverse garanzie; una simile visione, del resto, era già stata negata anche dall'Avvocato generale Campos Sanchez-Bordona nei casi *La Quadrature du Net e Privacy International*³³, nei quali era stata respinta quella interpretazione che considerava legittima la conservazione generalizzata qualora compensata da maggiori tutele nella fase di accesso. Proprio con riferimento a quest'ultima attività, la CGUE, nella sentenza in esame, non ha perso occasione per ribadire che i legislatori degli Stati membri devono comunque soddisfare il requisito di proporzionalità.

Tra le condizioni sostanziali e procedurali che debbono essere garantite, i giudici hanno infatti previsto la determinazione di criteri oggettivi in grado di stabilire la sussistenza di un collegamento, almeno indiretto, tra accesso e finalità perseguita e dunque una limitazione dell'ingerenza solo ai dati di persone sospettate di progettare, di aver commesso o di essere implicate in un reato grave; è stato così ancor meglio specificato il divieto di un accesso generalizzato ed “esplorativo”, che trova l'unica eccezione possibile nel caso in cui interessi vitali della si-

³¹ CEDU, sentenza del 12 gennaio 2016, ric. n. 37138/14, *Szabo e Vissy c. Ungheria*. Per un'analisi della giurisprudenza di tale Corte in materia, sia consentito il rinvio a G. FORMICI, *La digital mass surveillance al vaglio della Corte Europea dei Diritti dell'Uomo: da Zakharov a Big Brother Watch*, in *Federalismi.it – Focus Human Rights*, 2020, p. 44 ss.

³² Sul punto si legga anche S. ROVELLI, *Case Prokuratuur: proportionality and the independence of authorities in data retention*, in *European Papers*, 2021, p. 199 ss.

³³ Conclusioni dell'Avvocato generale Campos Sanchez-Bordona presentate il 15 gennaio 2020, C-623/17, *Privacy International*, cit.

curezza nazionale, difesa e sicurezza pubblica siano soggetti a minaccia – quale ad esempio quella terroristica –; solo in tali limitate circostanze l'accesso può essere concesso anche in assenza di un sospetto specifico, riguardando dunque anche persone diverse dai soli sospettati e solo qualora vi siano elementi oggettivi tali da consentire di ritenere l'accesso ai dati utile nel caso concreto. Veniva pertanto riconfermato quell'allentamento – pur condizionato – delle stringenti condizioni fissate dalla CGUE nel caso in cui ad entrare in gioco sia la finalità di garanzia della sicurezza nazionale, del tutto similmente a quanto le sentenze dell'ottobre 2020 avevano precisato con riferimento alla disciplina della conservazione.

In conclusione, dunque, nella pronuncia *H.K. c. Prokuratuur* sono stati da un lato sostanzialmente riproposti i requisiti e i criteri già indicati nella previa giurisprudenza, mentre dall'altro, con specifico riferimento alla fase dell'accesso, i giudici hanno fornito importanti chiarimenti quanto alla determinazione dell'indipendenza dell'autorità deputata al controllo preventivo nonché in merito alla valutazione della gravità della ingerenza.

3. Le reazioni alla sentenza *H.K. c. Prokuratuur* tra resistenze ed evoluzioni normative e giurisprudenziali: l'incerto futuro della disciplina della *data retention* e dell'accesso ai metadati

Come alcuni commenti – invero non molto numerosi – della pronuncia esaminata hanno posto in rilievo³⁴, la decisione della CGUE qui analizzata si inserisce in maniera coerente nel solco profondo già tracciato dalla nutrita giurisprudenza sovranazionale in materia di *data retention*. In particolare, letta unitamente alle fondamentali decisioni dell'ottobre 2020, la sentenza *H.K. c. Prokuratuur* ha contribuito a chiarire quel complesso quadro di limiti, criteri e condizioni che i giudici di Lussemburgo, ormai da oltre un decennio, stanno definendo e dal quale inizia ora ad affiorare un'immagine dai contorni sempre più precisi benché non ancora del tutto nitidi.

Sebbene le sentenze *La Quadrature du Net* e *Privacy International* siano caratterizzate, come si è detto, da alcune criticate innovazioni che hanno aperto al possibile impiego di strumenti di *bulk data retention* per scopi di sicurezza nazionale – pur sottoponendo tale eccezionale ricorso al rispetto di condizioni e salvaguar-

³⁴ E. CELESTE, *Commission v. Spain and H.K. v. Prokuratuur: taking the plank out of EU's own eye*, in *BridgeBlog*, 15 marzo 2021; E. ANDOLINA, *Ancora una pronuncia della Grande Camera della CGUE in tema di condizioni di accesso ai traffic data*, in *Processo Penale e Giustizia*, 2021, p. 1195 ss.

die³⁵ –, non può infatti essere negato come i giudici di Lussemburgo abbiano ribadito e riconfermato numerosi principi e tutele stabiliti nella giurisprudenza precedente, fornendo ulteriori e precise indicazioni – ad esempio quanto alla disciplina dell’accesso o a quella riferita a determinate tipologie di dati – che hanno contribuito a far luce su taluni profili rimasti discussi a seguito di storiche pronunce quali *Tele2* e *Ministerio Fiscal*.

Sotto tale profilo, le specificazioni fornite nelle ultime sentenze non lasciano più spazio alla adozione da parte degli Stati membri di *permissive interpretations*³⁶ che, fino al 2020, avevano trovato fondamento in letture meno rigide della giurisprudenza della CGUE, ad esempio ritenendo possibile una conservazione generalizzata laddove circondata da salvaguardie e limitazioni precise e stringenti quanto all’accesso – quali l’esclusione di talune categorie di dati o di utenti³⁷ –. Ora invece i tentativi degli Stati membri di mantenere in vita la *bulk data retention* quale strumento “ordinario” di lotta alla criminalità grave paiono ormai destinati a cedere il passo dinnanzi alla netta posizione assunta dai giudici di Lussemburgo.

Questo, pertanto, suggerisce la ancor più urgente necessità di interventi legislativi o giurisprudenziali a livello nazionale, come risposta alle sentenze della CGUE: in altre parole, gli Stati membri nei quali persistono disposizioni volte a imporre ai fornitori di servizi di telecomunicazione un obbligo di conservazione generalizzata per scopi di repressione di reati sono chiamati a modificare tale disciplina, ormai apertamente in contrasto con il diritto dell’UE, optando per una forma di conservazione mirata. Con riferimento alle attività di *intelligence* finalizzate alla garanzia della sicurezza nazionale, inoltre, l’intervento legislativo viene ri-

³⁵ Tale tipologia di conservazione, vale la pena ribadirlo, è considerata come proporzionata solo laddove non diventi la regola, sia limitata temporalmente a quanto strettamente necessario e qualora ricorrano circostanze sufficientemente concrete da consentire di ritenere che lo Stato membro affronti una minaccia grave per la sicurezza nazionale, reale, attuale o prevedibile.

³⁶ N. VAINIO, S. MIETTINEN, *Telecommunications data retention after DR: legislative and judicial reactions in the Member States*, in *International Journal of Law and Information Technology*, 2015, p. 290 ss.

³⁷ Questa la lettura adottata dal legislatore, dai governi e, talvolta, dalle corti di Italia e Belgio: in tali Stati membri, infatti, la conformità della disciplina nazionale rispetto al diritto dell’UE, così come interpretato dalla CGUE, è stata affermata ritenendo sufficienti e proporzionate le maggiori tutele e restrizioni poste alla fase dell’accesso, così considerando legittima una forma di conservazione generalizzata ed indiscriminata purché accompagnata da limitazioni quanto al trattamento dei dati da parte delle autorità di *law enforcement*. Mentre in Italia questo approccio non è stato abbandonato dal legislatore nazionale, neppure in occasione di alcune più recenti modifiche normativi, di cui si parlerà *infra*, trovando anche l’avvallo della Corti, in Belgio la Corte costituzionale ha dichiarato l’illegittimità della normativa nazionale nella parte in cui consentiva una forma di *bulk data retention* anche per scopi di repressione di reati gravi. Per un’analisi comparata dei due sistemi, emblematici esempi di approcci differenti dinnanzi al portato della giurisprudenza della CGUE, sia consentito di rimandare a G. FORMICI, *La disciplina della data retention*, cit., in particolare pp. 275 ss.

chiesto allo scopo di delineare quelle condizioni e salvaguardie che, secondo quanto individuato dalla Corte nelle sentenze del 2020, sarebbero in grado di legittimare l'eccezionalità della *bulk data retention*: pur lasciando agli Stati membri quello che da diversi autori è stato definito un ampio margine di azione e di interpretazione che potrebbe condurre ad un utilizzo estensivo dello strumento di conservazione generalizzata³⁸, la CGUE non ha mancato di precisare il bisogno di accompagnare l'eccezione con tutele e dunque regole precise e chiare, in tal modo imponendo un rinnovato dibattito normativo e – in caso di inerzia – financo giudiziario. Alla luce dei principi delineati in *H.K v Prokuratuur*, dovranno poi essere individuate autorità indipendenti che svolgano controlli preventivi all'accesso e che non potranno più coincidere con figure che non assumono carattere di terzietà nel procedimento penale e nella fase di indagini preliminari, come il pubblico ministero in ordinamenti quali quello estone e italiano.

Considerati tali interventi e future evoluzioni, la giurisprudenza più recente dei giudici di Lussemburgo, con le sue conferme ma anche con le sue innovazioni, non permette dunque di considerare certo e definito il futuro della *data retention* nel contesto europeo: l'articolato intreccio tra il piano nazionale – caratterizzato sovente da legislatori, governi e, in taluni casi, corti, restie a rinunciare ad uno strumento investigativo dalle grandi potenzialità – e quello europeo, segnato dalle tensioni provocate da interventi della Corte non sempre concordi con l'approccio della Commissione e del Consiglio³⁹, rende difficile affermare che sentenze quali quella appena esaminata possano mettere un punto definitivo e risolutivo alla lunga *data retention saga*, garantendo omogeneità e condivisione di soluzioni.

Per riflettere sui possibili sviluppi in tale ambito, dunque, è necessario osservare le reazioni – o l'inerzia – di tre attori principali: gli Stati membri (legislatori, governi e corti nazionali), la Commissione e la CGUE.

³⁸ Si rimanda sul punto al dibattito già rilevato *supra* nel paragrafo 1 e alla dottrina ivi richiamata.

³⁹ L'interpretazione garantista fornita dalla CGUE nel complesso bilanciamento tra esigenze securitarie e tutela dei diritti fondamentali non è ravvisabile solo nella c.d. *data retention saga* bensì caratterizza le pronunce in materia di trasferimento dati verso Stati terzi: questa giurisprudenza ha preso avvio con la prima sentenza c.d. *Schrems I* (CGUE, sentenza del 6 ottobre 2015, C-362/14, *Maximilian Schrems c. Data Protection Commissioner*), seguita poi da CGUE, sentenza del 16 luglio 2020, C-311/18, *Data Protection Commissioner c. Facebook Ireland Ltd e Maximilian Schrems*) ed ha poi interessato anche il più specifico trasferimento di PNR (CGUE, Parere n. 1/15 del 26 luglio 2017). Anche in queste pronunce, infatti, i giudici di Lussemburgo hanno ritenuto non conformi al diritto dell'UE, e al principio di proporzionalità in particolare, le decisioni di adeguatezza adottate dalla Commissione e determinanti la sostanziale equivalenza del livello di protezione dei dati e della vita privata offerti dall'ordinamento ricevente i dati. Si nota pertanto anche sotto questo profilo una divergenza di valutazioni tra Commissione, Consiglio e Parlamento, da un lato, e CGUE dall'altro.

Partendo da quest'ultima, dinnanzi a essa restano ancora pendenti taluni casi attinenti all'interpretazione dell'art. 15 Direttiva *e-Privacy*⁴⁰; nella recentissima pronuncia del 5 aprile 2022, originata dal già richiamato rinvio promosso dalla *Supreme Court* irlandese, la CGUE ha ribadito con forza quanto già stabilito nelle pur criticate e dibattute *Privacy International* e *La Quadrature du Net*, così che pare al momento alquanto improbabile che possano verificarsi stravolgimenti nella linea interpretativa adottata in materia di *data retention* negli ultimi anni. Vista la somiglianza dei quesiti posti, tutti inerenti ai limiti dell'impiego di una forma di conservazione generalizzata ed indiscriminata o alla disciplina dell'accesso ai metadati conservati, è altamente probabile che anche nei rinvii ad oggi pendenti la CGUE riconfermi l'indirizzo sin qui stabilito. Quel che è certo, però, è che l'intenso dialogo instaurato dalle Corti nazionali con i giudici di Lussemburgo sottolinea non solo la centralità e il rilievo dello strumento della conservazione dei metadati ma anche la difficoltà dei legislatori nazionali e sovranazionali di adottare soluzioni normative in grado di conformarsi ai requisiti fissati dalla CGUE e quanto invece la società civile, grazie anche all'intervento di numerose organizzazioni non governative (ONG), abbia mostrato una forte attenzione alla delicata sfida della proporzionalità dell'intervento invasivo dello Stato nella vita privata, anche quando esso risulti finalizzato a garantire la sicurezza⁴¹. Un bilanciamento tra interessi e diritti differenti che dimostra, così, di non aver ancora trovato una semplice ed indiscussa determinazione, dinnanzi a persistenti derive pro-securitarie che ancora abbisognano di essere arginate e adeguatamente regolate.

⁴⁰ Si veda *supra* nota n. 27.

⁴¹ Più ampiamente, numerosi sono stati i rinvii che hanno interessato, come anticipato, l'altrettanto complessa materia del trasferimento di dati dall'UE verso Stati terzi, nonché quelli aventi ad oggetto la conformità al diritto dell'UE delle normative nazionali adottate quale trasposizione della Direttiva (UE) 2016/681 del Parlamento europeo e del Consiglio, del 27 aprile 2016, sull'uso dei dati del codice di prenotazione (PNR) a fini di prevenzione, accertamento, indagine e azione pensale nei confronti dei reati di terrorismo e dei reati gravi – ci si riferisce al rinvio promosso dalla *Cour constitutionnelle* belga il 31 ottobre 2019, C-817/19, *Lingue des droits humains c. Conseil des Ministres*, a quelli avviati dal *Amtsgericht* di Colonia, il 20 gennaio 2020, C-148/20, *AC c. Deutsche Luftbansa AG* e il 17 marzo 2020, C-150/20, *BD c. Deutsche Luftbansa AG*, nonché i rinvii del *Verwaltungsgericht* di Wiesbaden del 19 maggio 2020, C-215/20, *JV c. Repubblica federale di Germania* e del 27 maggio 2020, C-222/20, *OC c. Repubblica federale di Germania*. Nonostante la Direttiva in materia di PNR disciplini una tipologia di conservazione e trattamento di dati per scopi securitari differente rispetto a quella sino ad ora esaminata, avendo ad oggetto i soli codici di prenotazione aerea, risulterà comunque importante seguire gli sviluppi di questi procedimenti, che potranno fornire importanti indicazioni sui limiti e sulle salvaguardie da porre in essere in tutte quelle normative che comportano forme di *retention* e di accesso a dati raccolti da operatori privati e che hanno quale scopo quello di prevenire o perseguire minacce alla sicurezza.

Venendo poi agli Stati membri, questi, come si è detto, hanno – ora più che mai, visti i recenti sviluppi giurisprudenziali della CGUE – il difficile compito di predisporre normative nazionali che, pur utilizzando la deroga concessa dall'art. 15 Direttiva *e-Privacy*, rispettino i requisiti indicati dai giudici sovranazionali. Le prime reazioni registratesi in taluni ordinamenti nazionali non paiono tuttavia procedere – o quanto meno non del tutto – in tale direzione e la rinuncia definitiva allo strumento della *bulk data retention* nell'ambito della lotta alla criminalità grave pare ancora alquanto lontana. Ciò che emerge in maniera cristallina è senz'altro la disomogeneità ed eterogeneità delle posizioni espresse, che neppure le ultime pronunce dei giudici di Lussemburgo – quelle dell'ottobre 2020 e la sentenza in questa sede analizzata – hanno, al momento, saputo del tutto superare.

Se si prende quale primo esempio l'Italia, si può notare come il caso *H.K. c. Prokuratuur* abbia, in maniera particolare, prodotto significativi risultati; e questo rappresenta una svolta decisiva nel peculiare panorama nostrano, nel quale nessuna delle precedenti pronunce della CGUE era riuscita ad indurre né il legislatore a riformare la disciplina interna in materia di *data retention* e di accesso ai metadati⁴², né le Corti a dichiarare l'incompatibilità del diritto nazionale rispetto a quello dell'UE o, quanto meno, a proporre rinvii alla Corte sovranazionale⁴³, con un ap-

⁴² La disciplina italiana in materia di *data retention* risulta al momento ancora frammentaria ed estremamente dibattuta: pur trovando collocazione principalmente nell'art. 132 del d.lgs. 30 giugno 2003, n. 196 (c.d. Codice Privacy), tale disposizione ha subito nel tempo numerosi interventi di modifica, per lo più dettati dall'esigenza di rafforzare lo strumento della conservazione dei metadati dinanzi alle emergenze terroristiche. Da ultimo la Legge 20 novembre 2017, n. 167, ovvero la Legge che reca le disposizioni per l'adempimento degli obblighi derivanti dall'appartenenza dell'Italia all'UE (c.d. Legge europea), ha previsto un obbligo di conservazione della durata di 72 mesi (!) in capo ai *service providers*. Sebbene tali dati conservati siano accessibili solo per scopi di repressione e accertamento di reati gravissimi quali terrorismo e associazione di tipo mafioso – e altri delineati all'art. 51, co. 3-*quater* e 407, co. 2, lett. a), c.p.p. –, il fornitore, non potendo conoscere in anticipo per quali obiettivi i metadati verranno eventualmente acquisiti in futuro, dovrà operare una *data retention* generalizzata per una durata estremamente lunga; sino alle recentissime modifiche, inoltre, l'accesso ai dati avveniva a seguito di controllo del pubblico ministero e senza alcuna limitazione o restrizione quanto alla gravità del reato perseguito. Per un'analisi della normativa italiana si veda, *ex multis*, L. SCAFFARDI, *La data retention va in ascensore*, in *Forum di Quaderni Costituzionali*, 28 luglio 2017; L. SCUDIERO, *Data retention a sei anni. La CGUE la boccherebbe come ha fatto con l'accordo Europa-Canada sui Pnr*, in *MediaLaws*, 2017; S. SIGNORATO, *Novità in tema di data retention*, in *Diritto Penale Contemporaneo*, 2018, p. 157 ss; E. ANDOLINA, *L'acquisizione nel processo penale dei dati "esteriori" delle comunicazioni telefoniche e telematiche*, Padova, 2018; I. REZENDE, *Dati esterni alle comunicazioni e processo penale: questioni ancora aperte in tema di data retention*, in *Sistema Penale*, 2020, p. 183 ss.

⁴³ Sulla discussa e articolata giurisprudenza italiana in materia di *data retention*, considerata rappresentativa di una lettura «restrittiva degli standard garantistici enunciati dalla CGUE», al fine di «salvare la disciplina interna (...) ed evitare ipotesi di inutilizzabilità probatoria», si legga L. LUPARIA, *Data retention e processo penale. Un'occasione mancata per prendere i diritti davvero sul serio*, in *Giurisprudenza penale*, 2019, p. 757; ma anche G.M. BACCARI, *Il trattamento (anche elettronico) dei dati personali per finalità di accer-*

proccio, quindi, che risultava estremamente diverso da quello adottato da molti altri giudici nazionali a seguito soprattutto della sentenza *Tele2*, in quell'intenso e talvolta acceso dialogo multilivello che nei previ paragrafi è stato sottolineato. Alla luce invece della sentenza del marzo 2021 il Tribunale di Rieti ha proposto rinvio pregiudiziale alla CGUE avente ad oggetto l'interpretazione dell'art. 15 Direttiva *e-Privacy* con specifico riferimento alla disciplina dell'accesso e alle caratteristiche del previo controllo di un organo indipendente⁴⁴. Sebbene tale domanda di pronuncia pregiudiziale sia stata poi ritirata dal Tribunale stesso dinnanzi alla sopraggiunta riforme normativa, di cui si parlerà a breve, essa rimane nondimeno rappresentativa di un "cambio di rotta" segnata innanzitutto della proposta, per la prima volta, di un rinvio in materia di *data retention* ai giudici sovranazionali e, di conseguenza, dal riconoscimento dell'impatto della giurisprudenza europea sulla disciplina italiana, già da più parti criticata⁴⁵ e rispetto alla quale una riforma indirizzata all'introduzione di maggiori salvaguardie e garanzie era da tempo invocata⁴⁶. Proprio nelle more del procedimento dinanzi alla CGUE e forse anche grazie all'intenso dibattito e all'attenzione che le conseguenze della sentenza *H.K. c. Prokuratuur* avevano prodotto nel contesto nostrano, il legislatore italiano ha appor-

tamento dei reati, in A. CADOPPI, S. CANESTRARI, A. MANNA, M. PAPA (a cura di), *Cybercrime*, Milano, 2019, p. 1599 ss.

⁴⁴ Si tratta della domanda di pronuncia pregiudiziale proposta dal Tribunale di Rieti nel procedimento penale a carico di G.B. e R.H., causa C-334/21. Sul punto si veda G. STAMPANONI BASSI, *Acquisizioni dei tabulati telefonici e telematici: il Tribunale di Rieti propone questione pregiudiziale alla CGUE*, in *Giurisprudenza Penale*, 13 maggio 2021; F. RINALDINI, *Data retention e procedimento penale. Gli effetti della sentenza della CGUE nel caso H.K. sul regime di acquisizione dei tabulati telefonici e telematici: urge l'intervento del legislatore*, in *Giurisprudenza Penale Web*, 2021, p. 1 ss.; SERVIZIO PENALE DELLA CORTE SUPREMA DI CASSAZIONE, *Relazione su novità normativa. Misure urgenti in tema di acquisizione dei dati relativi al traffico telefonico e telematico a fini di indagine penale*, 13 ottobre 2021.

⁴⁵ Ciò non solo per la forte somiglianza in termini di funzioni e ruoli tra il pubblico ministero estone, oggetto di rilievi nella pronuncia *H.K. c. Prokuratuur*, e il pubblico ministero italiano, ma anche per i diversi orientamenti mostrati dalle Corti italiane all'indomani della sentenza della CGUE del marzo 2021. Su tali profili, E.N. LA ROCCA, *A margine della sentenza della CGUE (C-748/18): riflessi sinistri sulla disciplina delle intercettazioni in Italia*, in *Diritti Comparati*, 8 aprile 2021; F. RINALDINI, *Data retention e procedimento penale. Gli effetti della sentenza della CGUE nel caso H.K. sul regime di acquisizione dei tabulati telefonici e telematici: urge l'intervento del legislatore*, in *Giurisprudenza Penale Web*, 5, 2021; F. RESTA, *Conservazione dei dati e diritto alla riservatezza. La Corte di giustizia interviene sulla data retention. I riflessi sulla disciplina interna*, in *Giustizia Insieme*, 6 marzo 2021.

⁴⁶ Fra i molti, L. LUPARIA, *Data retention e processo penale*, cit. Anche il Garante per la protezione dei dati personali aveva posto particolare attenzione alla giurisprudenza della CGUE e ai suoi riflessi sulla disciplina italiana, spronando ad un intervento deciso del legislatore nazionale in materia di *data retention* e accesso ai metadati – Garante per la protezione dei dati personali, *Tecnica, protezione dei dati e nuove vulnerabilità. Relazione del Presidente Pasquale Stanzone*, 2021, p. 16 in particolare; ma anche *Segnalazione sulla disciplina della conservazione, a fini di giustizia, dei dati di traffico telefonico e telematico*, inviata dal Garante il 2 agosto 2021 al Ministro della Giustizia, Prof.ssa Marta Cartabia –.

tato nel settembre 2021 talune modifiche al regime vigente, prestando però attenzione unicamente alla fase di accesso ai metadati, introducendo la previsione del carattere di gravità del reato quale limitazione all'acquisizione nonché provvedendo, sotto il profilo procedurale, ad una piena giurisdizionalizzazione dell'acquisizione di tali dati⁴⁷. Nonostante questa importante modifica lasci intocato il preoccupante obbligo di conservazione dei metadati fissato a 72 mesi (!)⁴⁸, senza dubbio la pronuncia della CGUE analizzata nel presente contributo ha avuto l'evidente effetto di spingere il legislatore italiano ad adottare riforme volte a fornire una più solida garanzia dei diritti alla vita privata e alla protezione dei dati e a delimitare i casi nei quali le esigenze securitarie e di repressione dei reati siano tali da giustificare un'ingerenza nella sfera privata.

Mentre l'Italia, dunque, non ha abbandonato il sistema di *bulk data retention*, pur limitando l'accesso ai metadati a specifiche condizioni, in Belgio è ravvisabile un approccio sostanzialmente differente: a seguito della pronuncia della Corte costituzionale che, per la seconda volta, ha dichiarato l'illegittimità della normativa nazionale in materia di conservazione e accesso ai dati di traffico e ubicazione⁴⁹, il Governo ha avviato un serio dibattito sull'opportunità di istituire una forma di *targeted data retention*⁵⁰, rinunciando e superando così il ricorso ad una conservazione generalizzata ed indiscriminata per finalità di garanzia della sicurezza pubblica.

⁴⁷ Si fa riferimento al d.l. 30 settembre 2021, n. 132 e legge di conversione 23 novembre 2021, n. 178. Per una disamina dettagliata del contenuto di tale normativa, sia consentito il rimando a G. FORMICI, *The three Ghosts of data retention: passato, presente e futuro della disciplina italiana in materia di conservazione e acquisizione dei metadati per scopi investigativi. Commento a margine del d.l. 30 settembre 2021, n. 132 e relativa legge di conversione*, in *Osservatorio costituzionale*, 2022, p. 125 ss.

⁴⁸ Anche il Garante per la protezione dei dati personali italiano, nel suo *Parere sullo schema di decreto-legge per la riforma della disciplina sull'acquisizione dei dati relativi al traffico telefonico e telematico a fini di indagine penale*, del 10 settembre 2021, doc. web 9704851, ha rilevato i limiti della disciplina nazionale rispetto ai principi statuiti dalla CGUE, esortando il legislatore ad intervenire anche in materia di conservazione dei metadati – e non solo sotto il profilo dell'accesso –.

⁴⁹ Il rinvio è all'*Arrêt* della Corte costituzionale belga n. 57 del 22 aprile 2021. Per un'analisi di tale pronuncia, si legga M.-C. DE MONTECLER, *Conservation des données: la Court constitutionnelle belge donne sa lecture*, in *Dalloz. Le quotidien du Droit*, 28 aprile 2021; M. ROJSZCZAK, *The uncertain future of data retention laws in the EU*, cit.

⁵⁰ I *vice-Premiers Ministres* Van Quickenborne e De Sutter, insieme ai Ministri Dedonder e Verlinden, hanno presentato il 7 maggio 2021 un primo *avant-projet de loi* relativo alla conservazione dei metadati e un *project d'arrêté royal* volto a modificare la disciplina vigente in materia di accesso ai dati conservati per scopi giudiziari e di indagine. Tale progetto, approvato nell'inverno 2021 dal Consiglio dei Ministri belga e in corso di discussione dinnanzi al Parlamento, promuove non solo una forma di conservazione targettizzata, principalmente sulla base di criteri geografici, della durata massima di 12 mesi – ben lontana dagli attuali 72 mesi della disciplina italiana –, ma anche una regolamentazione fortemente distinta a seconda che la finalità perseguita sia quella di garanzia della sicurezza pubblica e contrasto ai reati gravi o quella di tutela della sicurezza nazionale, rispetto alla quale è stabilita

Ancora differente è poi il caso della Francia. Il Governo francese, infatti, all'indomani della sentenza dell'ottobre 2020, ha invocato dinnanzi al Consiglio di Stato – giudice che aveva formulato il rinvio *La Quadrature du Net* e dinnanzi al quale il caso è stato ripreso – la necessità di ricorrere al concetto di “*identité constitutionnelle*”⁵¹ quale eccezione capace di consentire al legislatore nazionale di discostarsi dai principi delineati dalla giurisprudenza della CGUE e di superare dunque i limiti da essa imposti in materia di *data retention*⁵². Sebbene una simile posizione non sia stata seguita dalla corte francese nella decisione al caso richiamato⁵³, essa appare nondimeno paradigmatica di un approccio di “resistenza” dei governi nazionali all'elevato livello di tutela dei diritti fondamentali imposto dai giudici di Lussemburgo.

Tale approccio, del resto, si evince anche dall'atteggiamento di taluni Stati membri nell'ambito della procedura legislativa avente a oggetto l'adozione di un nuovo Regolamento volta ad abrogare la ormai vetusta Direttiva *e-Privacy*⁵⁴. In

una durata di conservazione più prolungata sulla base di livelli di minaccia individuati dall'*Organe de coordination pour l'analyse de la menace*.

⁵¹ Su tale concetto, si veda D. ROUSEAU, *L'identité constitutionnelle, bouclier de l'identité nationale ou branche de l'étoile européenne?*, in L. BURGORGUE-LARSEN (a cura di), *L'identité constitutionnelle saisie par les Juge en Europe*, Parigi, 2011, p. 89 ss.

⁵² Come ben riassunto da Perlo, «nella memoria difensiva depositata tra il gennaio e l'aprile 2021, il governo si è dichiarato contrario all'applicazione del diritto dell'Unione poiché “la risposta della Corte di giustizia dell'Unione europea alle questioni pregiudiziali che le erano state poste ha manifestamente violato il principio di attribuzione previsto dall'articolo 5 del TUE e, in tal modo, la Corte si è intromessa nelle competenze degli Stati membri, secondo quanto è previsto dall'articolo 4 par. 2 TUE”. Inoltre, tale risposta “non permette di garantire l'effettività degli obiettivi di valore costituzionale che sono la salvaguardia degli interessi fondamentali della Nazione, la prevenzione dei reati e la ricerca degli autori di reati, e la lotta contro il terrorismo”», N. PERLO, *La decisione del Consiglio di Stato francese sulla data retention: come conciliare l'inconciliabile*, in *Rivista di Diritti Comparati*, 2021, p. 168.

⁵³ Il riferimento è all'*Arrêt* n. 393099 del 21 aprile 2021, pronunciato dal *Conseil d'Etat* a solo un giorno di distanza dalla decisione della Corte costituzionale belga, sopra richiamata. Per approfondimenti su questa pronuncia e sul richiamo alla teoria degli atti *ultra vires*, si legga L. AZOULAI, D. RITLÉNG, *L'État c'est moi. Le Conseil d'Etat, la sécurité et la conservation des données*, in *Revue trimestrielle de droit européen*, 2, 2021, p. 349 ss.; J. ZILLER, *Il Conseil d'Etat si rifiuta di seguire il pifferaio magico di Karlsruhe*, in *CERIDAP*, 2021, p. 1 ss.; V. SIZAINE, J.-P. FOEGLE, *Les fausses notes du souverainisme juridique*, in *La Revue des Droits de l'Homme*, giugno 2021, p. 1 ss.; M. AUDIBERT, *Conservation des données de connexion. Comment le Conseil d'État a sauvé la majorité des enquête judiciaires*, in *Vielle Juridique*, 96, 2021, p. 16 ss. Sebbene in questa sede non si voglia entrare nel dettaglio di tale pronuncia, quanto invece pare utile rilevare in maniera funzionale alle riflessioni sugli effetti della giurisprudenza della CGUE in materia di *data retention*, è come la posizione del Governo francese rifletta la resistenza mostrata dinnanzi alle pronunce della CGUE e del tentativo, anche mediante tale discusso richiamo alla teoria degli atti *ultra vires*, di scongiurare gli effetti dirompenti di una possibile dichiarazione di incompatibilità della normativa nazionale in materia di *data retention* rispetto al diritto dell'UE.

⁵⁴ Proposta di Regolamento del Parlamento europeo e del Consiglio relativo al rispetto della vita privata e alla tutela dei dati personali nelle comunicazioni elettroniche e che abroga la direttiva

questo complesso percorso normativo che dura ormai da anni e che pare ancora lontano dal trovare conclusione⁵⁵, proprio la disciplina della conservazione dei metadati per scopi securitari ha rappresentato un grande ostacolo al raggiungimento di una soluzione condivisa. Nella proposta finale, approvata dal COREPER il 10 febbraio 2021⁵⁶, è stato previsto, all'art. 2, co. 2, lett. a, che «the Regulation does not apply to activities, which fall outside the scope of Union law, and in any event measures, processing activities and operations concerning national security and defence, regardless who is carrying out those activities whether it is a public authority or a private operator acting at the request of a public authority». Questa disposizione risulta particolarmente problematica poiché in aperto contrasto con la lettura sino ad ora promossa dalla CGUE, che ha ampiamente chiarito come, indipendentemente dalla finalità di sicurezza nazionale o sicurezza pubblica perseguita, la disciplina della conservazione e accesso ai metadati rientri nell'ambito di applicazione del diritto dell'UE laddove implichi un intervento – un trattamento – da parte di soggetti privati – i fornitori di servizi di telecomunicazione –, lasciando escluse solo le attività proprie dello Stato, quali le intercettazioni dirette da parte di autorità pubbliche⁵⁷. La previsione normativa richiamata, unitamente alla riproposizione della disciplina derogatoria dell'art. 15 Direttiva *e-Privacy*, senza alcuna specificazione o limitazione chiara e precisa che rimandi ai principi delineati dalla CGUE, sono evidenza lampante del tentativo di taluni Stati membri di smarcarsi dai requisiti stabiliti dai giudici di Lussemburgo e di non voler limitare il ricorso allo strumento della conservazione generalizzata, soprattutto nell'ambito delicato della garanzia della sicurezza nazionale. Non è un caso che il Comitato europeo per la protezione dei dati abbia espresso preoccupazione quanto alla disciplina inserita nella proposta, ritenendo che il Regolamento «cannot derogate from the application of the latest CJEU case law. (...) With regard to the

2002/58/CE (regolamento sulla vita privata e le comunicazioni elettroniche), COM/2017/010 final.

⁵⁵ I negoziati tra Commissione, Consiglio e Parlamento dell'UE hanno preso avvio il 20 maggio 2021 e sono al momento ancora in corso.

⁵⁶ Il testo può essere reperito al seguente link: www.eur-lex.europa.eu.

⁵⁷ «Quando gli Stati membri adottano direttamente misure che derogano alla riservatezza delle comunicazioni elettroniche, senza imporre obblighi di trattamento ai fornitori di servizi di tali comunicazioni, la tutela dei dati delle persone interessate rientra non già nell'ambito di applicazione della direttiva 2002/58 ma in quello del solo diritto nazionale», CGUE, *Privacy International*, cit., para. 48. Per quanto, sulla base di tale interpretazione, le «attività proprie degli Stati» escluse dall'ambito di applicazione del diritto dell'UE divengano dunque piuttosto limitate, anche per queste non bisogna dimenticare che sulla base del principio di leale collaborazione, così come letto dai giudici di Lussemburgo nella giurisprudenza sui c.d. «retained powers» degli Stati membri, questi ultimi sono chiamati ad esercitare le proprie prerogative considerando sempre il diritto dell'UE.

exclusion from the scope of application of the Regulation of processing activities by providers, the EDPB considers that such exclusion runs against the premise for a consistent EU data protection framework»⁵⁸.

Le sorti di questa proposta, e del suo possibile impatto sulla disciplina della *data retention*, si intrecciano anche con il difficile compito di cui la Commissione è stata investita dal Consiglio nel maggio 2019⁵⁹ e consistente nell'avvio di iniziative volte a raccogliere informazioni e procedere a consultazioni al fine di vagliare possibili soluzioni circa la disciplina della conservazione dei dati, compresa l'opportunità di adottare una nuova normativa europea in materia di *data retention*⁶⁰. L'assenza di una disciplina *ad hoc* a livello sovranazionale e il persistente silenzio del legislatore europeo in tale delicato ambito hanno certamente rappresentato i fattori scatenanti di una forte disomogeneità di soluzioni normative impiegate dai singoli Stati membri e delle così numerose richieste di un intervento chiarificatore da parte della CGUE. Quest'ultima, adottando un attento al rispetto dei diritti fondamentali alla vita privata e alla protezione dei dati approccio – pur nelle sue più recenti “inflexioni” –, ha fissato condizioni che rendono ora la predisposizione di una disciplina armonizzata europea in materia di *data retention* estremamente ardua da approvare: da un lato, gli Stati membri opporrebbero certamente una forte resistenza a una applicazione rigida dei criteri indicati dalla CGUE, anche dinanzi alle maggiori aperture sul fronte dell'utilizzo dello strumento nell'ambito della garanzia della sicurezza nazionale; dall'altro lato, una normativa più “flessibile” – volta cioè ad assicurare più ampie possibilità di applicazione della conservazione e dell'accesso ai metadati anche nel campo della sicurezza pubblica – rischierebbe di non superare indenne il successivo ed eventuale – ma altamente probabile – vaglio dei giudici di Lussemburgo, seguendo così le drammatiche sorti della previa Direttiva 2006/24/CE⁶¹.

⁵⁸ Si rimanda allo *Statement 3/2021 on the e-Privacy Regulation* del 9 marzo 2021.

⁵⁹ Consiglio dell'UE, *Conclusioni sulla conservazione dei dati per finalità di lotta contro la criminalità*, n. 9336/19 del 27 maggio 2019.

⁶⁰ Dinanzi a questa prospettiva e a seguito delle pronunce *Privacy International* e *La Quadrature du Net*, 40 ONG hanno indirizzato una lettera alla Commissione chiedendo da un lato di evitare qualsiasi tentativo di introdurre obblighi di conservazione dei metadati per scopi securitari a livello dell'UE, dall'altro invocando un intervento della Commissione volto ad avviare «infringement procedures to ensure that national data retention laws are repealed in all Member States concerned. Furthermore, we appeal to you to work towards an EU-wide ban on blanket and indiscriminate data retention practices that capture people's activities», www.statewatch.org.

⁶¹ Del resto, una situazione simile si è già verificata con riferimento alla disciplina del trasferimento di dati verso Stati terzi: nelle pronunce *Schrems I* e *II* infatti la decisione di adeguatezza adottata dalla Commissione è stata per due volte invalidata dalla CGUE. Ciò a dimostrazione di quanto sia concreto il rischio che il bilanciamento effettuato dalla Commissione tra diritti fondamentali ed esigen-

Da questa breve ricostruzione degli scenari ancora aperti si comprende come la disciplina della *data retention* e dei suoi limiti rappresenti una sfida estremamente complessa, dagli sviluppi futuri tutt'altro che facilmente prevedibili.

Nonostante le criticità riscontrate nelle pronunce dell'ottobre 2020, che aprono a inediti scenari e le cui conseguenze devono essere certamente osservate con grande attenzione, la riportata giurisprudenza della CGUE ha senza dubbio il merito di aver prodotto, nell'ultimo decennio, effetti importanti nel contesto europeo e nazionale: sebbene in misura diversa e in maniera estremamente disomogenea, in taluni Stati membri i principi sanciti nella *data retention saga* hanno impresso alle scelte normative e alle vicende giurisprudenziali una spinta maggiormente garantista, nella direzione di una promozione di misure più tutelanti e attente alla salvaguardia dei diritti fondamentali dinnanzi alla tentazione di una sorveglianza massiva⁶². Anche laddove ciò non si è verificato appieno – si pensi contesto nostrano –, le pronunce dei giudici di Lussemburgo si sono rivelate nondimeno in grado di stimolare un dibattito – dottrinario, politico e civile – significativo e profondo sui rischi e sulle necessarie salvaguardie che devono circondare l'impiego di strumenti non solo fortemente invasivi rispetto ai diritti alla *privacy* e alla protezione dei dati ma anche capaci di incidere sul rapporto tra cittadini e potere pubblico. Certamente molto resta in attesa di essere determinato: il percorso normativo ancora in essere a livello sovranazionale, le reazioni degli Stati membri e quelle delle Istituzioni europee dinnanzi al probabile immobilismo di molte realtà nazionali, intenzionate a non adottare misure normative conformi ai principi delineati dalla CGUE, nonché l'interpretazione concreta delle condizioni eccezionali individuate nelle pronunce *La Quadrature du Net* e *Privacy International* come legit-

ze securitarie non coincida con quello maggiormente “garantista” promosso dai giudici di Lussemburgo.

⁶² Quanto avvenuto ad esempio in Belgio, nel Regno Unito e in Italia, pur con modalità e tempi differenti dimostra un'influenza della giurisprudenza della CGUE sulle scelte dei legislatori e sulle pronunce delle Corti nazionali, portando, pur in misura differente, alla previsione di maggiori salvaguardie e tutele quanto alla disciplina della conservazione e dell'accesso ai metadati, limitando così l'ingerenza delle autorità di *law enforcement* nella sfera privata e accompagnando l'impiego di questo strumento invasivo con specifiche garanzie e limiti. Nonostante dunque non tutti i criteri e requisiti indicati dalle sentenze della CGUE siano stati recepiti negli ordinamenti nazionali – e talvolta, anzi, questi siano ben lontani dall'essere rispettati, come nel caso della lunghissima *data retention* prevista dal legislatore italiano –, senza dubbio nella gran parte dei casi esaminati le pronunce dei giudici di Lussemburgo hanno avuto l'effetto di rafforzare le tutele previste e “smorzare” i toni marcatamente pro-securitari promossi da governi e legislatori nazionali dinnanzi alle sempre più pressanti minacce alla sicurezza.

timanti il ricorso alla *bulk data retention*, tengono necessariamente viva la necessità di studiare e osservare gli sviluppi di un dibattito ancora aperto⁶³.

Un dibattito, quello delineato, che non può risolversi nel mero – e semplicistico – scontro tra posizioni pro-securitarie e difensori dei diritti fondamentali⁶⁴, e che dovrà cercare di giungere a una sintesi delle disomogenee e frammentarie posizioni e soluzioni adottate, promuovendo la determinazione di un punto di equilibrio – che dovrebbe essere definito da una specifica normativa e non più solo mediante l'intervento della CGUE o dei giudici nazionali⁶⁵ –, capace di fare i conti anche con la complessità della cornice del diritto dell'UE e del riparto di competenze tra UE e Stati membri in un ambito delicato quale quello della garanzia della sicurezza.

⁶³ Come affermato da Tzanou e Karyda, «the future will show whether Quadrature du Net opened the gate for an electronic Big Brother in Europe or led the way towards a less-absolute, more pragmatic (and perhaps less naïve) approach to surveillance», M. TZANOU, S. KARYDA, *Privacy International and Quadrature du Net: one step forward two steps back in the data retention saga?*, cit., p. 154.

⁶⁴ Sul tema del c.d. *trade-off* tra tutela della riservatezza e protezione dei dati da un lato e garanzia della sicurezza pubblica e nazionale, si leggano D. SOLOVE, *Nothing to hide. The false trade-off between privacy and security*, New Haven, 2011; T. OJANEN, *Rights-based review of electronic surveillance after Digital Rights Ireland and Schrems in the European Union*, in D. COLE, F. FABBRINI, S. SCHULHOFER (a cura di), *Surveillance, privacy and transatlantic relations*, Londra, 2017, p. 18 ss.; M.G. PORCEDDA, *The recrudescence of 'Security v. Privacy' after the 2015 terrorist attacks and the value of privacy rights in the European Union*, in E. ORRÙ, M.G. PORCEDDA, S. WEYDNER-VOLKMANN (a cura di), *Rethinking surveillance and control: beyond the 'security versus privacy' debate*, Baden-Baden, 2017, p. 137 ss.

⁶⁵ Del resto, «the reception of the judgments by the referring courts demonstrates that the interpretation provided by the Court of Justice will not contribute, in the short term, to developing universally accepted standard for the assessment of national retention rules», M. ROJSZCZAK, *National security and retention of telecommunications data in light of recent case law of the European Courts*, cit., p. 633, così che pare sempre più necessario e urgente un intervento legislativo che, per quanto difficile e complesso, sembra rappresentare l'unica soluzione in grado di garantire soluzioni armonizzate e una tutela dei diritti fondamentali omogenea nella materia in esame all'interno dei confini europei. Sull'importanza di una soluzione normativa si legga anche A. JUSZACZAK, E. SASON, *Recalibrating data retention in the EU. The jurisprudence of the CJEU – is this the end or the beginning?*, cit., p. 238 ss.

SEZIONE VI

**Le sanzioni oggi. Legalità, efficacia e implicazioni
sistemiche nel diritto internazionale e dell'Unione europea**

Sanzioni e sistema internazionale contemporaneo: un'introduzione

BEATRICE BONAFÉ*

SOMMARIO: 1. Considerazioni introduttive. – 2. La nozione di «sanzione». – 2.1. Le misure adottate in un contesto istituzionale. – 2.2. Le misure unilaterali. – 3. Il regime giuridico delle «sanzioni». – 3.1. Le misure adottate in un contesto istituzionale. – 3.2. Le misure unilaterali. – 4. Per concludere.

1. Introduzione

Che esso sia concepito come lo strumento di tutela di interessi privati o collettivi, che si discuta se esso sia ancora o meno l'appannaggio di un gruppo limitato di Stati, che esso si inquadri nel diritto generale o particolare, il ricorso alle «sanzioni» da parte dei membri della comunità internazionale è tanto innegabile quanto in crescita nella prassi recente degli Stati. Tale fenomeno era già palese prima dell'invasione dell'Ucraina e delle conseguenti misure sanzionatorie adottate contro la Russia. Questa prassi è stata all'origine prima di un progetto di ricerca sul carattere extraterritoriale delle sanzioni nel diritto internazionale e poi del convegno multidisciplinare che ha portato alla pubblicazione dei presenti contributi. Finalità del convegno era indagare – da diverse prospettive – l'evoluzione del ricorso a strumenti sanzionatori nelle relazioni internazionali e, più in particolare, tre aspetti specifici: (i) il controllo delle misure coercitive; (ii) la loro natura extraterritoriale; (iii) la loro efficacia, anche quale strumento di *enforcement* di valori collettivi.

Una presentazione delle ricerche qui raccolte può utilmente partire da due aspetti che tutte le accomunano: la nozione di «sanzione», che può apparire problematica dal punto di vista del diritto internazionale, e la pluralità di regimi giuridici che possono essere applicabili all'adozione di «sanzioni» internazionali in diversi contesti.

* Professoressa ordinaria di diritto internazionale, Università di Roma La Sapienza, beatrice.bonafe@uniroma1.it.

La nozione stessa di sanzione è, più in generale, al cuore di ogni sistema giuridico e della sua stessa concezione: si pensi sia alla prospettiva delle norme secondarie hartiane¹ sia alla concezione coercitiva kelseniana di ordinamento giuridico². La nozione risulta essenziale perché è in funzione di essa che – almeno in parte – si misura l’effettività dell’ordinamento giuridico, quanto esso sia in grado di imporre il rispetto dei suoi obblighi, in particolar modo quando siano diretti alla protezione di interessi collettivi. D’altro canto, le diverse concezioni di questa nozione hanno un ruolo fondamentale nella definizione del contenuto concreto – i soggetti, le modalità, le finalità, ecc. – del regime generale volto all’attuazione degli obblighi internazionali. Il problema della nozione di sanzione si avverte soprattutto perché la prassi sovrappone sempre più spesso concetti tecnici che sono oggetto di specifici regimi giuridici e concetti ai quali non corrisponde necessariamente una precisa dimensione prescrittiva.

Merita ricordare, in via preliminare, che la nozione di sanzione è qui analizzata nel contesto di un ordinamento, quello internazionale, ancora caratterizzato da una struttura essenzialmente orizzontale e nel quale l’adozione di misure unilaterali è la regola. Come autorevolmente dimostrato, il diritto internazionale può essere concepito come ordinamento giuridico compiuto sebbene esso sia contraddistinto da forme di accertamento e attuazione prevalentemente soggettive³. Può essere inoltre utile separare ai fini di questa presentazione l’adozione di misure sanzionatorie in un contesto istituzionalizzato, da una parte, e la loro adozione nel contesto di un rapporto bilaterale, dall’altra. Pertanto, i brevi cenni che seguono si occupano prima della nozione di sanzione, considerata sia come misura istituzionale sia come misura unilaterale, per passare poi alle problematiche specifiche dei regimi giuridici applicabili a entrambe le tipologie di misure.

2. La nozione di «sanzione»

Il termine «sanzione» è oggi di uso assolutamente comune, non solo tra i giuristi. Esso sembra peraltro la nozione di incontro di discipline diverse attraverso le quali analizzare il fenomeno delle misure che, nelle relazioni internazionali, sono adottate a scopo coercitivo. Tuttavia, il termine sanzione non costituisce l’oggetto

¹ H. HART, *The Concept of Law*, Oxford, 2012, p. 216 ss.

² H. KELSEN, *Law and Peace in International Relations*, Cambridge, 1952, p. 48 ss.

³ J. COMBACAU, *Le droit international: bric-à-brac ou système?*, in *Archives de philosophie du droit*, 1986, p. 85 ss.

specifico di un regime giudico che si contraddistingua per materia, condizioni applicative ed effetti nel diritto internazionale. Ivi il termine ha puramente valore descrittivo e non normativo.

2.1. Le misure adottate in un contesto istituzionale

Secondo una bipartizione classica tra sanzioni e contromisure⁴, il termine sanzione rappresenta una misura istituzionale che un'organizzazione internazionale adotta per reagire nei confronti di comportamenti di Stati membri non conformi agli obblighi statutari. La sanzione può avere varie finalità, tra cui quella punitiva, ristorativa, riparativa, ecc., anche se solitamente è volta ad assicurare il rispetto del diritto interno all'organizzazione da parte dei suoi Stati membri.

La sanzione si contraddistingue pertanto per essere disciplinata di volta in volta dal diritto particolare di ogni organizzazione. Si pensi alle sanzioni che il Consiglio di sicurezza può adottare in base al Capitolo VII della Carta delle Nazioni Unite o che l'Unione europea può adottare in base agli articoli 29 TUE e 215 TFUE. La competenza interna dell'organizzazione, le condizioni per l'adozione e gli effetti delle sanzioni sono ogni volta disciplinati dal trattato costitutivo.

La sanzione sarà tipicamente volta ad assicurare l'effettività del diritto convenzionale. Sembra allora difficile accordare alla nozione di sanzione una rilevanza autonoma e un carattere prescrittivo nel diritto internazionale generale. Il termine sanzione descriverà essenzialmente una misura la cui adozione è centralizzata in capo a un organo comune, i cui destinatari sono i membri dell'organizzazione e che varia in funzione del quadro pattizio⁵.

Qualora il destinatario della misura adottata dall'organizzazione internazionale sia un soggetto terzo (estraneo al gruppo dei membri), non potrà in principio parlarsi di sanzione poiché la misura non sarà adottata in modo centralizzato ma si tratterà di una misura unilaterale dell'organizzazione inquadrabile nel rapporto giuridico bilaterale che lega organizzazione e soggetto terzo e che non può che

⁴ La distinzione ha fatto l'oggetto di studi particolarmente approfonditi da parte della dottrina francese. Si veda in special modo C. LEBEN, *Les sanctions privatives de droits ou de qualité dans les organisations internationales spécialisées*. Bruxelles, 1979 e ID., *Les contre-mesures inter-étatiques et les réactions à l'illicite dans la société internationale*, in *Annuaire français de droit international*, 1982, p. 9-77.

⁵ Si veda il commentario della Commissione del diritto internazionale all'articolo 22 della codificazione del diritto della responsabilità delle organizzazioni internazionali del 2011 in *Yearbook of the International Law Commission*, 2011, vol. II, parte 2, p. 71 ss.

essere retto dal diritto internazionale generale. In questo caso, la misura non differisce da una ordinaria contromisura.

2.2. Le misure unilaterali

Il termine contromisura designa appunto misure adottate in un ambito puramente bilaterale ed extra-istituzionale: si tratta di reazioni adottate in maniera unilaterale da soggetti che si considerano vittime di violazioni del diritto internazionale nei confronti degli autori di siffatte violazioni, ma in ogni caso tra soggetti che non sono accomunati da un'appartenenza a un unico quadro istituzionale. Pertanto, le contromisure sono disciplinate, al contrario di quanto avviene per le sanzioni, dal diritto internazionale generale. Anch'esse possono avere varie finalità, sebbene nell'ambito del regime generale di responsabilità internazionale (sia quello degli Stati sia quello delle organizzazioni internazionali) siano concepite e codificate come misure esclusivamente strumentali all'attuazione di obblighi secondari.

La nozione di riferimento nell'ordinamento internazionale è allora quella di contromisura. La nozione di sanzione diventa superflua. Le misure unilaterali di reazione all'illecito sono disciplinate – per quanto attiene alle finalità, condizioni sostanziali e procedurali nonché effetti – dal diritto internazionale generale. Tuttavia, la distinzione tra sanzioni e contromisure, come vedremo tra poco, si complica quando si ammetta la reazione decentralizzata alla violazione di obblighi a tutela di interessi collettivi.

Occorre però tenere a mente che l'istituto delle contromisure non copre tutte le ipotesi variegate di reazioni più o meno dirette a un illecito internazionale e che costituiscono una parte cospicua della prassi internazionale. Da una parte, il regime consuetudinario non copre le misure che non reagiscono direttamente a un illecito – si pensi alla politica di pressione sistematica posta in essere dalla Cina affinché i paesi terzi non riconoscano Taiwan – né le misure che non sono di per sé illecite, quali le ritorsioni⁶. Ma le maggiori incertezze riguardano alcune categorie spurie, che sono recentemente oggetto di indagini da parte di organismi internazionali. Ci si riferisce in particolare alle «misure coercitive unilaterali» la cui conformità ai diritti umani è allo studio delle Nazioni Unite⁷ e la cui definizione non

⁶ Si veda D. ALLAND, *Les mesures de réaction à l'illicite prises par l'Union européenne motif pris d'un certain intérêt général*, in *Rivista di diritto internazionale*, 2022, p. 371 ss.

⁷ Si veda in particolare la risoluzione dell'Assemblea generale del 20 dicembre 2012, A/RES/67/170 riguardante i diritti umani e le misure coercitive unilaterali, nonché i rapporti di

sembra corrispondere ad alcuna delle nozioni note al diritto internazionale. Tali misure sembrano identificate in base al loro prevalente scopo sanzionatorio e/o punitivo, non a un particolare regime giuridico, e coprirebbero ipotesi che vanno ben al di là delle tradizionali contromisure. Si pensi ai regimi unilaterali di misure economiche dirette a Cuba o all'Iran.

La questione principale sollevata dalla nozione stessa di «sanzione» riguarda in definitiva l'identificazione precisa dei fatti ai quali ricollegare uno specifico regime giuridico, sia esso vigente nel diritto consuetudinario internazionale oppure nel diritto particolare. Il rischio è la creazione di una categoria non normativa che non rientra né tra le misure istituzionali né tra quelle unilaterali e la cui funzione resta imprecisata tra la protezione di interessi puramente privati [individuali] e interessi collettivi.

3. Il regime giuridico delle «sanzioni»

I diversi regimi giuridici internazionali applicabili tanto alle sanzioni istituzionali quanto alle contromisure unilaterali possono senz'altro sollevare la questione della loro precisa definizione. Tuttavia, appare qui opportuno mettere in luce piuttosto due aspetti che riguardano in maniera trasversale queste tipologie, ovvero la protezione di interessi collettivi e il coordinamento tra misure di reazione all'illecito accentrate e decentrate.

3.1. Le misure adottate in un contesto istituzionale

Quanto alle misure adottate in un quadro istituzionale, esse sono naturalmente volte alla salvaguardia di interessi collettivi ovvero comuni a membri dell'istituzione. Questi interessi, certo, possono non coincidere con gli interessi della comunità internazionale nel suo insieme. Ma l'ambito istituzionale appare come la sede più appropriata per l'adozione di misure che reagiscono alla violazione di norme poste a tutela di interessi collettivi.

Semmai si porrà la questione del rapporto e del coordinamento tra le misure adottate in maniera istituzionalizzata e quelle adottate unilateralmente⁸. In materia di mantenimento della pace, si pensi al coordinamento previsto dall'articolo 51

Alena Douhan, relatrice speciale sull'«impatto negativo delle misure coercitive unilaterali sul godimento dei diritti umani», disponibili sul sito www.ohchr.org.

⁸ Si veda il contributo di Sossai in questo numero.

della Carta delle Nazioni Unite tra reazione unilaterale in legittima difesa e intervento accentrato del Consiglio di sicurezza oppure tra intervento delle Nazioni Unite e delle organizzazioni regionali operato dal Capitolo VIII. Un chiaro coordinamento che accorda priorità alla misura adottata in un quadro istituzionale a discapito della misura unilaterale era stato proposto in via generale dal relatore speciale Riphagen durante i lavori della Commissione del diritto internazionale sul regime di responsabilità dello Stato, senza tuttavia aver incontrato il consenso necessario per apparire nella versione finale dell'articolato⁹.

Infatti, la questione più generale che può porsi, nella medesima prospettiva, è quella del rapporto tra disciplina convenzionale (adozione di sanzioni o altri rimedi in forma accentrata) e disciplina consuetudinaria (adozione decentralizzata di contromisure) per le misure di reazione all'illecito. Ci si può chiedere se nei rapporti tra organizzazione internazionale e Stati membri il regime accentrato di sanzioni e rimedi collegato alla violazione degli obblighi interni ammetta una residua applicazione del regime generale delle contromisure. L'articolo 22(3) degli Articoli sulla responsabilità delle organizzazioni internazionali sembra, almeno in parte, escludere l'applicabilità del regime generale¹⁰.

Ancora, l'analisi può progredire sul fronte dei rapporti/coordinamento tra meccanismi di adozione di sanzioni in contesti istituzionalizzati diversi. L'indagine non deve essere condotta tanto sul fronte della validità, visto che i diversi meccanismi hanno fondamento convenzionale diverso e questo si deve assumere individualmente valido. Il coordinamento può più utilmente situarsi al livello delle competenze attribuite ai vari organismi internazionali e al possibile coordinamento tra di esse. Il parere della Corte internazionale di giustizia sulla *liceità dell'uso delle armi nucleari da parte di uno Stato in un conflitto armato* offre un raro esempio di pronuncia giurisprudenziale che prende in considerazione la necessità di coordinamento tra le competenze di varie organizzazioni internazionali per determinare la competenza di una di esse¹¹.

Infine, il ruolo del giudice merita di essere indagato in relazione all'adozione centralizzata di misure di reazione all'illecito poiché l'organo giurisdizionale comune contribuisce senz'altro alla definizione del regime giuridico delle sanzioni –

⁹ Si veda la proposta di articolo 11 (e relativo commentario) formulata dal relatore speciale W. Riphagen in *Sixth report on State responsibility*, *Yearbook of the International Law Commission*, 1985, vol. II, parte 1, p. 12-13.

¹⁰ Si veda il commentario all'articolo 22 in *Yearbook of the International Law Commission*, 2011, vol. II, parte 2, pp. 112 ss.

¹¹ Si veda il parere consultivo dell'8 luglio 1996 della Corte, *Liceità dell'uso delle armi nucleari da parte di uno Stato in un conflitto armato*, *ICJ Reports* 1996, p. 80.

per esempio essendo chiamato a verificare le condizioni di ricorso a tali misure – e può assicurare un equilibrio tra esigenze di accentramento e inevitabile decentralizzazione della funzione di attuazione degli obblighi internazionali¹².

3.2. Le misure unilaterali

Quanto alle misure unilaterali di reazione all'illecito, la possibilità che esse siano uno strumento di tutela di interessi collettivi è oggetto di un vivo dibattito nella dottrina internazionalistica almeno da mezzo secolo. La prassi recente di contromisure adottate soprattutto in reazione all'invasione russa dell'Ucraina fornisce ulteriori elementi di analisi ma non sembra in grado di dissolvere alcune incertezze importanti sull'origine ancora prevalentemente «occidentale» delle cosiddette contromisure generalizzate. Al riguardo l'esigenza di coordinamento – come garanzia di non abuso – è particolarmente sentita. Si può ricordare che durante la codificazione del regime di responsabilità dello Stato il Comitato di redazione della Commissione del diritto internazionale aveva approvato in seconda lettura una disposizione, poi non mantenuta, l'articolo 54(1), volta al coordinamento delle misure adottate da Stati terzi con la posizione dello Stato direttamente leso che vincolava le contromisure generalizzate alla richiesta di quest'ultimo Stato¹³.

La domanda più in generale è ovviamente se si possa agire in modo unilaterale per tutelare interessi collettivi. In altre parole, la questione per il giurista è se si possa «bilateralizzare» il meccanismo di attuazione degli obblighi a tutela di interessi collettivi, ovvero degli obblighi *erga omnes*¹⁴. Per l'economista o il politologo la domanda riguarderà piuttosto l'efficacia delle misure unilaterali – ma anche di quelle istituzionali – in particolar modo quando sono volte a tutelare interessi comuni¹⁵.

Si pone poi la questione dell'estensione dell'ambito di applicazione delle contromisure generalizzate e soprattutto della loro portata extraterritoriale, di quanto essa sia compatibile con la finalità limitata che il diritto internazionale generale riconosce a tali misure nonché della compatibilità con altri principi fondamentali dell'ordinamento internazionale quali il principio di sovranità e principio di non

¹² Si vedano i contributi di Forlati e Miglio in questo numero.

¹³ UN Doc. UN/CN.4/L.600 del 21 agosto 2000 p. 15.

¹⁴ Si veda in generale G. GAJA, *The Protection of General Interests in the International Community*, in *Recueil des cours*, 2011, vol. 364.

¹⁵ Si vedano i contributi di De Arcangelis e Colombo in questo numero.

ingerenza¹⁶. Alla luce della famosa soluzione data dalla Corte permanente di giustizia internazionale al caso *Lotus*, si potrebbe ritenere che la regola permissiva esistente riguardi tutto ciò che ha effetti puramente territoriali mentre sarebbe necessaria un'apposita regola permissiva per esercitare la giurisdizione con effetti extraterritoriali ... ma non si vuole al riguardo anticipare l'analisi che segue.

4. Per concludere

In conclusione, il tema delle sanzioni nelle relazioni internazionali è ancora fonte di numerosi spunti di indagine. In ogni caso è essenziale chiarire la nozione alla quale il regime giuridico di riferimento si applica, il contesto di adozione accentrata o decentrata di tali misure, le finalità e i limiti che caratterizzano tali regimi, senza dimenticare che tale analisi più o meno indirettamente serve sempre a determinare gli strumenti con i quali un ordinamento giuridico è in grado di assicurare effettività ai suoi obblighi, in particolare quelli a tutela di interessi collettivi.

¹⁶ Si veda il contributo di Silingardi in questo numero.

Il ricorso alle sanzioni nella parabola di ascesa e declino dell'ordine internazionale liberale

ALESSANDRO COLOMBO*

SOMMARIO: 1. Premessa. – 2. Significato ed efficacia delle sanzioni. L'aspetto cerimoniale. – 3. Il decennio delle sanzioni e la costituzione liberale del mondo. – 4. L'impatto della crisi dell'ordine liberale sul ricorso alle sanzioni.

ABSTRACT: Concentrandosi sulle condizioni di efficacia delle sanzioni, la letteratura politologica ha spesso sottovalutato la loro efficacia cerimoniale, cioè la capacità di affermare (o riaffermare) in forma solenne i principi, le norme e le regole che chi le impone considera vincolanti per sé e per gli altri.

PAROLE CHIAVE: sistema internazionale – società internazionale – gerarchia – potere – ordine – democrazia.

1. Premessa

Anche nel campo della scienza politica e, più specificamente, della teoria delle Relazioni Internazionali, la diffusione dell'uso delle sanzioni ha generato una imponente riflessione teorica ed empirica, riconducibile in larga parte a quella sotto-disciplina delle Relazioni Internazionali chiamata International Political Economy.

Date le mie competenze, il mio contributo toccherà solo marginalmente questa letteratura. Non essendo un esperto di International Political Economy, mi prenderò almeno il privilegio di guardare l'argomento da una prospettiva più ampia. Della diffusione delle sanzioni vedrò, quindi, il rapporto con l'evoluzione più comprensiva del contesto internazionale. In particolare, il mio contributo si concentrerà su tre punti, in strettissima relazione tra loro. In primo luogo, esaminerò un aspetto spesso trascurato nella letteratura di taglio empirico sull'efficacia delle sanzioni: il loro carattere cerimoniale, che si raccorda più in generale alla dimensione normativa e sociale della convivenza internazionale. In secondo luogo, spo-

* Professore ordinario di Relazioni Internazionali, Dipartimento di Studi Internazionali, Giuridici e Storico-politici, Università degli Studi di Milano, alessandro.colombo@unimi.it.

standomi sul terreno storico, vedrò come questo aspetto cerimoniale sia stato dominante nel cosiddetto “decennio liberale”, quello degli anni Novanta del secolo scorso. Infine, metterò in relazione il successivo declino e la trasformazione dell’uso delle sanzioni con la contemporanea crisi dell’ordine internazionale liberale del dopoguerra fredda, che riapre non soltanto una competizione sul potere e sul prestigio ma, in prospettiva, una crisi molto più radicale dei principi di legittimità dell’ordine internazionale.

2. Significato ed efficacia delle sanzioni. L’aspetto cerimoniale

Riguardo alle sanzioni, la riflessione politologica propone un ventaglio di temi ricorrenti. Per fare ordine nella varietà dei casi storici, intanto, la letteratura si impegna a predisporre e raffinare una tipologia di sanzioni, sulla base di fattori quali il tipo di legami economici colpiti (restrizioni alle importazioni e/o alle esportazioni, flussi finanziari, trasferimenti diretti), il numero di soggetti coinvolti nell’imposizione (sanzioni unilaterali e multilaterali), l’ampiezza dei settori colpiti (sanzioni “mirate” o “comprehensive”). A partire da qui sono esaminate le conseguenze dell’impiego delle sanzioni¹: conseguenze economiche, tanto per il soggetto colpito dalle sanzioni quanto per i soggetti che le impongono quanto, infine, per i soggetti terzi; conseguenze politiche, sia di carattere internazionale (nelle relazioni tra le parti direttamente coinvolte ma, anche questa volta, anche nelle relazioni tra queste e tutti gli altri attori) sia di carattere interno (nell’equilibrio tra il governo dello Stato colpito e l’opposizione e, più in generale, nella coesione e nelle politiche del governo in carica); conseguenze umanitarie e sociali (in termini di diffusione della malnutrizione, aumento delle disuguaglianze, diffusione della corruzione o innesco di fenomeni migratori).

Così come gli economisti, tuttavia, anche i politologi si pongono soprattutto un problema di efficacia delle sanzioni. E, come quasi sempre gli scienziati sociali, interpretano l’efficacia come la capacità di indurre il soggetto colpito a modificare il proprio comportamento o, addirittura, la propria natura (secondo gli imperativi del *regime change*): l’imposizione di sanzioni può essere considerata di successo se le concessioni offerte dal soggetto colpito in cambio della loro cessazione corrispondono grossomodo alle richieste o alle intenzioni iniziali del soggetto che le

¹ Per una rassegna recente, si veda Ö. ÖZBAMAR, E. SHAHIN, *Consequences of Economic Sanctions: The State of the Art and Paths Forward*, in *International Studies Review*, 2021, pp. 1-26.

ha imposte. Da questa prospettiva, l'uso efficace delle sanzioni costituisce nient'altro che l'esercizio di una forma di potere, nel senso in cui la nozione di potere è più comunemente impiegata nelle scienze sociali e politiche: come la capacità di un attore di determinare la condotta di un altro attore.

Visto da questa angolatura, l'uso delle sanzioni non sembrerebbe essersi rivelato particolarmente efficace. Secondo i dataset più comuni², i casi di successo non andrebbero oltre il 35% e, secondo alcuni studiosi, risulterebbero ancora di meno³. Ma su questa valutazione pesano, già sul terreno empirico, non poche incertezze⁴: perché è possibile che uno Stato modifichi il proprio comportamento già dal momento in cui comincia a temere che le sanzioni gli vengano comminate; perché difficilmente gli obiettivi delle sanzioni sono solo o soprattutto quelli dichiarati; perché quasi sempre l'impiego delle sanzioni è associato ad altri strumenti, quali la minaccia o il ricorso all'uso della forza; perché, soprattutto, non è affatto detto che le alternative sarebbero più efficaci o meno costose delle sanzioni.

Soprattutto, esaurire la valutazione delle sanzioni sul terreno dell'efficacia porta a trascurare che le sanzioni hanno anche un significato (e una possibile efficacia) cerimoniale. Chi impone le sanzioni dichiara sempre le ragioni per le quali lo sta facendo e, in questo modo, afferma (o riafferma) in forma solenne i principi, le norme e le regole che considera vincolanti per sé e per gli altri: di fronte ai propri cittadini (e ai propri operatori economici), di fronte al soggetto colpito e di fronte, soprattutto, a tutti gli altri attori, in quanto invitati a partecipare al meccanismo sanzionatorio oppure almeno a tollerare le conseguenze potenzialmente negative della decisione. Il riconoscimento di questo aspetto cerimoniale è almeno in parte indipendente dalla valutazione in termini di efficacia: persino nei casi in cui non riescono a cambiare le politiche del soggetto colpito, le sanzioni possono servire a rinsaldare collettivamente i principi e le norme a cui si appellano. Soprattutto, la necessità di giustificare il ricorso alle sanzioni, così come quella ancora più forte di giustificare il ricorso all'uso della forza, introduce nei rapporti tra sanzionante, sanzionato e terzi un aspetto comunicativo, che riflette più di ogni altra cosa il legame sociale circostante e non è sminuito neppure dall'eventualità (per quanto frequente) della menzogna e dell'inganno.

² Si veda, in particolare, G. HUFBAUER, J. SCOTT, K.A. ELLIOT, B. OEGG, *Economic Sanctions Reconsidered: History and Current Policy*, Washington DC, 2007.

³ R.A. PAPE, *Why Economic Sanctions do not Work*, in *International Security*, 1997, pp. 90-136.

⁴ C.M. BRUNDEGE, *Economic Sanctions and the Survival of Autocratic Regimes*, Senior Projects Spring, New York, 2020.

Hedley Bull lo sottolinea acutamente, a proposito della guerra, commentando la distinzione posta da Grozio tra cause della guerra «giustificabili», vale a dire dichiarate nella convinzione che esse siano davvero tali, e cause della guerra soltanto «persuasive», nelle quali il richiamo alla giusta causa opera invece come un semplice pretesto⁵. Un sistema internazionale nel quale è necessario offrire un pretesto per colpire gli altri, infatti, è già radicalmente diverso da un contesto nel quale ciò non è necessario. Chi adduce una giusta causa, persino quando questa non ha svolto alcun ruolo nella sua decisione, riconosce almeno di dovere agli altri una spiegazione della propria condotta nei termini di principi e regole che anche essi condividono. Mentre il fatto che egli dichiari proprio quella motivazione e possa contare sulla sua accettazione da parte degli altri ci dice molte cose della sua realtà storica, perché suggerisce, pur storpiandolo, quale è il codice che sia l'autore sia i destinatari della menzogna riconoscono come proprio e perché, prima ancora di dirci quale contenuto abbia, il «falso» ci dice che un codice comunque esiste. «La recezione degli enunciati», scrive Tzvetan Todorov, «è più rivelatrice, per la storia delle ideologie, della loro produzione; e quando un attore si inganna o mente, il suo testo non è meno significativo di quando dice il vero; l'importante è che il testo sia ricevibile dai contemporanei, o sia stato ritenuto tale dal suo autore. Da questo punto di vista, la nozione di “falso” è non pertinente»⁶.

Eccoci allora al punto: il grado di partecipazione o, almeno, di adesione all'imposizione di sanzioni misura il grado di consenso esistente all'interno della comunità internazionale su principi, norme e regole comuni. E, reciprocamente, segnala quanto ampio sia lo spazio di questo consenso: se riguardi soltanto un piccolo nucleo di principi e norme fondamentali oppure, più ambiziosamente, si estenda fino a comprendere degli “standard di normalità” politica, economica o ideologica; se copra soltanto una o più aree “centrali” del sistema internazionale dell'epoca oppure abbracci (in linea di principio) anche le aree secondarie o “periferiche”; se coinvolga solo una parte degli attori (stati e organizzazioni internazionali), in isolamento o in contrapposizione rispetto a qualche altra parte o, invece, abbia una tendenza espansiva e inclusiva, in sintonia con qualche filosofia umanitaria o cosmopolitica.

⁵ H. BULL, *The Anarchical Society. A Study of Order in World Politics*, New York, 1977.

⁶ T. TODOROV, *La conquête de l'Amérique. La question de l'autre*, 1982; trad. it. *La conquista dell'America. Il problema dell'«altro»*, Torino, 1992, p. 66.

In tutti i casi, l'impiego delle sanzioni riflette l'evoluzione più complessiva dei rapporti tra sistema e società internazionale⁷: vale a dire, tra il puro e semplice coinvolgimento in una rete di interdipendenze diplomatiche e strategiche e la maturazione, su questa base, del senso di un interesse comune agli scopi elementari della vita sociale e il rispetto delle istituzioni deputate a promuoverli, amministrarli e difenderli⁸. Questo elemento sociale della convivenza internazionale non ha sempre lo stesso peso nel tempo e nello spazio. Ma, oltre che nel grado, il consenso su obiettivi e istituzioni condivise cambia continuamente anche nella natura e nel contenuto di queste ultime⁹: in particolare, se esse siano più o meno favorevoli alla guerra, più o meno interessate a imporle dei limiti, o più o meno rassegnate alla sua presunta insuperabilità e, quindi, più o meno interessate a cercare dei possibili sostituti – quali sono, appunto, le sanzioni.

3. Il decennio delle sanzioni e la costituzione liberale del mondo

Se questo è vero in generale per il rapporti tra sistema e società, a maggior ragione la storia delle sanzioni riflette come in uno specchio – anche nelle incertezze, nelle regressioni e nelle forzature – la storia della società internazionale dell'ultimo secolo: dalla “riforma costituente” simboleggiata dal varo della Società delle Nazioni all'indomani della Prima guerra mondiale, nel quale l'introduzione delle sanzioni fece da pendant alla delegittimazione della guerra (ma «corrispondendo esattamente», nell'interpretazione malevola di Carl Schmitt, alla «polarità di pathos etico e di calcolo economico» propria della sensibilità liberale e borghese delle potenze vincitrici¹⁰); all'impiego intermittente e inefficace del periodo infrabellico; alla biforcazione dell'epoca della guerra fredda, nel corso della quale le sanzioni operarono da un lato come uno strumento della contrapposizione politica e ideologica tra i due blocchi e, dall'altro, tornarono a figurare come uno strumento per promuovere e difendere principi e norme comuni – ma nell'unica area di consenso (pur problematico e tardivo) dell'epoca, cioè nella lotta all'apartheid.

⁷ Sulla distinzione tra sistema e società, oltre a H. BULL, *The Anarchical Society*, cit., si vedano almeno M. WIGHT, *Systems of States*, Leicester, 1977 e M. WIGHT, *Power Politics*, Harmondsworth, 1978.

⁸ H. BULL, *The Anarchical Society*, cit., p. 67

⁹ Cfr. il riferimento al contributo di Howard, cit. in B. VIGEZZI, *The British Committee on the Theory of International Politics (1954-1985). The Rediscovery of History*, Milano, 2005, p. 102.

¹⁰ C. SCHMITT, *Begriff des Politischen*, Walter Rothschild, Berlin, 1932; trad. it. *Il concetto di "politico"*, in C. SCHMITT, *Le categorie del "politico"*, Bologna, 1972, p. 159.

È indicativo, allora, che per approdare a una grande stagione di impiego collettivo delle sanzioni si sia dovuto attendere il riassorbimento delle lacerazioni politiche e ideologiche del Novecento e il varo del Nuovo Ordine liberale. Il “decennio delle sanzioni”, gli anni Novanta del secolo scorso, è non a caso lo stesso che è comunemente rappresentato (e celebrato) anche come “decennio liberale”, “decennio umanitario” e, perché no, “decennio dell’interventismo democratico”: un decennio contraddistinto, sul piano del potere e del prestigio, dallo strapotere degli Stati Uniti e dei loro alleati, paesi europei in testa; sul piano normativo, dalla convergenza di un numero sempre crescente di attori attorno alla sintesi vincente di democrazia, mercato e diritti umani; e, sul piano istituzionale, dal coinvolgimento delle istituzioni internazionali (universali e regionali) in quella che poté essere celebrata come *multilevel governance*, e della quale l’uso collettivo delle sanzioni costituì uno dei massimi strumenti disciplinari e punitivi.

Ricostruiamola brevemente, allora, questa “costituzione liberale del mondo”; e vediamo dove si collocava, al suo interno, il meccanismo collettivo delle sanzioni. Al vertice dell’edificio stava un’ulteriore accentuazione e una «drastica semplificazione funzionale»¹¹ del modello di ordine internazionale gerarchico già sperimentato nei precedenti dopoguerra del 1815, 1919 e 1945. Portando a compimento quello che poté essere vantato come un movimento progressivo di concentrazione del potere dal multipolarismo prebellico al bipolarismo della guerra fredda all’unipolarismo – anche in senso assiologico, stante il carattere democratico e, *soi-disant*, “benigno” dell’egemone – il nuovo ordine internazionale esibiva una struttura perfettamente *piramidale*, dominata al vertice dagli Stati Uniti e rinsaldata (tanto in efficacia quanto in legittimità) dalla collaborazione degli alleati tradizionali (Nato, Giappone, Israele, paesi arabi “moderati” e altri attori regionali), dalla cooptazione di un numero crescente di nuovi alleati (ex membri del Patto di Varsavia, nuove repubbliche della ex Unione Sovietica, Vietnam ecc.) e dalla acquiescenza volontaria o obbligata di quasi tutti gli altri (a cominciare dai maggiori: Cina, India, Russia, Brasile).

Questa eccezionale concentrazione del potere consentiva – e siamo al secondo punto – una concentrazione altrettanto eccezionale del consenso sui principi, le norme e le regole dettate dai vincitori: un elemento che, ancora più del precedente, si annunciava come un ribaltamento esplicito dell’esperienza appena conclusa del Novecento. Tanto quest’ultimo era stato lacerato, dall’inizio alla fine, da uno scontro senza limiti tra visioni alternative e inconciliabili del bene comune,

¹¹ D. ZOLO, *Cosmopolis. La prospettiva del governo mondiale*, Milano, 2002, p. 41.

quanto il nuovo secolo avrebbe dovuto e, finalmente, potuto generare proprio l'opposto: un ordine internazionale *omogeneo*, stretto attorno ai valori "universalisti" del mercato e della democrazia e, grazie a ciò, finalmente liberato dall'incubo della guerra – quanto meno, della guerra tra grandi potenze.¹² Questa enfasi sulla transizione al mercato e alla democrazia comprendeva, in sovrappiù, un principio di subordinazione degli ordini politici interni all'ordine politico internazionale – realizzato anche concretamente attraverso l'amministrazione fiduciaria dei paesi oggetto di intervento diretto, come la Bosnia Erzegovina, il Kosovo e l'Iraq tra l'aprile 2003 e il giugno 2004; l'imposizione di varie forme di condizionalità agli aiuti o all'accoglimento nelle istituzioni internazionali di punta, come nei percorsi di ammissione all'Unione europea e all'Alleanza atlantica; oppure, ancora più spesso, attraverso il contributo volontario di classi dirigenti (politiche, economiche e intellettuali) interessate alla collaborazione in cambio del rilascio di attestati di normalità, o del sostegno contro élite concorrenti o, semplicemente, di qualche vantaggio in termini economici o di carriera o di convenienza e prestigio sociale.

In terzo luogo, questa concentrazione parallela del potere e dell'egemonia culturale era perfezionata da un grado altrettanto elevato di coinvolgimento delle istituzioni internazionali (universali e regionali). Secondo le intenzioni dichiarate, questo elemento avrebbe dovuto controbilanciare gli altri due. Nella realtà dei fatti, invece, esso non faceva che rafforzarli. Piuttosto che puntare su una trasposizione immediata della gerarchia in controllo, esso introduceva tra la prima e la seconda un moltiplicatore istituzionale di legittimità composto sia dalle istituzioni già esistenti che da quelle in via di formazione, e sia da organizzazioni intergovernative che da organizzazioni non governative. Grazie a ciò, il nuovo ordine internazionale poteva presentarsi come un ordine altamente *istituzionalizzato*, nel quale lo strapotere del più forte avrebbe potuto finalmente esprimersi (sebbene sempre a sua discrezione) attraverso la mediazione di una fitta rete di istituzioni internazionali, mentre queste ultime avrebbero potuto finalmente operare grazie allo strapotere del più forte.

Qui arriviamo al pendant disciplinare e, in senso lato, sanzionatorio dell'ordine liberale. Come tutti gli ordini internazionali gerarchici e ideologicamente omogenei, anche il Nuovo Ordine Mondiale del dopoguerra fredda si presentava e, concretamente, operava come un ordine *discriminante*, tanto da invertire

¹² Della sterminata letteratura sulla presunta obsolescenza della Guerra, si vedano almeno J. MUELLER, *Retreat from Doomsday: The Obsolescence of Major War*, New York, 1989; C. KAYSER, *Is War Obsolete?: A Review Essay*, in *International Security*, 1990, pp. 42-64; R. VÄYRYNEN, (a cura di), *The Waning of Major War. Theories and Debates*, London-New York, 2006.

nuovamente la tendenza – che aveva prevalso invece per tutto l'ultimo secolo – all'abbassamento della soglia d'accesso alla società internazionale e alla conseguente inclusione di un ventaglio sempre più ampio ed eterogeneo di nuovi soggetti.¹³

Al livello più elementare, la discriminazione si esprimeva nell'assunzione, da parte degli Stati Uniti e dei loro alleati, di un potere insindacabile di giudizio sulla natura e l'operato di tutti gli altri attori (Stati e non), esercitato attraverso agenzie governative e non governative non necessariamente coordinate tra loro ma pur sempre accomunate dalla medesima cultura di riferimento. Apparteneva alla routine di questo disciplinamento l'operato di organizzazioni economiche internazionali quali la Banca mondiale e il Fondo monetario internazionale, la vigilanza di agenzie di rating economico quali Standard & Poor's e Moody's, così come quella di agenzie di rating politico quale Freedom House. Mentre, fuori della routine organizzativa di questi soggetti, il disciplinamento poteva spingersi fino alla dichiarazione di *hors-la-loi*, cioè di espulsione di certi soggetti dalla "pace comune" della comunità internazionale – l'equivalente della vecchia prerogativa statale a "dichiarare il nemico interno" (sediziosi, banditi, fanatici, eretici). Nella comunità internazionale gerarchica del dopoguerra fredda, tale prerogativa si esprimeva nell'iscrizione di determinati soggetti nell'elenco dei gruppi terroristici internazionali, o in quello degli Stati sponsor del terrorismo, o in quello degli Stati canaglia – tutti elenchi aggiornati discrezionalmente e, spesso, disinvoltamente dal Dipartimento di Stato americano e recepiti senza troppi imbarazzi da tutti gli altri principali attori (compresi gli studiosi).

A propria volta, i diversi gradi di adesione al modello politico, economico e ideologico democratico-liberale si esprimevano in una piramide capovolta di diritti politici, militari e giuridici. Quella che veniva istituita o, almeno, delineata era una sorta di società internazionale doppia: a fronte della libertà d'azione degli Stati Uniti e dei loro alleati, il divieto per i loro nemici di acquisire strumenti efficaci di dissuasione (come le armi di distruzione di massa); a fronte della richiusura territoriale dei primi, l'esposizione del territorio degli altri al diritto di intervento, fino alla previsione esplicita del *regime change*; a fronte dell'allargamento dei poteri di iniziativa e vigilanza delle grandi potenze democratiche, il restringimento dei diritti in capo a un numero crescente di attori statuali (Iran, Siria ecc.) e non statuali

¹³ I. CLARK, *Legitimacy in International Society*, Oxford-New York, 2005, pp. 180-183; A. COLOMBO, *Una democrazia senza eguaglianza. I paradossi di un nuovo ordine internazionale democratico*, in *Quaderni di Relazioni Internazionali*, 2006, pp. 18-33.

(Hezbollah, Hamas ecc.) – compresi i diritti elementari della forza e della diplomazia: il diritto all'autodifesa e quello a partecipare ai negoziati.

Questo impianto discriminatorio era completato, infine, da un insieme di meccanismi di garanzia e controllo contro ogni “turbativa e minaccia alla pace”, assicurati dallo strapotere militare degli Stati Uniti, dalla cooperazione istituzionalizzata dei più stretti alleati e dall'impotenza militare e diplomatica dei potenziali competitori. Di questo impianto faceva parte, naturalmente, il ricorso sempre più frequente al diritto di intervento (in nome della democrazia, dei diritti umani o di qualche emergenza umanitaria). Ma dello stesso impianto faceva parte, appunto, anche il ricorso altrettanto crescente alle sanzioni economiche. Nel contesto dell'ordine liberale del dopoguerra fredda, le sanzioni potevano operare contemporaneamente come strumento di punizione e come promessa di inclusione: come la conferma anche cerimoniale dell'esistenza di limiti invalicabili ma, allo stesso tempo, come parte di una «integrazione universalistica più preoccupata di prevenire e combattere possibili secessioni che di approntare trinceramenti ed esclusioni»¹⁴.

4. L'impatto della crisi dell'ordine liberale sul ricorso alle sanzioni

Non può essere un caso, allora, che il ricorso alle sanzioni collettive sia rifluito fianco a fianco al rifluire della pratica dell'interventismo umanitario e democratico. E non è un caso, appunto, perché i meccanismi di garanzia e controllo di cui entrambi facevano parte sono entrati in crisi insieme all'intero edificio del Nuovo Ordine liberale degli anni Novanta.

Non è questa la sede per ricostruire i tempi e i modi di questa crisi. Basti dire che, in soli vent'anni, il contesto internazionale si è quasi completamente trasformato. La struttura confortevolmente piramidale dell'immediato dopoguerra fredda è franata per effetto della progressiva redistribuzione del potere e del prestigio a vantaggio di un gruppo sempre variabile di possibili sfidanti, delle difficoltà nella redistribuzione dei carichi (*burden-sharing*) tra gli Stati Uniti e i loro principali alleati e, per ultimo, a causa della diminuzione della disponibilità americana ad assumersi gli oneri crescenti dell'egemonia (e della sua crisi). L'impianto universalistico dell'ordine si è scontrato contro l'approfondirsi delle differenze politiche,

¹⁴ D. ZOLO, *Terrorismo umanitario. Dalla guerra del Golfo alla strage di Gaza*, Reggio Emilia, 2009, pp. 50-53.

economiche e culturali tra i diversi insiemi regionali e la conseguente disfunzionalità dell'imposizione di chiavi interpretative comuni, fossero esse di natura positiva (come la transizione *globale* al mercato e alla democrazia) o negativa (come la guerra *globale* al terrore). L'inclinazione ad affidare alle sole democrazie liberali la chiave dell'ordine internazionale, sebbene continuamente ribadita sul piano cerimoniale, ha dovuto fare sempre di più i conti con l'impossibilità di escludere dalla gestione di un ordine internazionale efficienti potenze essenziali ma non liberal-democratiche quali la Cina, la Russia o, nei rispettivi contesti regionali, l'Iran, l'Arabia Saudita o il Pakistan. L'intelaiatura istituzionale del multilateralismo ha ceduto in parte per la crisi di efficienza e legittimità delle singole istituzioni internazionali e, in parte ancora maggiore, per la progressiva rivincita (nella stessa Unione Europea) delle considerazioni nazionali degli attori, accompagnata dal consueto spostamento della sensibilità dai vantaggi assoluti ai vantaggi relativi della cooperazione. Infine, la capacità stessa di prevenire e gestire le crisi internazionali ha ceduto il passo a un'epidemia di crisi fuori controllo o, peggio, prodotte da una fantasia di controllo – come nella perversione degli esperimenti di ingegneria sociale in Iraq e in Afghanistan precipitati, oltre che nello smantellamento dei rispettivi Stati, nel collasso dell'intera regione.

Il ricorso alle sanzioni si è adattato a tutti questi mutamenti. Tanto per cominciare, alla grande stagione delle sanzioni collettive promosse in parte non marginale dalle organizzazioni internazionali è subentrata una stagione di sanzioni unilaterali, decise sempre più spesso dagli Stati Uniti in autonomia dagli altri Stati e, spesso, dai loro stessi alleati. Sebbene sia molto spesso guardato come una manifestazione di arroganza americana, il significato di questa svolta non deve essere frainteso. Il ricorso alle sanzioni unilaterali non è il segno di una deriva egemonica, bensì della sua crisi – nel senso etimologico di crisi della capacità e della volontà di guidare la comunità internazionale.

In secondo luogo, alla diminuzione del ricorso alle sanzioni da parte dell'organizzazione universale delle Nazioni Unite ha corrisposto un aumento del ricorso alle sanzioni da parte delle organizzazioni regionali al proprio interno. Questo cambiamento di scala riflette un altro dei mutamenti più significativi del sistema internazionale contemporaneo. Dietro lo schermo materiale e retorico della globalizzazione, si è andato sempre più rovesciando negli ultimi anni il rapporto tra dinamiche globali e dinamiche regionali¹⁵. Dopo che, per tutto il Nove-

¹⁵ Per diverse versioni di questa diagnosi, si vedano B. BUZAN, O. WAEVER, *Regions and Powers. The Structure of International Security*, Cambridge, 2003; A. COLOMBO, *La disunità del mondo. Dopo il secolo*

cento, le prime avevano stabilmente prevalso sulle seconde, l'inizio del XXI secolo ha assistito a una progressiva rivincita delle dinamiche regionali rispetto alle dinamiche globali, tanto imponente da abbracciare contemporaneamente la dimensione politico-strategica, quella economico-commerciale e quella dei linguaggi politici. La regionalizzazione delle sanzioni è, appunto, un elemento di questa scomposizione regionale del sistema internazionale: una scomposizione a cui corrisponde, non a caso, una analoga regionalizzazione dei concetti e delle pratiche (comprese quelle disciplinari) dell'ordine internazionale.

In terzo luogo, è cambiata la natura stessa delle sanzioni, con il celebratissimo passaggio dalle sanzioni indiscriminate del passato alle sanzioni "mirate" definite volta per volta *smart* o *targeted sanctions*. Questo passaggio ha corrisposto, è vero, alla crescente insoddisfazione per l'efficacia delle sanzioni indiscriminate e, soprattutto, all'imperativo di evitare disastri umanitari come quelli prodotti dalle sanzioni contro l'Iraq nel corso degli anni Novanta. Ma, allo stesso tempo, è difficilmente un caso che questo passaggio alla "individualizzazione" delle sanzioni abbia coinciso, sul terreno dell'uso della forza, con un analogo passaggio alla "individualizzazione" della guerra (oltre che della stessa giustizia penale internazionale). *Targeted sanctions* e *targeted killings* costituiscono, le une accanto agli altri, altrettanti segnali dello smantellamento del teatro moderno della sovranità – cioè, prima di tutto, del re-irrompere degli esseri umani in carne e ossa sul palcoscenico dei *magni homines* della politica e del diritto interstatale.

Infine, ed è l'aspetto che ci interessa di più, è cambiato in questa transizione anche il contenuto cerimoniale delle sanzioni. Nella fase ascendente dell'ordine liberale, come abbiamo visto, le sanzioni operavano come uno strumento di promozione di principi e norme dichiaratamente comuni. Nel contesto attuale, al contrario, l'uso delle sanzioni tende a tornare a essere uno strumento di contrapposizione verso l'esterno e di mobilitazione comune al proprio interno. In questa transizione, il carattere cerimoniale non viene meno ma cambia di segno. Così come i valori della democrazia liberale ai quali continuano a ispirarsi, le sanzioni diventano uno strumento di affermazione identitaria di una parte contro un'altra parte.

Le sanzioni unilaterali davanti alla Corte internazionale di giustizia

SERENA FORLATI*

SOMMARIO: 1. Introduzione. – 2. La nozione di “sanzione”. – 3. L’esercizio della giurisdizione in materia di sanzioni unilaterali. – 4. La valutazione in ordine alla liceità delle sanzioni unilaterali. – 5. Osservazioni conclusive.

ABSTRACT: Il contributo considera la giurisprudenza della Corte internazionale di giustizia in materia di sanzioni unilaterali. La Corte privilegia un approccio concettuale che configura le misure coercitive unilaterali come forme di reazione all’illecito, ritenendole lecite in presenza di una serie di condizioni non semplici da realizzare *in concreto*. Anche laddove l’assenza di una base giurisdizionale adeguata impedisce alla Corte di verificare direttamente la liceità di misure sanzionatorie unilaterali, le valutazioni della Corte possono comunque contribuire a chiarire il quadro giuridico pertinente.

PAROLE CHIAVE: sanzioni unilaterali – Corte internazionale di giustizia – responsabilità internazionale – illecito internazionale – contromisure.

1. Introduzione

La giurisprudenza della Corte internazionale di giustizia in materia di sanzioni unilaterali si distacca nettamente da quella relativa alle sanzioni istituzionali, in specie quelle adottate dal Consiglio di sicurezza e da altri organi politici delle Nazioni Unite. Rispetto a queste ultime la Corte ha prospettato la propria competenza a verificare la legittimità delle sanzioni adottate dal Consiglio di sicurezza in presenza di una base giurisdizionale adeguata, ma con una posizione non pienamente consolidata e comunque configurando una presunzione di liceità di tali mi-

* Professore ordinario di diritto internazionale, Università degli Studi di Ferrara, serena.forlati@unife.it.

sure¹. Il suo *self-restraint* si spiega sia alla luce dell'esigenza di leale cooperazione fra organi delle Nazioni Unite sia anche, verosimilmente, per il timore che una affermazione di illegittimità possa portare ad uno scontro con il Consiglio di sicurezza ed al rischio di una mancata attuazione della sua pronuncia.

Diverso è l'approccio con riferimento alle misure adottate individualmente dagli Stati. A questo riguardo va ricordato che la Corte internazionale di giustizia ha contribuito in modo significativo a sviluppare e consolidare il regime di tutela degli interessi collettivi della società internazionale, in particolare con riferimento all'affermarsi della nozione di obblighi *erga omnes*² e del regime di responsabilità aggravata che caratterizza le violazioni gravi di norme imperative. Ne è parte integrante, fra l'altro, l'obbligo di non riconoscimento delle situazioni illegittime generate da tali violazioni gravi³, che ha funzione *lato sensu* sanzionatoria. Tuttavia, la giurisprudenza che si è specificamente occupata di "sanzioni" unilaterali non sembra attribuire una rilevanza specifica alla finalità perseguita dalle misure di volta in volta considerate; non distingue, in altre parole, fra situazioni in cui le misure unilaterali sono adottate da uno Stato per tutelare propri interessi esclusivi e situazioni in cui queste ultime potrebbero tutelare (anche) interessi collettivi. Ciò è dovuto, fra l'altro, alla struttura bilaterale del processo davanti alla Corte internazionale di giustizia, che contribuisce inoltre a spiegare perché le sanzioni adottate da organizzazioni regionali, soprattutto se adottate nei confronti di Stati terzi, vengono piuttosto considerate alla stregua di misure unilaterali⁴. Ancora, la natura prettamente interstatale della procedura contenziosa verosimilmente spiega anche

¹ Cf. CIG, ordinanza del 14 aprile 1992, *Questions of Interpretation and Application of the 1971 Montreal Convention arising from the Aerial Incident at Lockerbie (Libyan Arab Jamahiriya v. United States of America), Provisional Measures*, I.C.J. Reports 1992, p. 126, par. 42-43. Cf. l'art. 3 della risoluzione dell'Institut de droit international, *Judicial Review of Security Council Resolutions*, data, che esclude invece la possibilità di un controllo giurisdizionale su tali risoluzioni, pur ammettendo la possibilità di interpretarle «in the course of review of measures for its implementation»; v. *Annuaire de l'Institut de Droit international - Séssion de Hyderabad 2017*, vol. 78, p. 4.

² CIG, sentenza del 5 febbraio 1970, *Barcelona Traction, Light and Power Company, Limited (Belgium v. Spain)*, I.C.J. Reports 1970, p. 32, par. 33; sentenza del 20 luglio 2012, *Questions relating to the Obligation to Prosecute or Extradite (Belgium v. Senegal)*, I.C.J. Reports 2012, pp. 449-450, par. 68-69; ordinanza del 23 gennaio 2020, *Application of the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide (The Gambia v. Myanmar), Provisional Measures*, I.C.J. Reports 2020, p. 18, par. 41.

³ CIG, parere consultivo del 21 giugno 1971, *Legal Consequences for States of the Continued Presence of South Africa in Namibia (South West Africa) notwithstanding Security Council Resolution 276 (1970)*, I.C.J. Reports 1971, p. 16, p. 54, par. 119; parere consultivo del 9 luglio 2004, *Legal Consequences of the Construction of a Wall in the Occupied Palestinian Territory*, I. C. J. Reports 2004, p. 136, p. 200, par. 159. V. art. 41 degli Articoli sulla responsabilità dello Stato, *Yearbook of the International Law Commission*, 2001, vol. II, Part Two, p. 31 ss.

⁴ Emblematica a questo riguardo la vicenda delle azioni aeree NATO nei confronti della Serbia nel 1999.

perché la Corte internazionale di giustizia non sia stata per il momento investita di questioni attinenti alle sanzioni mirate ed al loro impatto sui diritti umani fondamentali, come invece è avvenuto per la Corte di giustizia dell'Unione europea⁵ e la Corte europea dei diritti umani⁶.

In ogni modo, la giurisprudenza anche recente offre alcuni spunti di riflessione legati, innanzitutto, alla nozione stessa di *sanzione* e alla sua valenza nel diritto internazionale contemporaneo; in secondo luogo, in ordine all'approccio seguito rispetto all'esercizio della propria giurisdizione, da un lato, ed alla valutazione di merito in ordine alla liceità delle sanzioni unilaterali, dall'altro lato. Alcune questioni ulteriori verranno affrontate nel paragrafo conclusivo.

2. La nozione di “sanzione”

La giurisprudenza della Corte internazionale di giustizia non consente di fugare le ambiguità tutt'ora insite nella nozione di “sanzione”. Invero, il termine non compare spesso nel lessico della Corte; in particolare, non viene usato con riferimento alle misure unilaterali⁷. È chiara piuttosto la sua tendenza ad utilizzare il “linguaggio” proprio del diritto della responsabilità internazionale, per come codificato dalla Commissione del diritto internazionale⁸, ricorrendo in particolare alla nozione di “contromisura” piuttosto che a quella di “sanzione”, e lasciando quindi prefigurare che le sanzioni siano giustificate solo in quanto reazioni ad atti illeciti. In ciò la Corte è certamente aiutata dalle modalità con cui le parti al processo contenzioso formulano le proprie argomentazioni. Anch'esse, infatti, tendono in-

⁵ Si veda su questo punto il contributo di A. MIGLIO, *Le sanzioni davanti alla Corte di giustizia dell'Unione europea*, in questa Rivista.

⁶ V. Corte EDU, sentenza del 30 giugno 2005, ric. n. 45036/98, *Bosphorus Hava Yolları Turizm ve Ticaret Anonim Şirketi v. Ireland* (GC); Corte EDU, sentenza del 12 settembre 2012, ric. n. 10593/08, *Nada v. Switzerland* (GC); Corte EDU, sentenza del 21 giugno 2016, ric. n. 5809/08, *Al-Dulimi and Montana Management Inc. v. Switzerland* (GC).

⁷ Un'eccezione (comunque molto ambigua) è rappresentata dalla sentenza nell'affare del *Personale diplomatico e consolare degli Stati Uniti a Teheran* (sentenza del 24 maggio 1980, *Diplomatic and Consular Staff in Teheran (United States of America v. Iran)*, I.C.J. Reports 1980, p. 3), ove si richiamano le «economic sanctions» nei confronti dell'Iran che il Consiglio di sicurezza discusse, ma non adottò a causa del veto esercitato da un Membro permanente, e si ricorda: «At the same time, the United States Government prohibited exports from the United States to Iran - one of the sanctions previously proposed by it to the Security Council».

⁸ «Draft articles on Responsibility of States for Internationally Wrongful Acts, with commentaries», *Yearbook of the International Law Commission, 2001*, vol. II, Part Two, p. 31 ss.

fatti a seguire la struttura concettuale proposta nel contesto della codificazione: emblematica in tal senso la difesa della Grecia nell'affare dell'*Accordo provvisorio*⁹.

Questo stesso approccio concettuale e terminologico si rinviene tuttavia anche in altri contesti. In particolare, nella sentenza di merito relativa all'affare delle *Attività militari e paramilitari degli Stati Uniti in Nicaragua* gli Stati Uniti avevano strutturato la propria difesa nelle fasi iniziali della procedura sul piano del diritto alla legittima difesa collettiva. Successivamente, quando tale Paese divenne contumace, la Corte ritenne opportuno valutare d'ufficio l'eventuale sussistenza di altre cause di giustificazione, facendo riferimento proprio al possibile diritto «to take counter-measures in response to conduct of Nicaragua which is not alleged to constitute an armed attack»¹⁰, ed escludendo implicitamente la configurabilità e/o la rilevanza nella specie di altre tipologie di misure unilaterali lecite. Tale pronuncia ha a sua volta influito sull'elaborazione della disciplina delle contromisure da parte della Commissione del diritto internazionale¹¹ – una delle tante manifestazioni della “relazione simbiotica” fra Corte e Commissione che emerge specificamente nel contesto del diritto della responsabilità internazionale¹². È interessante notare, del resto, la cautela della Corte nelle (rare) situazioni in cui sono invece le parti in causa a ricorrere al termine “sanzione” con riferimento a misure unilaterali. In particolare, nella pronuncia sulla giurisdizione relativa all'affare del *Trattato di amicizia, commercio e navigazione (Iran c. Stati Uniti d'America)* il termine “sanzione” è usato sempre fra virgolette e attribuendo l'espressione agli Stati Uniti d'America¹³.

Questo non significa peraltro che, nell'ottica della Corte, le contromisure siano l'unica tipologia di sanzione unilaterale ammessa dal diritto internazionale. In

⁹ CIG, sentenza del 5 dicembre 2011, *Application of the Interim Accord of 13 September 1995 (the former Yugoslav Republic of Macedonia v. Greece)*, I.C.J. Reports 2011, p. 644.

¹⁰ CIG, sentenza del 27 giugno 1986, *Military and Paramilitary Activities in and against Nicaragua (Nicaragua v. United States of America)*. Merits, Judgment. I.C.J. Reports 1986, p. 14, p. 106, par. 201. Cf. CIG, *Diplomatic and Consular Staff in Teheran (United States of America v. Iran)*, cit., p. 27, par. 53.

¹¹ Cf. la citazione in CDI, Articoli sulla responsabilità dello Stato per atti illeciti, commento introduttivo al capitolo sulle contromisure, *ILC Reports 2001*, p. 128, par. 3, relativo alla nozione di “contromisura”.

¹² Così J. CRAWFORD, *The International Court of Justice and the Law of State Responsibility*, in C.J. TAMS, J. SLOANE (a cura di) *The Development of International Law by the International Court of Justice*, Oxford, 2013, p. 71 ss., p. 73; in senso maggiormente critic v. J. D'ASPROMONT, *Canonical Cross-Referencing in the Making of the Law of International Responsibility*, in S. FORLATI, M.M. MBENGUE, B. MCGARRY, *The Gabčíkovo-Nagymaros Judgment and Its Contribution to the Development of International Law*, Leiden, 2020, p. 22 ss.

¹³ Sentenza del 3 febbraio 2021, *Certain Iranian Assets (Islamic Republic of Iran v. United States of America)*, non ancora pubblicata.

particolare, la funzione sanzionatoria di talune misure tese ad incidere sulla validità e sull'efficacia dei trattati ai sensi della Convenzione di Vienna sul diritto dei trattati del 1969 e delle corrispondenti norme consuetudinarie si riflette sull'interpretazione di tali norme e, conseguentemente, sul modo in cui la Corte si orienta nel valutare di volta in volta la liceità delle misure adottate in concreto dagli Stati¹⁴.

3. L'esercizio della giurisdizione in materia di sanzioni unilaterali

A questo riguardo va evidenziato, innanzitutto, che la giurisprudenza relativa alle sanzioni unilaterali non riflette la politica di *self restraint* evidenziata sopra a proposito delle sanzioni istituzionali. Più specificamente, una volta stabilita la sussistenza di un titolo di giurisdizione idoneo, la Corte esercita appieno la propria competenza a verificare la liceità delle sanzioni unilaterali, anche rispetto a controversie o questioni politicamente molto sensibili: vengono in rilievo sentenze piuttosto risalenti, come quelle relative agli affari degli *Ostaggi americani a Teheran* e *Nicaragua c. Stati Uniti*, ma anche pronunce più recenti. Ad esempio, la sentenza sulla giurisdizione nel caso *Taluni beni iraniani* ha respinto un'obiezione di inammissibilità legata alla *clean hands doctrine*, precisando che comunque tale conclusione è «without prejudice to the question whether the allegations made by the United States, concerning notably Iran's alleged sponsoring and support of international terrorism and its presumed actions in respect of nuclear non-proliferation and arms trafficking, could, eventually, provide a defence on the merits»,¹⁵ evidentemente come illeciti potenzialmente idonei a giustificare le misure unilaterali statunitensi contestate in giudizio. Analogamente, nella sentenza sugli *Appelli relativi alla giurisdizione del Consiglio ICAO* la Corte ha ritenuto sussistente la propria giurisdizione respingendo talune questioni preliminari, relative, appunto, alla configurabilità delle misure adottate dai Paesi del Golfo come reazioni a precedenti illeciti, alla luce dell'osservazione per cui «The mere fact that this disagreement has arisen in a broader context does not deprive the ICAO Council of its jurisdiction under Article 84 of the Convention (...) Nor can the Court accept the argument that, because the Appellants characterize their aviation restrictions imposed on Qatar-

¹⁴ Ci si permette di rinviare, a questo riguardo, a S. FORLATI, *The Relationship between the Law of Treaties and the Law of International Responsibility*, in S. FORLATI, M.M. MBENGUE, B. MCGARRY, (a cura di), *The Gabčíkovo-Nagymaros Judgment*, cit., p. 109 ss., p. 115 ss.

¹⁵ *Certain Iranian Assets*, cit., par. 123.

registered aircraft as lawful countermeasures, the Council has no jurisdiction to hear the claims of Qatar»¹⁶. Analogamente, nella sentenza del 3 febbraio 2021 relativa all'affare del *Trattato di amicizia, commercio e navigazione* la Corte ha confermato di potersi pronunciare sulle domande proposte dall'Iran, relative al Trattato¹⁷ (ivi inclusa la compatibilità con quest'ultimo delle sanzioni extraterritoriali¹⁸), sebbene tali aspetti siano parte di una controversia più ampia relativa anche al Joint Comprehensive Plan of Action.

4. La valutazione in ordine alla liceità delle sanzioni unilaterali

Quanto alla valutazione di merito sulla liceità delle sanzioni unilaterali, la Corte non la esclude in punto di principio, come fanno alcuni Stati¹⁹ ed anche singoli Giudici²⁰. È evidente, peraltro, il controllo piuttosto stringente che viene svolto in sede giurisdizionale. Se infatti le misure sanzionatorie possono in astratto essere giustificate – a titolo di contromisura, ma anche ad altro titolo, ad esempio come causa di sospensione o estinzione di un trattato²¹ – spetta allo Stato che le adotta dimostrare l'esistenza

¹⁶ CIG, sentenza del 14 luglio 2020, *Appeal relating to the Jurisdiction of the ICAO Council under Article 84 of the Convention on International Civil Aviation (Bahrain, Egypt, Saudi Arabia and United Arab Emirates v. Qatar)*, I.C.J. Reports 2020, pp. 100-101, par. 48-49.

¹⁷ CIG, sentenza del 3 febbraio 2021, *Alleged Violations of the 1955 Treaty of Amity, Economic Relations, and Consular Rights (Islamic Republic of Iran v. United States of America)*, par. 55 ss.

¹⁸ *Ivi*, par. 61 ss. (su questo si vedano però i rilievi critici contenuti nella Dichiarazione del Giudice Tomka). La Corte ha anche respinto la tesi per cui l'Iran sarebbe incorso in un «abuso di processo» nel sottoporre la causa alla Corte (*ivi*, par. 95).

¹⁹ Si veda il commentario all'art. 54 degli Articoli sulla responsabilità dello Stato, *Yearbook of the International Law Commission*, p. 137. Più di recente v. le posizioni espresse da Paesi quali Bielorussia, Russia, Cuba, Honduras, Iran, Libano, Messico, Siria, Zimbabwe, e in modo più sfumato da Colombia, Ecuador, Trinidad e Tobago, in risposta al questionario proposto nell'ambito del Consiglio per i diritti umani dalla *Special Rapporteur on the negative impact on the unilateral coercive measures on the enjoyment of human rights*, disponibili all'indirizzo: www.echr.coe.int). Cf. altresì *Unilateral coercive measures: notion, types and qualification Report of the Special Rapporteur on the negative impact of unilateral coercive measures on the enjoyment of human rights*, Alena Douhan, doc. A/HRC/48/59 dell'8 luglio 2021.

²⁰ Si veda in particolare l'aspra critica all'istituto delle contromisure proposta dal Giudice Cançado Trindade nella sua opinione separata allegata alle sentenze del 14 luglio 2020, *Appeal relating to the Jurisdiction of the ICAO Council under Article 84 of the Convention on International Civil Aviation (Bahrain, Egypt, Saudi Arabia and United Arab Emirates v. Qatar)* e *Appeal relating to the Jurisdiction of the ICAO Council*, cit., I.C.J. Reports 2020, rispettivamente p. 119 ss. e p. 211 ss.

²¹ Si vedano ad esempio, rispetto all'art. 60 della Convenzione di Vienna del 1969, le sentenze 25 settembre 1997, *Gabčíkovo-Nagymaros Project (Hungary/Slovakia)*, I.C.J. Reports 1997, p. 65 ss., par. 105 ss.; *Application of the Interim Accord*, cit.

dei relativi presupposti, sebbene almeno in casi di contumacia questa verifica sia stata fatta anche d'ufficio²².

Inoltre, anche laddove potenzialmente lecite in astratto, difficilmente queste misure vengono considerate tali alla luce delle circostanze del caso concreto. Fra i vari esempi possibili, si pensi all'affare *Gabčíkovo-Nagymaros* o a quello dell'*Accordo provvisorio*, in cui la Corte ha respinto le difese greche sia sotto il profilo dell'esistenza di una violazione sostanziale dell'accordo fra Grecia e Macedonia, che ne legittimasse il recesso, sia sotto il profilo del ricorso a contromisure o all'eccezione di inadempimento²³.

Nel corso delle sue valutazioni la Corte si è più volte soffermata sulle condizioni per la liceità delle misure unilaterali: in particolare per quanto attiene alle contromisure, la sua giurisprudenza ha fornito la base per alcune soluzioni accolte negli Articoli sulla responsabilità dello Stato, ovvero le ha confermate: si pensi al requisito per cui le contromisure devono essere funzionali ad indurre il responsabile alla cessazione dell'illecito²⁴, all'esigenza della "sommation" e al requisito della proporzionalità²⁵. La Corte non si è però ancora pronunciata in maniera netta sulla liceità o meno delle misure unilaterali adottate da Stati non specificamente lesi. La sentenza di merito nell'affare *Nicaragua c. Stati Uniti* suggerisce, per il vero, che in caso di violazione del divieto di ingerenza vi sia per gli Stati terzi la possibilità di esercitare «some right analogous to the right of collective self-defence, one which might be resorted to in a case of intervention short of armed attack»²⁶, ribadendo però di non essere chiamata a pronunciarsi sul punto; né la Corte ha chiarito in via generale, nella giurisprudenza successiva al 2001, se la clausola di non pregiudizio di cui all'art. 54 degli Articoli sulla responsabilità internazionale dello Stato implichi che le contromisure adottate da Stati non lesi sono incluse fra le "lawful measures" ivi individuate, ovvero se queste risultino (tutt'ora) illecite, per come preconizzato dal commentario²⁷.

²² V. *supra*, nota 10 e testo corrispondente. Diversamente, la Corte ha considerato solo la configurabilità della legittima difesa nella sentenza 6 novembre 2003, *Oil Platforms (Islamic Republic of Iran v. United States of America)*, I. C. J. Reports 2003, p. 161.

²³ CIG, *Application of the Interim Accord*, cit., p. 690-692, par. 161 ss.

²⁴ CIG, *Application of the Interim Accord*, cit., p. 692, para. 164.

²⁵ CIG, *Gabčíkovo/Nagymaros*, cit., p. 56, rispettivamente par. 84 e par. 87.

²⁶ CIG, *Military and Paramilitary Activities in and against Nicaragua*, cit., p. 110, par. 210. V anche, sulle misure adottate da Stati non lesi, ivi, par. 211: «the lawfulness of the use of force by a State in response to a wrongful act of which it has not itself been the victim is not admitted when this wrongful act is not an armed attack. In the view of the Court, under international law in force today - whether customary international law or that of the United Nations system - States do not have a right of 'collective' armed response to acts which do not constitute an "armed attack"».

²⁷ *Report of the International Law Commission on the work of its fifty-third session*, in *Yearbook of the International Law Commission*, 2001, vol. II, Part Two, p. 137, par. 3 ss. Il commentario all'art. 57 degli Arti-

5. Osservazioni conclusive

Come si è visto, la giurisprudenza della Corte internazionale di giustizia ha contribuito a consolidare il regime consuetudinario delle sanzioni unilaterali, confermandone la possibile liceità in astratto, ma mostrando una certa prudenza nella valutazione in ordine alla sussistenza in concreto delle relative condizioni. In particolare rispetto alle contromisure emerge una sostanziale sinergia fra la sua giurisprudenza e gli esiti della codificazione del diritto della responsabilità internazionale; peraltro, la Corte non ha ancora avuto occasione di affrontare vari profili significativi, quali la liceità delle “sanzioni secondarie” e delle contromisure adottate dagli Stati non lesi, a tutela di interessi generali.

Vale poi la pena di sottolineare che, anche quando la Corte non è specificamente chiamata ad accertare la legittimità di sanzioni unilaterali, il suo ruolo può essere rilevante da altri punti di vista. Mi riferisco in particolare alle frequenti situazioni in cui la base giurisdizionale invocata in sede contenziosa copre solo parte di una controversia nell’ambito della quale vengono adottate sanzioni unilaterali. Si pensi ad esempio alle cause pendenti fra Russia e Ucraina, relative rispettivamente alla violazione da parte della Russia della Convenzione contro il finanziamento al terrorismo e della Convenzione contro l’eliminazione della discriminazione razziale²⁸ ed alla violazione della Convenzione contro il genocidio²⁹. In tali contesti l’accertamento da parte della Corte della sussistenza di atti illeciti (in ipotesi quelli perpetrati dalla Federazione Russa nei confronti dell’Ucraina) può rafforzare la pretesa in ordine alla liceità delle misure unilaterali adottate in reazione ad essi, conferendo a tale pretesa un maggiore grado di obiettività anche laddove, appunto, essa non sia specificamente oggetto di valutazione in sede giudiziaria. In questo caso resterebbero evidentemente aperte una serie di questioni, specificamente in ordine alla legittimazione di Stati terzi ad adottare contromisure. In questa prospettiva, peraltro, la Corte potrebbe svolgere un ruolo sostanzialmente identico nell’esercizio sia della funzione contenziosa che di quella con-

coli sulla responsabilità delle organizzazioni internazionali rileva poi l’assenza di prassi specifica: v. *Report of the International Law Commission on the work of its sixty-third session*, in *Yearbook of the International Law Commission*, 2011, vol. II, Part Two, p. 96.

²⁸ CIG, sentenza dell’8 novembre 2019, *Application of the International Convention for the Suppression of the Financing of Terrorism and of the International Convention on the Elimination of All Forms of Racial Discrimination (Ukraine v. Russian Federation)*, *Preliminary Objections*, I.C.J. Reports 2019, p. 558.

²⁹ Si vedano il ricorso nell’affare *Allegations of Genocide under the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide (Ukraine v. Russian Federation)*, depositato il 26 febbraio 2022, e la successiva ordinanza del 16 marzo 2022 relativa alle misure provvisorie.

sultiva, poiché ciò che viene in rilievo è l'imparzialità con cui la Corte procede ad accertare sia le questioni di fatto che quelle di diritto, che è una caratteristica intrinseca della sua funzione giudiziaria.

Il problema dell'extraterritorialità delle sanzioni

STEFANO SILINGARDI*

SOMMARIO: 1. Introduzione. – 2. Il significato del concetto di “extraterritorialità” applicato alle sanzioni. – 3. La declinazione del concetto di “extraterritorialità” nelle più recenti sanzioni statunitensi e il loro rapporto coi limiti alla giurisdizione imposti dal diritto internazionale. – 4. Le reazioni degli Stati colpiti e la necessità di risposte adeguate ed efficaci.

ABSTRACT: Il presente contributo intende esaminare la declinazione del concetto di extraterritorialità nella più recente prassi delle sanzioni statunitensi e il rapporto di tali misure coi limiti della giurisdizione permessi dal diritto internazionale contemporaneo. Verranno prese in considerazione alcune delle misure commerciali e finanziarie adottate contro Iran, Russia, e Cina e i loro profili di applicazione secondarie nei confronti di Stati terzi e soggetti privati (persone fisiche e giuridiche) accusate di aver favorito, o comunque permesso, transazioni in violazione del contenuto dei regimi di sanzioni primarie contro questi paesi. L'illiceità internazionale di tali sanzioni verrà dunque esaminata alla luce dei principi che invece permettono un lecito esercizio della giurisdizione su base extraterritoriale. Infine, saranno prese in considerazione le principali risposte dei Paesi colpiti, in particolare i c.d. regolamenti di blocco, ed i loro più significativi limiti.

PAROLE CHIAVE: sanzioni unilaterali – extraterritorialità – Stati Uniti – Cina – giurisdizione – regolamenti di blocco.

1. Introduzione

Il problema dell'extraterritorialità delle sanzioni non è nuovo e suscita l'interesse della scienza internazionalistica almeno dagli inizi degli anni '80 del secolo scorso, quando gli Stati Uniti, tramite una serie di misure volte a bloccare la costruzione di un gasdotto che avrebbe dovuto collegare la penisola Jamal, situata nella Russia

* Dottore di Ricerca in Diritto internazionale dell'economia, Università Bocconi di Milano, Stefano.Silingardi@unimi.it.

siberiana nordoccidentale, con la Germania dell'Est, impedirono a talune imprese europee di partecipare a questo progetto.¹

Dopo un lungo periodo di “silenzio”, la questione ha riacquisito vigore negli ultimi anni con l'adozione di una serie di misure restrittive di natura economica, commerciale e finanziaria da parte statunitense che tra l'altro evidenziano un trend di progressiva astrazione del criterio di collegamento impiegato, con l'obiettivo di coprire e colpire un'area sempre più vasta di condotte ascrivibili a soggetti stranieri operanti al di fuori della giurisdizione statunitense.

Per quanto si tratti di una questione che in ultima istanza inerisce ad uno dei punti più sensibili della normativa internazionale odierna, e cioè l'esistenza di possibili limiti internazionali all'espansione della sovranità degli Stati, è doveroso fin da subito evidenziare che il problema della legittimità (o meno) di queste sanzioni non è ancora stato risolto in maniera chiara ed inequivoca dal diritto internazionale.

2. Il significato del concetto di “extraterritorialità” applicato alle sanzioni

Il primo punto che bisogna risolvere quando si parla di sanzioni unilaterali con applicazione extraterritoriale riguarda il significato che si intende attribuire al concetto di “extraterritorialità”.

Questo perché molti regimi di sanzioni unilaterali hanno, in realtà, un effetto extraterritoriale. In quanto si tratta di misure che ad esempio intendono indebolire un governo straniero (o gruppi di persone operanti in territorio straniero), oppure mirano a bloccare lo svolgimento di attività giudicate illecite dal punto di vista internazionale, o ancora ad assicurare il rispetto di taluni diritti umani, siamo comunque al cospetto di misure che in fin dei conti cercano di influenzare la condotta di soggetti che operano all'estero.² E quindi hanno una portata extraterritoriale. Ma questa forma di extraterritorialità non comporta problemi dal punto di vista dei limiti alla giurisdizione posti dal diritto internazionale.

Il concetto di applicazione extraterritoriale delle sanzioni riguarda qualcosa di diverso, e cioè il procedimento peculiare attraverso cui si intende sottoporre

¹ M.V. BENEDETTELLI, *Sull'applicazione extraterritoriale delle misure di embargo degli Stati Uniti relative al “Gasdotto” siberiano*, in *Rivista di diritto internazionale*, 1984, p. 545 ss.

² Y. KERBRAT, *Unilateral/extraterritorial sanctions as a challenge to the theory of jurisdiction*, in C. BEAUCIL-LON (ed.), *Research Handbook on Unilateral and Extraterritorial Sanctions*, Cheltenham-Northampton, 2021, p. 165 ss.

all'ambito di applicazione della normativa nazionale che applica la sanzione anche quelle condotte poste in essere in territorio straniero e da parte di soggetti (soprattutto banche e imprese, ma anche persone fisiche) che operano al di fuori della giurisdizione nazionale dello Stato che applica tali misure.³

In questa prospettiva si pone inoltre il rapporto, molto caro alla dottrina contemporanea, e specialmente a quella anglosassone, tra le sanzioni con applicazione extraterritoriale e le sanzioni cosiddette “secondarie” (o *secondary sanctions*). Queste ultime sono quelle misure dirette più precisamente contro le persone (fisiche o giuridiche) di un Paese terzo che intrattengono rapporti col soggetto (Stato o persona) bersaglio della sanzione primaria. Il loro obiettivo è quello di indurre queste persone straniere a cambiare il loro comportamento e più precisamente ad allinearsi all'ordine della sanzione primaria, che non è diretta nei loro confronti e che impone di non intrattenere rapporti economici col soggetto che di quest'ultima è invece il bersaglio.⁴ Detto altrimenti, mentre le misure extraterritoriali si connotano a partire dal dato oggettivo del loro ambito di applicazione *ratione personarum* o *ratione loci* che va oltre il perimetro esterno della giurisdizione dello Stato che le applica, il fondamento delle sanzioni secondarie sarebbe invece incentrato sull'elemento del fine che esse intendono perseguire. Di conseguenza, mentre queste ultime sono sempre extraterritoriali, le sanzioni extraterritoriali non per forza (e non sempre) possono essere considerate “secondary”, in quanto non per forza (e non sempre) ne condividono il peculiare obiettivo di indurre Stati terzi o gruppi di individui terzi a modificare le proprie pratiche col soggetto colpito dalla sanzione primaria.

E questo ci conduce ad una prima osservazione circa il grande punto di forza di questa particolare categoria di misure. Non sono pochi, nella prassi più recente,

³ Il riferimento è dunque al concetto tipico della dottrina anglosassone di *jurisdiction to prescribe*, ovvero «the authority of a state to make law applicable to persons, property, or conduct». Cfr. *Restatement of the Law Fourth, The Foreign Relations Law of the United States: Selected Topics in Treaties, Jurisdiction, and Sovereign Immunity*, §§ 301 to 313; 401 to 464; 481 to 490, American Law Institute Publishers, 2019, par. 407. V. anche F. MARRELLA, *Protection internationale des droits de l'homme et activités des sociétés transnationales*, in *Recueil des Cours*, 2017, p. 93 ss., il quale sottolinea che «En droit international, le concept de “jurisdiction” de la doctrine anglophone est généralement utilisé pour celui de “compétence de l'Etat” employée par la doctrine francophone et l'Europe continentale».

⁴ Cfr. ad esempio M. RATHBONE, P. A. LENTZ, *Sanctions, Sanctions Everywhere: Forging a Path Through Complex Transnational Sanctions Laws*, in *Georgetown Journal of International Law*, 2013, p. 1055 ss.^[1]^[SEP]; e P.S. BECHKY, *Sanctions and the Blurred Boundaries of International Economic Law*, in *Missouri Law Review*, 2018, p. 1 ss. Per una recente ricostruzione compelsiva del rapporto tra sanzioni c.d. “primarie” e sanzioni c.d. “secondarie”, cfr. T. RUYTS, C. RYNGAERTS, *Secondary Sanctions: A Weapon Out of Control? The International Legality of, and European Responses to, US Secondary Sanctions*, in *The British Yearbook of International Law*, 2020, p. 7 s.

i casi di regimi di sanzioni multilaterali imposte dal Consiglio di sicurezza dell'ONU rispetto ai quali da più parti sono state sollevate notevoli perplessità circa la loro reale efficacia. Pensiamo ad esempio alle sanzioni nei confronti della Corea del Nord, ed in particolare alla relativa facilità con la quale società registrate in paesi terzi, e individui che si trova(va)no in Corea sulla base di un passaporto straniero, riuscirebbero ad eludere i divieti posti in essere da tali sanzioni.⁵ Orbene, in questa prospettiva lo strumento della sanzione con applicazione extraterritoriale risulta senz'altro dotato di una superiore efficacia deterrente, soprattutto quando queste misure vengono applicate da Paesi, come gli Stati Uniti, la cui forza economica e finanziaria è tale da spingere i soggetti stranieri a piegarsi all'ordine della sanzione, magari accettando di pagare somme di denaro anche piuttosto elevate pur di non vedersi esclusi dall'accesso ad un mercato così fondamentale per la conduzione dei loro affari.⁶ Esiste dunque un impressionante numero di accordi transattivi raggiunti negli ultimi anni dall'agenzia statunitense che amministra i regimi di sanzioni unilaterali (l'Office of Foreign Assets Control, OFAC) con quelle imprese (soprattutto banche) straniere (e talune di loro anche italiane) accusate di aver favorito, o comunque permesso, transazioni ad esempio con l'Iran in violazione del contenuto dei regimi di sanzioni primarie contro questo paese, e che preferiscono "patteggiare" una multa pur di tenersi aperto l'accesso al mercato statunitense.⁷

Ma sotto questo punto di vista, si evidenzia anche quel profilo problematico di tale prassi che soprattutto ha sollevato le critiche e le proteste degli altri Stati: ovvero la preoccupazione che la pretesa dello Stato che applica la sanzione unilaterale di regolamentare anche quelle attività interamente condotte all'estero, imponendo il pagamento di multe nei confronti di soggetti che non presentano quasi nessuna connessione rispetto alla violazione, serva, in realtà, per mutare il carattere della sanzione unilaterale, trasformandola da strumento giuridico di coercizione a veicolo per imporre la politica estera di un Paese al resto del mondo.

⁵ V. L. BORLINI, *The North Korean Gauntlet, International Law and the New Sanctions Imposed by the Security Council*, in *Italian Yearbook of International Law*, 2017, p. 319 ss.

⁶ Cfr. J. ZOFFER, *The Dollar and the United States Exorbitant Power to Sanction*, in *AJIL Unbound*, 2019, p. 152 ss.; S. LOHMANN, *Extraterritorial U.S. Sanctions: Only Domestic Courts Could Effectively Curb the Enforcement of U.S. Law Abroad*, SWP Comment No 5, Siftung Wissenschaft und Politik, February 2019.

⁷ Per un elenco aggiornato, v. al sito <https://home.treasury.gov/policy-issues/financial-sanctions/civil-penalties-and-enforcement-information>.

3. La declinazione del concetto di “extraterritorialità” nelle più recenti sanzioni statunitensi e il loro rapporto coi limiti alla giurisdizione imposti dal diritto internazionale

Tornando al punto di diritto, due profili devono essere esaminati per chiarire se, ed in che misura, le misure con applicazione extraterritoriale travalicano i limiti alla giurisdizione posti dal diritto internazionale.

Noi sappiamo che il diritto internazionale contemporaneo permette un esercizio extraterritoriale della giurisdizione sulla base di uno dei seguenti cinque criteri di carattere materiale: (i) il principio della personalità attiva (o della nazionalità); (ii) il principio della personalità passiva; (iii) il principio di protezione; (iv) la c.d. *effects doctrine* (o dottrina dell'*effetto costitutivo*); e (v) il principio di universalità.⁸

Questi criteri, poi, pur avendo ognuno le proprie peculiarità applicative sono comunque accomunati dall'intento di evidenziare l'esistenza di un «valid interest» dello Stato che intende esercitare la giurisdizione, e cioè sulla base di un collegamento sufficiente con le persone e gli atti in questione (il criterio della c.d. *genuine connection*).⁹

Chiaramente la prassi applicativa di ciascuno di questi criteri meriterebbe una breve analisi. Mi soffermerò tuttavia, per ragioni di spazio, sui due criteri più problematici per la prassi contemporanea di queste sanzioni, e cioè il criterio di protezione e quello dell'effetto costitutivo.

Il principio di *protezione* permette ad uno Stato di esercitare la propria giurisdizione rispetto a quelle condotte tenute all'estero da stranieri e che costituiscono una minaccia diretta nei confronti dello Stato e dei suoi interessi di sicurezza.¹⁰ La principale critica che viene mossa all'impiego di questo criterio è legata all'assenza

⁸ In dottrina, v. V. LOWE, C. STARK, *Jurisdiction*, in M. EVANS (ed.), *International Law*, IV ed., 2014, Oxford, p. 531 ss.; C. RYNGAERT, *Jurisdiction in International Law*, II ed., 2015, Oxford; e D.P. WOOD, *Extraterritorial Enforcement of Regulatory Laws*, in *Recueil des Cours*, 2019, pp. 14 ss.^[11]

⁹ Cfr. *Restatement of the Law Fourth*, cit., par. 407, «Customary international law permits exercises of prescriptive jurisdiction when a genuine connection exists ... This usually takes the form of a specific connection between the state and the subject being regulated, such as the conduct occurring on the state's territory or being committed by or against its nationals». . anche Institute de Droit International, *The extraterritorial jurisdiction of States*, Deliberations of the Institute during Plenary Meetings (Session of Milan, 1993), arts 5-8; e Assemblea generale *Report of the International Law Commission to the United Nations General Assembly*, Annex E — Extraterritorial Jurisdiction, UN Doc. A/61/10 del 3 novembre 2006.

¹⁰ Sulla piena affermazione di questo principio nel diritto internazionale contemporaneo, cfr. innanzi tutto M. AKEHURST, *Jurisdiction in International Law*, in *The British Yearbook of International Law*, 1972-73, p. 156 ss.; e F.A. MANN, *The Doctrine of Jurisdiction Revisited After Twenty years*, in *Recueil des Cours*, 1985, p. 94 ss.

di una tipizzazione condivisa delle fattispecie di condotta che giustificano un tale intervento, e dunque, in tema di sanzioni, al fatto che non sempre il nesso di collegamento tra la minaccia alla sicurezza interna e la necessità di emanare il regime sanzionatorio è chiaramente percepibile.¹¹ Prendiamo, ad esempio, il caso delle sanzioni previste nel Titolo III dell'*Helms Burton Act*, come noto riattivate dall'allora Presidente Trump a partire dal 2 maggio 2019.¹² Queste misure erano giustificate sulla base del fatto che le attività del governo cubano «[f]or the past 36 years, has posed and continued to pose a national security threat to the US».¹³ Ebbene, qui è difficile dimostrare l'esistenza di una minaccia chiara, sia con riferimento all'assenza di prove certe circa presunte attività terroristiche organizzate dal governo cubano contro gli Stati Uniti, sia con riferimento alle migrazioni di cittadini cubani verso gli Stati Uniti.¹⁴

Oppure pensiamo alle misure contro l'Iran.¹⁵ Il programma nucleare iraniano può senz'altro essere considerato una minaccia alla sicurezza nazionale statunitense (come peraltro a quella internazionale), e quindi le sanzioni operano nei limiti del principio di protezione se vanno a colpire le condotte relative al programma di armamento; ma lo eccedono se lo trasformano in una "carta bianca" per colpire qualsiasi tipo di condotta (v. *infra*, par. 4).

Ma la più contestata tra le possibili basi su cui accampare la pretesa di esercitare una giurisdizione extraterritoriale è probabilmente rappresentata dalla *dottrina degli effetti*.¹⁶ Secondo questa teoria, uno Stato può esercitare la propria giurisdizione su quelle condotte commesse totalmente all'estero ma i cui effetti pregiudizievoli sostanziali si "scarichino" (o minaccino di farlo) all'interno del territorio nazionale. Sebbene si tratti di un criterio che non è per se contrario al diritto inter-

¹¹ Cfr. ancora M. AKEHURST, *Jurisdiction*, cit., p. 159, il quale aveva individuato come limite al ricorso al principio di protezione la condizione che la minaccia nei confronti dello Stato che lo invoca rappresenti l'effetto primario della condotta.

¹² *Cuban Liberty and Democratic Solidarity (Libertad)*, Public Law, 104-114, 110 Stat. 785, Act 22 U.S.C. § 6021-91, del 12 marzo 1996. Sul negato rinnovo del Titolo III, cfr. N. KARMIS, *Chronique des faits internationaux*, in *Revue Générale de Droit International Public*, 2019, p. 691 ss.

¹³ V. par. 2 (28) del *Cuban Liberty and Democratic Solidarity Act*, cit.

¹⁴ Cfr. A.F. LOWENFELD, *Congress and Cuba: The Helms-Burton Act*, in *American Journal of International Law*, 1996, p. 419; C. RYNGAERTS, *Jurisdiction*, cit., p. 118.

¹⁵ Il riferimento è, nello specifico, alle sanzioni contenute in Congress of the United States of America, *Countering America's Adversaries Through Sanctions Act (CAATSA)* (Public Law 115-44), 2 agosto 2017, sec. 101-112. Per un esame complessivo dell'assai variegato quadro sanzionatorio statunitense contro l'Iran, mi permetto di rinviare a S. SILINGARDI, *Le sanzioni unilaterali e le sanzioni con applicazione extraterritoriale nel diritto internazionale*, Milano, 2020, p. 161 ss.

¹⁶ Sulle origini e la progressiva affermazione di questo criterio, cfr. M. AKEHURST, *Jurisdiction*, cit., p. 153 ss.

nazionale (l'UE, ad esempio, spesso lo applica nelle materie *antitrust* e dei mercati finanziari)¹⁷, la sua applicazione nel campo delle sanzioni solleva una serie di delicati profili di indagine. Ancor più che nel caso del principio di protezione, dove il riferimento alla sicurezza interna od esterna comunque contribuisce a limitare, sia pur in maniera invero non sufficiente, il novero delle condotte coperte, la dottrina degli effetti apre infatti a facili abusi da parte degli Stati che vi ricorrono in sede sanzionatoria.¹⁸

Ad esempio si è osservato che gli atti compiuti da cittadini di Stati terzi che avessero "trafficato" all'estero in proprietà di cittadini statunitensi confiscate dal Governo cubano a partire dal 1959 non avrebbero in realtà effetti sostanziali nel territorio statunitense ma solo indiretti, e dunque non potrebbero costituire un valido motivo sulla base del criterio degli effetti per scatenare la reazione sanzionatoria statunitense.¹⁹

E lo stesso vale per quelle banche straniere che sono colpite perché permettono rapporti finanziari con soggetti destinatari di una sanzione primaria tramite conti di corrispondenza aperti nel territorio statunitense. Certamente questa condotta ha un effetto in territorio statunitense, perché la banca USA di corrispondenza si trova a violare il contenuto della sanzione primaria nell'esatto momento in cui dà esecuzione all'operazione che le viene richiesta, ma si può realmente ritenere ciò sufficiente per colpire con una sanzione la banca straniera sulla base della dottrina degli effetti?

¹⁷ L'affermazione della teoria degli effetti nell'ordinamento UE inizia con CGUE, sentenza del 27 settembre 1988, cause riunite 89, 104, 114, 116, 117 e da 125 a 129/85, *Ahlström Osakeyhtiö ed altri c. Commissione*, punto 16, in cui la Corte ha applicato l'art. 101 TFUE (allora art. 81 TCE) ad accordi conclusi formalmente al di fuori del territorio UE ma eseguiti in territorio comunitario. Ulteriori affermazioni di questo principio si sono avute in CGUE, sentenza del 25 marzo 1999, T-102/96, *Gencor Ltd*, punto 90; e nella sentenza del 12 giugno 2014, T-286/09, *Intel*, punto 230. Un altro settore, nel quale la dottrina degli effetti ha oramai ottenuto pieno riconoscimento nell'ambito del diritto UE, è quello della disciplina relativa ai mercati finanziari. Cfr., tra gli altri, il regolamento (UE) 648/2012 del Parlamento europeo e del Consiglio, del 4 luglio 2012, sugli strumenti derivati (OTC), le controparti centrali e i repertori di dati sulle negoziazioni, art. 14 (e); e il regolamento (UE) 600/2014 del Parlamento europeo e del Consiglio, del 15 maggio 2014, sui mercati degli strumenti finanziari e che modifica il regolamento (UE) 648/2012, art. 28, par. 3. In dottrina, v. F. MUNARI, *Sui limiti internazionali all'applicazione extraterritoriale del diritto europeo della concorrenza*, in *Rivista di diritto internazionale*, 2016, pp. 32 e ss.

¹⁸ Cfr. C. BEAUCILLON, *Practice Makes Perfect, Eventually? Unilateral State Sanctions and the Extraterritorial Effects of National Legislation*, in N. RONZITTI (ed.), *Coercive Diplomacy, Sanctions and International Law*, Leiden, 2016, p. 114 ss., «although the effect theory is not per se contrary to international law, its transposition to the sanctions field may not be helpful, since the conditions of substantiality and directness would be very rarely met. In all other cases, which constitute the vast majority, existing State practice is therefore contrary to international law».

¹⁹ V. la ricostruzione di Y. KERBRAT, *Unilateral/extraterritorial*, cit., p. 176 ss.

Arriviamo così alla prassi delle sanzioni c.d. secondarie, ad esempio quelle contro Russia, Iran e Cina, e qui il criterio di collegamento personale o territoriale che giustifica l'applicazione della sanzione viene ulteriormente diluito. Prendiamo due esempi.

Il primo è quello delle sanzioni contro quelle persone accusate di continuare a intrattenere rapporti commerciali nel settore energetico e in quello dei trasporti con l'Iran e la Russia. Si tratta di misure che hanno una chiara applicazione extra-territoriale, poiché intendono colpire attività che avvengono completamente all'estero, e per coloro che non si allineano a questo ordine la pena è il congelamento di tutte le proprietà negli Stati Uniti e il divieto di ingresso nel paese.²⁰

L'altro esempio sono appunto le sanzioni applicate contro quelle banche e istituzioni finanziarie straniere che, come visto in precedenza, continuano a intrattenere (o comunque facilitano) relazioni con soggetti destinatari di una sanzione primaria. E misure di questo tipo sono collegate ai regimi sanzionatori unilaterali attualmente in vigore contro Russia, Cina e Iran.²¹

Le giustificazioni USA a queste misure sono due, e cioè che esse sarebbero necessarie sulla base di considerazioni di sicurezza (ad esempio quelle legate ai regimi di sanzioni contro l'Iran per la proliferazione nucleare o la Russia per gli attacchi informatici), o perché si tratta di una reazione ad altrui illeciti internazionali (ad esempio, la violazione della sovranità ucraina da parte della Russia o le violazioni degli impegni cinesi nei confronti di Hong Kong).

Nel primo caso, pensiamo alle sanzioni per gli attacchi informatici russi, può essere che in effetti questi attacchi minaccino la sicurezza nazionale statunitense, e però la sanzione secondaria è diretta nei confronti di Stati terzi, i cui cittadini o imprese vengono sanzionate. È realistico quindi sostenere che ad esempio gli Stati membri dell'UE agiscono contro gli Stati Uniti perché non impediscono alle loro imprese di intrattenere relazioni economiche con la Russia (o con l'Iran sulla base delle sanzioni dirette contro il programma nucleare di questo Paese) nei settori dei trasporti o delle spedizioni? Sulla base dei criteri applicativi del principio di protezione, parrebbe un'interpretazione fuori luogo.

Quanto al secondo argomento, la logica non cambia. Il Progetto di articoli della Commissione di diritto internazionale del 2001 sulla responsabilità interna-

²⁰ Cfr. *Iran Freedom and Counter-Proliferation Act* of 2012, Public Law 112-239, sec. 1244; e CAATSA, cit, sec 225 ss.

²¹ Per la Russia, cfr. CAATSA, cit., sec. 226; per la Cina, cfr. *Hong Kong Autonomy Act* of 2020, Public Law 116-149, 14 luglio 2020, sec. 5 and 7; per l'Iran, cfr., tra gli altri, Executive Order 13871, del 8 maggio 2019.

zionale degli Stati per fatti illeciti ci insegna, all'art. 49, che le contromisure sono permesse se adottate nei confronti dello Stato responsabile dell'illecito internazionale contro cui esse intendono reagire. Ma in questo caso gli Stati Uniti stanno agendo contro Stati e cittadini di Stati che non hanno commesso alcun illecito internazionale, a meno che si voglia configurare come illecito il fatto che essi permettono ai loro cittadini di intrattenere relazioni economiche con Paesi colpiti da regimi sanzionatori unilaterali statunitensi.

In entrambi i casi, insomma, le sanzioni secondarie statunitensi sono adottate, alla luce della loro odierna formulazione, al di fuori dei limiti permessi dal diritto internazionale per un esercizio extraterritoriale della giurisdizione. E dunque devono essere considerate misure illecite.

4. La declinazione del concetto di “extraterritorialità” nelle più recenti sanzioni statunitensi e il loro rapporto coi limiti alla giurisdizione imposti dal diritto internazionale

A questo punto si tratta di osservare quali sono le reazioni degli Stati colpiti da queste misure.

La prassi internazionale raccoglie numerose proteste ufficiali, da parte di Stati, gruppi di Stati e organizzazioni internazionali e regionali contro queste misure.²² Ed in alcuni casi queste proteste hanno anche provocato l'adozione di misure concrete volte a fronteggiare gli effetti di queste sanzioni. Pensiamo, ad esempio, ai regolamenti di blocco, tra i quali merita una particolare menzione quello dell'Unione europea.²³ Il problema è che si tratta di risposte in larga parte insoddisfacenti e inadeguate e che per ciò hanno dato vita ad una prassi applicativa piuttosto esigua e modesta. Anzi, come pocanzi evidenziato molti operatori (e tra questi, soprattutto quelli europei) continuano a preferire dare esecuzione

²² Per una raccolta di queste proteste formali, mi permetto nuovamente di rimandare a S. SILINGARDI, *Le sanzioni unilaterali*, cit., p. 233 ss.

²³ Col termine “regolamenti di blocco” si intendono quegli strumenti normativi attraverso i quali gli Stati intendono: (i) imporre sanzioni nei confronti dei soggetti che rispettano e si conformano al contenuto dell'ordine impartito attraverso la sanzione secondaria, e (ii) assicurare il non riconoscimento di quelle sentenze di tribunali (o decisioni di autorità amministrative) che a tali misure secondarie danno esecuzione. Nel caso dell'UE, il riferimento è al regolamento delegato (UE) 2018/2271/96 del Consiglio relativo alla protezione dagli effetti extraterritoriali derivanti dall'applicazione di una normativa adottata da un paese terzo, e dalle azioni su di essa basate o da essa derivanti. Per un recente esame di tali strumenti, v. D. VENTURA, *Contemporary blocking statutes and regulations in the face of unilateral and extraterritorial sanctions*, in *Research Handbook*, cit., p. 221 ss.

all'ordine secondario statunitense piuttosto che a quello contenuto in questi regolamenti di blocco.

Sarebbe dunque opportuno che l'UE innanzitutto riesca finalmente a formulare risposte più efficaci ad adeguate alla prassi delle sanzioni con applicazione extraterritoriale. Mi riferisco sia al progetto di revisione del Regolamento di blocco (la cui proposta è attesa per la primavera del 2022)²⁴, sia al nuovo strumento c.d. "anti-coercizione" che il Parlamento europeo e il Consiglio dovranno varare sulla base della proposta formulata dalla Commissione (in termini peraltro assai vaghi e nello specifico delle misure extraterritoriali neppure particolarmente soddisfacenti) lo scorso 8 dicembre.²⁵ Perché il rischio è, altrimenti, che anche altri Paesi comincino a ricorrere a misure con applicazione extraterritoriale (ad esempio la Cina ha pubblicato regolamenti autorizzativi in questo senso negli ultimi mesi, ad es. l'art. 14 della nuova *Anti Foreign Sanctions Law* entrata in vigore lo scorso 10 giugno)²⁶, e l'assenza di adeguate risposte da parte degli Stati che le subiscono rischierebbe allora di venire considerata come un tacito assenso alla evoluzione «of customary international law of state jurisdiction, which would leave the field open to hegemonic practices of certain states».²⁷

²⁴ Cfr. la comunicazione "Il sistema economico e finanziario europeo: promuovere l'apertura, la solidità e la resilienza" (COM(2021) 32 final), del 19 gennaio 2021, in cui la Commissione ha annunciato che avrebbe preso in considerazione la possibilità di modificare il regolamento di blocco per scoraggiare e contrastare ulteriormente l'applicazione illegittima di sanzioni extraterritoriali nei confronti degli operatori dell'UE da parte di paesi terzi.

²⁵ Cfr. Commissione europea, Proposal for a Regulation of the European Parliament and of the Council on the protection of the Union and its Members States from economic coercion by third States (COM(2021) 775 final), 8 dicembre 2021.

²⁶ Una traduzione inglese non ufficiale è disponibile al sito: <https://www.chinalawtranslate.com/counteringforeignsanctions/>.

²⁷ Cfr. Y. KERBRAT, *Unilateral/extraterritorial*, cit., p. 185.

Le sanzioni internazionali tra teoria economica ed evidenza empirica

GIUSEPPE DE ARCANGELIS*

SOMMARIO: 1. Introduzione. – 2. L'evoluzione temporale delle sanzioni economiche. – 3. Efficacia politica delle sanzioni. – 4. Conclusioni.

ABSTRACT: Il fenomeno delle sanzioni internazionali deve essere analizzato unitariamente con gli strumenti dell'analisi economica e dell'analisi politica. Progressi sugli sviluppi teorici non sono ancora apprezzabili, ma dal punto di vista quantitativo il fenomeno può ora essere studiato approfonditamente grazie a numerose banche dati a disposizione. In questo articolo mostriamo le caratteristiche generali delle sanzioni internazionali a partire dal 1950 fino al 2016 riportate nel *Global Sanctions Database*. Le sanzioni internazionali hanno cambiato natura negli anni e la prevalenza delle sanzioni commerciali è stata rimpiazzata dalle sanzioni finanziarie. L'efficacia media delle sanzioni riguardo gli obiettivi prefissi supera di poco il 30 per cento, ma la variabilità è elevata e alcune tipologie di sanzioni superano il 60 per cento. Si auspica una maggiore integrazione interdisciplinare per riuscire a spiegare i fatti stilizzati qui illustrati.

PAROLE CHIAVE: banca dati sanzioni – *global sanctions database* – efficacia delle sanzioni – minaccia di sanzioni.

1. Introduzione

Le sanzioni economiche rappresentano importanti strumenti di politica estera che si frappongono tra simboliche azioni politico-diplomatiche (come il ritiro degli ambasciatori e delle delegazioni nazionali) e strumenti molto coercitivi, come il conflitto armato.

Le sanzioni economiche poggiano sulla leva economica per obiettivi finali di natura politica. Come tali le sanzioni risultano meno efficaci rispetto agli strumen-

* Professore ordinario di Economia Internazionale, Sapienza Università di Roma, giuseppe.dearcangelis@uniroma1.it.

ti più diretti agli obiettivi politici e più coercitivi. Le sanzioni si basano su leggi e disposizioni del paese sanzionatore che debbono essere rispettate *in primis* dagli attori nazionali (imprese o semplici cittadini) per i quali potrebbe non essere economicamente conveniente obbedire quindi operarsi a aggirarle. In alcuni casi i governi di un paese estendono extraterritorialmente le loro disposizioni nazionali coinvolgendo imprese estere di paesi terzi che hanno relazioni con il paese sanzionato. Ad esempio, gli Stati Uniti hanno emanato simili disposizioni nei confronti di Iran, Russia e Venezuela. L'efficacia di queste disposizioni è ancora più debole andando al di là della giurisdizione nazionale.

L'efficacia delle sanzioni economiche come strumento di politica estera va valutata scomponendo la loro azione in due passaggi.

Nel primo stadio, occorre valutare se la misura sanzionatoria restrittiva ha effetto sulla specifica attività economica che si vuole colpire. Ad esempio, occorre stimare se una sanzione che restringe il commercio internazionale e quindi la capacità di acquisire o vendere determinati prodotti sui mercati internazionali effettivamente porta alla riduzione delle importazioni e/o delle esportazioni del paese sanzionato. Non è escluso che il paese ricorra a terze parti: le imprese del paese sanzionatore potrebbero continuare ad avere rapporti indiretti con il paese sanzionato utilizzando la triangolazione commerciale (pur vigente il divieto di vendere dal paese A al paese B, le imprese di A possono vendere al paese C che poi vende a B). Ciò accade quando le sanzioni chiudono o limitano fortemente canali commerciali o finanziari che risultano determinanti per le imprese nazionali, ma occorre anche interrogarsi sulle ricadute negative delle imprese *compliant* (si veda più avanti lo studio di Besedes et al., 2021, sulle imprese tedesche).

Nel secondo passaggio, anche se alla sanzione segue efficacemente l'effetto economico atteso (ad esempio, le importazioni del paese sanzionato diminuiscono come previsto), occorre valutare se tale effetto economico è poi in grado di indurre il cambiamento nel paese sanzionato che era l'obiettivo politico della sanzione.

La scomposizione del funzionamento e degli obiettivi sottostanti le sanzioni economiche evidenzia la forte interconnessione tra l'analisi economica – tradizionalmente più interessata a valutare l'efficacia economica della sanzione, come nel primo passaggio esposto sopra, ma con meno enfasi sull'obiettivo politico – e l'analisi politica – interessata unicamente all'obiettivo politico finale della sanzione, ma senza interessarsi alla valutazione del passo intermedio dell'efficacia economica delle misure. È ormai auspicato da più parti che un'integrazione tra i due approcci sia necessaria per una comprensione piena del fenomeno dal punto di vista teorico, mentre dal punto di vista empirico la costruzione di recenti datasets

sembra già aver integrato le categorie economiche e politiche. Questi datasets coprono periodi e dimensioni geografiche diverse.¹ In questo articolo ci riferiremo al database più recente, il *Global Sanctions Database* (Felbermayr et al., 2020).²

Il resto del lavoro presenta l'evoluzione storica del fenomeno delle sanzioni economiche e discute la loro efficacia sia da un punto di vista politico, sia da un punto di vista economico sottolineando le diverse dimensioni di analisi.

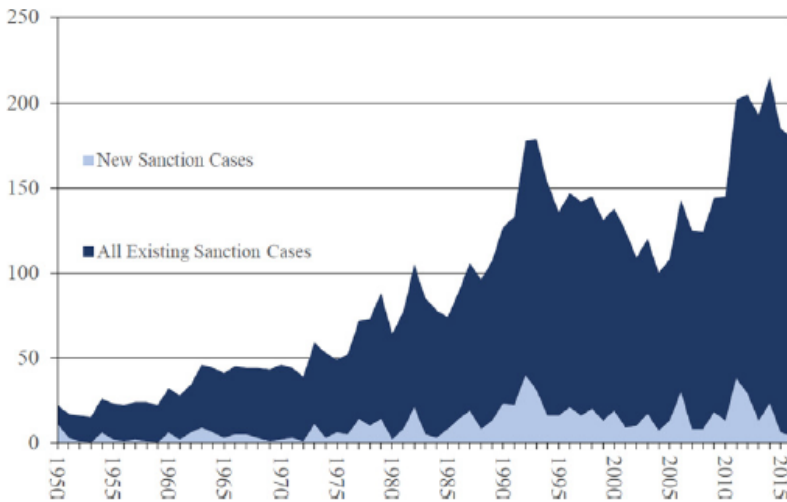
¹ I principali *datasets* sulle sanzioni sono riportati di seguito:

- G.C. HUFBAUER, J.J. SCHOTT, K.A. ELLIOTT, B. OEGG, *The 3rd edition of Economic Sanctions Reconsidered*, Washington DC, 2009, reperibile al sito www.piie.com/summary-economic-sanctions-episodes-1914-2006: it covers 174 episodes between 1914 and 2000. Subsequent episodes are summarized on the Peterson Institute for International Economics website.
- *Threat and Imposition of Sanctions (TIES Version 4.0)*, reperibile al sito sanctions.web.unc.edu: it covers 1413 episodes between 1945 and 2005.
- *Targeted Sanctions Consortium Database (TSE)*, reperibile al sito graduateinstitute.ch/research-centres/global-governance-centre/targeted-sanctions-initiative: compiled by the Graduate Institute Geneva, it covers 63 episodes of United Nations targeted sanctions on 23 countries between 1991 and 2014.
- *European Union Sanctions (EUSANCT)*, reperibile al sito webgate.ec.europa.eu/europeaid/fsd/fsf#!/files: it covers 325 episodes of EU sanctions between 1989 and 2015.
- *Global Sanctions Data Base (GSDB)*, reperibile al sito www.globalsanctionsdatabase.com: it covers 1,045 cases from all parts of the world between 1950 and 2015.

² G. FELBERMAYR, A. KIRILAKHA, ALEKSANDRA, C. SYROPOULOS, E. YALCIN, V. YOTOV YOTO, *The global sanctions data base*, in *European Economic Review*, 2020, vol. 129(C).

2. L'evoluzione temporale delle sanzioni economiche

Figura 1. Le sanzioni dal 1950 al 2016

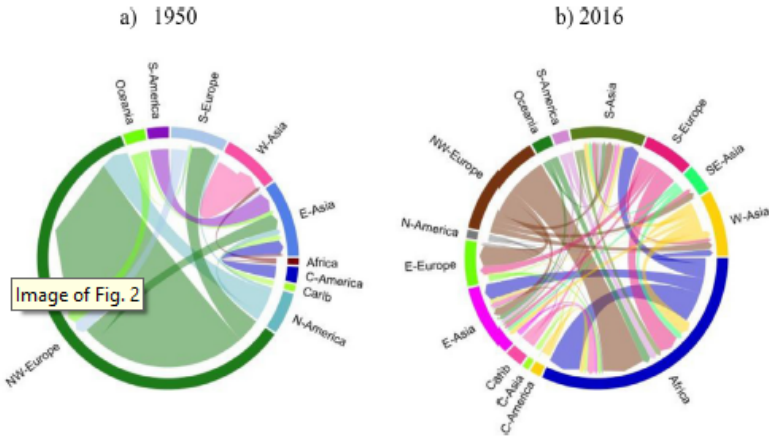


La Figura 1, tratta da Felbermayr et al. (2020),³ mostra come il numero delle sanzioni imposto in ogni anno sia andato aumentando nel tempo, anche se l'aumento non è monotono e si possono identificare momenti di maggiore e minore intensità. Il primo aumento consistente si ha nella seconda metà degli anni Settanta fino ai primi anni Ottanta e coincide con uno dei periodi più intensi della Guerra Fredda. La seconda coincide con la prima metà degli anni Novanta e può essere associato al nuovo mondo post-sovietico dopo il crollo del muro di Berlino. Infine, la terza ondata è iniziata con la Grande Recessione e la Grande Crisi Finanziaria del 2008-09.

L'aumento diventa esponenziale a partire dalla metà degli anni Settanta e i casi passano da poco più di 50 a oltre 200 alla fine del periodo considerato nel 2016, ovvero un aumento a un ritmo più sostenuto rispetto ai 25 anni precedenti. Questa prima fattispecie può essere associata a una riconsiderazione degli strumenti di politica estera che contemplano sempre meno l'opzione bellica in quanto più costosa sotto ogni punto di vista, soprattutto dopo l'esperienza della guerra del Vietnam, per sostituirla con le sanzioni economiche.

Figura 2. Sanzionatori e sanzionati nel 1950 e nel 2016

³ G. FELBERMAYR, A. KIRILAKHA, ALEKSANDRA, C. SYROPOULOS, E. YALCIN, V. YOTOV YOTO, *The global sanctions data base*, cit.



La Figura 2, tratta da Felbermayr et al. (2021),⁴ mostra come è cambiata la geografia delle sanzioni dal 1950 al periodo più recente (2016). La dimensione delle frecce è proporzionale al numero di sanzioni, mentre la direzione identifica l'area sanzionata e in origine l'area geografica sanzionatrice. Sebbene il numero delle sanzioni fosse limitato nel 1950 (si veda Figura 1), per due terzi si trattava di misure che coinvolgevano l'Europa Occidentale o il Nord America. La situazione cambia radicalmente nel 2016. La distribuzione di misure sanzionatorie è molto più eterogenea e coinvolge tutte le aree del mondo in modo molto più distribuito. Il coinvolgimento di più nazioni deriva anche dal cambiamento nella tipologia di sanzioni che aumentano come sanzioni multilaterali e coordinate da organizzazioni internazionali come l'ONU o da gruppi di paesi.

Nel corso del tempo anche la tipologia delle sanzioni è mutata. L'importanza relativa delle sanzioni commerciali è andata sempre più diminuendo passando da $\frac{3}{4}$ delle sanzioni negli anni Cinquanta a meno del 20% nel 2016. Sono aumentate ampiamente le cosiddette sanzioni *smart*, ovvero le sanzioni classificate come finanziarie e come restrizioni agli spostamenti delle persone (*travel sanctions*), il cui peso è più del 40% nel 2016. Queste misure sono definite come *smart* perché sono mirate verso obiettivi specifici in termini di individui, imprese o istituzioni del paese da colpire e non hanno un effetto generalizzato che può colpire indiscriminatamente fasce ampie della popolazione.

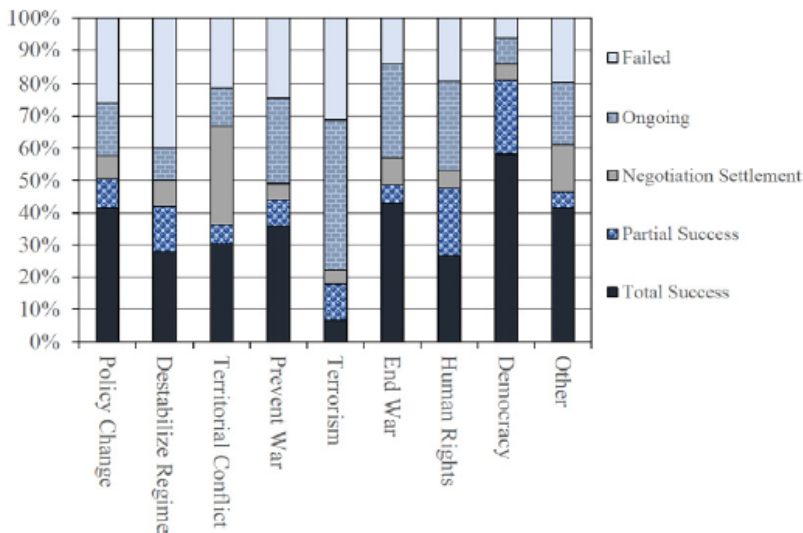
⁴ G. FELBERMAYR, C. MORGAN, C. SYROPOULOS, *Understanding economic sanctions: Interdisciplinary perspectives on theory and evidence*, in *European Economic Review*, 2021, vol. 135.

Besedes et al. (2021)⁵ mostrano che le sanzioni finanziarie sono meno costose anche per il paese sanzionatore. Il loro studio analizza il caso delle imprese tedesche coinvolte nelle sanzioni che la Germania aveva attivato con 23 paesi tra il 2000 e il 2014 e conclude che non si è verificato nessun effetto negativo in termini di vendite e di occupazione.

3. Efficacia politica delle sanzioni

Gli obiettivi politici delle sanzioni per tutto il periodo 1950-2016, come riportato nel *Global Sanctions Database* (Felbermayr, et al., 2020),⁶ sono illustrati nella Figura 4, dove sono illustrate le percentuali di successo e fallimento. In termini assoluti gli obiettivi più frequenti sono quelli contro la violazione dei diritti umani e di restaurazione della democrazia (quasi 200 casi). Seguono la prevenzione e la terminazione della guerra (circa 100 casi), mentre gli altri obiettivi non sono mai riscontrati in più di 50 casi.

Figura 3. Efficacia delle sanzioni



In accordo a quanto sottolineato da buona parte della letteratura di relazioni internazionali, il grado di successo pieno delle sanzioni è poco oltre una media del

⁵ T. BESEDEŠ, S. GOLDBACH, V. NITSCH, *Cheap talk? Financial sanctions and non-financial firms*, in *European Economic Review*, 2021, vol. 134(C).

⁶ G. FELBERMAYR, A. KIRILAKHA, ALEKSANDRA, C. SYROPOULOS, E. YALCIN, V. YOTOV YOTO, *The global sanctions data base*, cit.

30 per cento. Questo ha portato a concludere che le sanzioni economiche sono in generale poco efficaci. Tuttavia, la Figura 4 da Felbermayr et al. (2020)⁷ evidenzia percentuali diverse a seconda dell'obiettivo dichiarato. La restaurazione della democrazia, il cambiamento politico e la terminazione di una guerra superano il 40 per cento, con una punta superiore al 60 per cento per l'obiettivo collegato alla restaurazione della democrazia. Sanzioni contro stati che supportano o tollerano il terrorismo sono quelle con il minor grado di successo.

In termini di efficacia, è interessante anche sottolineare la differenza tra *efficacia della sanzione* ed *efficacia della minaccia* di sanzione. Weber e Schneider (2020)⁸ si concentrano sulle misure sanzionatorie avviate dagli Stati Uniti, come origine unilaterale, e dall'Unione Europea, come entità multilaterale dovendo ricorrere alla conferma dei governi o parlamenti nazionali. Lo studio mostra che la *minaccia* di sanzioni è più efficace nel caso di sanzione unilaterale piuttosto che nel caso multilaterale, mentre la *misura sanzionatoria*, una volta applicata, ha maggiore probabilità di successo quando è esercitata da più paesi contemporaneamente, appunto in modalità multilaterale. In altri termini, la sanzione diviene più efficace quando è multilaterale poiché coinvolge più paesi, mentre la sola minaccia risulta poco efficace anticipando le difficoltà connesse ai costi di coordinamento *ex ante* della misura multilaterale.

4. Conclusioni

Una maggiore integrazione interdisciplinare tra analisi economica e analisi politica internazionale è necessaria per avere una comprensione piena del fenomeno delle sanzioni economiche. In questo articolo abbiamo messo in evidenza come la disponibilità di dati da studi recenti possa favorire lo studio congiunto del fenomeno.

⁷ G. FELBERMAYR, A. KIRILAKHA, ALEKSANDRA, C. SYROPOULOS, E. YALCIN, V. YOTOV YOTO, *The global sanctions data base*, cit.

⁸ P.M. WEBER, G. SCHNEIDER, *How many hands to make sanctions work? Comparing EU and US sanctioning efforts*, in *European Economic Review*, 2020, vol. 130(C).

Why and How Do Regional Organizations Impose Sanctions on their Member States? A Comparative Approach

MIRKO SOSSAI*

TABLE OF CONTENTS: 1. Introduction. – 2. The Place of Regional Measures at the Debates on Sanctions before the UN Security Council. – 3. The Merits of a Comparative (and Those of a Relational) Perspective. – 4. Why Do Regional Organizations Impose Sanctions? – 5. What Sanctions Have Regional Organizations Imposed So Far? – 6. How Are Sanctions Adopted? The Qualification of Measures Departing from Established Procedures and Rules.

ABSTRACT: The imposition of sanctions has become a crucial component of regional governance in recent years. The African continent represents a significant test case: the numerous episodes of civil wars and political instability have made it the most sanctioned geographical area on the planet, by regional and sub-regional organizations. It is possible to conduct a comparative analysis of this growing practice across the different continents, based on various criteria: the types of sanctions (membership suspension, but also targeted measures); the reasons behind and the protected values (democracy and rule of law); the rules and procedures for their adoption. It is a shared view that Article 53 of the UN Charter does not require regional organizations to seek authorization from the UN Security Council to impose sanctions against their own members, provided that this power is contemplated in the organization's constituent instrument. Undoubtedly, such measures should be considered as lawful *ab initio*. However, recent episodes have been problematic from the viewpoint of their legal qualification, as regional sanctions did not completely follow established procedures and rules.

KEYWORDS: countermeasures – democracy – regional organizations – rule of law – targeted sanctions – suspension from membership

* Associate Professor of international law, Roma Tre University, mirko.sossai@uniroma3.it.

1. Introduction

The institutional measures that regional organizations apply against their member States are often excluded by the legal debate on sanctions, on the assumption of their lawfulness as they are governed by their own legal framework. However, the imposition of sanctions has become a crucial component of regional governance: while the first decade after the end of the Cold War was characterized by the economic measures adopted by organizations such as the Economic Community of West African States (ECOWAS) and the Organization of American States (OAS) – the latter subsequently less active in this field – in recent years it has been the African Union (AU) that has played a more dynamic role, imposing both the suspension of various countries from membership and targeted sanctions as a reaction to unconstitutional changes of government. Even a regional organization that has traditionally been suspicious *vis-à-vis* sanctions, such as the Arab League, has used this tool in relation to Syria and Libya. Yet, other regional organizations continue to remain skeptical with respect to measures that represent, in their view, an unlawful interference with the internal affairs of States: this is the case with the Association of Southeast Asian Nations (ASEAN)¹, whose members have not only refused to include a sanctions mechanism in their 1998 Charter but have repeatedly called for the removal of measures taken by both the US and the EU against Myanmar. This contribution – that is still part of a “work in progress” – suggests the adoption of a comparative perspective with the purpose of charting the great variety of practice and offering an analytical tool for assessing similarities and differences in the conduct of regional organizations.

2. The Place of Regional Measures at the Debates on Sanctions before the UN Security Council

The imposition of sanctions by a regional organization against its members has usually been treated as one of the less problematic issues in the wider debate on the legality of sanctions. It is a shared view² that Article 53 of the UN Charter

¹ See K. SCHEMBERA, *Understanding ASEAN's approach to sanctions against norm breakers*, in *International Political Science Review*, 2021, p. 531 ff.

² See J. BRÖHMER, G. RESS, C. WALTER, *Article 53*, in B. SIMMA, D.-E. KHAN, G. NOLTE, A. PAULUS (eds.) *The Charter of the United Nations: A Commentary*, Volume II, 3rd edn, Oxford, 2012, p. 1478 ff., p. 1485.

does not require regional organizations to seek authorization from the UNSC to impose sanctions against their own members, provided that this power is contemplated in the organization's constituent instrument.

This seems to be confirmed by the positions expressed by member States participating in a UN Security Council (UNSC) meeting on the humanitarian and intended consequences deriving from the use of sanctions³, that took place on 7 February 2022: the disagreement on the legality of unilateral coercive measures as "sanctions" remains the main diplomatic rift. If the only legitimate sanctions are those of the UNSC, unilateral measures are "an infringement of the sovereignty of States", as claimed by Russia, whereas, for China, they "have no basis in international law and are a concrete manifestation of hegemonism and power politics". On the other side in that debate, the UK stressed that "where collective UN action is blocked", it is "prepared to act with allies and partners, or unilaterally, to apply sanctions". Significantly, the US explicitly manifested their support for regional organizations, "such as the European Union, the African Union and the Economic Community of West African States, that impose their own sanctions in response to threats": of course, from a strictly legal viewpoint, it appears problematic to treat the EU restrictive measures against third countries in the same manner as regional sanctions imposed against its own members. What is, perhaps, more interesting in the US position, is their reference to a coordination between its own autonomous measures and those of "regional organizations when deadlock prevents Security Council action".

A strong condemnation of regional sanctions came from the representative of Mali: it could not be otherwise, considering that the country has been the target of numerous coercive measures in recent years. Still, this isolated position should attract our attention, as Mali focused on the "the illegal, illegitimate and inhuman nature" of the sanctions adopted by both the ECOWAS and the West African Economic and Monetary Union (WAEMU). In addition to the argument of the "disastrous humanitarian consequences" for the civilian population, Mali insisted that "[m]ost of the sanctions have no legal basis", and therefore "[t]hey are blatant violations of the foundational texts of those organizations and a breach of the principles of solidarity and the pan-African ideal".

³ Security Council, *General issues relating to sanctions*, UN Doc. S/PV.8962, 7 February 2022.

3. The Merits of a Comparative (and Those of a Relational) Perspective

The assessment of the growing involvement of regional organizations in the imposition of sanctions against their members could benefit from a comparative approach, that considers both law and practice across the different continents. The analysis could be performed on the basis of various criteria: for instance, the types of sanctions (membership suspension, but also targeted measures); the motives behind the decisions and the protected values (democracy and rule of law); the specific targets of sanctions (the leadership/non-state actors); the legal framework contained in the establishing treaties and the specific procedures for the imposition of sanctions. As for this latter aspect, a debated issue has been the legal qualification to be given to those regional measures against members that are not explicitly provided for in the relevant instruments.

Undoubtedly, the coexistence of different layers of “sanctions” *lato sensu* with respect to a certain situation raises the issue of coordination between unilateral, regional, and even universal measures, and that of the possible control by the UNSC. This contributes to explain why a relational perspective to sanctions would be necessary as well: the merits of using this analytical framework were discussed elsewhere⁴. Yet, it is important to recall that regional practice, particularly that of the AU, seems to support the idea of a division of tasks that gives a value to the local dimension of the response, but, at the same time, welcomes a global approach: in such a scenario, the goal of regional sanctions would be that of universalizing them through the UN collective security system. However, when multiple sanctions are applied to the same target, the question arises as to whether their overall intensity should be considered and whether the UNSC has a role to play. The point has been made that the principle of proportionality⁵ would operate as a criterion of coordination in case of a contextual application of different regimes to a certain situation: for instance, the application of this principle would guarantee an evaluation of the overall impact of the imposed measures. In addition, the mere adoption of a decision by UNSC cannot *per se* suspend the sanctioning power of the regional organization⁶: of course, this does not exclude that the UNSC could order the extinction of existing sanctions or exclude the application of new ones.

⁴ See M. SOSSAI, *UN Sanctions and Regional Organizations: An Analytical Framework*, in L. VAN DEN HERIK (ed.), *Research Handbook on UN Sanctions and International Law*, Cheltenham, 2017, p. 395 ff.

⁵ See *inter alia* J. FARRALL, *United Nations Sanctions and the Rule of Law*, Cambridge, 2007, pp. 223-229.

⁶ See C. WALTER, *Security Council Control over Regional Action*, in *Max Planck Yearbook of United Nations Law*, 1997, p. 129 ff., p. 190.

4. Why Do Regional Organizations Impose Sanctions?

A comparative analysis shows that various regional organizations – including the EU, OAS, MERCOSUR, the Andean Community, ECOWAS, and the AU – link the imposition of sanctions against their own members with the overall goal of safeguarding democracy and the rule of law. This is a defining feature of regionalism⁷. It is, of course, beyond the scope of this post to assess the impact of this practice with respect to the emergence of a right to democracy under customary international law. It remains that there is no globally shared understanding of the notion; rather, regional organizations have developed their own standards⁸ – rooted in their own past experience – with respect to the imposition of sanctions. Undoubtedly, military coups are still the major threat in Africa and in the Americas. Whereas, under art. 9 of the OAS Charter, the motive for suspending a member from the exercise of participation rights is the overthrowing by force of a “democratically constituted government”, the triggering cause for art. 30 of the AU Constitutive Act is a “unconstitutional change of government”⁹. Similarly, the ECOWAS Protocol on Democracy and Good Governance¹⁰ identifies the scenario where “democracy is abruptly brought to an end by any means or where there is massive violation of human rights”. In Europe, on the contrary, the emphasis is on the notion of “rule of law”, as is demonstrated by the combined reading of articles 3 and 8 of the Statute of the Council of Europe as well as by the EU rule of law framework and the related practice, particularly *vis-à-vis* Poland and Hungary.

5. What Sanctions Have Regional Organizations Imposed So Far?

⁷ C. CLOSA, *Institutional design of democratic conditionality in regional organizations*, EUI Working Paper RSCAS 2013/45.

⁸ E. HELLQUIST, S. PALESTINI, *Regional sanctions and the struggle for democracy: Introduction to the special issue*, in *International Political Science Review*, 2021, p. 437 ff.

⁹ See *Constitutive Act of the African Union*, Doc. AHG/Dec.143 (XXXVI), Lomé, 11 July 2000, art. 30: «Governments which shall come to power through unconstitutional means shall not be allowed to participate in the activities of the Union».

¹⁰ ECOWAS, *Protocol on Democracy and Good Governance Supplementary to the Protocol relating to the mechanism for conflict prevention management, resolution, peacekeeping and security*, Dakar, 21 December 2001.

As for the content, despite the heterogeneity of regional organizations, it is possible to make a distinction between two different macro-categories of measures.

The first one, typically, includes those measures that affect the rights and prerogatives deriving from the status of membership: this includes a wide range of sanctions such as the loss of voting rights, up to more severe forms such as suspension and expulsion. A paradigmatic example of the latter is the decision taken by the Committee of Ministers of the Council of Europe, in March 2022, on the cessation of the membership of the Russian Federation¹¹.

As for suspension, the AU has widely used that tool as part of a ‘zero-tolerance’ approach to military coups, with the result that in two decades the Peace and Security Council (PSC) took that action more than twenty times against a dozen countries: in January 2022, four States were simultaneously suspended (Burkina Faso, Guinea, Mali and Sudan)¹². Interestingly, this organization has considered suspension from the exercise of membership rights as a flexible and temporary measure, with a rather low threshold for re-admittance, *i.e.* as soon as a “civilian-led transitional authority” is in place¹³. This has posed the question of the effectiveness of this kind of measures.

A second category includes measures of an economic and financial nature, based on the standard set by UN sanctions. The practice of both the AU and sub-regional organizations such as ECOWAS has shown how appealing the design of targeted sanctions could be: regional sanctions too have taken the form of travel bans and asset freezes. Paradigmatic has been the variety of measures against Mali, first adopted by ECOWAS¹⁴ and later endorsed by the AU¹⁵, after the military coup against outgoing President Amadou Touré in March 2012. Again, in September 2021, ECOWAS decided “to impose targeted sanctions against persons or groups of persons whose actions have a negative impact

¹¹ Committee of Ministers of the Council of Europe, *Resolution CM/Res(2022)2 on the cessation of the membership of the Russian Federation to the Council of Europe*, 16 March 2022.

¹² On the response of the AU to the «unconstitutional changes of governments», see E. DE WET, *The African Union’s Struggle Against ‘Unconstitutional Change of Government’: From a Moral Prescription to a Requirement under International Law?*, in *European Journal of International Law*, 2021, p. 199 ff.

¹³ See E. HELLQUIST, *The Continental Voice: Promises and Perils of African Union Sanctions*, in *Verfassungsblog*, 5 November 2021.

¹⁴ ECOWAS, *Communiqué of the Emergency Mini-Summit of ECOWAS Heads of State and Government on the Situation in Mali*, 29 March 2012, para. 7.

¹⁵ Peace and Security Council of the African Union, *Communiqué*, Doc. PSC/PR/COMM.(CCCXVI), 3 April 2012.

on the transition timetable¹⁶”. The Heads of State and Government instructed the President of the ECOWAS Commission “to compile and submit a list of such persons”. At a later meeting in November 2021, the targeted individuals were identified: “the entire Transition authorities and the other transition institutions” as well as “the members of their families¹⁷”. It would be interesting to confront these targeted sanctions and those adopted by the UNSC: according to the last report¹⁸, eight individuals are included in the list managed by the relevant Sanctions Committee, based on the various criteria set out in resolution 2374 (2017).

It is important to note that the most recent package of sanctions adopted by ECOWAS in January 2022¹⁹ – as Mali seems to be caught in an endless cycle of instability – is characterized by a combination of targeted and comprehensive sanctions²⁰: in addition to the individual measures already in place, they include very tough measures like the closure of land and air borders between ECOWAS countries and Mali; the suspension of all commercial and financial transactions, with few exceptions covering humanitarian goods and the energy sector; the freeze of assets of the Malian State in ECOWAS central banks as well as in commercial banks.

6. How Are Sanctions Adopted? The Qualification of Measures Departing from Established Procedures and Rules

Since the sanctioning power is provided for in the constituent instrument – to which the members have given their consent – the measures that a regional organization takes against one of its States should be considered as lawful *ab initio*. However, recent episodes have been problematic from the viewpoint of their legal qualification, as sanctioning measures did not completely follow established

¹⁶ ECOWAS, *Communiqué of the Extraordinary Session of the ECOWAS Authority of Heads of State and Government*, 16 September 2021.

¹⁷ ECOWAS, *Final Communiqué of the 3rd Extraordinary Summit of the ECOWAS Authority of Heads of State and Government on the Situation in Mali and Guinea*, 7 November 2021.

¹⁸ Security Council, *Report of the Security Council Committee established pursuant to resolution 2374 (2017) concerning Mali*, UN Doc. S/2021/1043, 31 December 2021.

¹⁹ ECOWAS, *Final Communiqué of the 4th Extraordinary Summit of the ECOWAS Authority of Heads of State and Government on the Political Situation in Mali*, 9 January 2022.

²⁰ A trend towards “recomprehensivation” of sanctions is observed by L. van den Herik, *Unilateral and Extraterritorial Sanctions Symposium: Unilateral Sanctions and Geoeconomics – What Role for International Law?*, in *Opinio Juris*, 28 February 2022.

procedures and rules: by way of example, in November 2011 the suspension of Syria from the Arab League was decided with 18 votes in favor, while Lebanon and Yemen voted against and Iraq abstained, notwithstanding that the 1945 Charter²¹ requires unanimity and, in any case, it does not condition membership rights upon respect for human rights. Moreover, the League decided to enforce economic sanctions against the Assad government, in the absence of a specific competence to do so in the Charter.

It follows that two questions need to be answered: first, whether a regional organization could decide sanctions against members for conducts contrary to values that are not directly referred to in the founding treaty; second, whether the organization has the power to impose measures not expressly provided for in the statute itself. Should the answer be in the negative, the question to be asked is whether they can be justified under general international law: indeed, it has been argued that the practice of the Arab League *vis-à-vis* Syria and Libya – being unlawful both in substantive and procedural terms – could be nonetheless considered as an expression of the support by its members for the adoption of third-party countermeasures²².

However, it is doubtful whether States belonging to an international organization could derogate from the rules contained in their own statutes on the sanctioning power against other members and then justify that conduct on the basis of general international law. This seems to be the position expressed by various countries to the effect that there is no place for countermeasures in the relations between an international organization and its members. A restrictive approach was also chosen by the International Law Commission in Article 22 of the 2011 Draft articles on the responsibility of international organizations²³, since it excludes that an international organization may take countermeasures against a member “in response to a breach of an international obligation under the rules of the organization unless such countermeasures are provided for by those rules”.

One wonders whether the adoption of coercive measures that are not explicitly contemplated – rather than as an expression of *justice privée* on the part of the organization itself or of all the other members – needs first to be evaluated according to an institutional perspective as for the relations between the organization and the member states, *i.e.* as the exercise of a power by the former. In other

²¹ *Charter of the League of Arab States*, 22 March 1945, UNTS, vol. 70, p. 237 ff.

²² M. DAWIDOWICZ, *Third-Party Countermeasures in International Law*, Cambridge, 2017, p. 225.

²³ International Law Commission, *Draft articles on the responsibility of international organizations, with commentaries*, in *Yearbook of the International Law Commission 2011*, volume II, Part Two, p. 72.

terms, the point is made that regional organizations do not have only an express power to issue sanctions: it is necessary to assess whether, in the absence of an explicit reference in the constituent instruments, an implicit power can be nonetheless found. Such a possibility is not excluded in the relevant literature: as observed by Schermers and Blokker, “explicit powers often presume the existence of implied powers. Thus, would it be impossible to apply sanctions against a member unless an explicit right exists to recognize a violation of obligations. The right of sanction implies a right to recognize violations²⁴”.

Alternatively, one might even argue that the imposition of sanctions against members should be understood as an ‘inherent power’ of the organization: following this fascinating, albeit controversial, doctrine²⁵, the imposition of sanctions would not be *ultra vires*, provided that the action in question is aimed at achieving one of the purposes of the organization and it is not expressly prohibited by any of the provisions of the constituent instrument.

²⁴ H. G. SCHERMERS, N. M. BLOKKER, *International Institutional Law*, 5th edn., Leiden/Boston, 2011, p. 182.

²⁵ See N. D. WHITE, *The Law of International Organisations*, 3rd edn, Manchester, 2017, p. 141.

Le misure restrittive davanti alla Corte di giustizia dell'Unione europea

ALBERTO MIGLIO*

SOMMARIO: 1. Introduzione. – 2. La competenza della Corte di giustizia dell'Unione europea in materia di atti PESC che impongono misure restrittive. – 3. La legittimazione degli Stati terzi a impugnare misure restrittive. – 4. L'oggetto, i parametri e l'intensità del sindacato giurisdizionale. – 5. Conclusioni.

ABSTRACT: La Corte di giustizia dell'Unione europea rappresenta il foro nel quale è più frequentemente contestata la legittimità di sanzioni internazionali. Nel corso dell'ultimo quindicennio, i ricorsi in materia di misure restrittive hanno dato origine a un ricco *corpus* giurisprudenziale, che ha contribuito in modo significativo allo sviluppo della tutela giurisdizionale nei confronti di misure sanzionatorie e all'evoluzione dell'ordinamento dell'Unione. Nel ripercorrerne sinteticamente lo sviluppo, il contributo si sofferma su due profili. In primo luogo, con riguardo alla delimitazione della giurisdizione della Corte di giustizia dell'Unione europea, vengono prese in esame le recenti evoluzioni giurisprudenziali che hanno condotto a giudicare ricevibili rinvii pregiudiziali vertenti sulla validità di atti PESC in materia di misure restrittive e azioni proposte contro l'Unione per ottenere il risarcimento dei danni asseritamente sofferti in conseguenza dell'applicazione di tali misure, nonché ad ammettere l'impugnabilità di misure restrittive da parte di Stati terzi. In secondo luogo, lo scritto riassume i principali contributi della giurisprudenza recente alla definizione dell'oggetto e dell'intensità del sindacato sulle misure restrittive e alla tutela dei diritti fondamentali delle persone fisiche e giuridiche colpite da sanzioni dell'Unione.

PAROLE CHIAVE: misure restrittive – sindacato giurisdizionale – diritti fondamentali – *Kadi – Rosneft – Venezuela c. Consiglio*.

* Ricercatore di Diritto dell'Unione europea nell'Università di Torino e Faculty Member del Center for Transnational Legal Studies, Londra, alberto.miglio@unito.it.

1. Introduzione

I procedimenti relativi all'impugnazione di misure restrittive rappresentano una componente quantitativamente significativa dell'attività della Corte di giustizia dell'Unione europea, in particolare del Tribunale. La relazione annuale sull'attività dell'istituzione nel 2020 – l'ultima pubblicata – indica che al 31 dicembre 2020 erano pendenti dinanzi al Tribunale 65 cause in tema di misure restrittive¹ e che nel periodo 2016-2020 sono stati proposti, in media, oltre 30 ricorsi all'anno attinenti a questa materia². Queste cifre fanno della Corte di giustizia dell'Unione europea – Tribunale e Corte di giustizia – il foro dinanzi al quale vengono più spesso proposte controversie riguardanti la legittimità di sanzioni internazionali.

Al di là del dato quantitativo, la giurisprudenza in tema di misure restrittive ha apportato un contributo assai rilevante alla tutela dei diritti fondamentali nell'Unione e alla configurazione dei rapporti tra ordinamenti. Basti ricordare la sentenza *Kadi B*, che ha rappresentato una delle manifestazioni più visibili, in anni recenti, dell'apporto della Corte di giustizia all'evoluzione del processo di integrazione europea, in particolare mediante la nota affermazione secondo cui l'obiettivo di attuare risoluzioni del Consiglio di sicurezza delle Nazioni Unite non può «mettere in discussione i principi che fanno parte dei fondamenti stessi dell'ordinamento giuridico comunitario, tra i quali quello della tutela dei diritti fondamentali, che include il controllo, ad opera del giudice comunitario, della legittimità degli atti comunitari quanto alla loro conformità ai diritti fondamentali»⁴.

Alla luce della ricchezza della giurisprudenza della Corte di giustizia e del Tribunale in tema di misure restrittive, non sarebbe possibile nei limiti di questo contributo offrirne una ricostruzione esaustiva. Ci si limiterà pertanto a ripercorrere alcuni tratti salienti dell'evoluzione giurisprudenziale successiva alla complessa vicenda *Kadi*. Per un verso, in anni recenti la Corte è stata più volte chiamata a pronunciarsi sulla portata della propria competenza e sulla legittimazione attiva all'impugnazione di misure restrittive, contribuendo a tracciare i limiti del sindacato giurisdizionale su misure PESC o comunque collegate al perseguimento di obiettivi di politica estera. Per altro verso, la giurisprudenza ha fornito importanti precisazioni circa il contenuto e l'intensità del sindacato giurisdizionale. Lo scritto

¹ CGUE, Relazione annuale 2020, Attività giudiziaria, curia.europa.eu, p. 370.

² *Ivi*, p. 362.

³ CGUE, sentenza del 3 settembre 2008, causa C-402/05 P, *Kadi e Al Barakaat International Foundation c. Consiglio e Commissione (Kadi I)*.

⁴ CGUE, *Kadi I*, cit., punto 304.

affronterà quindi innanzitutto le questioni interpretative aperte dalle modifiche introdotte dal Trattato di Lisbona in relazione alla giurisdizione della Corte sulle misure restrittive, soffermandosi sulle pronunce che a tali quesiti hanno dato risposta, per poi richiamare alcune delle evoluzioni giurisprudenziali più significative relative all'oggetto, ai parametri e all'intensità del sindacato del giudice dell'Unione sulle misure restrittive. Non saranno invece oggetto di trattazione né le sanzioni secondarie né l'interpretazione e l'applicazione del regolamento di blocco dell'Unione, oggetto peraltro di una recente pronuncia pregiudiziale⁵.

2. La competenza della Corte di giustizia dell'Unione europea in materia di atti PESC che impongono misure restrittive

Come è noto, prima dell'entrata in vigore del Trattato di Lisbona la Corte di giustizia dell'Unione europea non aveva competenza a pronunciarsi sulla legittimità di atti PESC, indipendentemente dal loro oggetto e dalla loro incidenza sul godimento di diritti fondamentali. Le misure restrittive individuali adottate dal Consiglio, in attuazione di risoluzioni del Consiglio di sicurezza delle Nazioni Unite o in via autonoma, erano nondimeno impugnabili perché le relative decisioni di politica estera ricevevano attuazione mediante regolamenti del Consiglio adottati in forza degli artt. 60, 301 e 308 del Trattato CE. Stante la base giuridica comunitaria dei regolamenti, la loro impugnazione non incontrava un limite nella generale sottrazione della PESC al controllo giurisdizionale.

Il regime pre-Lisbona lasciava tuttavia sussistere un vuoto di tutela nei confronti degli effetti restrittivi che derivassero direttamente dalle decisioni PESC del Consiglio. Questa lacuna è stata colmata mediante la previsione di una nuova eccezione alla regola generale che sottrae gli atti PESC al sindacato giurisdizionale. L'art. 275, comma 2, TFUE stabilisce infatti che «la Corte è competente [...] a pronunciarsi sui ricorsi, proposti secondo le condizioni di cui all'articolo 263, quarto comma [TFUE], riguardanti il controllo della legittimità delle decisioni che prevedono misure restrittive nei confronti di persone fisiche o giuridiche adottate dal Consiglio in base al titolo V, capo 2 del trattato sull'Unione europea». Per le misure attuative adottate in forza di una base giuridica non rientrante nel settore PESC – oggi l'art. 215, par. 2, TFUE, al quale si aggiunge l'art. 291 TFUE che disciplina l'adozione di atti di esecuzione – continua a vigere il regime generale di

⁵ CGUE, sentenza del 21 dicembre 2021, causa C-124/20, *Bank Melli Iran*.

impugnazione degli atti, come già avveniva anteriormente all'entrata in vigore del Trattato di Lisbona per le misure fondate sugli artt. 60, 301 e 308 del Trattato CE.

L'estensione del sindacato giurisdizionale alle decisioni PESC adottate ai sensi dell'art. 29 TUE che prevedano misure restrittive ha tuttavia sollevato alcuni problemi interpretativi, segnatamente in relazione all'esperibilità di rimedi giurisdizionali diversi dal ricorso per annullamento.

La prima questione controversa ha riguardato la competenza della Corte a pronunciarsi sulla validità di atti PESC che impongono misure restrittive nel quadro di un rinvio pregiudiziale di validità. Una interpretazione letterale dell'art. 275, comma 2, TFUE, che si riferisce unicamente a «ricorsi», condurrebbe a escludere il rinvio pregiudiziale, sebbene tale istituto costituisca, secondo giurisprudenza costante, una componente essenziale del sistema rimediale dell'Unione, giacché consente il sindacato sulla validità di misure produttive di effetti giuridici nei confronti di terzi in difetto delle condizioni di ricevibilità del ricorso per annullamento e oltre il termine di decadenza di due mesi⁶.

La complementarità dei due strumenti nel quadro sistematico dei rimedi giurisdizionali offerti dall'ordinamento dell'Unione aveva orientato parte della dottrina verso una interpretazione estensiva della disposizione in discorso⁷, che anche la Corte di giustizia ha accolto nella nota sentenza *Rosneft* del 2017⁸. In tale pronuncia, Corte si è riconosciuta competente a statuire sulla validità di decisioni PESC che prevedono misure restrittive nel contesto di un rinvio pregiudiziale sulla base di varie considerazioni di carattere teleologico e sistematico, evocando in particolare la completezza del sistema di rimedi giurisdizionali previsto dal Trattato⁹, il valore dello Stato di diritto¹⁰ e il principio della tutela giurisdizionale effettiva¹¹. Tali fattori – secondo la Corte – impongono di interpretare restrittivamente l'esclusione del controllo giurisdizionale in materia PESC, poiché una diversa conclusione sarebbe «contrari[a] all'economia del sistema di tutela giurisdizionale

⁶ V., *ex multis*, CGUE, sentenza del 23 aprile 1986, causa 294/83, *Les Verts c. Parlamento*, punto 23; sentenza del 25 luglio 2002, causa C-50/00 P, *Unión de Pequeños Agricultores c. Consiglio*, punto 40; sentenza del 3 ottobre 2013, causa C-583/11 P, *Inuit Tapiriit Kanatami e a. c. Parlamento e Consiglio*, punti 92 ss.

⁷ V. C. IANNONE, *Art. 275 TFUE*, in A. TIZZANO (a cura di), *Trattati dell'Unione europea*, Milano, 2014, p. 2168; C. ECKES, *Common Foreign and Security Policy: The Consequences of the Court's Extended Jurisdiction*, in *European Law Journal*, 2016, p. 509-510.

⁸ CGUE, sentenza del 28 marzo 2017, causa C-72/15, *Rosneft*.

⁹ CGUE, *Rosneft*, cit., punti 66-69.

¹⁰ CGUE, *Rosneft*, cit., punto 72.

¹¹ CGUE, *Rosneft*, cit., punti 73-75.

effettiva istituito dai trattati»¹² e ne pregiudicherebbe la coerenza¹³. La soluzione accolta dalla Corte, oltre a colmare una lacuna nella tutela giurisdizionale contro le misure restrittive¹⁴, risponde alla preoccupazione pragmatica di prevenire il rischio che i giudici nazionali, investiti di controversie relative a provvedimenti interni di attuazione di misure restrittive dell'Unione, finiscano per disapplicare queste ultime, vanificando il sindacato accentrato sulla validità degli atti delle istituzioni¹⁵.

Una questione simile a quella affrontata dalla sentenza *Rosneft*, anch'essa relativa ai rapporti tra diversi rimedi giurisdizionali, si è presentata in relazione alla configurabilità della responsabilità extracontrattuale dell'Unione a seguito dell'annullamento di misure restrittive. Mentre è pacifico che l'interessato possa richiedere il risarcimento dei danni derivanti dall'applicazione delle misure attuative previste da un regolamento del Consiglio adottato sulla base dell'art. 215 TFUE¹⁶, la giurisprudenza del Tribunale escludeva che fosse risarcibile il danno cagionato a un privato dall'illegittima applicazione nei suoi confronti di una decisione PESC. La distinzione non è solo teorica, perché le decisioni adottate dal Consiglio ai sensi dell'art. 29 TUE, oltre a poter determinare effetti pregiudizievoli per la reputazione degli interessati, possono prevedere misure restrittive suscettibili di arrecare direttamente un danno, come il divieto di ingresso nel territorio degli Stati membri.

Nella sentenza *Bank Refah Kargaran* dell'ottobre 2020¹⁷, la Corte di giustizia ha superato l'orientamento restrittivo seguito in primo grado dal Tribunale, peraltro conforme a una precedente pronuncia¹⁸, secondo cui l'azione risarcitoria non sarebbe stata esperibile per i danni specificamente derivanti dall'applicazione di mi-

¹² CGUE, *Rosneft*, cit., punto 76.

¹³ CGUE, *Rosneft*, cit., punto 78.

¹⁴ V. G. BUTLER, *A Question of Jurisdiction: Art. 267 TFEU Preliminary References of a CFSP Nature*, in *European Papers*, 2017, p. 206; S. POLI, *The Common Foreign and Security Policy after Rosneft: Still Imperfect but Gradually Subject to the Rule of Law*, in *Common Market Law Review*, 2017, p. 1799 ss., spec. p. 1821 ss.

¹⁵ Cfr. CGUE, sentenza del 22 ottobre 1978, causa 314/85, *Foto-Frost*.

¹⁶ Tribunale UE, sentenza dell'11 luglio 2007, causa T-47/03, *Sison c. Consiglio*, punti 232 ss.; sentenza del 25 novembre 2014, causa T-384/11, *Safa Nicu Stepaban c. Consiglio*, punti 47 ss.

¹⁷ CGUE, sentenza del 6 ottobre 2020, causa C-134/19 P, *Bank Refah Kargaran c. Consiglio*. Sulle implicazioni di questa pronuncia per la tutela giurisdizionale dei destinatari di misure restrittive, sulle prospettive di estensione della responsabilità extracontrattuale dell'Unione ad altre condotte poste in atto nel contesto della PESC, v. M.E. BARTOLONI, *"Restrictive Measures" under Art. 215 TFEU: Towards a Unitary Legal Regime? Brief Reflections on the Bank Refah Judgment*, in *European Papers*, 2020, p. 1359 ss.; F. BESTAGNO, *Danni derivanti da misure restrittive in ambito PESC e azioni di responsabilità contro l'UE*, in *Eurojus*, 2020/4, p. 280 ss.

¹⁸ Tribunale UE, sentenza del 18 febbraio 2016, causa T-328/14, *Jannantian c. Consiglio*, punti 30-31.

sure PESC¹⁹. Con una formula che riprende quasi testualmente un passaggio argomentativo centrale della sentenza *Rosneft*, essa ha affermato che la «necessaria coerenza del sistema di tutela giurisdizionale previsto dal diritto dell'Unione esige» l'estensione della competenza della Corte di giustizia dell'Unione europea a pronunciarsi sui danni lamentati a causa di misure restrittive imposte da decisioni adottate dal Consiglio ai sensi dell'art. 29 TUE. Come nel caso *Rosneft*, la Corte ha operato una ricostruzione sistematica dell'assetto rimediale offerto dall'ordinamento dell'Unione²⁰, evocando altresì il valore dello Stato di diritto²¹ e il principio della tutela giurisdizionale effettiva²² quali criteri interpretativi per giungere a una ricostruzione in termini estensivi della propria competenza.

3. La legittimazione degli Stati terzi a impugnare misure restrittive

Oltre ai rapporti tra il ricorso per annullamento e altri rimedi giurisdizionali non richiamati dall'art. 275 TFUE, anche la definizione del novero dei soggetti legittimati a impugnare misure restrittive ha dato origine a incertezze interpretative sulle quali la Corte ha avuto occasione di pronunciarsi. Mentre nel primo decennio di questo secolo la prassi ha riguardato principalmente l'adozione di restrittive finalizzate alla repressione del terrorismo internazionale, la maggior parte dei regimi sanzionatori dell'Unione oggi in vigore costituisce una reazione alla violazione di obblighi internazionali da parte di Stati terzi²³. Possono quindi avere interesse a contestare la validità delle misure restrittive, oltre a persone fisiche o persone giuridiche di diritto privato che ne siano colpite, uno Stato terzo o enti che ne sono emanazione. Ne deriva la necessità di stabilire se tali soggetti possano essere qualificati come «persone giuridiche» ai sensi dell'art. 263, quarto comma, TFUE e pertanto vedersi riconoscere la legittimazione a impugnare atti dei quali siano

¹⁹ Tribunale UE, sentenza del 10 dicembre 2018, causa T-552/15, *Bank Refah Kargaran c. Consiglio*, punto 30.

²⁰ CGUE, *Bank Refah Kargaran c. Consiglio*, cit., punti 34 e 39-44.

²¹ CGUE, *Bank Refah Kargaran c. Consiglio*, cit., punto 35.

²² CGUE, *Bank Refah Kargaran c. Consiglio*, cit., punti 36 e 43.

²³ Per una panoramica di questa evoluzione, v. C. ECKES, *EU Restrictive Measures against Natural and Legal Persons: From Counterterrorist to Third Country Sanctions*, in *Common Market Law Review*, 2014, p. 869 ss.; S. POLI, *Le misure restrittive autonome dell'Unione europea*, Napoli, 2020; C. BEAUCILLON, *Restrictive Measures as Tools of EU Foreign and Security Policy: Promoting EU Values, from Antiterrorism to Country Sanctions*, in S. MONTALDO, F. COSTAMAGNA, A. MIGLIO (eds), *EU Law Enforcement: The Evolution of Sanctioning Powers*, Abingdon-New York-Torino, 2021, p. 187 ss.

destinatari o che li riguardino direttamente e individualmente, o ancora atti regolamentari che li riguardino direttamente e non richiedano misure di esecuzione.

Mentre la qualifica di persona giuridica ai sensi dell'art. 263, quarto comma, TFUE già era pacificamente ammessa in relazione a taluni organi statali, come le banche centrali, colpiti da sanzioni²⁴, recentemente, nella sentenza *Venezuela c. Consiglio* del 22 giugno 2021, la Corte di giustizia ha riconosciuto che essa si estende anche a uno Stato terzo²⁵. In primo grado, il Tribunale non si era pronunciato sulla questione, ritenendo dirimente l'assenza in capo al Venezuela dell'interesse a impugnare, in quanto la misura contestata non lo avrebbe riguardato direttamente²⁶. In sede di impugnazione, la Corte, riunita in Grande Sezione, ha invece affrontato innanzitutto la questione relativa alla legittimazione ad agire degli Stati terzi. Muovendo da un'analisi letterale dell'art. 263, quarto comma, TFUE, essa ha in primo luogo osservato che detta disposizione non prevede limitazioni alla legittimazione a impugnare per particolari categorie di persone giuridiche²⁷. In secondo luogo, ha ricordato che la nozione di persona giuridica è già stata interpretata estensivamente in relazione al riconoscimento della legittimazione ad agire sia degli enti territoriali degli Stati membri e di altri enti pubblici, sia di organizzazioni prive di personalità giuridica²⁸. La Corte ha poi richiamato i consueti argomenti teleologici – già impiegati nelle pronunce esaminate in precedenza – fondati sull'effettività della tutela giurisdizionale e sul valore dello Stato di diritto²⁹. In particolare, merita osservare che dall'esigenza di garantire il rispetto dello stato di diritto la Corte ha ricavato l'impossibilità di subordinare la legittimazione ad agire di uno Stato terzo a una condizione di reciprocità³⁰. L'argomento fondato sulla reciprocità era stato proposto dal Consiglio e da diversi Stati membri intervenuti nel procedimento, i quali avevano sostenuto che il riconoscimento della legittimazione ad agire degli Stati terzi, allorché le loro decisioni sovrane in materia di politiche economiche non possono essere impuginate davanti alle rispettive giurisdizioni interne, sarebbe stato suscettibile di porre l'Unione in una situazione

²⁴ Tribunale UE, sentenza del 18 settembre 2014, causa T-262/12, *Central Bank of Iran c. Consiglio*; sentenza del 25 marzo 2015, causa T-563/12, *Central Bank of Iran c. Consiglio*; CGUE, sentenza del 7 aprile 2016, causa C-266/15 P, *Central Bank of Iran c. Consiglio*.

²⁵ CGUE, sentenza del 22 giugno 2021, causa C-872/19 P, *Venezuela c. Consiglio*.

²⁶ Tribunale UE, sentenza del 20 settembre 2019, causa T-65/18, *Venezuela c. Consiglio*.

²⁷ CGUE, *Venezuela c. Consiglio*, cit., punto 43.

²⁸ CGUE, *Venezuela c. Consiglio*, cit., punti 44-47.

²⁹ CGUE, *Venezuela c. Consiglio*, cit., punti 48-52.

³⁰ CGUE, *Venezuela c. Consiglio*, cit., punto 52 («gli obblighi dell'Unione di garantire il rispetto del valore dello Stato di diritto non possono in alcun modo essere subordinate ad una condizione di reciprocità per quanto riguarda i rapporti intrattenuti dall'Unione con Stati terzi»).

di svantaggio nei rapporti internazionali. Il rigetto di questo argomento da parte della Corte è interessante sotto almeno due profili. In primo luogo, a fronte di una giurisprudenza ormai piuttosto consistente relativa ai vincoli che il principio dello stato di diritto, in congiunzione con il principio della tutela giurisdizionale effettiva e con il principio di leale cooperazione, pone in capo agli Stati membri – segnatamente con riguardo alle garanzie di indipendenza e imparzialità degli organi giurisdizionali³¹ – si assiste qui al ricorso alla nozione di stato di diritto per fini del tutto diversi, ossia per delineare i poteri che un soggetto terzo può far valere nei confronti di una istituzione. In secondo luogo, la posizione assai netta della Grande Sezione nel caso *Venezuela c. Consiglio* parrebbe difficilmente conciliabile con l'argomento, finora accolto dalla stessa Corte in diverso contesto, secondo cui il rischio di porre l'Unione in una posizione di svantaggio rispetto ai propri *partner* commerciali giustifica l'esclusione dell'efficacia diretta degli accordi OMC e delle decisioni dell'organo di risoluzione delle controversie³².

La sentenza *Venezuela c. Consiglio* non ha soltanto risolto un profilo di incertezza connesso all'interpretazione dell'art. 263, quarto comma, TFUE, fugando ogni dubbio circa il fatto che gli Stati terzi possano avere titolo a impugnare atti dell'Unione – come già la Corte e il Tribunale avevano riconosciuto in alcune pronunce, sebbene in contesti assai differenti³³. La Corte ha anche concluso che le misure restrittive che vietano determinate transazioni con uno Stato terzo hanno per destinatario quest'ultimo, ancorché siano formalmente rivolte agli operatori dell'Unione. Il divieto imposto alle imprese europee di effettuare determinate operazioni con uno Stato terzo equivale infatti a vietare a quello Stato di compiere le medesime operazioni³⁴. Ne consegue che l'entrata in vigore del divieto pro-

³¹ CGUE, sentenza del 27 febbraio 2018, causa C-64/16, *Associação Sindical dos Juízes Portugueses*; sentenza del 5 novembre 2019, causa C-192/18, *Commissione c. Polonia*; sentenza del 24 giugno 2019, causa C-619/18, *Commissione c. Polonia*; sentenza del 20 aprile 2021, causa C-896/19, *Repubblika*; sentenza del 15 luglio 2021, causa C-791/19, *Commissione c. Polonia*; sentenza del 16 febbraio 2022, causa C-156/21, *Ungheria c. Parlamento e Consiglio*; sentenza del 16 febbraio 2022, causa C-157/21, *Polonia c. Parlamento e Consiglio*.

³² CGUE, sentenza del 23 novembre 1999, causa C-149/96, *Portogallo c. Consiglio*, punti 45-46; sentenza del 1° marzo 2005, causa C-377/02, *Van Parys*, punti 51-53; sentenza del 9 settembre 2008, cause riunite C-120/06 P e C-121/06 P, *FLAMM e a. c. Consiglio e Commissione*, punti 117-119. In tema v., per tutti, J. BOURGEOIS, *The European Court of Justice and the WTO: Problems and Challenges*, in J.H.H. WEILER (ed.), *The EU, the WTO, and the NAFTA: Towards a Common Law of International Trade?*, Oxford, 2001, p. 71 ss.; A. TANCREDI, *On the Absence of Direct Effect of the WTO Dispute Settlement Body's Decisions in the EU Legal Order*, in E. CANNIZZARO, P. PALCHETTI, R.A. WESSEL (eds), *International Law as Law of the European Union*, Leiden-Boston, 2011, p. 249 ss.

³³ CGUE, ordinanza del 14 luglio 2005, causa C-70/04, *Confederazione svizzera c. Commissione*; Tribunale UE, ordinanza del 10 settembre 2020, causa T-246/19, *Cambodge e CRF c. Commissione*.

³⁴ CGUE, *Venezuela c. Consiglio*, cit., punto 68.

duce direttamente effetti giuridici in capo allo Stato terzo³⁵, il quale deve pertanto considerarsi – contrariamente a quanto ritenuto dal Tribunale nel giudizio di primo grado – direttamente interessato dalla misura.

4. L'oggetto, i parametri e l'intensità del sindacato giurisdizionale

Spostando l'attenzione dall'esame della competenza della Corte di giustizia dell'Unione europea all'oggetto e all'intensità del sindacato giurisdizionale, occorre ricordare che la giurisprudenza in tema di sanzioni antiterrorismo ha elaborato una serie di principi relativi alla protezione dei diritti fondamentali dei destinatari di misure restrittive. Nelle sentenze *Kadi I* e *Kadi II*, la Corte ha rivendicato la competenza a effettuare un controllo giurisdizionale «in linea di principio completo [...] con riferimento ai diritti fondamentali»³⁶, in particolare i diritti della difesa e il diritto a una tutela giurisdizionale effettiva.

Mentre il diritto di difesa comporta il diritto di essere ascoltati e di accedere al fascicolo³⁷, il diritto a una tutela giurisdizionale effettiva impone che il destinatario sia messo al corrente della motivazione del provvedimento, condizione indispensabile sia per l'esercizio della facoltà di adire un organo giurisdizionale sia affinché quest'ultimo possa pronunciarsi sulla validità della misura³⁸. Dall'esigenza di effettività della tutela giurisdizionale deriva altresì, almeno in linea di principio, il diritto del destinatario alla conoscenza degli elementi probatori a suo carico, che devono essere sufficientemente concreti e specifici³⁹.

La giurisprudenza ha chiarito che questi principi, elaborati nel contesto del sindacato sulle misure di contrasto al terrorismo preordinate a dare attuazione a risoluzioni del Consiglio di sicurezza delle Nazioni Unite, trovano applicazione anche alle sanzioni autonome dell'Unione europea, inclusi i regimi sanzionatori bilaterali. In altre parole, tutte le misure restrittive nei confronti di persone fisiche e giuridiche sono soggette a un controllo giurisdizionale pieno, vertente non sol-

³⁵ CGUE, *Venezuela c. Consiglio*, cit., punto 71.

³⁶ CGUE, *Kadi I*, cit., punto 326; sentenza del 18 luglio 2013, cause riunite C-584/10 P, C-593/10 P e C-595/10 P, *Commissione e a. c. Kadi (Kadi II)*, punto 97.

³⁷ CGUE, *Kadi II*, cit., punto 99.

³⁸ CGUE, *Kadi II*, cit., punto 100.

³⁹ CGUE, *Kadi II*, cit., punto 136. La Corte ha poi precisato che la mancata comunicazione all'interessato o, successivamente, al giudice dell'Unione di informazioni o elementi probatori non comporta automaticamente la violazione del diritto di difesa e del diritto alla tutela giurisdizionale, ma implica che, se il giudice non potrà verificare la fondatezza dei motivi che giustificano l'adozione della misura restrittiva, quest'ultima non potrà essere fondata su tali motivi (punto 137).

tanto sulla corretta applicazione del diritto, ma altresì sull'apprezzamento dei fatti da parte del Consiglio⁴⁰.

In questo scenario, come è stato evidenziato dalla dottrina, permangono nella prassi alcune zone d'ombra, in parte riconducibili alla funzionalizzazione delle misure restrittive al perseguimento di obiettivi di politica estera e di sicurezza. Si pensi all'incidenza sulla decisione di inserimento negli elenchi dei destinatari di elementi probatori raccolti dai servizi di sicurezza degli Stati membri e mantenuti confidenziali, con la conseguente difficoltà per il giudice di effettuare un controllo giurisdizionale pieno⁴¹, o ancora al reinserimento negli elenchi dei destinatari di misure restrittive, a seguito dell'annullamento dell'originaria misura, sulla base di criteri diversi ma in assenza di nuovi elementi probatori⁴². È tuttavia innegabile che il sindacato giurisdizionale sulle misure restrittive nell'Unione europea risulta – a confronto con altri ordinamenti⁴³ – particolarmente esteso e pervasivo.

Data la necessaria brevità di questo contributo, non è qui possibile tracciare un quadro completo della giurisprudenza. Ci si limiterà quindi a segnalare tre profili che appaiono particolarmente significativi, anche nella prospettiva di un probabile incremento significativo del contenzioso in tema di misure restrittive a seguito delle numerose e severe sanzioni recentemente adottate nei confronti della Federazione russa e di persone o enti ad essa collegati⁴⁴.

⁴⁰ CGUE, sentenza del 28 novembre 2013, causa C-280/12 P, *Consiglio c. Fulmen e Mahmoudian*, punti 58-64.

⁴¹ V. A. CUYVERS, "Give Me One Good Reason": *The Unified Standard of Review for Sanctions after Kadi II*, in *Common Market Law Review*, 2014, pp. 1776-1780; V. ABAZI, C. ECKES, *Closed Evidence in EU Courts: Security, Secrets and Access to Justice*, in *Common Market Law Review*, 2018, p. 753 ss.; S. POLI, *L'utilizzo di «prove riservate» nei ricorsi contro le misure restrittive individuali davanti alla Corte di giustizia*, in M. CONDINANZI, C. AMALFITANO (a cura di), *La Corte di giustizia dell'Unione europea oltre i trattati: la riforma organizzativa e processuale del triennio 2012-2015*, Milano, 2018, p. 331 ss.; L. PANTALEO, *Sanction Cases in European Courts*, in M. HAPPOLD, P. EDEN (eds), *Economic Sanctions in International Law*, Oxford, 2019, p. 185-188.

⁴² V. C. BEAUCILLON, *Opening up the Horizon: The ECJ's New Take on Country Sanctions*, in *Common Market Law Review*, 2018, p. 404; C. ECKES, *The Law and Practice of EU Sanctions*, in S. BLOCKMANS, P. KOUTRAKOS (eds), *Research Handbook on the EU's Foreign and Security Policy*, Cheltenham, 2018, p. 219.

⁴³ Per qualche interessante di comparazione con l'ordinamento statunitense, in relazione alla vicenda *Kadi*, v. C. ECKES, *EU Restrictive Measures against Natural and Legal Persons*, cit., p. 897. V. anche G. BUTLER, *In Search of the Political Question Doctrine in EU Law*, in *Legal Issues of Economic Integration*, 2018, p. 329 ss., spec., pp. 343-346.

⁴⁴ Per una ricostruzione del complesso delle misure finora adottate, v. C. CHALLET, *A Revolution within the EU's Common Foreign and Security Policy: EU Sanctions Adopted in Reaction to Russian Aggression*, in *EU Law Live Weekend Edition*, no. 92, p. 3 ss.; C. GORTSOS, *The Restrictive Measures Imposed by the European Union on the Central Bank of the Russian Federation and Some Considerations Relating to Financial Stability*, ivi, p. 11 ss.; C. BEAUCILLON, *Les mesures restrictives de l'UE contre la Russie – fonction, contenu, efficacité*, in *Le Club des Juristes - Blog*, 11 marzo 2022, blog.leclubdesjuristes.com; M. BARBANO, *Le sanzioni dell'Unione europea alla Federazione Russa per il conflitto in Ucraina. Primo inquadramento e principali*

In primo luogo, attraverso il sindacato sulle misure restrittive la giurisprudenza ha contribuito all'elaborazione dei criteri di collegamento che consentono di associare legittimamente una persona fisica o giuridica allo Stato terzo e che pertanto ne giustificano l'inserimento negli elenchi dei soggetti sanzionati⁴⁵. La dottrina ha individuato, sulla base di un esame approfondito della giurisprudenza del Tribunale e della Corte, cinque criteri⁴⁶: 1) la diretta influenza dell'interessato sulla politica dello Stato; 2) il sostegno economico o finanziario allo Stato terzo; 3) forme diverse di sostegno materiale, quali ad esempio la ricerca militare o la produzione di armamenti; 4) il sostegno politico al governo dello Stato terzo e alle condotte contrarie al diritto internazionale; 5) la responsabilità per sottrazione di fondi pubblici. Non è invece sufficiente a giustificare l'imposizione di misure restrittive, ad esempio, in assenza di ulteriori elementi, la mera sussistenza di un rapporto di parentela con un dirigente politico dello Stato terzo in questione, come la Corte ha chiarito nel caso *Tay Za*⁴⁷.

In secondo luogo, la giurisprudenza più recente ha registrato sviluppi significativi in relazione all'onere di motivazione gravante sul Consiglio, in particolare con riguardo all'ipotesi di sviamento di fondi pubblici⁴⁸. L'adozione di misure restrittive per sottrazione di fondi pubblici, pur rispondendo – e la Corte lo ha riconosciuto⁴⁹ – a un obiettivo di politica estera – ossia facilitare la transizione democratica in Stati terzi – si basa su atti di diritto interno di tali Stati, generalmente adottati nell'ambito di un procedimento penale. Superando un precedente orien-

conseguenze per il settore aeronautico e aerospaziale, in *BlogDUE*, 16 marzo 2022. Sono attualmente pendenti dinanzi al Tribunale diversi ricorsi proposti per l'annullamento di sanzioni adottate dal Consiglio a seguito dell'invasione dell'Ucraina: causa T-115/22, *Belshyna c. Consiglio*; causa T-116/22, *Belavia c. Consiglio*; causa T-117/22, *Grodno Azot c. Consiglio*; causa T-125/22, *RT France c. Consiglio*.

⁴⁵ Cfr. C. BEAUCILLON, *Opening up the Horizon*, cit., p. 405 ss.; C. PORTELA, *Targeted Sanctions against Individuals on Grounds of Grave Human Rights Violations – Impact, Trends and Prospects at EU Level*, Study requested by the DROI Committee of the European Parliament, PE 603.869, aprile 2018, www.europarl.europa.eu.

⁴⁶ V. C. BEAUCILLON, *Opening up the Horizon*, cit., p. 406 ss.

⁴⁷ CGUE, sentenza del 13 marzo 2012, causa C-376/10 P, *Tay Za c. Consiglio*, punti 66-70. V. anche Tribunale UE, sentenza del 28 marzo 2017, causa T-681/14, *El-Qaddafi c. Consiglio*, punto 65.

⁴⁸ V. S. POLI, *L'evoluzione del controllo giurisdizionale sugli atti PE/SC intesi a consolidare la "rule of law": il caso delle misure restrittive sullo sviamento di fondi pubblici*, in *Il diritto dell'Unione europea*, 2019, p. 301 ss.; G. VITALE, *La giurisprudenza dell'Unione in materia di misure restrittive. L'obbligo di motivazione della misura e la tutela giurisdizionale effettiva dei destinatari*, in *Eurojus*, 2021/1, p. 274 ss.

⁴⁹ CGUE, sentenza del 5 marzo 2015, causa C-220/14 P, *Ezz*, punti 43-46. In senso critico rispetto a questa impostazione, v. C. MORVIDUCCI, *Le misure restrittive dell'Unione europea e il diritto internazionale: alcuni aspetti problematici*, in *Eurojus*, 2019/2, p. 95.

tamento più permissivo⁵⁰, la Corte di giustizia, nella sentenza *Azarov* del 2018, ha affermato che il Consiglio è tenuto ad accertare se le autorità giudiziarie dello Stato terzo abbiano rispettato il diritto di difesa e il diritto a una tutela giurisdizionale effettiva dell'interessato⁵¹. Tale valutazione deve essere compiuta in concreto, non essendo sufficienti elementi meramente formali come la circostanza che tale Stato sia parte alla CEDU⁵².

In terzo luogo, la giurisprudenza in tema di misure restrittive costituisce un fertile terreno di applicazione dei diritti garantiti dalla Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea e contribuisce a definirne la portata e l'interpretazione. A venire in rilievo nel sindacato giurisdizionale sulle misure restrittive sono certamente, in primo luogo, il diritto a una tutela giurisdizionale effettiva sancito dall'art. 47 della Carta e il diritto di difesa a esso correlato. Dall'esame della giurisprudenza emerge tuttavia come il Tribunale e la Corte di giustizia possano essere chiamati a prendere in considerazione, attraverso il sindacato sulla motivazione della misura, anche altri diritti fondamentali. In questa prospettiva, più dei molti casi nei quali viene invocato dai ricorrenti il diritto di proprietà, è interessante il caso *Cabello Rondón* deciso dal Tribunale nel luglio 2021, nel quale è stata presa in esame, come parametro per valutare la legittimità di misure restrittive adottate nei confronti di un uomo politico venezuelano, la libertà di espressione⁵³. Si tratta, come è evidente, di un parametro che potrà facilmente rilevare in futuro nel contenzioso vertente sulla legalità delle misure restrittive adottate recentemente dal Consiglio con l'obiettivo di contrastare la disinformazione⁵⁴.

⁵⁰ CGUE, *Ezz*, cit.; sentenza del 19 ottobre 2017, causa C-598/16 P, *Mubarak c. Consiglio*; Tribunale UE, sentenza del 30 giugno 2016, causa T-224/14, *CW*; sentenza del 5 ottobre 2017, causa T-175/15, *Mabrouk c. Consiglio*.

⁵¹ CGUE, sentenza del 19 dicembre 2018, causa C-530/17 P, *Azarov c. Consiglio*, punti 34-35.

⁵² CGUE, *Azarov c. Consiglio*, cit., punto 36. Per l'applicazione di questo *standard* nella giurisprudenza successiva, v., *ex plurimis*, CGUE, sentenza del 16 settembre 2019, causa C-11/18 P, *Klymenko c. Consiglio*; Tribunale UE, sentenza dell'11 luglio 2019, causa T-244/16, *Yanukovich c. Consiglio*; sentenza dell'11 luglio 2019, causa T-274/18, *Klymenko c. Consiglio*; sentenza del 3 febbraio 2021, causa T-258/20, *Klymenko c. Consiglio*; sentenza del 21 dicembre 2021, causa T-195/21, *Klymenko c. Consiglio*.

⁵³ Tribunale UE, sentenza del 14 luglio 2021, causa T-248/18, *Cabello Rondón c. Consiglio*.

⁵⁴ Regolamento (UE) 2022/350 del Consiglio del 1° marzo 2022, che modifica il regolamento (UE) n. 833/2014 concernente misure restrittive in considerazione delle azioni della Russia che destabilizzano la situazione in Ucraina; decisione (PESC) 2022/351 del Consiglio del 1° marzo 2022, che modifica la decisione 2014/512/PESC concernente misure restrittive in considerazione delle azioni della Russia che destabilizzano la situazione in Ucraina. Il 30 marzo 2022, con ordinanza, il presidente del Tribunale UE ha rigettato l'istanza cautelare con la quale Russia Today aveva richiesto la sospensione dell'esecuzione delle misure adottate nei suoi confronti (ordinanza del presidente del Tribunale UE del 30 marzo 2022, causa T-125/22 R, *RT France c. Consiglio*). L'ordinanza non menziona la libertà di espressione – che è tuttavia prevedibile assurga a parametro nel giudizio di merito – ma riconosce la preminenza, nel bilanciamento con gli interessi economici della

5. Conclusioni

Volendo trarre qualche considerazione conclusiva, ci si può innanzitutto domandare se il sindacato giurisdizionale, che nel tempo ha condotto in una percentuale assai significativa di casi all'annullamento delle misure impugnate, abbia costituito un limite alla capacità dell'Unione di ricorrere alle sanzioni quale strumento di politica estera e di proiezione esterna dei propri valori. Ebbene, la risposta a questo interrogativo non può che essere negativa. La prima pronuncia nella quale il Tribunale ha annullato una misura restrittiva risale al dicembre 2006⁵⁵. Dopo un quindicennio di applicazione giurisprudenziale, la prassi delle sanzioni dell'Unione europea appare oggi più ampia e variegata che mai. D'altronde, se è vero che la Corte ha rivendicato l'esercizio di un sindacato giurisdizionale pieno rispetto alle misure restrittive, richiedendo al Consiglio un onere motivazionale relativamente rigoroso, essa si è altresì mostrata sensibile all'esigenza di non vanificare l'effetto utile delle sanzioni⁵⁶.

Peraltro, come accennato in apertura di questo contributo, la giurisprudenza sulle misure restrittive riveste un interesse che va al di là del tema delle sanzioni. Soprattutto le sentenze nelle quali la Corte di giustizia ha precisato i confini della propria competenza, fondandosi su una interpretazione teleologica e sistematica del Trattato, contribuiscono a un processo più ampio, visibile anche in altre pronunce – si pensi ai casi *Elitaliana*, relativo al sindacato sulla legittimità di atti amministrativi strumentali all'esecuzione della missione Eulex⁵⁷, e *H c. Consiglio e Commissione*, in materia di gestione del personale distaccato nel quadro di una missione dell'Unione⁵⁸ – di parziale temperamento della specialità che tuttora caratterizza il settore PESC, pur a seguito dell'avvenuta soppressione della struttura a pilastri⁵⁹.

società ricorrente, della tutela dell'ordine e della sicurezza pubblici, «[d]ès lors que la propagande et les campagnes de désinformation sont de nature à saper les fondements des sociétés démocratiques» (punto 62).

⁵⁵ Tribunale UE, sentenza del 12 dicembre 2006, causa T-228/02, *Organisation des Mojabedines du peuple d'Iran c. Consiglio*.

⁵⁶ Cfr. S. POLI, *L'Unione europea e le misure restrittive individuali a carattere economico: tendenze evolutive del quadro normativo e giurisprudenziale*, in *Studi sull'integrazione europea*, 2016, p. 502.

⁵⁷ CGUE, sentenza del 12 novembre 2015, causa C-439/13 P, *Elitaliana c. Eulex Kosovo*.

⁵⁸ CGUE, sentenza del 19 luglio 2016, causa C-455/14 P, *H c. Consiglio e Commissione*.

⁵⁹ Cfr. G. BUTLER, *The Coming of Age of the Court's Jurisdiction in the Common Foreign and Security Policy*, in *European Constitutional Law Review*, 2017, p. 673 ss., spec. p. 684 ss.; P. KOUTRAKOS, *Judicial Review in the EU's Common Foreign and Security Policy*, in *International and Comparative Law Quarterly*, 2018, p. 1 ss., spec. p. 10 s.; S. POLI, *The Common Foreign and Security Policy after Rosneft*, p. 1815; P. VAN ELSUWEGE, *Judicial Review and the Common Foreign and Security Policy: Limits to the Gap-filling Role of the Court of Justice*, in *Common Market Law Review*, 2021, p. 1731 ss., spec. pp. 1748-1751.

SEZIONE VII

Adattamento del diritto internazionale al diritto interno

Adattamento del diritto internazionale al diritto interno: introduzione

LORENZO GRADONI*
DIEGO MAURI**

Nell'analisi dei rapporti tra ordinamento interno, diritto internazionale e diritto dell'Unione europea, il classico problema dell'adattamento è perlopiù indagato dal punto di vista dell'ordinamento interno. Nozioni come trasformatore permanente, ordine di esecuzione, o controlimite, presuppongono tutte l'esigenza che l'ordinamento interno si adegui a una dimensione normativa 'sovrastante', sia essa internazionale o europea. Il termine stesso di 'adattamento' allude a una qualche forma di soggezione e di gerarchia. Anche il concetto di controlimite indica una forma di resistenza interna a un processo di adattamento unilaterale e 'verticale', dove l'ordinamento 'inferiore' può al massimo limitare, peraltro a rischio di illecito, l'ingresso di un diritto 'superiore'. La metafora del ponte resa celebre da un saggio di Michel Virally¹ veicola un'immagine diversa: non più 'sopra' e 'sotto', ma al di qua e al di là di un corso d'acqua, le cui sponde sono unite da un ponte o da un sistema di passaggi. Abbracciando questa metafora, il Forum che qui presentiamo esplora il problema dell'adattamento percorrendo la riva 'esterna', quella del diritto internazionale ed europeo, invece della più consueta riva 'interna'.

Il diritto internazionale ed europeo si adatta ai valori normativi espressi dal singolo ordinamento interno quando, per esempio, rinvia a quest'ultimo per la definizione del livello di tutela di un diritto fondamentale. Si può parlare di adattamento anche in rapporto ai processi di recepimento di norme di origine interna funzionali alla produzione e all'accertamento di principi generali di diritto, processi che si realizzano nei modi più vari, a seconda dell'ambito istituzionale o materiale di riferimento, e che sono in genere difficili da sondare. Il ragionamento del giudice internazionale o europeo deve talvolta adattarsi ai contenuti espressi da norme interne, la cui valutazione è indispensabile ai fini dell'interpretazione e dell'applicazione del diritto che quel giudice amministra. Tecniche ermeneutiche

* Senior Research Fellow, Max Planck Institute Luxembourg for Procedural Law, lorenzo.gradoni@mpi.lu.

** Ricercatore di diritto internazionale, Università degli Studi di Palermo, diego.mauri@unipa.it.

¹ M. VIRALLY, *Sur un pont aux ânes: les rapports entre droit international et droits internes*, in *Mélanges offerts à Henri Rolin: Problèmes de droit des gens*, Paris, 1964, p. 488. La metafora è 'risignificata' in L. GRADONI, *Ritorno di Anzilotti*, in *Quaderni di SIDIBlog*, 2019, p. 161 ss.

come quella del margine di apprezzamento presuppongono una recezione di valori normativi di origine interna.

In generale, tuttavia, la propensione dal diritto internazionale o europeo a cedere il passo a quello interno – ad adattarsi – è piuttosto limitata. Il diritto dei trattati e il diritto della responsabilità internazionale di regola escludono la capacità di invocare il diritto interno come causa di giustificazione del mancato adempimento di obblighi internazionali. Ciò, tuttavia, non impedisce di chiedersi – o, meglio, di tornare a chiedersi – se il diritto internazionale ed europeo non possano adattarsi perlomeno ai principi fondamentali del singolo ordinamento interno, specialmente se confermati da una giurisdizione apicale. «Gli Stati potranno assumere una responsabilità internazionale anche per le sentenze pronunziate dalle loro magistrature? Oppure potranno queste talvolta costituire una causa di esclusione o un limite rispetto ad una eventuale loro responsabilità di fronte ai terzi Stati?», si chiedeva Giulio Diena all'inizio del secolo scorso². Il tema, insomma, è antico ma, soprattutto a causa del mutare delle condizioni storiche, inesauribile.

Fino a che punto il diritto internazionale si adatta – o si dovrebbe adattare – al diritto interno, in quali contesti e per quali vie? Come tenere insieme cedevolezza e supremazia dell'ordinamento internazionale? Cosa rivela l'assunzione di questa prospettiva 'opposta', dalla riva 'esterna' del fiume, circa il rapporto tra diritto internazionale e diritto interno e del suo evolversi? Cosa suggerisce a proposito delle costruzioni dell'universo giuridico in chiave monista ovvero pluralista?

Quando abbiamo proposto questa pista di indagine al Gruppo di interesse «Diritto interno e diritto internazionale» (DIeDI) della Società italiana di Diritto internazionale e di Diritto dell'Unione europea, ci assillava essenzialmente un interrogativo simile a quello formulato da Diena nel 1901. Un dibattito preliminare con i membri del Gruppo ha condotto a un ampliamento della prospettiva, al di là di quella che, in definitiva, è solo l'ipotesi più drastica di adattamento del diritto internazionale al diritto interno.

I contributi qui raccolti rispecchiano alcuni degli interventi svolti durante la tavola rotonda virtuale *Adattamento del diritto internazionale al diritto interno* tenutasi il 22 marzo 2021 sotto gli auspici del Gruppo di interesse.

² G. DIENA, *Se e in quale misura il diritto interno possa portare limitazioni alle obbligazioni internazionali degli Stati*, Torino, 1901, p. 29.

Lo strano caso dell'adattamento a rovescio: il diritto interno come strumento di 'qualificazione' di norme internazionali e la cosa della palude

GIANPAOLO MARIA RUOTOLO*

SOMMARIO: 1. L'adattamento 'a rovescio': l'impatto *esplicito* e *implicito* del diritto interno su quello internazionale. – 2. Un caso di influenza *esplicita* del diritto interno sul diritto internazionale: la prassi contenziosa dell'Organizzazione mondiale del commercio. – 3. L'influenza *implicita* del diritto interno sul diritto internazionale: *the swamp thing*.

ABSTRACT: Il lavoro analizza alcune delle forme di impatto del diritto interno sul diritto internazionale, distinguendole tra forme esplicite ed implicite; per le prime l'attenzione è portata sulla prassi contenziosa dell'Organizzazione mondiale del commercio, per le seconde si fa ricorso a un *comparative reasoning*.

PAROLE CHIAVE: adattamento – Organizzazione mondiale del commercio – qualificazione – *legal transplants* – *comparative international law* – principi generali di diritto.

1. L'adattamento 'a rovescio': l'impatto *esplicito* e *implicito* del diritto interno su quello internazionale

* Professore ordinario di diritto internazionale, Università di Foggia, gianpaolo.ruotolo@unifg.it. Desidero ringraziare il *referee* anonimo per le Sue osservazioni, che hanno contribuito a mettere meglio a fuoco alcuni passaggi dello scritto.

La dottrina italiana si è occupata ampiamente, e in maniera importante e autorevole, del modo in cui gli ordinamenti interni, specie il nostro, si adattano al diritto internazionale¹.

Un interesse certamente minore è stato rivolto, invece, a quello che potremmo definire l'adattamento 'a rovescio', cioè alle modalità attraverso le quali è il diritto interno ad impattare su quello internazionale, influenzandone contenuto e modalità applicative.

Siffatta influenza può avvenire in maniera esplicita o implicita, quasi subdola.

Per quanto concerne la prima modalità, volendo schematizzare, e al solo fine di elencare i casi in cui ciò avviene più di frequente (ma ci occuperemo solo di uno di questi, e peraltro in un contesto normativo specifico), ci pare si possa far riferimento a sette situazioni distinte:

1) In primo luogo, e ovviamente, c'è il ruolo giocato dal diritto interno (sotto vari profili, in svariate forme e mediante fonti differenti, come leggi e regolamenti, atti amministrativi, decisioni giudiziarie, *soft law* variamente inteso) come strumento di espressione della prassi e quindi di costruzione della consuetudine: in questo caso, come è stato efficacemente detto, il diritto interno esercita un effetto 'dinamico' sul diritto internazionale²;

2) Quanto alla categoria dei principi generali di diritto di cui all'art. 38, lett. *c*) dello Statuto della Corte internazionale di giustizia, essi nascono negli ordinamenti interni e, in presenza di determinate condizioni, diventano parte dell'ordinamento internazionale;

3) Gli Stati, ancora, spesso, utilizzano, applicano fanno valere nel corso delle loro attività internazionalmente rilevanti, le loro prospettive giuridiche nazionali: concetti e principi desunti dal diritto interno sono, ad esempio, spesso utilizzati nei negoziati internazionali o nel corso di attività di rilevanza diplomatica³;

4) Il diritto interno, poi, gioca un rilievo di grande importanza con riguardo ad atti unilaterali, in particolare per quanto concerne la competenza ad adottarle. Sebbene non ci occuperemo di questo aspetto, è almeno il caso di ricordare che, a differenza di quanto avvenuto con il diritto dei trattati, che è stato oggetto di co-

¹ Impossibile in questa sede dar conto della mole di letteratura scientifica che si è occupata del tema; ci limitiamo a rinviare, da ultimo e anche per riferimenti bibliografici, agli Atti del XXIV Convegno nazionale della Sidi, raccolti in G. PALMISANO (a cura di), *Il diritto internazionale ed europeo nei giudizi interni*, Napoli, 2020.

² O. AMMANN, *Domestic Courts and the Interpretation of International Law. Methods and Reasoning Based on the Swiss Example*, Leiden/Boston, 2020, p. 133 ss.

³ P. HILPOLD (a cura di), *European International Law Traditions*, Cham, 2021.

dificazione, il diritto degli atti unilaterali ha ricevuto minore attenzione; sebbene nel 1996 la Commissione di diritto internazionale abbia riconosciuto che il tema era maturo per un progetto di codificazione e di sviluppo progressivo, il relativo lavoro non ha portato a uno strumento completo: la Commissione, infatti, nel corso della sua 58^{ma} sessione, nel 2006, ha adottato solo dieci «Guiding Principles» applicabili alle «unilateral declarations of States capable of creating legal obligations» e li ha sottoposti all'attenzione dell'Assemblea generale, la quale, con la risoluzione 61/34 del 4 dicembre 2006, ha espresso il suo apprezzamento «and commended their dissemination»⁴. Ebbene, il Principio n. 4 prevede che «a unilateral declaration binds the State internationally only if it is made by an authority vested with the power to do so» e fa quindi riferimento al riparto di competenze previsto dal diritto interno, al quale rinvia. Ricordiamo che il relativo Commentary, predisposto dalla medesima Commissione si riferisce a due casi di prassi, uno relativo alla dichiarazione del Re di Giordania nel caso West Bank, considerata *ultra vires* alla luce della Costituzione di quel Regno (ma, va detto, poi confermato da un atto *ad hoc* di diritto interno) e l'altro a una dichiarazione, anch'essa *ultra vires*, del Ministro degli esteri colombiano nella controversia con il Venezuela per l'arcipelago di Los Monjes⁵.

5) Inoltre, il modo in cui al diritto internazionale è data attuazione a livello nazionale informa lo sviluppo del diritto internazionale successivo, in una sorta di circolazione di modelli e modalità;

6) Tra le forme di influenza esplicita del diritto interno sul diritto internazionale, si possono inoltre considerare tutte le forme assunte dalla c.d. teoria dei 'controlimiti', in cui il riferimento a norme e valori 'superiori' di carattere costituzionale o comunque inderogabile è invocato dalle autorità giurisdizionali dello Stato per promuovere una modifica del diritto consuetudinario o una diversa interpretazione di una norma pattizia;

7) Infine, il diritto interno può influenzare le decisioni di corti e tribunali internazionali.

⁴ Reperibili all'indirizzo legal.un.org.

⁵ In letteratura, sui Principi, cfr. da ultimo M.I. PAPA, *Osservazioni critiche sui lavori della Commissione del diritto internazionale in tema di atti unilaterali degli Stati*, in *La Comunità internazionale*, 2022, p. 183 ss. e P. SAGANEK, *Unilateral Acts of States in Public International Law*, Leiden/Boston, 2016.

2. Un caso di influenza *esplicita* del diritto interno sul diritto internazionale: la prassi contenziosa dell'Organizzazione mondiale del commercio

È su quest'ultimo aspetto che vorremmo provare a concentrarci un po' più diffusamente.

Un settore dell'ordinamento internazionale la cui applicazione appare influenzata in misura considerevole dal diritto interno, e nel quale siffatta influenza si verifica in maniera peculiare e per il tramite di norme interne che non si limitano a contemplare principi generali, è quello del commercio internazionale e, in particolare, quello rappresentato dal sistema commerciale multilaterale amministrato dall'Organizzazione mondiale del commercio (OMC), il cui meccanismo di soluzione delle controversie, seppure attualmente in crisi, ci pare possa rappresentare comunque un punto di osservazione privilegiato di questo fenomeno⁶.

Uno studio della prassi dei panel e dell'Organo d'Appello evidenzia infatti che in quel contesto il diritto interno viene utilizzato in maniera molto ampia e con diverse funzioni: in particolare le norme interne giocano a volte un ruolo determinante per la 'qualificazione' (per utilizzare un'espressione mutuata dal diritto internazionale privato) di alcuni elementi delle fattispecie regolate da norme commerciali multilaterali⁷.

In maniera analoga a quanto avviene con le norme di diritto internazionale privato, la fattispecie regolata da alcune norme commerciali multilaterali è costruita infatti mediante l'indicazione di concetti tecnico-giuridici che sono da riferirsi a norme di diritto interno, le quali, ovviamente, differiscono da ordinamento statale ad ordinamento statale; pertanto ricondurre la fattispecie ad uno o all'altro ordinamento ne modifica la disciplina.

⁶ Sulla detta crisi ci permettiamo di rinviare a G.M. RUOTOLO, *La crisi di legittimazione dei sistemi internazionali di soluzione delle controversie economiche nel contesto della 'crisi' delle organizzazioni internazionali*, in *Le organizzazioni internazionali fra crisi del multilateralismo ed iniziative di neo-protezionismo - Numero speciale di Ordine internazionale e diritti umani*, 2020, p. 94 ss., reperibile all'indirizzo www.rivistaoidu.net.

⁷ Sul problema delle qualificazioni si vedano almeno T. BALLARINO, *Diritto internazionale privato italiano*, 7^{ma} ed., Padova, 2011, p. 79 ss.; B. BAREL, S. ARMELLINI, *Diritto internazionale privato*, Milano, 2022, p. 82 ss.; W.E. BECKETT, *The Question of Classification (Qualification) in Private International Law*, in *British Yearbook of International Law*, 1934, p. 15 ss.; G. MORELLI, *Elementi di diritto internazionale privato italiano*, 12^{ma} ed., Napoli, 1986, p. 31 ss.; W.R. LEDERMAN, *Classification in Private International Law*, in *Canadian Bar Review*, 1951, p. 29 ss.; F. MOSCONI, C. CAMPIGLIO, *Diritto internazionale privato e processuale, Volume I. Parte generale e obbligazioni*, Milano, 2020, p. 239 ss.; R. QUADRI, *Analyse critique du problème des qualifications*, in ID., *Scritti giuridici, II, Diritto internazionale privato e processuale*, Milano, 1988, p. 469 ss.; E. RABEL, *Le problème de la qualification*, in *Revue critique*, 1931, p. 241 ss.; F. SALERNO, *Lezioni di diritto internazionale privato*, Milano, 2020, p. 66 ss.; U. VILLANI, *Diritto internazionale privato: profili generali*, Napoli, 2019, p. 27 ss.

Peraltro, se è certo che l'individuazione di un dato regime giuridico mediante 'rinvio' è tecnica di produzione non di rado utilizzata negli ordinamenti interni⁸, in questo caso, come pure avviene nel diritto internazionale privato, tale rinvio è relativo a norme che *non appartengono* all'ordinamento di quella che lo dispone: nel primo, infatti, il diritto di uno Stato richiama quello di un altro, nel secondo, di cui ci stiamo occupando, il diritto internazionale rinvia a norme di diritto interno per contribuire a chiarire alcuni elementi delle fattispecie che intende regolare, oppure per l'individuazione di ambiti di eccezione alle stesse; inoltre, anche in quest'ultimo caso, con un approccio in qualche misura analogo a quello che si verifica con le norme di diritto internazionale privato, il diritto 'richiamato' diventa parte integrante della disciplina materiale da applicare alla fattispecie, pur avendo un'origine, sotto il profilo strettamente tecnico, estranea all'ordinamento giuridico in cui viene recepito. Sotto questo profilo, e anche in questo si ravvisa a nostro giudizio un'analogia con i meccanismi di conflitto, così come il diritto straniero non può essere sottoposto a controllo di costituzionalità nell'ordinamento di recepimento, il diritto nazionale, in particolare se relativo all'applicazione di alcune clausole peculiari, come quella sulla sicurezza nazionale, non può essere fatto oggetto, almeno tendenzialmente e stando alla prassi, del controllo 'di legittimità' dell'ordinamento dell'Organizzazione mondiale del commercio⁹.

Ci pare che ciò, seppure con modalità e caratteristiche differenti, avvenga essenzialmente con riguardo a cinque differenti situazioni:

1) Il diritto interno viene utilizzato al fine di determinare l'applicabilità di quelle clausole d'eccezione, previste nel sistema commerciale multilaterale, che consentono agli Stati di derogare ad obblighi internazionali al fine di tutelare interessi che ritengono prevalenti. In questi casi è il diritto interno, infatti, a determinare l'esistenza della situazione giustificatrice della deroga ed integrare, quindi, andando a completarla, la fattispecie contemplata dalla norma internazionale (si pensi, ad esempio, agli artt. XX e XXI del GATT). L'art. XX, lett. b) GATT, ad esempio, consente agli Stati di adottare «misure necessarie per proteggere la salute e la vita (...) degli animali», e l'art. XXI di derogare agli obblighi di liberalizzazio-

⁸ Per tutti, tradizionalmente, A. BERNARDINI, *Produzione di norme giuridiche mediante rinvio*, Milano, 1966.

⁹ La rilevanza del diritto interno per l'interpretazione e l'applicazione delle norme OMC è stata studiata già da S. BHUYAN, *National Law in WTO Law. Effectiveness and Good Governance in the World Trading System*, Cambridge, 2010. Peraltro, anche se con riguardo ai rapporti tra differenti 'regimi' di norme dell'ordinamento internazionale, usa categorie simil-internazionalprivatistiche anche J. PAUWELYN, *Conflict of Norms in Public International Law: How WTO Law Relates to Other Rules of International Law*, New York, 2003.

ne già assunti per adottare tutte le misure che reputino necessarie per la protezione degli interessi essenziali della loro sicurezza e, in particolare, quelle relative alle materie fissili, al traffico di armi, munizioni e materiale di guerra, quelle da applicarsi in tempo di guerra o in caso di grave tensione internazionale o, ancora, quelle necessarie al mantenimento della pace e della sicurezza internazionale, derivanti dagli obblighi della Carta delle Nazioni Unite.

2) Discorso analogo vale per il caso dell'adozione, da parte degli Stati di misure che ricadono nell'ambito dell'Accordo sulle misure sanitarie e fitosanitarie (il c.d. Accordo SPS; pensiamo ai casi, notissimi, di tonni e delfini¹⁰, o gamberetti e tartarughe¹¹);

3) Anche nel caso dell'adozione di barriere tecniche agli scambi – in cui l'ordinamento nazionale prevede regolamentazioni tecniche, standard o procedimenti di verifica della conformità di determinati prodotti – il diritto interno opera nel senso di 'qualificare' elementi delle fattispecie previste da norme internazionali, e qui, segnatamente, dall'Accordo sugli ostacoli tecnici agli scambi (il c.d. Accordo TBT);

4) Situazione in qualche maniera analoga si verifica nei casi di dumping: la determinazione dell'esistenza di una situazione di dumping sui prezzi (che è conseguenza del comportamento di privati) e l'adozione delle corrispondenti misure di compensazione è di competenza degli Stati, e quindi del diritto interno. Siffatta determinazione influenza l'applicazione dell'Accordo antidumping dell'OMC;

5) Nel caso degli scambi di servizi, poi, il diritto interno è determinante per l'interpretazione delle liste di impegni specifici (*schedules of commitments*) dei singoli Stati e, quindi, per la definizione della reale portata applicativa di importanti obblighi di liberalizzazione previsti dal GATS. Ricordiamo, infatti, che tali liste consentono a ogni Membro di specificare concretamente il livello di liberalizzazione che è disposto a garantire a determinati servizi, distinguendo tale livello in base alle modalità di fornitura: ciò consente di 'adattare' il sistema commerciale multilaterale alle esigenze di ciascun Paese, che potrà così procedere a liberalizzare il terziario nella misura che ritiene più opportuna.

Nelle prime quattro situazioni descritte, quindi, pur fatto salvo il noto principio codificato nell'art. 27 della Convenzione di Vienna sul diritto dei trattati, il quale sancisce l'ininvocabilità del diritto interno come causa di giustificazione per

¹⁰ *United States — Restrictions on Imports of Tuna*, DS21; i rapporti sono reperibili all'indirizzo www.wto.org.

¹¹ *United States — Import Prohibition of Certain Shrimp and Shrimp Products*, DS 58 e 61; i rapporti sono reperibili all'indirizzo www.wto.org.

la violazione di obblighi internazionali, il diritto interno costituisce un elemento che va ad integrare, a ‘qualificare’, un elemento di una norma commerciale multilaterale e che, quindi, deve essere valutato dai competenti organi internazionali di soluzione delle controversie al fine di decidere se giustificare la deroga ad obblighi internazionali. La situazione descritta, ovviamente, è resa possibile dal fatto che è lo stesso diritto internazionale a consentirla, ‘richiamando’, appunto, il diritto interno in quanto elemento di disciplina di un aspetto della fattispecie.

In buona sostanza, quindi, le norme di diritto interno condizionano l’applicazione del diritto internazionale.

È da questi elementi, secondo alcuni, che discenderebbero tanto il divieto per gli organi internazionali di soluzione delle controversie, di interpretare il diritto interno, quanto la non sottoponibilità a controllo da parte di un giudice internazionale delle misure nazionali che derogano ad obblighi internazionali sulla scorta di valutazioni altamente discrezionali (si pensi alla categoria della sicurezza nazionale, o a quelle forme di applicazione del principio precauzionale che prevedono un ‘livello zero’ di accettazione del rischio) contenute in norme o atti di diritto interno, in quanto ‘self-judging’.

In particolare, l’art. XXI GATT ha sollevato non poche difficoltà, essenzialmente per la difficile verificabilità di ciò che è ‘sicurezza nazionale’: si è posta spesso, infatti, proprio la questione della ‘giustiziabilità’ delle misure statali basate sul tale concetto, cioè se sia possibile sottoporre le stesse a controllo di legittimità da parte di organi internazionali, dal momento che la formulazione molto lasca delle norme che contemplano siffatte eccezioni ne consente una definizione *in concreto* unilaterale.

Una delle poche controversie – e certamente la più recente di queste – decisa dagli organi contenziosi dell’OMC relativa alla sicurezza nazionale ha visto tra loro opposte l’Ucraina e la Russia¹²: nel 2016, infatti, l’Ucraina ricorreva all’OMC contestando il fatto che i suoi corrieri non potevano utilizzare le rotte di transito su strada o su rotaia lungo il confine Ucraina-Russia per raggiungere il Kazakistan a causa di una legge russa che consentiva loro solo il passaggio dal confine tra Bielorussia e Russia, e che comunque anche tale passaggio era soggetto a gravose condizioni di identificazione e controllo da parte delle autorità russe.

La Russia si era allora giustificata sostenendo che tali misure erano tra quelle che essa considerava necessarie per la protezione dei suoi interessi essenziali di

¹² DS512: Russia — Measures Concerning Traffic in Transit.

sicurezza, adottate «in risposta all'emergenza nelle relazioni internazionali avvenuta nel 2014».

Gli organi dell'OMC, ad aprile del 2019, hanno condiviso la posizione russa e confermato l'esistenza di una situazione, nelle relazioni tra Russia e Ucraina, tale da costituire un'emergenza nelle relazioni internazionali idonea a consentire una deroga legittima alla liberalizzazione commerciale.

Ora, deve pure essere evidenziato come, non a caso, va detto, però il meccanismo in parola sia consentito all'interno di un sistema di norme come impongono obblighi di natura disponibile da parte degli Stati¹³ e che un analogo meccanismo derogatorio, quindi, non potrebbe aver luogo con riguardo ad obblighi internazionali indisponibili.

Quanto, poi, alla possibilità che gli organi contenziosi procedano all'interpretazione del diritto interno richiamato, ci pare che essa sia consentita e legittima (e, anzi, a volte necessaria), ma che ad essere in qualche misura ristretto sia il margine di ampiezza dell'operazione interpretativa – rispetto alla medesima operazione se compiuta dal giudice interno sul diritto interno o dal giudice internazionale sul diritto internazionale – dal momento che il fine dell'interpretazione del diritto interno da parte del giudice internazionale è quello di applicare norme 'altre' rispetto a quelle interne interpretate, e cioè quelle internazionali.

Infine, va quanto meno fatto cenno alla questione degli effetti prodotti sull'attività interpretativa suddetta da quella eventualmente posta in essere da giudici nazionali di quelle stesse norme interne: secondo una parte della dottrina, infatti, in caso di interpretazioni interne autoritative, con funzione nomofilattica, ad esempio, si produrrebbe un vincolo (o comunque una certa forma di influenza) anche sull'organo internazionale di *adjudication*¹⁴.

¹³ In questo senso già A. TANCREDI, *EC Practice in the WTO: How Wide is the 'Scope for Manoeuvre'?*, in *European Journal of International Law*, 2004, p. 933 ss.

¹⁴ Cfr., che per riferimenti alla prassi, O. AMMANN, *The Legal Effect of Domestic Rulings in International Law*, in ID., *Domestic Courts*, cit., p. 133 ss., che afferma che «domestic judicial decisions also have a dynamic effect on international law, as they contribute to shaping it, on the one hand, and help interpreters ascertain it, on the other hand».

3. L'influenza implicita del diritto interno sul diritto internazionale: *the swamp thing*

Veniamo ora alla seconda modalità di influenza del diritto interno sul diritto internazionale alla quale facevamo riferimento in apertura, in cui l'origine nazionale di un operatore del diritto internazionale ne influenza implicitamente, quasi subdolamente, l'approccio al diritto internazionale.

Ciò avviene per svariati motivi e in numerose circostanze: basti pensare, per fare qualche esempio, ai modi molto distanti tra loro che caratterizzano l'idea stessa di diritto internazionale che hanno i differenti membri permanenti del Consiglio di sicurezza, o gli Stati egemoni rispetto a quelli periferici (e in ciò, secondo qualcuno, starebbe la prova della opportunità di un approccio che fonda lo studio del diritto e delle relazioni internazionali¹⁵), ma anche l'impatto della lingua parlata o l'esistenza, su un dato territorio nazionale, di università (come si suol dire) d'*élite*...

Insomma, forse, uno dei miti che da sempre permeano la narrazione del diritto internazionale, quello secondo il quale esisterebbe *uno e un solo* diritto internazionale, dotato di un carattere quasi asetticamente universale, potrebbe esser ripensato.

Ebbene, mentre scrivevamo ci è tornato alla mente uno dei capolavori del fumetto, *Swamp Thing*, scritto da Alan Moore, disegnato da Steve Bissette, John Totleben e Rick Veitch e pubblicato dal 1984 al 1987 dalla DC Comics¹⁶: in poco più di quaranta numeri, da personaggio secondario e *naive* di un universo supereroistico, la Cosa della palude diviene il fulcro di una complessa riflessione, onirica e consapevole, sui legami tra gli uomini e tra uomini e ambiente. Nel corso della narrazione incontriamo e conosciamo la Cosa e il suo corpo vegetale antropomorfo, che ha assorbito una coscienza umana e vive immerso in una palude della Louisiana, e che, per il tramite dei suoi fittoni, riesce ad assorbire, anche da distanze enormi, informazioni e sensazioni, che lo raggiungono dalle sequoie canadesi o dalla foresta pluviale attraverso la rete di radici che collega tra loro tutti gli esseri del 'Verde'.

¹⁵ R.J. BECK, *International Law and International Relations*, in *Oxford Research Encyclopedia of International Studies*, 2010.

¹⁶ A. MOORE, S. BISSETTE, J. TOTLEBEN, R. VEITCH, *The Saga of the Swamp Thing*, complete edition, 2009. Per alcuni commenti si vedano A. WHITFORD *Green Smile, Interrupted: The Frustrated Ecological Possibilities in Alan Moore's Swamp Thing*. University of Columbia dissertation, 2013, reperibile online; M.J. SMITH, *Lost [and Found] Girls: Teaching a College Course in Alan Moore*, in *Sequential art narrative in education*, 2011, p. 17 ss.

Ecco, l'ordinamento internazionale contemporaneo, da qualche tempo, pare seguire un po' i medesimi «growth patterns» (per usare il titolo di uno dei fascicoli di *Swamp Thing*¹⁷) della Cosa della palude: grazie a Internet, la cui diffusione globale ha impattato non solo sul contenuto di molte norme di diritto internazionale ma finanche su alcuni dei *modi di operare* dell'ordinamento internazionale, ivi compresi l'adattamento, tradizionale e quello 'all'incontrario'¹⁸, esso infatti suggerisce *modelli e istituti giuridici* dai 'mondi' degli ordinamenti interni, con i quali è collegato.

Si tratta di un tema che è stato investigato anche mediante un approccio di *comparative international law*, in cui il diritto internazionale, tra l'altro, viene visto come un diritto «transnazionale»¹⁹.

Ebbene, se la circolazione di modelli giuridici tra ordinamenti nazionali è da tempo oggetto di studi di taglio comparativistico, in cui si parla di *legal transplants* 'orizzontali', trapianti interordinamentali di istituti che, secondo alcuni, sarebbero la principale fonte di modifica e di sviluppo degli ordinamenti interni contemporanei, la dottrina internazionalistica si è occupata certamente meno di quei *transplants* che potremmo dire 'verticali', i quali si compiono tra gli ordinamenti interni e quello internazionale.

In questi casi, che possono avere ad oggetto istituti tanto di diritto sostanziale quanto di diritto 'processuale', a volte, si può addirittura riscontrare un carattere *overfitting* dei medesimi cioè il fatto che nell'ordinamento di destinazione, quello internazionale, un dato modello giuridico si trova a funzionare meglio, per i motivi più disparati, rispetto a come funzionava nell'ordinamento interno di origine (si pensi, sotto quest'ultimo profilo agli *amici curiae*²⁰).

Un po' come è avvenuto con i bigliettini da visita: occidentali in origine, oggi in occidente sono praticamente inutilizzati, ma godono di grande successo in Giappone²¹.

E, in effetti, un *comparative reasoning* ci pare stia sempre più spesso caratterizzando la giurisprudenza di molti organi internazionali di *adjudication*: non solo degli organi contenziosi dell'OMC, di cui abbiamo accennato, ma anche di tribunali

¹⁷ Swamp Thing #37, *Growth Patterns*, giugno 1985.

¹⁸ Mi permetto di rinviare a G.M. RUOTOLO, *The Impact of the Internet on International Law: Nomos without Earth?*, in *Informatica e diritto*, 2013, 2, p. 7 e ss., in part. il par. 4.

¹⁹ Cfr. A. ROBERTS, P.B. STEPHAN, P.-H. VERDIER, M. VERSTEEG (Eds), *Comparative International Law*, Oxford, 2018; A. ROBERTS, *Is International Law International?*, Oxford, 2017.

²⁰ A. DOLIDZE *Bridging Comparative and International Law: Amicus Curiae Participation as a Vertical Legal Transplant*, in *European journal of international law*, 2016, p. 851 ss.

²¹ Cfr. M. SIEMS, *The Curious Case of Overfitting Legal Transplants*, in M. ADAMS, D. HEIRBAUT (a cura di), *The Method and culture of comparative law. Essays in honour of Mark Van Hoecke*, Oxford, 2014, p. 133 ss.

arbitrali sugli investimenti e, al di fuori del contesto commerciale, della Corte europea dei diritti dell'uomo (la definizione di «società democratica» che, come è noto, assolutamente centrale per l'applicazione della Convenzione, è spesso il frutto di un ragionamento siffatto) e dei tribunali penali internazionali²².

²² D. PEAT, *Comparative Reasoning in International Courts and Tribunals*, Cambridge, 2019.

L'invocabilità dei principi costituzionali supremi come causa di esclusione dell'illecito internazionale: una questione ancora aperta

LORENZO ACCONCIAMESSA*

SOMMARIO: 1. Introduzione: il principio di non invocabilità del diritto interno. – 2. La possibile, ma non compiuta, formazione di una norma consuetudinaria che sancisca l'invocabilità dei principi costituzionali supremi come causa di esclusione dell'illecito internazionale. – 3. L'approccio fondato sulla soluzione del conflitto normativo sul piano del diritto internazionale: la rilevanza della, ma l'attuale riluttanza a ricorrere alla, tecnica del bilanciamento tra principi o valori. – 4. I principi costituzionali come interesse essenziale dello Stato: prospettive in tema di invocabilità della causa di esclusione dell'illecito della necessità. – 5. Conclusioni.

ABSTRACT: L'impossibilità di invocare il diritto interno per giustificare la violazione di obblighi internazionali è considerata, in genere, oggetto di uno dei principi fondamentali del diritto internazionale. Tuttavia, non mancano opinioni in dottrina, esempi di prassi e decisioni giudiziarie che ammettono l'invocabilità dei principi costituzionali supremi come causa di esclusione dell'illecito internazionale. L'articolo intende esaminare le possibili strade che possono essere percorse per giustificare tale affermazione. In primo luogo, si tratterà dell'ipotesi, certamente possibile ma non ancora compiutamente realizzata, che si formi una *specifica norma consuetudinaria* secondo cui i principi supremi della costituzione nazionale siano invocabili come causa di esclusione dell'illecito internazionale. In secondo luogo, si esaminerà il diverso approccio che consiste nello spostare la questione, dal piano del conflitto tra ordinamenti (internazionale e interni), a quello del conflitto tra principi e valori che, pur tutelati dalle costituzioni nazionali, sono riconosciuti e protetti anche nell'ordinamento internazionale. Tale conflitto potrebbe essere risolto, infatti, sulla base della tecnica del *bilanciamento tra interessi o valori*. Infine, si ventilerà la possibilità di inquadrare i valori supremi protetti dalle costituzioni nazionali nell'ambito degli interessi essenziali dello Stato che, nel rispetto delle altre condizioni previste dall'art. 25 del Progetto di articoli sulla responsabilità degli Stati per l'invocazione della *nécessité* (o stato di necessità), consentono di ritenere scusata una condotta posta in essere in violazione di un obbligo internazionale.

* Dottorando di ricerca in diritto internazionale, Università degli Studi di Palermo e *Université Paris 1, Panthéon-Sorbonne*, lorenzo.acconciamessa@unipa.it. Assistente giurista presso la Cancelleria della Corte europea dei diritti dell'uomo. L'articolo riflette le opinioni dell'autore, espresse nella propria capacità accademica, che non vincolano in alcun modo la Corte o il Consiglio d'Europa.

PAROLE CHIAVE: formazione del diritto consuetudinario; controlimiti; cause di esclusione dell'illecito; necessità; bilanciamento; valori fondamentali della comunità internazionale.

1. Introduzione: il principio di non invocabilità del diritto interno

Il diritto internazionale e il diritto interno disciplinano, ciascuno per propria parte, le loro interazioni che, tutt'altro che armoniose, prendono «la forme d'un enchaînement de petites “batailles”, voire d'une “guerre” entre les deux systèmes qui a ses gagnants et ses perdants»¹. In questo continuo *duello per la supremazia*², in cui solitamente il diritto internazionale ha la meglio, gli ordinamenti interni reclamano la possibilità di far prevalere i principi costituzionali *supremi* o *fondamentali* rispetto ad obblighi internazionali con essi incompatibili. Siamo solitamente abituati a guardare tale questione dalla prospettiva degli ordinamenti interni e dei *controlimiti* che questi pongono all'ingresso di norme di diritto internazionale, quando ritenute in contrasto con valori irrinunciabili dell'ordinamento costituzionale³. Ciò che occorre chiarire, capovolgendo la visuale⁴, è se il diritto internazionale sia disposto a cedere, adattandosi e conformandosi ad esse, alle pretese del diritto interno. Tale adattamento si concretizzerebbe in una temporanea e condizionata rinuncia, da parte del diritto internazionale, alla propria supremazia, riconoscendo la giustificabilità o scusabilità di un atto in contrasto con obblighi internazionali.

Il tema di ricerca è in genere (ma a torto) ritenuto *tipicamente italiano*. Nella dottrina italiana, in ogni caso, è stato principalmente Conforti a sostenere che «non è del tutto azzardata la tesi secondo cui l'illiceità sia esclusa quando l'osservanza di una norma internazionale (...) urti contro principi fondamentali della Costituzione dello Stato»⁵. Tale possibilità viene solitamente contestata dalla dottrina, in quanto implicante il rischio di attribuire agli Stati la facoltà di violare *à la carte* i propri obblighi internazionali, minando così l'effettività

¹ J. MALENOVSKY, *L'agonie sans fin du principe de non-invocabilité du droit interne*, in *Revue generale de droit international public*, 2017, p. 291 ss., p. 292.

² F.M. PALOMBINO (a cura di), *Duelling for Supremacy. International Law vs. National Fundamental Principles*, Cambridge, 2019.

³ Si veda, ad esempio, P. PALCHETTI, *Conformità dell'ordinamento italiano alle norme del diritto internazionale generalmente riconosciute e controlimiti: problemi aperti*, in G. PALMISANO (a cura di), *Il diritto internazionale ed europeo nei giudizi interni*, Napoli, 2020, p. 371 ss.

⁴ L. GRADONI, D. MAURI, *Adattamento del diritto internazionale al diritto interno. Introduzione al forum*, in *SIDIBlog*, 28 aprile 2021.

⁵ B. CONFORTI, *Diritto internazionale*, Napoli, 2014, p. 402.

dell'ordinamento⁶. Tuttavia, se soggetta a condizioni rigorose (come, del resto, tutte le cause di esclusione dell'illecito), essa potrebbe comporre alcuni dei conflitti inter-ordinamentali, contribuendo anche allo sviluppo del diritto internazionale verso una più ampia tutela di valori (quelli relativi alla tutela dei diritti umani o di altri interessi collettivi della comunità internazionale) che quest'ultimo tende ancora a far soccombere rispetto ad altri interessi, tipicamente quelli connessi alla tutela della sovranità statale.

Poste tali premesse, bisogna riconoscere che ragionare sulla questione porta inevitabilmente a scontrarsi con una serie di potenziali vicoli ciechi. Quando Giulio Diena, nel 1901, si chiedeva se il diritto interno potesse implicare delle *limitazioni* degli obblighi internazionali degli Stati⁷, e rispondeva in senso affermativo, non tutte le strade per giustificare tale affermazione erano state, momentaneamente (o definitivamente?), sbarrate. È vero, il principio di non invocabilità del diritto interno (o di supremazia del diritto internazionale) era già stato sancito nel lodo arbitrale *Montijo* del 1870, secondo cui «a treaty is superior to the Constitution, which the latter must give away» e ripreso nel lodo del 14 settembre 1872 nel caso *Alabama*⁸. Esso è stato poi riaffermato nell'opinione consultiva resa dalla Corte permanente di giustizia internazionale (CPGI), il 31 luglio 1930, nel caso *Greco-Bulgarian Communities*⁹ e, con specifico riferimento alla (non) invocabilità del diritto costituzionale, nell'opinione della stessa Corte del 4 febbraio 1932 sul *Treatment of Polish Nationals*¹⁰. Peraltro, se già nel 1957 Fitzmaurice affermava che quello della non invocabilità del diritto interno costituisce «one of the great principles of international law, informing the whole system and applying to every branch of it»¹¹, esso sarebbe stato successivamente codificato, dapprima, nell'art.

⁶ G. BARTOLINI, *A Universal Approach to International Law in Contemporary Constitutions: Does It Exist?*, in *Cambridge Journal of International and Comparative Law*, 2014, p. 1287 ss., p. 1319.

⁷ L. GRADONI, D. MAURI, *Adattamento del diritto internazionale*, cit.

⁸ Lodo arbitrale del 14 settembre 1872, *Alabama claims of the United States of America against Great Britain*, p. 131.

⁹ CPGI, parere consultivo del 31 luglio 1930, *Greco-Bulgarian "Communities"*, p. 31: «it is a generally accepted principle of international law that in the relations between Powers who are contracting Parties to a treaty, the provisions of municipal law cannot prevail over those of the treaty».

¹⁰ CPGI, parere consultivo del 4 febbraio 1932, *Treatment of Polish Nationals and Other Persons of Polish Origin or Speech in the Danzig Territory*, par. 62: «while, on the one hand, according to generally accepted principles, a State cannot rely, as against another State, on the provisions of the latter's Constitution, but only on international law and international obligations duly accepted, on the other hand and conversely, a State cannot adduce as against another State its own Constitution with a view to evading obligations incumbent upon it under international law or treaties in force».

¹¹ G. FITZMAURICE, *The General Principles of International Law Considered from the Standpoint of the Rule of Law*, in *Recueil des cours*, 1957, p. 85.

27 della Convenzione di Vienna sul diritto dei trattati del 1969¹² e, più di recente, negli artt. 3¹³ e 32¹⁴ del Progetto di articoli del 2001 sulla responsabilità dello Stato per atti internazionalmente illeciti, elaborato dalla Commissione del diritto internazionale (CDI).

Alla luce di tali diverse codificazioni, è opportuno ricordare brevemente che il principio in discussione può essere guardato da una duplice prospettiva: (1) sotto il profilo dei rapporti tra ordinamenti, esso prescrive la *superiorità* o *prevalenza* del diritto internazionale sul diritto interno; (2) sotto il profilo della responsabilità internazionale, comporta che uno Stato non possa invocare il proprio diritto interno per giustificare o scusare la violazione di un obbligo internazionale. Sul piano interno, esso sarà certamente libero di far prevalere il proprio diritto, ma di ciò dovrà rispondere sul piano internazionale¹⁵. Su tale secondo aspetto si concentrerà questo breve scritto. O meglio, sulle strade che possono essere percorse per provare ad aggirarlo e, come già detto, sui vicoli ciechi che, chi tenti di farlo, dovrà inevitabilmente incontrare lungo il percorso.

Sullo sfondo resterà la domanda che, a titolo puramente retorico, poneva Conforti: «non è questa [la non invocabilità dei principi costituzionali] una posizione estremamente rigida – anche se radicata in un’opinione antica e diffusa – che è da rivedere alla luce di una moderna e realistica visione del diritto internazionale che contemperi i valori internazionalistici con quelli interni?»¹⁶. Il punto di partenza, dunque, è l’abbandono di una logica di rigida separazione, tale per cui possa dirsi che diritto interno e diritto internazionale, «having no common field» sarebbero ciascuno *supremo* nella propria sfera e, certamente, il diritto internazionale sarebbe «supreme in the international field»¹⁷.

¹² *Vienna Convention on the Law of Treaties* del 1969, art. 27: «A Party may not invoke the provisions of its internal law as justification for failure to perform a treaty. This rule is without prejudice to article 46».

¹³ Commissione di diritto internazionale, *Draft Articles on Responsibility of States for Internationally Wrongful Acts, with commentaries*, in *Yearbook of the International Law Commission*, 2001, art. 3 (*Characterization of an act of a State as internationally wrongful*): «The characterization of an act of a State as internationally wrongful is governed by international law. Such characterization is not affected by the characterization of the same act as lawful by internal law».

¹⁴ *Ivi*, art. 32 (*Irrelevance of internal law*): «The responsible State may not rely on the provisions of its internal law as justification for failure to comply with its obligations under this Part».

¹⁵ G. FITZMAURICE, *The Law and Procedure of the International Court of Justice*, Vol. 2, Cambridge, 1986, p. 590

¹⁶ B. CONFORTI, *Diritto internazionale*, cit., p. 403.

¹⁷ G. FITZMAURICE, *The General Principles of International Law*, cit., p. 79.

2. La possibile, ma non compiuta, formazione di una norma consuetudinaria che sancisca l'invocabilità dei principi costituzionali supremi come causa di esclusione dell'illecito internazionale

Il primo sentiero è quello relativo alla possibile formazione di una specifica norma consuetudinaria che riconosca l'invocabilità dei principi fondamentali o supremi delle costituzioni nazionali come causa di esclusione dell'illecito internazionale. Chi scrive ha tentato di percorrere tale strada, ricollegandosi a chi, come De Sena, nel commentare la ben nota sentenza n. 238 del 2014 della Corte costituzionale italiana¹⁸, si chiedeva

if the judgment at issue is also to be deemed a significant contribution to the progressive development of a *regional* customary rule, according to which *European* States may invoke constitutional provisions on access to justice, as a circumstance capable of precluding the wrongfulness of their failure to comply with conflicting international legal duties.¹⁹

Una tendenza in tale direzione è certamente riscontrabile, specie negli ultimi anni. Bisogna però riconoscere che, pur volendo estendere l'esame a prassi non riguardante esclusivamente il diritto di accesso alla giustizia (e anche senza limitarsi necessariamente alla prassi europea), non sembra *ancora* possibile concludere per l'esistenza di una norma consuetudinaria, per almeno *quattro* ordini di ragioni.

In primo luogo, e se a trainare detto orientamento vuole porsi l'Italia, bisogna considerare che la sentenza 238/2014 rinuncia espressamente alla prospettiva di incidere sul diritto internazionale auspicando, *de jure condendo*, che sia la norma *primaria* (sull'immunità) a modificarsi, in futuro²⁰.

¹⁸ Corte cost., sentenza del 22 ottobre 2014, n. 238, in cui la Corte ha ribadito che «i principi fondamentali dell'ordinamento costituzionale e i diritti inalienabili della persona costituiscono un "limite all'ingresso (...) delle norme internazionali generalmente riconosciute alle quali l'ordinamento giuridico italiano si conforma secondo l'art. 1, primo comma, della Costituzione" (...) ed operano quali "controlimiti" all'ingresso di norme dell'Unione europea».

¹⁹ P. DE SENA, *The Judgment of the Italian Constitutional Court on State Immunity in Cases of Serious Violations of Human Rights or Humanitarian Law: A Tentative Analysis under International Law*, in *Questions of International Law*, 2014, pp. 17 ss., p. 31. Si veda anche R. PISILLO MAZZESCHI, *La sentenza n. 238 del 2014 della costituzionale ed i suoi possibili effetti sul diritto internazionale*, in *Diritti umani e diritto internazionale*, 2014, pp. 23 ss., p. 23.

²⁰ Corte cost., sentenza n. 238 del 2014, cit., par. 3.1. Sul punto si vedano L. GRADONI, *Corte costituzionale italiana "controvento" sull'immunità giurisdizionale degli Stati stranieri?*, in *Quaderni costituzionali*, 2014, pp. 905 ss., p. 906; L. GRADONI, *Corte costituzionale italiana e Corte internazionale di giustizia in rotta di collisione sull'immunità dello Stato straniero dalla giurisdizione civile*, in *Quaderni di SIDIBlog*, 2014, pp. 183

In secondo luogo, la prassi esistente, nella forma di pronunce di giudici interni, risulta troppo scarsa e contraddittoria per ritenere che essa sia «general» e cioè «sufficiently widespread and representative, as well as consistent», come richiesto dalle *Draft conclusions on the identification of customary international law* della CDI²¹. Non potendo ripercorrere interamente tale prassi in questa sede, basti considerare che il recente volume di Palombino, che si è occupato del tema, conclude che la formazione di detta norma sarebbe «anything but implausible» ma che, per il momento, non risulta esistente²². Quanto a recenti pronunce in tal senso, non è sempre chiaro se esse vadano verso la direzione di ritenere che i principi costituzionali giustifichino la violazione del diritto internazionale, ovvero se intendano realizzare una modifica della norma consuetudinaria in materia di immunità degli Stati stranieri dalla giurisdizione civile in caso di commissione di crimini di guerra, o se ancora ragionino in termini di prevalenza del diritto cogente sulle norme in materia di immunità dello Stato (queste due ultime ipotesi, ad esempio, sembrano prevalere in relazione alla recente decisione della *Central District Court of Seoul* in materia di immunità e crimini di guerra²³). In una recente decisione del Tribunale

ss., p. 184, che sottolinea come «[p]iù di una collisione tra le due Corti si dovrebbe (...) parlare di uno scontro tra Stato italiano e diritto internazionale, di un illecito ormai conclamato, perfezionato e perfino rivendicato dalla Corte costituzionale». La Corte costituzionale italiana, infatti, non ha sostenuto che la propria condotta sia giustificata o scusata dal punto di vista del diritto internazionale. Piuttosto, accettando (più o meno) implicitamente l'ipotesi della commissione di un illecito internazionale da parte dell'Italia, oppone al diritto internazionale ciò che ritiene sia imposto dalla propria Costituzione.

²¹ CDI, *Draft conclusions on the identification of customary international law, with commentaries*, in *Yearbook of the International Law Commission*, 2018, Conclusion 8 (*The practice must be general*). Qualora, invece, si intendesse seguire la strada della consuetudine regionale europea, occorrerebbe prendere in considerazione la Conclusion 16 (*Particular customary international law*): «2. To determine the existence and content of a rule of particular customary international law, it is necessary to ascertain whether there is a general practice among the States concerned that is accepted by them as law (*opinio juris*) among themselves».

²² F.M. PALOMBINO, *Conclusion*, in F.M. PALOMBINO (ed.), *Duelling for Supremacy. International Law vs. National Fundamental Principles*, cit., pp. 406 ss., p. 405.

²³ Central District Court of Seoul, sentenza dell'8 gennaio 2021, caso n. 2016 Ga-Hap 505092, *Comfort Women case*. La Corte ha condannato il Giappone al risarcimento dei danni cagionati dall'esercito nipponico durante la Seconda guerra mondiale, in virtù della commissione di crimini di guerra (schiavitù sessuale). Si veda, in particolare, la sezione 3, lett. c., n. 3.7., in cui la Corte di Seoul ha affermato che «[t]he significance of the theory of state immunity shall be found in its respect for sovereign states and not obeying the jurisdiction of other states. It must not have been formed to allow states that violated peremptory norms (...) and inflicted severe damages upon individuals to evade reparations and compensation behind such theory». Sul punto si vedano E. BRANCA, «*Yet, it moves...*»: *The Dynamic Evolution of State Immunity in the "Comfort Women Case"*, in *EJIL Talk!*, 7 aprile 2021; A. BUFALINI, *Immunità degli Stati dalla giurisdizione e negoziazioni fra Stati: sulla vicenda delle comfort women coreane*, in *Diritti umani e diritto internazionale*, 2021, p. 699 ss., p. 701-2, che rileva come «il ragionamento della Corte distrettuale sembra oscillare tra un approccio internazionalista – che cerca

supremo del Brasile, più ampiamente, si afferma che le norme costituzionali in tema di tutela dei diritti umani (non solo quelle che riflettono norme cogenti di diritto internazionale) prevalgono sulla regola consuetudinaria sull'immunità²⁴. Allo stesso tempo, sempre di recente, vi sono decisioni nazionali che vanno nella direzione opposta, e che non ritengono di poter derogare al diritto internazionale allo scopo di rispettare principi fondamentali della propria costituzione nazionale²⁵.

Sulla base delle osservazioni da ultimo svolte, bisogna allora aggiungere che, *in terzo luogo*, salve rare eccezioni, *l'opinio juris* che emerge dalla maggiorparte delle pronunce non è quella di considerare che la prevalenza dei principi costituzionali sugli obblighi internazionali sia giustificata o scusata sul piano internazionale. I giudici interni, adottando un approccio costituzionalista e, dunque, spesso invocando i *controlimiti* o teorie analoghe, ritengono che sia a livello interno che tali principi debbano prevalere, impregiudicate le conseguenze su quello internazionale. In una sentenza del 15 dicembre 2015 della Corte costituzionale federale tedesca, addirittura, si riconosce espressamente che la sentenza stessa, illecita secondo il diritto internazionale (avallando una legge deliberatamente adottata in violazione di obblighi internazionali pattiziamente assunti dallo Stato), potrà far sorgere la responsabilità internazionale della Germania, indicando anche gli strumenti a di-

di riflettere sulla natura dinamica e in costante evoluzione delle norme internazionali in materia di immunità dello Stato – e un approccio costituzionalista – che sembra invece far leva su alcuni principi fondamentali della Costituzione, che non potrebbero essere sacrificati dell'applicazione del diritto internazionale generale».

²⁴ Tribunale supremo del Brasile, sentenza del 24 settembre 2021, caso n. ARE 954858/RJ, p. 30. Le argomentazioni del Tribunale supremo ruotano principalmente attorno alla prevalenza dei diritti umani sul piano del diritto costituzionale interno, ma non si pongono il problema dell'eventuale commissione di un illecito internazionale da parte dello Stato brasiliano per violazione del diritto internazionale generale: «because of the constitutional prescription that gives prevalence to human rights as a principle that governs the Brazilian State in its international relations (Article 4, II), [this Court must] make it effective, setting aside the jurisdictional immunity in the case». Si vedano al riguardo E. BRANCA, *Immunità degli Stati e violazioni dei diritti umani. Riflessioni a margine della decisione "Changri-la" della Corte Suprema Brasiliana*, in *SIDIBlog*, 24 gennaio 2022; L.C. LIMA, A. TUFFI SALIBA, *The Immunity Saga Reaches Latin America. The Changri-la Case*, in *EJIL Talk!*, 2 dicembre 2021,

²⁵ Corte suprema USA, sentenza del 3 febbraio 2021, n. 19-351, 592 U.S., *Federal Republic of Germany et al v. Philipp et al*, che rileva che i giudici statunitensi commetterebbero un illecito internazionale «by derogating international law's preservation of sovereign immunity for violations of human rights law». Per un commento critico si veda A. BUFALINI, *Immunità degli Stati dalla giurisdizione e negoziazioni fra Stati*, cit., p. 703, secondo cui la Corte suprema «salta (...) la rilevanza delle regole in materia di immunità per la stabilità delle relazioni internazionali e lascia (...) invece poco (o meglio nessuno) spazio per un possibile contemperamento di quelle norme (e dei valori che sottendono) con la tutela del diritto individuale di accesso a un giudice ai fini della riparazione, anche in caso di violazione dei diritti fondamentali».

sposizione della controparte (in quel caso, la Turchia) per azionare tale responsabilità sul piano internazionale)²⁶.

In quarto luogo, bisogna considerare che, in alcuni dei casi in ipotesi inquadrabili in tale orientamento, le pronunce interne hanno suscitato reazioni e proteste, che non possono non considerarsi nel momento in cui si prenda in considerazione la rilevanza della prassi nell'ambito del procedimento di formazione (e di successiva identificazione) di una norma consuetudinaria. Ad esempio, quanto all'asserita prevalenza del diritto alla tutela giurisdizionale dei diritti fondamentali sull'immunità degli Stati, non può non notarsi che alla sentenza 238/2014 ha fatto seguito una nota verbale inviata dalla Germania all'Italia, la quale afferma che «[i]l principio dell'immunità degli Stati non può essere limitato dal diritto interno di uno Stato, nemmeno dai principi fondamentali dell'ordinamento costituzionale nazionale», ribadendo i diversi precedenti in cui è stato affermato il «principio secondo cui il diritto nazionale deve essere adeguato agli obblighi derivanti dal diritto internazionale e non può giustificare una loro violazione»²⁷. Ma si consideri anche la reazione suscitata dagli ostacoli frapposti dalla Russia all'esecuzione delle sentenze della Corte europea dei diritti umani (Corte EDU). Già nel 2016 la Commissione di Venezia (organo del Consiglio d'Europa) ha duramente contestato la riforma costituzionale che consente alla Corte costituzionale russa di pronunciarsi sulla (in)eseguitività delle pronunce della Corte EDU ritenute contrarie a principi della costituzione russa²⁸. Quando, poi, la sentenza resa dalla Corte EDU sull'equa soddisfazione dovuta nel caso *Yukos*²⁹ è stata dichiarata non eseguibile dalla Corte costituzionale russa³⁰, il Commissario per i diritti umani del

²⁶ Corte costituzionale tedesca, sentenza del 25 dicembre 2015, 2 BvR 2012, BVerG, par. 63: «Even though international law does not preclude domestic effectiveness of legal acts that violate international law, this does not mean that the resulting violation is insignificant. If a state violates its obligation under an international treaty, the other contracting state or states can respond to the breach of treaty in a number of ways».

²⁷ Ambasciata della Repubblica Federale di Germania, *Nota Verbale 2/15*, RK 533.32, Roma, 5 gennaio 2015, disponibile online su www.auswaertiges-amt.de.

²⁸ Commissione europea per la democrazia tramite il diritto (Commissione di Venezia), *Russian Federation. Final Opinion on the Amendments to the Federal Constitutional Law on the Constitutional Court*, adottata alla 107th Sessione plenaria, Venezia, 13 giugno 2016, opinione n. 833/2015, disponibile online su www.venice.coe.int.

²⁹ Corte EDU, sentenza sull'equa soddisfazione del 21 luglio 2014, ric. n. 14902/04, *Oao Neflyanaya Kompaniya Yukos v. Russia*.

³⁰ Corte costituzionale russa, sentenza del 19 gennaio 2018, n. 1-II/2017.

Consiglio d'Europa l'ha immediatamente contestata, affermando che «[it] threatens the very integrity and legitimacy of the system of the ECHR»³¹.

Possiamo quindi ritenere che, per i quattro ordini di ragioni suesposti e almeno allo stato attuale, il procedimento di formazione di una specifica causa di esclusione in materia, seppur plausibile, non risulta ancora concluso³².

3. L'approccio fondato sulla soluzione del conflitto normativo sul piano del diritto internazionale: la rilevanza della, ma l'attuale riluttanza a ricorrere alla, tecnica del bilanciamento dei principi o valori

Uno dei limiti della prassi di cui sopra, e che non consente di trarne chiare conclusioni in merito agli effetti sull'ordinamento internazionale, riguarda la continua tensione tra un *approccio costituzionalista* – che si fonda su una netta distinzione tra ordinamento interno e ordinamento internazionale, e sulla asserita prevalenza, sul piano interno, del diritto costituzionale sul diritto internazionale – e un *approccio internazionalista*, che tenta di conciliare principi e valori che, in ultima analisi, sono condivisi e protetti tanto dal diritto internazionale quanto dalle costituzioni nazionali. Come è stato rilevato di recente, infatti, sia pur con specifico conflitto tra immunità degli Stati o degli organi statali e tutela giurisdizionale dei diritti umani:

la prospettiva costituzionalista (...) dei giudici interni tende ad ignorare la dimensione (anche o soprattutto) internazionale del conflitto normativo in atto. La tensione tra l'obbligo di rispettare le regole internazionali in materia di immunità dello Stato e quello di garantire la massima tutela ai diritti fondamentali (e, in particolare, del diritto di accesso al giudice) difficilmente può essere risolta attraverso l'affermazione di una prevalenza gerarchica di un ordinamento sull'altro o sottolineando la pretesa autonomia degli stessi, ma dovrebbe forse trovare in altre tecniche di coordinamento – e in particolare in quella del bilanciamento tra valori e interessi – un proprio punto di equilibrio.

³¹ Consiglio d'Europa, Commissario per i diritti umani, *Commissioner concerned about non implementation of a judgment of the European Court of Human Rights in Russia*, Strasburgo, 20 gennaio 2017, disponibile online [qui](#).

³² Si veda l'approfondita ricostruzione della dottrina e della prassi realizzata in A. SACCUCCI, *La responsabilità internazionale dello Stato per violazioni strutturali dei diritti umani*, Napoli, 2018, p. 247 ss., che in ogni caso arriva alla conclusione secondo cui «la prassi statale [è] nel complesso ancora troppo rarefatta ed eterogenea per poter giungere ad una risposta affermativa» (p. 259).

Tale aspetto – quello del bilanciamento tra principi e valori e, dunque, dell'impostazione del problema sul piano del conflitto non tra ordinamenti (interno e internazionale) ma tra obblighi (o meglio, valori) propri dell'ordinamento internazionale e condivisi dagli ordinamenti interni – costituisce il secondo sentiero che può essere percorso per tentare di affermare l'invocabilità dei principi costituzionali supremi come causa di esclusione dell'illecito internazionale. Secondo Nollkaemper, in particolare, bisogna considerare che «[d]ecisions to refrain from giving effect in domestic legal orders to international law may be based on rules of domestic law that conform to or give effect to another norm of international law»³³. Chi aderisce a tale orientamento, proponendo una *concezione sostanziale e funzionale* del principio di supremazia del diritto internazionale, ritiene che esso non venga in gioco quando i principi costituzionali invocati coincidano con, o tutelino valori cristallizzati in, norme di diritto internazionale. Come sostenuto da Sir Bethlehem, «the State must be entitled to favour and follow the formulations of its own law, broadly concordant with its international obligations, without this giving rise to a breach of international law»³⁴.

Per giustificare tale affermazione si potrebbe invocare la teoria di George Scelle sul *dédoublement fonctionnel*. Questo a condizione che lo si faccia alla luce di una precisazione di Cassese, secondo cui per stabilire se e quando degli organi interni agiscano, da un punto di vista funzionale, come organi della comunità internazionale, non sarebbe sufficiente considerare la natura e sostanza dell'atto compiuto: «what matters is to enquire into when and why they promote *metanational* values or long-term, communal objectives (...) or instead take action for the exclusive purpose of safeguarding *national* (or short-term, self-centered) interests»³⁵. Sarebbe allora necessario distinguere, utilizzando una estrema semplificazione della classificazione di Pedersen, tra giudici interni che adottano un paradigma *internista o sovranista* (quello che abbiamo definito sopra come approccio costituzionalista) e quelli che adottano un paradigma *internazionalista* pur nell'invocazione di principi costituzionali³⁶. In questo secondo caso i giudici interni, come organi del-

³³ A. NOLLKAEMPER, *Rethinking the Supremacy of International Law*, in *Amsterdam Center for International Law Working Paper*, 2009, p. 76.

³⁴ Sir D. BETHLEHEM, *The Supremacy of International Law? Part Two*, in *EJIL Talks!*, 3 giugno 2016.

³⁵ A. CASSESE, *Remarks on Scelle's Theory of 'Role Splitting' (dédoublement fonctionnel) in International Law*, in *European Journal of International Law*, 1990, p. 210 ss., p. 219.

³⁶ N. PETERSEN, *Determining the Domestic Effect of International Law through the Prism of Legitimacy*, in *Heidelberg Journal of International Law*, 2012, p. 224 ss., p. 228.

la comunità internazionale, difenderebbero l'ordinamento internazionale *da sé stesso*³⁷.

Per fare degli esempi, nel primo gruppo rientrerebbe la già menzionata sentenza della Corte costituzionale tedesca del 15 dicembre 2015. In quel caso i principi invocati per giustificare (sul piano interno) l'adozione di una legge incompatibile con un trattato, precedentemente concluso e debitamente ratificato, erano quelli della democrazia e della *sovranità parlamentare* (intesa come potere di ogni Parlamento democraticamente eletto di legiferare senza essere costretto e limitato dalle scelte delle precedenti legislature)³⁸. Si tratta, evidentemente, di «valeurs qui sont propres à l'État et au droit allemands, mais qui ne sont pas universelles»³⁹. O ancora, vi rientrerebbe la già citata sentenza *Yukos* della Corte costituzionale russa, che ha ritenuto di essere (internamente e internazionalmente) giustificata nel non dare esecuzione a una sentenza della Corte EDU, in quanto necessario per tutelare i principi costituzionali di equità e uguaglianza in tema di imposizione fiscale, poiché funzionali a consentire allo Stato di adempiere ai propri obblighi previdenziali e assistenziali nei confronti dei cittadini⁴⁰.

Nel secondo gruppo, invece, rientrerebbero casi in cui i giudici interni si preoccupano di sottolineare la conformità dei principi interni invocati a valori e principi della comunità internazionale. Si pensi sempre alla sentenza 238/2014 e, in generale, alla prassi italiana in tema di immunità, almeno per come letta dalla dottrina maggioritaria in Italia⁴¹. Tale approccio è ancora più evidente in alcune pronunce della Corte di cassazione italiana. Infatti, nonostante nella giurisprudenza *Ferrini* sia stato in genere visto un approccio meramente *gerarchico*, tendente a ritenere la prevalenza delle norme di *jus cogens* sul diritto internazionale generale (in materia di immunità), vi è chi ci ha correttamente rilevato un approccio fondato sul *bilanciamento* tra i valori (propri dell'ordinamento internazionale) in materia

³⁷ G. CATALDI, *La Corte costituzionale e il ricorso ai 'contro-limiti' nel rapporto tra consuetudini internazionali e diritti fondamentali: 'oportet ut scancala evenian?', in Diritti umani e diritto internazionale*, 2015, p. 41 ss., p. 47.

³⁸ Corte costituzionale tedesca, sentenza del 25 dicembre 2015, cit.

³⁹ J. MALENOVSKY, *L'agonie sans fin du principe de non-invocabilité du droit interne*, cit., p. 312.

⁴⁰ Corte costituzionale russa, sentenza del 19 gennaio 2018, cit.

⁴¹ A. GUAZZAROTTI, *Il paradosso della ricognizione delle consuetudini internazionali. Note minime a Corte cost. n. 238 del 2014*, in *Forum costituzionale*, 2014; F.M. PALOMBINO, *Compliance with International Judgments: Between Supremacy of International Law and National Fundamental Principles*, in *Heidelberg Journal of International Law*, 2015, p. 503 ss.; F. SALERNO, *Giustizia costituzionale versus giustizia internazionale nell'applicazione del diritto internazionale generalmente riconosciuto*, in *Quaderni costituzionali*, 2015, p. 33 ss.; P. DE SENA, *The Judgment of the Italian Constitutional Court on State Immunity in Cases of Serious Violations of Human Rights or Humanitarian Law: A Tentative Analysis under International Law*, in *Questions of International Law*, cit.; vedano L. GRADONI, *Corte costituzionale italiana "controvento" sull'immunità giurisdizionale degli Stati stranieri?*, cit.

di tutela della sovranità statale, da un lato, e tutela della dignità umana e dei diritti umani fondamentali, dall'altro⁴². Si consideri l'ordinanza *Mantelli*, ove la Corte di cassazione ha affermato che «l'innegabile "antinomia" tra i riferiti principi (...) non può altrimenti risolversi (...) che "sul piano sistematico" dando prevalenza alle norme di rango più elevato», individuate in quelle che garantiscono «il rispetto dei diritti inviolabili della persona», che hanno assunto «anche nell'ordinamento internazionale, il ruolo di principio fondamentale, per il suo contenuto assiologico di metavalore»⁴³. Come è stato osservato,

la Corte, pur invocando la superiorità gerarchica delle norme poste a tutela dei diritti umani, perviene ad affermare la giurisdizione del giudice italiano nei confronti della Germania, non tanto sulla base della prevalenza formale del diritto cogente, ma, piuttosto, procedendo ad un'interpretazione sistematica dell'ordinamento internazionale, alla luce dei valori fondamentali che lo caratterizzano sul piano sostanziale⁴⁴.

Ma per uscire dall'Italia, si consideri il caso *Görgülü*, deciso in tempi più risulenti dalla Corte costituzionale tedesca, che ha invocato la tutela dei diritti umani di terzi che siano lesi da una pronuncia della Corte EDU al cui giudizio non abbiano partecipato, per giustificare la mancata o parziale esecuzione⁴⁵. O ancora, alla pronuncia *Kadi II* resa dalla Corte di giustizia dell'Unione europea (in questo caso, equiparabile a un giudice interno) il 18 luglio 2013, la quale ha precisato che l'annullamento dell'atto interno all'Unione⁴⁶ di attuazione di una risoluzione del Consiglio di sicurezza⁴⁷ delle Nazioni Unite si rendeva «indispensabile per garantire il giusto equilibrio tra la preservazione della pace e della sicurezza internazionali e la tutela delle libertà e dei diritti fondamentali della persona interessata, che

⁴² P. DE SENA, F. DE VITTOR, *State Immunity and Human Rights: The Italian Supreme Court Decision on the Ferrini Case*, in *European Journal of International Law*, 2005, p. 89 ss.

⁴³ Corte di cassazione, sezioni unite civili, ordinanza del 29 maggio 2008, n. 14201, *Repubblica Federale di Germania v. Mantelli e altri; Daimler-chrysler c. Mantelli e altri*.

⁴⁴ F. DE VITTOR, *Immunità degli stati dalla giurisdizione e risarcimento del danno per violazione dei diritti fondamentali: il caso Mantelli*, in *Diritti umani e diritto internazionale*, 2008, p. 144 ss., p. 145.

⁴⁵ Corte costituzionale tedesca, sentenza del 14 ottobre 2004, 2 BvR 1481/04, *Görgülü*, par. 57: «In taking into account decisions of the ECHR, the state bodies must include the effects on the national legal system of their application of the law. This applies in particular with regard to a partial system of domestic law whose legal consequences are balanced and that is intended to achieve an equilibrium between differing fundamental rights».

⁴⁶ Regolamento (CE) n. 1190/2008 della Commissione, del 28 novembre 2008, recante centunesima modifica del regolamento (CE) n. 881/2002, che impone specifiche misure restrittive nei confronti di determinate persone ed entità associate a Osama bin Laden, alla rete Al-Qaeda e ai Talebani.

⁴⁷ Consiglio di sicurezza, UN Doc. S/RES/1267 del 15 ottobre 1999.

costituiscono *valori comuni* all'ONU e all'Unione»⁴⁸. Posizioni analoghe sulla questione dell'attuazione interna delle sanzioni individuali disposte dal Comitato delle sanzioni del Consiglio di sicurezza, nell'ambito della lotta al terrorismo, sono state adottate, ad esempio, dalla Corte suprema inglese nel caso *Al-Ghabra*⁴⁹ e della Corte federale canadese nel caso *Abdelrazik*⁵⁰.

Chiarita tale distinzione, si potrebbe sostenere che, nel momento in cui il giudice interno invochi principi costituzionali che tutelano interessi propri anche dell'ordinamento internazionale, il conflitto andrebbe risolto in quest'ultimo ambito. Di qui l'affermazione di coloro che, come Peters e Preuss, ritengono che «conflicts between international law and constitutional law should be resolved by balancing in the concrete case, not on the basis of a normative hierarchy»⁵¹.

Ma è qui che si incontra quello che, almeno *per il momento*, è il secondo vicolo cieco. Per quanto i giudici interni ritengano, espressamente o implicitamente, che il bilanciamento da loro compiuto sarebbe avallato dal diritto internazionale, i giudici internazionali per il momento sembrano pensarla diversamente. Infatti, nonostante la tecnica del bilanciamento abbia rivestito in passato, e sotto certi aspetti tende a rivestire un ruolo sempre maggiore anche nell'ambito dell'ordinamento internazionale⁵², almeno per quanto riguarda il principale conflitto che questi casi sollevano, ove trasposti sul piano internazionale, i più recenti precedenti giurisprudenziali depongono in senso contrario. Si tratta del conflitto tra il principio di sovrana eguaglianza, che sottende alle norme sulle immunità degli Stati e degli organi statali, e il principio della dignità umana, che sottende al diritto alla riparazione di gravi violazioni dei diritti umani e all'esigenza di punizione dei colpevoli. Basti pensare che il ricorso alla teoria *dédoublement fonctionnel* e alla tecnica del bilanciamento era stato proposto dal giudice van den Wyngaert nella sua opinione dissenziente nel caso *Arrest Warrant*⁵³:

⁴⁸ CGUE (Grande sezione), sentenza del 13 luglio 2013, cause riunite C-584/10 P, C-593/10 P e C-595/10 P, *Kadi II*, par. 131 (corsivo aggiunto).

⁴⁹ Corte suprema inglese, sentenza del 27 gennaio 2010, UKSC 2009/0015, *Her Majesty's Treasury (Respondent) v. Mohammed al-Ghabra (FC) (Appellant)*.

⁵⁰ Corte suprema federale canadese, sentenza del 4 giugno 2009, 2009 FC 580, No. T-727-07, *Abofsian Abdelrazik ((Applicant) v. The Minister of Foreign Affairs and the Attorney General of Canada (Respondents)*.

⁵¹ A. PETERS, U.K. PREUSS, *International Relations and International Law*, in M. TUSHNET, T. FLEINER, C. SAUNDERS (eds.), *Routledge Handbook of Constitutional Law*, Londra, 2013, p. 42.

⁵² Si consenta di rinviare, sul punto, a P. DE SENA, L. ACCONCIAMESSA, *Balancing Test*, in H. RUIZ-FABRI (ed.), *Max Planck Encyclopedia of International Procedural Law*, 2021.

⁵³ CIJ, sentenza del 14 febbraio 2001, *Arrest Warrant of 11 April 2000 (Democratic Republic of the Congo v. Belgium)*.

In technical terms, the dispute was about an arrest warrant against an incumbent Foreign Minister. The warrant was, however, based on charges of war crimes and crimes against humanity (...). In a more principled way, the case was about how far States can or must go when implementing modern international criminal law. It was about the question of what international law requires or allows States to do as 'agents' of the international community when they are confronted with complaints of victims of such crimes, given the fact that international criminal courts will not be able to judge *all* international crimes. It was about *balancing two divergent interests* in modern international (criminal) law: the need of international accountability for such crimes as torture, terrorism, war crimes and crimes against humanity and the principle of sovereign equality of States, which presupposes a system of immunities.⁵⁴

Un approccio analogo è stato proposto, nello stesso caso, dai giudici Higgins, Kooijmans e Buergenthal⁵⁵, nonché, nel caso *Jurisdictional Immunities of the State*⁵⁶ dai giudici Bennouna⁵⁷ e Yusuf⁵⁸. In tali pronunce, tuttavia, la Corte internazionale di giustizia (CIG) ha ritenuto (sulla base di un ragionamento analogico, nel primo caso, e forzando la prassi, nel secondo) esistente una regola consuetudinaria che riconosceva, rispettivamente, l'immunità personale di un Ministro degli

⁵⁴ CIG, opinione dissenziente del giudice van den Wyngaert, *Arrest Warrant of 11 April 2000 (Democratic Republic of the Congo v. Belgium)*, par. 5.

⁵⁵ CIG, opinione separata congiunta dei giudici Higgins, Kooijmans e Buergenthal, *Arrest Warrant of 11 April 2000 (Democratic Republic of the Congo v. Belgium)*, par. 74-75: «The increasing recognition of the importance of ensuring that the perpetrators of serious international crimes do not unpunished (...) reflects a balancing of interests. On the one scale, we have the interest of the community of mankind to prevent and stop impunity for perpetrators of grave crimes against its members; on the other, there is the interest of the community of States to allow them to act freely on the inter-State level without unwarranted interference. A balance therefore must be struck between two sets of functions which are both valued by the international community. (...) The weights on the two scales are not set for all perpetuity».

⁵⁶ CIG, sentenza del 3 febbraio 2012, *Jurisdictional Immunities of the State (Germany v. Italy; Greece (intervening))*.

⁵⁷ CIG, opinione separata del giudice Bennouna, *Jurisdictional Immunities of the State (Germany v. Italy; Greece (intervening))*, par. 18: «One would have expected the International Court of Justice to follow that approach, which in recent decades has enabled the legal régime governing jurisdictional immunity to evolve in a way which strikes an equal balance between State sovereignties and the considerations of justice and equity operating within such sovereignties. The Westphalian system is thus gradually receding, as the individual take center stage in the international legal system».

⁵⁸ CIG, opinione separata del giudice Yusuf, *Jurisdictional Immunities of the State (Germany v. Italy; Greece (intervening))*, par. 28: «When jurisdictional immunities come into conflict with fundamental rights consecrated under human rights or humanitarian law, for which the forum State has an obligation to secure and enforce in its territory, and whose realization reflects basic values of the international community, it is much more appropriate to have regard to the manner in which, under contemporary international law, "[a] balance (...) must be struck between two sets of functions which are both valued by the international community"».

affari esteri in carica anche in caso di crimini contro di guerra e contro l'umanità, e l'immunità degli Stati dalla giurisdizione anche in relazione a gravi violazioni del diritto internazionale umanitario. Al bilanciamento avrebbe potuto ricorrere ove la Corte avesse ritenuto inesistente la regola consuetudinaria (come sostenuto da Gradoni e Tanzi in relazione a quella rilevante in *Germania c. Italia*⁵⁹), e preso quindi atto dell'esistenza di una lacuna normativa nell'ordinamento internazionale per ciò che concerne la specifica questione sottopostale. In quel caso, infatti, la Corte avrebbe potuto (o dovuto?) procedere a rilevare la disciplina normativa del caso alla luce del giusto equilibrio dei principi rilevanti, quali il principio di uguaglianza sovrana, che sottende alla regola dell'immunità, il principio della sovranità territoriale, e propende verso il riconoscimento della giurisdizione dello Stato del foro, e quello di tutela della dignità umana, che tende verso il riconoscimento della possibilità di ottenere una forma di riparazione alle vittime di gravi crimini internazionali.

Nella stessa materia, la Corte EDU, per sua parte, ha rinunciato a compiere essa stessa un bilanciamento, adeguandosi a quello che ritiene imposto dal diritto internazionale in materia di immunità. Al riguardo si vedano, in particolare, le celebri pronunce nei casi *Al-Adsani*⁶⁰ e *Jones*⁶¹, ma anche casi più recenti in cui si è posto analogamente il conflitto tra immunità e diritto di accesso al giudice⁶² e la Corte è giunta alle medesime conclusioni.

Per cambiare settore materiale dell'ordinamento, bisogna rilevare che anche alcuni tribunali arbitrali investitore-Stato tendono ad escludere che le norme costituzionali (e internazionali) sulla tutela dei diritti umani possano prevalere sulla base di un bilanciamento sugli obblighi internazionali derivanti dai trattati bilate-

⁵⁹ A. TANZI, L. GRADONI, *Immunità dello Stato e crimini internazionali tra consuetudine e bilanciamento: note critiche a margine della sentenza della Corte internazionale di giustizia del 3 febbraio 2012*, in *La comunità internazionale*, 2012, p. 203 ss.

⁶⁰ Corte EDU, sentenza del 21 novembre 2001, ric. n. 35763/97, *Al-Adsani c. Regno Unito*, par. 56: «measures taken by a High Contracting Party which reflect generally recognised rules of public international law on State immunity cannot in principle be regarded as imposing a disproportionate restriction of the right of access to a court as embodied in Article 6, para. 1, of the Convention. Just as the right of access to a court is an inherent part of the fair trial guarantee in that Article, so some restrictions on access must likewise be regarded as inherent, as example being those limitations generally accepted by the community of nations as part of the doctrine of State immunity».

⁶¹ Corte EDU, sentenza del 14 gennaio 2014, ric. n. 34356/06 e 40528/06, *Jones and others v. the United Kingdom*, par. 195.

⁶² Corte EDU, sentenza del 16 marzo 2021, ric. n. 45187/21, *Hussein and others v. Belgium*, par. 73; Corte EDU, sentenza del 12 ottobre 2021, ric. n. 11625/17, *J.C. and others v. Belgium*, par. 73; Corte EDU, decisione del 27 gennaio 2022, ric. n. 21119/19, *Association of the relatives of the victims of Joola v. France*.

rali di investimento (BIT), ricorrendo a volte ad interpretazioni artificiose per escludere l'esistenza di un conflitto. Nel caso *CSM c. Argentina*, ad esempio, il tribunale arbitrale ha pretestuosamente ritenuto che, posto che la Costituzione argentina tutela il diritto di proprietà, non sussiste un contrasto con il BIT, in quanto tutelano, appunto, gli stessi interessi⁶³.

4. I principi costituzionali come interesse essenziale dello Stato: prospettive in tema di invocabilità della causa di esclusione dell'illecito della necessità

Il tema del bilanciamento, tuttavia, suggerisce un'altra possibile strada, ancora poco battuta. Potrebbe realizzarsi, infatti, un secondo spostamento di prospettiva. Piuttosto che ragionare sul bilanciamento sul piano delle norme primarie, potrebbe invocarsi una norma secondaria che espressamente richiede un bilanciamento. Si finirebbe, quindi, in una strada parallela alla prima, tornando a trattare di esclusione dell'illecito, ma nell'ambito di una norma già presente nell'ordinamento internazionale: la necessità così come codificata all'art. 25 del Progetto di articoli della CDI. Essa, infatti, «is currently understood to concern a predicament resulting from a *clash of interests*»⁶⁴.

Sono le sentenze gemelle del Tribunale di Firenze, le nn. 2468⁶⁵ e 2469⁶⁶ del 6 luglio 2015, ad indicarci (indirettamente) tale direzione. In esse, dopo aver fatto riferimento alla «necessità giuridica, imposta dalla Costituzione italiana, di negare l'immunità in ossequio ai principi supremi dell'ordinamento», il giudice fiorentino ha invocato l'esimente della necessità, sia pur di diritto interno⁶⁷, per rigettare la domanda di manleva proposta dalla Germania nei confronti dell'Italia. Al riguardo, ha affermato che detta esimente «trova, nel caso in esame, fondamento normativo interno nell'art. 2045 c.c., essendo l'Italia stata costretta a consumare

⁶³ Si veda, ad esempio, ICSID, lodo del 12 maggio 2005, ric. n. ARB/01/8, *CMS Gas Transmission Company v. Argentine Republic*, par. 121.

⁶⁴ F. PADDEU, *Justification and Excuse in International Law. Concept and Theory of General Defences*, Oxford, 2018, p. 412.

⁶⁵ Tribunale di Firenze, sentenza del 6 luglio 2015, n. 2468.

⁶⁶ Tribunale di Firenze, sentenza del 6 luglio 2015, n. 2469.

⁶⁷ Cod. civ. italiano, art. 2045: «Quando chi ha compiuto il fatto dannoso vi è stato costretto dalla necessità di salvare sé od altri dal pericolo attuale di un danno grave alla persona e il pericolo non è stato da lui volontariamente causato né era altrimenti evitabile, al danneggiato è dovuta un'indennità, la cui misura è rimessa all'equo apprezzamento del giudice».

l'illecito (...) dalla necessità di salvare il personalissimo diritto alla tutela, in via giurisdizionale, della dignità [umana dell'attore]».

Si potrebbe pertanto tentare di trasporre tale esimente dal piano interno al piano internazionale, nell'ambito del caso *Germania c. Italia n. 2*, in cui la prima agisca dinnanzi alla CIG sostenendo che, nonostante la sentenza del febbraio 2012, l'Italia abbia continuato a violare l'immunità giurisdizionale della Germania. In un tal caso, ormai non più così ipotetico⁶⁸, si potrebbe immaginare che l'Italia, non potendo negare di aver reiterato le medesime condotte che avevano portato alla sua condanna sul piano internazionale, invochi la necessità per giustificare le proprie condotte (tra cui, in primo luogo, la sentenza 238/2014 della Corte costituzionale). Ciò richiederebbe inevitabilmente qualche forzatura, e il nostro sentiero prenderebbe le sembianze di una corsa a ostacoli. Come è noto, infatti, per una pluralità di ragioni (e, in particolare, la necessità di evitare abusi da parte degli Stati) l'art. 25 del Progetto di articoli è stato formulato in termini negativi⁶⁹. Esso prevede, al par. 1, che uno Stato *non* possa invocare lo stato di necessità come causa di esclusione di un illecito *a meno che* l'atto necessitato costituisca l'*unico mezzo* per proteggere un *interesse essenziale* da un *pericolo grave e imminente* (lett. a) e *sempre che* tale atto non leda un interesse essenziale dello Stato leso o della comunità internazionale (lett. b). Il par. 2 aggiunge che la necessità non può in ogni caso essere invocata qualora l'obbligo violato lo escluda espressamente (lett. a) o lo Stato abbia contribuito a creare la situazione di necessità (lett. b).

Il primo ostacolo, forse il più facilmente superabile, consisterebbe nel dimostrare che la tutela del diritto di accesso alla giustizia (o, più ampiamente, dei diritti umani) costituisca un *interesse essenziale dello Stato*. È in questa sede che verrebbe in rilievo il diritto costituzionale dello Stato (nel nostro 'fanta-processo', italiano). Il diritto interno (costituzionale) opererebbe come un *mero fatto*, idoneo a dimostrare il contenuto e l'essenzialità dell'interesse, in ossequio a un altro consolidato principio di diritto (del processo) internazionale, esplicitato dalla CPGI nella sen-

⁶⁸ Al momento in cui questo scritto è stato concluso non era ancora stato depositato il ricorso *Questions of Jurisdictional Immunities of the State and Measures of Constraint against State-Owned Property (Germany v. Italy)*, presentato dalla Germania il 29 aprile 2022. La Germania chiedeva anche l'adozione di misure provvisorie, in ragione dell'imminente adozione di misure esecutive coercitive nei confronti di beni di proprietà tedesca siti in Roma. In ragione dell'introduzione, da parte del Governo italiano, di un fondo che provvederà al ristoro dei danni in favore delle vittime che abbiano ottenuto una sentenza di condanna nei confronti della Germania, quest'ultima ha ritirato la domanda cautelare.

⁶⁹ CDI, *Draft Articles on Responsibility of States for Internationally Wrongful Acts, with commentaries*, cit. art. 25.

tenza del 25 agosto 1925 nel caso *Certain German interests in Polish Upper Silesia*⁷⁰. Ad esempio, nel lodo *Urbaser c. Argentina* dell'8 dicembre 2016 un tribunale arbitrale, nel valutare l'invocabilità della necessità per giustificare la violazione di un BIT, ha riconosciuto che «the Government of Argentina [was] under an obligation, based on Constitutional Law as well as on elementary policy of protecting the population's health, to preserve their access to drinking water»⁷¹.

Il problema, con riguardo a tale elemento dell'art. 25, riguarda il significato che si attribuisca al termine *interesse* e se questo possa riferirsi alla tutela di un *diritto individuale*. La possibilità di inquadrare la tutela dei diritti umani nell'ambito della necessità, proprio sulla base di tale questione, è stata esclusa da Conforti, il quale riteneva che «[n]eanche bisogna riportare ad una norma generale sulla necessità i casi in cui lo Stato agisca per difendere “diritti” e non semplici “interessi”, sia pure vitali, come è il caso dei diritti umani fondamentali che lo Stato è tenuto a osservare nei confronti della sua popolazione e che lo possono indurre, per rispettarli, a violare norme meno cogenti»⁷². Tale obiezione non sembra, tuttavia, insuperabile. È stato infatti rilevato che, a seguito dell'incredibile espansione del diritto internazionale, è ben possibile che l'interesse che si intende proteggere con la condotta necessitata sia tutelato nell'ordinamento internazionale da una qualche regola o principio⁷³. Peraltro, la giurisprudenza della CIG in materia non sembra dare rilievo alla distinzione tra interesse essenziale, ma non cristallizzato in norme di diritto, e diritti che, in quanto giuridicamente protetti, non potrebbero essere invocati ai sensi dell'art. 25 del Progetto di articoli. Nel caso *Gabčíkovo-Nagyymaros*, ad esempio, la Corte ha riconosciuto l'essenzialità dell'interesse alla tutela dell'ambiente⁷⁴, nonostante nell'opinione consultiva sulle *Nuclear Weapons* avesse riconosciuto che esiste un obbligo generale di prevenzione del danno ambientale che «is now part of the corpus of international law relating to the environment»⁷⁵. Anzi, così come il diritto costituzionale può dimostrare l'essenzialità dell'interesse per lo Stato, l'esistenza di norme internazionali può dimostrarne l'essenzialità per

⁷⁰ CPGI, sentenza del 25 agosto 1925, *Certain German Interests in Polish Upper Silesia (Germany v. Poland)*.

⁷¹ ICSID, lodo dell'8 dicembre 2016, ric. n. ARB/07/26, *Urbaser S.A. and Consorcio de Aguas Bilbao Bizkaia, Bilbao Bizkaia Ur Partzuergoa v. Argentine Republic*, par. 773.

⁷² B. CONFORTI, *Diritto internazionale*, cit., p. 402.

⁷³ F. PADDEU, *Justification and Excuse in International Law. Concept and Theory of General Defences*, cit., p. 416-417.

⁷⁴ CIG, sentenza del 25 settembre 1997, *Gabčíkovo-Nagyymaros Project (Hungary/Slovakia)*, par. 53.

⁷⁵ CIG, parere consultivo dell'8 luglio 1996, *Legality of the Threat of Use of Nuclear Weapons*, par. 29.

la comunità internazionale⁷⁶. Ed infatti, la CDI ha specificato che l'interesse protetto dalla condotta necessitata può essere anche riferito alla comunità internazionale nel suo complesso⁷⁷.

In sintesi, l'essenzialità dell'interesse alla tutela dei diritti umani sarebbe dimostrata, *per lo Stato*, dal proprio diritto costituzionale e, *per la comunità internazionale*, dall'esistenza del diritto internazionale dei diritti umani, in quanto posto a tutela di valori fondamentali della medesima⁷⁸. La necessità è stata infatti invocata per svariati interessi e la stessa CDI ha superato l'approccio restrittivo secondo cui un interesse sarebbe essenziale solo quando riferito alla sopravvivenza dello Stato⁷⁹.

Chiarito che la tutela dei diritti umani potrebbe qualificarsi come interesse essenziale, dovrebbe dimostrarsi che quest'ultimo fosse esposto a un pericolo grave e imminente⁸⁰. La nozione sembra invocare una minaccia natura *fisica*, tangibile. Ed infatti, nei rari casi in cui la necessità è stata riconosciuta in relazione alla tutela dei diritti umani si trattava di reagire a minacce che mettevano in pericolo lo Stato, come ente, o la popolazione. Nel caso *Urbaser*, ad esempio, l'Argentina sosteneva che la popolazione si trovasse in una situazione di estrema vulnerabilità per ciò che concerne l'accesso all'acqua potabile⁸¹. Il grave pericolo era riferito, quindi, alla sopravvivenza della popolazione, nel contesto della crisi argentina e dei connessi «economic, institutional and social disturbances suffered by the country and its population»⁸². Tuttavia, la limitazione a un pericolo materiale (in quel caso, per la vita umana) è connaturata al *distress* di cui all'art. 24 del Progetto

⁷⁶ Sull'individuazione di un *legal interest*, riconosciuto dell'ordinamento internazionale e pertanto meritevole di tutela giuridica, si veda CIG, sentenza del 18 luglio 1966, *South West Africa (Ethiopia v. South Africa; Liberia v. South Africa) Second Phase*, par. p. 252 ss., e l'opinione dissenziente del giudice Tanaka annessa alla medesima.

⁷⁷ CDI, *Draft Articles on Responsibility of States for Internationally Wrongful Acts, with commentaries*, cit., art. 25, Commentario, par. 15.

⁷⁸ C. RYNGAERT, *State Responsibility, Necessity and Human Rights*, in *Netherlands Yearbook of International Law*, 2010, p. 79 ss., p. 84; R.D. SLOANE, *On the Use and Abuse of Necessity in the Law of State Responsibility*, in *American Journal of International Law*, 2011, p. 447 ss., p. 508.

⁷⁹ CDI, *Draft Articles on Responsibility of States for Internationally Wrongful Acts, with commentaries*, cit., art. 25, Commentario, par. 14. Ma si veda, *contra*, ICSID, ric. n. ARB/02/16, lodo del 28 settembre 2008, *Sempra Energy International v. Argentine Republic*, par. 348: «The tribunal has no doubt that there was a sever crisis (...). Yet, the argument that such a situation compromised the very existence of the State and its independence and thereby qualified as one involving an essential State interest, is not convincing».

⁸⁰ CDI, *Draft Articles on Responsibility of States for Internationally Wrongful Acts, with commentaries*, cit., art. 25, Commentario, par. 15.

⁸¹ ICSID, *Urbaser*, cit., par. 698-702.

⁸² *Ivi*, par. 717.

di articoli⁸³, e nulla sembra escludere che l'art. 25 prenda in considerazione una gamma più ampia di pericoli, qualificati alla luce dell'interesse rilevante.

Anche ove si volesse interpretare in termini ampi la nozione di pericolo, e almeno nel caso qui trattato, il vero ostacolo consisterebbe nel dimostrare che la violazione dell'obbligo – la mancata attuazione della sentenza della CIG – rappresentasse l'*unico mezzo disponibile* per proteggere l'interesse. È più che probabile che la CIG riterrebbe, sempre nel caso preso ad esempio, che degli strumenti alternativi fossero disponibili, come la riapertura dei negoziati con la Germania, suggerita del resto nella pronuncia inattuata⁸⁴, posto che nell'art. 25 del Progetto di articoli «the word way (...) is not limited to unilateral action but may also comprise other forms of conduct available through cooperative action with other States»⁸⁵. O, addirittura, l'Italia avrebbe potuto precedere spontaneamente al pagamento delle riparazioni⁸⁶, dato che «the plea [of necessity] is excluded if there are other (otherwise lawful) means available, even if they may be more costly or less convenient»⁸⁷. Nel caso del giudizio fiorentino del 2015, ciò sarebbe stato possibile accogliendo la domanda di manleva proposta dalla Germania. Ma, a parere di chi scrive, la risposta a tale questione varia a seconda da quale sia l'interesse che si intende proteggere. Se lo scopo è garantire la tutela *giurisdizionale* della dignità umana (come ritenuto dal giudice fiorentino nelle sentenze gemelle), in assenza di rimedi alternativi (negati dalla Germania), allora bisogna anche riconoscere che la negazione dell'immunità era l'unico mezzo disponibile per tutelare quello specifico interesse essenziale, dello Stato e della comunità internazionale.

Ma, nel caso di specie, si porrebbero anche problemi in merito al requisito del non aver contribuito a causare la situazione di necessità. Tale condizione è stata interpretata in passato in termini particolarmente stringenti. Nel caso *National Grid c. Argentina* un tribunale arbitrale ha ritenuto che le misure adottate dall'Argentina per fronteggiare la crisi avessero contribuito ad aggravarla e, quindi, a causare lo stato di necessità⁸⁸. Un approccio meno restrittivo è stato adottato

⁸³ CDI, *Draft Articles on Responsibility of States for Internationally Wrongful Acts, with commentaries*, cit., art. 24.

⁸⁴ CIG, *Jurisdictional Immunities of the State*, cit., par. 104.

⁸⁵ CDI, *Draft Articles on Responsibility of States for Internationally Wrongful Acts, with commentaries*, cit., art. 25, Commentario, par. 15.

⁸⁶ Come suggerito da P. PALCHETTI, *Judgment 238/2014 of the Italian Constitutional Court: In Search of a Way Out*, in *Questions of International Law*, 2014, pp. 44 ss., p. 47.

⁸⁷ CDI, *Draft Articles on Responsibility of States for Internationally Wrongful Acts, with commentaries*, cit., art. 25, Commentario, par. 15.

⁸⁸ ICSID, lodo del 3 novembre 2008, ric. n. ARB/07/26, *National Grid P.L.C. v. Argentine Republic*, par. 260.

in *Urbaser*, ove il tribunale ha ritenuto che al fine di accertare tale elemento sarebbe necessario valutare l'esistenza di un nesso di causalità tra la condotta dello Stato la situazione di necessità, oltre ad elementi che facciano emergere che esso sapesse o avrebbe dovuto sapere che le proprie azioni l'avrebbero causata⁸⁹.

Arrivando, infine, al motivo per cui ci siamo addentrati in tale sentiero impervio, ovvero il bilanciamento espressamente richiesto dall'art. 25 del Progetto di articoli⁹⁰, bisogna considerare che esso, secondo la formulazione della disposizione, è a *sensu unico*. Il bilanciamento, infatti, propende in linea di principio a favore dell'interesse leso dalla condotta necessitata. Ciò non esclude che si possa provare a realizzarlo. L'inquadramento della questione nell'ambito dell'art. 25 richiederebbe alla CIG quel bilanciamento che nel caso *Germania c. Italia* ha ritenuto di non poter compiere, avendo forzato la prassi per individuare una regola consuetudinaria asseritamente disciplinante il caso di specie. Nell'ambito della necessità, intesa come causa escludente l'illecito (più precisamente, come scusate della condotta, che ne esclude la responsabilità internazionale), invece, essa potrebbe realizzare esattamente quella valutazione in concreto tra, da un lato, il diritto sacrificato (l'immunità e il sottostante principio di sovranità) e, dall'altro, l'interesse alla tutela della dignità umana. Con ciò la CIG non starebbe ricavando una norma non scritta sulla base di principi, pur in assenza di prassi, posto che l'eventuale «prevalenza dell'interesse essenziale [tutelato dalla condotta necessitata] non esprime (...) la superiorità di una corrispondente fattispecie astratta, risultando, viceversa, decretata in funzione di considerazioni etiche ed equitative, rapportate alle concrete esigenze della collettività»⁹¹. Il giudizio di bilanciamento di cui all'art. 25, cioè, non produce una nuova regola né modifica la regola consuetudinaria suppostamente esistente. L'art. 25, espressamente, richiede che il giudice «must look at the situation as a whole and determine (...) what interest ought to prevail or, what is the same, what is the lesser of two evils»⁹², prendendo in considerazione la gravità e irreparabilità del pregiudizio che deriva all'uno e all'altro interesse e gli sforzi compiuti dagli Stati per evitare la situazione di necessità. Qui, restando nell'ambito dell'esempio dell'immunità, ci si scontrerebbe con l'importanza che il principio di sovranità riviste, tanto per lo Stato leso, quanto

⁸⁹ ICSID, *Urbaser*, cit., par. 711-14.

⁹⁰ CDI, *Draft Articles on Responsibility of States for Internationally Wrongful Acts, with commentaries*, cit., art. 25, Commentario, par. 17.

⁹¹ G. SCALESE, *La rilevanza delle scusanti nella teoria dell'illecito internazionale*, Napoli, 2008, p. 117.

⁹² F. PADDEU, *Justification and Excuse in International Law. Concept and Theory of General Defences*, cit., p. 417.

per la comunità internazionale nel suo complesso. Ma il giudizio di proporzionalità che il bilanciamento richiede potrebbe mostrare che sarebbe tanto più grave il pregiudizio reso alla dignità umana rispetto alla negazione dell'immunità, almeno nel caso concreto.

5. Conclusioni

In conclusione, le possibili strade paiono al momento sbarrate, nessuna forse definitivamente e, quanto alla seconda e alla terza, a seconda delle circostanze del caso concreto.

La strada della formazione in via consuetudinaria di una specifica causa di esclusione dell'illecito, probabilmente, sarà nuovamente solcata alla luce delle recentissime pronunce della *Central District Court* di Seul e del Tribunale supremo brasiliano. In quella sede, espressamente richiamando i precedenti italiani, l'immunità è stata negata in quanto le norme costituzionali supreme in materia dei diritti umani fondamentali sono state ritenute prevalenti sulla medesima⁹³. Bisogna però anche considerare che, come rilevato *supra*, l'*opinione* che sembra sorreggere tali pronunce non sempre sembra andare nella direzione di ritenere la condotta giustificata *sul piano del diritto internazionale*.

La seconda strada, almeno nel caso dell'immunità, sembra preclusa dalla *supposta* esistenza di regole consuetudinarie, che esclude la possibilità di ricorrere a un bilanciamento, indipendentemente dal fatto che i principi invocati dai giudici interni tutelino valori *consustanziali* (condivisi tra ordinamenti interni e internazionale⁹⁴). Che il bilanciamento degli interessi, *secondo il diritto internazionale*, propenda ancora a favore dell'immunità è stato anche ritenuto nelle recenti pronunce della Corte EDU sopra menzionate⁹⁵. In dette pronunce la Corte ha escluso nuovamente che il diritto d'accesso alla giustizia risulti violato quando la limitazione⁹⁶

⁹³ C. RYNGAERT, H.-M. KIM, *Justice for World War II's 'Comfort Women': Lessons from the Seoul District Court's Rejection of Japan State Immunity*, in *Blog van het Utrecht Centre for Accountability and Liability Law*, 23 febbraio 2021, che hanno ritenuto che la pronuncia sud-coreana sia «an exemplar of constitutional rights trumping incompatible public international law norms».

⁹⁴ A. TZANAKOPOULOS, *Domestic Courts in International Law: The International Function of National Courts*, in *Loyola of Los Angeles International and Comparative Law Review*, 2011, pp. 133 ss.

⁹⁵ Corte EDU, *Hussein*, cit., par. 73; Corte EDU, *J.C. and others*, cit., par. 73.

⁹⁶ Nel caso *Hussein* la limitazione consisteva nella chiusura di un processo per gravi crimini internazionali precedentemente instaurato sulla base del criterio della giurisdizione penale universale *assoluta*, e nell'ambito del quale le vittime chiedevano un risarcimento come parti civili. Nel caso *J.L.* si trattava del riconoscimento dell'immunità della Santa Sede, in un processo civile per risarcimento

derivi dall'esigenza di considerare *anche* le regole di diritto internazionale generale in materia di immunità⁹⁷. Che tale approccio sia eccessivamente restrittivo e non più, a parere di scrive, in linea con l'attuale assetto dei valori dell'ordinamento internazionale, è un altro discorso. Ma trattarlo spingerebbe verso innumerevoli altri sentieri, e non è possibile farlo in questa sede.

Quanto, infine, alla terza strada, almeno in linea di principio nulla sembra escludere che la tutela dei diritti umani possa essere inquadrata nell'ambito della necessità, e che il diritto costituzionale possa fungere da fatto idoneo a dimostrare l'essenzialità dell'interesse per lo Stato. Nella specifica controversia tra Germania e Italia sarebbero gli altri stringenti requisiti della difesa in oggetto ad escluderne l'invocabilità. Ciò non toglie che, da un punto di vista generale, l'inquadrabilità della tutela dei diritti umani nell'ambito dello stato di necessità merita di essere approfondita.

In conclusione, seppure la possibilità di invocare i principi costituzionali supremi (in materia di tutela dei diritti umani fondamentali) sembri incontrare notevoli difficoltà, tanto teoriche quanto pratiche, nulla sembra escluderlo *a priori*. Laddove utilizzata in modo non strumentale alla tutela di interessi egoistici del singolo Stato, bensì alla progressiva espansione della tutela di interessi collettivi della comunità internazionale, essa potrebbe garantire, al contempo, lo sviluppo del diritto internazionale e la soluzione di numerose delle situazioni di contrasto che attualmente lo vedono in opposizione ai singoli ordinamenti interni, e alle corti supreme dei medesimi che ne rivendicano la protezione.

dei danni derivanti da presunti atti di violenza sessuale commessi da membri del clero della chiesa cattolica in territorio belga.

⁹⁷ Ma si consideri anche il recente caso deciso dalla Grande camera in cui si trattava di stabilire se la Svizzera avesse violato il diritto di accesso alla giustizia per aver declinato la propria giurisdizione rispetto a una richiesta di risarcimento dei danni cagionati, in uno Stato terzo, a seguito di crimini internazionali (nel caso di specie, atti di tortura). La Corte ha riconosciuto che, seppure auspicabile, non esiste nel diritto internazionale una norma che obblighi gli Stati a esercitare la propria giurisdizione in tali casi (Corte EDU (Grande camera), sentenza del 15 marzo 2008, ric. n. 41357/07, *Nait-Liman v. Svizzera*). Si veda, tuttavia, l'Opinione dissenziente del giudice Serghides, par. 103, secondo cui «[e]ven in a case where the aim is legitimate, if the proportionality test leads to no access to a court at all, without merely regulating this right, it is certain that there must be an error somewhere in the balancing test or in the interpretation and application of the relevant provision of domestic law».

Adattamento «a rovescio» e obblighi a realizzazione progressiva: una (possibile) lettura

LAURA MAGI*

SOMMARIO: 1. Ragioni del legame fra obblighi a realizzazione progressiva e adattamento del diritto internazionale al diritto interno. – 2. ORP *in a nutsbell*: obblighi ontologicamente pensati per lasciar spazio ad altri interessi statali. – 2.1. (*segue*) Le eccezioni al divieto di misure regressive. – 2.2 (*segue*) le misure di *austerity* adottate durante la crisi economico-finanziaria iniziata nel 2008. – 3. ORP e limiti al diritto interno: la nozione di *minimum core content*. – 4. Note conclusive.

ABSTRACT: Accogliendo un'ampia nozione di adattamento, il contributo tenta di spiegare, sinteticamente, in quale misura gli obblighi a realizzazione progressiva realizzano una forma di adattamento del diritto internazionale al diritto interno.

PAROLE CHIAVE: Adattamento a rovescio – obblighi a realizzazione progressiva – divieto di regressione – *minimum core content*.

1. Ragioni del legame fra obblighi a realizzazione progressiva e adattamento del diritto internazionale al diritto interno

Il legame fra obblighi a realizzazione progressiva (ORP) e adattamento del diritto internazionale al diritto interno può non apparire evidente a prima vista.

Per comprenderlo è necessario spingere lo sguardo oltre l'art. 46 della Convenzione di Vienna sul diritto dei trattati, ed accogliere una nozione di adattamento che non è limitata alla «introduzione [in un ordinamento] delle variazioni imposte dalle norme di [un altro ordinamento]»¹, e neppure all'ulteriore fenomeno del *rinvio* (recettizio e non) del diritto internazionale al diritto interno². Piuttosto è necessario riferirsi alla più ampia presa in considerazione, da parte

* Laura Magi, Professoressa associata di diritto internazionale, Università di Firenze, laura.magi@unifi.it.

¹ G. MORELLI, *Nozioni di diritto internazionale*, VII ed., Padova, 1967, p. 85.

² *Ivi*, p. 76 ss.

dell'ordinamento internazionale, di interessi generali dell'ordinamento interno che nel suo diritto trovano espressione. Questa più ampia nozione di adattamento (comunemente distinta dall'adattamento tradizionale, e qualificata con la differente espressione di coordinamento), giustifica l'accostamento di tale concetto a quello degli ORP.

Le caratteristiche strutturali degli ORP e la natura *relativa* del divieto di adottare misure regressive (divieto, quest'ultimo, che degli ORP costituisce il rovescio della medaglia), permettono agli Stati che sono tenuti a darvi esecuzione di tener conto di e lasciar spazio all'attuazione di norme del diritto interno che riflettono interessi statali diversi, in alcuni casi antagonisti; per questo gli ORP incarnano una forma di adattamento 'a rovescio'.

A confermarlo è anche il fatto che gli organi di controllo garanti del rispetto degli ORP non hanno mancato di porre limiti alla ricezione di istanze provenienti dagli ordinamenti interni. Questo è accaduto per mezzo dell'elaborazione della nozione di 'livello minimo essenziale' di protezione da garantire ai diritti individuali corrispondenti agli ORP; come gli ordinamenti interni pongono limiti all'adattamento dell'ordinamento al diritto internazionale, così fa quest'ultimo.

Nei paragrafi che seguono sarà meglio chiarito il manifestarsi dell'adattamento 'a rovescio' sia come conseguenza del contenuto degli obblighi a realizzazione progressiva (par. 2), che delle eccezioni all'obbligo di non regressione (paragrafi 2.1 e 2.2). L'obbligo di non pregiudicare il contenuto minimo essenziale dei diritti individuali che gli Stati devono garantire in ottemperanza agli ORP rappresenta invece un limite alla presa in considerazione di istanze provenienti dagli ordinamenti interni che, come sarà meglio chiarito paragonando la nozione di contenuto minimo essenziale con il parametro del 'contenuto essenziale' dei diritti costituzionalmente garantiti (paragrafi 3 e 4), conferma che gli ORP realizzano una forma di adattamento.

2. ORP *in a nutshell*: obblighi ontologicamente pensati per lasciar spazio ad altri interessi statali

L'espressione «obblighi a realizzazione progressiva» è riferita ad obblighi che impongono allo Stato di procedere all'adozione di misure di differente natura in vista di assicurare, gradualmente, l'esercizio effettivo di diritti individuali che hanno *quasi* esclusivamente la natura di diritti economici, sociali e culturali (ad esem-

pio il diritto al cibo, alla salute, all'abitazione, all'istruzione, al lavoro, alla sicurezza sociale, ad un ambiente salubre e via dicendo).³ ORP sono contenuti, ad esempio, nel Patto sui diritti economici, sociali e culturali (da ora in avanti il Patto), nella Carta sociale europea, nel Protocollo addizionale alla Convenzione americana dei diritti dell'uomo nell'area dei diritti economici, sociali e culturali. Anche altri accordi internazionali contengono, seppur in quantità minore, ORP, ad esempio la Convenzione sui diritti del bambino, quella sui diritti delle persone con disabilità, la Convenzione contro ogni forma di discriminazione razziale, la Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea. In alcune delle convenzioni sopra menzionate è infatti prevista una disposizione che, nel chiarire la natura degli obblighi, precisa che gli Stati hanno assunto l'impegno ad agire in vista di assicurare progressivamente il pieno esercizio dei diritti riconosciuti (art. 2, par. 1, del Patto; art. 26 della Convenzione americana dei diritti dell'uomo; art. 4 della Convenzione sui diritti del bambino, art. 4, par. 2, della Convenzione sui diritti delle persone disabili), anche se ciò non implica che tutti gli obblighi derivanti da questi accordi abbiano natura progressiva.

Gli ORP, non essendo per loro stessa natura immediatamente eseguibili, consentono agli Stati – che sono comunque obbligati ad adottare misure che mirano ad una loro progressiva realizzazione – di tener in considerazione l'esigenza di dare soddisfazione ad altri interessi rispetto a quelli protetti dalla norma internazionale e che con essi sono in competizione in termini di risorse da utilizzare per la loro realizzazione⁴.

2.1. (segue) Le eccezioni al divieto di misure regressive

Anche se ontologicamente pensati per consentire allo Stato di perseguire contemporaneamente fini diversi, gli ORP comportano il divieto di adottare misure regressive. Il divieto in esame viene qui in rilievo per due distinti motivi.

³ Cfr. M.M SEPÚLVEDA, *The Nature of the Obligations under the International Covenant on Economic, Social and Cultural Rights*, Antwerpen, 2003, p. 316 ss.; R. PISILLO MAZZESCHI, *Responsabilité de l'État pour violation des obligations positives relatives aux droits de l'homme*, in *Recueil des cours*, vol. 333, 2008, in particolare pp. 290-302 e 429 ss.; ID., *Sulla natura degli obblighi internazionali di tutela dei diritti economici, sociali e culturali*, in G. VENTURINI, S. BARIATTI (a cura di), *Diritti individuali e giustizia internazionale. Liber Fausto Pocar*, Milano, 2009, p. 715 ss. e in F. BESTAGNO (a cura di), *I diritti economici, sociali e culturali: Promozione e tutela nella comunità internazionale*, Milano, 2009, p. 3 ss.; più recentemente R. PISILLO MAZZESCHI, *Diritto internazionale dei diritti umani. Teoria e prassi*, Torino, 2020, p. 111 ss.

⁴ P. ALSTON, G. QUINN, *The Nature and Scope of States Parties' Obligations under the International Covenant on Economic, Social and Cultural Rights*, in *Human Rights Quarterly*, 1987, pp. 156-229; R. PISILLO MAZZESCHI, *Responsabilité de l'État*, cit., p. 179 ss.

In primo luogo, per garantirne il rispetto gli Stati non devono ridurre il livello di protezione che viene assicurata ai diritti economici, sociali e culturali dal diritto interno al momento dell'assunzione dell'obbligo di non regressione. È dunque possibile dire che per effetto dell'obbligo in esame il diritto internazionale opera quello che G. Morelli avrebbe definito un «rinvio non recettizio» del diritto internazionale al diritto interno, vale a dire quella forma di rinvio che ricorre quando le norme internazionali si riferiscono a valutazioni giuridiche che dipendono dall'ordinamento interno⁵. La norma interna anteriore viene infatti recepita dalla norma internazionale che vieta di regredire e finisce per essere il parametro che quest'ultima utilizza per valutare la norma interna posteriore.

In secondo luogo, il divieto di regressione viene qui in rilievo poiché non ha natura perentoria, bensì *relativa*, e ciò consente di recepire, nell'ordinamento internazionale, istanze provenienti dal diritto interno. Sull'esistenza dell'obbligo di non regressione e sul suo carattere *relativo* si è espresso il Comitato per i diritti economici, sociali e culturali (da ora in avanti il Comitato). Nel *General Comment No. 3* relativo alla natura degli obblighi degli Stati parti del Patto, il Comitato ha osservato che «any deliberately retrogressive measures [...] would require the most careful consideration and would need to be fully justified by reference to the totality of the rights provided for in the Covenant and in the context of the full use of the maximum available resources»⁶. È stato inoltre osservato, correttamente, che tale dichiarazione «create[s] a presumption that 'deliberately retrogressive measures' constitute a *prima facie* violation of the Covenant», presunzione che non esclude la liceità di misure regressive, ma sposta l'onere di provarla a carico degli Stati che le hanno adottate⁷. Non sarà certo facile dimostrare che l'adozione di misure regressive soddisfa le condizioni poc'anzi ricordate, ma non v'è dubbio che ammetterne l'adozione garantisce che una 'via d'accesso' all'ingresso di altri interessi statali venga lasciata aperta. La stessa ammissione nel citato *General Comment* dell'esistenza, per ogni diritto che le Parti si impegnano a garantire, di un «minimum essential level» di protezione da realizzare⁸ costituisce un'ulteriore indiretta conferma dell'ammissibilità di misure regressive e, al tempo stesso, comporta l'individuazione di un limite oltre il quale la loro adozione darà

⁵ G. MORELLI, *Nozioni*, cit., p. 81

⁶ Comitato dei diritti economici, sociali e culturali, *General Comment No. 3: The Nature of States Parties' Obligations (Art. 2, Para. 1)*, UN Doc. E/1991/23 del 14 dicembre 1990, par. 10.

⁷ A. NOLAN, N.J. LUSIANI, C. COURTIS, *Two Steps Forward, No Steps Back? Evolving Criteria on the Prohibition of Retrogression in Economic and Social Rights*, in A. NOLAN (ed.), *Economic and Social Rights after the Global Financial Crisis*, Cambridge, 2014, p. 125 s.

⁸ Comitato dei diritti economici, sociali e culturali, *General Comment No. 3*, cit., par. 11.

origine ad un illecito internazionale. In altri *General Comments*⁹ il Comitato ha anche raccomandato agli Stati di dare «the most careful consideration [to] all the alternative [measures]», confermando la liceità di misure regressive in circostanze eccezionali, e individuando un ulteriore limite dal cui rispetto dipende la loro liceità.

Seguendo l'indirizzo tracciato dal Comitato, la Corte interamericana dei diritti dell'uomo ha ritenuto che dall'art. 26 della Convenzione americana derivi il divieto di adottare misure regressive, ma ha comunque chiarito che tali misure non sono in assoluto vietate bensì ammissibili se «justified by strong reasons»¹⁰.

2.2 (*segue*) le misure di *austerity* adottate durante la crisi economico-finanziaria iniziata nel 2008

Malgrado gli ORP figurino in più accordi, è in particolare nell'ambito del Patto sui diritti economici, sociali e culturali che il loro contenuto – come quello del divieto di adottare misure regressive – sono stati meglio chiariti. Non è dunque un caso che sia stata la reazione dell'omonimo Comitato alle misure di *austerity* adottate da alcuni Stati in occasione di crisi economiche severe a ben esemplificare un caso di adattamento del Patto a provvedimenti legislativi interni, adottati per reagire a tali crisi.

Il Comitato ha preso una chiara posizione nei confronti dell'adozione di siffatte misure, che hanno frequentemente provocato tagli a quella parte della spesa pubblica destinata all'adozione di provvedimenti volti a garantire il godimento di alcuni diritti sociali. Se in passato, in più occasioni, aveva espresso comprensione per le difficoltà incontrate dagli Stati nell'esecuzione degli obblighi derivanti dal Patto a causa di condizioni economiche avverse¹¹, con la crisi finanziaria iniziata

⁹ Si veda, ad esempio, Comitato per i diritti economici, sociali e culturali, *General Comment No. 19: The Right to Social Security (Art. 9)* del 4 febbraio 2008, UN Doc. E/C.12/GC/19, par. 42; ID., *General Comment No. 18: The Right to Work (Art. 6)* del 6 febbraio 2006, UN Doc. E/C.12/GC/18, par. 21; ID., *General Comment No. 17: The Right of Everyone to Benefit from the Protection of the Moral and Material Interests Resulting from any Scientific, Literary or Artistic Production of Which He or She is the Author (Art. 15, Para. 1 (c))* del 12 gennaio 2006, UN Doc. E/C.12/GC/17, par. 27.

¹⁰ Corte interamericana dei diritti umani, sentenza del 1° luglio 2009, *Acevedo Buendía et al. c. Peru*, par. 103; già in questo senso Commissione interamericana dei diritti umani, Decisione sull'ammissibilità e sul merito del 27 marzo 2009, Report No. 38/09, *National Association of Ex-Employees of the Peruvian Social Security Institute et al. c. Peru*, paragrafi 140-147.

¹¹ Cfr., ad esempio, le *Concluding Observations* del Comitato sulla Giordania (par. 27), sulla Mongolia (par. 9 s.), adottate entrambi il 1° settembre 2000, rispettivamente UN Doc. E/C12/1/Add.6 e UN Doc. E/C.12/1/Add.47.

nel 2008, il Comitato ha precisato e sistematizzato la sua posizione sul tema¹² (già in questo senso la lettera del Presidente del Comitato adottato a nome dell'organo collegiale nel 2012)¹³.

Ha infatti riconosciuto che *resources constraints* possano giustificare l'adozione di misure regressive, ed ha individuato con maggiore chiarezza (e in alcuni casi ribadito) le condizioni – anche in linea con quelle individuate dalle corti costituzionali di alcuni Stati – che ne determinano la liceità.

Secondo il Comitato, se misure regressive sono inevitabili, esse devono comunque avere una durata limitata nel tempo e non produrre effetti discriminatori¹⁴.

Ha poi affermato – confermando quanto già precisato in alcuni *General Comments* già richiamati – che deve trattarsi di misure necessarie e proporzionate nel senso che l'adozione di ogni altra misura o l'assenza di interventi sarebbero più dannosi per i diritti economici e sociali.

Ha anche ripetuto che la loro adozione debba essere accompagnata da provvedimenti atti a mitigare le disuguaglianze generate o acuite dalla crisi economica.

È stato infine ribadito che gli Stati non possono sottrarsi al rispetto del 'minimum core content' degli ORP previsti dal Patto, devono cioè rispettare gli impegni assunti per garantire ai diritti protetti dal Patto il 'livello minimo essenziale' di attuazione¹⁵.

Tra il 2016 e il 2018 il Comitato ha ribadito tale posizione nelle *Concluding Observations* sulla Spagna¹⁶, sull'Argentina¹⁷ e sull'Ecuador¹⁸. In questi documenti ha

¹² Comitato per i diritti economici, sociali e culturali, *Public Debt, Austerity Measures and the International Covenant on Economic, Social and Cultural Rights*, UN Doc. E/C.12/2016/1, par. 4.

¹³ www2.ohchr.org/english/bodies/cescr/docs/LetterCESCRtoSP16.05.12.pdf.

¹⁴ Così anche la Corte costituzionale portoghese, che con le sentenze n. 353/2012 e n. 187/2013 ha dichiarato incostituzionali alcune disposizioni delle leggi di bilancio del 2012 e 2013 giudicate in contrasto con il principio di uguaglianza sancito dall'art. 13 della Costituzione: in dottrina L. MOLA, *La Corte costituzionale portoghese tra emergenza finanziaria, prestiti internazionali e principi costituzionali: un compromesso 'calcolato'?* in *SIDIBlog*, 9 maggio 2013; R. CISOTTA, D. GALLO, *The Portuguese Constitutional Court Case Law on Austerity Measures: A Reappraisal*, in *Luis Guido Carli Working Papers* 4/2014.

¹⁵ In misura simile, il Consiglio di stato greco ha ritenuto essere contrarie al diritto al minimo vitale – nozione vicina a quella di 'livello minimo essenziale' – una disposizione di legge che riduceva gli stipendi e le pensioni del personale delle forze armate e di polizia: cfr. le sentenze dalla n. 2192/2014 alla n. 2196/2014 del 13 luglio 2014.

¹⁶ Comitato per i diritti economici, sociali e culturali, *Concluding Observations on the Sixth Periodic Report of Spain*, 25 aprile 2018, UN Doc. E/C.12/ESP/CO/6, par. 14.

¹⁷ Comitato per i diritti economici, sociali e culturali, *Concluding Observations on the Fourth Periodic Report of Argentina*, 1° novembre 2018, UN Doc. E/C.12/ARG/CO/4, par. 6.

in aggiunta precisato che a seguito dell'adozione di siffatte misure lo Stato ha l'obbligo di monitorarne attentamente gli effetti, specialmente quelli prodotti a danno delle categorie più svantaggiate e marginalizzate, e di consultarsi con i rappresentanti di tali categorie, per valutare la necessità di ritirarle.

Sulle orme del Comitato, anche un altro organo di controllo, il Comitato europeo per i diritti sociali, ha individuato quali condizioni di liceità delle misure di *austerità* adottate dagli Stati parti della Carta sociale europea alcune di quelle poc'anzi ricordate¹⁹.

In sintesi, la natura relativa del divieto di misure regressive ha consentito al diritto internazionale di tener conto di istanze provenienti dal diritto interno.

3. ORP e limiti al diritto interno: la nozione di *minimum core content*

Fra i parametri individuati quali condizioni di liceità delle misure regressive vi è il rispetto del 'minimum core content' degli ORP previsti dal Patto e, specularmente, del 'livello minimo essenziale' di protezione da garantire ai corrispondenti diritti individuali²⁰.

Nei suoi *General Comments*²¹ il Comitato per i diritti economici sociali e culturali è solito definire in astratto il contenuto del 'livello minimo essenziale' dei singoli diritti protetti dal Patto; per questo motivo il concetto si avvicina alla cd. concezione *assoluta* del parametro del 'contenuto essenziale' dei diritti costituzionalmente garantiti. Com'è noto, quest'ultimo parametro opera in alcuni ordinamenti come strumento che il giudice costituzionale utilizza nel sindacato sulle leggi²². La concezione assoluta di tale parametro individua in ogni diritto «un nu-

¹⁸ Comitato per i diritti economici, sociali e culturali, *Concluding Observations on the Fourth Periodic Report of Ecuador*, 14 november 2019, UN Doc. E/C.12/EQU/CO/4, par. 6.

¹⁹ Comitato europeo per i diritti sociali, Decisione nel merito del 5 febbraio 2013, *GENOP-DEI and ADEDY v. Greece*, par. 47.

²⁰ F. COSTAMAGNA, *Riduzione delle risorse disponibili e abbassamento dei livelli di tutela dei diritti sociali: il rispetto del nucleo minimo quale limite all'adozione di misure regressive*, in *Diritti umani e Diritto internazionale*, 2014, p. 371 ss.

²¹ Cfr. ad esempio *General Comment No. 18*, cit., par. 31 e *General Comment No. 19*, cit. par. 59.

²² Così, ad esempio, l'art. 19, c. 2, della Legge fondamentale tedesca secondo il quale in nessun caso un diritto fondamentale può essere leso nel suo contenuto essenziale. Formule simili si rinvengono nella Costituzione spagnola (art. 53, c. 1) e in quella portoghese (art. 18, c. 3). La Costituzione italiana non contiene una disposizione che espressamente richiama il 'contenuto essenziale' dei diritti fondamentali, ma il concetto è stato comunque enucleato dalla Corte costituzionale nella sua giurisprudenza – prevalentemente relativa ai diritti sociali – quale parametro di costituzionalità delle leggi: cfr. D. MESSINEO, *La garanzia del "contenuto essenziale" dei diritti fondamentali. Dalla tutela della dignità*

cleo sostanziale che è considerato come qualcosa di aprioristicamente identificabile o di operante come limite assoluto e invalicabile»²³, «un *quid* necessario che non può essere compresso senza stravolgere il senso generalmente riconosciuto a quel medesimo diritto»²⁴.

Malgrado la somiglianza fra il concetto di ‘livello minimo essenziale’ dei diritti protetti dal Patto e quello di ‘contenuto essenziale’ dei diritti inviolabili e delle libertà fondamentali costituzionalmente garantiti, i due parametri servono interessi in parte differenti. Nell’ordinamento internazionale il concetto di ‘livello minimo essenziale’ protegge i diritti economici, sociali e culturali non solo da altre norme del medesimo ordinamento, ma anche (e soprattutto) da norme di *altri ordinamenti*, anzitutto quelli interni (non necessariamente attuative di accordi internazionali). Negli ordinamenti interni, invece, il concetto di ‘contenuto essenziale’ altro non è che un modo diverso «di chiamare il problema dell’ammissibilità costituzionale dei limiti legislativi ai diritti fondamentali»²⁵. Trattasi, in altre parole, di uno strumento di difesa dei diritti inviolabili e delle libertà fondamentali contro i limiti imposti da norme prodotte dallo *stesso ordinamento*. Non a caso in alcuni ordinamenti interni viene utilizzato il distinto concetto di ‘controlimite’ per individuare una barriera a difesa dei principi costituzionali fondamentali quando questi rischiano di essere pregiudicati da norme di produzione *esterna*. La differenza può sembrare solo apparente se il controlimite viene ritenuto sussumere il ‘contenuto essenziale’²⁶. In verità ‘controlimite’ e ‘contenuto essenziale’ sembrano avere una loro autonomia formale poiché producono effetti differenti, e questo conferma la distinzione sopra tracciata fra i parametri del ‘contenuto essenziale’ e del ‘livello minimo essenziale’. La violazione del ‘contenuto essenziale’ comporta infatti l’incostituzionalità della legge con essi in conflitto. La violazione del controlimite, invece, produce, rispetto a fonti pattizie, la dichiarazione di illegittimità costituzionale parziale o totale della legge di adattamento che la sent. 238/2014 ha equi-

umana ai livelli essenziali delle prestazioni, Torino, 2012. Anche l’ordinamento dell’Unione europea contiene una disposizione sul ‘contenuto essenziale’, l’art. 52, par. 1, della Carta dei diritti fondamentali dell’Unione: v. F. FERRARO, N. LAZZERINI, *Articolo 52*, in R. MASTROIANNI et al. (a cura di), *Commentario alla Carta dei diritti fondamentali dell’Unione europea*, Milano, 2017, pp. 1061-1085.

²³ A. BALDASSARRE, *Diritti della persona e valori costituzionali*, Torino, 1997, p. 96.

²⁴ I. MASSA PINTO, *La discrezionalità politica del legislatore tra tutela del contenuto essenziale e tutela ordinaria caso per caso dei diritti nella più recente giurisprudenza della Corte costituzionale*, in *Giurisprudenza costituzionale*, 1998, p. 1312.

²⁵ O. CHESSA, *Brevi note sul “contenuto essenziale” (dei diritti inviolabili) come parametro del giudizio di costituzionalità*, in G. PITRUZZELLA, F. TERESI, G. VERDE (a cura di), *Il parametro nel giudizio di costituzionalità. Atti del Seminario (Palermo, 28-29 maggio 1998)*, Torino, 2001, p. 288.

²⁶ Così, ad esempio, L. CASTELLI, *Alla ricerca del “limite dei limiti”: il «contenuto essenziale» dei diritti fondamentali nel dialogo fra le Corti*, in *Rivista AIC*, 2021, p. 454 ss.

parato ad un «impedimento all'ingresso nel nostro ordinamento della norma convenzionale»²⁷ e, rispetto alla consuetudine, il mancato rinvio del diritto interno al diritto internazionale.

Una seconda differenza fra il parametro del 'contenuto essenziale' e quello del 'livello minimo essenziale' risiede negli effetti che si producono a seguito di una loro violazione. Se, come appena detto, la violazione del primo parametro causa l'incostituzionalità della legge, l'adozione da parte dello Stato di provvedimenti normativi interni che comportano una riduzione delle risorse destinate a garantire il godimento del 'livello minimo essenziale' di alcuni diritti economici e sociali fa sorgere la responsabilità internazionale dello Stato.

L'osservazione dei diversi effetti prodotti da due parametri apparentemente identici riflette la differente natura degli ordinamenti nei quali si trovano ad operare, tra cui, in particolare, l'assenza nell'ordinamento internazionale di un organo giudiziario a presidio di valori 'costituzionali'.

4. Note conclusive

La breve «passeggiata lungo l'altra sponda del fiume»²⁸ che è riassunta in questo contributo ha consentito di mettere in luce due aspetti connessi al processo di adattamento del diritto internazionale al diritto interno. Il primo consiste nell'osservazione di una forma 'spuria' di adattamento, come è quella qui analizzata. Gli ORP, per loro stessa natura, sintetizzano una manifestazione dell'adattamento del diritto internazionale al diritto interno diversa, e più moderata, rispetto a quella che si realizza per effetto dell'art. 46 della Convenzione di Vienna sul diritto dei trattati. Qui l'adattamento non opera attraverso l'affermazione della supremazia delle norme (e degli interessi in esse riflessi) di un ordinamento sull'altro, ma per mezzo di forme di coordinamento più o meno eque per i titolari dei diritti che, di volta in volta, vengono compressi. In secondo luogo, è emerso che anche i limiti che ogni ordinamento erige a presidio dei propri valori o interessi – in antagonismo con l'adattamento – risentono delle caratteristiche dell'ordinamento di riferimento e, conseguentemente, tecniche 'difensive' apparentemente simili, producono effetti differenti.

²⁷ Par. 4.1 delle *Considerazioni in diritto*.

²⁸ Cfr. L. GRADONI, D. MAURI, *Adattamento del diritto internazionale al diritto interno: introduzione al forum*, in questa *Rivista*.

SEZIONE VIII

L'attualità del pensiero giuridico di Antonio Cassese

L'attualità del pensiero giuridico di Antonio Cassese. Introduzione alla Sezione dedicata.

MICAELA FRULLI*

I contributi raccolti in questo simposio sono il frutto della rielaborazione di interventi che sono stati presentati in occasione della X edizione della *Antonio Cassese Lecture*, tenutasi presso l'Università degli Studi di Firenze il 22 ottobre 2021, a 10 anni dalla scomparsa del Professore.

In quell'occasione lo abbiamo ricordato, con colleghi e colleghe, prendendo spunto da un suo scritto inedito pubblicato dal Mulino nel 2021, scritto che offre una sintesi dell'evoluzione della scienza giuridica internazionalistica in Italia tra la fine dell'Ottocento e gli anni '80 del secolo scorso¹. A partire dalle sue riflessioni sulle varie fasi di sviluppo della dottrina internazionalistica italiana e da alcuni altri spunti interessanti contenuti in questo volume, è nata l'idea di chiedere ad alcuni giovani studiosi e studiose di confrontarsi con il pensiero di Antonio Cassese – e con la sua perdurante attualità – come strumento di riflessione per analizzare rilevanti questioni giuridiche da diverse prospettive disciplinari.

Mi è parsa questa la maniera migliore per celebrare in maniera non retorica la sua importante figura di giurista a tutto tondo. Nino Cassese, come amava farsi chiamare, ha spesso prediletto, nel corso della sua eccezionale carriera, il confronto dialettico con colleghi di altre discipline, primi fra tutti gli storici e i costituzionalisti, poiché spesso ha dedicato il suo lavoro scientifico a tematiche di rilievo trasversale. Nei suoi scritti Cassese faceva spesso riferimento all'importanza, per il giurista internazionalista, di approfondire lo studio non solo delle varie branche del diritto, ma anche di discipline quali la storia, la scienza politica, la sociologia, per comprendere in maniera più completa le vicende della comunità internazionale e per poter meglio contestualizzare una rigorosa analisi giuridica di tali vicende. Una necessità che appare proprio in questi ultimi anni in tutta la sua drammatica evidenza, alla luce della complessità crescente della comunità internazionale, dei suoi rapidi mutamenti, delle problematiche pressanti che emergono continuamente e della varietà di attori non statali che oggi rivestono un ruolo di primo piano nelle relazioni internazionali.

* Professoressa ordinaria di diritto internazionale, Università di Firenze, micaela.frulli@unifi.it.

¹ A. CASSESE, *Il diritto internazionale in Italia* (a cura di M. FRULLI), Bologna, 2021.

Inoltre, Antonio Cassese apprezzava in maniera particolare lo scambio intellettuale e scientifico con giovani studiosi e studiose, che amava stimolare al confronto per poter poi sviluppare un loro pensiero critico e originale. Particolarmente importante era per lui il lavoro di gruppo. Nelle sue parole: «La ricerca scientifica non deve includere solo una componente “individuale” ma può e deve abbracciare anche la componente “collettiva”, non meno importante e significativa per il progresso della scienza»². La dimensione del lavoro di gruppo e del confronto intellettuale consentono infatti a chi studia di sviluppare la massima libertà di pensiero e di espressione, a prescindere dal diverso percorso formativo e dal grado di progressione nella carriera.

Sono perciò enormemente grata a Lorenzo Acconciamesa, Francesca Cerulli, Matteo Giannelli, Stefano Malpassi e Diego Mauri per aver accettato l'invito a contribuire al seminario e successivamente a elaborare il loro intervento in forma di articolo. Con le loro interessanti riflessioni hanno colto perfettamente lo spirito dell'iniziativa – che è quello, come ho detto poc'anzi, di celebrare un grande studioso in maniera non retorica – e hanno preso le mosse da diversi scritti di Antonio Cassese per elaborare contributi molto originali su temi cruciali e di grande attualità.

Stefano Malpassi, a partire dal volume *Il diritto internazionale in Italia*, propone una riflessione sul rapporto tra scienza giuridica e fascismo analizzando, in chiave storico-culturale, le ripercussioni del formalismo giuridico sulla dottrina del secondo dopoguerra. Matteo Giannelli riflette sul ruolo delle Commissioni Affari Esteri del Parlamento italiano a partire da una ricerca condotta nel 1982³. Giannelli illustra la rilevanza costituzionalistica del pensiero di Antonio Cassese e in particolare di quello studio (e delle modalità con il quale fu condotto, andando ben oltre l'indagine giuridico-formale) per poi sviluppare le proprie acute osservazioni sul potenziale impatto della riduzione del numero dei parlamentari previsto dalla riforma della Costituzione del 2020 sul ruolo delle Commissioni Affari Esteri.

I tre internazionalisti affrontano tematiche che sono state al centro della riflessione giuridica di Antonio Cassese. Lorenzo Acconciamesa riflette sul ruolo del giudice e sulla tecnica del bilanciamento con particolare riferimento alla giurisprudenza dei tribunali penali internazionali. Dopo l'analisi di alcune rilevanti sentenze del Tribunale per la ex Jugoslavia e del Tribunale speciale per il Libano, nel-

² *Ibidem*, p.105.

³ A. CASSESE (a cura di), *Parlamento e politica estera. Il ruolo delle commissioni affari esteri*, Padova, 1982.

le quali si è adoperata la tecnica del bilanciamento, l'autore formula delle ipotesi sul ruolo che questa tecnica potrebbe avere nello scenario attuale in cui si trovano ad operare la Corte penale internazionale e altri tribunali internazionali. Francesca Cerulli mette al centro del suo lavoro la questione della riparazione per le vittime dei gravi crimini internazionali, in particolare di crimini sessuali. L'autrice sottolinea come tale questione rappresenti il punto di intersezione delle principali direttrici lungo le quali si è dipanata l'opera di Antonio Cassese come studioso e come giudice: la tutela dei diritti fondamentali dell'individuo e la repressione dei crimini internazionali. Il contributo rappresenta un'interessante riflessione sulla dimensione riparativa della giustizia penale internazionale, largamente insufficiente rispetto a quella retributiva che ne costituisce tutt'oggi la dimensione prevalente. Infine, Diego Mauri riflette sul pensiero di Antonio Cassese affrontando l'esame di vari suoi scritti di diritto internazionale umanitario. Nella sua brillante analisi, Mauri ricostruisce il tentativo di Cassese di valorizzare da un lato il ruolo dell'interprete per far fronte alle numerose lacune delle regole che disciplinano i conflitti armati (basti pensare all'utilizzo in chiave interpretativa della clausola Martens), dall'altro però evidenzia come nei suoi scritti Cassese non manchi di sottolineare le responsabilità degli Stati nel dotarsi di un apparato di regole sempre più dettagliato e nel farlo rispettare. L'articolo conclude questa ricostruzione formulando anche un'ipotesi di interpretazione dell'aneddoto del passero e del cavaliere, che Nino era solito raccontare e che non svelo adesso per non togliere, a chi non l'ha mai ascoltato, il piacere di leggere il contributo di Mauri.

La qualità, la profondità e l'originalità dei contributi proposti da questi studiosi e studiose mi sembrano la dimostrazione che il pensiero di un grande maestro può ispirare riflessioni di alto spessore anche a distanza di molti anni.

La postura dell'Antonio Cassese «umanitarista» di fronte alla realtà dei conflitti armati: riflessioni a partire da alcuni scritti

DIEGO MAURI*

SOMMARIO: 1. L'aneddoto del passero e del cavaliere. – 2. Il pensiero giuridico di Cassese e il diritto internazionale umanitario: la classificazione dei conflitti armati, il loro scarto normativo e le modalità di superamento dello stesso. – 3. (*segue*) il problema del controllo sul rispetto degli obblighi internazionali. – 4. (*segue*) la dicotomia tra regole «generaliste» e regole «specifiche» nella disciplina dei mezzi e metodi di guerra. – 5. L'identità del cavaliere: un'ipotesi.

ABSTRACT: Il presente contributo intende ricostruire l'approccio scientifico di Antonio Cassese allo specifico settore del diritto internazionale umanitario, approccio che conferma alcuni tratti più generali del suo pensiero giuridico. La sensibilità del giurista verso la realtà politica, storica e sociale accompagna infatti la produzione scientifica anche in questo settore, contribuendo a tratteggiare la postura di studioso capace di comunicare con (e pungolare) gli Stati. Attraverso tre filoni di indagine (la regolamentazione dei conflitti armati interni; l'(in-)esistenza di meccanismi dedicati di controllo; la dicotomia tra divieti generali e divieti specifici in materia di armi), si dimostra come la postura di Cassese – attento conoscitore della *lex lata*, ma fieramente incline verso argomenti *de lege ferenda* rivolti agli Stati – sia congeniale per la comprensione dello *jus in bello* e delle sue dinamiche, anche in ragione della natura degli interessi sottesi a questo ramo del diritto internazionale.

PAROLE CHIAVE: Cassese – diritto internazionale umanitario – conflitti armati interni – controllo sul rispetto del diritto umanitario – principio di umanità – positivismo giuridico.

* Ricercatore in diritto internazionale, Università degli Studi di Palermo, diego.mauri@unipa.it. In aggiunta ai consueti ringraziamenti «di rito» ai partecipanti della X *Cassese Lecture*, che hanno contribuito ad arricchire il testo della presentazione sino alla versione consegnata per lo scritto, sarebbe ingiusto non dare credito al prof. Lorenzo Gradoni per la suggestione (involontaria?) circa l'opportunità di svelare l'identità del cavaliere menzionato nel testo. Rispetto ad essa, abbiamo fornito due letture divergenti, ma non incompatibili.

1. L'aneddoto del «passero» e del «cavaliere»

Nel «ritratto» che Luigi Condorelli dipinge di Antonio Cassese, in apertura alla celebre raccolta di scritti scelti, viene ricordato un aneddoto che lo studioso irpino soleva raccontare ad amici e in pubblico: quello del cavaliere (cui Condorelli attribuisce il nome di «Agilulfo») che, di ritorno al proprio castello e bardato di tutto punto, incontra sul sentiero un passero, disteso a terra e con le zampe sollevate al cielo. Domandatogli cosa ci facesse in quella bizzarra posa, il cavaliere ottiene come risposta: «Si dice che oggi il cielo cadrà!». Pur ammirando la determinazione del piccolo uccello, il cavaliere non riesce a trattenere un riso sardonico, al quale il pennuto reagisce piccato: «Ognuno fa quel che può»¹.

È facile accostare – simbolicamente, si intende – la figura dell'agguerrito (e un po' idealista) passero con lo studioso del diritto internazionale, e quindi con il narratore dell'aneddoto². In questo contributo, che si prefigge il (limitato) scopo di isolare i punti salienti della produzione scientifica di Cassese nello specifico settore del diritto internazionale umanitario, si assumerà l'ipotesi che la «postura» dello studioso nei confronti della guerra e delle atrocità che essa comporta rispecchi fedelmente quella del passero nei confronti del «cielo che crolla». Le «zampette» tese a sostenere il peso del conflitto armato corrisponderebbero quindi all'approccio del giurista al diritto internazionale umanitario, così come traspare dai principali scritti in materia.

Prima di avviare la nostra analisi, è bene premettere alcuni cenni circa la produzione scientifica di Cassese nella materia che ci occupa. Lo studioso ha infatti dedicato diversi contributi a temi classici di diritto internazionale umanitario, per lo più concentrati negli anni Settanta (ma vi sono alcuni scritti, sebbene più sporadici, pure nei decenni successivi della sua attività scientifica, e in particolar modo dopo il 2000).

Questa collocazione temporale è tutto fuorché casuale: in quegli anni Cassese era stato membro della delegazione italiana alle Conferenze di Esperti Governativi sulla riaffermazione e lo sviluppo del diritto umanitario di Ginevra del 1971 e

¹ L. CONDORELLI, *Nino Cassese and the Sparrow's Feet*, in A. CASSESE, *The Human Dimension of International Law. Selected Papers*, Oxford, 2008, p. xlix ss.

² Sulla base di questo accostamento, alcuni allievi di Antonio Cassese hanno così intitolato un canale podcast dedicato al comune Maestro: *Antonio Cassese: The Stubborn Sparrow*, disponibile all'indirizzo www.spotify.it.

1972, nonché alla generale Conferenza Diplomatica, di due anni più tardi³. I lavori diplomatici di quegli anni furono cruciali per l'aggiornamento dello *jus in bello*: da essi scaturirono infatti i due Protocolli addizionali del 1977 alle quattro Convenzioni di Ginevra del 1949, che costituirono, a un tempo, un poderoso sforzo di codificazione e di sviluppo progressivo del diritto applicabile ai conflitti armati internazionali e interni⁴.

Partecipando ai lavori diplomatici, Cassese ebbe modo di toccare con mano – e di influenzare, o quantomeno provarci⁵ – la magmatica realtà degli interessi degli Stati nei confronti del diritto internazionale umanitario. L'esperienza in delegazione fu decisiva non solo per la produzione scientifica dedicata a questi temi, ma anche per la formazione della postura del giurista nei confronti dello *jus in bello*. Ciò in quanto la cornice diplomatica risultava congeniale alle inclinazioni umane e accademiche, già ampiamente maturate, di Cassese, dal momento che consentiva al giurista, come egli stesso amava dire, di passare dalla «contemplazione» (e cioè, dallo studio del diritto) alla «azione» (e cioè, alla partecipazione all'attività diplomatica).

Basti considerare che, come del resto si nota dal titolo delle riunioni del gruppo di esperti, le prospettive di *lex lata* e *lex ferenda* erano strettamente collegate nei dibattiti: l'idea di fondo della Conferenza – che si riflette in modo nitido negli scritti di Cassese che si analizzeranno nel prosieguo – era di consolidare il diritto vigente e incanalarlo sui corretti binari in vista di sviluppi futuri e, per il vero, già anticipabili (come testimoniato dalle sfide poste dai conflitti armati interni).

Insomma, bisognava avere un quadro giuridico adeguato a far fronte alle nuove realtà dei conflitti armati, caratterizzate da una crescente crudeltà, come lo stesso Cassese ebbe modo di notare⁶. Si trattava quindi di un compito che non poteva non suscitare l'interesse di uno studioso di quel calibro, e che servì da sti-

³ Si veda A. CASSESE, *The Contribution of Italy at the Diplomatic Conference on the Development of International Humanitarian Law of Armed Conflicts (1974-77)*, in *Italian Yearbook of International Law*, 1977, p. 217 ss.

⁴ Una più completa discussione della portata generale di questi accordi, in quanto corrispondenti o meno al diritto consuetudinario, è contenuta in A. CASSESE, *The Geneva Protocols of 1977 on the Humanitarian Law of Armed Conflict and Customary International Law*, in *UCLA Pacific Basin Law Journal*, 1984, p. 55 ss.

⁵ Lo ricorda lo stesso giurista: «[p]erhaps on one or two occasions I also made a tiny contribution to enhancing the humanitarian scope of the laws of warfare, of course within the limited confines possible for a delegation that was bound to stick to NATO coordinations and directives»; si v. A. CASSESE, *Soliloquy*, in CASSESE, *The Human Dimension of International Law. Selected Papers*, cit., p. lxvi.

⁶ A. CASSESE, *Weapons Causing Unnecessary Sufferings: Are They Prohibited?*, in *Rivista di diritto internazionale*, 1975, p. 12 ss. (poi in A. CASSESE, *The Human Dimension*, cit., p. 192 ss., p. 193, in cui si prende atto con preoccupazione del «modern progress of large-scale, industrialized cruelty»).

molo per la sua produzione scientifica in questa materia. Nei paragrafi che seguono, si cercherà di isolare i principali «temi» che emergono da tale produzione, di descriverli e di rileggerli – a distanza, talora, di numerosi anni – per saggiarne la perdurante attualità.

2. Il contributo del pensiero giuridico di Cassese al diritto internazionale umanitario: la classificazione dei conflitti armati, il loro scarto normativo e le modalità di superamento dello stesso

Un primo tema di ricerca del Cassese «umanitarista» (che precede, anche per ovvie ragioni storiche, il più noto «internazional-penalista») è legato alla classificazione e alla conseguente regolamentazione dell'oggetto proprio dello *jus in bello*, ovvero i conflitti armati.

Com'è noto, il nucleo del diritto internazionale umanitario classico – sviluppatosi nella seconda metà del XIX secolo – era costituito da regole e principi applicabili nell'ambito di conflitti armati internazionali, ovvero principalmente tra Stati. Pochissime erano invece, fino quantomeno agli anni Settanta del secolo scorso, le norme applicabili a conflitti armati di natura diversa, ovvero quelli interni agli Stati (tra governi e gruppi armati, o tra gruppi armati): esse erano limitate, in buona sostanza, al divieto per Stati terzi di intervenire nel conflitto interno fornendo assistenza ai gruppi armati non-statali.

Ciò si spiegava con la tradizionale refrattarietà degli Stati a consentire intrusioni nella propria sfera domestica, in particolar modo in quell'area di dominio riservato rappresentata dalla gestione della guerra civile, ovvero di quella forma di violenza interna tesa naturalmente a sovvertire il potere costituito. Ci si trovava, insomma, alle porte della roccaforte della sovranità statale⁷.

Non vi erano regole specifiche che disciplinassero le ostilità, il trattamento dei prigionieri di guerra, o la protezione di civili o beni civili. Solamente l'art. 3 comune alle quattro Convenzioni di Ginevra del 1949 imponeva, alle parti belligeranti impegnate in conflitti armati di qualsiasi tipologia (dunque anche interni), di rispettare degli standard minimi di umanità. Tuttavia, a giudizio di Cassese, anche questa disposizione *de minimis* costituiva, per così dire, l'esito di un bilanciamento tra esigenze umanitarie e la necessità di preservare la sovranità statale nella gestio-

⁷ A. CASSESE, *La guerre civile et le droit international*, in *Revue générale de droit international public*, 1986, p. 553 ss.

ne di tali conflitti armati, bilanciamento che non poté spingersi sino ad attribuire ai ribelli un vero e proprio *status* giuridico riconosciuto dal diritto umanitario⁸.

Cassese si incuriosì presto alla *egestas* di norme internazionali applicabili ai conflitti armati interni⁹. Recuperando un'efficace espressione impiegata da un delegato alle Conferenze diplomatiche, lo *jus in bello interno*, così come condensato nel Secondo protocollo addizionale alle Convenzioni di Ginevra, non era più che un «ectoplasma giuridico»¹⁰. La scarsenza della *lex lata*, sommata all'incremento di questi conflitti sullo scenario internazionale di quegli anni, spinse lo studioso ad occuparsi di questo tema con particolare dedizione¹¹. La metodologia da lui seguita fu la seguente: preliminare ricognizione del diritto esistente; identificazione dei valori fondamentali sottesi (la necessità di promuovere una migliore protezione della persona umana durante la «guerra», di qualunque matrice questa sia), e infine proposizione del superamento dei limiti emersi tramite la rivisitazione di talune regole. Come si vede, in tale metodologia si riflette il binomio concettuale tra *lex lata* e *lex ferenda* che, per Cassese, non può che essere il marchio distintivo della produzione scientifica di un giurista attento al mondo in cui vive.

Ad oggi, sebbene la regolamentazione dei conflitti armati interni rimanga ancora sotto-sviluppata rispetto a quella dei conflitti armati internazionali, passi in avanti sono stati fatti, e proprio nella direzione auspicata dal giurista. Quell'operazione di «creazione del diritto» applicabile ai conflitti armati interni è infatti avvenuta, da un lato, tramite l'adozione di trattati destinati ad applicarsi in

⁸ *Ibidem*. Si veda pure G.I.A.D. DRAPER, *Humanitarian Law and Internal Armed Conflict*, in *Georgia Journal of International and Comparative Law*, 1983, p. 253 ss.

⁹ La preoccupazione di Cassese era condivisa, seppur sulla base di rilievi parzialmente differenti, da T. MERON, *On the Inadequate Reach of Humanitarian and Human Rights Law and the Need for a New Instrument*, in *American Journal of International Law*, 1983, p. 589 ss.

¹⁰ A. CASSESE, *Means of Warfare: The Traditional and the New Law*, in A. CASSESE (a cura di), *The New Humanitarian Law of Armed Conflict*, vol. I, Napoli, 1979, p. 161 ss., p. 195.

¹¹ A. CASSESE, *The Spanish Civil War and the Development of Customary Law Concerning Internal Armed Conflicts*, in A. CASSESE (a cura di), *Essays on U.N. Law and on the Law of Armed Conflict*, Milano, 1975, p. 287 ss.; ID., *The Status of Rebels Under the 1977 Geneva Protocol on Non-international Armed Conflicts*, in *International and Comparative Law Quarterly*, 1981, p. 416 ss.; ID., *La guerre civile et le droit international*, cit.

qualunque tipologia di conflitto¹² e, dall'altro lato, grazie alla giurisprudenza interna e internazionale¹³.

Per quanto concerne, in particolare, quest'ultima, non si può non menzionare innanzitutto l'opera del Tribunale Penale Internazionale per la ex-Jugoslavia (TPIJ), in cui lo stesso Cassese ebbe un ruolo di primaria importanza, come giudice prima e come presidente poi. Fu anche grazie alla giurisprudenza di questo organo che si chiarì il diritto applicabile ai conflitti armati di carattere non-internazionale, ricostruendo il diritto consuetudinario vigente e colmando lacune, là dove possibile, con un coraggioso ricorso alla categoria dei principi generali¹⁴. L'elenco dei crimini di guerra in conflitti armati interni oggi condensato all'art. 8 dello Statuto della Corte Penale Internazionale testimonia l'avvenuta codificazione di molte regole consuetudinarie in materia, resa possibile – seppur in modo ancora oggi imperfetto – anche grazie alla giurisprudenza penale internazionale¹⁵.

Un secondo (ma non secondario) contributo all'elaborazione di norme dello *jus in bello interno* è stato fornito dalla giurisprudenza degli organi – giudiziari e quasi-giudiziari – di monitoraggio dei trattati in materia di diritti umani, seppur secondo modalità ben distinte. Ad esempio, la Corte europea dei diritti dell'uomo ha dimostrato una certa «resistenza» ad interpretare – quantomeno espressamente – le norme della Convenzione europea dei diritti dell'uomo alla luce delle regole e dei principi rilevanti di diritto internazionale umanitario¹⁶. Viceversa, la Corte interamericana ha adottato, quantomeno in una prima fase, un approccio diverso,

¹² *Convention on the Prohibition of the Development, Production, Stockpiling and Use of Chemical Weapons and on their Destruction* del 1993, art. I (che stabilisce che gli obblighi negativi contenuti nella Convenzione siano applicabili «under any circumstances»); *Convention on Prohibitions or Restrictions on the Use of Certain Conventional Weapons which may be deemed to be Excessively Injurious or to have Indiscriminate Effects as amended* del 2001, art. 1(2).

¹³ Per il ruolo della giurisprudenza interna, in particolare come componente della prassi statale rilevante per la formazione di norme consuetudinarie, si veda L. MOIR, *The Law of Internal Armed Conflict*, Cambridge, 2022, p. 133 ss.

¹⁴ W. FENRICK, *The Development of the Law of Armed Conflict through the Jurisprudence of the International Criminal Tribunal for the Former Yugoslavia*, in *Journal of International and Security Law*, 1998, p. 197 ss.; si veda anche, per un caso concreto, TPIJ, decisione della Camera d'appello del 2 ottobre 1995, *Prosecutor v. Dusko Tadić*, par. 110 ss., par. 119 (con un espresso rinvio a «elementary considerations of humanity and common sense» quale base per un'interpretazione teleologicamente orientata delle regole esistenti in materia di conflitti armati interni, nella specie relative all'impiego di armi vietate).

¹⁵ Si veda più ampiamente R. CRYER, *War Crimes*, in B. SAUL, D. AKANDE (a cura di), *The Oxford Guide to International Humanitarian Law*, Oxford, 2020, p. 339 ss.

¹⁶ W. ABRESCH, *A Human Rights Law of Internal Armed Conflict: The European Court of Human Rights in Chechnya*, in *European Journal of International Law*, 2005, p. 741 ss.; P. ROWE, *Non-international Armed Conflict and the European Court of Human Rights: Chechnya from 1999*, in *New Zealand Yearbook of International Law*, 2007, p. 205 ss.

applicando direttamente norme relative ai conflitti armati interni ai casi sottoposti al suo scrutinio¹⁷.

Ad ogni buon conto, è oggi innegabile che il *corpus* normativo applicabile a questa tipologia di conflitti ha potuto espandersi – e continua ad espandersi – anche grazie al contributo *ab externo* di organi internazionali.

3. (*segue*) il controllo sul rispetto degli obblighi internazionali

A differenza di altri settori in cui il diritto internazionale è riuscito a dotarsi, oltre che di norme materiali, anche di procedure per controllarne il rispetto da parte degli Stati, nel diritto internazionale umanitario tali meccanismi sono pressoché assenti¹⁸.

Le ragioni di ciò non sono difficili da scorgere. Il carattere strutturalmente «anorganico» della comunità internazionale emerge, in questo settore, in modo limpido: in aggiunta alle contromisure della parte belligerante avversa (forma più tradizionale e rudimentale di *enforcement*), gli strumenti di diritto internazionale umanitario che consentono un siffatto controllo si limitano, tradizionalmente, all'istituto delle Potenze Protettrici e quello delle commissioni di inchiesta. Non sono mai stati istituiti organi giudiziari o quasi-giudiziari investiti del potere di accertare, nello specifico, il rispetto dello *jus in bello* da parte degli Stati (al pari di quanto avviene, ad esempio, in materia di diritti umani): in breve, le Convenzioni di Ginevra e i Protocolli addizionali non dispongono di organi di controllo.

Rispetto a tale mancanza, Cassese non poteva che limitarsi a registrare – con la sensibilità del giurista attento alle questioni diplomatiche che gli era propria e che già abbiamo visto in atto – un profondo disaccordo tra i blocchi delle principali potenze mondiali, tutte tendenzialmente avverse (seppure per ragioni diverse) a forme di controllo «dall'esterno» sul rispetto delle regole dello *jus in bello*. Faceva eccezione, naturalmente, l'intervento di organizzazioni umanitarie, di cui la Comitato Internazionale della Croce Rossa era ed è massima esponente¹⁹. In un suo scritto del 1974, muovendo dalla premessa che un mutamento di tale atteggiamento, per quanto auspicabile, non fosse all'orizzonte, egli invocava «the elabora-

¹⁷ C. CERNA, *The History of the Inter-American System's Jurisprudence as Regards Situations of Armed Conflict*, in *International Humanitarian Legal Studies*, 2011, p. 3 ss.

¹⁸ A. CASSESE, *Current Trends in the Development of the Law of Armed Conflict*, in *Rivista trimestrale di diritto pubblico*, 1974, p. 1407 ss.

¹⁹ *Ibidem*.

tion of somewhat more detailed provisions on the conduct of hostilities»²⁰, quasi a compensare sul piano «materiale» (e cioè, con norme di dettaglio) l'assenza strutturale di organi di controllo.

Il parziale superamento di questa *lex lata* avvenne, in realtà, solo pochi anni più tardi rispetto allo scritto appena menzionato, con l'adozione dei Protocolli addizionali del 1977, i quali però, pur introducendo – limitatamente ai conflitti armati internazionali – il meccanismo delle commissioni di inchiesta (*Fact-Finding Commissions*), non riuscirono, alla prova dei fatti, a fornire un'adequata risposta alla domanda di controllo avanzata dal giurista.

In una qualche misura, tuttavia, il voto di Cassese non rimase inevaso. A partire da quegli anni, forme alternative di controllo sul rispetto dello *jus in bello* furono infatti progressivamente assicurate, oltre che da taluni organi di controllo in materia di diritti umani²¹ e da corti interne²², anche dai tribunali penali internazionali creati *ad hoc* dalle Nazioni Unite.

Pare utile soffermarsi su quest'ultimo punto, che peraltro riflette i rilievi sopra svolti con riferimento alla regolamentazione dei conflitti armati interni. Lo strumento penalistico, a livello interno e soprattutto internazionale, veniva percepito da Cassese come un mezzo per assicurare l'osservanza del diritto internazionale umanitario (le cui violazioni assumevano la veste di «crimini internazionali»). I limiti di questo strumento – come riconosceva lo stesso giurista – erano due: da un lato, essi giudicavano della responsabilità penale dell'individuo, e non di quella dello Stato (e delle parti al conflitto); dall'altro lato, l'azione di tali tribunali in tanto poteva risultare effettiva in quanto supportata dal consenso degli Stati²³. Insomma, da tale consenso non si poteva comunque prescindere, per avere una forma di controllo sul rispetto dello *jus in bello*.

²⁰ *Ivi*, p. 1436.

²¹ Si veda più diffusamente *supra*.

²² Occorre evidenziare che sempre Cassese guardò con favore al ruolo dei giudici interni, i quali, applicando il diritto internazionale così come recepito nell'ordinamento giuridico di riferimento, danno concretezza alle norme – in questo caso – di diritto internazionale umanitario, contribuendo al loro affinamento e alla loro esecuzione in concreto. Uno degli ultimi scritti del giurista irpino si felicitava per una recente pronuncia della Corte suprema di Israele nel caso degli omicidi mirati, proprio per il contributo alla chiarificazione di norme relative alla condotta delle ostilità nonché alla futura punizione dei responsabili di crimini commessi in violazione di tali norme: si veda A. CASSESE, *On Some Merits of the Israeli Judgment on Targeted Killings*, in *Journal of International Criminal Justice*, 2007, p. 339 ss.

²³ Il ragionamento più compiuto si rinviene in: A. CASSESE, *On the Current Trends towards Criminal Prosecution and Punishment of Breaches of International Humanitarian Law*, in *European Journal of International Law*, 1998, p. 2 ss.

Emerge, dalle pagine vergate su questo tema, un'attenzione indefessa al ruolo delle Nazioni Unite e, più in generale, all'attività diplomatica: gli Stati vanno «pungolati», esortati a far sì che questi meccanismi possano operare in modo effettivo, contribuendo a rafforzare la protezione degli individui sul campo di battaglia. E il giurista – di diritto positivo, sì, ma sensibile alla realtà politica in cui opera – non può esimersi da tale compito di «pungolatore».

Tanto Cassese credeva in questo ruolo che il tema del controllo sul rispetto degli obblighi in materia di diritto umanitario ha riaffiorato ciclicamente nella sua produzione scientifica, anche con riferimento ad altri settori. In uno scritto più tardo, ad esempio, Cassese evidenzia come, in luogo delle farraginose procedure di inchiesta formalizzate nel Primo Protocollo Addizionale, sarebbero da prediligersi meccanismi più agili, flessibili e capaci di operare direttamente sul campo (come il CICR, Stati di elevata caratura morale come la Santa Sede, e pure organizzazioni non governative di riconosciuto prestigio)²⁴.

Si trattava, com'è evidente, di una proposta animata da una condivisibile finalità umanitaria, ma informata a un sano realismo, imprescindibile – ieri come oggi – per il cultore dello *jus in bello* che voglia «mettersi in comunicazione» con gli attori che muovono le pedine sullo scacchiere, e cioè gli Stati.

4. (*segue*) la dicotomia tra regole «generali» e regole «specifiche» nella disciplina dei mezzi e metodi di guerra

Il terzo e ultimo tema, relativo alla disciplina dei mezzi e metodi di guerra, è quello che svela ancora più nettamente che i primi due la postura di Antonio Cassese di fronte alle drammaticità dei conflitti armati contemporanei. L'eterno confronto tra *lex lata* e *lex ferenda* – una sorta di fiume carsico della ricerca scientifica di Cassese²⁵ – affiora qui in modo del tutto spontaneo.

In due scritti degli anni Settanta, il giurista si domanda quale fosse la vera natura giuridica di due delle regole fondamentali – e pacificamente ritenute consuetudinarie – di questo ramo del diritto internazionale umanitario, ovvero quella che vieta armi il cui uso comporti «danni superflui o sofferenze inutili» (art. 23 dei Regolamenti dell'Aja del 1899/1907, poi confluita nell'art. 35 del Primo Protocol-

²⁴ A. CASSESE, *Fostering Increased Conformity with International Standards: Monitoring and Institutional Fact-Finding*, in A. CASSESE (a cura di), *Realizing Utopia*, Oxford, 2012, p. 295 ss.

²⁵ A. CASSESE, *Preface*, in A. CASSESE, *Five Masters of International Law: Conversations with R.-J. Dupuy, E. Jiménez de Aréchaga, R. Jennings, L. Henkin and O. Schachter*, Oxford, 2011, p. vi ss.

lo Addizionale del 1977) e quella che vieta «armi indiscriminate» (condensata all'art. 51, par. 4, del Primo Protocollo Addizionale)²⁶. Accanto a queste regole «generali», vi erano poi regole «specifiche» aventi ad oggetto la disciplina (e talora il divieto) di singole armi, mezzi o metodi di combattimento.

Non è inutile osservare come, alla data in cui Cassese redigeva gli scritti appena menzionati, il numero di strumenti pattizi tesi a vietare specifiche armi era piuttosto ridotto, specie se paragonato a quello odierno: la Convenzione contro certe armi convenzionali (CCW) e i suoi Protocolli, la Convenzione contro le armi chimiche, la Convenzione contro le mine anti-uomo, la Convenzione contro le munizioni a grappolo e, da ultima, la Convenzione contro le armi nucleari erano ancora tutte da venire. Le regole «specifiche» esistenti all'epoca coprivano, ad esempio, proiettili di peso inferiore ai 400 grammi²⁷, armi velenose²⁸ e batteriologiche²⁹. Si attendeva, da più parti, un non più rinviabile aggiornamento dei divieti specifici esistenti.

Posto di fronte al diffuso impiego, nei teatri operativi, di «extremely cruel weapons»³⁰, Cassese si chiede se la *lex lata* – e in particolare le regole di carattere generale sopra menzionate – fosse sufficiente per ricavare, all'atto pratico, un divieto relativo a tali armi, pure in assenza di regole «specifiche».

La risposta che Cassese avanza rispetto a tale interrogativo era, curiosamente, di segno negativo, tanto da risultare per taluni insoddisfacente. Egli muove dalla constatazione secondo la quale, nella prassi, l'invocazione delle regole generali di cui sopra non abbia *mai* prodotto, come risultato, la rinuncia, chiara e definitiva, all'utilizzo di una particolare arma, mezzo o metodo di guerra. Piuttosto, l'esigenza che le armi siano indirizzate unicamente verso obiettivi legittimi e che,

²⁶ Rispettivamente, A. CASSESE, *Weapons Causing Unnecessary Sufferings: Are They Prohibited?*, cit., e A. CASSESE, *The Prohibition of Indiscriminate Means of Warfare*, in J. AKKERMAN et al. (a cura di), *Declarations on Principles: A Quest for Universal Peace. Liber Amicorum Disciplinorumque B.V. Röling*, Leiden, 1977, p. 171 ss.

²⁷ *Declaration Renouncing the Use, in Time of War, of Explosive Projectiles Under 400 Grammes Weight* del 1868.

²⁸ *Regulations concerning the Laws and Customs of War on Land, annexed to Convention (III)* del 1899, art. 23(a); *Regulations concerning the Laws and Customs of War on Land, annexed to Convention (IV)* del 1907, art. 23(a).

²⁹ *Protocol for the Prohibition of the Use in War of Asphyxiating, Poisonous or Other Gases, and of Bacteriological Methods of Warfare* del 1925. Anche se non si tratta, in senso stretto, di uno strumento di diritto umanitario (dal momento che non si occupa direttamente dell'impiego di tali armi), non può non menzionarsi – non fosse altro per la sua collocazione temporale – la *Convention on the Prohibition of the Development, Production and Stockpiling of Bacteriological (Biological) and Toxin Weapons and on their Destruction* del 1972.

³⁰ V. ad es., A. CASSESE, *Weapons Causing Unnecessary Sufferings: Are They Prohibited?*, cit., p. 192.

anche nei confronti di questi ultimi, non producano mali superflui è servita da «pungolo» (Cassese usa il termine «rationale»)³¹ per adottare nuove regole; ma da esse è difficile far discendere, automaticamente e al netto di sforzi *de lege ferenda*, divieti specifici.

La prassi degli Stati rispetto a queste regole generali – in particolare, quella che vieta armi che causano «danni superflui o sofferenze inutili» – è troppo ambigua e imprecisa per dedurre specifici divieti *de lege lata*. In altre parole, nessuna arma è mai stata ritenuta vietata sulla base dei divieti generali; ogni qualvolta gli Stati hanno avvertito che l'impiego di un'arma si ponesse in contrasto con quelli, hanno comunque adottato un divieto specifico, *ergo* il divieto generale non ha portata vincolante *ex se*.

Emerge però un'insofferenza rispetto al diritto esistente (cui Cassese, per quanto sensibile a esigenze extra-positive, rimase sempre fedele) che si trova riflessa, con contorni ben più nitidi, anche in scritti meno risalenti. È il caso, su tutti, del magistrale contributo dedicato al valore giuridico della c.d. «clausola Martens»³². Nata come via d'uscita da un *impasse* diplomatico durante la Conferenza dell'Aja del 1899 e inserita nel preambolo delle Convenzioni, la clausola stabilisce che, nei casi non coperti dalle norme pattizie in materia, civili e combattenti permangono sotto la protezione delle norme consuetudinarie e, soprattutto, delle «*dois de l'humanité et des exigences de la conscience publique*»³³. Tuttavia, la prassi degli Stati, nonché dei tribunali interni e internazionali, tende a considerare la clausola più come un criterio interpretativo del diritto esistente, che come una fonte autonoma di obblighi internazionali.

Proprio sulla base di tali considerazioni e pensando al «futuro» della clausola, Cassese sostiene che non varrebbe nemmeno la pena di ribadirla nei trattati in materia: occorrerebbe, invece, che gli Stati «endeavour to act in a more meaningful manner and attach some significance to the restatement of the clause»³⁴.

Qualcuno potrebbe scorgere una parziale discontinuità tra il «primo» Cassese (quello dei tardi anni Settanta) e il «secondo» (quello del nuovo millennio): quello

³¹ *Ivi*, p. 195.

³² A. CASSESE, *The Martens Clause: Half a Loaf or Simply Pie in the Sky?*, in *European Journal of International Law*, 2000, p. 187 ss. Sulla clausola e sul suo valore giuridico, si veda anche l'illuminante contributo di P. BENVENUTI, *La Clausola Martens e la tradizione storica del diritto naturale nella codificazione del diritto dei conflitti armati*, in AA. VV., *Scritti degli allievi in memoria di Giuseppe Barile*, Padova, 1995, p. 173 ss.

³³ *Convention (II) with Respect to the Laws and Customs of War on Land and its Annex: Regulations concerning the Laws and Customs of War on Land* del 1899, preambolo.

³⁴ A. CASSESE, *The Martens Clause: Half a Loaf or Simply Pie in the Sky?*, cit., p. 217.

suona più rassegnato di questo, che invece insiste sull'importanza del ruolo dell'interprete a compensazione dell'inerzia degli Stati, anche se in via subordinata alla volontà di questi ultimi³⁵. Tuttavia, la discontinuità è più apparente che reale. Lungi dal voler «torcere» oltre misura il dato positivo, la postura di Cassese rimane sempre rivolta alla necessaria opera «legislatrice» degli Stati. Se è vero che le regole del diritto internazionale umanitario possono e devono essere costantemente «umanizzate», così da proteggere in modo più efficace gli individui, è pure vero che tale progresso non può prescindere da un ruolo attivo da parte degli Stati, principali (se pure non unici) attori sul piano internazionale.

L'atteggiamento di Cassese non ha affatto perso smalto, come conferma oggi, per citarne uno, il dibattito diplomatico attorno alla regolamentazione dei più recenti sistemi d'arma, ad esempio quelle autonome³⁶. Spetta in primo luogo agli Stati tradurre i valori fondamentali sottesi al diritto umanitario in regole – giuridicamente vincolanti o meno – capaci di incidere, in concreto, sull'impiego di certi armamenti.

Ciò, beninteso, non per squalificare l'apporto degli interpreti – che in effetti contribuiscono, con la loro opera, ad irrobustire l'apparato valoriale dell'ordinamento giuridico internazionale – ma per spronare gli Stati a... fare la loro parte, senza trovare esili giustificazioni davanti agli interpreti che, pur con i limitati mezzi a loro disposizione, cercano di fare il possibile.

5. L'identità del «cavaliere»: un'ipotesi

Alla luce dei rilievi svolti finora, il contributo di Antonio Cassese allo studio del diritto internazionale umanitario, così come emerge dai principali scritti in materia, deve essere saggiato a partire dalle considerazioni che seguono.

Per cominciare, qualsiasi analisi scientifica che pretenda di prescindere dal «basso», e cioè da quello che gli Stati fanno e dicono³⁷, rischia di condurre non

³⁵ *Ibidem* («[f]or instance, [States] could reword it as a general principle for the interpretation of international humanitarian law»), ciò che spinge a chiedersi se un giudice potrebbe già fare affidamento su tale principio anche in assenza di una statuizione in questo senso da parte degli Stati).

³⁶ Per un inquadramento del dibattito internazionale in materia di armi autonome, anche relativamente al possibile ruolo della clausola Martens, sia consentito il rimando a D. MAURI, *The Holy See's Position on Lethal Autonomous Weapons Systems. An Appraisal through the Lens of the Martens Clause*, in *Journal of International Humanitarian Legal Studies*, 2020, p. 116 ss.

³⁷ Citando il titolo dell'opera di un Maestro del diritto internazionale – peraltro intervistato da Cassese nel suo libro-intervista *Five Masters of International Law*, cit. –, occorre misurare il modo con cui

solo a risultati non confortati dalla prassi, ma pure viziati da una mancanza di sano realismo – fondamentale in materie come il diritto umanitario, dove gli interessi dello Stato si fanno maggiormente imperiosi. Nota Cassese che gli Stati spesso usano retoricamente nozioni di umanità e dignità umana, e c'è il rischio che lo studioso... ci caschi, e si accontenti di reiterare, nei propri scritti, l'importanza di certi valori fondamentali, accogliendoli come un traguardo già raggiunto, *de lege lata*.

Ciò non dev'essere scambiato per una «insensibilità» rispetto all'approccio valoriale, tutto il contrario: consapevole dell'importanza che tali valori siano effettivamente tradotti in norme giuridiche, è compito dello studioso non solo indicare canoni ermeneutici che sappiano tutelare in concreto tali valori, ma anche proporre agli Stati soluzioni convincenti *de lege ferenda*³⁸. In questo senso, Cassese si inserisce perfettamente in quella tendenza – peraltro da lui stesso registrata – della scienza giuridica italiana del secondo dopoguerra ad occuparsi, in aggiunta a questioni di carattere più teorico e con l'apporto del rigore logico e metodologico che tradizionalmente la contraddistingue, di «temi e problemi attuali» in modo «corretto e realistico»³⁹.

E ancora, con specifico riferimento alla disciplina del diritto umanitario, è quanto mai cruciale, per gli studiosi, non rimanere asserragliati nella «torre eburnea» della scienza giuridica. Al contrario, è necessario prestare attenzione non solo a identificare lacune, incoerenze o mancanze della *lex lata*, ma pure a «smascherare» le ipocrisie di chi deve incaricarsi di produrre il nuovo diritto. Per essere rispettabile interlocutore degli Stati in una materia così sensibile quale quella della regolamentazione dei conflitti armati, lo studioso deve saper «tener testa» a quelli. Di qui, l'importanza, per Cassese, che il giurista sia anche attento osservatore del gioco diplomatico, guardandosi bene dal rifuggire, quando necessario, l'analisi storica, politica e strategica dal proprio oggetto di studio⁴⁰.

gli Stati si «comportano» sul piano internazionale: L. HEMKIN, *How Nations Behave*, II ed., New York, 1979.

³⁸ In effetti, il dibattito scientifico italiano, quantomeno rispetto a certi temi, non si è sottratto a tale sfida. Sempre con riferimento al dibattito sulle armi autonome, si veda D. AMOROSO, *Autonomous Weapons Systems and International Law. A Study on Human-Machine Interactions in Ethically and Legally Sensitive Domains*, Napoli, 2020, p. 217 ss. (in cui l'Autore propone un «modello normativo» di controllo umano sui sistemi d'arma, prefigurando pure il contenuto di un futuro strumento giuridico internazionale in materia).

³⁹ A. CASSESE, *Il diritto internazionale in Italia* (a cura di M. FRULLI), Bologna, 2021, p. 133.

⁴⁰ Di qui, e sempre alla luce delle riflessioni di carattere generale che Cassese ha offerto sulla storia della scienza giuridica internazionalista italiana, l'importanza di considerare il diritto da prospettive differenti, quali quella politologica, quella storica, quella sociale, specie in rami del diritto più esposti

Chiudendo, di fronte alle sfide poste dal modo di essere dei nuovi conflitti armati, che vedono un impiego crescente di nuove tecnologie (progressiva automazione dei sistemi d'arma; dispositivi di potenziamento umano; sviluppo di armi tattiche, anche nucleari), la postura dello studioso del diritto internazionale umanitario non deve mancare di audacia. Il pensiero giuridico di Cassese nell'ambito del diritto internazionale umanitario consegna alle nuove generazioni, a mo' di staffetta, l'invito a non limitarsi a descrivere (o anche criticare) la *lex lata*, ma a proporre agli attori in gioco soluzioni praticabili *de lege ferenda*. In ciò sta certamente un tratto innovativo della produzione scientifica del giurista irpino, utile da riscoprirsi ancora oggi, come il presente contributo ha inteso illustrare.

D'altro canto, sono gli Stati, in primissima battuta, nella posizione di poter accorrere a sostenere la volta celeste con maggior vigore: invece delle esili zampe del passero (come esili sono talune regole e taluni principi dello *jus in bello*, lo si è visto), essi dispongono di prerogative – di *law-making* e soprattutto di *law-enforcing* – capaci di rendere il diritto internazionale umanitario più adeguato a regolare tali nuove sfide⁴¹.

Se allora lo studioso finisce per rassomigliare al passero disteso a terra, il cavaliere dell'aneddoto con il quale si è aperto questo contributo, che Condorelli chiama Agilulfo, pare assumere tutti i tratti e le movenze dello Stato.

a considerazioni di carattere politico (come quello che regola, appunto, i conflitti armati): si v. più approfonditamente A. CASSESE, *Il diritto internazionale in Italia*, cit., pp. 125-126.

⁴¹ Alla medesima conclusione perviene, del resto, anche Draper, il quale, di fronte alla debolezza delle norme del diritto umanitario rispetto alle atrocità commesse nei conflitti armati interni, osserva che il rimedio a tale mancanza di vigore «dies with governments»: G.I.A.D. DRAPER, *Humanitarian Law and Internal Armed Conflict*, cit., p. 277.

Il ruolo delle commissioni Affari Esteri del Parlamento italiano. A quarant'anni da una ricerca condotta da Antonio Cassese

MATTEO GIANNELLI*

SOMMARIO: 1. La rilevanza costituzionalistica del pensiero di Antonio Cassese. – 2. Un'indagine nel solco della connessione tra sistema delle fonti e forma di governo. – 3. Ruolo e prospettive della Commissioni Affari Esteri all'inizio degli anni Ottanta. – 4. La successiva attività e l'attualità della riflessione di Antonio Cassese. – 5. Dopo il *taglio*. Commissioni Affari Esteri e riduzione del numero dei parlamentari.

ABSTRACT: Individuando come punto di riferimento iniziale i risultati di una ricerca coordinata all'inizio degli anni Ottanta da Antonio Cassese, il presente contributo offre un'analisi del ruolo delle Commissioni Affari Esteri del Parlamento italiano. Con l'intento di verificare la perdurante attualità delle conclusioni allora raggiunte verranno sottolineate e discusse le prospettive attuali di questi particolari organi. Nella parte conclusiva del lavoro verranno formulate alcune riflessioni sull'impatto derivante dalla riduzione del numero dei parlamentari introdotta dalla riforma costituzionale del 2020 e sulle proposte di modifica che coinvolgono la stessa autonomia delle Commissioni Affari Esteri.

PAROLE CHIAVE: Parlamento – politica estera – commissioni parlamentari – Governo – controllo parlamentare – trattati internazionali.

1. La rilevanza costituzionalistica del pensiero di Antonio Cassese

È possibile interpretare i principi costituzionali relativi ai rapporti internazionali indipendentemente dal diritto internazionale e della sua evoluzione?

Un quesito – per alcuni banale, per altri non di semplice risoluzione – che non riguarda direttamente il presente contributo, rivolto all'analisi di alcune ten-

* Assegnista di ricerca in Istituzioni di diritto pubblico, Università degli Studi di Firenze, matteo.giannelli@unifi.it.

denze del controllo parlamentare sulla politica estera, ma la cui natura rappresenta un punto di partenza imprescindibile per ogni disamina relativa alle dinamiche del potere estero nell'ordinamento costituzionale italiano

In quest'ottica, può non esser privo di rilievo constatare come nel più importante Commentario della Costituzione italiana, il "Branca-Pizzorusso", le voci dedicate alle disposizioni costituzionali in materia siano state affidate alle cure di internazionalisti. Così l'articolo 78 redatto da Andrea Giardina¹; così, soprattutto, gli articoli 10, 11, 80 e 87, VIII comma e IX comma, redatti da Antonio Cassese².

Tale dato, a cui se ne potrebbero aggiungere molti altri³, non deriva dall'assenza di studi pubblicistici sul punto ma, appunto, dall'esigenza di leggere costantemente quelle disposizioni costituzionali anche alla luce delle grandi scelte della comunità internazionale⁴.

Tra coloro che sono riusciti a tenere insieme le due prospettive, come risulta evidente anche da queste prime notazioni, emerge la figura di Antonio Cassese, il cui pensiero rimane ancora oggi un punto di riferimento imprescindibile per chi intende confrontarsi con tali ambiti di riflessione⁵. Tra i profili di maggiore interesse per gli studiosi del diritto pubblico vi sono, senza dubbio, quelli attinenti alle dinamiche del controllo parlamentare sulla politica estera e, in particolare, sul procedimento di formazione dei trattati: una serie di problematiche che, come lo stesso Cassese ricorda, gli internazionalisti hanno «tradizionalmente ignorat[o], perché ritenut[e] non pertinenti all'oggetto della "dommatica giuridica"»⁶.

Il tema è affrontato in modo compiuto nella curatela del 1982 dal titolo *Parlamento e politica estera. Il ruolo delle commissioni affari esteri*⁷. Una ricerca che sembra far tesoro del monito, o meglio del rimprovero, rivolto dallo stesso Cassese alla

¹ A. GIARDINA, *Art. 79*, in G. BRANCA (a cura di), *Commentario della Costituzione. La formazione delle leggi*, II, Bologna, 1979, p. 94 ss.

² A. CASSESE, *Lo Stato e la Comunità internazionale (Gli ideali internazionalistici del costituente)*, in G. BRANCA (a cura di), *Commentario della Costituzione. I principi fondamentali*, Bologna, 1975, p. 461 ss.; ID., *Art. 80*, in G. BRANCA (a cura di), *Commentario della Costituzione. La formazione delle leggi*, II, cit., 1979, p. 150 ss.; ID., *Art. 87, VIII comma e IX comma (seconda parte)*, in G. BRANCA (a cura di), *Commentario della Costituzione. Il Presidente della Repubblica*, Bologna, 1978, rispettivamente p. 223 ss. e p. 270 ss.

³ A partire dalla redazione affidata a Giorgio Gaja del capitolo sull'organizzazione internazionale di uno dei più importanti manuali di diritto pubblico, cfr. ID., *L'organizzazione internazionale*, in G. AMATO, A. BARBERA, *Manuale di diritto pubblico*, Bologna, 1984, p. 959 ss.

⁴ Un aspetto su cui insiste C. PINELLI, *Intervento*, in P. CARNEVALE (a cura di), *Guerra e Costituzione*, Torino, 2004, p. 144.

⁵ Per una ricostruzione del dibattito dell'Assemblea costituente il riferimento obbligato è, invece, A. CASSESE, *Politica estera e relazioni internazionali nel disegno emerso alla Assemblea costituente*, in U. DE SIERVO (a cura di), *Scelte della Costituente e cultura giuridica, Protagonisti e momenti del dibattito costituzionale*, Vol II, Bologna, 1980, p. 505 ss.

⁶ A. CASSESE, *Il diritto internazionale in Italia* (a cura di M. FRULLI), Bologna, 2021, p. 110.

⁷ A. CASSESE (a cura di), *Parlamento e politica estera. Il ruolo delle commissioni affari esteri*, Padova, 1982.

dottrina internazionalistica del secondo dopoguerra: «se il pubblico che legge le monografie e i saggi e internazionalistici è così limitato (...) di chi è la colpa? A mio giudizio la responsabilità va imputata proprio ai giuristi, che trattato temi teorici e, anche quando si soffermano (ma è raro) su problemi di attualità, lo fanno in modo formale e astratto, con scarsi spunti operativi»⁸.

Il primo dato che, invece, si ricava dalla lettura di questo volume è proprio l'attenzione alla realtà e alla prassi, che si giova non solo del contributo di accademici ma anche del punto di vista privilegiato di funzionari della Camere e di parlamentari che hanno maturato una significativa esperienza nelle Commissioni⁹. Come è possibile leggere nella premessa, infatti, l'obiettivo dello studio non consiste nello svolgere «una indagine giuridico-formale, ma un'analisi funzionale e politico-istituzionale (basata perciò su metodi quali le interviste, l'elaborazione di statistiche, ecc.), per verificare se, al di là delle formule giuridiche di ogni ordinamento statale, le realtà effettuali della dialettica Parlamento-Esecutivo andavano o meno nel senso di privilegiare uno dei poli di tale dialettica»¹⁰.

Nel presente lavoro, dunque, dopo una prima ricostruzione delle posizioni di Antonio Cassese sul ruolo e sulle prospettive delle Commissioni Affari Esteri di Camera e Senato, verranno analizzati alcuni aspetti che caratterizzano l'odierna situazione di questi peculiari organi, con lo scopo di evidenziare come molte delle problematiche segnalate nel volume del 1982 siano ancora oggi attuali nonostante il tempo trascorso e i cambiamenti intervenuti. Un obiettivo per il cui raggiungimento – come il lettore potrà valutare – non sarà necessario operare alcuna forzatura ma semplicemente seguire il filo rosso dei ragionamenti dello studioso della cui opera qui si discute.

2. Un'indagine nel solco della connessione tra sistema delle fonti e forma di governo

Prima di addentrarsi nella trattazione degli argomenti contenuti nella ricerca di quarant'anni fa risulta necessaria un'ulteriore premessa, che deriva da una lettura d'insieme dei singoli contributi. Gli studi e le intuizioni in esso contenute rivela-

⁸ A. CASSESE, *Il diritto internazionale in Italia*, cit., p. 91.

⁹ Tra i contributi si segnalano, per l'attenzione prestata all'elemento soggettivo, cioè ad una dettagliata analisi dei parlamentari che storicamente hanno ricoperto ruoli di rilievo nelle Commissioni Affari Esteri, G. BERTOLINI, *La Commissione Affari Esteri del Senato*, e G. ABBAGNALE, *La Commissione Affari Esteri della Camera dei deputati*, entrambi in A. CASSESE (a cura di), *Parlamento e politica estera*, cit., rispettivamente p. 3 ss. e p. 45 ss.

¹⁰ A. CASSESE, *Premessa*, in ID. (a cura di), *Parlamento e politica estera*, cit., p. IX.

no, infatti, una sensibilità che va dritta al cuore del rapporto tra sistema delle fonti del diritto ed evoluzione della forma di governo, o meglio al nesso tra crisi del sistema delle fonti e degenerazione della forma di governo parlamentare¹¹.

La forma di governo voluta dai Costituenti, come noto, doveva rappresentare il sistema istituzionale ideale per il raggiungimento del compromesso politico tra i partiti di massa per l'attuazione del programma contenuto nella prima parte della Costituzione (in termini di principi, diritti e doveri) e per riempire di contenuti auspicabilmente stabili e duraturi l'unità politica realizzata solo "in potenza" dalla Carta del 1948. Per le stesse ragioni, quello delle fonti veniva concepito come un sistema imperniato sul ruolo del legislatore, ossia su quel Parlamento in cui sarebbero state rappresentate quelle stesse forze politiche e che avrebbe avuto il compito di tradurre quel programma politico di trasformazione della società italiana (con l'eccezione del Partito Comunista per effetto della nota *conventio ad excludendum*)¹².

È proprio tale consapevolezza che, ad esempio, porta Cassese a considerare in maniera del tutto decisiva le dinamiche del rapporto tra maggioranza e opposizione e l'impatto di alcuni istituti tipici del diritto parlamentare¹³.

Con riferimento all'oggetto di questo contributo ciò conduce a una precisa lettura del ruolo assegnato dalla Costituzione al Parlamento in materia di stipulazione di trattati internazionali: tale funzione, infatti, viene concepita non in termini meramente astratti e formali ma secondo lo schema di una vera e propria «*compartecipazione alla conclusione dell'atto internazionale*»¹⁴. Nella costruzione dell'articolo 80, osserva Cassese, il Parlamento «è posto sullo stesso piano dell'Esecutivo, non agisce come deuteragonista, ma come comprimario in materia di politica estera»¹⁵:

¹¹ Temi che in questa sede non è possibile affrontare e per cui si rinvia, *ex multis*, a M. SICLARI (a cura di), *Il pluralismo delle fonti previste dalla Costituzione e gli strumenti per la loro ricomposizione*, Napoli, 2012, e in particolare agli scritti dall'identico titolo *ivi* contenuti di F. MODUGNO, A. RUGGERI e A. PIZZORUSSO, *È possibile parlare ancora di un sistema delle fonti?*, rispettivamente p. 3 ss., p. 63 ss. e p. 109 ss. Cfr., inoltre, E. CHELI, *Fisiologia e patologia negli sviluppi recenti del nostro "sistema" delle fonti*, in *Osservatorio sulle fonti*, n. 2/2010, p. 1 ss., e, più di recente, R. BIN, *Critica della teoria delle fonti*, Milano, 2021, p. 66 ss.

¹² Su cui, per tutti, E. CHELI, *Costituzione e sviluppo delle istituzioni in Italia*, Bologna, 1978, p. 95 ss.; G. AMATO (et al.), *Attualità e attuazione della Costituzione*, Roma-Bari, 1982; e, più di recente, S. BARTOLE, *Interpretazioni e trasformazione della Costituzione repubblicana*, Bologna, 2004, p. 210 ss.; L. PALADIN, *Per una storia costituzionale dell'Italia repubblicana*, Bologna, 2004, p. 239 ss.

¹³ Dinamiche che, come avverte Cassese, non sono e possono essere classificate solamente come di carattere politologico, con l'evidente intento di sminuirne il significato, cfr. A. CASSESE, *Il diritto internazionale in Italia*, cit., p. 91.

¹⁴ A. CASSESE, *I trattati internazionali e il ruolo delle Commissioni Affari Esteri*, in ID. (a cura di), *Parlamento e politica estera*, cit., p. 103 (corsivo dell'A.).

¹⁵ *Ibidem*.

una tesi fondata su un esame sistematico del disegno costituzionale, in particolare sulla riserva di assemblea prevista dall'articolo 72¹⁶, e che individua come centrale il «ruolo preparatorio»¹⁷ delle Commissioni parlamentari intese, secondo l'autorevole definizione di Leopoldo Elia, come «dei mezzi predisposti per rafforzare il Parlamento [e] per consentirgli di esercitare con efficacia l'insieme delle sue attribuzioni e particolarmente quelle legislative»¹⁸.

3. Ruolo e prospettive della Commissioni Affari Esteri all'inizio degli anni Ottanta

In seguito a tali premesse, il ragionamento si concentra sui poteri istruttori delle Commissioni. All'attenzione del lettore viene posta una prima considerazione: «nella prassi – sostiene Cassese – l'attività meramente preparatoria delle Commissioni Affari Esteri, si è trasformata nell'unica, o almeno, nella principale attività di esame e deliberazione sui trattati. Infatti, tranne pochi casi eccezionali in cui le Assemblee hanno svolto un approfondito dibattito sui trattati internazionali, in aula ci si è limitati a prendere atto della relazione della Commissione, pronunciandosi nel modo da questa indicato»¹⁹.

Sulla base di una simile constatazione, dunque, diventa decisivo valutare come esse hanno operato in materia di trattati internazionali, nel quadro delle funzioni assegnate all'intero Parlamento e, a tal proposito, viene introdotta una periodizzazione che si compone di tre fasi differenti. La prima (1948-1972) «è contraddistint[a] dalla “rozzezza” dell'azione dell'Esecutivo, che frequentemente agisce in contrasto con la lettera e lo spirito della Costituzione, senza che il Parlamento protesti (se non in casi eccezionali)»²⁰; la seconda (1972-1976) si caratterizza per il mutamento nei rapporti tra maggioranza e opposizione e, in particolare, per il maggior ruolo acquisito da quest'ultima, inaugurando così la tendenza delle Commissioni «a formulare critiche non generali e astratte, ma specifiche e pun-

¹⁶ Secondo cui in materia di autorizzazione alla ratifica dei trattati internazionali deve esser sempre seguita la «procedura normale di esame e approvazione diretta» da parte di ciascun ramo del Parlamento.

¹⁷ *Ivi*, p. 102 (corsivo dell'A.).

¹⁸ L. ELIA, *Le commissioni parlamentari italiane nel procedimento legislativo*, in Archivio giuridico “Filippo Serafini”, XXIX, 1961, p. 44. Sul punto si segnala l'interessante lettura del pensiero di Elia come configurazione del “Parlamento in Commissione” offerta da F. LONGO, *Commissioni ed organizzazione dei lavori parlamentari negli scritti di Leopoldo Elia*, in *Diritto pubblico*, 2009, 489 ss., spec. 508.

¹⁹ A. CASSESE, *I trattati internazionali e il ruolo delle Commissioni*, cit., 102.

²⁰ *Ivi*, p. 108.

tuali all'azione dell'esecutivo»²¹; infine, la terza (1976-1981), dove si consolida l'esperienza precedente e in cui «le Camere cominciano a rendersi conto di avere il diritto-dovere di compartecipare alla conclusione dei trattati, e che la loro funzione non è inferiore a quella del Governo»²².

Gli aspetti positivi portati ad esempio della terza fase sono particolarmente rilevanti – tra questi la richiesta di coinvolgimento del Parlamento nell'attività di negoziazione dei trattati, le proposte in materia di rinegoziazione dei singoli accordi, la sospensione per motivi di opportunità della ratifica di un trattato, la deplorazione di certe procedure seguite dal Governo – ma, come avverte Cassese, «bisogna guardarsi bene dal sopravvalutarne l'importanza. In più casi si tratta di spunti, di tentativi, di singoli episodi di accettazione, da parte della maggioranza, di proposte e idee avanzate – da anni – da più settori»²³.

Per questa ragione, invece di indugiare in costruzioni intellettuali meramente celebrative del “mito” della centralità parlamentare²⁴, la riflessione dell'Autore si sposta subito su alcuni suggerimenti per un migliore svolgimento del ruolo delle Commissioni in materia di trattati internazionali, formulati con l'obiettivo di identificare le «lacune e inadeguatezze che sarebbe sommamente auspicabile superare rapidamente»²⁵.

Innanzitutto, viene messo in luce, anche attraverso un puntuale esame dei resoconti parlamentari, come il dibattito sui trattati in seno alle Commissioni venga svolto in maniera sommaria e sbrigativa. Altrettanto critica risulta esser l'assenza di personale qualificato e specializzato che assista, sia l'intera Commissione sia i singoli membri, nello svolgimento dell'attività parlamentare. È, inoltre, definito «stupefacente»²⁶ il persistente fenomeno dei ritardi nella presentazione dei trattati al Parlamento da parte del Governo, specie alla luce delle ripetute assicurazioni da parte del Ministero degli Affari Esteri di fronte alle proteste dei singoli parlamentari e dei gruppi di opposizione. Ancora, si sottolinea come il Parlamento dovrebbe esigere dal Governo di esser messo in grado di esercitare pienamente la sua compartecipazione alla stipulazione ai sensi dell'articolo 80 e che, nel caso dei trattati più importanti o significativi, i membri delle Commissione debbano essere associati alla fase della negoziazione²⁷.

²¹ *Ivi*, p. 112.

²² *Ivi*, p. 118.

²³ *Ivi*, p. 123.

²⁴ Sul concetto e sulla stagione della centralità parlamentare, in prospettiva diacronica, v. E. CHELLI, *La «centralità» parlamentare: sviluppo e decadenza di un modello*, in *Quaderni costituzionali*, 1981, p. 343.

²⁵ A. CASSESE, *I trattati internazionali e il ruolo delle Commissioni*, cit., p. 123.

²⁶ *Ivi*, p. 125.

²⁷ Per l'elencazione dettagliata dei suggerimenti proposti da Cassese cfr. *ivi*, pp. 123-128.

Per la risoluzione di questi problemi, connessi al funzionamento di tutto il Parlamento e, dunque, cruciali per le dinamiche della forma di governo, vengono avanzate numerose proposte, a partire dall'obbligo di trasmissione a scadenza fissa da parte dell'Esecutivo dei trattati in corso di negoziazione, di quelli già firmati e che il Governo intende sottoporre alle Camere ai sensi dell'articolo 80, nonché di quelli stipulati in forma semplificata. Una modalità attraverso la quale il Parlamento potrebbe controllare «se l'articolo 80 viene rispettato»²⁸.

È importante notare che Cassese non menziona mai, almeno in termini di proposta, il tema delle riforme della Costituzione, preferendo sviluppare i suoi ragionamenti su un piano diverso, riferito principalmente alle possibilità offerte dal quadro costituzionale vigente e, in particolare, dalla riforma dei regolamenti parlamentari del 1971²⁹. Una tentazione, è importante ricordarlo, molto forte e presente nel dibattito di quegli anni: a partire dal cd. “decalogo Spadolini”³⁰, infatti, si inizia a fare strada con sempre maggiore forza l'idea di risolvere i problemi di funzionalità del sistema politico-parlamentare attraverso una mera modifica del testo della Costituzione³¹.

Invece che al dibattito sulla riforma dell'articolo 80³², dunque, Cassese preferisce rivolgere la sua attenzione al processo che porterà alla legge 11 dicembre 1984, n. 839, il cui articolo 1 disporrà, come noto, che «gli accordi ai quali la Repubblica si obbliga nelle relazioni internazionali, ivi compresi quelli in forma semplificata»³³ siano inseriti e pubblicati nel loro testo integrale nella Raccolta ufficiale delle leggi e dei decreti della Repubblica Italiana³⁴.

²⁸ *Ivi*, p. 126.

²⁹ Su cui, anche per l'evidenziazione del nesso con la stagione della centralità parlamentare cfr. A. MANZELLA, *Le origini dei regolamenti parlamentari, a quarant'anni dal 1971*, in ID. (a cura di), *I Regolamenti parlamentari a quarant'anni dal 1971*, Bologna, 2012, p. 11 ss.

³⁰ Sui contenuti del decalogo e sul dibattito di quegli anni sulle riforme cfr. C. FUSARO, *Per una storia delle riforme istituzionali (1948-2015)*, in *Rivista trimestrale di diritto pubblico*, 2/2015, spec. pp. 462-465.

³¹ Un'idea del tutto vana e velleitaria come mette in luce, riguardo al tema delle cd. grandi riforme, P. CARETTI, *L'ennesimo “revival” della Grande Riforma costituzionale in funzione palinogenetica*, in *Osservatorio sulle fonti*, 2/2013, p. 1 ss.

³² Su cui è imprescindibile il volume elaborato in seno al Centro Studi sulla Riforma dello Stato, AA. VV., *Missili e potere popolare. Per una riforma dell'art. 80 della Costituzione*, Milano, 1986.

³³ Cfr. articolo 1, comma 1, lett. f) della l. 11 dicembre 1984, n. 839, recante “Norme sulla Raccolta ufficiale degli atti normativi della Repubblica italiana e sulla Gazzetta Ufficiale della Repubblica italiana”.

³⁴ Inoltre, l'art. 4 della legge prevede che «a cura del Servizio del contenzioso diplomatico, trattati e affari legislativi del Ministero degli affari esteri, sono trasmessi, per la pubblicazione trimestrale in apposito supplemento della Gazzetta Ufficiale, tutti gli atti internazionali ai quali la Repubblica si obbliga nelle relazioni estere, trattati, convenzioni, scambi di note, accordi ed altri atti comunque denominati, che sono altresì comunicati alle Presidenze delle Assemblee parlamentari. La trasmissione avviene non oltre un mese dalla sottoscrizione dell'atto con cui la Repubblica si obbliga».

Alla base di questo intervento legislativo vi è l'idea di un Parlamento che, nel solco del paradigma del Panopticon benthamiano, “tutto vede e tutto controlla”: una funzione nel cui svolgimento risultano protagonisti, in particolare, i gruppi di opposizione. Si tratta di un tema su cui, a ben vedere, la dottrina precedente non sembrava aver posto la necessaria attenzione, salvo uno spunto fornito alla fine degli anni '70 da Treves che si era soffermato sulla necessità di un'informazione «al tempo stesso attendibile, tempestiva e completa oltre che di facile accesso»³⁵.

Per Cassese, invece, il cattivo funzionamento del livello di acquisizione delle informazioni e di elaborazione dei dati, in quanto fortemente pregiudiziale all'attività di controllo e indirizzo³⁶, risulta decisivo tanto da divenire, nelle conclusioni del volume, una delle proposte più importanti al fine di raggiungere un effettivo potenziamento del ruolo del Parlamento sulla politica estera³⁷.

4. La successiva attività e l'attualità della riflessione di Antonio Cassese

Negli anni successivi al 1982 le Commissioni Affari Esteri proseguono con il notevole incremento della loro attività, sia in termini di indirizzo che di controllo³⁸, divenendo protagoniste di una serie di raccordi con il Ministero degli Esteri in ordine al corretto adempimento degli obblighi di pubblicità dei trattati e degli accordi internazionali previsti dalla richiamata legge n. 839 del 1984³⁹. Il periodo che coincide con la fine degli anni '80 segna l'apice della loro attività⁴⁰ ma tutto ciò è destinato a scontrarsi con l'evidente paradosso di un quadro istituzionale

³⁵ T. TREVES, *L'informazione sulla politica estera dell'Italia: il caso dei trattati internazionali*, in *Studi per Balladore Pallieri*, II, Giuffrè, Milano, 1978, p. 614 ss., spec. p. 630.

³⁶ Nella dottrina costituzionalistica di quegli anni si era soffermato su questi aspetti A. BALDASSARRE, *Il Parlamento come soggetto di indirizzo e controllo politico*, in G. AMATO (et al.), *Attualità e attuazione della Costituzione*, cit., p. 16 ss., spec. p. 34.

³⁷ A. CASSESE, *Risultati del dibattito e proposte per un potenziamento del ruolo del Parlamento in politica estera*, in ID., *Parlamento e politica estera*, cit., p. 295.

³⁸ Una tendenza registrata anche nel numero monografico che la rivista *Quaderni costituzionali* dedica al tema delle *Istituzioni della politica estera* e, in particolare, da A. MASSAI, *Parlamento e politica estera: l'Italia*, in *Quaderni costituzionali*, 1984, p. 561 ss., dove si sottolineano i momenti di dialogo tra Parlamento e Governo (spec. p. 595).

³⁹ Ad esempio, i termini, di natura meramente ordinatoria, della legge n. 839 erano rispettati in maniera ferrea e i rari ritardi nella pubblicazione erano scrupolosamente comunicati sulla Gazzetta Ufficiale lo stesso giorno in cui sarebbe dovuta avvenire la pubblicazione. Cfr. per il caso degli atti relativi al periodo 15 dicembre 1986 – 15 marzo 1987 la Gazzetta Ufficiale n. 88 del 15 aprile 1987.

⁴⁰ Si ricordi, nella IX e nella X legislatura, l'istituzione da parte della Commissione Affari Esteri della Camera dei deputati del Comitato permanente per l'esame dei trattati trasmessi ai sensi dell'art. 4 della legge n. 839 che si propone di esaminare gli accordi in forma semplificata trasmessi dal Governo.

caratterizzato dalla proliferazione di “piccoli” partiti politici, dalla frammentazione parlamentare e dalla sempre più evidente crisi della rappresentanza politica generale. Sono gli anni dell’esperienza del c.d. “pentapartitismo”, che ben presto si tradurrà in una serie di compromessi politici di basso profilo capaci di logorare la fiducia nel sistema dei partiti e, di conseguenza, di innescare un inarrestabile processo di degenerazione della forma di governo parlamentare.

La tentazione di proseguire nella periodizzazione dell’attività delle Commissioni offerta da Cassese, dunque, si scontra con gli avvenimenti del biennio 1992-1993 che hanno segnato irrimediabilmente la crisi dell’intero sistema politico e identificato uno spartiacque profondo nella storia repubblicana.

Tuttavia, come noto, quello iniziato in quegli anni è un processo allo stesso tempo “epocale” ma incompiuto: l’idea del passaggio alla logica maggioritaria come risposta alla precedente logica compromissoria si rivelerà ben presto illusoria, riproponendo nel giro di poco molte delle problematiche degli anni precedenti.

Non sarà esente dai riflessi istituzionali di questa crisi anche l’attività delle Commissioni parlamentari. Più nel dettaglio, il ruolo e la posizione della Commissione Affari Esteri sono rimasti in un limbo di incertezza caratterizzato, in prima istanza, dalla persistenza della sommarietà e sbrigatività del dibattito svolto sui trattati. Ciò è accaduto, in particolare, in sede legislativa, uno dei settori in cui più è intensa, almeno a livello dimensionale, l’attività della Commissione stesse: sono tendenze oramai consolidate quelle che vedono i procedimenti per l’approvazione dei disegni di legge di autorizzazione alla ratifica concludersi quasi sempre con un’approvazione all’unanimità o a larghissima maggioranza⁴¹, quasi fossero «atti dovuti»⁴². Una circostanza che non può che far riflettere se si considera il dato che testimonia come quasi il 40% della produzione legislativa riguardi leggi di autorizzazioni alla ratifica ai sensi dell’articolo 80⁴³.

Allo stesso modo persistono anche le altre criticità segnalate da Cassese: in particolare, l’assenza di personale specializzato e i ritardi nella presentazione dei trattati al Parlamento da parte del Governo, da cui deriva l’impossibilità per

⁴¹ Per un’analisi, anche comparata, cfr. C. FASONE, *Sistemi di Commissioni parlamentari e forme di governo*, Padova, 2012, p. 566 ss.

⁴² Così, F. LONGO, *Parlamento e politica estera. Il ruolo delle Commissioni*, Bologna, 2011, p. 236.

⁴³ Nel settore dell’attività parlamentare in materia di affari esteri e difesa, la produzione legislativa si sviluppa prevalentemente attraverso l’approvazione di ratifiche di trattati internazionali, in particolare sul tema della “tutela dei diritti umani”. Così E. LONGO, *La legge precaria. Le trasformazioni della funzione legislativa nell’età dell’accelerazione*, Torino, 2017, p. 211.

l'assemblea rappresentativa di esercitare pienamente la sua funzione costituzionale.

In controtendenza appaiono invece l'incremento, a partire dalla XIII legislatura, delle attività di sindacato ispettivo e dell'attività meramente conoscitiva⁴⁴. Con riferimento a quest'ultimo ambito si registra un netta crescita – soprattutto nel caso di eventi di politica estera di peculiare attualità e di rilievo internazionale e interno – delle indagini conoscitive effettuate⁴⁵: spesso queste avvengono in composizione riunita (Camera e Senato) e sempre più frequenti sono le audizioni e le comunicazioni del Governo, anche con riguardo all'informativa periodica alle Camere, da parte del Ministero degli Affari esteri, sull'attività di stipula di accordi internazionali⁴⁶.

5. Dopo il *taglio*. Commissioni Affari Esteri e riduzione del numero dei parlamentari

Nei paragrafi precedenti si è fatto più volte cenno al tema delle riforme e al loro impatto nel dibattito pubblico. Come noto, tutte le ipotesi di revisione del testo della Costituzione sono fallite e si è parzialmente eclissata anche l'idea della riforma dell'articolo 80, a cui sono stati preferiti tentativi, anch'essi infruttuosi, di modifica del procedimento di autorizzazione alla ratifica attraverso la legislazione ordinaria⁴⁷.

L'unica proposta approvata definitivamente è stata quella relativa alla riduzione del numero dei parlamentari, contenuta nella legge costituzionale 19 ottobre 2020, n. 1. Tra gli obiettivi che tale revisione intendeva perseguire, accanto al decantato taglio della spesa pubblica, vi erano quelli di una maggiore speditezza e funzionalità delle procedure parlamentari e di una accresciuta produttività delle Camere⁴⁸.

⁴⁴ V. SERVIZIO STUDI – CAMERA DEI DEPUTATI, *Commissione affari esteri. Politiche legislative e attività istituzionale nella XVII legislatura*.

⁴⁵ A proposito del frequente ricorso alle comunicazioni del Governo su temi concernenti la politica estera di fronte alle commissioni riunite cfr. V. COZZOLI, *Intervento*, in E. ROSSI (a cura di), *Studi pisani sul Parlamento*, II, Pisa University Press, Pisa, 2008, 195 ss., spec. 202.

⁴⁶ Inoltre, nell'ottobre 2020, la Commissione Affari Esteri ha avviato un ciclo di audizioni informali Audizione aventi ad oggetto «l'attuale impianto e sulle prospettive di riforma delle disposizioni di rango costituzionale in materia di ratifica di trattati internazionali», anche se al momento l'unico ad esser stato audito è stato il prof. Lippolis.

⁴⁷ Su cui F. LONGO, *Parlamento e politica estera*, cit., p. 231 ss.

⁴⁸ Per un ampio commento, cfr. G.L. CONTI, *Temeraria è l'inerzia. Il taglio dei parlamentari e le sue conseguenze*, Pisa, 2020, p. 58 ss. Inoltre, M. CAVINO, *Le prospettive del controllo parlamentare nel dibattito sulla*

Un tema, dunque, che investe da vicino la nostra trattazione. La riforma, come è stato efficacemente notato, rappresenta una «scossa tellurica sul sistema delle commissioni permanenti»⁴⁹ ed è potenzialmente in grado di compromettere l'operatività delle Commissioni Affari Esteri, interrompendo il timido percorso intrapreso negli ultimi anni⁵⁰. Un tema che si pone con particolare rilievo proprio nella vicenda degli accordi in forma semplificata, specie nella ricezione e nell'analisi degli allegati trimestrali alla Gazzetta Ufficiale, che potrebbero finire – ancora di più di quanto avviene oggi – in un cono d'ombra dei lavori parlamentari.

D'altro canto, non è possibile nascondere che un aggiornamento dell'intero del sistema delle Commissioni fosse necessario anche prima della riforma⁵¹. Tuttavia, il taglio puro e semplice dei membri di Camera e Senato ha eluso tutta una serie di interrogativi connessi alla riforma tra cui, per quanto di nostro interesse, la circostanza che il numero e le dimensioni delle commissioni parlamentari non siano elementi secondari per determinare il concreto dispiegarsi delle dinamiche della forma di governo e per “misurare” il peso del Parlamento in questo ambito⁵².

Sulle sorti delle Commissioni Affari Esteri sono state avanzate numerose proposte: la maggior parte hanno riguardato un accorpamento con la Commissione Politiche dell'Unione europea o con la Commissione Difesa⁵³, secondo un

riforma dei Regolamenti delle Camere, in V. LIPPOLIS (a cura di), *A cinquant'anni dai Regolamenti parlamentari del 1971: trasformazioni e prospettive*, Il Filangieri. Quaderno 2021, p. 193 ss.

⁴⁹ Così L. GORI, *Sull'organizzazione del Parlamento e sui regolamenti parlamentari*, in E. ROSSI (a cura di) *Meno parlamentari, più democrazia? Significato e conseguenze della riforma costituzionale*, Pisa, 2020, p. 138.

⁵⁰ Su cui F. LONGO, *Parlamento e politica estera*, cit., p. 200 ss. Per la tesi che a un decentramento della funzione in commissione non necessariamente corrisponde un depotenziamento del controllo parlamentare cfr. per tutti C. CHIMENTI, *Il controllo parlamentare nell'ordinamento italiano*, Milano, Giuffrè, 1974, p. 187 ss., e, di recente, S. SICARDI, *Il problematico rapporto tra controllo parlamentare e ruolo dell'opposizione nell'esperienza repubblicana*, cit., p. 967 ss.

⁵¹ Lo ricorda C. FASONE, *Le conseguenze della riduzione dei parlamentari sulle commissioni permanenti*, in *Rivista Trimestrale di Scienze dell'Amministrazione*, 1/2022, p. 1 ss.

⁵² M. MIDIRI, *Commissioni parlamentari e processo di decisione politica*, in *Rivista trimestrale di diritto pubblico*, 2007, p. 1035 ss.

⁵³ Si tratta dell'indirizzo che sembra prevalere e che è contenuto nel Testo base per la riforma del regolamento del Senato, adottato dalla Giunta nella seduta del 18 gennaio 2022: in particolare, la “nuova” 3^a Commissione si occuperà, congiuntamente, di Affari Esteri e Difesa (mentre resta separata la competenza sulle Politiche dell'Unione europea, che viene attribuita alla “nuova” 4^a Commissione).

indirizzo che asseconda la prassi, ormai consolidata, di frequenti riunioni congiunte di tali organismi⁵⁴.

Il rischio che è possibile intravedere dietro queste ipotesi è quello di un assorbimento dei temi di stretta pertinenza delle Commissioni Affari Esteri a favore di una delle altre due e, dunque, di una nuova e ulteriore forma di marginalizzazione della funzione di controllo democratico sulla politica estera e sul procedimento di formazione dei trattati.

Per tale ragione, in conclusione, può tornare utile l'insegnamento di Antonio Cassese. Nel volume discusso nel presente scritto, infatti, veniva prospettata l'utilità delle riduzioni del numero dei componenti della Commissioni Affari esteri, come misura che avrebbe potuto condurre a una maggiore efficienza delle Commissioni Affari Esteri⁵⁵. Un simile proposta, tuttavia, veniva condizionata al congiunto e radicale potenziamento del personale qualificato e specializzato a disposizione di ciascun parlamentare per lo svolgimento delle attività istruttorie. Parallelamente lo stesso Autore non nascondeva le perplessità che tale misura avrebbe potuto suscitare anche per le difficoltà di attuazione sul piano tecnico giuridico⁵⁶.

Molto si potrebbe ancora dire ma, se non altro, è quanto mai opportuno concludere sottolineando il metodo e lo stile seguito da Cassese nell'impostare i problemi e prospettare le soluzioni, in particolare su tematiche difficili e assai scivolose che coinvolgono direttamente i paradigmi della rappresentanza politica.

⁵⁴ V. DI PORTO, *La riforma "furba" e le possibili opportunità per riforme regolamentari che assecondino le tendenze monocamerali dell'ordinamento*, in *Forum di Quaderni costituzionali*, 2020, p. 399, che, molto finemente, propone di trasformare le Commissioni Affari Esteri e Difesa in un'unica Commissione bicamerale e di creare delle Commissioni speciali per l'esame dei disegni di legge di autorizzazione alla ratifica.

⁵⁵ A. CASSESE, *I trattati internazionali e il ruolo delle Commissioni*, cit., p. 125. Il modello che Cassese aveva in mente era quello della Commissioni Affari Esteri del Senato USA composta, nel 1980, da 15 membri a fronte dei 34 italiani.

Numerosi sono gli studi che hanno messo in evidenza che tanto più numerose e piccole di "taglia" sono le commissioni permanenti, sul modello del Congresso USA, tanto più influenti esse riescono ad essere nelle procedure parlamentari e nei rapporti con l'esecutivo, per una panoramica C. FASONE, *Sistemi di Commissioni parlamentari*, cit., p. 408.

⁵⁶ A. CASSESE, *Risultati del dibattito e proposte per un potenziamento del ruolo del Parlamento*, cit., p. 295.

Un formalismo sostanziale.
Alcune riflessioni su scienza giuridica e fascismo a partire
da *Il diritto internazionale in Italia* di Antonio Cassese

STEFANO MALPASSI*

SOMMARIO: 1. Un formalismo sostanziale? Una breve premessa a guisa di giustificazione – 2. La «forma» come alternativa alla perfezione perduta – 3. Scienza giuridica e fascismo: una duplice interpretazione riduttiva – 4. Una diversa ricerca della complessità – 5. In conclusione: alcuni spunti per una storia del pensiero giuridico internazionalistico.

ABSTRACT: Nel suo *Il diritto internazionale in Italia*, Antonio Cassese insiste molto sul formalismo che sembrava caratterizzare trasversalmente il lavoro della dottrina internazionalistica sotto il fascismo. Si trattò, a ben vedere, di un atteggiamento comune a molte aree disciplinari del diritto, tutte raramente interessate, poi, da una presa di coscienza delle insite contraddizioni e dei limiti evolutivi che questo portava con sé. Al contrario, nel formalismo ci si rifugiava per negare piuttosto la rilevanza e le trasformazioni comunque imposte dalla stagione fascista. Partendo dalle riflessioni di Cassese, dunque, e ripercorrendo brevemente alcune letture storiografiche dedicate ad altre discipline in cui è apparso possibile, infine, rilevare una complessità che andava ben oltre la semplice dicotomia tra diritto (formale) e non-diritto, si potrà arrivare, allora, a immaginare anche per la scienza giuridica internazionalistica una rilettura storiografica secondo le medesime coordinate interpretative. Un'operazione utile non solo a ripensare alcune interpretazioni 'tradizionali' del fascismo, ma anche a favorire una maggiore 'presa di coscienza' delle continuità e delle discontinuità giuridico-culturali tra fascismo e Repubblica che continuano a condizionare la nostra formazione disciplinare.

PAROLE CHIAVE: fascismo – scienza del diritto internazionale – legalità – formalismo – storia del pensiero giuridico – storia del diritto internazionale.

* Assegnista di ricerca in Storia del diritto medievale e moderno, Università di Ferrara, stefano.malpassi@unife.it.

1. Un formalismo sostanziale? Una breve premessa a guisa di giustificazione

Le riflessioni che si tenterà di sviluppare in questo breve contributo nascono dalle pungenti osservazioni dedicate alla dottrina internazionalistica durante il fascismo proposte da Antonio Cassese nel suo «Il diritto internazionale in Italia»¹. In quelle poche ma dense pagine, l'elemento a cui viene dato maggiore risalto è proprio quel «formalismo» che avrebbe caratterizzato la scienza del diritto internazionale durante il Ventennio.

Un atteggiamento che, per la verità e come hanno evidenziato alcune analisi storiografiche più recenti², appare comune a molte aree disciplinari del diritto e che, sebbene abbia a lungo consentito di considerare in maniera «neutrale» la produzione scientifica del periodo, non sembrava comunque esente da fragilità e condizionamenti. Nelle sue pur brevi osservazioni, Cassese ne riconosce, per esempio, le insite contraddizioni e le conseguenze che ebbe nel condizionare e, in un certo qual senso, limitare le successive evoluzioni della dottrina internazionalistica negli anni a venire.

La relazione tra fascismo e scienza giuridica internazionalistica fu, in realtà, caratterizzata dall'assenza di una vera e propria dottrina fascista del diritto internazionale, come ha ben ricostruito Giulio Bartolini in uno dei pochi contributi dedicati al tema³.

Il formalismo cui fa riferimento Cassese è, allora, un riflesso e, al contempo, una causa di tale latitanza. Eppure, per il diritto internazionale e, più in generale, per la scienza giuridica tutta, è innegabile come gli anni del regime abbiano co-

¹ A. CASSESE, *Il diritto internazionale in Italia* (a cura di M. FRULLI), Bologna, 2021.

² Sono molti e sempre più articolati gli studi dedicati alle varie aree disciplinari del diritto durante il regime e alla ricerca di una dimensione sia formale che sostanziale del diritto fascista, tra cui si segnalano, da ultimo, il numero monografico del *Giornale di Storia Costituzionale*, n. 43, I (2022), dedicato a «Il 'groviglio costituzionale' del fascismo: materiali per una mappa concettuale», o, ancora, il volume collettaneo G. CHIODI, I. BIROCCHI, M. GRONDONA (a cura di), *La costruzione della "legalità" fascista negli anni Trenta*, Roma, RomaTre Press, 2020. La connessione tra formalismo e costruzione dello Stato fascista è stata di recente ripercorsa, per esempio, in G.P. TRIFONE, *Dallo Stato di diritto al diritto dello Stato: giusformalismo e fascismo*, Torino, Giappichelli, 2019. Non meno interessanti sono poi le ricerche condotte su alcuni giuristi: è il caso, per esempio, di Piero Calamandrei la cui «parabola della legalità» è stata messa in luce in diversi contributi, tra i quali si segnalano, F. COLAO, «Le leggi sono leggi». *Legalità, giustizia e politica nell'Italia di Piero Calamandrei*, in *Giornale di Storia Costituzionale*, n. 35, I (2018), pp. 177-194, o, ancora, S. LEVI SULLAM, *Piero Calamandrei e i fantasmi del fascismo e dell'antifascismo. Note su un percorso politico*, in *Contemporanea*, anno XXIII, n. 2 (aprile-giugno 2020), pp. 225-246.

³ G. BARTOLINI, *The Impact of Fascism on the Italian Doctrine of International Law*, in *Journal of the History of International Law*, 2012, p. 237 ss.

munque segnato uno spartiacque tra un «prima» e un «dopo». Una «parentesi» di vent'anni che, tuttavia, non può considerarsi più come tale, in ragione del fatto che – ed è ciò che si proverà a evidenziare – in quegli anni vi fu comunque un fermento della scienza giuridica capace, appunto, di ripercuotersi anche sulle evoluzioni future.

Sebbene le conclusioni non divergeranno molto da quanto già affermato da Cassese, le considerazioni che si intende qui proporre trovano allora, e auspicabilmente, giustificazione nella volontà di suggerire alcuni sentieri relativi allo studio della dottrina internazionalistica da una prospettiva più propriamente storico-culturale, che è necessariamente (e metodologicamente) diversa rispetto a quella tecnica e ricostruttiva del giurista di diritto positivo.

Si cercherà, per esempio, di ricorrere ad alcune chiavi di lettura storico-giuridiche le quali, più di recente, hanno maggiormente favorito la comprensione della complessità che ha caratterizzato il rapporto tra scienza giuridica e fascismo, misurando da tale osservatorio, non tanto lo stato dell'arte della storia della dottrina internazionalistica, quanto – ed è forse questa la prospettiva più rilevante – l'impatto che la stagione fascista ha comunque avuto nel condizionare i successivi approdi teorico-sistematici.

Il tentativo di giustificare la consistenza scientifica del formalismo negli anni successivi alla caduta del regime, provandone la neutralità in senso storiografico, ha assunto, infatti, un preciso – e nient'affatto neutrale – significato. Mantenere inalterate in età repubblicana le costruzioni giuridiche formali elaborate negli anni del regime significava, in qualche modo, rendere «invisibile» il fascismo, comportando quelle che Paolo Cappellini ha definito «de successive e durature rimozioni»⁴. La resistenza e la riproposizione degli stessi rassicuranti approcci teorici e metodologici del passato rappresentava, dunque e non sempre inconsciamente, una «via di fuga» per la dottrina del secondo dopoguerra che ha potuto evitare, così, di «fare i conti», anche sul piano giuridico, con le conseguenze inevitabili della stagione fascista.

Il diritto internazionale non deve rappresentare in tal senso un'eccezione.

⁴ P. CAPPELLINI, *Il fascismo invisibile. Una ipotesi di esperimento storiografico sui rapporti tra codificazione civile e regime*, in *Quaderni fiorentini per la storia del pensiero giuridico moderno*, 1999, p. 176 ss.

2. La «forma» come alternativa alla perfezione perduta

Tra le ragioni che Bartolini annovera, nel suo studio del 2012, per spiegare la mancanza di una «coerente e sistematica» dottrina fascista di diritto internazionale vi è anche la generale adesione alla corrente teorica e metodologica del «positivismo»⁵, un'adesione maturata da tempo dagli internazionalisti e non riconducibile alla sola contingenza politica del regime.

Il positivismo che la dottrina internazionalistica aveva sposato tra fine Ottocento e inizio Novecento – ben prima, dunque, dell'avvento del fascismo – fu, infatti, qui come in quasi tutti i campi della scienza giuridica, la manifestazione dell'apice, della perfezione teorica raggiunta dalle costruzioni moderne del diritto⁶.

Un'autentica «ideologia» che affondava le proprie radici nel riconoscimento dell'individualismo e del monismo quali capisaldi teorici; un modello che per gli internazionalisti si declinava nell'esaltazione della sovranità statale intangibile e, come osserva Cassese, «nel “rispettare” lo Stato moderno e i suoi fondamenti essenziali»⁷.

Eppure, è noto come tali convinzioni, nel momento in cui si raffinarono, allo stesso tempo tesero a rarefarsi, ad affrontare una vera e propria «crisi» d'identità. Non è pertanto casuale, né eccezionale, la ricerca di alternative che la dottrina internazionalistica sembrò avviare dopo la Prima guerra mondiale.

Un evento – la guerra – che agì quale fattore importante di riposizionamento teorico in tutte le aree disciplinari del diritto: dai nuovi contorni del «diritto dei privati»⁸, alle nuove forme del potere statale tratteggiate dalla giuspubblicistica. Da un lato e all'interno di quest'ultima, la «crisi» del modello era già stata preannunciata⁹ e adesso riemergeva con forza, alla luce dell'assedio che la società di

⁵ *The Impact of Fascism*, cit., pp. 247-48, p. 283.

⁶ Tra gli internazionalisti ne è un esempio l'opera di Dionisio Anzilotti che con la sua raffinatissima costruzione teorico-sistematica dimostrava che «osservare significa[va] contemplare un congegno ideale, non registrare una prassi spesso recalcitrante», come è stato ottimamente affermato di recente da Lorenzo Gradoni in premessa alla ristampa del trattato anzilottiano del 1905 *Il diritto internazionale nei giudizi interni*, cfr. L. GRADONI, *Dionisio Anzilotti idealista pragmatico*, Napoli, 2021, p. 22.

⁷ A. CASSESE, *Il diritto internazionale in Italia*, cit., p. 29.

⁸ È il titolo dell'opera del 1929 di W. CESARINI SFORZA, *Il diritto dei privati* (1929), Milano, 1963, e che rappresenterà una delle opere più attente all'effettività dei rapporti giuridici rispetto alla artificialità della disciplina codicistica.

⁹ Una delle prime e forse più note diagnosi della crisi novecentesca è quella di S. ROMANO, *Lo Stato moderno e la sua crisi. Discorso per l'inaugurazione dell'anno accademico nella Regia Università di Pisa. Letto il 4 novembre 1909*, Pisa, 1909. Sul contributo romaniano si veda, su tutti, P. GROSSI, *Introduzione al Novecento giuridico*, Bari, 2012.

massa – organizzata e conflittuale – stava portando allo Stato¹⁰; dall'altro, all'interno dell'universo civilistico, la legislazione bellica sembrava aver intaccato persino la «sacralità» della proprietà e del contratto, i capisaldi dell'autonomia individuale, determinando «la più grande crisi del diritto privato»¹¹.

Anche il diritto internazionale non uscì indenne dal conflitto, dunque, e alla dottrina occorreva un'alternativa alle «semplici» costruzioni ottocentesche: la risposta sembrava presentarsi allora nel formalismo, una riflessione teorica che, osservava Cassese, pur «muovendo da una critica serrata – e pertinente – della concezione positivista dominante»¹² in verità tentava di dare soluzione alla crisi della modernità con strumenti non troppo dissimili da quelli criticati. In particolare, non si può non notare la medesima tendenza ad allontanare le costruzioni giuridiche dalla dimensione realistica, dalla società – civile e, in particolare nel caso del diritto internazionale, politica – che ambiva a regolare¹³. Un tentativo, insomma, di aggirare il problema della dimensione «politica» e sociale del diritto, e che ben servirà i propositi legalistici negli anni a venire.

Sposando il formalismo quale impostazione dominante, la dottrina internazionalistica faceva il suo ingresso nel composito orizzonte giuridico e culturale rappresentato dall'esperienza del regime fascista.

3. Scienza giuridica e fascismo: una duplice interpretazione riduttiva

Non occorre ripercorrere ora la produzione scientifica di diritto internazionale negli anni del regime che è stata già ben sintetizzata da Cassese¹⁴, e ampiamente delineata, nuovamente, da Bartolini nel suo più recente contributo¹⁵. Ciò che accomuna entrambe le ricostruzioni è, del resto, la presa di coscienza della assoluta preminenza in quegli anni del formalismo. Un approccio che permise alla dottrina di mantenere un contegno distaccato ma mai veramente distante o contrario alle politiche del regime, e che, infine, consentì di far sostenere a Sereni, già nel 1943,

¹⁰ G. CAPOGRASSI, *Saggio sullo Stato* (1918), in ID., *Scritti minori*, Vol. I, Milano, 1950.

¹¹ F. VASSALLI, *Della legislazione di guerra e dei nuovi confini del diritto privato* (1918), in ID., *Studi giuridici*, II, Roma, 1939, p. 377 ss.

¹² A. CASSESE, *Il diritto internazionale in Italia*, cit., p. 40.

¹³ Un atteggiamento che risulterà quantomeno problematico anche nello sviluppo teorico intorno alla “vita” della Società delle Nazioni, si veda S. MANNONI, *Sicurezza collettiva e mutamento nella comunità internazionale: l'eredità della Società delle Nazioni*, in *Quaderni fiorentini per la storia del pensiero giuridico moderno*, 30 (2001), p. 477 ss.

¹⁴ A. CASSESE, *Il diritto internazionale in Italia*, cit., pp. 41-50.

¹⁵ *The Impact of Fascism*, cit., pp. 239-245, p. 250 ss.

come il fascismo avesse rappresentato una deviazione dal percorso «autentico» della scienza giuridica italiana¹⁶.

Tale atteggiamento ha caratterizzato a lungo la storiografia che si è occupata del fascismo, finendo per offrire una duplice interpretazione riduttiva del rapporto tra scienza giuridica e regime.

Per primo, leggere l'eccezionalità del fascismo, privarlo di una qualsivoglia consistenza giuridica, ha significato l'impossibilità – o, meglio, la non-volontà – di sviluppare, per lo meno inizialmente, alternative al legalismo. Così, negli anni immediatamente successivi alla caduta del fascismo, e come ha scritto Paolo Grossi, «continua[ro]no le mitizzazioni liberali della certezza del diritto e della legalità»¹⁷. Una ricerca della «legalità a tutti i costi»¹⁸, come aveva già affermato Calamandrei nel 1942, e che non sembrava perdere terreno neppure adesso che la stessa legalità aveva mostrato volti tutt'altro che edificanti durante la stagione dei totalitarismi¹⁹.

Tale «fedeltà» al principio legalistico faceva allora e fin troppo facilmente concludere che, durante il fascismo, o si era stati giuristi apologeti o si era stati garanti del «vero» diritto²⁰.

Una giuridicità tecnico-formale, appunto, che proveniva dal «prima» – persino dal positivismo, si diceva – e sopravvissuta fino ad adesso grazie a una «cieca» fedeltà allo studio delle norme, degli istituti in senso puramente tecnico-formale. In questo senso, l'attenzione rivolta in quegli anni dalla dottrina internazionalistica allo studio dei grandi istituti di diritto internazionale, e solamente da una prospet-

¹⁶ *Ivi*, p. 249.

¹⁷ P. GROSSI, *Scienza giuridica italiana. Un profilo storico 1860-1950*, Milano, 2000, p. 278.

¹⁸ La citazione ripresa da P. CALAMANDREI, *La certezza del diritto e la responsabilità della dottrina*, Milano, 1942, è riportata in *Scienza giuridica italiana*, cit., p. 279.

¹⁹ L'esempio più eclatante era rappresentato dalla promulgazione delle leggi razziali che comunque vennero per lo più accettate e interpretate anch'esse in senso tecnico-formale, in particolare proprio dalla dottrina internazionalistica, si veda quanto ricostruito ancora da G. BARTOLINI, in *The Impact of Fascism*, cit., pp. 278-80. Ma si tratta di un atteggiamento, quello della cieca fiducia nella legalità che in altre aree continua anche dopo la fine del regime, si veda sul punto le voci raccolte in *Scienza giuridica italiana*, cit., p. 277 ss., prima fra tutte quella già menzionata di Calamandrei ma anche di altri importanti esponenti della scienza giuridica del secondo Novecento come Francesco Santoro Passarelli.

²⁰ Siffatta distinzione è opera della nota ricostruzione offerta nel 1950 da S. PUGLIATTI, *La giurisprudenza come scienza pratica*, in *Rivista italiana per le scienze giuridiche*, 1950, pp. 48 ss. Su tale contributo si veda quanto ripercorso da I. STOLZI, *Fascismo e cultura giuridica: persistenze ed evoluzioni della storiografia*, in *Rivista di storia del diritto italiano*, 2015, p. 257 ss., e, di nuovo, da Paolo Cappellini che, tra le altre cose, nota come nell'analisi pugliattana «possiamo ormai, sulla scorta del lungo lavoro storiografico degli ultimi decenni, scorgervi forse qualcosa di più della riproposizione, applicata al mondo della cultura giuridica – riproposizione che pure c'è ed è indubbia – del vecchio giudizio crociano del fascismo come “parentesi” nella vita della nazione», *Il fascismo invisibile*, cit., pp. 180-181.

tiva teorico-formale, ne avrebbe preservato la scientificità rispetto alle influenze della dittatura fascista: tutto il resto, si concludeva nettamente, non era stato diritto.

La diretta conseguenza di tale lettura, di questa dicotomia tra una scienza formale del diritto positivo e una contrapposta «non-scienza», era pertanto quella di consentire alla scienza giuridica di porre tutta l'esperienza storica del fascismo tra «parentesi». Si sarebbe trattato, dunque, di una momentanea «amnesia» (lunga vent'anni) anche della giuridicità, una stagione che si era svolta interamente «fuori dal diritto» e in conclusione della quale si poteva e doveva ritornare semplicemente al passato. Una lettura storiografica che ha potuto invero contare anche su apporti teorici considerevoli²¹ ma che è progressivamente apparsa sempre meno soddisfacente. Anche nelle pagine di Cassese, del resto, sembra trasparire un'evidente insofferenza per quelle letture limitanti del fascismo come «parentesi», come stagione facilmente eludibile nella ricostruzione di un percorso scientifico che poteva ritenersi così, in fondo, sostanzialmente inalterato dall'esperienza storico-politica contingente.

Interpretare l'atteggiamento legalistico-formalista come un «lasciapassare», come una presunta neutralità della scienza rispetto all'esperienza politica del regime appare, pertanto, estremamente e nuovamente un approccio riduttivo. *In primis*, perché la scelta di mantenere tale sistema teorico e metodologico aveva nascosto un portato più sostanziale di quanto si era voluto far intendere²²: come ha notato Cassese «l'acquiescenza dei giuristi diviene ancora più “carica di significati”»²³ in anni in cui le torsioni autoritarie e le violazioni dello stesso ordine internazionale ad opera del regime divennero sempre più frequenti.

Quella appena riportata è, allora, un'accusa forte – soprattutto se relazionata, appunto, alle interpretazioni tradizionali del rapporto tra fascismo e scienza giuridica – ma altrettanto condivisibile: ignorare la contingenza storica era una definitiva accettazione dello *status quo*. La neutralità – se, appunto, di neutralità si può davvero parlare – rappresentava dunque una precisa scelta di politica del diritto da parte della dottrina internazionalistica.

²¹ Si vedano, tra gli altri, le note riflessioni presenti in B. CROCE, *La libertà italiana nella libertà del mondo* (20 gennaio 1944), in *Scritti e discorsi politici*, 1° vol., Bari, 1963, pp. 56-57, e in C. PAVONE, *Alle origini della Repubblica. Scritti su fascismo, antifascismo e continuità dello Stato*, Torino, 1995, p. 71.

²² È questo il «cuore» della critica di Cassese alla scienza internazionalistica che con il suo atteggiamento ha finito spesso per avallare le politiche del regime talvolta persino offrendone una legittimazione giuridica. Il tema è stato ripercorso bene anche, tra gli altri e nuovamente in G. BARTOLINI, *The Impact of Fascism*, cit., in particolare, pp. 248-258.

²³ A. CASSESE, *Il diritto internazionale in Italia*, cit., p. 49.

Nello studio del pensiero giuridico, allora, anche la presunta «purezza» della scienza giuridica (quella non apologetica) nei confronti del regime è un «mito» da ripensare.

4. Una diversa ricerca della complessità

È partendo proprio da questa insoddisfazione che, in altre aree disciplinari, si è volto lo sguardo alla ricerca di una maggiore e più proficua complessità del pensiero giuridico durante il fascismo²⁴. Una complessità che ha talvolta permesso di rintracciare – e a ragione – nel fermento teorico di quegli anni anche alcune prime germinazioni delle future evoluzioni repubblicane e democratiche.

È stato, per esempio, assai prezioso il contributo che nel 1990 Maurizio Fioravanti ha offerto in tal senso con riguardo alla giuspubblicistica italiana²⁵. Nel ricostruirne complessivamente i contorni, infatti, riusciva ora a identificare alcune precise e distinte «categorie» che non si limitavano più, però, alla sola distinzione tra «giuristi apologeti» e «veri giuristi». Questi ultimi, per esempio, non contavano soltanto quei «giuristi della tradizione» che, come Vittorio Emanuele Orlando, non rinnegarono mai i principi liberali dello Stato di diritto e nel fascismo videro per lo più «il necessario e transitorio rimedio» alla crisi della statualità determinata dall'azione distruttiva delle forze sociali contro lo Stato-persona²⁶. Accanto a questi, infatti, ve ne furono altri, come Oreste Ranelletti, i quali, nel tentativo di preservare l'autonomia dell'amministrazione dal rischio di identificazione dello Stato con il Partito, finirono per realizzare una più attiva collaborazione col regime rispetto ai primi, «evidentemente ritenendo che ciò non avrebbe messo in discussione la propria tradizionale identità»²⁷.

²⁴ Oltre agli esempi che si riporteranno qui di seguito, sono senz'altro da segnalare anche altre – e spesso “pionieristiche” – ricerche in tal senso condotte nel tempo da Pietro Costa (su tutti, ID., *Widard Cesarini Sforza: 'illusioni' e 'certezze' della giurisprudenza*, in *Quaderni Fiorentini per la storia del pensiero giuridico moderno*, 1976-1977, p. 1031 ss., e ID., *Corporativismo, corporativismi, discipline: a proposito della cultura giuridica del fascismo*, in *Quaderni di storia dell'economia politica*, 1990, p. 403 ss.) e, nuovamente, da Paolo Cappellini (*Il fascismo invisibile*, cit.), e Irene Stolzi (su tutti, ID., *L'ordine corporativo: poteri organizzati e organizzazione del potere nella riflessione giuridica dell'Italia fascista*, Milano, 2007, e di nuovo *Fascismo e cultura giuridica*, cit.).

²⁵ M. FIORAVANTI, *Costituzione, amministrazione e trasformazioni dello Stato*, in A. SCHIAVONE (a cura di) *Stato e cultura giuridica in Italia dall'Unità alla Repubblica*, Bari, 1990, p. 3 ss.

²⁶ *Ivi*, p. 41.

²⁷ *Ivi*, p. 43.

Appare già chiaro, pertanto, come persino nell'alveo di quei «veri giuristi», dei «giuristi della tradizione», emergesse una complessità e una molteplicità di atteggiamenti capace di costituire una vera e propria relazione con l'esperienza fascista ben più articolata rispetto alla semplice non-interferenza a lungo caldeggiata dalla stessa dottrina, prima, e dalla storiografia, poi.

D'altra parte, vi erano comunque i «giuristi di regime», coloro che intendevano riscrivere tutto il diritto pubblico e, più in generale, ricostruire una nuova identità della scienza giuridica sotto la spinta «rivoluzionaria» del fascismo. Contrariamente a quanto a lungo sostenuto, tale abbandono totale della tradizione non significava, però, irrilevanza o inconsistenza giuridica; al contrario, non tutte le formulazioni di regime si riducevano a mera apologetica portando talvolta, invece, i segni di una raffinatissima riflessione giuridica. Sottovalutare tale aspetto condurrebbe, del resto, ad altre pericolose semplificazioni, come già nel 1963, e in anticipo sui tempi della successiva storiografia, dimostrava Paolo Ungari con grandissima lucidità, ricostruendo la scientificità del contributo teorico-giuridico al regime offerto da Alfredo Rocco²⁸.

Ciò che appare ancor più rilevante della ricostruzione di Fioravanti è, tuttavia, l'individuazione di un'altra categoria di giuristi al di là della tradizionale dicotomia tra apologia e tradizione. Negli anni del regime vi furono, infatti, alcuni giuspubblicisti che, pur non potendo certo dirsi «apologeti» o «di regime», si rifiutavano di «ragionare nei termini ottocenteschi del rapporto di contrapposizione tra politica e amministrazione»²⁹. Questi giuristi, primo fra tutti Costantino Mortati, coglievano l'elemento di rottura determinato dall'avvento del fascismo e, con esso, la mutata realtà politico-sociale novecentesca: a partire da tale consapevolezza, essi si inserivano, pertanto, nel solco della riflessione «nuova» con la volontà di offrire «al primato della funzione di governo e dell'indirizzo politico una soluzione adeguata sul piano teorico»³⁰.

È da qui, allora, che si avvia, per esempio, lo sviluppo delle dottrine della «costituzione in senso materiale», che tanto hanno significato per le trasformazioni successive del diritto costituzionale italiano. Eppure, quello del diritto pubblico, per quanto sia stato forse il campo più interessato dalle trasformazioni e su cui più alte furono le aspettative del regime in tal senso, appare comunque il versante della scienza giuridica paradossalmente più capace di raccogliere fin da subito le sfide evolutive del secondo Novecento.

²⁸ P. UNGARI, *Alfredo Rocco e l'ideologia giuridica del fascismo*, Brescia, 1963.

²⁹ M. FIORAVANTI, *Costituzione, amministrazione e trasformazioni dello Stato*, cit., p. 54.

³⁰ *Ivi*, p. 56.

La Costituzione repubblicana riuscirà, allora, a segnare quella «doppia discontinuità», tanto con l'esperienza autoritaria del regime quanto con le costruzioni individualistiche della precedente stagione liberale, permettendo di rintracciare, nelle pieghe delle sue affermazioni, la compiuta maturazione e il successo di alcune delle teorie già emerse nel periodo infrabellico e che si distaccavano da quelle della tradizione. Tale tendenza evolutiva non sembra, però, egualmente condivisa dalle altre aree disciplinari della scienza giuridica. Un altro ambito del diritto che, per esempio, fu profondamente soggetto a trasformazioni e ripensamenti nel corso del Ventennio fu quello giuslavorista. Proprio il diritto del lavoro, poi, si scontrò, nei primi anni repubblicani, con un processo regressivo rispetto alle elaborazioni teoriche più ardite dell'autonomia collettiva e del valore ultraprivatistico dell'organizzazione sindacale, e che rappresentavano alcuni approdi delle discussioni intorno al modello corporativo fascista.

Sebbene, infatti, fosse convinzione diffusa che «l'entrata in vigore della Costituzione [avesse] complica[to] il quadro dottrinale»³¹, la parabola di Francesco Santoro Passarelli ben esemplifica la tendenza della scienza giuridica a recuperare rapidamente una più rassicurante tradizione. Così, pur rivendicando inizialmente una «complessiva unitarietà»³² del diritto del lavoro da far ruotare tutt'intorno alla persona del lavoratore e capace di assecondare la nuova dimensione costituzionale, la sua riflessione finiva tuttavia per ritenere ogni risposta diversa da quella privatistica «pericolosamente incline a replicare soluzioni di tipo corporativo»³³.

È seguendo tale impostazione – condivisa dalla maggioranza dei giuslavoristi, come emerse già nel noto congresso di Taormina nel 1954 – che la materia tornerà, nel giro di poco tempo, a gravitare quasi interamente nell'orbita del diritto privato che, come ha osservato Umberto Romagnoli, «aveva ripreso ad evocare – più di prima, se possibile – l'idea di un ordine naturale delle cose, più mitizzati che storicamente realizzato, da contrapporre all'ordine artificiale imposto dal diritto corporativo»³⁴; una fascinazione che ha pertanto significato, per il diritto del

³¹ G. CAZZETTA, *Scienza giuridica e trasformazioni sociali. Diritto e lavoro in Italia tra Otto e Novecento*, Milano, 2007, p. 266.

³² *Ivi*, p. 268.

³³ I. STOLZI, *Il diritto, i diritti*, in S. MUSSO (a cura di), *Storia del lavoro in Italia. Il novecento, 1945-2000. La ricostruzione, il miracolo economico, la globalizzazione*, Roma, 2015, p. 346.

³⁴ U. ROMAGNOLI, *Costantino Mortati*, in L. GAETA (a cura di), *Costantino Mortati e "Il lavoro nella Costituzione": una rilettura*, Milano, p. 112.

lavoro, un deciso rallentamento rispetto alla «costituzionalizzazione» della disciplina³⁵.

5. Alcuni spunti per una storia del pensiero giuridico internazionalistico

Gli esempi fin qui tratteggiati, potrebbero essere in verità molteplici e investire davvero ogni area della scienza giuridica italiana³⁶; in conclusione, dunque, si può forse guardare anche alla dottrina internazionalistica dell'immediato dopoguerra attraverso le medesime coordinate interpretative e indagarne, cioè, la resistenza alle trasformazioni comunque imposte dalla stagione fascista.

«Il primo tratto saliente della dottrina del secondo dopoguerra è il *permanere dell'atteggiamento positivistico* e, in certi casi, del normativismo, con tutti i loro corollari»³⁷. Così esordisce Cassese nel tratteggiare i caratteri generali della dottrina internazionalistica nel secondo dopoguerra; un atteggiamento che, alla luce di quanto finora ripercorso, non deve né stupire né lasciare indifferenti.

Ciò su cui, invece, appare opportuno insistere è la necessaria ricerca delle radici delle successive evoluzioni teoriche: se, da un lato, appare forse più difficile che in altre aree immaginare di individuare anche nel diritto internazionale infra-bellico alcune voci eterodosse, sebbene magari meno note o studiate, comunque capaci di favorire negli anni successivi un superamento dei metodi e degli approcci tradizionali, limitarsi a considerare il formalismo come l'unico "motore" scientifico della disciplina non può rappresentare un orizzonte consolatorio. Anche qualora si dovesse concludere che, anche negli anni a seguito della svolta costituente, «la scienza internazionalistica [sia] rimasta chiusa nel suo nazionalismo e

³⁵ Non è un caso, allora, che soltanto con l'entrata in vigore dello *Statuto dei lavoratori* (lg. 300/1970) si sia inteso riconoscere che «la Costituzione varca i cancelli delle fabbriche» come se, fino ad allora, la dimensione costituzionale del rapporto di lavoro non avesse di fatto trovato davvero applicazione.

³⁶ Una simile insoddisfazione per gli approdi del codice civile era stata, per esempio, espressa da Lorenzo Mossa, giuscommerzialista che negli anni del regime aveva potuto mettere a fuoco, invece, una teoria dell'impresa decisamente più attagliata sulla realtà socio-economica contemporanea. Si vedano in proposito le pagine di Paolo Grossi in *Scienza giuridica italiana*, cit., p. 253 ss., e la voce I. STOLZI, Lorenzo Mossa, in *Il contributo italiano alla storia del pensiero*, VIII appendice, *Il diritto*, Roma, 2012. Per quanto riguarda la «complessa» rilettura storiografica della codificazione civile fascista si rimanda, nuovamente, a *Il fascismo invisibile*, cit. Allo stesso modo, è stato notato di recente, anche la scienza del diritto comparato ha subito una regressione, non solo a causa delle «tendenze imperialistiche» del regime ma anche e infine per «un approccio neo-sistematico» che l'ha tratta «nelle secche statual-concettualistiche», M. GRONDONA, *Il diritto comparato e la comparazione giuridica tra internazionalismo e nazionalismo: premesse per una discussione*, in *La costruzione della 'legalità' fascista negli anni Trenta*, cit., p. 379.

³⁷A. CASSESE, *Il diritto internazionale in Italia*, cit., p. 53.

formalismo»³⁸, una più attenta comprensione di tale fenomeno non può essere elusa.

Sarebbe opportuno misurare quale peso il formalismo abbia avuto nel condizionare anche le trasformazioni del secondo Novecento in ragione de' «la grande svolta segnata dalla Seconda guerra mondiale»³⁹. Solo in tal modo si potrebbero pertanto riconoscere con maggiore immediatezza i segni indelebili di questa impostazione che, forse ancora oggi, condizionano la formazione culturale e scientifica.

³⁸ *Ivi*, p. 51.

³⁹ *Ibidem*.

Antonio Cassese e l'effettività del diritto: nessuna giustizia senza riparazioni per le vittime di crimini sessuali

FRANCESCA CERULLI*

SOMMARIO: 1. Introduzione. – 2. I crimini sessuali come *stress test* del sistema di giustizia riparativa della Corte penale internazionale. – 3. Difficoltà nel perseguire i crimini sessuali e nell'ottenere riparazioni. – 4. Quale giustizia per le vittime di crimini sessuali? – 4.1 L'ordinanza di riparazione nel caso *Ntaganda*. – 4.2 Riparazioni per crimini sessuali fra misure auspicabili e praticabili. – 5. Riflessioni finali e prospettive future.

ABSTRACT: La previsione nello Statuto di Roma, istitutivo della Corte penale internazionale, di più crimini sessuali, nonché di un meccanismo di giustizia riparativa, è stata accolta come un avanzamento significativo. In questo contributo, si cercherà di tracciare un bilancio dei primi vent'anni di attività del Tribunale per verificare se, effettivamente, le speranze riposte da Antonio Cassese in una giustizia penale internazionale centrata sulle vittime non siano state disattese. A questo scopo, innanzitutto, verrà ricostruita la reale capacità che la Corte ha di perseguire i crimini sessuali, evidenziandone le ripercussioni in termini di riparazioni. Attraverso l'analisi di un'ordinanza emessa nel marzo 2021, in cui per la prima volta figurano tra le beneficiarie anche vittime di stupri e schiavitù sessuale, si cercherà poi di comprendere quali siano le misure rimediale più appropriate per riparare i danni multidimensionali derivanti da tali crimini.

PAROLE CHIAVE: riparazioni – crimini sessuali – CPI – lotta all'impunità – vittime – giustizia penale internazionale.

1. Introduzione

«In the dark labyrinth of our lives, one of the few things of which we can be certain is the intolerable amount of suffering that human beings cause to one another»

* Dottoranda di ricerca in diritto internazionale e dell'Unione europea, Università degli Studi di Firenze, francesca.cerulli@unifi.it.

er through cruelty, armed clashes, and aggression. Criminal justice is among the most civilized responses to such violence»¹. Queste parole, oggi drammaticamente attuali, costituiscono l'incipit di uno scritto del 2009 di Antonio Cassese che individuava nella giustizia penale internazionale uno strumento capace di contribuire vigorosamente alla costruzione della pace, coniugando, al contempo, interessi collettivi e individuali. Da un lato, infatti, soddisfa la necessità di prevenzione e repressione delle gravi lesioni dei valori della comunità internazionale; dall'altro, incanala in istituzioni collettive, che scongiurano il ricorso a forme primitive di giustizia, l'odio e il desiderio di vendetta delle vittime. Ed è proprio la costruzione della giustizia dal punto di vista delle vittime, con l'apporto che il diritto internazionale penale può concorrere ad assicurare ad essa, l'oggetto di questo contributo.

La valorizzazione della centralità della persona, anche nel diritto internazionale, e la lotta all'impunità dei crimini internazionali sono le due direttrici lungo le quali l'intera opera di Antonio Cassese, come giurista e giudice, si è dipanata. Al crocevia tra questi assi si collocano le vittime di tali crimini, il loro ruolo nel diritto penale internazionale e le effettive opportunità di riparazione per le stesse. Se lo studioso non ha dedicato un contributo specifico all'argomento, sembra essere questo un tema sotteso e trasversale ai suoi lavori². Un esempio, tra i molti possibili, si rinviene nel Secondo Rapporto annuale redatto, nel 1995, come Presidente del Tribunale *ad hoc* per la ex-Jugoslavia (ICTY). Infatti, vi si legge che amministrare la giustizia penale internazionale non soltanto risponde a imperativi di ordine morale e giuridico, ma appare imprescindibile per un'ulteriore finalità: «It will also send a message to the victims of appalling crimes that humanity will not turn its back on them»³.

A dieci anni dalla sua scomparsa, tali parole riecheggiano in tutta la loro potenza. Ci si può allora domandare se la tensione ideale di Antonio Cassese verso l'effettività del diritto internazionale abbia trovato realizzazione e, ancora, se le vittime di «crimini spaventosi» abbiano scorto nella giustizia internazionale il segno tangibile che l'umanità non ha voltato loro le spalle. In breve, è stato possibile «riparare l'irrimediabile»? Per rispondere a tali interrogativi, si è deciso di circo-

¹ A. CASSESE, *Reflections on International Criminal Justice*, in *Journal of International Criminal Justice*, 2011, p. 271.

² Ciò emerge chiaramente dagli scritti di chi ha lavorato con lui: «He always had the victims in his mind. He used to say that the traces of evil can be spotted in the faces of the victims; that their suffering can less easily be erased than the wickedness of their persecutors». M. FRULLI, L. VIERUCCI, *Antonio Cassese and Srebrenica*, in *Journal of International Criminal Justice*, 2016, p. 913.

³ A. CASSESE, *Second Annual Report of the ICTY*, UN. Doc. A/50/365, 23 Agosto 1995, par. 199.

scrivere l'analisi ad una specifica categoria di vittime, quelle di crimini sessuali perpetrati in situazioni di conflitto, e ad un particolare organo giurisdizionale, la Corte penale internazionale, per vagliare se e fino a che punto, nei vent'anni del suo operato, sia stata capace di giocare un ruolo chiave attraverso le riparazioni.

Nei paragrafi che seguono verrà in primo luogo giustificata l'adozione di questo peculiare angolo prospettico (2), seguirà poi una breve ricostruzione dell'effettiva capacità della Corte penale internazionale (o la Corte) di perseguire i crimini in discorso e, quindi, di garantire alle vittime un rimedio (3). Attraverso l'analisi dell'ordinanza emessa nel caso *Ntaganda* nel marzo 2021, in cui per la prima volta figurano tra le beneficiarie anche vittime di stupri e schiavitù sessuale, lo studio indagherà le misure rimediale più appropriate per riparare i danni che derivano da tali crimini (4). Infine (5), i risultati così raggiunti saranno il metro per valutare se la giustizia penale internazionale, almeno per quanto riguarda il campo oggetto di ricerca, sia riuscita ad adempiere alla massima che, secondo Antonio Cassese, dovrebbe auspicabilmente orientarne l'operato: *fiat justitia ne pereat mundus*⁴.

2. I crimini sessuali come *stress test* del sistema di giustizia riparativa della Corte penale internazionale

La ragione per cui l'indagine si concentra sulle riparazioni per le vittime di crimini sessuali in situazioni di conflitto è ascrivibile al fatto che, nonostante il diritto a un rimedio effettivo sia sancito in vari strumenti del diritto internazionale dei diritti umani e del diritto umanitario⁵, tale categoria si è storicamente scontrata con notevoli difficoltà d'accesso a processi riparativi. La scelta di questo caso di studio costituisce, pertanto, una sorta di *stress test*: se si riescono a garantire misure rimediale ad una tipologia di vittime che ha sempre incontrato significativi ostacoli nell'accesso alla giustizia riparativa, allora si può dire che lo spirito riparativo del sistema di giustizia penale internazionale funziona.

⁴ A. CASSESE, *First Annual Report of the ICTY*, UN Doc. A/49/342, 24 Agosto 1994, par. 18.

⁵ Si vedano ad esempio: R. PISILLO MAZZESCHI, *La riparazione per violazione dei diritti umani nel diritto internazionale e nella Convenzione Europea*, in *La Comunità internazionale*, 1998; R. PISILLO MAZZESCHI, *Reparation Claims by Individuals for State Breaches of Humanitarian Law and Human Rights: An Overview*, in *Journal of International Criminal Justice*, 2003; G. BARTOLINI, *Riparazione per violazioni dei diritti umani e ordinamento giuridico internazionale*, Napoli, 2009.

Accanto a cause di natura tecnico-giuridica (di cui si dirà più avanti) che talvolta complicano il perseguimento di tali crimini, queste vittime scontano, più in generale, criticità di matrice culturale, connesse con la tradizionale e perdurante marginalizzazione delle esperienze e dei bisogni delle donne. Esiste, ad esempio, un problema di sotto-rappresentazione femminile che investe una pluralità di piani: da una parte, ci sono poche donne giudici e avvocate e, dall'altra, le vittime hanno difficoltà a farsi avanti a causa dello stigma associato all'ammissione delle violenze subite. Da questo punto di vista, l'esperienza dei due Tribunali *ad hoc*, della Corte Speciale per la Sierra Leone e, in parte, anche della Corte penale internazionale, dimostra che la presenza di donne nelle Corti gioca, invece, un ruolo chiave nella procedura e garantisce una maggiore sensibilità alle tematiche di genere e un più efficace perseguimento dei relativi crimini⁶. Inoltre, e questo è stato l'ostacolo principale, tali crimini sono stati a lungo derubricati a "danno collaterale" di guerra: la violenza sessuale, che ha sempre accompagnato gli eventi bellici, è rimasta largamente invisibile o è stata addirittura giustificata perché considerata una questione privata, oscurando il ruolo di primo piano che spesso i leader politici e militari svolgono nella pianificazione dei crimini sessuali e quindi il loro essere parte di una strategia bellica⁷.

Quest'ultimo aspetto permette di spiegare la scelta di concentrare l'analisi sulla Corte penale internazionale. Negli anni '90, infatti, i due Tribunali *ad hoc* hanno segnato un cambio di rotta, riuscendo a rompere il muro dell'impunità per i crimini sessuali. Eppure, entrambi difettavano, in larga misura, del potere necessario per conferire riparazioni. Erano certamente espressione di una sensibilità nuova della comunità internazionale: lo stesso Antonio Cassese ha ritenuto infatti che, a differenza del Tribunale di Norimberga, istituito prevalentemente per processare i criminali di guerra dell'Asse, l'ICTY fosse stato creato principalmente in funzione delle vittime, che ne costituivano la vera «*raison d'être*»⁸. Tuttavia, seppur aperto ad includere, per alcuni versi, le vittime nella procedura della giustizia penale internazionale⁹, il diritto internazionale penale, storicamente informato da una concezio-

⁶ M. STERIO, *Women as Judges at International Criminal Tribunals*, in *Transnational law and Contemporary Problems*, 2020, p. 240.

⁷ R. COPELON, *Gender Crimes as War Crimes: Integrating Criminal Law*, in *McGill Law Journal*, 2000, p. 222.

⁸ A. CASSESE, *The International Criminal Tribunal for the former Yugoslavia and Human Rights*, in *European Human Rights Law Review*, 1997, p. 330.

⁹ V. SPIGA, *No Redress without Justice*, in *Journal of International Criminal Justice*, 2012, p. 1380. Ad esempio, la Regola 105 delle Regole di Procedura e Prova di entrambi i Tribunali disciplinava la restituzione di proprietà alle vittime, mentre la Regola 106 prevedeva che, in caso di condanna, le Corti

ne punitiva della giustizia, non era ancora maturo per divenire un luogo di giustizia riparativa¹⁰.

Una vera e propria svolta in tal senso si è avuta, invece, con l'istituzione della Corte penale internazionale, una corte che può essere considerata ibrida, proprio nella misura in cui integra meccanismi di giustizia retributiva e riparativa. Si è trattato di un cambio di paradigma che ha portato le esigenze delle vittime al cuore di un settore del diritto che tradizionalmente le aveva relegate ai suoi margini¹¹, fino a suggerire che il *telos* cui è orientata la Corte sia quello di garantire giustizia per le vittime che divengono spettro che funge da giustificazione normativa per il suo lavoro, «metrica principale» della sua rilevanza e legittimità¹².

Non è possibile ricostruire, in questo breve contributo, il sistema rimediale tratteggiato dallo Statuto della Corte penale internazionale. Basti richiamare il fatto che tale meccanismo coinvolge due istanze: la Corte e il Fondo fiduciario (TFV), organismo indipendente istituito a beneficio delle vittime *ex* articolo 79 dello Statuto di Roma. Ai sensi dell'articolo 75 dello Statuto, alla Corte spetta stabilire, dopo una condanna, il contenuto di riparazioni adeguate per le vittime, determinando la portata e l'entità dei danni loro cagionati ed elaborando, caso per caso e con un elevato grado di discrezionalità, i principi che dovranno orientare le misure (i cosiddetti *principles on reparations*). Il TFV, invece, deve progettare il piano di esecuzione delle riparazioni e, previa approvazione della Corte, attuarlo. Questo incarico deve essere coniugato dal Fondo con il suo secondo mandato, quello di assistenza generale, che si estende, invece, indipendentemente da una condanna, a tutte le vittime di crimini che rientrano nella giurisdizione della Corte.

La previsione di un sistema rimediale, unita al formale riconoscimento nello Statuto di più crimini sessuali, ha rappresentato una conquista significativa che avrebbe potuto consentire il conseguimento da parte della Corte di una reale giustizia di genere capace di fungere da efficace deterrente contro la perpetrazione dei crimini sessuali e, al contempo, di fornire adeguati risarcimenti alle vittime.

nazionali competenti per le riparazioni per le vittime fossero vincolate alle conclusioni dei due Tribunali in termini di responsabilità penale. Venne inoltre creata un'unità dedicata all'assistenza di vittime e testimoni.

¹⁰ S. KENDALL, *Beyond the Restorative Turn: The Limits of Legal Humanitarianism*, in C. DE VOS, S. KENDALL, C. STAHN (a cura di), *Contested Justice, The Politics and Practice of ICC Interventions*, Cambridge, 2015, p. 354.

¹¹ C. MCCARTHY, *Victim Redress and International Criminal Justice: Competing Paradigms, or Compatible Forms of Justice?*, in *Journal of International Criminal Justice*, 2012, p. 35.

¹² S. VASILIEV, *Victim Participation Revisited: What the ICC is Learning About Itself*, in C. STAHN (a cura di), *The Law and Practice of the International Criminal Court*, Oxford, 2015, p. 4.

Tuttavia, la Corte, a vent'anni dalla sua creazione, appare, per le ragioni che verranno di seguito indicate, ancora lontana da questo obiettivo.

3. Difficoltà nel perseguire i crimini sessuali e nell'ottenere riparazioni

Investigare e perseguire crimini sessuali rappresenta una sfida per la Corte penale internazionale per una serie di difficoltà tecniche e probatorie. Una prima criticità è legata al fatto che nei casi in cui i crimini sessuali sono stati oggetto di indagine ad opera della procura della Corte, gli imputati, di norma a capo della catena di comando, potevano essere accusati per aver ordinato o pianificato tali reati oppure per non aver agito in modo tale da prevenirli o reprimerli. Risultava tuttavia complesso dimostrare un nesso causale diretto tra l'autorità di vertice e la perpetrazione di singoli crimini sessuali.

Soltanto nel 2016, la Corte è riuscita a far valere la *command responsibility* di Bemba, Presidente e Comandante in capo del *Mouvement de libération du Congo*, determinandone la condanna, non confermata però in appello, per gli stupri commessi, come crimini di guerra e crimini contro l'umanità, dai suoi soldati¹³. Le violenze costituivano una condotta sistematica del Movimento ed erano considerate dalle truppe un bottino di guerra, una forma di autocompensazione a fronte di paghe inadeguate. Pertanto, riconosciuti il controllo e l'autorità effettiva di Bemba sul Movimento di liberazione del Congo, la Corte lo ha ritenuto responsabile perché, pur sapendo che le sue truppe stavano commettendo tali crimini, non aveva adottato le misure ragionevoli e necessarie in suo potere per prevenirli o reprimerli¹⁴.

La difficoltà di provare la responsabilità degli organi di vertice politico-militare per la commissione di crimini sessuali è confermata dal fatto che, ad oggi, è stata emessa un'unica condanna definitiva per tali crimini. Ntaganda è stato giudicato responsabile come co-perpetratore indiretto per stupro e schiavitù sessuale di bambine-soldato appartenenti alla sua stessa milizia: un risultato considerato significativo perché si riteneva che, ai sensi dello Statuto, non fosse possibile compiere crimini di guerra ai danni di membri delle proprie forze armate¹⁵.

¹³ CPI, *Judgment*, 21 Marzo 2016, ICC-01/05-01/08, *The Prosecutor v. Bemba*, par. 678-698.

¹⁴ Per approfondimenti si rimanda a: C. MELONI, *Command Responsibility in International Criminal Law*, The Hague, 2010.

¹⁵ CPI, *Judgment*, 8 Luglio 2019, ICC-01/04-02/06, *The Prosecutor v. Ntaganda*, par. 1199. Si veda M. FRULLI, *The Promise of International Criminal Justice: Achievements and Failures in Protecting Human Dignity*,

Tale complessità si ripercuote ovviamente sulla fase rimediale. Si pone, infatti, il problema di quale approccio riparativo scegliere: andranno conferite riparazioni soltanto laddove sia stata dimostrata la responsabilità degli organi di vertice politico-militare nella commissione di crimini sessuali oppure, qualora la perpetrazione di tali violenze sia stata comunque accertata, le vittime potranno ottenere riparazioni indipendentemente dalla condanna di colui che ha ordinato, pianificato o non ha saputo prevenire lo stupro?

A questo proposito, l'articolo 75 (2), architrave del meccanismo rimediale dello Statuto, attribuisce alla Corte la facoltà di emanare un'ordinanza di riparazione contro un condannato, subordinando, nell'interpretazione prevalente, l'avvio della fase riparativa all'avvenuta sentenza di condanna di colui che ha ordinato o non ha saputo prevenire la commissione di crimini sessuali.

In dottrina, c'è chi ritiene che la lettera della norma non prescriva, in realtà, che i rimedi debbano essere approntati esclusivamente per i danni relativi ai crimini per cui l'imputato sia stato condannato e che, ai fini delle riparazioni, sarebbe consentito un esame più ampio della responsabilità¹⁶. Inoltre, nell'opinione dissenziente emessa in *Ruto and Sang*, il giudice Eboe-Osuji, ex-presidente della Corte penale internazionale, ha sostenuto che impedire la previsione di misure rimediali in vari casi, tra cui l'assoluzione dell'imputato, costituisce un fallimento dell'idea stessa di giustizia che si potrebbe evitare «*delinking questions of reparation from those of conviction*»¹⁷. Tuttavia, la Corte, in una giurisprudenza ormai consolidata, ha sempre ribadito che «*the reparations order must not go beyond the crimes for which the perpetrator was convicted*»¹⁸. Ciò, pertanto, ha costituito un primo impedimento per le vittime di crimini sessuali ad ottenere giustizia, escludendole dall'accesso ai meccanismi rimediali nei casi in cui non erano gli esecutori materiali di tali crimini ad essere sottoposti a procedimento penale, ma i vertici politico-militari che li avevano ordinati o tollerati.

Ad esempio, nel caso *Katanga*, sebbene fosse stato accertato oltre ogni ragionevole dubbio che durante l'attacco a Bogoro, le truppe di Katanga, che era a capo della *Force de résistance patriotique en Ituri*, avessero commesso stupri e schiavitù

in A. GATTINI, R. GARCIANDIA, P. WEBB (eds), *Human Dignity and International Law*, Leiden, 2021, p. 58-60.

¹⁶ L. MOFFETT, *Reparations for Victims at the ICC: A New Way Forward?*, in *The International Journal of Human Rights*, 2017, p. 1205.

¹⁷ CPI, *Dissenting Opinion of Judge Eboe-Osuji*, 1 Luglio 2016, ICC-01/09-01/11-2038-Anx, *The Prosecutor v. Ruto and Sang*, par. 26.

¹⁸ CPI, *Judgment on the Appeals against Trial Chamber II's Decision Setting the Size of the Reparations Award*, 18 Luglio 2019, ICC-01/04-01/06A7A8, *The Prosecutor v. Lubanga*, par. 3.

sessuale come crimini di guerra e contro l'umanità¹⁹, la Corte ritenne che tali reati non costituissero parte del *common purpose* dell'attacco contro la popolazione civile²⁰. Pertanto, Katanga fu condannato per omicidio, attacco contro la popolazione civile, distruzione di proprietà e saccheggio come crimini di guerra ma venne assolto per i crimini sessuali posti in essere dai suoi combattenti. Poiché, però, nel corso del processo la commissione di crimini sessuali era stata comunque appurata, il rappresentante delle vittime chiese che l'ordinanza di riparazione includesse anche tale tipologia di vittime²¹. Tuttavia, in mancanza di una condanna specifica di Katanga per questo capo d'accusa, la Camera sostenne che gli stessi non potessero essere oggetto di misure rimediale²². La Corte si limitò ad invitare il Fondo fiduciario a ricorrere al suo mandato assistenziale per fronteggiare i danni causati dalla perpetrazione accertata di crimini sessuali²³.

Un ulteriore ostacolo è poi ascrivibile al fatto che i beneficiari delle riparazioni dipendono anche dalla strategia del Procuratore, che plasma, con la formulazione dei capi d'imputazione e delle accuse, una rigida gerarchia tra le vittime. Le scelte del Procuratore possono, a loro volta, dipendere da vari fattori: ragioni di politica investigativo-giudiziaria o difficoltà reali e presunte di indagare sulla commissione di tali crimini. A quest'ultimo riguardo vi è chi osserva che i crimini sessuali sono spesso considerati complessi da investigare a causa di vere e proprie «gendered (mis)conceptions» sull'inaffidabilità delle prove fornite dalle vittime²⁴.

Paradigmatica delle molte e diverse considerazioni che influenzano la scelta dei capi d'imputazione formulati dal Procuratore è la vicenda relativa al caso *Lubanga*. Benché il suo Ufficio conoscesse la pervasività dei crimini sessuali compiuti dalle truppe di Lubanga, Presidente della *Union des Patriotes Congolais*, il Procuratore Ocampo decise di accusare l'imputato esclusivamente per crimini di guerra relativi al reclutamento di bambini-soldato. Ragioni di opportunità, la volontà di velocizzare la formulazione delle accuse per evitare che Lubanga fosse rilasciato e la

¹⁹ CPI, *Judgment*, 7 Marzo 2014, ICC-01/04-01/07, *The Prosecutor v. Katanga*, par. 1023.

²⁰ *Ivi*, parr. 1663-1664.

²¹ CPI, *Observation of the Victims on the Principles and Procedures to be applied to Reparations*, 15 Maggio 2015, ICC-01/04-01/07-3555-tENG, *The Prosecutor v. Katanga*, par. 45.

²² CPI, *Order for Reparations*, 24 Marzo 2017, ICC-01/04-01/07-3728-t, *The Prosecutor v. Katanga*, par. 150.

²³ *Ivi*, parr. 153-154.

²⁴ L. CHAPPELL, *Conflicting Institutions and the Search for Gender Justice at the ICC*, in *Political Research Quarterly*, 2014, p. 185.

presunta difficoltà di provare un collegamento dell'imputato con tali crimini, lo spinsero, infatti, a circoscrivere le imputazioni, escludendo i crimini sessuali²⁵.

Solo nello stadio finale del processo, il Procuratore si fece promotore di un approccio in cui cercò di valorizzare la dimensione sessuale dei crimini commessi dalle milizie dell'imputato, sostenendo che le ragazze reclutate si fossero trovate a subire, a causa del genere, un impatto differente rispetto ai coscritti di sesso maschile. Durante le dichiarazioni conclusive, il Procuratore propose, dunque, un'interpretazione estensiva della nozione di «bambini-soldato», che doveva includere non solo chi avesse attivamente combattuto, ma anche le minori reclutate per scopi sessuali e matrimoni forzati²⁶. Si trattò comunque di un tentativo tardivo ed inefficace. I giudici della Corte, infatti, ritennero che poiché «*sexual violence does not form part of the charges against the accused (...) the Chamber has not made any findings of fact on the issue, particularly as to whether responsibility is to be attributed to the accused*»²⁷.

Con l'avvio della fase rimediale, la Camera di primo grado evidenziò però la necessità di elaborare misure risarcitorie anche per i danni causati dai crimini sessuali, ingiustamente non perseguiti durante il processo. Ribadita l'esigenza di un collegamento tra condanna e riparazioni, la Camera, interpretando in maniera flessibile il nesso di causalità²⁸, permise di prevedere misure anche per i danni derivanti da questi reati. Tuttavia, non essendoci stata una condanna specifica per tali crimini, furono considerate beneficiarie di riparazioni specifiche unicamente le bambine-soldato che avevano subito anche crimini sessuali in conseguenza e come risultato del reclutamento nella milizia²⁹. La difesa dell'imputato ricorse in appello contro la decisione risarcitoria sostenendo che essa era contraria al principio per cui l'imputato può essere chiamato a rispondere unicamente per i danni che

²⁵ P. YATES, *Interview with Luis Moreno-Ocampo*, in *The Reckoning: The Battle for the ICC* (Motion picture), Skylight Pictures, 2009.

²⁶ CPI, *Prosecution's Closing Brief*, 1 Giugno 2011, ICC-01/04-01/06, *The Prosecutor v. Lubanga*, par. 139.

²⁷ CPI, *Judgment*, 14 Marzo 2012, ICC-01/04-01/06-2842, *The Prosecutor v. Lubanga*, par. 913.

²⁸ CPI, *Decision Establishing the Principles and Procedures to be applied to Reparations*, 7 Agosto 2012, ICC-01/04-01/06-2904, *The Prosecutor v. Lubanga*, par. 247: «*Reparations should not be limited to "direct" harm or the "immediate effects" of the crimes of enlisting and conscripting children under the age of 15 (...) but instead the Court should apply the standard of "proximate cause"*».

²⁹ L. CHAPPELL, *The Gender Injustice Cascade: Transformative Reparations for Victims of Sexual and Gender-Based Crimes in the Lubanga Case at the ICC*, in *The International Journal of Human Rights*, 2017, p. 1235.

siano risultati dai crimini per cui sia stato condannato. Tale impostazione fu accolta dalla Camera d'Appello che rovesciò la decisione di primo grado³⁰.

Il meccanismo rimediale della Corte è stato dunque criticato poiché sembrerebbe tradire lo spirito delle riparazioni che dovrebbero essere giustificate in presenza di una dimostrazione del danno patito, anche a prescindere dall'individuazione del responsabile³¹. Quest'ultimo esempio dimostra quanto anche la strategia investigativa del Procuratore e la sua discrezionalità possano condizionare l'accesso alla fase rimediale delle vittime. Ad avviso di alcuni, le scelte del Procuratore, che ha optato per una tattica che è stata definita «semplificata», volta a privilegiare accuse ritenute più facili da provare, hanno prodotto, infatti, l'impunità dei perpetratori, una narrazione distorta e parziale degli eventi e un'inadeguata rappresentazione delle esperienze delle vittime³². Ciò ha importanti ricadute in termini giuridici, ma ha anche conseguenze etiche, politiche e simboliche fondamentali dal momento che l'architettura imperfetta della giustizia internazionale riconosce alcune vittime e, al contempo, ne disconosce altre³³. E questa è stata, come visto, in larga misura la sorte delle vittime di crimini sessuali.

Un'inversione di tendenza si è registrata con l'elezione della Procuratrice Bensouda, che ha dato un forte impulso alla lotta all'impunità per tali crimini, anche attraverso l'adozione nel 2014 del *Policy Paper on Sexual and Gender-Based Crimes*³⁴.

4. Quale giustizia per le vittime di crimini sessuali?

4.1 L'ordinanza di riparazione contro *Ntaganda*

Riconosciute le difficoltà di perseguire i crimini sessuali, ci si deve chiedere quali tipi di riparazione siano i più appropriati da conferire alle vittime. Si proverà a ri-

³⁰ CPI, *Judgment on the Appeals against the Decision establishing the principles and procedures to be applied to reparations of 7 August 2012*, 3 Marzo 2015, ICC-01/04-01/06-3129, *The Prosecutor v. Lubanga*, par. 196.

³¹ C. STAHN, *Reparative Justice after the Lubanga Appeal Judgment: New Prospects for Expressivism and Participatory Justice or Juridified Victimhood by Other Means*, in *Journal of International Criminal Justice*, 2005, p. 807.

³² S. MEROPE, *Recharacterizing the Lubanga Case: Regulation 55 and the Consequences for Gender Justice at the ICC*, in *Criminal Law Forum*, 2011, p. 321.

³³ C. APTEL, *Prosecutorial Discretion at the ICC and Victims' Right to Remedy*, in *Journal of International Criminal Justice*, 2012.

³⁴ CPI, *OTP Policy Paper on Sexual and Gender-Based Crimes*, Giugno 2014.

spondere a questo interrogativo analizzando l'ordinanza di riparazione emessa, nel marzo 2021, contro Ntaganda in cui, per la prima volta, figurano tra i beneficiari non solo vittime di crimini sessuali ma anche i bambini nati da stupro e schiavitù sessuale³⁵. Si tratta della prima ordinanza che modifica i principi in tema di riparazioni, definiti originariamente nel caso *Lubanga*, andando così a mutare il quadro giuridico applicabile alla fase rimediale attraverso un approccio più orientato alle vittime e al rimedio dei danni loro cagionati³⁶.

Un'attenzione specifica alla dimensione di genere si evince già dall'elaborazione dei principi di riparazione. Prima di tutto, si afferma che un approccio inclusivo e sensibile al genere dovrà ispirare sia la fase di progettazione che quella di esecuzione delle misure rimediali. Per la Corte, l'elaborazione di riparazioni efficaci richiede, infatti, che le stesse tengano conto degli squilibri di genere esistenti e dell'impatto differenziale del danno e che non rinforzino la marginalizzazione di gruppi già altamente vulnerabili. A questo proposito, si riconosce l'esigenza di un approccio di tipo intersezionale³⁷. È rilevante che la Corte abbia compreso che le identità multiple delle vittime costituiscono una convergenza di fattori di discriminazione che prima rappresentano un elemento centrale fondante le violenze e poi si traducono, nella fase successiva al conflitto, in un ulteriore aumento della fragilità³⁸. Per la Corte si devono pertanto identificare i danni specifici che le vittime hanno sofferto a causa dell'interazione del genere con altre componenti, per poi elaborare misure appropriate a ripararli.

Inoltre, nei principi si attribuisce uno status speciale alle vittime di crimini sessuali. Si ribadisce infatti che la Corte ha l'obbligo di adottare tutte le misure necessarie per garantire che le stesse si facciano avanti ai fini della richiesta di risarcimento, senza presumere che siano impossibilitate o non vogliano farlo³⁹. Di conseguenza, nella progettazione effettiva delle misure, le riparazioni dovranno tenere conto non solo della particolare gravità di tali crimini e della complessità dei danni che procurano ma anche dei potenziali impedimenti, in termini di stig-

³⁵ CPI, *Reparations Order*, 8 Marzo 2021, ICC-01/04-/02/06-2659, *The Prosecutor v. Ntaganda*, par. 111.

³⁶ Per un'analisi sulle principali novità introdotte, soprattutto in termini di responsabilità del condannato, si veda: M. LOSTAL, *The Ntaganda Reparations Order: A Marked Step towards a Victim-Centered Reparations Legal Framework at the ICC*, in *EJIL:Talk!*, 2021.

³⁷ CPI, *Reparations Order*, cit., parr. 60-62.

³⁸ G. MAUČEC, *On Implementation of Intersectionality in Prosecuting and Adjudicating Mass Atrocities by the ICC*, in *International Criminal Court Review*, 2021, p. 13.

³⁹ CPI, *Reparations Order*, cit., parr. 64-65.

matizzazione e ostracismo, che possono ostacolarne l'accesso⁴⁰. Infine, in quanto considerate particolarmente vulnerabili, viene assicurata alle vittime di crimini sessuali priorità nel design delle misure e si reputa di vitale importanza che in tutta la fase rimediabile venga garantito il rispetto del principio del *do not harm*, tutelando da forme di vittimizzazione secondaria⁴¹.

È altresì importante rilevare che l'ordinanza, stabilita l'impossibilità in questa fase di individuare nominalmente le vittime, decida invece per la definizione di criteri per stabilirne l'ammissibilità, prevedendo standard meno rigidi per le vittime di crimini sessuali, soprattutto per quanto riguarda l'accertamento del danno patito. La Corte, infatti, considera le difficoltà aggiuntive che tale categoria incontra nell'ottenere e produrre prove che dimostrino che siano state soggette a stupri o schiavitù sessuale. Così la Corte ammette che la deposizione di una vittima di crimini sessuali intrinsecamente coerente, credibile e affidabile, alla luce delle circostanze del caso, possa soddisfare l'onere della prova, anche in assenza di una documentazione di supporto (richiesta invece negli altri casi), e possa determinarne l'eleggibilità come beneficiaria⁴². Inoltre, la Camera richiama il caso *Lubanga*, in cui, valutate la mancanza di prove documentali, il tempo necessario per determinare ogni singolo danno individuale, la natura dei crimini e il lasso di tempo trascorso dalla loro commissione, aveva stabilito che la forma e l'entità del danno inflitto ai bambini-soldato dovesse essere presunta. Nel caso in esame, nella sezione dedicata al danno, si estende tale ragionamento anche alle vittime di crimini sessuali: si farà affidamento su presunzioni fattuali senza dover esaminare il danno specifico in questione⁴³. Si riconosce, infatti, che i crimini di natura sessuale rappresentano una lesione del concetto di dignità umana e dell'integrità delle vittime su cui graveranno danni complessi, multidimensionali e di lungo periodo, di natura fisica, psicologica, sociale ed economica che necessiteranno di specifiche forme di riparazione⁴⁴.

Per quanto riguarda l'elaborazione di rimedi concreti, l'ordinanza si limita a decidere tra misure individuali o collettive. La Corte opta, accogliendo il suggerimento del Fondo, per riparazioni collettive con componenti individualizzate, ritenute efficaci a fronte di episodi di vittimizze di massa, in cui la lesione fina-

⁴⁰ *Ivi*, parr. 64-67.

⁴¹ *Ivi*, parr. 52 e 93.

⁴² *Ivi*, par. 66.

⁴³ *Ivi*, par. 67.

⁴⁴ *Ivi*, par. 175.

le è superiore alla somma dei singoli pregiudizi patiti⁴⁵. A giustificare tale preferenza concorrono l'elevato numero di vittime, la natura diffusa e sistematica dei crimini sessuali, il carattere complesso e multidimensionale dei danni, il fatto che evitino forme di vittimizzazione secondaria e che dovrebbero garantire un intervento efficiente, tempestivo e con benefici di lungo periodo.

La selezione, invece, tra le specifiche modalità di riparazione (previste in un elenco non esaustivo dall'articolo 75 dello Statuto di Roma, tra cui restituzione, compensazione e riabilitazione) viene affidata al Fondo fiduciario cui spetterà, in un secondo momento, adottare un Piano di attuazione. Per il momento, il TFV ha elaborato solo un Piano provvisorio con focus sulle vittime prioritarie. Nello stesso viene proposta l'istituzione del progetto *Ntaganda SGBV*, che costituirebbe un'estensione temporanea di un piano di assistenza già esistente nella regione e che, con finanziamenti addizionali, potrebbe essere reso fruibile, in tempi rapidi, anche alle destinatarie di riparazioni del caso *Ntaganda*⁴⁶. In attesa di ulteriori consultazioni con il Rappresentante delle vittime, il Progetto dovrebbe includere trattamenti medici specializzati, assistenza psicologica, servizi di mediazione familiare e di reintegrazione socioeconomica⁴⁷.

4.2 Riparazioni per crimini sessuali fra misure auspicabili e praticabili

Alla luce di quanto fin qui detto, resta da chiedersi quali sono le misure che la Corte penale internazionale dovrebbe approntare per riparare in maniera efficace le lesioni multidimensionali che i crimini sessuali arrecano alle vittime e che includono, tra gli altri, traumi, depressione, malattie sessualmente trasmissibili, fistole, perdita delle capacità riproduttive, aborti non sicuri e gravidanze indesiderate. Spesso, inoltre, la violazione originaria si estende e si ramifica in una pluralità di direzioni andando non solo ad alterare la sicurezza e il benessere delle donne, ma anche ad intaccare il loro status e le possibilità di reintegrazione sociale, la sopravvivenza economica e l'eleggibilità per il matrimonio⁴⁸.

Nell'ordinanza, come visto, la Corte ha optato per riparazioni di natura collettiva. Si tratta di una decisione, concordata con il Fondo fiduciario, che riflette la

⁴⁵ *Ivi*, par. 186-195.

⁴⁶ TFV, *Initial Draft Implementation Plan with Focus on Priority Victims*, 23 Luglio 2021, ICC-01/04-02/06-2696.

⁴⁷ TVF, *Report on the implementation of the Initial Draft Implementation Plan*, 7 Ottobre 2021, ICC-01/04-02/06-2710-Conf, par. 17-22.

⁴⁸ R. RUBIO-MARÍN, *The Gender of Reparations, Unsettling Sexual Hierarchies while Redressing Human Rights Violations*, Cambridge, 2009, p. 68.

necessità di quest'ultimo di coniugare, con risorse scarse, i suoi due mandati (riparativo e assistenziale) e fronteggiare le richieste di un vastissimo numero di vittime. Le riparazioni collettive presentano sicuramente dei vantaggi, in particolar modo per le vittime di crimini sessuali. Infatti, da un lato permettono di prevenire lo stigma, dato che non si richiede l'individuazione nominativa delle singole vittime né della violazione subita, dall'altro, consentono di godere di benefici diretti, limitando il senso di esclusione e marginalizzazione. In tal modo, riducendo al minimo l'esposizione e massimizzando l'accesso, le riparazioni collettive hanno il potenziale di raggiungere vittime che, altrimenti, difficilmente avanzerebbero richieste di riparazione⁴⁹.

Tuttavia, si sottolinea che lo studio condotto dall'Alto Commissario per i diritti umani sui rimedi per le vittime di violenza sessuale nella Repubblica Democratica del Congo ha rivelato una netta preferenza delle vittime per benefici individuali, che vadano a colmare i bisogni concreti⁵⁰. Inoltre, si ricorda che in *Lubanga* l'esclusione di riparazioni individuali ha portato al parziale ritiro della partecipazione delle vittime alla fase rimediabile⁵¹. La scelta ottimale dal punto di vista delle vittime, anche se di difficile realizzazione data l'attuale dotazione di risorse del Fondo, che è chiamato a finanziare gli interventi in caso di indigenza del condannato, risiederebbe quindi in un mix di misure: si dovrebbero contemperare riparazioni individuali e collettive.

Conseguentemente dovrebbero essere stanziati, laddove possibile, forme di compensazione individuale, contemplando però delle cautele che tengano conto del contesto culturale in cui si opera. Come sostenuto dal Fondo, i destinatari di riparazioni monetarie rischiano, infatti, di essere percepiti come privilegiati⁵². Si dovrà pertanto evitare di rinforzare stereotipi e norme culturali che possano dan-

⁴⁹ M. WALKER, *Gender and Violence in Focus*, in *The Gender of Reparations, Unsettling Sexual Hierarchies while Redressing Human Rights Violations*, cit., p. 53.

⁵⁰ UN Office of High Commissioner for Human Rights, *Report of the Panel on Remedies and Reparations for Victims of Sexual Violence in the DRC*, 2011, p. 46.

⁵¹ CPI, *Reparations Order*, cit., par. 41-55. L'approccio collettivo nei confronti delle vittime riflette la tendenza della Corte a trattare le stesse come «bersaglio» delle riparazioni, più che come soggetti che avanzano pretese individuali per danni subiti personalmente. Nella fase risarcitoria ciò diviene evidente quando la Corte decide di emanare d'ufficio un'ordinanza di riparazione collettiva, senza consultare le vittime e sollecitarle a formulare osservazioni, possibilità prevista dall'articolo 75(3) dello Statuto. Private di un ruolo attivo, le vittime divengono, di fatto, meri oggetto del procedimento. Sul punto e sulla fattibilità ed auspicabilità di un maggiore coinvolgimento delle vittime, anche nella fase risarcitoria, si rimanda a: S. MOUTHAAAN, *Victim Participation at ICC for Victims of Gender-Based Crimes: A Conflict of Interest*, in *Journal of International and Comparative Law*, 2013; L. ZEGVELD, *Victims as a Third Party: Empowerment of Victims?*, in *International Criminal Law Review*, 2019, p. 338.

⁵² TFV, *Observations Relevant to Reparations*, 28 Febbraio 2020, ICC-01/04-02/06-2476, par. 105.

neggiare ulteriormente le vittime di violenza sessuale anche in termini di sicurezza, imparando dagli errori commessi in passato, ad esempio in Guatemala⁵³. Infine, in società altamente patriarcali come quella congolese la previsione di piccole pensioni dilazionate nel tempo è preferibile rispetto ad un pagamento *una tantum* perché è più probabile che la somma rimanga effettivamente nella disponibilità della vittima.

Inoltre, considerando che le vittime sono rimaste prive di qualsiasi forma di supporto per oltre diciott'anni e che le compensazioni saranno utilizzate, probabilmente, per fronteggiare bisogni immediati e non di lungo periodo, le stesse dovrebbero essere affiancate alla fornitura di servizi sanitari per la salute sessuale e riproduttiva, nonché ad altre misure riabilitative. Affinché le riparazioni, pur tardive, siano significative, anche in ragione della scarsità di risorse su cui il sistema rimediale effettivamente può contare, si dovrebbe, dunque, dare priorità a tale tipo di interventi, garantendo la disponibilità di trattamenti medico-chirurgici, terapie per la salute mentale, servizi educativi e di accoglienza.

In subordine, potrebbe essere utile abbinare a forme di risarcimento materiale (sotto forma di compensazione e riabilitazione) anche misure simboliche, come scuse ufficiali, che possano aiutare a costruire il giusto contesto interpretativo delle violenze e a ridurre la stigmatizzazione⁵⁴.

Una riflessione finale è da dedicare poi alle cosiddette riparazioni trasformati-ve, riparazioni che, attraverso misure strutturali, mirano a smantellare la subordinazione femminile. In dottrina godono di un sostegno molto ampio poiché si ritiene che le riparazioni, idealmente, dovrebbero contribuire a sovvertire le disuguaglianze esistenti dato che i crimini sessuali sono da considerarsi espressione della marginalizzazione delle donne⁵⁵. Anche nell'ordinanza di riparazione del caso *Ntaganda*, la Corte si pone l'ambizioso obiettivo di produrre un effetto che sia

⁵³ Nell'aprile del 2003, 7 anni dopo la firma degli accordi di pace che avevano posto fine alla guerra civile iniziata nel 1960, in Guatemala è stato istituito un Programma nazionale di riparazioni che prevedeva il pagamento di risarcimenti monetari anche per le vittime di violenza sessuale. Tuttavia, tali forme di compensazione non sono state gestite in maniera sensibile al genere. È stato infatti violato l'anonimato richiesto da molte vittime, sia indicando sugli assegni ricevuti la dicitura "vittima di stupro" che individuando nominalmente le sopravvissute in alcune cerimonie pubbliche. Ciò ha portato ad un aumento della stigmatizzazione delle donne coinvolte e ad una loro sovraesposizione non necessaria. Per approfondimenti si veda: C. DUGGAN, R. JACOBSON, *Reparation of Sexual and Reproductive Violence: Moving from Codification to Implementation*, in *The Gender of Reparations*, cit., p. 139.

⁵⁴ B. HAMBER, *Gender, Memorialization and Symbolic Reparations*, in *The Gender of Reparations*, cit., p. 369.

⁵⁵ R. RUBIO-MARÍN, *Reparations for Conflict-Related Sexual and Reproductive Violence: A Decalogue*, in *William & Mary Journal of Race, Gender, and Social Justice*, 2012.

insieme riparativo e correttivo, promuovendo cambiamenti sistemici⁵⁶. Tuttavia, se è evidente il potenziale di queste riparazioni, la Corte non è un organo idoneo e non dispone degli strumenti necessari a perseguire tale finalità.

Esiste, innanzitutto, un problema di natura finanziaria. È improbabile che la Corte possa mai disporre (attraverso il patrimonio del condannato o attraverso il TFV, sovvenzionato da contributi volontari degli Stati) delle risorse necessarie per operare mutamenti atti a prevenire la commissione di crimini sessuali o per imporre garanzie di non ripetizione. Per di più, la Corte difetta della giurisdizione necessaria e della legittimazione per ordinare agli Stati il pagamento di riparazioni e l'adozione delle misure redistributive necessarie per erodere, dal punto di vista socioeconomico e politico, la gerarchia di genere imperante⁵⁷. A questo proposito, l'obiettivo della Corte di trasformare le società in cui è chiamata ad intervenire attraverso riparazioni trasformative è stato talora definito come «superficiale e neocoloniale»⁵⁸.

Le riparazioni della Corte penale internazionale non devono mirare a risolvere problemi strutturali di esclusione e disuguaglianza; piuttosto, devono consentire il ristoro del danno individuale cagionato alle vittime. Vi è infatti il pericolo di far retrocedere l'importanza di forme concrete di supporto per le singole vittime perché considerate «meramente» rimediali o ristorative. L'approccio centrato sulla vittima e il rimedio del danno, cuore delle riparazioni, sarebbe subordinato a misure volte a migliorare le società e prevenire future vittimizazioni⁵⁹. È invece auspicabile un *modus operandi* forse più realistico - volto a privilegiare *in primis* misure riabilitative e, qualora possibile, compensative - ma in ultima analisi più utile per evitare previsioni irrealizzabili che frustrino le aspettative delle vittime.

5. Riflessioni finali e prospettive future

Da questo breve quadro, la risposta all'interrogativo iniziale circa la capacità della Corte di riuscire a realizzare, attraverso le riparazioni, una vera giustizia di genere non può che essere negativa.

⁵⁶ CPI, *Reparations Order*, cit., par. 95.

⁵⁷ L. CHAPPELL, *The Gender Injustice Cascade*, cit., p. 1235.

⁵⁸ L. MOFFET, *Reparations for Victims*, cit., p. 1212.

⁵⁹ M. WALKER, *Transformative Reparations? A Critical Look at the Current Trend in Thinking about Gender-Just Reparations*, in *International Journal of Transitional Justice*, 2016, p. 110.

La Corte, infatti, è una costruzione occidentale ispirata a un modello di giustizia prevalentemente retributiva e le criticità evidenziate possono in parte essere considerate proprio un sottoprodotto del tentativo di assegnare ad un campo storicamente punitivo obiettivi di tipo riparativo. Le vittime, simbolicamente invocate dalla Corte ai fini della propria legittimazione, come sostenuto da Fletcher, sono in realtà vittime immaginate, costruite per ottenere giustificazione morale e supporto per mobilitare volontà politica e risorse, e poi però largamente ignorate⁶⁰. È evidentemente in atto una disconnessione tra la giustizia che la Corte persegue, che diviene sinonimo di giustizia retributiva, e la giustizia per le vittime per le quali afferma di esistere. Di fatto, il regime risarcitorio è accessorio rispetto a una giustizia definita in modo prioritario e quasi esclusivo come punizione dei colpevoli.

Una soluzione possibile, anche se non di facile realizzazione, è quella avanzata dalla giudice Van Den Wyngaert, che riecheggia quanto proposto da Antonio Cassese nel 2004 nel Rapporto della Commissione internazionale di inchiesta sul Darfur. Come misura complementare al *referral*, Cassese suggeriva la creazione di una Commissione di compensazione che garantisse riparazioni alle vittime indipendentemente dall'identificazione del colpevole. Facendo riferimento specifico allo stupro, riteneva che proprio per la natura diffusa del crimine, i danni multidimensionali arrecati e le difficoltà di persecuzione, dovesse essere prevista un'apposita Camera di compensazione per le vittime, a prescindere dall'individuazione del perpetratore, poiché «the international community may not turn a blind eye to the victims' plight»⁶¹.

Similmente, nell'ambito del sistema della Corte penale internazionale, il Fondo potrebbe essere trasformato in una Commissione per le riparazioni cui giungano direttamente le richieste di risarcimento⁶² oppure si potrebbe prevedere l'istituzione di una Camera per i reclami delle vittime con giudici specializzati o, infine, si potrebbe pensare *pro futuro* di avviare una forma di coordinamento tra il Fondo e il Procuratore da attivare in tutti i casi in cui ci sia un *fumus commissi delicti* riguardo la perpetrazione di crimini sessuali. Indipendentemente da ostacoli probatori o strategie del Procuratore, ciò consentirebbe un intervento tempestivo che risulterebbe essenziale. La domanda di riparazioni potrebbe pervenire al momen-

⁶⁰ L. FLETCHER, *Refracted justice: The imagined victim and the ICC*, in *Contested Justice, The Politics and Practice of International Criminal Court Interventions*, cit., p. 324.

⁶¹ A. CASSESE, *Report of the International Commission of Inquiry on Darfur*, 25 Gennaio 2005, par. 592.

⁶² C. VAN DEN WYNGAERT, *Victims before ICC: Some views and concerns of an ICC Trial Judge*, in *Case Western Reserve Journal of International Law*, 2011, p. 495.

to dell'apertura di un caso, senza attendere i molti anni necessari per il dispiegamento del processo, che possono rendere le misure alla fine stabilite prive di efficacia concreta.

Dall'analisi sin qui condotta, appare dunque evidente che, per realizzare una giustizia per le vittime attraverso riparazioni adeguate, significative e tempestive, il meccanismo, nel suo complesso, andrebbe ripensato. Prima di tutto, occorre partire dalla consapevolezza che la Corte penale internazionale è priva di capacità, legittimazione e risorse per poter compensare i danni prodotti dai crimini che ricadono nella sua giurisdizione, soprattutto laddove gli stessi siano perpetrati in maniera estesa o sistematica. Come sostenuto dal giudice Morrison, il meccanismo rimediabile non è e non può essere interpretato come uno strumento per ripristinare la giustizia sociale e curare le ferite di società profondamente lacerate⁶³ e, del resto, proprio per tale ragione abbiamo argomentato nel senso dell'inopportunità di riparazioni trasformative.

Decisiva appare la questione del reperimento di fondi per finanziare le eventuali misure. Da questo punto di vista, non ha giovato la decisione, assunta durante i lavori di redazione dello Statuto di Roma, di escludere, come proposto invece dalla Commissione preparatoria, che la Corte potesse far sorgere in capo allo Stato la responsabilità per le riparazioni nei casi in cui il condannato avesse agito per conto dello Stato in veste ufficiale e/o fosse indigente⁶⁴. Tale scelta pragmatica fu motivata dal fatto che negare alla Corte questo potere avrebbe evitato il rigetto da parte di molte delegazioni dell'articolo 75⁶⁵. Naufragata questa ipotesi, è auspicabile, quantomeno, che la Corte sviluppi una robusta «complementarità riparativa» con gli Stati interessati⁶⁶. La Corte appare, infatti, spesso operare in maniera disconnessa dalle popolazioni colpite e senza nessuna forma di complementarità con i processi interni di giustizia di transizione, anche laddove questi esistano. Sarebbe, invece, opportuno uno sforzo di connessione con eventuali programmi domestici. È necessaria la creazione di programmi nazionali di riparazione che possano ampliare i benefici delle risposte parziali che la Corte può approntare per

⁶³ CPI, *Separate Opinion of Judge van den Wyngaert and Judge Morrison*, 8 Giugno 2018, ICC-01/05-01/08-3636Anx2, *The Prosecutor v. Bemba Gombo*, par. 75.

⁶⁴ United Nations Diplomatic Conference of Plenipotentiaries on the Establishment of an International Criminal Court, *Report of the Preparatory Committee on the Establishment of an International Criminal Court*, Document A/CONF.183/2, 15 Giugno-17 Luglio 1998, p. 61.

⁶⁵ C. MUTTUKUMARU, *Reparations to Victims*, in R. S. LEE (a cura di), *The International Criminal Court: The Making of the Rome Statute. Issues, Negotiations, Results*, Alphen aan den Rijn, 1999, p. 268.

⁶⁶ L. MOFFETT, *Reparative Complementarity: Ensuring an Effective Remedy for Victims in the Reparation Regime of the ICC*, in *The International Journal of Human Rights*, 2013.

aggirare, almeno in parte, la scarsità di risorse. La Presidenza dovrebbe pertanto impegnarsi in sforzi diplomatici e amministrativi tesi a stabilire collegamenti concreti tra il mandato della Corte e processi avviati a livello interno dai paesi interessati di cui diventerebbe catalizzatore, in modo da sviluppare un approccio complessivo rispondente alle esigenze rimediale delle vittime di crimini sessuali⁶⁷.

In aggiunta, nonostante la tendenziale ritrosia degli Stati sul punto, non è più derogabile la questione del finanziamento del Fondo. Poiché, ad oggi, la totalità degli individui condannati è risultata indigente, è necessario individuare una modalità per garantire lo stanziamento di riparazioni, individuali o collettive, che vadano al di là di un semplice misura simbolica. Ad oggi, il Fondo, per l'erogazione di riparazioni, non riceve alcun finanziamento diretto da parte della Corte, al contrario, si basa su donazioni volontarie degli Stati e di organizzazioni internazionali e ciò rappresenta, ovviamente, una sfida significativa per il suo operato, che è subordinato al sostegno e alla cooperazione di altri attori della scena internazionale. Da questo punto di vista, esiste anche un problema di reputazione: l'*Independent Experts Review* ha rilevato, infatti, una erosione della fiducia dei potenziali donatori a causa di elevati costi di gestione, l'assenza di supervisione e di una strategia di raccolta fondi da parte del Fondo⁶⁸. Una possibile risposta potrebbe risiedere nell'apertura, da parte dell'Assemblea degli Stati Parte, di una linea di finanziamento dedicata alle riparazioni all'interno dei prossimi bilanci della Corte, in modo da garantire quantomeno erogazioni che siano sicure, stabili nel tempo e sostenibili⁶⁹.

⁶⁷ O. OWISO, *The ICC and Reparations: Judicial Innovation or Judicialisation of a Political Process?*, in *International Criminal Law Review*, 2019, p. 530.

⁶⁸ *Expert Review of the International Criminal Court and the Rome Statute System*, Settembre 2020, par. 890.

⁶⁹ L. MOFFETT, C. SANDOVAL, *Tilting at Windmills: Reparations and the ICC*, in *Leiden Journal of International Law*, 2021, p. 19.

Il ruolo del giudice internazionale e la rilevanza della tecnica del bilanciamento nel pensiero e nella pratica di Cassese

LORENZO ACCONCIAMESSA*

SOMMARIO: 1. Le lacune nel diritto internazionale e il ruolo del giudice nel pensiero di Cassese. – 2. Il bilanciamento nella giurisprudenza dei tribunali penali internazionali. – 2.1. La rilevazione di norme sostanziali non scritte. – 2.2. La rilevazione di norme procedurali non scritte. – 2.3. L'interpretazione del diritto applicabile e la soluzione di conflitti normativi. – 3. Quale spazio nel contemporaneo contesto storico, sociopolitico e normativo?

ABSTRACT: Un assunto che sottende al pensiero giuridico di Cassese è la presa d'atto dell'intrinseca lacunosità del diritto internazionale e, conseguentemente, del ruolo del giudice internazionale nel garantire la completezza e la coerenza dell'ordinamento. Tra gli strumenti a disposizione del giudice per adempiere a tale fondamentale funzione Cassese annoverava i principi generali del diritto internazionale e, di conseguenza, la tecnica del bilanciamento tra gli stessi, allo scopo di rilevare e interpretare il diritto applicabile dal giudice. In questo breve scritto si tenterà di mettere in luce la rilevanza che tale tecnica ha avuto in alcune storiche pronunce dei tribunali penali internazionali. Nelle conclusioni si esaminerà il ruolo che la stessa potrebbe avere alla luce del mutato contesto storico, sociale e giuridico in cui oggi operano la Corte penale internazionale e, più ampiamente, gli altri tribunali internazionali.

PAROLE CHIAVE: bilanciamento – diritto internazionale non scritto – principi generali – lacune – principio di dignità umana – sviluppo progressivo del diritto internazionale.

* Dottorando di ricerca in diritto internazionale, Università degli Studi di Palermo e Université Paris 1, Panthéon-Sorbonne, lorenzo.acconciamezza@unipa.it. Assistente giurista presso la Cancelleria della Corte europea dei diritti dell'uomo. L'articolo riflette le opinioni dell'autore, espresse nella propria capacità accademica, che non vincolano in alcun modo la Corte o il Consiglio d'Europa.

1. Le lacune nel diritto internazionale e il ruolo del giudice nel pensiero giuridico di Cassese

È noto che Antonio Cassese, oltre ad essere stato un grande studioso del diritto internazionale vigente, ha anche esercitato una notevole influenza sul suo sviluppo. Egli stesso ha riconosciuto l'esistenza di una tensione tra la propria formazione *positivista* e la sua aspirazione verso l'*umanizzazione* dell'ordinamento¹. Tale tensione emerge nella sua attività tanto come accademico, quanto come giudice e presidente del Tribunale penale internazionale per l'ex Jugoslavia, prima, e del Tribunale speciale per il Libano, dopo.

In modo quasi contro-intuitivo, lo slancio innovatore è rinvenibile maggiormente nella sua attività di «pratico»² piuttosto che come «teorico»³. Ciò deriva da un assunto di fondo che sottende al lavoro di Cassese, che consiste nella presa d'atto della *lacunosità intrinseca* del diritto internazionale⁴ e del ruolo *lato sensu* creativo che il giudice internazionale è chiamato a svolgere per garantire la completezza e la coerenza dell'ordinamento, oltre che il suo sviluppo verso una più intesa tutela dei valori condivisi dalla comunità degli Stati⁵, come quelli in materia di tutela dei diritti umani. Tale funzione, come lo stesso Cassese riconosceva, è ancora più rilevante in quelle aree, come il diritto internazionale penale, ove il diritto è (o, almeno, era) particolarmente lacunoso e in via di evoluzione e consolidamento⁶.

¹ A CASSESE, *Soliloquy*, in A. CASSESE, P. GAETA, S. ZAPPALÀ (a cura di), *The Human Dimension of International Law: Selected Papers of Antonio Cassese*, Oxford, 2008, p. lix ss., p. lxiv, ha fatto riferimento alla sua «scholarly “Dr. Jekyll and Mr. Hyde” attitude» e alla «coexistence of two contradictory mindsets», e si è chiesto «whether one ought not to move beyond the strict legal parameters agreed upon by States, at least whenever the need to oppose glaring injustice would oblige one to do so».

² *Ivi*, p. lxxi, ove ha affermato espressamente di essersi fatto guidare dalla massima *hominum causa omne jus constitutum est* nel redigere le motivazioni della nota pronuncia *Tadić*.

³ A. CASSESE, *The ICTY: A Living and Vital Reality*, in *Journal of International Criminal Justice*, 2004, p. 585 ss., p. 589-90. Nei propri scritti extragiudiziari, invece, ha sottolineato l'importanza del rigoroso metodo dualista nell'accertamento delle consuetudini.

⁴ *Ivi*, p. 590: «international courts operate in a legal system that is notably lacking in many respects. Among other things, the absence of an international law-maker and an international court with compulsory universal jurisdiction entails that many rules are not clear, particularly when they are of customary origin, (...) hence the need for courts to gradually spell out the contents of those rules».

⁵ A. CASSESE, *Diritto internazionale*, II ed., Bologna, 2006, p. 296-297: «Gli Stati interessati non hanno mai sollevato obiezioni (...), tanto che si potrebbe affermare che essi abbiano accettato il ruolo normativo talvolta svolto dalla CIG». Si vedano anche, ad esempio, G. BARILE, *La rilevanza e l'integrazione del diritto internazionale non scritto e la libertà di apprezzamento del giudice*, Milano, 1953, p. 71; P. BENVENUTI, *Principi generali del diritto, giurisdizionali internazionali e mutamenti sociali nella vita di relazione internazionale*, in *Studi di diritto internazionale in onore di Gaetano Arangio-Ruiz*, Napoli, 2004, p. 295 ss.

⁶ A. CASSESE, *The ICTY*, cit., p. 590: «in the area of international criminal law (...) a set of judicial findings plus some appropriate *obiter dicta* on a few important legal side-issues may contribute to the

Pertanto, ove il caso da decidere non sia disciplinato da una norma consuetudinaria (intesa, in senso stretto, come ricavata sulla base della prassi statale e dell'*opinio juris*) o pattizia, il giudice internazionale dovrebbe in ogni caso rilevare la regola risolutiva, non potendo pronunciare un *non liquet*. E tra gli strumenti di cui il giudice dispone per adempiere a tale funzione Cassese annoverava – accanto ai metodi alternativi di rilevazione del diritto consuetudinario, fondati sulla prevalenza dell'*opinio juris*⁷, e ai principi generali riconosciuti *in foro domestico*⁸ – i *principi generali del diritto internazionale*⁹. Tali principi svolgono un'importante funzione di ausilio interpretativo, ma consentono anche, sulla base di un bilanciamento¹⁰, di individuare la regola risolutiva del caso nell'ipotesi in cui quest'ultimo non sia chiaramente sussumibile in consuetudini o norme pattizie¹¹. Tale tecnica viene, da alcuni, criticata poiché ritenuta impropriamente volta all'esercizio, da parte del giudice, di un potere «legislativo»

determination of applicable customary international law rules and principles, as well as to the proper construction of treaties other written international rules»; Tribunale penale internazionale per l'ex Jugoslavia, Camera di prima istanza, sentenza del 14 gennaio 2000, *Prosecutor v. Zoran Kupreškić et al*, par. 740: «international criminal rules are still in a rudimentary state. They need to be elaborated and rendered more specific either by international law-making or by international case law so as to give rise to general rules».

⁷ A. CASSESE, *The Martens Clause: Half a Loaf or Simply Pie in the Sky?*, in *European Journal of International Law*, 2000, p. 187 ss., p. 188-89; A. CASSESE, *International Law*, II edizione, Oxford, 2005, p. 160; Tribunale penale internazionale per l'ex Jugoslavia, *Kupreškić*, cit., par. 527; M. FRULLI, *The Contribution of International Criminal Tribunals to the Development of International Law: The Prominence of Opinio Juris and the Moralization of Customary Law*, in *The Law and Practice of International Courts and Tribunals*, 2015, p. 80 ss.; v. il contributo di Mauri in questo numero.

⁸ L. GRADONI, *L'exploitation des principes généraux de droit dans la jurisprudence des tribunaux pénaux internationaux*, in E. FRONZA, S. MANACORDA (a cura di.), *La justice pénale internationale dans les décisions des Tribunaux pénaux internationaux ad hoc: Études des Law Clinics en droit international*, Milano, 2003, p. 10 ss.

⁹ A. CASSESE, P. GAETA, *Cassese's International Criminal Law*, Oxford, 2008, p. 9; Tribunale penale internazionale per l'ex Jugoslavia, *Kupreškić*, cit., par. 667.

¹⁰ Per una ricostruzione del ruolo del bilanciamento nella giurisprudenza di altri tribunali internazionali, si vedano P. DE SENA, L. ACCONCIAMESSA, *Balancing Test*, in H. RUIZ-FABRI (a cura di), *Max Planck Encyclopedia of International Procedural Law*, Oxford, 2021; L. GRADONI, *Consuetudine internazionale e caso inconsueto*, in *Rivista di diritto internazionale*, 2012, p. 704 ss.; sui tribunali penali internazionali, T. RAUTER, *Judicial Practice, Customary International Criminal Law and Nullum Crimen Sine Lege*, Salzburg, 2017, p. 145 ss.

¹¹ A. CASSESE, *International Law*, II ed., Oxford, 2005, p. 67. Nel suo manuale, dopo aver spiegato il metodo di accertamento dei principi generali del diritto internazionale, basato su un procedimento di astrazione e generalizzazione a partire dalle rilevanti regole di diritto internazionale consuetudinario e pattizio, e dopo aver sostenuto che tra questi ultimi si pone anche il principio di umanità, Cassese fa riferimento al bilanciamento come metodo di applicazione degli stessi: «For example, the question of whether States can intervene to prompt a third State to discontinue alleged violations of human rights can only be settled in the light, and on the combined strength, of the two principles, which – taken together – can provide a correct solution to the question in the specific cases».

o «normativo», che ovviamente non gli compete¹². Tuttavia, nel pensiero di Cassese emerge come egli considerasse il bilanciamento come una tecnica volta non a produrre nuovo diritto, bensì a *rilevare* e *reperire* il diritto nella coscienza della comunità internazionale. Ed infatti, la rilevanza che egli attribuiva al principio di legalità e alla necessità che i tribunali internazionali si limitassero ad applicare la *lex lata*¹³ conferma come, a suo parere, il bilanciamento (cui ha fatto diverse volte ricorso in pronunce che costituiscono notoriamente il frutto della sua penna) sia una tecnica di «accertamento» e non di «creazione» del diritto¹⁴.

Come si vedrà, con riferimento alla struttura analitica il bilanciamento realizzato da parte dei tribunali penali internazionali non differisce da quello svolto da altri tribunali internazionali, tra cui, in particolare, quelli in materia di tutela dei diritti umani. In via di estrema semplificazione, vengono individuati i principi o interessi che si contrappongono nel caso concreto (che, in quanto protetti dall'ordinamento, costituiscono scopi legittimi ai sensi del medesimo), e la direzione verso cui essi tendono alla luce delle circostanze del caso (test di adeguatezza). In secondo luogo, si valuta la soluzione che leda nel minor grado possibile l'interesse tutelato dal principio di ipotesi soccombente (test di necessità). In terzo luogo, si individua la soluzione che, tutelando nel maggior grado possibile l'interesse prevalente, non comprometta in ogni caso eccessivamente l'interesse protetto dal principio soccombente (test di

¹² C. FOCARELLI, *Diritto internazionale*, Padova, 2019: «se i valori non coincidono con le norme, ma le norme si ispirano sempre ad un valore, ne consegue che non solo una norma non può essere ricavata deduttivamente dal valore protetto, ma neanche che essa possa essere ricavata da un certo bilanciamento tra valori in conflitto».

¹³ TPIJ, Camera d'appello, sentenza del 7 ottobre 1997, *Prosecutor v. Dražen Erdemović*, Opinione dissenziente e separata del giudice Cassese, par. 48: «to uphold in this area the concept of recourse to policy-directed choice is tantamount to running foul of the customary principle *nullum crimen sine lege*. An international court must apply *lex lata*, that is to say, the existing rules of international law as they are created through the sources of the international legal system. If it has instead recourse to policy considerations or moral principles, it acts *ultra vires*». Si veda anche TPIJ, Camera di prima istanza, sentenza del 15 marzo 2002, *Prosecutor v. Krnojelac*, par. 186, che afferma che il principio di legalità è volto anche a prevenire «a court from creating new law or from interpreting existing law beyond the reasonable limits of acceptable clarification».

¹⁴ TPIJ, *Kupreškić*, cit., par. 667: «In this search for and examination of the relevant legal standards, and the consequent enunciation of the principles applicable at the international level, the Trial Chamber might be deemed to set out a sort of *ius praetorium*. However, its powers in *finding the law* are of course far more limited than those belonging to the Roman *praetor*: under the International Tribunal's Statute, the Trial Chamber must apply *lex lata* i.e. existing law, although it had broad powers in determining such law»; Tribunale speciale per il Libano, decisione sul diritto applicabile del 16 febbraio 2011, *Ayyash*, par. 24: «This operation must of course be undertaken by way of construction and without the judges arrogating to themselves the role of lawmakers beyond that inherent in interpretation».

proporzionalità in senso stretto). Tuttavia, le peculiarità di tale settore normativo del diritto internazionale, e delle parti dello stesso giudizio, si manifestano negli interessi che vengono in rilievo nel giudizio, e che vengono bilanciati tra loro. Solitamente gli interessi che vengono bilanciati dai tribunali penali internazionali sono quelli protetti dalle rispettive sovranità degli Stati parte della controversia (nel contenzioso interstatale) oppure, da un lato, la sovranità statale e, dall'altro, altri interessi tutelati dall'ordinamento (come la dignità umana). Nell'ambito del diritto internazionale penale, invece, il bilanciamento consente di rilevare, interpretare e applicare il diritto sulla base della risoluzione del conflitto tra, da un lato, il *principio di dignità umana* – che tende verso la punizione dei responsabili dei più gravi crimini internazionali – e, dall'altro, il *principio di legalità*¹⁵ – che vieta l'applicazione retroattiva del diritto penale e una pronuncia di condanna sulla base di una norma che non fosse esistente, prevedibile e accessibile al momento della commissione del fatto¹⁶. Emerge allora come nella giurisprudenza dei tribunali penali internazionali vengono a scontrarsi tra loro anche esigenze di *effettività*, che propendono verso la punizione dei colpevoli, con quelle di *legittimazione* del tribunale, che a sua volta si fonda tanto sul rispetto della sovranità degli Stati (tramite la corretta rilevazione del diritto applicabile) che sul rispetto dei diritti fondamentali degli imputati¹⁷.

¹⁵ A. CASSESE, *Crimes Against Humanity*, in A. CASSESE, P. GAETA, J.R.W.D. JONES (eds.), *The Rome Statute of the International Criminal Court: A Commentary*, Oxford, 2002, p. 380 ss., p. 354-55. All'epoca del processo di Norimberga tale principio è stato considerato come una «moral maxim destined to yield to superior exigencies whenever it would have been contrary to justice not to hold persons accountable for appalling atrocities». Si veda M.C. BASSIOUNI e P. MANIKAS, *The Law of the International Criminal Tribunal for the Former Yugoslavia*, New York, 1996, p. 265: «The principles of legality in international law are necessarily *sui generis*: they must balance the needs of justice for the world community and fairness of the accused in the context of the Rule of Law».

¹⁶ Si veda, con riferimento a una pronuncia della Corte EDU in cui tale conflitto implicitamente emergeva in relazione all'interpretazione dell'art. 7 CEDU (*nullum crimen sine lege*), A. CASSESE, *Balancing the Prosecution against Crimes against Humanity and Non-Retroactive Criminal Law: The Kolk and Kislyiy v. Estonia Case before the ECHR*, in *Journal of International Criminal Justice*, 2005, p. 410 ss., p. 416-17, secondo cui il rapporto tra tali principi configura un «clash between two legal constructs», nell'ambito del quale «the need to make international values upholding human dignity (and the legal rules enshrining those values) prevail over diverging national legislation, tips the balance in favour of international law, to the detriment of the accessibility and foreseeability of criminal law». Si veda anche TPIJ, Camera di prima istanza, sentenza del 5 dicembre 2003, *Prosecutor v. Galić*, par. 93, secondo cui il principio di legalità «is meant to prevent the prosecution and punishment of a person for acts which were not reasonably, and with knowledge of the laws in force, believed by that person not to be criminal at the time of their commission».

¹⁷ S. ZAPPALÀ, *Judicial Activism v. Judicial Restraint in International Criminal Justice*, in A. CASSESE, *The Oxford Companion to International Criminal Justice*, Oxford, 2009, p. 216 ss., p. 217, secondo cui il compito di tali organi è comprendere «how a balance can be found between *effectiveness* (in the pursuit of

Fatte queste premesse, un'ultima precisazione si rende necessaria. A dieci anni dalla scomparsa di Cassese, l'editoriale in cui si inserisce il presente contributo intende mettere in luce alcuni tra i tanti apporti che lo stesso ha dato allo sviluppo del diritto internazionale penale e, più in generale, del diritto internazionale. La tecnica del bilanciamento è un aspetto ancora piuttosto esplorato di tale eredità. In questo breve scritto si tenterà, pertanto, di sottolineare la rilevanza che detta tecnica ha avuto in alcune pronunce storiche dei tribunali penali internazionali, le quali, a loro volta, hanno influenzato il successivo sviluppo del diritto internazionale penale. Si tenterà poi di capire quale possa essere il ruolo di tale tecnica nell'ambito del diritto internazionale, penale ma anche generale, contemporaneo.

2. Il bilanciamento nella giurisprudenza dei tribunali penali internazionali

Alla luce di quanto detto sopra, è vero che il principio di legalità in materia penale, anche nel diritto internazionale, non può essere considerato come una mera massima di «substantive justice», dovendo essere inteso in termini di «strict legality»¹⁸. Come è stato rilevato, di conseguenza esso «serves [as] a restraint on the tribunals' ability to be “progressive” in their contributions to the development of customary humanitarian law»¹⁹. Secondo parte della dottrina, da ciò deriverebbe necessariamente che un tribunale penale internazionale sia «obliged to use only the most conservative positivist methodology in finding the

the object and purpose of the system: i.e. to ensure that there is no space for impunity) and *legitimacy* (which demands or at least implies that international courts must not violate the fundamental rights of defendants, including the principle of legality) To a certain extent activism can be interpreted as a form of greater concern for effectiveness, while restraint could be viewed as the expression of greater concern for legitimacy»; N. JAIN, *Judicial Lawmaking and General Principles of Law in International Criminal Law*, in *Harvard International Law Journal*, 2016, p. 111 ss., p. 138: «While the principles of legality and state consent perform vital legitimating functions in international criminal law, the effectiveness of international criminal law in attaining the object of ending impunity is an equally important goal that must be weighed against these legitimacy concerns».

¹⁸ *Trial of the Major War Criminals before the International Military Tribunal*, Vol. 1, Norimberga, 14 novembre 1945-1 ottobre 1946, p. 223.

¹⁹ T. MERON, *Revival of Customary Humanitarian Law*, in *American Journal of International Law*, 2006, p. 817 ss., p. 831. Si veda anche Nazioni Unite, *Report of the Secretary-General Pursuant to Paragraph 2 of Security Council Resolution 808 (1993)*, UN Doc. S/25704, 3 maggio 1993, par. 34: «the application of the principle *nullum crimen sine lege* requires that the international tribunal should apply rules of international law which are beyond any doubt part of customary law so that the problem of adherence of some but not all States to specific conventions does not arise».

applicable law»²⁰. Tuttavia, ciò non ha impedito agli stessi di fare ricorso alla tecnica del bilanciamento tra principi²¹, senza allo stesso tempo compromettere l'essenza del principio di legalità.

Pertanto, nel prosieguo si esamineranno, a titolo meramente esemplificativo, delle storiche pronunce in cui il bilanciamento è stato utilizzato allo scopo di *rilevare* (1) norme sostanziali non scritte e (2) norme procedurali non scritte, nonché per (3) *interpretare* il diritto applicabile. È emblematico notare come in tutte le pronunce esaminate Cassese fosse il Presidente del collegio.

2.1. La rilevazione di norme sostanziali non scritte

La nota pronuncia *Tadić* del 1995 deve essere menzionata in apertura. Pur non facendo espressamente ricorso alla tecnica del bilanciamento, essa pone il necessario presupposto per il medesimo, ovvero il riconoscimento del ruolo del *principio di dignità umana* nella rilevazione del diritto applicabile²². Ed infatti, pur prendendo atto della circostanza per cui, in passato, i conflitti armati interni fossero disciplinati quasi esclusivamente dal diritto interno, il Tribunale penale internazionale per l'ex Jugoslavia ha ritenuto che

this dichotomy was clearly sovereign-oriented and reflected the traditional configuration of the international community, based on the coexistence of sovereign States more inclined to look after their own interests than community concerns of humanitarian demands. (...) the impetuous development and propagation in the international community of human rights doctrine, particularly after the adoption of the UDHR in

²⁰ T. HOFFMANN, *The Gentle Humanizer of Humanitarian Law – Antonio Cassese and the Creation of the Customary Law of Non-International Armed Conflict*, in C. STAHN, L. VAN DEN HERIK (a cura di), *Future Perspectives in International Criminal Justice*, Leiden, 2010, p. 58 ss., p. 68.

²¹ E. CANNIZZARO, *Customary International Law on the Use of Force: Inductive Approach v. Value-Oriented Approach*, in E. CANNIZZARO, P. PALCHETTI (a cura di), *Customary International Law on the Use of Force. A Methodological Approach*, Leiden–Boston, 2005, Martinus Nijhoff, p. 245 ss., p. 248, secondo cui il bilanciamento sarebbe «a positivist methodology of determining customary international law».

²² Si veda anche Tribunale speciale per il Libano, *Ayyash*, cit., par. 29: «The principle *in dubio mitius* is emblematic of the old international community, which consisted only of sovereign states, where individuals did not play any role and there did not yet exist intergovernmental organizations such as the United Nations tasked to safeguard such universal values as peace, human rights, self-determination of peoples and justice. (...) Today the interests of the world community tend to prevail over those of individual sovereign states; universal values take pride of place restraining reciprocity and bilateralism in international dealings; and the doctrine of human rights has acquired paramouncy throughout the world community».

1948, has brought about significant changes in international law (...). A State-sovereignty-oriented approach had been gradually supplanted by a human-being oriented approach.²³

Nel rilevare alcune regole disciplinanti i conflitti armati interni, il Tribunale ha adottato un approccio valoriale²⁴. E nel verificare se esistesse una regola secondo cui dalla grave violazione delle regole che disciplinano i conflitti interni derivi la responsabilità penale internazionale dell'individuo il Tribunale, dopo verificato solo alcuni esempi di prassi e, principalmente, *opinio juris*, ha concluso che tale conclusione «is also fully warranted from the point of view of *justice and equity*»²⁵.

Il bilanciamento è stato poi espressamente utilizzato nella pronuncia *Furundzija*. Data l'assenza di consenso, tra i principi riconosciuti dalla comunità degli Stati, in merito al se la condotta della penetrazione orale forzata dovesse inquadrarsi nell'ambito della fattispecie di stupro, oppure di una figura minore di reato sessuale, il Tribunale ha ritenuto di dover fare riferimento ai *principi generali del diritto internazionale*²⁶. Sulla base del bilanciamento tra i principi rilevanti, realizzato secondo la struttura analitica che lo caratterizza nella giurisprudenza dei giudici interni²⁷, ha rilevato la regola sostanziale del caso e, dunque, la norma contenente gli elementi essenziali dello stupro come elemento di un crimine di guerra o contro l'umanità.

Innanzitutto, ha individuato i *principi in conflitto* e la *direzione* cui i medesimi, in relazione al caso, tendevano. Da un lato, vi era il *principio di dignità umana*²⁸, volto alla protezione dell'individuo da attacchi umilianti nei confronti della propria

²³ TPIJ, Camera d'appello, decisione del 2 ottobre 1995, *Prosecutor v. Dusko Tadić a/k/a 'DULE'*, par. 96-97.

²⁴ *Ivi*, par. 129: «[p]rinciples and rules of humanitarian law reflect “elementary considerations of humanity” widely recognized as the mandatory minimum for conduct in armed conflict. No one can doubt of the gravity of the acts at issue, nor the interest of the international community in their prohibition».

²⁵ *Ivi*, par. 135.

²⁶ TPIJ, Camera di prima istanza, *Prosecutor v. Anto Furundzija*, IT-95-17/1, sentenza del 10 dicembre 1998, par. 182.

²⁷ R. ALEXY, *A Theory of Constitutional Rights*, Oxford, 2002 (I ed., in tedesco, 1986).

²⁸ TPIJ, *Furundzija*, cit., par. 183. Definito come principio generale del diritto internazionale, è stato ricavato sulla base di un procedimento di astrazione e generalizzazione da norme consuetudinarie e pattizie: «the forced penetration of the mouth by the male sexual organ constitutes a most humiliating and degrading attack upon human dignity. The essence of the whole corpus of international humanitarian law as well as human rights law lies in the protection of human dignity of every person, whatever his or her gender. The general principle of respect for human dignity is the basic underpinning and indeed the very *raison d'être* of international humanitarian law and human rights law; indeed in modern times it has become of such paramount importance as to permeate the whole body of international law. This principle is intended to shield human beings from outrages upon their personal dignity».

persona. A detta del Tribunale, «[i]t is consonant with this principle that such an extremely serious sexual outrage (...) should be classified as rape»²⁹. Dall'altro lato si poneva il *principio di legalità penale*, che ha lo scopo di prevenire una condanna arbitraria dell'imputato. Individuati i principi e chiarito che la qualificazione della penetrazione orale come stupro è funzionale alla tutela della dignità umana (secondo quello che, nella teoria del bilanciamento, si definisce *test di adeguatezza*), il Tribunale ha realizzato il *test della necessità*, o del grado minimo di incidenza sull'interesse sacrificato. Ha sottolineato, infatti, come la lesione del principio *nullum crimen sine lege* sarebbe stata minima, posto che la condotta realizzata era, in ogni caso, criminalizzata come reato sessuale minore³⁰. Infine, ha proceduto a un *bilanciamento* tra i principi confliggenti (*test di proporzionalità in senso stretto*), alla luce delle circostanze del caso. In particolare, ha osservato che alla grave violazione della dignità umana corrispondeva una minima lesione dal principio di legalità, anche in quanto la diversa qualificazione non avrebbe aggravato la sanzione³¹. L'unico pregiudizio che ne sarebbe derivato per l'imputato sarebbe stato il più grave stigma annesso alla condotta ma, a detta del Tribunale, «any such concern is *amply outweighed* by the fundamental principle of protecting human dignity (...) which favors broadening the definition of rape»³².

2.2. La rilevazione di norme procedurali non scritte

Il Tribunale per l'ex Jugoslavia ha fatto ricorso al bilanciamento anche per colmare lacune nel proprio diritto procedurale. Nel caso *Kupreskić* la questione controversa era l'ammissibilità o meno della «cumulation of offences» – stabilire se la medesima condotta commessa nei confronti delle stesse vittime potesse simultaneamente integrare diversi crimini –, e della «cumulation of charges» – consistente nell'inserimento di capi di imputazione alternativi o cumulativi nella

²⁹ *Ivi*, par. 183.

³⁰ *Ivi*, par. 184: «the Trial Chamber is of the opinion that it is not contrary to the general principle of *nullum crimen sine lege* to charge an accused with forcible oral sex as rape when in some national jurisdiction, including his own, he could only be charged with sexual assault».

³¹ *Ibidem*: «in prosecutions before the Tribunal forced oral sex is invariably an aggravated sexual assault, as it is committed in time of armed conflict on defenseless civilians; hence, it is not simple sexual assault but sexual assault as a war crime or crime against humanity. Therefore so long as an accused, who is convicted of rape for acts of forcible oral penetration, is sentenced on the factual basis of coercive oral sex (...) then he is not adversely affected by the categorization of forced oral sex as rape rather than as sexual assault».

³² *Ibidem*. Enfasi aggiunta.

richiesta di rinvio a giudizio. Il Tribunale ha riconosciuto che, trattandosi di una questione nuova e non espressamente disciplinata, era necessario fare riferimento ai principi generali del diritto internazionale penale o, in mancanza, ai principi generali comuni ai principali sistemi giuridici³³.

Avendo stabilito che, dal punto di vista sostanziale, vi sono condotte che possono contestualmente integrare più illeciti³⁴, il Tribunale ha dovuto chiarire se il Procuratore «may present cumulative charges for the same act»³⁵. E vista l'esistenza di una lacuna³⁶, ha fatto ricorso alla tecnica del bilanciamento, posto che ha affermato che «the issue must be settled in the light of two basic but seemingly conflicting requirements»³⁷. Anche in questo caso, ha individuato i principi e gli scopi da essi perseguiti, ovvero l'interesse alla *difesa dei diritti dell'accusato*, da un lato, e l'interesse alla *corretta amministrazione della giustizia*, dall'altro lato³⁸. Ha quindi determinato in che direzione propendessero nel caso concreto: se il primo imponeva che l'imputato fosse compiutamente e prontamente informato delle accuse a suo carico³⁹, il secondo richiedeva che mere questioni tecniche relative alla formulazione del capo di imputazione non intralciassero l'operato del Procuratore⁴⁰. Sulla base di ciò, il Tribunale ha individuato delle specifiche regole che garantissero che il sacrificio dei due interessi fosse limitato al minor grado possibile.

L'ulteriore questione riguardava l'eventualità di una errata qualificazione dei fatti nel capo di imputazione formulato dal Procuratore: anche rispetto a tale aspetto il Tribunale ha rilevato una lacuna⁴¹ e, dunque, ha ritenuto di dover procedere «to look for a general principle of law consonant with the fundamental features and

³³ TPIJ, Camera di prima istanza, *Prosecutor v. Zoran Kuprešić et al*, sentenza del 14 gennaio 2000, par. 669.

³⁴ Ad esempio, l'omicidio di una famiglia realizzato di fronte a un membro della stessa, che integra contestualmente la fattispecie di omicidio e quella di atti disumani. Ciò sulla base dei criteri ritenuti condivisi dagli ordinamenti giuridici interni, ossia quelli basati sulla «specialità» della fattispecie e quello fondato sul «valore protetto» dalla norma incriminatrice.

³⁵ *Ivi*, par. 720.

³⁶ *Ivi*, par. 722: «[n]either the Statute nor the Rules establish how the charges must be brought by the Prosecutor».

³⁷ *Ivi*, par. 724.

³⁸ *Ibidem*.

³⁹ *Ivi*, par. 725: «The former requirement demands (...) that the accused is entitled to know the specifics of the charges against him, namely the facts of which he is accused and the legal classification of these facts».

⁴⁰ *Ivi*, par. 726: «The efficient fulfilment of the Prosecution's mission favors a system that is not hidebound by formal requirements of pleading in the indictment».

⁴¹ *Ivi*, parr. 728, 738.

the basic requirements of international criminal justice»⁴². E anche in questo caso ha proceduto a individuare le direzioni cui i principi e gli interessi sopra menzionati tendessero. Da un lato, ha ritenuto che attribuirsi il potere di procedere discrezionalmente alla riqualificazione dei fatti avrebbe leso in maniera eccessiva il diritto dell'imputato alla difesa⁴³; dall'altro, ha riconosciuto che l'interesse alla corretta amministrazione della giustizia escludesse che un mero errore nell'imputazione potesse impedire lo svolgimento del giudizio, a condizione (e qui emerge il test di necessità), che non avesse impedito l'esercizio del diritto di difesa⁴⁴. Posta l'assenza di una chiara regola, la soluzione della questione doveva basarsi su «a careful balancing of the two aforementioned requirements»⁴⁵, il quale imponeva una serie di conclusioni (di regole precise individuate dal Tribunale) idonee a garantire che alcuno degli interessi rilevanti fosse eccessivamente sacrificato.

2.3. L'interpretazione del diritto applicabile e la soluzione di conflitti normativi

Un'ulteriore funzione svolta dal bilanciamento nella giurisprudenza dei tribunali penali internazionali riguarda l'interpretazione del diritto e la soluzione di eventuali conflitti normativi. Un esempio è rinvenibile nella pronuncia sul diritto applicabile resa dal Tribunale speciale per il Libano (un tribunale misto, anch'esso presieduto in quel momento da Cassese) nel caso *Ayyash*. Il Procuratore proponeva un approccio estensivo secondo cui il Tribunale avrebbe potuto colmare eventuali lacune nel diritto applicabile facendo riferimento a regole e principi di diritto internazionale⁴⁶, mentre la difesa invocava il divieto di interpretazione estensiva e di analogia in materia penale, nonché il principio di diritto internazionale *in dubio mitius*, secondo cui le restrizioni della sovranità statale non possono essere presunte⁴⁷. Il Tribunale ha riconosciuto come le diverse fonti del diritto applicabile dallo stesso proteggessero interessi diversi e non necessariamente in armonia tra loro. Ha quindi sottolineato come spetti al

⁴² *Ibidem*.

⁴³ *Ivi*, par. 740.

⁴⁴ *Ibidem*.

⁴⁵ *Ivi*, par. 742.

⁴⁶ Tribunale speciale per il Libano, *Ayyash*, cit., par. 17.

⁴⁷ *Ivi*, par. 18.

giudice procedere a un bilanciamento tra gli interessi tutelati dalle medesime, non potendo quest'ultimo in ogni caso pronunciare un *non liquet*:

Lawmakers, both national and international, may seek to protect and turn into legally binding standards interests and concerns that are conflicting (...). As a result, statutes and international treaties (...) not infrequently contain varying or diverging formulations of interests and concerns without amalgamating them and reducing them into a logically well-structured and coherent body of rules. Some concerns or demands may be reflected in one provision, while others, not necessarily reconcilable, may be articulated in other provisions. In some instances they may even be embedded in the same provision. Where provisions are inconsistent, the dominant provision must be identified. In all these cases as well as in other areas that H.L.A. Hart termed "penumbral situations", it falls to the interpreter as far as practicable to give consistency, homogeneity and due weighing to the different elements of a diverging or heterogeneous set of provisions. Judges are not permitted to resort to a *non liquet* (that is, to declare that it is impossible for them to reach a decision because the point at issue "is not clear" in default of any rule applicable to the case).⁴⁸

Nel determinare i principi da considerare nel risolvere tali *situazioni di penombra*⁴⁹, il Tribunale ha richiamato l'emersione dei diritti umani come valore che, nella comunità internazionale, si è affiancato al principio di sovranità⁵⁰. E accanto a questi, ha invocato una serie di altri principi, tra cui: il principio effettività, che richiede di preferire «an interpretation that best enables the Tribunal to achieve its goal to administer justice in a fair and efficient manner»; il principio del *favor rei*, che costituisce corollario del più generale principio dell'equo processo e secondo cui bisogna preferire «that interpretation which is more favourable to the rights of the suspect or the accused»; il principio di legalità, secondo cui è vietata l'applicazione retroattiva del diritto penale⁵¹. Il Tribunale ha, quindi, definito i generali criteri di interpretazione e rilevazione del diritto che, a detta del medesimo, devono tendere a bilanciare i principi che vengono in rilievo.

Oltre ad aver chiarito tale approccio generale, il caso *Ayyash* è rilevante in quanto in esso si è riproposta la questione, sopra esaminata, relativa alle condotte pluri-

⁴⁸ *Ivi*, par. 32.

⁴⁹ *Ivi*, par. 32: «[it] is therefore authorised to resort to these principles as a standard of construction when the Statute or the Lebanese Criminal code is unclear and when other rules of interpretation have not yielded satisfactory results».

⁵⁰ *Ivi*, par. 29: «Today the interests of the world community tend to prevail over those of individual sovereign states; universal values take pride of place restraining reciprocity and bilateralism in international dealings; and the doctrine of human rights has acquired paramountcy throughout the world community».

⁵¹ *Ibidem*.

offensive e possibilità di formulare capi di imputazione alternativi. Per risolverla, dopo aver richiamato che ciascuna parte (accusa, difesa e vittime) ha delle «responsabilità» nell'ambito del processo, il Tribunale ha affermato che «crucial to the specific discussion that follows is the *judicial obligation to balance* wisely and justify the competing responsibilities of the parties as well as the dictates of a trial that is both fair and expeditious»⁵². Il Tribunale ha ritenuto che tanto il diritto libanese quanto il diritto internazionale penale condividessero lo stesso approccio, il quale «has the advantage of (i) increasing the expeditiousness of the proceedings and (ii) avoiding unnecessary and heavy burdens on the defence in preparing and presenting its case»⁵³. Rispetto poi alla questione del se fosse *preferibile* la formulazione di capi di imputazione cumulativi o alternativi, ha affermato che «there is no clear, general rule under either Lebanese or international criminal law»: ciascuna ipotesi aveva, per il Tribunale, «strengths and weaknesses», in quanto l'imputazione cumulativa «can ensure that the full scope of the accused's conduct is properly punished, and in this sense, provide victims with the full justice they deserve» ma, allo stesso tempo, sarebbe dannosa per la speditezza del processo⁵⁴. In assenza di chiare regole, il Tribunale ha affermato che «we draw the following conclusions based on the underlying purposes of the Statute to ensure fair and efficient trials in accordance with the highest standards of justice»⁵⁵. Anche in questo caso, dunque, la soluzione è stata raggiunta sulla base del bilanciamento, definito come «obbligo» del giudice.

3. Quale spazio nel contemporaneo contesto storico, sociopolitico e normativo?

Quelli di cui sopra sono alcuni esempi in cui i tribunali penali internazionali (*ad hoc* o misti) hanno fatto ricorso alla tecnica del bilanciamento tra principi allo scopo di rilevare e interpretare il diritto. Viene però da chiedersi quale possa essere lo spazio per tale approccio nel diritto internazionale penale (ma anche generale) contemporaneo e, quindi, quale sia il ruolo del giudice internazionale nell'attuale, mutato, contesto storico, sociopolitico e normativo.

⁵² *Ivi*, par. 266. Enfasi aggiunta.

⁵³ *Ivi*, par. 271.

⁵⁴ *Ivi*, par. 295.

⁵⁵ *Ivi*, par. 297.

Vi sono, infatti, elementi per ritenere che quella dei tribunali penali *ad hoc* sia stata un'esperienza pressoché *unica e irripetibile*. L'apporto «creativo» della giurisprudenza era sostenuto dal forte consenso della comunità internazionale in merito alla necessità di punire i colpevoli⁵⁶ e dallo stato ancora rudimentario del diritto internazionale penale⁵⁷. Se le decisioni menzionate, e le regole rilevate da tali tribunali, hanno esercitato un'influenza determinante sul successivo sviluppo di detto settore dell'ordinamento internazionale, tale fenomeno si è successivamente arrestato per volontà degli Stati che, nello Statuto di Roma, vista l'estensione della giurisdizione della Corte penale internazionale (CPI), hanno inteso riaffermare il proprio ruolo esclusivo nella 'produzione' del diritto⁵⁸. Lo stesso Cassese, in un'intervista, aveva dichiarato che

[t]he draftsmen of the Rome Statute during negotiating process simply did not trust judges. I was told there was also this fear of the “Cassese approach”, namely judges overdoing it, becoming dangerous by, say, producing judgments that can be innovative.⁵⁹

Lo Statuto, infatti, definisce in modo dettagliato le fattispecie su cui la Corte ha giurisdizione, nonché il diritto applicabile, con la conseguenza con lo spazio lasciato alla «creatività» giudiziaria è ristretto. Ciò anche in quanto la CPI non ha competenza ad adottare le proprie regole procedurali; di conseguenza, essa è meno propensa a risolvere questioni procedurali sulla base della tecnica del bilanciamento⁶⁰. Il ricorso al bilanciamento, tuttavia, non è escluso *a priori*, posto

⁵⁶ T. HOFFMANN, *The Gentle Humanizer of Humanitarian Law – Antonio Cassese and the Creation of the Customary Law of Non-International Armed Conflict*, in L. VAN HERIK, C. STAHN (a cura di), *Future Perspectives on International Criminal Justice*, L'Aja, 2010, p. 58 ss., p. 74: «the decisions of the ICTY generally reflected the positions of the most powerful countries. Furthermore, the atrocious nature of the crimes committed rendered almost impossible any criticism»; T. RAUTER, *Judicial Practice, Customary International Criminal Law and Nullum Crimen Sine Lege*, cit., p. 117-118.

⁵⁷ S. ZAPPALÀ, *Judicial Activism v. Judicial Restraint*, cit., p. 218.

⁵⁸ T. HOFFMANN, *The Gentle Humanizer of Humanitarian Law*, cit., p. 77: «No doubt being concerned about the possibility of another burst of creative jurisprudence, the Rome Statute severely restricts judicial discretion».

⁵⁹ H. VERRIJN STUART, M. SIMONS, *The Judge: Interview with Antonio Cassese*, in H. VERRIJN STUART, M. SIMONS (a cura di), *The Prosecutor and the Judge. Benjamin Ferencz and Antonio Cassese – Interviews and Writings*, Utrecht, 2009, p. 47 ss.

⁶⁰ Ad esempio, CPI, decisione sull'istanza di riparazione del 18 maggio 2020, *Prosecutor v. Jean-Pierre Bemba Gombo*, par. 69: «(...) ten years is a significant amount of time to spend in custody, likely to result in personal suffering, which would trigger compensation in many national systems for violation of the fundamental fair trial right to be tried expeditiously. Whilst the statutory constraints [...] are such as to make it impossible for the Chamber to compensate this (...) [t]he Chamber finds it urgent for the States Parties to embark on a review of the Statute so as to consider addressing those limitations; until then, it will be the Court's own responsibility to be mindful of the expeditiousness

che l'art. 21, al par. 1, lett. b), consente l'applicazione di «principles and rules of international law», mentre al par. 3 dispone che «the application and interpretation of law pursuant to this article must be consistent with internationally recognized human rights». Ed infatti, in alcuni casi la Corte ha fatto implicitamente ricorso alla tecnica in oggetto⁶¹. Resta che, in generale, nel bilanciamento che a sua volta deve essere fatto tra esigenze di *effettività* (nella punizione dei colpevoli) e *legittimazione* del tribunale rispetto ai propri Stati membri (che si fonda anche sul rispetto della loro sovranità), quest'ultima esigenza tende a prevalere⁶². Queste circostanze fanno sì che, come è stato sostenuto, «it is very unlikely that there could ever come again a moment in history – at least in the field of international criminal law – when various factors are in such a constellation as to enable a similar accomplishment», con quest'ultimo intendendo un'attività estremamente innovativa della giurisprudenza⁶³.

È vero anche, però, che tale affermazione sembra essere smentita da fatti recentissimi. Una situazione di fortissimo consenso della comunità internazionale si è riprodotta nuovamente, a partire dal 24 febbraio 2022, a seguito

of the proceedings as a fundamental tenet of the right to a fair trial and to streamline its own proceedings accordingly». Si compari il caso con la giurisprudenza del Tribunale internazionale penale per il Ruanda, che ha ricavato un diritto alla riparazione a favore dell'imputato dai principi dell'equo processo (*ex multis*, TPIR, Camera d'appello, decisione del 31 marzo 2000, *Prosecutor v. Berayagwiza*, par. 75).

⁶¹ CPI, Camera di prima istanza, decisione sulla richiesta di emissione di un mandato di arresto del 4 marzo 2009, *Prosecutor v. Omar Hassan Ahmad Al-Bashir*, par. 40 ss. Mentre con la ratifica dello Statuto gli Stati rinunciano espressamente all'immunità dei propri organi, il problema era capire come tale questione dovesse essere risolta rispetto a uno Stato non Parte, posto che i crimini commessi in Darfur erano stati oggetto di *referral* da parte del Consiglio di sicurezza. La Corte, sulla base di quattro considerazioni volte a bilanciare i valori rilevanti, ha concluso che «the current position of Omar Al Bashir as Head of a State which is not a Party to the Statute [Sudan], has no effect on the Court's jurisdiction» (par. 41). In primo luogo, ha individuato il principio fondamentale che sorregge la propria attività, ossia l'esigenza di punizione dei colpevoli dei più gravi crimini internazionali (par. 42). In secondo luogo, ha osservato che i par. 1 e 2 dell'art. 27 dello Statuto, in tema di irrilevanza della *official capacity* e dell'immunità degli organi statali, costituiscono un mezzo per raggiungere tale scopo (par. 43). Prendendo atto dell'inapplicabilità di tali disposizioni al caso in esame, la Corte ha sottolineato che essa può fare applicazione dei principi generali del diritto internazionale in caso di lacune (par. 44). In quarto luogo, la Camera ha fatto riferimento alla volontà del Consiglio di sicurezza nel perseguire i crimini in oggetto (par. 45). Ne è derivato che la Corte ha rilevato una regola dal contenuto analogo a quella sancita nelle disposizioni menzionate, applicabile tuttavia anche rispetto a organi di Stati non Parte.

⁶² S. ZAPPALÀ, *Judicial Activism v. Judicial Restraint in International Criminal Justice*, cit., p. 217: «To a certain extent activism can be interpreted as a form of greater concern for effectiveness, while restraint could be viewed as the expression of greater concern for legitimacy»; N. JAIN, *Judicial Lawmaking and General Principles of Law in International Criminal Law*, cit., p. 138.

⁶³ T. HOFFMANN, *The Gentle Humanizer of Humanitarian Law – Antonio Cassese and the Creation of the Customary Law of Non-International Armed Conflict*, cit., p. 22.

dell'invasione dell'Ucraina da parte della Federazione Russa. E una rinnovata legittimazione, questa volta della CIG, ha indotto la medesima (notoriamente strettamente «positivista») ad adottare un approccio particolarmente creativo nella fase delle misure provvisorie⁶⁴.

In ogni caso, vi sono dei punti che restano fermi e che costituiscono anche l'eredità dei tribunali penali internazionali *ad hoc*, e del pensiero di Cassese che li ha guidati. La pronuncia *Furundzija*, nel passaggio che ha riconosciuto la *rilevanza del principio di umanità*, è stata di recente menzionata nei lavori della Commissione del diritto internazionale sui principi generali del diritto⁶⁵. Allo stesso tempo, la Commissione ha preso atto del metodo di accertamento dei principi generali del diritto internazionale, come fondato sull'astrazione e generalizzazione alla luce di regole di diritto consuetudinario e pattizio, come affermato nelle pronunce sopra menzionate⁶⁶. Tuttavia, non essendosi ancora pronunciata sulla funzione che tali principi, non è chiaro se la Commissione riconoscerà il ruolo che gli svolgono nell'ambito dell'argomentazione giudiziaria, allo scopo di rilevare il diritto applicabile. Alcune ragioni forse militano contro questa eventualità: i lavori della Commissione si stanno concentrando sui principi come fonte del diritto e non come tecnica argomentativa. Inoltre, è stato sostenuto da alcuni che non sarebbe opportuno desumere conclusioni di carattere generale dalla giurisprudenza dei tribunali internazionali⁶⁷. Tuttavia, il ricorso al bilanciamento come tecnica di rilevazione e interpretazione del diritto non è propria solo dei tribunali penali internazionali, e sembra oggi acquisire una rilevanza sempre maggiore nella giurisprudenza di alcuni giudici internazionali⁶⁸.

⁶⁴ CIG, ordinanza del 16 marzo 2022, *Allegations of Genocide under the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide (Ukraine v. Russian Federation)*.

⁶⁵ Commissione del diritto internazionale, *First report on general principles of law*, UN Doc. A/CN.4/732 del 5 aprile 2019, par. 245.

⁶⁶ Commissione del diritto internazionale, *Second report on general principles of law*, UN Doc. A/CN.4/741 del 9 aprile 2020, par. 145.

⁶⁷ Il rappresentante degli Stati Uniti ha sostenuto davanti al Sesto comitato dell'Assemblea generale (76esima sessione, novembre 2021), con riferimento ai lavori in tema di principi generali, che «international criminal law is often *sui generis* and caution must be taken when extrapolating from it to other areas of international law or international law generally».

⁶⁸ Si veda ancora P. DE SENA, L. ACCONCIAMESSA, *Balancing Test*, cit. Ma si consideri anche la rilevanza sempre maggiore che tale tecnica ha acquisito, ad esempio, nel settore degli investimenti (F. BEATENS, *Protecting Foreign Investment and Public Health Through Arbitral Balancing and Treaty Design*, in *International and Comparative Law Quarterly*, 2022, p. 139 ss.) ma anche nella giurisprudenza della stessa CIG (D. RUSSO, *The Use of Proportionality in the Recent Case-Law of the ICJ*, in *University of Oslo Faculty of Law Legal Studies Research Paper Series*, n. 2015-15). Si veda anche U. LINDERFALCK, E. GILL-PEDRO (a cura di), *Revisiting Proportionality in International and European Law: Interests and Interests-Holders*, Leiden-Boston, 2021.

SEZIONE IX
Cinema e diritto internazionale

Cineforum *non conveniens*

Quale diritto internazionale cercare nel cinema e quale no

LORENZO GRADONI*

SOMMARIO: 1. Il problema. – 2. Stacco. – 3. *Binge-watching* con *fast-forward*. – 4. *Favor allegoriae*. – 5. Cineforum. – 6. Attraverso lo specchio. – 7. Culla del diritto internazionale. – 8. Processo nel processo. – 9. Impero. – 10. «Holes of Hope». – 11. Fuoricampo.

ABSTRACT: Questo breve scritto si interroga sugli accorgimenti metodologici che dovrebbero presiedere all'incontro, necessariamente interdisciplinare, tra cultori del diritto internazionale e materiale cinematografico, a scopi non didattici ma di ricerca. Spiega perché tale incontro non ha sin qui prodotto risultati appaganti; quindi propone quattro massime (attenzione al dettaglio, approccio idiografico, serendipità e presunzione di antirealismo) che potrebbero aprire altre e più proficue piste d'indagine. Infine, applica tale metodologia all'analisi del film-documentario *Broken: A Palestinian Journey Through International Law* (2018) di Mohammed Alatar.

PAROLE CHIAVE: Cinema e diritto – Interdisciplinarietà – Semiotica – Corte internazionale di giustizia – Conflitto israelo-palestinese – Diritto e religione.

1. Il problema

La congiunzione di cinema e diritto internazionale – scopo del Gruppo di interesse SIDI che oggi ufficialmente si inaugura – solleva un problema metodologico che vorrei esaminare. Non parlerò dell'uso del cinema a scopi didattici, che è senza dubbio un modo intelligente di introdurre allo studio del diritto internazionale.

* Lorenzo Gradoni, Senior Research Fellow, Max Planck Institute Luxembourg for Procedural Law, lorenzo.gradoni@mpi.lu. Una versione abbreviata di questo testo è stata letta il 30 novembre 2020 in occasione dell'incontro inaugurale del gruppo di interesse «Cinema e diritto internazionale» della Società italiana di Diritto internazionale e di Diritto dell'Unione europea, durante il quale è stato proiettato il film-documentario *Broken: A Palestinian Journey Through International Law* (2018) di Mohammed Alatar. Ancora grazie a Micaela Frulli e Chiara Vitucci per l'invito a riflettere sul tema.

Questa considerazione, però, non si applica a chi è già “introdotto”, non ci riguarda in quanto ricercatori: se la cinematografia è utile come ausilio didattico, non è detto che funzioni anche come materiale per la ricerca. Il manifesto del Gruppo di interesse pone l’accento sulla didattica¹, è vero, ma ciò non impedisce di domandarsi se ha senso fare ricerca su «cinema e diritto internazionale». Penso anzi che sia indispensabile chiederselo.

L’idea stessa di costituire il Gruppo di interesse ha senso, secondo me, solo se è ragionevole credere che il cinema possa dirci qualcosa di interessante sul diritto internazionale. Dirlo a noi, non agli studenti. Se, invece, si vuole praticare una cinefilia a soli scopi didattici, allora forse sarebbe meglio farlo nell’ambito di un gruppo dedicato all’insegnamento del diritto internazionale.

La domanda cruciale, allora, è: può il cinema aiutarci a scoprire qualcosa sul diritto internazionale? A prima vista, no. Perché il cinema – che di diritto internazionale si occupa di rado e non necessariamente in modo competente – è per definizione in svantaggio rispetto alle nostre abituali fonti di cognizione: risoluzioni e sentenze, la nostra straripante produzione scientifica o, per riferirsi all’ambito del filmico, lo streaming di una riunione del Consiglio di sicurezza o di un’udienza davanti alla Corte internazionale di giustizia.

L’impresa che il Gruppo promuove richiede insomma una giustificazione e mi pare che nella letteratura esistente, non molta sin qui, questa giustificazione manchi. Manca, cioè, una riflessione convincente sul metodo. Qui proverò ad abbozzarne una, dapprima in forma polemica, quindi in termini costruttivi. Dopo-diché, applicando il metodo proposto, esaminerò il film proiettato stasera, *Broken* di Mohammed Alatar.

Il bersaglio principale della mia polemica – in positivo: il protagonista assoluto della *pars destruens* – è un volume unico nel suo genere e noto a tutti voi: *Du droit international au cinema*, a cura di Olivier Corten et François Dubuisson². Io credo, per andare diritto al punto, che il Gruppo di interesse «Cinema e diritto internazionale» dovrebbe imparare dagli errori di quel volume, senza naturalmen-

¹ Cfr. www.sidi-isil.org/gruppi-di-interesse-tematici/cinema-e-diritto-internazionale/.

² O. CORTEN e F. DUBUISSON (a cura di), *Du droit international au cinéma: présentations et représentations du droit international dans les films et les séries télévisées*, Paris, 2015. Dopo la pubblicazione del presente testo su *SIDIBlog* (24 gennaio 2021), del volume è uscita un’edizione in lingua inglese, più breve (un capitolo in meno) ma con quattro nuovi contributi: O. CORTEN, F. DUBUISSON, M. FALKOWSKA-CLARYS (a cura di), *Cinematic Perspectives on International Law*, Manchester, 2021. L’impostazione complessiva dell’opera è rimasta la medesima.

te disconoscergli il carattere pionieristico che i suoi curatori a giusto titolo rivendicano³.

Chi tra noi, aprendo quel libro, non ha pensato che si sarebbe divertito un mondo leggendolo? Io l'ho pensato, ma l'entusiasmo è svanito molto prima di venire a capo delle sue 400 pagine. Nonostante il talento e l'impegno degli autori, il connubio tra dottrina e *binge-watching* che il libro inscena provoca ben presto una sensazione di imbarazzo e noia. Qualcosa è andato storto. Cosa?

Lo stacco.

2. Stacco

Lo stacco, si sa, è uno dei sintagmi del montaggio: lo stacco di inquadratura. Il problema sta tutto in come si stacca. Il libro a cura di Corten e Dubuisson stacca... senza veramente staccare. Da che cosa?

Dalle nostre consuete inquadrature del diritto internazionale.

Parto dal presupposto che il concetto di diritto internazionale, nell'accezione più ampia, denota una complessa forma di vita, di cui noi, gli esperti della materia, inquadrriamo solo una parte, cruciale, ma pur sempre una parte, cioè il suo aspetto di prassi discorsiva dalle inflessioni normative. Quindi, in concreto: lo Statuto della Corte internazionale di giustizia cade nell'inquadratura, il Palazzo della Pace, con le sue soluzioni architettoniche e i suoi emblemi, no; un verdetto della Corte cade nell'inquadratura, i paramenti e il contegno dei giudici, dei suoi ministri del culto, no; un'opinione dissenziente cade nell'inquadratura, l'espressione che si disegna sul volto di un giudice, no. Si noti, però, che ciò che includiamo nelle nostre inquadrature letteralmente non potrebbe esistere senza ciò che escludiamo. L'esclusione, insomma, è impossibile. Ciò che non inquadrriamo è sempre e comunque fuoricampo, quindi in qualche modo presente e persino incombente.

Nel titolo del libro di cui ci occupiamo – *Du droit international au cinéma* – «diritto internazionale» è una metonimia: sta per «internazionalista», quello che apparentemente stacca e... va al cinema. Quivi si rilassa, si emoziona, si abbuffa di popcorn, eppure non riesce a toglierselo dalla mente, il diritto internazionale: lo cerca in quel che i personaggi dicono o lasciano intendere e si irrita se non lo trova o se non ce n'è abbastanza. Lo studioso di diritto internazionale che il libro

³ O. CORTEN, *Droit international au cinéma: quelle méthodologie?*, in O. CORTEN e F. DUBUISSON (a cura di), *Du droit international au cinéma*, cit., p. 16-17.

mette involontariamente in scena si diverte come un bambino, certo, ma in verità – lo ripeto – non stacca affatto dal *suo* diritto internazionale e si intestardisce a cercarlo dove non dovrebbe: tanto vale che torni a compulsare le sue carte!

Cosa importa constatare (seguono spigolature del volume) che i comportamenti *ultra vires* di 007 sono comunque ascrivibili al Regno Unito, che in una pellicola sul conflitto israelo-palestinese lo status di Gerusalemme è discusso senza riferimenti alle pertinenti risoluzioni del Consiglio di sicurezza, o che in un film di guerra i personaggi travisano i principi del diritto umanitario? E perché mai dovrebbe colpirci che Rambo strapazza la nozione di genocidio o si infischia della sovranità vietnamita? Può darsi che Woody Allen abbia girato *Il dittatore dello Stato libero di Bananas* avendo in mente anche il principio di non intervento, ma non è, questo, un sospetto futile? Infine, è il caso di rimproverare a Klaatu, l'alieno dal volto umano che sbarca sul nostro pianeta in *Ultimatum alla Terra*, una concezione abusiva della legittima difesa? E se Klaatu eccepisse che noi terrestri siamo privi di *jurisdiction to prescribe*? Inoltre: abbiamo davvero bisogno di analizzare un film per scoprire che (seguono ulteriori spigolature) i rapporti di forza ostacolano l'applicazione del diritto, che il diritto internazionale è impotente di fronte ai conflitti più aspri, o che è il diritto del può forte a prevalere? Queste amare verità possono farci andare i popcorn di traverso ma perché riferirne in un saggio? Finché il materiale cinematografico è esaminato con queste lenti, il miglior cinema resterà, per noi, quello delle aule giudiziarie, le aule vere. Cinemino? No, grazie, oggi pomeriggio c'è Gambia contro Myanmar.

3. *Binge-watching con fast-forward*

Questa *impasse* si deve, credo, al modo in cui i pionieri del genere si sono rapportati al linguaggio cinematografico. Nel libro si legge, per esempio, che l'esigenza di privilegiare una narrazione attenta alla «umana esperienza», propria del cinema, ostacolerebbe l'analisi degli aspetti giuridici, cioè l'adozione di un approccio «più tecnico»⁴. Come se il diritto non fosse anch'esso stesso narrazione, dimenticando, di fatto, almeno James Boyd White e Robert Cover⁵. E come se la narrazione ci-

⁴ F. DUBUISSON, *Le conflit israélo-palestinien: une saga cinématographique*, in O. CORTEN e F. DUBUISSON (a cura di), *Du droit international au cinéma*, cit., p. 135 ss., p. 174.

⁵ J. BOYD WHITE, *The Legal Imagination*, Chicago, 1973; R.M. COVER, *Foreword: Nomos and Narrative*, in *Harvard Law Review*, 1983-84, p. 4 ss.. Sulla narratività del discorso giuridico internazionale è pre-

nematografica non fosse anch'essa altamente tecnica ma ispirata a un'indistinta poetica dell'umano. L'equivoco riguarda dunque *entrambi* i linguaggi chiamati in causa dall'impresa interdisciplinare che "cinema e diritto" non può non essere⁶.

Prima di parlare del torto che così si fa al cinema, che è l'aspetto che mi preme di più, vorrei dire una parola su come, paradossalmente, anche la "coscienza giuridica", a queste condizioni, emerge impoverita dall'incontro con il cinema. L'internazionalista, nello sforzo di rettificare le letture erranee che questo o quel film dà della sua materia, è spinto, più di quanto solitamente farebbe, ad arroccarsi su posizioni ortodosse, certe, come qualcuno che si trovi a dover difendere il vero dal falso: sguaina il manuale! E mentre si rifugia nelle sue illusorie certezze, si perde i "segni" che giungono dall'altra sponda del rapporto interdisciplinare. Il linguaggio cinematografico è a tal punto trascurato, come subito vedremo, che credo si possa parlare di un rapporto interdisciplinare mancato per cannibalizzazione della controparte: il film, cioè qualcosa di estraneo ai nostri consueti oggetti di indagine, è interrogato e compreso solo nella misura in cui parla un linguaggio a noi familiare. Ciò traspare, in particolare, dal modo in cui il materiale cinematografico è esaminato.

Sulla scala del singolo film, l'analisi è iperselettiva ed è condotta principalmente estraendo brani di sceneggiatura, quindi concentrando lo sguardo sugli aspetti esplicitamente discorsivi dell'opera, perché assomigliano di più ai materiali con cui di solito lavoriamo. I saggi si aprono in genere con la descrizione di una scena ritenuta esemplare, una specie di *teaser* (o di estesa epigrafe) per passare subito a un altro film (o ad altro *tout court*). Chi legge è sballottato da ripetuti *fast-forward* in cerca del giuridicamente saliente, delle "scene di diritto". E poiché queste sono poche, e nel complesso deludenti, basta un cenno al diritto internazionale *et voilà*, l'internazionalista attacca bottone sulla sua materia, mette a tacere l'interlocutore – il povero, singolo film – e ricapitola *ad adjuvandum* i rudimenti della disciplina... abbiamo capito. Più difficile è capire a beneficio di chi si eseguono queste derapate dottrinali (i segni di pneumatico sono nelle note a piè di pagina). Profani? Cineasti?

zioso, anche per la bibliografia, A. BIANCHI, *International Law Theories: An Inquiry Into Different Ways of Thinking*, Oxford, 2016, p. 287 ss.

⁶ La difficoltà di saldare un rapporto interdisciplinare soddisfacente, che attende al varco chiunque voglia occuparsi di cinema e diritto internazionale, è già ampiamente diagnosticata negli studi di *law and literature*. Si veda, di recente, C.O. FRANCK, *Narrative and Law*, in K. DOLIN (a cura di), *Law and Literature*, Cambridge, 2018, p. 42, dove si depreca «a nominal interdisciplinarity that brings the two fields together largely to confirm their respective identities».

La pratica del *fast-forward* è in un certo senso imposta da un'altra discutibile scelta metodologica: a livello del singolo capitolo, i film sono esaminati in massa, cumulativamente, a dozzine, quasi fossero... sentenze o elementi di prassi. Alcuni autori si preoccupano persino di dimostrare che la base induttiva da cui ricavano le loro ipotesi è ampia abbastanza. Lo è, non c'è dubbio, ma a che fine tali sforzi?

Lo scopo principale del volume, nel suo complesso, sembra essere quello di censire, ed eventualmente censurare, i modi in cui il cinema ritrae il diritto internazionale, supponendo che vi sia un rapporto tra tali rappresentazioni e credenze popolari, opinioni diffuse che il cinema, specialmente quello di massa, può sia rispecchiare sia plasmare. Direi soprattutto plasmare: il cinema è il prodotto di un'élite (se si vuole capire come il diritto internazionale si rifrange negli abissi del folklore, più che andare al cinema, bisognerebbe *fare* cinema col metodo sperimentato da Pasolini nei *Comizi d'amore*). Ma a parte ciò, l'equivoco alla base di questa attività di recensione occasionalmente censoria consiste nel pensare che tra le élite cineproduttrici e le masse cineconsumatrici sia in atto una conversazione sul diritto internazionale (ne dubito!), in cui l'internazionalista dovrebbe intromettersi per chiarire le idee a entrambe le parti, quando invece, poiché il suo linguaggio resta disciplinare quindi introverso, i suoi interlocutori – altri internazionalisti – sono giusto una manciata. E la sanno altrettanto lunga.

Ed è così che, tra *binge-watching* e *fast-forward* in cerca di sprazzi di familiare idioletto, l'internazionalista si perde le inquadrature, i piani-sequenza, il fuoricampo, il montaggio, stacchi e dissolvenze, insomma tutto ciò che è specifico del linguaggio cinematografico⁷. Tanto basta per la *pars destruens*⁸. E ora, qualche spunto costruttivo.

⁷ L'introduzione metodologica con cui si apre il volume, firmata da Corten, esclude espressamente «da prise en compte d'évaluations plus spécifiquement cinématographiques, intégrant des considérations artistiques ou esthétiques, que l'on retrouvera plus fréquemment sous la plume de professionnels du cinéma» (O. CORTEN, *Droit international au cinéma: quelle méthodologie?*, cit., p. 16). Serge Sur, invitato a concludere il volume, in controtendenza rispetto a quest'ultimo osserva giustamente che il cinema e il diritto internazionale «ont en commun l'imaginaire et la dramaturgie» e che compito dell'internazionalista interessato al cinema sarebbe mettere a confronto tali dramaturgie. Questa intuizione sembra però vanificata dall'associazione puramente metaforica tra dramaturgia e vicende della norma: «La dramaturgie impliquant le droit met en cause des conflits de normes, soit de normes de même catégorie, soit de catégories différentes» (S. SUR, *Conclusions: présentations et représentations du droit international dans les films et les séries télévisées*, in O. CORTEN e F. DUBUISSON (a cura di), *Du droit international au cinéma*, cit., pp. 377-379). Il giurista non ha bisogno del cinema per esperire la tragedia dell'antinomia o la commedia del combinato disposto (e il mondo diritto vive ben altri drammi).

⁸ Il libro, sia detto per inciso, resta una pietra miliare e un giacimento ricchissimo specialmente per chi crede nell'uso del materiale cinematografico a scopi didattici.

4. *Favor allegoriae*

Dobbiamo ora chiederci: perché prestare attenzione al linguaggio cinematografico? Cosa potremmo mai ricavarne, sotto il profilo (come si suol dire) del diritto internazionale? La risposta, in fondo, è semplice. Certe cose, certi aspetti della forma di vita “diritto internazionale”, il linguaggio del cinema li coglie meglio – o li coglie *a differenza* – del linguaggio dei nostri consueti materiali d’indagine. L’uno include – inquadra – ciò che l’altro esclude: la quiete dell’Aja, città sacra al diritto internazionale; il tenebroso Palazzo di Vetro; l’enigmatica apparizione, all’Aja, della statua di Grozio, ma non era a Delft? Sulla questione (e su quei luoghi) dovremo tornare.

Peter Goodrich vede nell’emblematica giuridica, tema per certi versi attiguo al nostro, un archivio di «*obiter depicta*»⁹. Per analogia, noi potremmo chiamare «*obiter filmata*» tutto ciò che, marginalizzato o escluso dai nostri discorsi, resta invece impresso nella pellicola. Se interrogati, gli *obiter filmata* possono suggerire qualcosa di interessante – e persino di sorprendente – a proposito del diritto internazionale. Il cinema, però, risponde solo se lo si interroga nel suo linguaggio, perché quel che ci dice nel nostro linguaggio sarà quasi sempre banale, deludente. Insomma, per fare “cinema e diritto internazionale” il dopolavoro non è sufficiente; è necessario, invece, lavorare sul cinema. L’internazionalista deve farsi un po’ critico cinematografico, quel poco che basta a nutrire il rapporto interdisciplinare. Se invece ci precipitiamo al cinema, «Cinema e diritto internazionale» – il nome del Gruppo di interesse, che felicemente prepone il cinema – rischia di rovesciarsi in “diritto internazionale *al* cinema”, anche lì! (Che guarda caso è il titolo del libro sopra criticato).

Francamente, preferiremmo staccare.

Staccare davvero dal diritto internazionale, per poterlo ri-vedere da angolazioni inconsuete, cinematografiche. Quali lenti inforcare allo scopo? Quelle della semiotica del cinema, per esempio, se non altro perché il successo dell’intera operazione dipende dalla nostra capacità di captare i segni provenienti dall’altro capo del nesso interdisciplinare¹⁰. Sguardo sulla semiosi volontaria o autoriale, dunque,

⁹ P. GOODRICH, *Legal Emblems and the Art of Law: Obiter Depicta as the Vision of Governance*, Cambridge, 2013.

¹⁰ J.M. LOTMAN, *Semiotica del cinema e lineamenti di cine-estetica* (a cura di L. Ponzio), Udine-Milano, 2020. Utile anche, tenendo conto del fatto che il cineforum di oggi è su un film-documentario, D. McDOUGALL, *The Looking Machine: Essays on Cinema, Anthropology and Documentary Filmmaking*, Manchester, 2019.

ma anche – direi soprattutto – sulla semiosi involontaria o oggettiva, quella che *accade* nel contesto, nell'intrico della semiosfera, come direbbe Lotman¹¹.

Da ciò possono ricavarsi quattro massime metodologiche.

In primo luogo, si dovrebbe praticare un vedere e rivedere minuzioso: il segno può giungere inatteso o presentarsi celato. In ciò il giurista, esperto di cavilli, dovrebbe essere un complice naturale del cineasta maniaco del dettaglio. No, quindi, al *fast-forward*, alla ricerca rapida della “scena di diritto”. Attendere, invece, il diritto che *qualsiasi* scena può dire.

In secondo luogo – e in parte di conseguenza – bisognerebbe prediligere un approccio idiografico, concentrato sulla singola opera, rispetto all'approccio no-motetico che conduce agli eccessi del *binge-watching*. Ciò non escluderebbe indagini panoramiche (su un genere, un'epoca, una scuola, un regista ecc.) con lo scopo di illuminare questo o quel plesso dell'immaginario collettivo. Queste indagini, tuttavia, non condonerebbero l'abominevole mania per la “scena di diritto”. Dovrebbero, cioè, rispettare la prima massima.

In terzo luogo, è essenziale controbilanciare l'inevitabile tendenza a scegliere pellicole che “parlano” di diritto internazionale, magari addirittura *ex professo*, con una generosa disponibilità all'incontro fortuito. Nei nostri bloc-notes dovremmo registrare non tanto il minuto d'inizio della “scena di diritto”, un po' come si farebbe con il paragrafo di una sentenza, quanto i segni che, inattesi, provengono dall'universo del cinema. *Arrival* di Denis Villeneuve, un film di fantascienza appartenente al sottogenere del contatto con l'alieno, non spende una sola parola sul diritto internazionale e gli dedica appena un'immagine: a un certo punto, sullo sfondo, si intravede una cerimonia diplomatica. Ciò nonostante, la pellicola, nel suo complesso, racconta per semiosi oggettiva un affascinante apologo sulla natura del diritto internazionale (e non specialmente sul diritto degli spazi cosmici). Poiché per discuterne ci vorrebbe un altro cineforum, qui mi limito a notare che in *Arrival* il nesso tra significativo cinematografico e significato internazionalistico è indiretto, tortuoso, allegorico. Benché non fosse intenzione del regista stabilirlo, il nesso sussiste nella regione della semiosfera dove cinema e diritto internazionale si incontrano, perlopiù all'insaputa di entrambi. È operando in questa zona misteriosa che l'internazionalista può contribuire ad arricchire il patrimonio conoscitivo della sua disciplina, patrimonio che resterebbe invece invariato limitandosi

¹¹ J.M. LOTMAN, *On the Semiosphere*, in *Sign Systems Studies*, 2005, p. 205 ss.

alla critica delle “scene di diritto”, della loro inverosimiglianza, inadeguatezza o tendenziosità¹².

La quarta e ultima massima è un corollario della precedente e consiste nell’invito ad applicare, nell’esame del materiale cinematografico, una presunzione (altro arnese caro al giurista) di antirealismo. Che valga, dunque, un *favor allegoriae*: le immagini, al cinema come nei sogni, dicono una cosa e parlano d’altro. Qualche anno fa, Julian Fernandez, rinomato esperto di diritto internazionale penale, ha scritto in onore di Serge Sur (la cui cinefilia è nota) un’appassionata recensione di *The Ghost Writer*, pellicola di Roman Polanski che mette in scena la Corte penale internazionale¹³. Il film, secondo Fernandez, ritrarrebbe la Corte senza verosimiglianza, attribuendole più potere e risolutezza di quanti ne possieda in realtà. Ma siamo sicuri che la Corte di Polanski sia quella sita al numero 10 di Oude Waalsdorperweg? Non è più *ragionevole* ipotizzare che sia un fantasma (tutte le immagini, del resto, lo sono), una poetica esteriorizzazione del senso di colpa del protagonista che, per inciso, si dice sia un *alter ego* di Tony Blair? È in questo modo indiretto – e non per mezzo di una documentaristica mimesi della vera Corte – che il cinema può suggerirci qualcosa di inatteso, di suo, sulla vita del diritto internazionale. L’effetto-realtà del cinema è tenace. È parte integrante del suo linguaggio e il cinema stesso ci chiede di tenerne conto. Come? Mantenendo sempre attivi i canali di accesso alla dimensione simbolico-allegorica.

5. Cineforum

Il *favor allegoriae* dovrebbe valere anche per il documentario, genere cui appartiene il film di oggi. Il sottotitolo di *Broken – Un viaggio palestinese attraverso il diritto internazionale* – chiarisce in partenza che non occorre premere *fast-forward* in cerca di qualche “scena di diritto internazionale” e tanto meno predisporre a coglierlo *per speculum in aenigmate*. Il diritto internazionale, in *Broken*, è un po’ dappertutto. Ma quale diritto internazionale? Quello che regola il procedimento consultivo davanti alla Corte internazionale di giustizia – che sembra essere il soggetto principale del

¹² Un cenno in questa direzione si può forse intravedere in G. SIMPSON, *Cine-Legality: International Law at the Movies*, in O. CORTEN, F. DUBUISSON, M. FALKOWSKA-CLARYS (a cura di), *Cinematic Perspectives*, cit., p. 217 ss., p. 281: «*Aguirre* [il film di Werner Herzog (N.d.a.)] may not be about international law in any indirect sense either. For me, it merely suggests some possibly unusual or heterotopic ways of thinking about the field of international law».

¹³ J. FERNANDEZ, *Puissance fictive et puissance réelle de la Cour pénale internationale: The Ghost Writer de Roman Polanski*, in *Liber Amicorum en l’honneur de Serge Sur*, Paris, 2014, p. 335 ss.

film – o quello sacro ed escatologico, per così dire, che pulsa soprattutto nell'ultimo tratto della pellicola?

È difficile decidere senza prima distinguere tre possibili usi del documentario. Impiegato a scopi didattici, *Broken* richiederebbe frequenti interventi del docente: non *fast-forward*, ma pausa, e ancora pausa, per darsi il tempo di spiegare le innumerevoli questioni giuridiche che il film sfiora. Al termine della seduta, il docente avrebbe aggiunto alla narrazione un commento tanto voluminoso da subissarla. *Broken*, in secondo luogo, può essere impiegato a scopi seminariati. Asserzioni come quella dell'*ex*-giudice Buergethal – secondo cui la salvezza del diritto internazionale starebbe nel suo uso parsimonioso – sembrano concepite per alimentare dispute filosofiche. Anche in questo caso, però, la prevalenza dell'*hors-film* sarebbe schiacciante: colto lo spunto, accantonata la pellicola. Resterebbe da scoprire se il film stesso, fruito senza interruzioni o digressioni, abbia qualcosa da dirci sul diritto internazionale che già non sappiamo o possa almeno suggerire qualche pista di indagine. In ciò consisterebbe il terzo possibile impiego, l'impiego a scopo di ricerca.

Broken documenta una vicenda il cui fulcro è la pronuncia del parere della Corte internazionale di giustizia sulla costruzione del muro israeliano nel territorio palestinese occupato. L'intervista è il suo principale strumento conoscitivo. All'inizio del film la cinepresa si accende sul colonnello israeliano Danny Tirza, prima a sua insaputa, poi avvisandolo che «si gira»: un pizzico di spontanea esposizione alla macchina ed è subito effetto-realtà. Qualche istante dopo, però, veniamo a sapere che Yasser Arafat chiamava Tirza «papà panzana». Questo dettaglio deve subito metterci in guardia: al di là della patina documentaristica, io ho visto, sin dal principio, un dramma religioso. Di questa intuizione ho diffidato a lungo, finché gli indizi a conferma non si sono moltiplicati in modo imbarazzante.

6. Attraverso lo specchio

Notiamo anzitutto la distanza *siderale* dell'Aja dai luoghi del potere, dal Palazzo di Vetro, dove la domanda di giustizia del popolo palestinese si infrange nel veto della potenza egemone (fotogramma 1). Il veto non è diritto ma *ingiustizia*. È un gesto violento, arbitrario, un lugubre saluto. La distanza dell'Aja dal luogo dell'ingiustizia è sottolineata sia dal commento fuoricampo («migliaia di miglia») sia dalla soggettiva a bordo della navetta, che evoca un viaggio iperspaziale (fotogramma 2).

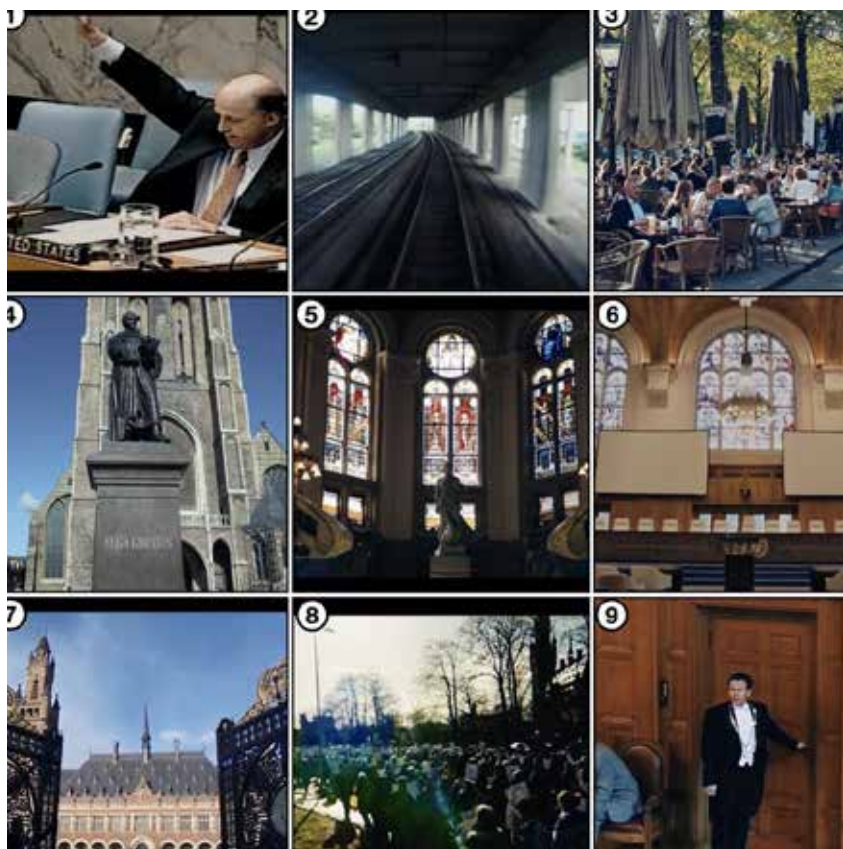
Eppure, l'Aja fu scelta come «capitale del mondo» (un problema che i cosmopolitisti dell'epoca si ponevano seriamente!) anche perché più vicina alle rotte transatlantiche rispetto alle concorrenti, ossia Bruxelles, Ginevra, Parigi e Strasburgo¹⁴. Benché all'epoca non fosse ancora immaginabile collocare la capitale fuori dall'Europa, l'esigenza di prossimità all'altra sponda dell'Atlantico annunciava la *translatio imperii*. Dopo il secondo conflitto mondiale, la decisione di mantenere la sola “capitale giudiziaria” all'Aja – città che, a cavallo dei due secoli, era stata con le sue conferenze internazionali anche “capitale politica” – costituisce lo sfondo storico ideale per sviluppare una drammaturgia del conflitto tra politica internazionale e diritto. Che è quel che *Broken* fa in prima battuta.

L'Aja del documentario è una città sublime, dove urbe e natura si fondono armoniosamente per il ristoro di una élite cosmopolita (fotogramma 3, da notare anche l'edificante commento sonoro). Eppure, nel velenoso ritratto primonovecentesco di un promotore della candidatura di Bruxelles, l'Aja era «un sonnacchioso villaggio campestre, infestato dalla malaria, lontano da Parigi – la città del desiderio – privo dello spirito internazionalista e capoluogo di una specie di Siberia acquitrinosa, dove sarebbe crudele esiliare l'élite dell'umanità»¹⁵. *Broken* presenta l'Aja come «luogo di nascita del diritto internazionale». Ma in che senso lo sarebbe? A commento di questa asserzione il regista mette in scena Grozio, quasi fosse il diritto internazionale fattosi carne e sangue. Il Grozio di *Broken*, però, è un impostore. Grozio non è nato all'Aja ma a Delft (che è un tiro di schioppo ma è comunque un altro municipio). La statua su cui la cinepresa indugia, infatti, è a Delft (fotogramma 4). Grozio, inoltre, non è un autore cinquecentesco, come stranamente afferma il docente olandese intervistato.

Ora, se l'esercizio fosse didattico (o se facessimo diritto internazionale *al cinema*) dovremmo censurare tutti questi errori ed esagerazioni. Nella prospettiva sopra delineata, invece, questo idillio posticcio rappresenta un varco d'accesso al registro allegorico dell'opera. È uno specchio da attraversare.

¹⁴ A. EYFFINGER, *The Peace Palace: Residence for Justice, Domicile of Learning*, The Hague, 1988, p. 57-61.

¹⁵ *Ivi*, p. 58.



7. Culla del diritto internazionale

L'Aja, insomma, è la culla del diritto internazionale. È una Betlemme, il luogo dove il diritto internazionale – che è Dio, il Verbo – si incarna. Fuor di metafora: si applica; si realizza per opera della Corte internazionale di giustizia, i cui verdetti sono eventi messianici. Il Palazzo della Pace è una Basilica della Natività. In effetti, per coloro che agli inizi del Novecento ne promossero la costruzione, il Palazzo doveva essere, letteralmente, un luogo santo (fotogrammi 5 e 6).

Prima di diventare il principale finanziatore dell'opera, Andrew Carnegie aveva a lungo resistito alle pressioni dei più esaltati tra i suoi amici internazionalisti, preoccupato com'era che esibizioni di chiesastica pompa potessero nuocere alla

causa della pace. Carnegie fu infine tra coloro che amavano dire «Tempio» invece di «Palazzo» (*idem* una parte della stampa dell'epoca)¹⁶. Andrew Dickson White, diplomatico americano e suo amico fraterno, lo aveva blandito scrivendogli di come quel luogo santo («holy place») sarebbe stato «meta di pellegrinaggi da tutti gli angoli del mondo civilizzato», un «tempio le cui porte, a differenza di quelle del tempio di Giano, sarebbero state aperte in tempo di pace» (fotogramma 7)¹⁷. A erigerlo fu chiamato Louis Marie Cordonnier, uno dei principali esponenti dell'architettura sacra dell'epoca, il cui piano, più sontuoso di quello infine realizzato, prevalse sia su progetti di intonazione più esplicitamente religiosa (e stravaganti) sia sulla grandiosa architettura civile di Saarinen *père*¹⁸.

E fu così che il culto del diritto internazionale, un culto che, professato da élite imbevute di positivismo evoluzionistico, esitava a ritenersi tale, ebbe comunque il suo luogo sacro. Inaugurato undici mesi prima dell'inizio della Grande Guerra – e non senza attrarre lo scherno di una parte dell'opinione pubblica – il Tempio dovette attendere i suoi sacerdoti, i primi giudici della Corte permanente di giustizia internazionale, sino al 1921. Durante la guerra, una versione alterata della cartolina commemorativa dell'apertura del palazzo includeva l'avviso «affittasi o vendesi: anche per acquartieramento truppe»¹⁹. Vi giunsero invece uomini in abito talare, depositari di un'incerta teologia e detentori di un'autorità pontificale precaria (giurisdizione volontaria, valore relativo delle sentenze, pareri non vincolanti), che pure resiste da circa un secolo.

8. Processo nel processo

¹⁶ *Ivi*, pp. 51-52. V. anche i reportage anonimi *The Temple of Peace at the Hague*, in *Advocate of Peace*, 1913, n. 9, pp. 200-201; *A Glimpse of the Palace of Peace, Just Dedicated*, in *New York Times*, 7 settembre 1913, p. 81.

¹⁷ A. EYFFINGER, *The Peace Palace*, cit., p. 51-52.

¹⁸ *Ivi*, pp. 63-72.

¹⁹ L'episodio è riportato in D.D. CARON, *War and International Adjudication: Reflections on the 1899 Peace Conference*, in *American Journal of International Law*, 2000, p. 4 ss., p. 22.

Il documentario offre una singolare versione di quanto accaduto nel Tempio a circa novant'anni dalla sua fondazione. La Palestina, rappresentata da giuristi illustri e attorniata da Stati amici (nessun contraddittorio ha luogo durante l'udienza), è protagonista assoluta del rito, mentre Israele è escluso dal Tempio. La sua gente manifesta in strada contro l'iniquo processo – dà vita a una sorta di intifada (fotogramma 8) – mentre la Palestina si arrocca nell'istituzione (fotogramma 9), che è il principale organo giurisdizionale di un'organizzazione che le nega lo *status* di Membro. Questo rovesciamento delle parti prelude a un secondo rovesciamento.



Inquadrature e montaggio trasformano il rito del procedimento consultivo in un processo penale. James Crawford e Vaughan Lowe (fotogrammi 10 e 11) rappresentano la procura. L'imputato è Buergethal (fotogramma 12), il solo giudice

parzialmente dissenziente, ebreo americano sopravvissuto al campo di concentramento.

Le inquadrature distinguono Buergethal dal resto della Corte: il suo è un atteggiamento sin troppo grave, colpevole, si direbbe. Perché l'eloquenza di Crawford e Lowe non strappa anche a lui un cenno di approvazione, come accade invece al collega Rezek? (fotogramma 12). Il montaggio, inoltre, è scandito in modo tale che Crawford sembra rimproverare a Buergethal un atto che, in quel momento, egli non ha ancora compiuto, cioè sostenere, come farà in una dichiarazione allegata al parere, che la Corte avrebbe dovuto rinunciare a pronunciarsi per carenza di prove. Si sa che, per un ebreo, le prove dell'avvento del Messia non sono mai abbastanza. *Broken* mette così in scena un rovesciamento del processo a Gesù, dove l'imputato questa volta è Caifa, il capo del Sinedrio.

9. Impero

Terminata l'udienza, il racconto del processo riprende con la lettura del verdetto a cura del Presidente della Corte Shi (fotogramma 14). Nel bel mezzo di questo solenne atto, il montaggio stacca sul Palazzo di Vetro, che è ripreso in volo, dalla sponda opposta dell'East River (fotogramma 15). Tutto ciò – attenzione – mantenendo la voce di Shi fuoricampo, voce che a questo punto non solo ingiunge ma aleggia e incombe: l'effetto Verbo di Dio è potente.

Ora, se l'Aja è Betlemme, New York è Gerusalemme: non, però, la città sacra alle religioni abramitiche ma l'avamposto dell'impero, come nel Vangelo. La torretta diplomatica (fotogramma 16), che a tratti appare in attesa di un segno numinoso (fotogramma 17), sembra consolidare il trionfo giudiziario – con evidenza tabulare, si direbbe (fotogramma 18) – ma si tratta di un'illusione: dopo giorni di estenuante dibattito, il Presidente dell'Assemblea, Julian Hunte di Saint Lucia, chiude i lavori con una battuta spiritosa e... tutti a ridere! (fotogramma 19).

Il rappresentante israeliano aveva appena ringraziato «Dio, perché il destino di Israele e del popolo ebraico non si decide in quest'aula» (fotogramma 20). Non aveva tutti i torti: l'Assemblea aveva appena approvato un atto non vincolante che invita ad attuare un altro atto non vincolante, il parere della Corte. Questa carenza di vincolatività, così come il diritto di veto, è parte integrante del diritto internazionale. È una componente del Verbo che è Dio.

Per il rappresentante palestinese, al contrario, l'indiscussa autorità della Corte compensa la carenza di un vincolo formale. Non è il solo a crederlo, nell'ambito della disputa che prende corpo dentro l'Assemblea e la cui intonazione teologica è

manifesta. Lo si evince dalle minute della seduta, testo supplementare cui il film tacitamente rimanda²⁰. «La Corte ha parlato», la sua è «l'ultima parola», il parere «ha la forza del diritto», «è, puramente e semplicemente, diritto», si ode in assemblea. Il parere della Corte, verrebbe da dire, è *della stessa sostanza* del diritto internazionale.

Per Israele, invece, tutto ciò è illusione, una «realtà virtuale», un film, con la Corte nel ruolo del falso profeta. Israele non sfida il diritto internazionale; lo interpreta con il metodo prescritto dalla Torah: «Avrete cura di mettere in pratica tutte le cose che vi comando; non vi aggiungerai nulla e nulla toglierai da esse» (Deuteronomio, 13:1).

Ritenere un parere consultivo “diritto” è, per chi respinge il culto della Corte, un'inammissibile aggiunta. Sacri sono il diritto e le autorità che istituisce, non le bolle della Chiesa Hagiense o i decreti assembleari approvati da maggioranze tanto ampie quanto incapaci di agire in modo conseguente. La debolezza formale delle une e degli altri non è fortuita. Israele – dichiarava infine il suo rappresentante – rispetta scrupolosamente il diritto internazionale, secondo l'interpretazione *vincolante* che ne dà la Corte suprema israeliana. Ed è così che il parere muore a New York, come Gesù a Gerusalemme. È l'impero a ucciderlo, l'impero e il suo diritto. John Dugard, intervistato dal regista, dice proprio «killed the opinion» (fotogramma 21).

10. «Holes of hope»

Motivi religiosi affiorano anche nell'ultima parte del documentario, dedicata a un amaro bilancio a oltre dieci anni dalla pronuncia del parere. Buergenthal, che ha lasciato la Corte nel 2010, rivela al regista la radice profonda del suo dissenso, non esprimibile nella veste di giudice: sottoponendo il caso del muro alla Corte nella consapevolezza che un verdetto favorevole sarebbe rimasto lettera morta, i Palestinesi hanno finito per esibire la debolezza del diritto internazionale (fotogramma 22). La Corte, che del diritto internazionale è il custode, non avrebbe dovuto assecondarli. Anche per Buergenthal il diritto internazionale è Dio. E il nome di Dio non è da pronunciare invano.

²⁰ Le notizie sul dibattito presso l'Assemblea generale sono ricavate dalle minute delle riunioni 24^a, 25^a, 26^a e 27^a della decima sessione speciale di emergenza tenutesi tra il 16 e il 20 luglio 2004. Della battuta spiritosa del Presidente dell'Assemblea naturalmente non resta traccia nelle minute, che si concludono con un consueto «I should like to thank all members...».

Bruno Simma, invece, da buon cristiano rivendica il suo apostolato: «we had to speak up as lawyers!», protesta (fotogramma 23). Il giudice della Corte come profeta o come pastore: Simma esorta i Palestinesi ad avere «un'immensa pazienza col diritto internazionale», nell'attesa, presumo, di una seconda venuta, forse di un altro parere. Le immagini con cui il regista commenta questa esortazione sono eloquenti (fotogramma 24).



Infine, per Al-Kidwa, l'ex-rappresentante palestinese, quel che la Corte ha detto «è, dopo tutto, il diritto internazionale, non cambia, non invecchia» (fotogramma 25). Una coranica definitività che, al termine del documentario, si ricongiunge con l'antica saggezza ebraica: il muro è, per entrambe, provvisorio. Il colonnello Danny Tirza mostra gli «holes of hope», così li chiamano al di qua del muro, quei fori nei pannelli di cemento armato che sarebbero utili a una rapida rimozione del muro (fotogramma 26). Lo spettatore, forse, ha ancora in mente

altri buchi, quelli infernali del quotidiano transito dei lavoratori palestinesi (fotogramma 27).

11. Fuoricampo

Senza dubbio utile a scopi didattici, *Broken* è interessante anche a scopi di ricerca. Non perché indugia su una vicenda giudiziaria per noi arcinota, ma per l'inconsueta inquadratura del diritto internazionale che vi si può scorgere.

Nel mito di Vestfalia il diritto internazionale sopravviene alle guerre di religione, si manifesta anche come negazione-superamento o “addomesticamento” della religione²¹. Ciò nonostante, il suo ri-sorgere a cavallo tra Otto e Novecento è accompagnato da un sentimento religioso strisciante, a malapena represso e assai tenace: oggi come allora, la forma di vita “diritto internazionale” è attraversata da tensioni trascendenti. *Broken* ce lo mostra, perlopiù involontariamente, credo, ma poco importa, se l'effetto è comunque straniante, se la visione destabilizza i nostri schemi percettivi e interpretativi, se ci fa avvertire il “fuoricampo”.

Nel cinema, noi internazionalisti, non dovremmo ricercare altro.

²¹ Secondo Y. DINSTEIN, *International Law as a Primitive Legal System*, in *New York University Journal of International Law and Politics*, 1986, p. 1 ss., p. 18, «[t]he present development of international law is devoid of any religious content». D. KENNEDY, *Losing Faith in the Secular: Law, Religion and the Culture of International Governance*, in *Graven Images: A Journal of Culture, Law, and the Sacred*, 1998, p. 138 ss., p. 141, tuttavia racconta: «I attended a conference in which the world's great ethical traditions Christianity, Judaism, Islam, Confucianism and (puzzlingly I though) International Law were invited». Sul vasto tema del nesso tra diritto internazionale e religione ho tratto qualche spunto, oltre che dal saggio appena citato, splendido e poco noto, dalle osservazioni dello stesso Kennedy durante la tavola rotonda *Religion and International Law*, in *Proceedings of the American Society of International Law*, 1988, p. 198 ss.; e inoltre da J.H.H. WEILER, *The Idea of the Holy: Nomos as Holiness*, in H.P. HESTERMAYER et al. (a cura di), *Coexistence, Cooperation and Solidarity: Liber Amicorum Rüdiger Wolfrum*, Leiden-Boston, 2012, vol. II, p. 2165 ss.; J.H.H. WEILER, *Abraham, Jesus, and the Western Culture of Justice*, in U. FASTENRATH et al. (a cura di), *From Bilateralism to Community Interest: Essays in Honor of Judge Bruno Simma*, Oxford, 2011, p. 1318 ss.; J.H.H. WEILER, *Entrenchment—Human and Divine: A Reflection on Deuteronomy 13:1-6*, in M.H. ARSANJANI et al. (a cura di), *Looking into the Future: Essays on International Law in Honor of W. Michael Reisman*, Leiden-Boston, 2011, p. 355 ss.; N. BENTWICH, *The Religious Foundations of Internationalism: A Study in International Relations through the Ages*, London, 2017 [1959]; S. ROSENNE, *The Influence of Judaism on the Development of International Law: A Preliminary Assessment*, in *Nederlands Tijdschrift voor Internationaal Recht*, 1958, p. 119 ss..

Si può davvero essere pazienti con il diritto internazionale?

Una recensione al film *Broken – A Palestinian Journey through international law*

MARCO PERTILE*

SOMMARIO: 1. Introduzione e sinossi. – 2. Le incredibili interviste agli *ex* giudici. – 3. Sul perché il diritto internazionale non può risolvere la questione israelo-palestinese. – 4. Considerazioni conclusive.

ABSTRACT: L'articolo descrive e commenta i contenuti di un film documentario (*Broken*) sul parere della Corte internazionale di Giustizia del 2004 sulla liceità della costruzione di un muro nel Territorio palestinese occupato. L'aspetto di maggiore interesse dell'opera risiede nelle interviste rilasciate da tre *ex* giudici della Corte che, a distanza di anni, ridiscutono le argomentazioni proposte dalla Corte stessa e da loro stessi. La domanda fondamentale che il regista si pone è come mai, pur in presenza di una chiara presa di posizione da parte della Corte sull'illiceità del muro, quest'ultimo non sia stato abbattuto. Secondo l'autore di questo pezzo, le risposte fornite dai protagonisti del documentario sono parziali perché si fondano sull'errato presupposto che il diritto internazionale possa essere personificato e svolgere un ruolo contrapposto agli attori prevalenti. Nonostante le risposte offerte dai protagonisti alla domanda principale del regista non siano convincenti, il documentario racconta dettagli inediti sulla vicenda processuale del muro che sono particolarmente interessanti. Le interviste ai protagonisti suscitano interrogativi che spaziano dalla rilettura di alcuni aspetti del parere fino al significato del discorso giuridico nella questione israelo-palestinese. Il film esprime un'urgenza che merita rispetto: una larga parte dei palestinesi ha riposto le proprie speranze di autodeterminazione in un processo regolato dal diritto internazionale e sente tradite le proprie aspettative.

PAROLE CHIAVE: Corte internazionale di giustizia – Israele – Palestina – diritto internazionale – muro o barriera di separazione.

* Marco Pertile, Professore associato di diritto internazionale, Università di Trento, marco.pertile@unitn.it.

1. Introduzione e sinossi

Credo che siano molti i motivi per incoraggiare i lettori di SIDIBlog a guardare *Broken – A Palestinian Journey through International Law* anche se, dal punto di vista artistico, il documentario non convince pienamente¹. Il film rilegge, a distanza di circa quindici anni, un evento fondamentale nella storia della questione israelo-palestinese, il parere della Corte internazionale di giustizia sulla costruzione del muro nei Territori palestinesi occupati², e lo fa attraverso la voce di alcuni protagonisti della vicenda. Rispondono alle interviste del regista, nell'ordine e con la loro qualifica all'epoca dell'adozione del parere, Danny Tirza, ufficiale israeliano incaricato di definire il percorso della barriera, John Dugard, relatore speciale delle Nazioni Unite sul rispetto dei diritti umani nei Territori palestinesi occupati, Pieter Bekker, membro del *legal team* della Palestina di fronte alla Corte, Shawqi Issa, avvocato palestinese, Nasser Al Qudoa, rappresentante della Palestina presso le Nazioni Unite, Theodor Meron, presidente del Tribunale penale internazionale per la *ex* Jugoslavia e, soprattutto, tre dei giudici che parteciparono alla redazione del parere: il giordano Awn Al Khasawneh, lo statunitense Thomas Buergethal e il tedesco Bruno Simma.

Si tratta di un'opera curata e ben confezionata, rigorosa nella ricerca dei materiali di archivio, con una struttura simmetrica che ricalca la logica binaria di una decisione giudiziale. Una prima parte, in fatto, di circa venticinque minuti, descrive i presupposti della costruzione del muro, la vicenda che portò l'Assemblea generale a richiedere il parere e sintetizza gli argomenti principali emersi di fronte alla Corte nelle udienze che ebbero luogo nel 2004. Una seconda di uguale durata, che sembra svolgere in diritto i quesiti posti dalla prima, si interroga sulla domanda fondamentale che il regista si pone: come mai dopo il parere della Corte che ne ha sancito l'illiceità, il «muro» è ancora in piedi? L'oggetto del documentario vira dal racconto della costruzione della barriera israeliana, delle reazioni dei rappresentanti statali in seno alle Nazioni Unite e delle vicende processuali del parere, all'indagine sul ruolo del diritto internazionale nella questione israelo-palestinese. La seconda parte diventa una sorta di «processo» al diritto internazionale a cui sembra essere ascritta la colpa della mancata costituzione di uno Stato palestinese. Il regista, un palestinese della diaspora, interroga apertamente i tre giudici della Corte e gli altri esperti intervistati con un'urgenza intima e personale: hanno fatto

¹ Il documentario può essere noleggiato on-line su: <https://broken-the-film.com>.

² CIG, parere consultivo del 9 luglio 2004, *Legal Consequences of the Construction of a Wall in the Occupied Palestinian Territory*, in *ICJ Reports* 2004, p. 136 ss.

bene i palestinesi ad affidarsi al diritto internazionale e a credere che da ciò potesse giungere la soddisfazione delle loro aspirazioni?

La domanda potrà forse sembrare il frutto di un sillogismo elementare, in cui si deriva impropriamente un nesso di causalità dove esiste semmai soltanto una correlazione. Il giurista allenato potrà dire che il parere della Corte è soltanto un testo non vincolante e che il diritto non può caricarsi sulle spalle il fallimento di decenni di negoziati. Non si può negare però che la domanda posta dal regista sia degna di rispetto. La questione arabo-israeliana, prima, e israelo-palestinese, poi, è stata al centro dell'interesse delle Nazioni Unite fin dalla fondazione dell'organizzazione. Decine e decine di risoluzioni sono state adottate dagli organi principali e centinaia di dibattiti hanno coinvolto gli Stati membri senza soluzione di continuità. L'incapacità di favorire la costituzione di uno Stato palestinese che coesista in pace con lo Stato ebraico è senz'altro un fallimento della comunità internazionale.

Durante la visione emerge talvolta la pesantezza di un linguaggio documentaristico prevedibile. I campi larghi su Gerusalemme all'inizio del film, ad esempio, sono tanto magnifici quanto noti. Allo stesso modo, gli ultimi fotogrammi e la scelta della dissolvenza sui consueti spezzoni di telegiornale sono un poco scontati. Ciononostante, il regista riesce a mettere in scena con efficacia gli elementi fondamentali per la comprensione della vicenda. Nonostante il documentario sposi un punto di vista, la ricostruzione dei fatti è sufficientemente completa. Pochi tratti efficaci disegnano gli effetti degli attentati sulla società israeliana e quelli del muro sulla società palestinese. Le immagini sulle manifestazioni dei parenti delle vittime degli attentati terroristici e quelle sullo strangolamento di Betlemme con le file dei lavoratori ai *check point* del muro sono eloquenti³.

Solo in alcuni tratti, in *Broken*, le necessità della sintesi cinematografica incidono sull'accuratezza della ricostruzione. Nella prima parte del documentario non mi ha convinto, ad esempio, che nella descrizione degli antecedenti storici della decisione di costruire il muro (gli attentati del 2000 che portarono alla perdita di centinaia di vite umane tra i civili israeliani nel giro di due mesi) non venisse ri-

³ Chi è interessato a un racconto visionario o a una favola triste sugli effetti del muro potrà guardare invece due splendidi cortometraggi, rispettivamente *Memory of the Land* di Samra Badran (una scheda del film è disponibile su: www.nazrashortfilmfestival.files.wordpress.com/2018/08/memory-of-the-land.pdf) e *The Crossing* di Ameen Nayfeh (si veda per maggiori informazioni: www.nazrashortfilmfestival.files.wordpress.com/2019/09/the-crossing.pdf).

cordata anche la visita alla spianata delle moschee dell'allora *leader* dell'opposizione Sharon e la scelta dell'esercito israeliano di reprimere con i proiettili le manifestazioni di piazza nei territori occupati (sarebbero bastati pochi fotogrammi). Ho, inoltre, trovato troppo didascalico il montaggio incrociato delle immagini delle udienze di fronte alla Corte e delle successive interviste ai giudici.

Chi scrive ricorda le udienze di fronte alla Corte nel 2004 come un momento di certo solenne, ma ne ricorda ovviamente anche le pause, le incertezze e financo alcuni colpi di sonno dei giudici. Il regista trasforma invece le udienze in un gioco serrato dove all'arte oratoria di Vaughan Lowe e James Crawford⁴, che prendono la parola per la Palestina, rispondono gli sguardi espressivi o inespressivi dei giudici. Lo spettatore è così condotto a farsi delle domande suggestive. Che penserà, sottilmente partecipe, il giudice Koroma, della Sierra Leone, quando il rappresentante palestinese descrive le sofferenze del popolo indigeno della Palestina? E lo sguardo acuto, attraversato da un mezzo sorriso, del giudice brasiliano quando ascolta l'argomento giuridico principale della Palestina? A che starà pensando, a come contro argomentare o a come aderire? Nel frattempo, imperturbabile, il cancelliere Covreur prende appunti e il Presidente cinese non perde mai il suo *aplomb*, staccando in rari momenti lo sguardo dalle carte. Anche le interviste ai giudici, nella seconda parte, sembrano diventare, ricomposte in un montaggio incrociato, una recita a soggetto, in cui Simma risponde a Buergenthal, mentre Dugard e Meron intervengono dall'esterno a ristabilire l'ordine come *dei ex machina*. Il taglio documentaristico lascia allora spazio a un montaggio da *fiction* che evidenzia i punti di dissenso tra i protagonisti, ma tende allo stesso tempo a costruire dialoghi fittizi che imbeccano in modo fin troppo scoperto lo spettatore.

Si tratta a mio avviso di peccati veniali che lasciano emergere in modo evidente il punto di vista del regista. In fondo, è bene così. Che i documentari descrivano in modo oggettivo una vicenda è ovviamente impossibile e *Broken* propone onestamente un punto di vista e una domanda legittima. Al regista si perdona il tono pedante anche perché il film sa introdurre molteplici chiavi di lettura. Molto curata è, ad esempio, la contestualizzazione delle interviste agli *ex* giudici che non manca di sottolinearne l'umanità. Bruno Simma è indotto a parlare degli attacchi personali ricevuti e in particolare della rubrica del Washington Post che parago-

⁴ I verbali delle dichiarazioni orali di James Crawford e Vaughan Lowe (e di Georges Abi-Saab) sono disponibili on-line. V. Public sitting held on Monday 23 February 2004, at 10 a.m., at the Peace Palace, President Shi presiding, on the *Legal Consequences of the Construction of a Wall in the Occupied Palestinian Territory* (Request for advisory opinion submitted by the General Assembly of the United Nations), Verbatim Record, CR/2004/1, www.ici-cij.org.

nava la partecipazione di un giudice tedesco a un caso riguardante Israele alla persecuzione degli ebrei durante la seconda guerra mondiale⁵. Parlandone, il Simma di oggi sembra ancora commuoversi. Buergenthal cita con parole asciutte come un colpo di rasoio la sua infanzia di bambino nei campi di sterminio⁶ e racconta la propria frustrazione per essersi sentito ingabbiato nel ruolo del «giudice ebreo» che non potrà che scrivere una opinione dissenziente. Una semplice inquadratura alle foto esposte nella casa di Al Khasawneh ci racconta il suo *curriculum* e i legami con il governo del suo Paese. Credo che le interviste ai giudici della Corte e agli altri protagonisti di questa vicenda siano molto preziose, per certi aspetti uniche, e valgano senz'altro la visione del film. Come dirò tra poco, esse permettono di comprendere meglio la genesi del parere rivelandoci dettagli di grande rilevanza giuridica. Allo stesso tempo, il regista ci mostra, come tutti del resto sappiamo, che questi *ex* giudici davanti alla cinepresa sono uomini con sentimenti, storie e debolezze. Non è certo «la bocca della legge», insomma, a parlarci delle questioni giuridiche emergenti dal parere.

2. Le incredibili interviste agli *ex* giudici

Prima di passare all'analisi della principale domanda che il regista solleva, devo osservare però che proprio il materiale più importante contenuto del documentario, le interviste agli *ex* giudici, pone una delicata questione preliminare. Fin dalla prima visione del film, ascoltando le interviste, il mio stupore cresceva istintivamente nel sentire i giudici intervistati commentare il contenuto del parere. Capita a tutti noi di partecipare a qualche convegno o a una lezione universitaria dove un collega *ex* giudice rivela con preghiera di riservatezza qualche piccolo dettaglio sulla sua attività giudiziale. In questo caso però la questione è diversa. Tre *ex* giudici accettano, pur a distanza di anni, di parlare del parere e ne commentano le scelte argomentative.

Al Khasawneh è decisamente il più abbottonato. Dalle sue parole, che vertono principalmente sulle prospettive di attuazione del parere, riusciamo comunque a carpire una piccola rivelazione: quello di cui nessuno dubitava, secondo il giudice, è la certezza che Israele fosse nei territori oltre la linea verde una Potenza occupante «and nothing more».

⁵ C. KRAUTHAMMER, *Travesty at the Hague*, in *Washington Post*, 16 luglio 2004.

⁶ T. BUERGENTHAL, *A Lucky Child. A Memoir of Surviving Auschwitz as a Young Boy*, London, 2009.

Nel caso di Simma, l'intervista ci propone argomenti adesivi rispetto alle scelte operate dalla Corte. Il giudice tedesco spende qualche parola sulla distinzione tra la qualificazione della costruzione del muro come una forma di esercizio della legittima difesa e la qualificazione alternativa in termini di attività di polizia in un territorio occupato. Nel farlo egli aggiunge però anche che l'occupazione israeliana nei territori palestinesi sarebbe «illegale» (presumibilmente nello *ius ad bellum*), toccando una questione giuridica non affrontata direttamente nel parere, limitandosi la Corte a rilevare invece l'esistenza di un'occupazione dei territori ai sensi dello *ius in bello* e a escludere l'argomento della legittima difesa. In termini riassuntivi, egli afferma poi anche che il parere è «un buon parere» anche se non gli dispiacerebbe «assieme ai colleghi» riscriverne alcune parti.

Nella propria intervista, Buergenthal, si discosta invece dalla propria opinione dissenziente scritta nel 2004, ribaltandone la logica argomentativa⁷. Mentre nella propria opinione, il giudice Buergenthal aveva sostenuto che la Corte avrebbe dovuto astenersi dal rendere il parere non disponendo di un'adeguata base fattuale, ora, nelle risposte al regista, egli non fa alcun cenno ai problemi di accertamento e spiega le ragioni del suo dissenso rispetto ai colleghi evocando questioni di convenienza politica (*propriety*)⁸. Secondo Buergenthal, l'impossibilità di attuare il

⁷ CIG, parere consultivo del 9 luglio 2004, cit., *Declaration* del giudice Buergenthal, p. 240 ss.

⁸ Il concetto di *propriety* è sfuggente. Esso identifica infatti quelle situazioni in cui una Corte, pur avendo in astratto giurisdizione su un caso, ritiene di essere tenuta a non esaminarlo nel merito per non distorcere la propria funzione giudiziale. La decisione di non procedere nel merito non è dunque determinata dalla mancata integrazione di una precisa condizione di ammissibilità, ma da una valutazione sulla natura della funzione giurisdizionale alla luce delle circostanze del caso. Per sua natura, una decisione in materia di *propriety*, in quanto strettamente legata ai fatti, è poco prevedibile. Sulla *propriety* nella giurisdizione internazionale, v. A. KACZOROWSKA-IRELAND, *Judicial Propriety: International Adjudication*, in H. RUIZ-FABRI (a cura di), *Max Planck Encyclopedia of International Procedural Law*, Oxford, 2020. Nel parere consultivo sulla liceità della costruzione del muro la Corte internazionale di Giustizia aveva affrontato nel dettaglio il significato della *propriety* nella giurisdizione consultiva escludendo che la questione israelo-palestinese potesse essere considerata come una controversia bilaterale: «the Court does not consider that the subject-matter of the General Assembly's request can be regarded as only a bilateral matter between Israel and Palestine. Given the powers and responsibilities of the United Nations in questions relating to international peace and security, it is the Court's view that the construction of the wall must be deemed to be directly of concern to the United Nations». V. CIG, parere consultivo del 9 luglio 2004, cit., p. 158-159, par. 49. Recentemente, nel parere relativo alle isole Chagos, la Corte internazionale di Giustizia ha affermato, in senso conforme, che le questioni oggetto di quella richiesta di parere si collocavano nel contesto generale della decolonizzazione e investivano il ruolo dell'Assemblea generale in materia. In particolare, secondo la Corte: «the fact that the Court may have to pronounce on legal issues on which divergent views have been expressed by Mauritius and the United Kingdom does not mean that, by replying to the request, the Court is dealing with a bilateral dispute». V. CIG, parere consultivo del 25 febbraio 2019, *Legal Consequences of the Separation of the Chagos Archipelago from Mauritius in 1965*, in *ICJ Reports*, 2019, p. 118, par. 89.

parere della Corte smantellando il muro era perfettamente prevedibile e per questa ragione la Corte avrebbe dovuto astenersi dall'accettare la richiesta dell'Assemblea generale. Sarebbe imputabile, in realtà, proprio all'Assemblea generale e agli Stati che votarono a favore della richiesta di parere una mancanza di rispetto verso la Corte, messa inutilmente in difficoltà di fronte a una questione su cui mancava ogni possibilità di incidere. Tra i principali argomenti evocati da Israele⁹ e da alcuni Stati europei¹⁰ e occidentali¹¹ nel 2004 per affermare che la Corte avrebbe dovuto esercitare la discrezionalità concessale dall'articolo 65 dello Statuto¹² astenendosi dal rendere il parere, il giudice Buergenthal sembra dunque sostenere, oggi, la tesi dell'inopportunità politica. L'argomento dell'assenza di un'adeguata base fattuale per il parere era stato peraltro già demolito durante le udienze da Crawford che sottolineava (come la prima parte del documentario mostra) quanto la Corte potesse comunque giovare di una pluralità di fonti e come Israele non potesse dolersi della mancanza di elementi di fatto che avrebbe potuto fornire comparando ufficialmente¹³. Nella propria opinione dissenziente, il giudice Buergenthal aveva scelto ciononostante di argomentare a partire dalla mancanza di elementi di fatto sostenendo, non senza ragione su quest'ultimo punto, che nel caso di un parere non possa rilevare l'imputabilità a uno Stato dell'inadeguatezza della base fattuale¹⁴. Durante l'intervista egli ci fornisce altri due indizi cruciali sulla propria reale posizione, quella che probabilmente deve aver sostenuto nella fase redazionale del parere, nel confronto con i suoi colleghi. Egli afferma in primo luogo, anche se non c'è traccia di questa tesi nell'opinione dissenziente, che la propria posizione «è sempre stata che se si può dimostrare

⁹ CIG, parere consultivo del 9 luglio 2004, cit., Written Statement of the Government of Israel on Jurisdiction and Propriety, p. 91-98, www.icj-cij.org.

¹⁰ CIG, parere consultivo del 9 luglio 2004, cit., Written Statement of Italy, par. 4, www.icj-cij.org.

¹¹ CIG, parere consultivo del 9 luglio 2004, cit., Written Statement of the Government of Australia, par. 23-29, www.icj-cij.org.

¹² L'art. 65 dello Statuto della Corte internazionale di giustizia, in tema di pareri consultivi, è una norma di carattere permissivo poiché afferma semplicemente che la Corte stessa «may give an advisory opinion». V. *Statute of the International Court of Justice*, Article 65, www.icj-cij.org. In questo senso si è espressa ripetutamente la Corte. V. CIG, parere consultivo del 9 luglio 2004, cit., p. 156, para. 44; CIG, parere consultivo del 22 luglio 2010, *Accordance with International Law of the Unilateral Declaration of Independence in Respect of Kosovo*, in *ICJ Reports*, 2010 (II), p. 415-416, par. 29; CIG, parere consultivo del 25 febbraio 2019, *Legal Consequences of the Separation of the Chagos Archipelago from Mauritius in 1965*, in *ICJ Reports*, 2019, p. 113, par. 63.

¹³ Public sitting held on Monday 23 February 2004, at 10 a.m., at the Peace Palace, President Shi presiding, on the *Legal Consequences of the Construction of a Wall in the Occupied Palestinian Territory (Request for advisory opinion submitted by the General Assembly of the United Nations)*, VERBATIM RECORD, CR/2004/1, www.icj-cij.org.

¹⁴ CIG, parere consultivo del 9 luglio 2004, cit., *Declaration* del giudice Buergenthal, p. 240 ss.

che i territori su cui è costruito il muro sono palestinesi, allora il muro è illegale». Egli aggiunge inoltre che il muro potrebbe essere giustificabile qualora fosse possibile collegarlo a una forma di esercizio della legittima difesa come invece già chiarito nell'opinione dissenziente.

La questione dell'appartenenza al popolo palestinese dei territori su cui è costruito il muro, sollevata *en passant* da Buergethal nell'intervista, sfugge del tutto, immagino per ragioni di tempo e di semplificazione cinematografica, all'attenzione del regista¹⁵. Il documentario mostra nella prima parte che la delegazione palestinese aveva sostenuto con forza che il principale profilo di illiceità del muro riguardasse proprio il fatto che i territori su cui lo stesso è collocato fossero a) palestinesi e b) occupati da Israele. Non si dice, invece, nel documentario, che nel parere del 2004 la Corte scelse di non occuparsi della prima questione ritenendola irrilevante. In altre parole, secondo la Corte, era sufficiente dimostrare che il territorio su cui il muro insiste fosse occupato per affermare l'incompatibilità con il diritto internazionale della misura adottata dalle autorità israeliane rilevandone altresì la finalità annessionistica e non difensiva¹⁶. Dall'intervista del giudice Buergethal sembra invece di capire che la questione dell'appartenenza ai palestinesi dei territori oltre la linea verde abbia svolto un ruolo di una certa importanza nel confronto tra i giudici.

Questi indizi sulla reale posizione dei giudici al momento dell'elaborazione del testo sono dunque sommamente interessanti per intuire le relazioni interne alla Corte e le tecniche argomentative utilizzate. Non ci si può nascondere però allo stesso tempo che dal punto di vista istituzionale queste rivelazioni non con-

¹⁵ La determinazione dell'unità territoriale in cui il popolo palestinese può esercitare il proprio diritto all'autodeterminazione è una questione complessa. La Prima camera preliminare della Corte penale internazionale ha affermato, limitatamente alla propria giurisdizione territoriale, che la stessa sarebbe identificabile nei territori della Cisgiordania, di Gaza e di Gerusalemme Est. Sul punto la prima camera si limita a riprendere succintamente l'argomento proposto in precedenza dal Procuratore che aveva sottolineato il ricorrere nella prassi internazionale dell'identificazione del Territorio palestinese in questo ambito geografico. V. CPI, Prima Camera preliminare, decisione del 5 febbraio 2021, cit., parr. 114-118. Il continuo ricorrere nella prassi internazionale del riferimento alla Cisgiordania, a Gaza e a Gerusalemme Est come «Territorio palestinese» integra una determinazione in via consuetudinaria dell'unità territoriale palestinese nell'ambito dell'esercizio del diritto all'autodeterminazione. V. M. PERTILE, *The Borders of the Occupied Palestinian Territory are Determined by Customary Law: A Comment on the Prosecutor's Position on the Territorial Jurisdiction of the ICC in the Situation Concerning Palestine*, in *Journal of International Criminal Justice*, 2020, p. 967 ss. In senso contrario, v. A. ZEMACH, *Assessing the Scope of the Palestinian Territorial Entitlement*, in *Fordham Journal of International Law*, 2019, p. 1203 ss.

¹⁶ CIG, parere consultivo del 9 luglio 2004, cit., p. 184, par. 121.

tribuiscono a salvaguardare il prestigio e l'integrità della Corte¹⁷. Anche se può essere fisiologico, non mi entusiasma scoprire oggi che un *ex* giudice vorrebbe riscrivere parti del parere o che gli argomenti giuridici di cui un altro *ex* giudice è intimamente convinto rispetto a una questione già decisa hanno poco a che vedere con la posizione espressa per iscritto in un'opinione dissenziente.

Non credo, inoltre, che rendere pubbliche queste posizioni possa in alcun modo favorire le residue prospettive di attuazione del parere. Parlare con tre giudici che sedevano sugli scranni della Corte nel 2004 e che commentano il parere nei suoi snodi argomentativi non è come organizzare un dibattito accademico sul *Caso del Canale di Corfù*¹⁸ e implica affrontare questioni ancora irrisolte. Il parere, in altre parole, non appartiene ancora alla storia remota della questione israelo-palestinese, ma è suscettibile di influenzarne gli sviluppi più recenti. Basti considerare, ad esempio, le ripetute citazioni del parere presenti nella recente decisione

¹⁷ Rendere pubblici dei dettagli sul processo decisionale interno alla Corte potrebbe sollevare delicate questioni di etica giudiziale anche per un *ex* giudice. I testi giuridici che regolano il funzionamento della Corte internazionale di giustizia, ivi compresi, oltre allo Statuto, le *Rules of Court* e le *Practice Directions*, non prendono però in considerazione direttamente le questioni attinenti ai doveri di discrezione dei giudici e degli *ex* giudici. Secondo le *Rules of Court* (art. 4), al momento della prima udienza pubblica in cui è presente, un nuovo membro della Corte è tenuto a dichiarare pubblicamente che eserciterà le proprie funzioni «honourably, faithfully, impartially and conscientiously». V. CIG, *Rules of Court* (1978) adottate il 14 aprile 2014 ed entrate in vigore il 1° luglio 1978, www.icj-cij.org. È presumibile che questi standard di comportamento implicino anche un dovere di discrezione rispetto al processo decisionale della Corte e agli argomenti prodotti dai membri nella formazione delle decisioni e dei pareri. Non è chiaro però come un dovere di questo tipo possa venire declinato nel caso di un *ex* giudice. Più preciso è il *Code of Judicial Ethics* adottato dai giudici della Corte penale internazionale secondo cui i giudici hanno un obbligo di confidenzialità rispetto alle consultazioni e alla «segretezza delle deliberazioni». V. CPI, *Code of Judicial Ethics*, ICC-BD/02-01-05, art. 6, www.icc-cpi.int. Anche in questo caso nulla è esplicitamente previsto, però, con riguardo agli obblighi degli *ex* giudici. I principi delle Nazioni Unite sull'indipendenza del potere giudiziario trattano il tema della segretezza delle deliberazioni all'art. 15, nel contesto delle immunità dei giudici, e prevedono l'obbligo del rispetto del segreto professionale con riguardo alle deliberazioni. V. *Basic Principles on the Independence of Judiciary*, 6 settembre 1985, www.ohchr.org. Indicazioni molto più precise sono invece presenti nel Codice di condotta della Corte di Giustizia dell'Unione Europea che contempla esplicitamente gli obblighi degli *ex* membri. L'art. 7, in tema di discrezione, prevede in primo luogo una serie di obblighi precisi: «1. I membri rispettano il segreto delle deliberazioni. 2. I membri rispettano il dovere di discrezione nel trattamento dei procedimenti giudiziari e amministrativi. 3. I membri osservano, nel loro comportamento e nelle loro dichiarazioni, il riserbo richiesto dalle loro funzioni». L'art. 9 disciplina poi gli «obblighi dei membri dopo la cessazione delle loro funzioni» e introduce un rinvio esplicito ai doveri di discrezione al cui rispetto gli *ex* membri continuano a essere vincolati. V. *Codice di condotta dei membri ed ex membri della Corte di giustizia dell'Unione europea* (2021/C 397/01), Gazzetta ufficiale dell'Unione europea, C 397/1, 30 settembre 2021.

¹⁸ CIG, Sentenza del 9 aprile 1949, *Corfù Channel case*, in *ICJ Reports*, 1949, p. 4 ss.

della Prima Camera preliminare¹⁹ sulla giurisdizione territoriale della Corte penale internazionale nella situazione relativa allo Stato di Palestina²⁰.

3. Sul perché il diritto internazionale non può risolvere la questione israelo-palestinese

Quali sono dunque le risposte che il regista ottiene quando chiede spiegazioni sull'interrogativo più pressante, quello relativo all'inefficacia del diritto internazionale nella questione israelo-palestinese?

La risposta di Al Khasawneh dimostra piena consapevolezza della gravità del problema, ma aggira la domanda. Se non si rispetta il diritto internazionale in una vicenda importante come quella israelo-palestinese, ci spiega il giudice giordano, nel lungo periodo l'esito sarà il «caos». Non ci viene detto però alcunché su quali siano le soluzioni per fare in modo che il contenuto del parere venga attuato.

La risposta di Buergenthal, come si è visto, è radicale: la richiesta di parere non avrebbe mai dovuto giungere alla Corte perché l'Assemblea generale e gli Stati «sapevano» benissimo che nulla sarebbe potuto cambiare dopo il parere. Se i palestinesi hanno deciso di affidarsi completamente al diritto internazionale, prosegue Buergenthal, evidentemente hanno sbagliato e lui non può farci niente («I can't help it»). Anche la breve risposta di Dugard è tutta politica, ma giunge a risultati opposti: le finalità del muro erano e sono chiaramente annessionistiche rispetto alla maggior parte degli insediamenti. Il motivo per cui il parere non è stato attuato è semplicemente legato al fatto che gli Stati Uniti non lo volevano e hanno quindi deciso di «ucciderlo» dopo l'adozione.

La risposta di Simma è invece compassionevole, ma, in realtà, altrettanto brutale: con il diritto internazionale occorre essere pazienti, dice con voce compartecipe il giudice al palestinese della diaspora. Il parere è un «buon parere», ma è necessario che questa generazione si rassegni a non vederne gli effetti, perché gli effetti del diritto internazionale possono manifestarsi dopo parecchio tempo. «Just

¹⁹ CPI, Prima Camera preliminare, decisione del 5 febbraio 2021, Decision on the «Prosecution request pursuant to article 19(3) for a ruling on the Court's territorial jurisdiction in Palestine», ICC-01/18-143.

²⁰ Per un commento alla decisione, v. E. CIMIOTTA, *È uno Stato o no? La determinazione della giurisdizione territoriale della Corte penale internazionale sulla situazione in Palestina*, in *Rivista di Diritto internazionale*, 2021, p. 689 ss.; M. PERTILE, *L'ermetica decisione della Corte penale internazionale sulla giurisdizione territoriale rispetto allo «Stato di Palestina»*, in *Rivista di Diritto internazionale*, 2021, p. 729 ss.

be patient and try not to become violent», aggiunge il giudice, ben comprendendo che l'alternativa, quando si spiega che il diritto internazionale avrà effetti solo quando... saremo tutti morti... potrebbe essere deleteria. Lo stesso Simma esprime comunque il proprio disappunto per la tiepida accoglienza riservata al parere da molti Stati, incluso il suo.

Si tratta di una posizione a cui sembra allinearsi anche Meron, quando spiega al regista, con un precario ottimismo della volontà, che chi fa il lavoro del giudice penale internazionale «deve» credere che il diritto internazionale «avrà un impatto nel lungo periodo». In precedenza, nella sua intervista, il giudice del Tribunale penale per l'ex Jugoslavia aveva criticato la politica di insediamento nei Territori palestinesi ricordando il parere giuridico da lui stesso reso al governo israeliano nel 1967²¹. Sulla stessa lunghezza d'onda si sintonizza, infine, anche Pieter Bekker il quale spiega che serve del tempo perché il diritto internazionale possa diventare «un catalizzatore del cambiamento» e tenere fede «alla sua grande promessa di dettare le condotte sul terreno».

Riassumendo e semplificando, dalle risposte dei protagonisti di *Broken* emergono due ipotesi sul perché il muro è ancora in piedi a dispetto della sanzione di illiceità contenuta nel parere. Secondo una prima posizione (Simma, Meron, Bekker), non si può affermare il fallimento del diritto internazionale perché quest'ultimo richiede tempi lunghi per giungere a dei risultati. La seconda posizione (Buergenthal, Dugard) sembra individuare invece nella «politica» o nel «potere» le ragioni del fallimento del diritto. Nella versione di Buergenthal questa seconda posizione implica presumibilmente l'accettazione del rapporto di forza: se il parere non può essere efficace, è inutile mettere in difficoltà la Corte e la richiesta del parere deve essere evitata perché politicamente inopportuna. Nella versione di Dugard, invece, presumibilmente, è opportuno denunciare i responsabili del fallimento del diritto, chiarendone con nomi e cognomi le responsabilità.

Mi pare in primo luogo interessante notare che queste due visioni alternative non contemplano una terza possibilità già emersa nel dibattito specialistico sulla questione israelo-palestinese. Fin dalla fondamentale monografia di David Kretzmer sulla giurisprudenza dell'Alta corte sui territori occupati, la dottrina israeliana si è interrogata sulla funzione del diritto nella questione israelo-

²¹ Il testo in ebraico del parere è reperibile su: www.southjerusalem.com. Ted Meron ha recentemente ripercorso le circostanze che lo portarono alla redazione del parere in un editoriale per l'*American Journal of International Law*. V. T. MERON, *The West Bank and International Humanitarian Law on the Eve of the Fiftieth Anniversary of the Six-Day War*, in *American Journal of International Law*, 2017, p. 357 ss.

palestinese considerando anche che quest'ultimo possa costituire un ostacolo rispetto alla soluzione del conflitto. Non soltanto il discorso giuridico può essere inefficace, ma, concretamente, esso può esercitare un ruolo retorico di razionalizzazione dell'esistente. Già vent'anni fa, nella conclusione della prima edizione di *The Occupation of Justice*, Kretzmer si chiedeva se la giurisprudenza dell'Alta corte, temperando gli effetti dell'occupazione agli occhi dell'opinione pubblica internazionale, non avesse contribuito a prolungarne la durata²². Secondo questa posizione, dal punto di vista pratico, sarebbe preferibile un'occupazione del tutto inaccettabile per la comunità internazionale che il prolungarsi di una situazione di fatto mitigata da qualche parvenza di legalità nell'amministrazione quotidiana. In termini simili, autori come Orna Ben Naftali, Keren Michaeli e Aeyal Gross si sono chiesti se il diritto dell'occupazione non abbia fornito una comoda base giuridica per la razionalizzazione di un sistema che *de facto* discrimina milioni di persone nel godimento dei diritti fondamentali²³. In *The Writing on the Wall*, Gross sostiene che la tendenza a concentrarsi sulle violazioni puntuali del diritto dell'occupazione porti a perdere di vista l'illiceità del quadro complessivo. Per questo sarebbe necessario adottare una concezione «normativa» dell'occupazione che non potrebbe essere concepita come una categoria fondata soltanto su presupposti di fatto²⁴. In senso simile l'Autore osserva anche che la progressiva introduzione dei diritti umani nel diritto dell'occupazione può produrre argomenti giuridici volti a giustificare le logiche della dominazione attraverso il ricorso al bilanciamento tra diritti²⁵. Da questo punto di vista, la soluzione all'oppressione non sempre risiede nell'applicazione di un maggior numero di norme²⁶. Se usato in modo distorto, infatti, il diritto internazionale può rappresentare anche un elemento controproducente nella ricerca della soluzione al conflitto israelo-palestinese perpetuando la situazione esistente.

²² D. KRETZMER, *The Occupation of Justice. The Supreme Court of Israel and the Occupied Territories*, New York, 2002, p. 202. Si veda anche la seconda edizione del libro: D. KRETZMER, Y. RONEN, *The Occupation of Justice. The Supreme Court of Israel and the Occupied Territories*, Oxford, 2021, p. 507-515.

²³ O. BEN-NAFTALI, K. MICHAELI, A. GROSS, *Illegal Occupation: The Framing of the Occupied Palestinian Territory*, in *Berkeley Journal of International Law*, 2005, p. 551 ss. La tesi è sviluppata da Dugard e Reynolds che ritengono che un sistema istituzionale di questo tipo integri gli estremi del crimine di apartheid. J. DUGARD, J. REYNOLDS, *Apartheid, International Law, and the Occupied Palestinian Territory*, in *European Journal of International Law*, 2013, p. 867 ss. In senso critico, v. Y. ZILBERSHAFTS, *Apartheid, International Law, and the Occupied Palestinian Territory: A Reply to John Dugard and John Reynolds*, in *European Journal of International Law*, 2013, p. 915 ss.

²⁴ A. GROSS, *The Writing on the Wall. Rethinking the International Law of Occupation*, Cambridge, 2017, p. 2-8.

²⁵ *Ivi*, p. 350-377.

²⁶ *Ivi*, p. 395-396.

Tornando alle posizioni emerse nell'ambito del documentario, credo che la prima tesi descritta in precedenza, quella secondo cui il parere avrà comunque un effetto in futuro, riveli una forte approssimazione perché non incorpora (potremmo dire comprensibilmente, provenendo da giuristi e dato il ridotto spazio argomentativo consentito dal mezzo cinematografico) alcun cenno all'analisi del nesso di causalità. L'importanza del discorso giuridico nel contribuire alla soluzione della questione israelo-palestinese sembra essere un assunto a cui il giurista crede per definizione, ma non si accenna nemmeno a come il parere possa influire sul comportamento dei principali attori. Trovo criticabile anche la tendenza a personificare il diritto internazionale trasformandolo in un attore antropomorfo. Con il diritto internazionale «bisogna avere pazienza», si dice, quasi parlassimo di un bambino capriccioso. Poi, sembra essere la tesi, il diritto internazionale consegnerà il suo risultato come fosse uno degli attori di questa vicenda, al pari delle potenze globali e regionali, delle organizzazioni, degli individui e dei popoli. Non credo ovviamente che la posizione degli intervistati sia ingenua ed è evidente come tutti loro abbiano un quadro chiaro delle difficoltà politiche e materiali con cui il discorso giuridico si confronta. Credo, però, che parlare del «ruolo del diritto internazionale», personificandone la natura, rischi di farci cadere in un equivoco teorico. Non è il diritto internazionale che può consegnarci da solo la soluzione della questione israelo-palestinese. Il diritto è semmai uno strumento per guidare le condotte degli attori. Se questi scelgono di ignorare le soluzioni giuridiche, ne conservano almeno la responsabilità giuridica e morale che non può essere scriminata dal «fallimento del diritto internazionale».

Al contrario, la seconda posizione che ho descritto in precedenza, sembra mettere da subito in rilievo che gli spazi lasciati agli argomenti giuridici dipendono dalle posizioni dei principali attori. Nella versione di Buergethal il rapporto tra politica e diritto impone però al secondo di farsi da parte per salvaguardare la credibilità delle istituzioni. Credo si tratti di una concezione distorta della dottrina della *propriety* che porta a evitare il discorso giuridico proprio quando lo stesso riguarda norme inderogabili come quelle relative all'uso della forza, al diritto dell'occupazione e ai diritti umani fondamentali. Sembra paradossale, infatti, pretendere di preservare le istituzioni imponendo loro di tacere proprio quando ci sarebbe molto da dire. Non mi sembra un caso che l'unico precedente di astensione rispetto a una richiesta di parere riguardi il caso della Carelia orientale e la

giurisdizione della Corte permanente di giustizia internazionale²⁷. È sbagliato però, a mio avviso, descrivere la questione israelo-palestinese, che si radica nel sistema dei mandati e rappresenta uno dei casi più chiari di autodeterminazione, come una questione bilaterale in cui la richiesta di parere derogherebbe impropriamente al principio del consenso per l'esercizio della giurisdizione. Solitamente, inoltre, questi argomenti sull'opportunità politica si collegano a un corollario relativo alla necessità di preservare il processo negoziale in corso che viene concepito come eminentemente politico²⁸.

Da quest'ultimo punto di vista un percorso di approfondimento essenziale per rispondere alla domanda sollevata da *Broken* (forse il tema per un prossimo documentario?) consisterebbe nel comprendere lo spazio riservato agli argomenti giuridici nel pluridecennale processo di pace. L'indagine sarebbe complicata dalla natura confidenziale delle trattative di cui non esistono minute ufficiali e in cui le stesse delegazioni esitano a scambiarsi documenti negoziali. La letteratura sul processo di pace sembra però fare emergere dei dati ambivalenti²⁹. Da un lato, argomenti giuridici come l'illiceità degli insediamenti e la natura della risoluzione 242 (1967) del Consiglio di sicurezza sono ricorrenti nell'interazione tra le parti. Dall'altro, l'uso degli argomenti giuridici si colloca in una situazione di soggezione quasi totale della delegazione palestinese che, come rivelano i *Palestine Papers*³⁰ e altri racconti dei protagonisti³¹, si trova a dover negoziare il contenuto dei propri argomenti in primo luogo con il mediatore per poi, eventualmente, proporli alla controparte. Il processo negoziale è fatto poi di condizionamenti che spaziano

²⁷ In quella occasione la Corte permanente di giustizia internazionale aveva ritenuto di non poter esercitare la propria funzione consultiva perché la Russia non era uno Stato membro della Società delle Nazioni e non aveva accettato la giurisdizione della Corte. Rendere il parere in queste condizioni avrebbe comportato, in sostanza, secondo la Corte, offrire una soluzione giuridica su una controversia bilaterale senza il consenso di una delle parti. L'adozione del parere avrebbe inoltre richiesto l'analisi di elementi di fatto che, in forza della mancata accettazione della giurisdizione da parte della Russia, non erano pienamente disponibili. CPGI, parere del 23 luglio 1923, *Status of Eastern Carelia*, Series B: Collection of Advisory Opinions (1923-1930), p. 27-29, www.icj-cij.org.

²⁸ Così il Written Statement della Germania in occasione del parere sulla liceità della costruzione del muro. V. Statement of the Government of the Federal Republic of Germany, The Hague, 29 gennaio 2004, www.icj-cij.org.

²⁹ C. ENDERLIN, *Le rêve brisé: histoire de l'échec du processus de paix au Proche-Orient, 1995-2002*, Paris, 2002; C.E. SWISHER, *The Truth about Camp David*, New York, 2004; R. MALLEY, H. AGHA, *Camp David: The Tragedy of Errors*, in *The New York Review*, 9 August 2001.

³⁰ Al Jazeera, *The Palestine Papers*, transparency.aljazeera.net.

³¹ Si veda l'illuminante racconto di Omar Dajani che è stato consigliere politico della delegazione palestinese nei negoziati con Israele a Camp David e a Taba. O.M. DAJANI, *Shadow or Shade? The Roles of International Law in Palestinian-Israeli Peace Talks*, in *The Yale Journal of International Law*, 2007, p. 61 ss.

dalla politica interna israeliana e americana al rapporto con gli altri partner regionali. Secondo il racconto di Swisher, ad esempio, l'azione di mediazione del Presidente Clinton durante i negoziati di Camp David II fu seriamente ostacolata dalla contestuale campagna della moglie per il seggio di New York al Senato³². Egli spiega come Hillary Rodham Clinton vedesse infatti deteriorarsi la propria popolarità in settori determinanti dell'elettorato a causa del ruolo del Presidente nel negoziato.

In questo contesto, la tendenza recente a bilateralizzare sempre più la questione israelo-palestinese³³, descrivendo i negoziati come un processo in cui due partner sullo stesso piano devono accordarsi su una serie di questioni controverse³⁴, non lascia speranza rispetto alle prospettive di attuazione del parere. Il diritto all'autodeterminazione del popolo palestinese può avere prospettive di attuazione solo nell'ambito di un processo multilaterale guidato da una mediazione autorevole. L'invocazione di negoziati bilaterali senza precondizioni rischia semplicemente di perpetuare i rapporti di forza esistenti a scapito della tutela dei diritti della popolazione del territorio occupato. Meglio forse, si potrebbe suggerire al regista – se ciò non apparisse indelicato e neocolonialista – rinunciare al negoziato per la statualità e chiedere con forza uguali diritti per tutti gli individui sotto il controllo *de facto* delle autorità israeliane, da qualunque lato del muro essi si trovino.

4. Considerazioni conclusive

In conclusione, *Broken* merita di essere visto e credo possa essere apprezzato soprattutto da un pubblico accorto, che già conosca le coordinate fondamentali della questione israelo-palestinese. Il film esprime un'urgenza che merita rispetto: una larga parte dei palestinesi ha riposto le proprie speranze di autodeterminazio-

³² SWISHER, *The Truth about Camp David*, cit., p. 46-47.

³³ Sul punto v. M. PERTILE, S. FACCIO, *What We Talk About When We Talk About Jerusalem: The Duty of Non-Recognition and the Prospects for Peace after the US Embassy's Relocation to the Holy City*, in *Leiden Journal of International Law*, 2021, p. 621 ss., 645-647. V. anche A. IMSEIS, *Negotiating the Illegal: On the United Nations and the Illegal Occupation of Palestine, 1967–2020*, in *European Journal of International Law*, 2020, p. 1056 ss., 1056-1057.

³⁴ È l'approccio del c.d. *Peace to Prosperity Plan* pubblicato dall'Amministrazione Trump nel gennaio del 2020. V. *Peace to Prosperity – A Vision to Improve the Lives of the Palestinian and the Israeli People*, January 2020, p. 38-39, trumpwhitehouse.archive.org.

ne in un processo regolato dal diritto internazionale e sente completamente tradite le proprie aspettative.

Come mai il simbolo più imponente del fallimento del processo di pace, un manufatto di cui la Corte internazionale di giustizia e l'Assemblea generale hanno sancito l'illiceità, si staglia per centinaia di chilometri in Palestina regolando nei fatti la vita delle persone? Non è questo un segno tangibile di una promessa di giustizia tradita? Le risposte offerte dai protagonisti di *Broken* restano in superficie e non convincono. Ciononostante il documentario racconta qualcosa di nuovo sulla vicenda processuale del muro e le sue stesse forzature suscitano interrogativi che spaziano dalla rilettura di alcuni aspetti del parere fino al significato del discorso giuridico nella questione israelo-palestinese. Se poi non ci sono risposte credibili per l'autodeterminazione dei palestinesi, la responsabilità non è certo del regista o di chi si pone ancora delle domande.

Finito di stampare nel mese di dicembre 2022
presso Grafica Elettronica srl, Napoli

Amministrazione

Editoriale Scientifica srl

80138 Napoli via San Biagio dei Librai, 39 tel. 081.5800459

info@editorialescientifica.com

www.editorialescientifica.com

Direttore responsabile

Pasquale De Sena

Legale rappresentante

Pasquale De Sena

Rivista annuale gratuita pubblicata esclusivamente on-line su

www.sidiblog.org

www.editorialescientifica.com

Registrazione

Tribunale di Napoli n. 3134/15 del 29 luglio 2015