quaderni di

SIDIBlog

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

Volume 1 • 2014

ISSN 2465-0927

L'Ucraina perde la Crimea • Gaza e il diritto internazionale • Il programma «OMT» della Banca centrale europea • Verso una codificazione europea del diritto internazionale privato? • Il parere della Corte di Giustizia dell'Unione europea sull'adesione dell'UE alla CEDU • Ordinamento italiano e consuetudine internazionale nella sentenza 238/2014 della Corte costituzionale • Il reato di negazionismo in Italia

editoriale scientifica

Direttore

Pasquale De Sena

Comitato scientifico ed editoriale

Giacomo Biagioni
Giuseppe Bianco
Giorgio Buono
Federico Casolari
Francesco Costamagna
Pasquale De Sena
Ester di Napoli
Daniele Gallo
Lorenzo Gradoni
Irini Papanicolopulu
Cesare Pitea
Daniela Savy
Andrea Spagnolo

SOMMARIO

Dibattiti

1. L'Ucraina perde la Crimea

5 PASQUALE DE SENA e LORENZO GRADONI | Crimea: le ragioni del torto (russo) e il torto delle ragioni (occidentali)

22 HARRY H.G. POST | Some Observations on the Events in Ukraine

27 ENRICO MILANO | Di precedenti, analogie, differenze e tesi poco convincenti riguardo alla Crimea

33 MARINA MANCINI | La dichiarazione di accettazione della giurisdizione della Corte penale internazionale da parte dell'Ucraina: significato, limiti e conseguenze possibili

2. Gaza e il diritto internazionale

41 LORENZO GRADONI | A proposito di un appello per Gaza lanciato da esperti di diritto internazionale

51 MARCO PERTILE | A proposito di un appello su Gaza. Una risposta a Lorenzo Gradoni

64 PASQUALE DE SENA | Ancora a proposito di Gaza

77 LORENZO GRADONI | Gaza e la lotta per il diritto internazionale

87 GABRIELE DELLA MORTE | Su Gaza. Tre obiezioni a Lorenzo Gradoni

3. Il programma di «Outright Monetary Transactions (OMT)» della Banca centrale europea

99 ANNAMARIA VITERBO | Oh My…OMT! Some Thoughts about the

German Constitutional Court's Decision to Refer the Outright Monetary Transactions Programme to the Court of Justice of the European Union

107 MATTHIAS GOLDMANN | Friend or Foe? The German Federal Constitutional Court's Request for a Preliminary Ruling on the ECB's OMT Program

112 SALVATORE D'ACUNTO | Sulla coerenza del programma OMT con il diritto dell'Unione europea

4. Verso una codificazione europea del diritto internazionale privato?

125 GIACOMO BIAGIONI e ESTER DI NAPOLI | Verso una codificazione europea del diritto internazionale privato? Una breve premessa

129 FRANCESCO SALERNO | Possibili e opportune regole generali uniformi dell'UE in tema di legge applicabile

135 ANGEL ESPINIELLA | Some Thoughts on a EU Code of Private International Law

143 ZENO CRESPI REGHIZZI | Quale disciplina per le norme di applicazione necessaria nell'ambito di un codice europeo di diritto internazionale privato?

150 SAMUEL FULLI-LEMAIRE | Il futuro regolamento «Roma 0» e la qualificazione

5. Il parere della Corte di Giustizia dell'Unione europea sull'adesione dell'Unione alla Convenzione europea dei diritti dell'uomo

157 LUCIA SERENA ROSSI | Il parere 2/13 della Corte di giustizia dell'Unione europea sull'adesione dell'Unione alla Convenzione europea dei diritti dell'uomo: scontro fra Corti?

169 SIMONE VEZZANI | «Gl'è tutto sbagliato, gl'è tutto da rifare!». La Corte di giustizia frena l'adesione dell'Unione europea alla Convenzione europea dei diritto dell'uomo

6. Ordinamento italiano e consuetudine internazionale nella sentenza 238/2014 della Corte costituzionale

183 LORENZO GRADONI | Corte costituzionale italiana e Corte internazionale di giustizia in rotta di collisione sull'immunità dello Stato straniero dalla giurisdizione civile

197 PASQUALE DE SENA | Spunti di riflessione sulla sentenza 238/2014 della Corte costituzionale

206 LORENZO GRADONI | Giudizi costituzionali del quinto tipo. Ancora sulla sentenza 238/2014 della Corte costituzionale italiana

220 MARCO LONGOBARDO | «Il non-essere non è e non può essere». Brevi note a margine della sentenza 238/2014 della Corte costituzionale rispetto all'adattamento dell'ordinamento italiano al diritto internazionale consuetudinario

226 PASQUALE DE SENA | Norme internazionali generali e principi costituzionali fondamentali, fra giudice costituzionale e giudice comune

235 LORENZO GRADONI | Un giudizio mostruoso. Nuove istantanee della sentenza 238/2014 della Corte costituzionale italiana

7. Il reato di negazionismo in Italia

259 GIORGIO SACERDOTI | Il reato di negazionismo: una tutela della democrazia, non un impedimento alla ricerca storica

262 GABRIELE DELLA MORTE | Cinque argomenti contro il reato di negazionismo

Interventi

Diritto internazionale pubblico

271 LORENZO GRADONI | Gli obblighi *erga omnes*, l'idioma dell'egemone e la ricerca del diritto: ancora sull'intervento contro l'ISIS e oltre

291 CHIARA RAGNI | Quando la ragione non coincide necessariamente con la ragionevolezza: la pronuncia della Corte internazionale di giustizia nel caso della *Caccia alla balena nell'Antartico*

297 LUIGI CREMA | Is the Intention of the Parties at the Heart of Interpretation? Some News about Subsequent Practice from The Hague

303 CHIEN-HUEI WU | Is the Services Agreement with China a Trojan Horse for Taiwan?

308 CESARE PITEA | The European Court of Human Rights, Judicial Dialogue and General International Law in *Cyprus* v. *Turkey (Just Satisfaction)*

314 IVAN INGRAVALLO | La Corte di Strasburgo e il divieto di burqa: osservazioni critiche

320 MATTEO WINKLER | The New Ugandan Anti-Homosexuality Bill

325 LUCA PASQUET | La Santa Sede e le recenti Osservazioni del Comitato per i diritti del bambino: alcune riflessioni

Diritto internazionale privato

333 GIACOMO BIAGIONI e ESTER DI NAPOLI | Il provvedimento del Tribunale di Grosseto sul riconoscimento dei matrimoni *same-sex*: prime riflessioni

339 EVA DE GÖTZEN | Sequestro conservativo dei conti correnti all'estero e recupero transfrontaliero dei crediti: prime riflessioni sul regolamento (UE) n. 655/2014

Diritto dell'Unione europea

347 GIACOMO RUGGE | Gli atti delegati ed esecutivi nel diritto UE: genesi e prospettive di una distinzione

353 NICOLE LAZZERINI | La Corte di giustizia UE e i "principi" della Carta dei diritti fondamentali nella sentenza *Glatzel*

358 ROSSANA PALLADINO | Il "nuovo quadro" dell'UE per rafforzare lo Stato di diritto: un contrappeso ai limiti di applicazione della Carta *ex* articolo 51?

364 VITTORIA BOCCHETTI | *Delisting* e rilievo del danno morale scaturente da una decisione di *blacklisting* nell'ambito dell'Unione eu-

ropea: il cerchio si chiude

368 FRANCESCO COSTAMAGNA | «Chi non lavora…». Alcune considerazioni su cittadinanza europea, solidarietà e accesso ai benefici sociali a margine della sentenza *Dano*

373 FEDERICO CASOLARI | A.A.A. cittadinanza dell'Unione vendesi

379 GIOVANNI ZACCARONI | «Why always me?» (says the European Union). Il referendum svizzero sull'immigrazione, le relazioni con l'UE e le ricadute sull'economia

DIBATTITI

1

L'Ucraina perde la Crimea

PASQUALE DE SENA LORENZO GRADONI	Crimea: le ragioni del torto (russo) e il torto delle ragioni (occidentali)
HARRY H.G. POST	Some Observations on the Events in Ukraine
ENRICO MILANO	Di precedenti, analogie, differenze e tesi poco convincenti riguardo alla Crimea
MARINA MANCINI	La dichiarazione di accettazione della giurisdizione della Corte penale internazionale da parte dell'Ucraina: significato, limiti e conseguenze possibili

Crimea: le ragioni del torto (russo) e il torto delle ragioni (occidentali)

PASQUALE DE SENA (*) e LORENZO GRADONI (ϕ)

1. Scrivere della secessione della Crimea è difficile per chi non è incline a esercizi di ipocrisia. C'è innanzitutto, ma non solo, l'oggettiva complessità della *quaestio iuris*, che abbraccia, tra l'altro, la disciplina dell'uso della forza, il regime giuridico dell'occupazione militare, la tutela delle minoranze, l'attribuzione della cittadinanza da parte di uno Stato terzo, l'ambito di applicazione del principio di autodeterminazione, la tipologia delle sanzioni irrogate, il ricorso a misure di nazionalizzazione, dunque un certo numero di "quadri giuridici" dai contenuti incerti o controversi.

Il *general intellect* internazionalistico si è già soffermato su molte di tali questioni, invadendo la blogosfera (questo sito aiuta a orientarsi nell'intrico degli interventi in lingua inglese) con la stessa rapidità con cui la Russia di Putin, senza spargimento di sangue, ha soffiato un'intera penisola all'Ucraina. Dalla vicenda alcuni hanno ricavato l'impressione di un diritto internazionale irrimediabilmente impotente di fronte a smottamenti

(*) Università Cattolica di Milano.
(ϕ) Università di Bologna.

geopolitici di una certa entità (si veda il sarcastico commento di Posner e le disomogenee repliche di Spiro, Ku e Borgen).

Non può tuttavia sfuggire che gli stessi protagonisti della vicenda – la Russia e il "blocco occidentale" suo avversario – non si sono risparmiati fendenti in punta di diritto internazionale. Europa e Stati Uniti d'America, in particolare, avvertono che, questa volta, il diritto internazionale è un potenziale alleato e non un incomodo da scansare per soddisfare superiori esigenze morali o strategiche, com'è stato in un passato recente (si pensi alla guerra del Kosovo) o non ancora trascorso (l'interminabile lotta al terrorismo). Lo si invoca perciò con enfasi, nelle sedi diplomatiche come nei "nostri" forum accademici *online*. Il risultato è, talvolta, involontariamente umoristico. Vi è chi, ad esempio, alla denuncia della flagrante violazione russa del divieto di ricorrere alla forza armata unisce il consiglio, rivolto al governo americano, di non interiorizzare interpretazioni troppo rigide di quel divieto, pena subire uno svantaggio strategico – come se ci fosse bisogno di questi consigli, considerata la prassi statunitense degli ultimi quindici anni! E c'è persino chi invoca crucifige internazionalpenalistici contro Putin e i suoi complici, quando è noto che, in campo occidentale, formidabili avversari della giustizia penale internazionale guardano il reato di aggressione perlomeno con sospetto, come dimostra l'estenuante negoziato provvisoriamente conclusosi a Kampala nel giugno del 2010.

Più sofisticata è la posizione di chi ritiene che il linguaggio del diritto internazionale «can provide a vocabulary by which states and other actors may frame their arguments in an attempt to persuade other international actors» e che la Russia è venuta a trovarsi in una posizione scomoda proprio perché «[b]argaining in the shadow of international law may make it more difficult to maintain positions that are clearly against the consensus of the international community». La Russia sembra in effetti meno interessata dei suoi avversari al giudizio

dell'opinione pubblica internazionale, mentre si mostra premurosa con quella «interna», soprattutto della Crimea, cui promette, tra varie altre cose, consistenti aumenti delle esigue pensioni minime ucraine. Trattasi di misure che, seppur molto lontane da un Piano Marshall, appaiono molto più allettanti dell'austera condizionalità che presumibilmente scandirà la progressiva inclusione dell'Ucraina nella nostra sfera geoeconomica. Non pare, insomma, che gli Stati occidentali – quelli dell'Unione europea in primo luogo – abbiano preparato nel modo migliore una "guerra" che sembrano aver perso senza combattere. Non solo. Per le *élites* occidentali l'opinione pubblica internazionale non è più, come nell'Ottocento, il tribunale del mondo, quanto piuttosto una massa di "consumatori politici" da blandire con messaggi ingannevoli, che, nel caso che ci riguarda, sono appunto mediati da un uso disinvolto e spettacolarizzato del linguaggio del diritto internazionale.

2. Niente paura: non ci accingiamo a formulare un improbabile *plaidoyer* di Putin. Chi potrebbe infatti negare che i comportamenti sinora adottati dalla Russia costituiscano gravi illeciti?

È vero che le forze militari straniere o comunque non controllate dal governo ucraino, presenti sul territorio della Crimea sin dai primi giorni di marzo, non esibivano segni distintivi mentre si adoperavano per acquisire il controllo del territorio. Ma è altrettanto vero che le targhe dei loro mezzi erano russe; che, nel momento in cui cominciava a prospettarsi l'ipotesi della secessione, è accertata la presenza di circa 20.000 militari russi in Crimea; che, in un contesto del genere, segnato da una richiesta d'aiuto militare dell'autoproclamato Governo autonomo di Crimea, richiesta cui il parlamento russo ha prontamente aderito, il richiamo al Trattato del 21 aprile 2010, quale base giuridica della presenza militare russa, risulta quantomeno fuorviante, anche a non voler ritenere estinto il patto, senza

dubbio di carattere strategico-politico, in conseguenza dell'operare della clausola *rebus sic stantibus*; che, infine, nei giorni antecedenti la celebrazione del referendum del 16 marzo, imponenti manovre militari russe si sono svolte in prossimità del confine orientale ucraino.

È insomma difficile smentire, non solo la violazione dell'integrità territoriale ucraina da parte della Russia, violazione che secondo alcuni integra gli estremi dell'aggressione (si noti però che i partecipanti alle riunioni del Consiglio di sicurezza, con l'eccezione di Stati Uniti, Ucraina, Lituania, Francia e, forse, Regno Unito, si sono espressi con una certa cautela al riguardo: cfr. i verbali delle sedute del 1°, del 13 e del 15 marzo), ma anche il fatto che, almeno dall'inizio di marzo, la Crimea si è trovata sotto il completo controllo russo, considerate le circostanze appena ricordate. Forse non è fuori luogo evocare la figura del governo fantoccio e affermare che la penisola sia divenuta teatro di un'occupazione bellica contraria al diritto internazionale, vista la piega che gli eventi hanno preso. In questa luce, sembra evidente che il referendum svoltosi domenica scorsa – concernente, si badi bene, la questione dell'adesione della Crimea alla Federazione russa in alternativa al mantenimento dell'autonomia sotto la sovranità dell'Ucraina – è da considerarsi come un atto preordinato a consolidare lo *status quo* e, proprio per questo, come un comportamento internazionalmente illecito, *non in sé e per sé*, ma in quanto contrario all'obbligo generale di non modificare lo statuto giuridico del territorio occupato (nel senso dell'illegittimità internazionale del referendum, v., da ultimo, la dichiarazione congiunta di Van Rompuy e Barroso nonché il comunicato del portavoce del Presidente degli Stati Uniti e la dichiarazione del Ministro degli esteri italiano, tutti del 16 marzo scorso).

D'altra parte, anche se si volesse respingere una simile ricostruzione, ritenendo, per esempio, che il livello di controllo da parte russa non sia stato tale da giustificarla, il referendum ce-

lebrato domenica scorsa potrebbe pur sempre considerarsi quale elemento costitutivo, *in sé lecito*, di un fatto illecito complesso, nel senso dell'art. 15 degli Articoli sulla responsabilità degli Stati approvati dalla Commissione del diritto internazionale nel 2001. Basti pensare che l'odierno realizzarsi dell'incorporazione della Crimea appare come il risultato conclusivo, senz'altro illecito, dell'insieme dei comportamenti – leciti e illeciti (cfr. par. 9 del commento all'art. 15 appena citato) – sin qui tenuti o istigati dalla Russia (v., in questo senso, Weckel).

A questo proposito, è bene ricordare che le stesse modalità di svolgimento del referendum sul destino della Crimea (v. il recentissimo parere della Commissione di Venezia del Consiglio d'Europa), risultano alquanto dubbie nella prospettiva del diritto internazionale dei diritti umani. Basti pensare a circostanze quali il respingimento degli osservatori OSCE, le intimidazioni subite da molti giornalisti, l'oscuramento delle reti televisive ucraine, la forte presenza militare nelle strade, il blocco delle vie di accesso alla (e di deflusso dalla) Crimea (v. qui per una rassegna stampa). Ebbene, tali circostanze, se confermate, sembrano destinate a sollevare problemi, soprattutto in relazione al principio generale dell'*effettiva* libertà dell'esercizio del diritto di voto, che si ricava sia dalla giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo (v., ad esempio, *Russian Conservative Party of Entrepreneurs and Others* v. *Russia*, sentenza dell'11 gennaio 2007, par. 73, ove statuizioni chiaramente estensibili a un referendum), sia dalla prassi del Comitato dei diritti dell'uomo delle Nazioni Unite (v. osservazione generale n. 25 del 27 agosto 1996, paragrafi 19-20, ove esplicito riferimento al referendum).

Non vale invece la pena soffermarsi sui molteplici argomenti accampati da Putin per giustificare l'intervento – dagli inviti del governo crimeano e del deposto presidente ucraino Yanukovitch, all'esigenza di proteggere l'incolumità e gli interessi dei

russofoni residenti nell'Ucraina orientale, fino alla realizzazione di un supposto diritto all'autodeterminazione della Crimea – tutti tendenzialmente privi di un sicuro (o anche malsicuro) fondamento nel diritto internazionale vigente. Né è il caso di mettersi a discettare sull'esatta qualificazione giuridica – fu aggressione? – della prima fase dell'intervento russo. Non è così che potremmo placare il senso di insoddisfazione che a questo punto ci assale e che non dipende dalla prevedibilissima incapacità del diritto internazionale di arginare la politica di potenza, quanto piuttosto dalla fatuità del discorso giuridico dei soggetti che, trovatisi quasi per caso dalla parte della ragione, hanno provato a organizzare una reazione al sopruso della Russia.

Ci sembra dunque del tutto naturale, una volta illustrate le ragioni del torto russo, considerare anche il torto delle ragioni occidentali.

3. Cominciano con l'osservare che, mentre fioccano le dichiarazioni di illegittimità del referendum celebratosi in Crimea domenica scorsa, le cancellerie (e i *mass media*) occidentali tacciono sulla dichiarazione di indipendenza della Repubblica autonoma di Crimea e Sebastopoli, che, pronunciata cinque giorni prima del referendum e ad esso strettamente connessa (per un approfondimento v. qui), evoca lo spettro di un'altra e più celebre dichiarazione, quella del Kosovo, che i Paesi occidentali difesero a spada tratta. Il preambolo della prima dichiarazione, peraltro, menziona non solo il "precedente" del Kosovo ma anche il parere con cui la Corte internazionale di giustizia, chiamata a pronunciarsi sulla dichiarazione kosovara, certificò che l'ordinamento internazionale in linea generale non osta all'adozione di una dichiarazione di indipendenza. Tra le due dichiarazioni (e i rispettivi contesti storico-politici) sussistono sia analogie sia differenze. Queste, forse, sono più numerose di quelle; eppure, contrariamente a quanto solitamente si ritiene, le differenze sono perlopiù favorevoli alla posizione russa.

Una prima analogia consiste nel fatto che entrambe le dichiarazioni sono state votate a larghissima maggioranza da assemblee elettive disertate dai rappresentanti delle minoranze contrarie all'indipendenza: il Consiglio supremo di Crimea, che conta 100 deputati, si è espresso con il voto favorevole di 78 membri sugli 81 presenti; l'Assemblea kosovara approvò l'atto all'unanimità ma senza il concorso di 11 parlamentari su 120, tra cui i 10 rappresentanti della minoranza serba. Si sostiene che l'autenticità delle aspirazioni indipendentiste della Crimea, a differenza di quelle del Kosovo, sarebbe inficiata dalla presenza delle forze armate di uno Stato straniero. Anche qui, tuttavia, l'analogia prevale sulla differenza: l'indipendenza del Kosovo fu proclamata quando – e certamente anche in virtù del fatto che – la sicurezza interna ed esterna dell'*ex* provincia serba era assicurata da un'organizzazione militare straniera, la NATO, la cui presenza fu sì autorizzata dal Consiglio di sicurezza, non prima, però, che alcuni Stati appartenenti alla stessa organizzazione portassero a termine una protratta campagna di bombardamenti aerei, dai più ritenuta illecita. Se, inoltre, l'ingerenza russa è all'origine dell'iniziativa dell'assemblea crimeana, l'intervento degli occidentali (Stati Uniti *in primis*) nel processo costituente dell'odierno Kosovo è stato altrettanto intrusivo (ampie notizie, ad es., in WELLER, *Contested Statehood: Kosovo's Struggle for Independence*, Oxford, 2009; v. anche GRADONI, "Questa non è una dichiarazione di indipendenza", in *Il parere della Corte internazionale di giustizia sulla dichiarazione di indipendenza del Kosovo. Un'analisi critica*, a cura di Gradoni e Milano, Padova, 2011, p. 227 ss.).

Sulle differenze si può osservare quanto segue.

La dichiarazione di indipendenza del Kosovo non è stata sottoposta alla verifica di una consultazione popolare. Quella della Crimea, al contrario, prevedeva che la definitiva proclamazione di uno «Stato sovrano e indipendente» sarebbe avvenuta solo nel momento in cui la popolazione si fosse espressa

per l'incorporazione alla Russia, impegnando le autorità crimeane a proporre al potente vicino la stipula di un trattato (si vedano i paragrafi 1 e 3 della dichiarazione di indipendenza). Naturalmente, tutto ciò si riduce a una mera finzione, se si ritiene che le neo-proclamata Repubblica di Crimea resti, *anche dopo il referendum*, uno Stato fantoccio. Comunque sia, l'atto fondativo di tale repubblica, da un punto di vista esclusivamente *semantico*, appartiene al «genere letterario» delle dichiarazioni di indipendenza (cfr. ARMITAGE, *The Declaration of Independence. A Global History*, Cambridge (Mass.), 2008). Quella del Kosovo, invece, lascia ben poco spazio a sospensioni dell'incredulità, poiché paradossalmente si chiude con un atto di sottomissione ad alcuni Stati stranieri, i quali avrebbero *formalmente* detenuto il potere supremo in Kosovo sino allo scioglimento, nell'autunno del 2012, dell'International Civilian Office (il cui sito Internet, che è stato nel frattempo rilevato da un'agenzia immobiliare americana, resta comunque accessibile grazie alla "macchina del tempo" di Internet Archive). Pertanto, ammesso e *non concesso* che il principio di autodeterminazione potesse trovare applicazione in entrambi i casi, solo in quello del Kosovo si sarebbe potuta escludere in partenza – e, per così dire, già dal punto di vista formale – l'idoneità della dichiarazione a realizzare il principio o a conformarvisi (una dichiarazione di sottomissione allo straniero è la negazione stessa dell'autodeterminazione)!

Si può comunque concordare con chi ritiene che il caso della Crimea non cade in nessuna delle fattispecie in cui si articola il principio di autodeterminazione. Per il Kosovo, invece, una parte della dottrina e alcuni Stati parlano di una secessione che il diritto internazionale avrebbe autorizzato per rimediare a una situazione di grave e generalizzata violazione dei diritti fondamentali della popolazione locale, circostanza che non si sarebbe verificata in Crimea. Anche su questo versante, tuttavia, il tabellino della Crimea segna almeno un punto che non figura in

quello del Kosovo: mentre l'oppressione della popolazione di etnia albanese era cessata da anni al momento della dichiarazione di indipendenza (erano semmai i Serbi, divenuti minoranza sotto il governo provvisorio dell'UNMIK, a subire episodi di violenza revanscista), tanto che si discusse della possibilità di invocare la secessione-rimedio anche "a freddo", gli atti compiuti dal governo ucraino scaturito dal *putsch*, in particolare l'immediata decisione di privare il russo dello *status* di lingua ufficiale, uniti all'inquietante presenza di elementi ultranazionalisti, e persino neonazisti, nella compagine ministeriale (causa di silenziosi imbarazzi nelle capitali europee) e al sospetto sempre più forte di un loro coinvolgimento nel massacro di Piazza Maidan, che sarebbe stato strumentalmente attribuito al governo deposto, non lasciano sperare nulla di buono – per usare un eufemismo – circa la capacità del nuovo governo di promuovere una convivenza pacifica tra le diverse nazionalità ucraine (cfr., in questo senso, Mamlyuk). Di nuovo, niente paura: non intendiamo sostenere che con ciò si possa giustificare l'intervento russo; ma che su tali circostanze si debba riflettere, certamente sì!

Un'altra considerazione da non omettere, anche per le conseguenze che se ne possono trarre ai fini di una valutazione critica delle reazioni degli Stati occidentali (di cui ci occuperemo tra poco), concerne il valore perlomeno politico del referendum celebrato in Crimea. Se è possibile affermare che il referendum è stato indetto da un governo fantoccio, e se è vero che le sue stesse modalità di svolgimento presentano aspetti poco convincenti, liquidare il risultato della consultazione – peraltro svoltasi in modo pacifico – come se questa non fosse neppure avvenuta, appare senz'altro discutibile (cfr. le già citate reazioni dell'Unione europea e degli Stati Uniti).

Ha ragione chi sostiene che le violazioni degli Stati occidentali non giustificano quelle commesse dalla Russia nella crisi in corso; il loro ricordo, tuttavia, non può non creare

un'impressione di incoerenza e rende flebile anche la più vibrante delle proteste contro l'ingerenza russa. Il vittimismo, l'esagerazione del torto altrui, gli eccessi retorici e, soprattutto, la palese (e in parte conseguente) incapacità di convincere e di incidere sulla situazione, connotano non solo la qualificazione giuridica dei comportamenti tenuti o istigati dalla Russia ma anche le reazioni agli illeciti da questa commessi, ossia l'esitante *passage à l'acte* del blocco occidentale.

4. Vittima diretta dell'illecito, l'Ucraina ha scelto la via della risoluzione pacifica, citando la Russia, il 13 marzo, davanti alla Corte europea dei diritto dell'uomo. Il giorno stesso, a titolo cautelare, un giudice della Corte ha ingiunto a entrambe le parti di astenersi da comportamenti, in particolare azioni militari, che possano mettere a repentaglio la vita o l'incolumità della popolazione ucraina (per un approfondimento, v. qui). Un provvedimento sacrosanto che, tuttavia, appare distonico rispetto alla vicenda in corso, posto che l'Ucraina non può verosimilmente permettersi di ingaggiare scontri armati, mentre la Russia sembra in grado di conseguire i suoi scopi in modo (quasi) incruento. Il conflitto armato, infatti, ha prodotto sinora una sola vittima. Il 18 marzo, a Simferopoli, un soldato ucraino è caduto mentre difendeva una base militare rimasta sotto il controllo di Kiev. La stridula condanna del "crimine di guerra" pronunciata dal primo ministro ucraino Yatseniuk non ha fortunatamente ricevuto eco presso le cancellerie occidentali, privando la Russia di un pretesto per evocare Guantanamo, Abu Ghraib, la pratica delle *extraordinary renditions*, le innumerevoli vittime civili dei raid aerei in Afghanistan e la scia di sangue dei *signature strikes*. La reazione orchestrata dai Paesi occidentali nell'ambito del Consiglio di sicurezza non è stata altrettanto sobria.

Gli Stati Uniti, sostenuti da altri 41 Stati (tutti tradizionali alleati), hanno messo sul tavolo un progetto di risoluzione che,

qualora adottato, avrebbe definito «privo di qualsiasi validità» il referendum che si sarebbe di lì a poco svolto in Crimea e, oltre a ciò, avrebbe richiamato gli Stati al dovere di non riconoscere eventuali mutamenti dello *status* giuridico della penisola finalizzati ad attuare il risultato della consultazione. Il progetto, che si è ovviamente infranto sul veto russo, ha comunque incassato tredici voti favorevoli e l'astensione della Cina. Un'astensione motivata dal fatto che «il principio dell'integrità territoriale è uno dei cardini della politica estera cinese» ma che, stando al verbale della seduta, equivale in realtà a un mezzo veto: «Drafting a resolution at this juncture will only lead to confrontation and further complicate the situation. It is not in line with the common interest of both the people of Ukraine and the international community». La Cina ha inoltre denunciato le interferenze (anche) occidentali che, a suo avviso, hanno contribuito a inasprire la crisi, deplorando altresì la mancata attuazione dell'accordo del 21 febbraio 2014 che, concluso tra il governo di Yanukovitch e i rappresentanti dell'opposizione e "garantito" da Francia, Germania e Polonia (a nome dell'Unione europea), nonché dalla Russia, sembrava poter condurre a una soluzione negoziata, *nonostante* l'ombra dei misteriosi spari piovuti sulla folla il giorno precedente. L'Argentina ha assunto una posizione simile, anche se in termini solo allusivi e conciliabili con un assenso assai dubbioso. Infine, il Ruanda, pur votando con riluttanza a favore della risoluzione, ha espressamente denunciato il «cinismo» con cui nei «corridoi» del Palazzo di Vetro si è deciso di inscenare un rito forse utile a rimarcare l'isolamento di una parte, la Russia, ma dannoso ai fini della ricerca di una soluzione pacifica.

Pare in effetti che i Membri proponenti abbiano concordato – a beneficio della stampa – l'impiego del medesimo espediente retorico, volto a delegittimare il ricorso della Russia al diritto di veto. Diritto che – così si è arguito nel corso della seduta del 15 marzo – può essere contrapposto a una risoluzione

ma non alla «verità» (per gli Stati Uniti) o ai grandi principi scolpiti nella Carta delle Nazioni Unite che la risoluzione si sarebbe limitata a rispecchiare (per Australia, Cile, Francia, Lituana e Lussemburgo). «Les titres de la presse peuvent être simples: la Russie vient d'opposer son veto à la Charte des Nations Unies», ha sintomaticamente affermato il rappresentante francese, frase di sicuro effetto ma stridente, dato che il diritto di veto è previsto proprio dalla Carta – costituendone anzi l'architrave – e che proprio la Francia non ha esitato ad avvalersene in una situazione analoga.

Si può quindi cogliere un'involontaria nota umoristica nella replica che la Francia ha opposto alla riesumazione del caso dell'isola di Mayotte da parte della Russia. Nel 1976, al momento dell'accesso delle Comore all'indipendenza, la Francia sponsorizzò un referendum da cui emerse la volontà degli abitanti di Mayotte di mantenere il vincolo con la madrepatria, pregiudicando così l'integrità territoriale della *ex*-colonia, a difesa della quale si erse, tra gli altri, l'Unione Sovietica. Da questa circostanza la Francia deduce che «la Russie se trompe dans un des deux cas, en 1976 ou en 2014, elle doit choisir», senza però accorgersi di trovarsi, ora, nella medesima situazione: nemmeno la Francia può pretendere di aver ragione sia sulla Crimea sia su Mayotte. Peraltro, nel 1976, la Francia "agguantò" la ragione proprio come oggi fa la Russia, ossia grazie al veto con cui impedì l'adozione di un progetto di risoluzione che, presentato da Benin, Guyana, Libia, Panama e Tanzania, le avrebbe ingiunto di rinunciare a organizzare il referendum a Mayotte (Gran Bretagna e Stati Uniti si astennero; l'Assemblea generale delle Nazioni Unite, poco dopo, condannò la persistente presenza francese sul territorio delle Comore: v. qui).

5. Esaurita la possibilità di reagire dall'interno del sistema delle Nazioni Unite, i Governi occidentali si concentrano attualmente sull'adozione di misure più o meno concertate. Il 6

marzo, Stati Uniti e Unione europea hanno concordato una reazione sanzionatoria per stadi, comprendente misure di natura ed intensità variabili. Tralasciando le misure meramente lecite, oltre che di dubbia efficacia considerata la posta in gioco (l'interruzione dei pourparler tra Russia e Unione europea in tema di cooperazione economica, ad esempio, o la prospettiva di tenere un vertice G7 a Londra in luogo del programmato G8 a Sochi), vale la pena di soffermarsi sulle c.d. *sanzioni individuali*, in particolare su quelle che possono, almeno in linea teorica, configurarsi come *contromisure*.

La minaccia delle sanzioni si è concretizzata in concomitanza con il referendum. Il 16 marzo, Stati Uniti e Unione europea hanno congelato le risorse finanziarie e vietato l'ingresso nei rispettivi territori di circa 20-30 individui di nazionalità russa o ucraina ritenuti responsabili della crisi che ha condotto al distacco della Crimea dall'Ucraina. Il 19 marzo, il Ministro degli esteri australiano ha annunciato l'intenzione di applicare analoghe sanzioni a dodici individui la cui identità è mantenuta riservata per evitare fughe di capitali; è noto, tuttavia, che tra i soggetti sanzionati vi sono anche cittadini ucraini. Alla campagna sanzionatoria parteciperanno anche altri Stati e si prevede una graduale *escalation* della pressione esercitata sulla Russia (pare che l'Unione europea abbia già stilato una "lista nera" comprendente 100 nominativi).

Le peculiari caratteristiche di tali sanzioni suscitano perplessità sia in rapporto alla loro legittimità, sia riguardo alla loro efficacia (due profili che, come diremo, sono in parte connessi).

Vi è innanzitutto la questione della legittimazione ad adottare contromisure. Gli autori delle sanzioni sembrano partire dal presupposto, non necessariamente scorretto (ma sin qui poco o punto argomentato), secondo cui non solo l'Ucraina, in quanto vittima diretta dell'illecito, bensì anche altri soggetti (statuali e non) sarebbero abilitati a reagire, come se la Russia

avesse commesso una violazione *grave* di un obbligo *erga omnes* (per riferirsi *d'emblée* al parametro tratteggiato dall'art. 5 di una pertinente risoluzione dell'Institut de Droit international). Una qualificazione del genere non è certo da escludere, senza dover per forza evocare il crimine internazionale per eccellenza, l'aggressione armata; tuttavia, considerate le incertezze che gravano sulla disciplina delle reazioni collettive all'illecito, di cui la clausola in bianco (art. 54) degli Articoli sulla responsabilità degli Stati resta l'emblema, dagli autori delle sanzioni ci si poteva forse attendere una giustificazione più circostanziata.

Un'ulteriore questione riguarda il bersaglio della sanzione. Finché, infatti, le "contromisure" incidono sulla situazione di soggetti di nazionalità russa, a essere colpita è anche la Russia, traducendosi siffatte misure in una sospensione delle regole generali in materia di trattamento degli stranieri. Risulta però che alcuni individui sanzionati abbiano nazionalità ucraina, per cui, o costoro possiedono anche la cittadinanza russa (circostanza che però non sembra interessare gli autori delle sanzioni), o li si considera organi *de facto* della Russia (il che appare improbabile) o, infine, si è costretti a pensare che le sanzioni non vogliano colpire (anche) la Russia *in quanto tale*, secondo un classico schema di contrapposizione interstatale, bensì *proprio e solo* gli individui ritenuti in qualche modo responsabili dei gravi fatti accaduti in Crimea. Si tratterebbe di una metodologia sanzionatoria almeno in parte innovativa, dato che vi si ricorre al di fuori del sistema delle Nazioni Unite, che, com'è noto, ha già ampiamente sperimentato le cosiddette *smart sanctions*, non però – si badi bene – per reprimere illeciti accertati nel rispetto dei principi dello stato di diritto, bensì in quanto misure di polizia di durata indefinita e dai presupposti non sempre trasparenti. In tal caso, allora, non avrebbe alcun senso parlare di contromisure, né, più in generale, di reazioni a un illecito. E in effetti, l'*executive order* statunitense, firmato da Obama il 6 marzo scorso, non menziona illeciti di alcun tipo, tanto meno

internazionali, reagendo bensì ad una «unusual and extraordinary threat to the national security and foreign policy of the United States». Lo stesso vale, *mutatis mutandis*, per il regolamento europeo il quale neppure sembra voler reagire a un illecito internazionale (cui rapidamente allude), mirando piuttosto a contrastare azioni individuali funzionalmente collegate alla compromissione o alla minaccia dell'integrità territoriale e dell'indipendenza dell'Ucraina.

Una terza questione riguarda, pertanto, la legittimità delle sanzioni rispetto al parametro dei diritti fondamentali. Il fatto che tali provvedimenti non hanno la "copertura" del Consiglio di sicurezza di certo non scoraggerà gli individui intenzionati a impugnarli di fronte ai tribunali nazionali, dinanzi alla Corte di giustizia dell'Unione europea e, in ultima analisi, dinanzi alla Corte europea dei diritti dell'uomo. Siffatte impugnazioni – è appena il caso di dirlo – non mancherebbero di dar luogo a dubbi di una certa consistenza, a partire dalla loro idoneità a incidere sulla reputazione dei soggetti colpiti (sul punto, v. da ultimo, Corte di giustizia dell'Unione europea, *Abdulbasit Abdulrahim* c. *Consiglio e Commissione dell'Unione europea*, sentenza del 28 maggio 2013, par. 70 ss.).

Infine, la dubbia efficacia delle sanzioni. Alcuni destinatari hanno tenuto a far sapere di non possedere beni sul territorio degli Stati autori delle sanzioni. Incluso nella "lista nera", il Vice-primo ministro russo Rogozin ha motteggiato il Presidente degli Stati Uniti via Twitter: «Comrade Obama, and what will you do with those who have neither accounts nor property abroad? Or didn't you think of that?». In ogni caso, è facile prevedere che il governo russo saprà adeguatamente (ri)compensare gli individui colpiti per il servizio reso alla patria. Sembra dunque che tali sanzioni, che ipocritamente non sfiorano il nemico pubblico numero uno, Vladimir Putin, siano solo un paravento dell'incapacità – o, peggio, di una mancanza di reale volontà politica – di sanzionare la Russia, e ciò a causa

del vasto intreccio di interessi economici che avvince quest'ultima ai suoi stizziti ma impotenti avversari. Se poi si ritiene, seguendo l'impostazione della Commissione del diritto internazionale (cfr. art. 49 degli Articoli sulla responsabilità degli Stati), che una contromisura è lecita solo a patto che contribuisca al ripristino dell'ordine giuridico violato, potrebbe addirittura conseguirne che le sanzioni in questione siano da considerare… illecite! E difatti, esse, oltre che velleitarie, rischiano di apparire grottesche in rapporto all'entità dell'illecito cui intendono contrapporsi: la "conquista" della Crimea convalidata da un voto popolare quasi unanime (malgrado le circostanze di cui si è detto). E qualora non si possa nemmeno parlare di contromisure, come abbiamo ipotizzato, la palese inutilità della reazione la renderebbe per di più… sproporzionata rispetto all'obiettivo perseguito e al livello di compressione dei diritti individuali che comporta.

6. Qui ci fermiamo. Non senza sottolineare, però, che quanto appena detto a proposito delle sanzioni ci riporta all'inizio di queste note, precisamente al punto in cui scrivevamo che l'opinione pubblica occidentale tende oggi, sempre più, ad essere trattata come una massa di "consumatori politici", da nutrire con messaggi spettacolari. Appartengono senza dubbio a questa tendenza le sanzioni fin qui adottate, delle quali è però arduo celare la… spettacolare inidoneità a perseguire (perlomeno per ora) gli scopi per cui, con studiata solennità, se n'è proclamata l'irrogazione.

C'è da presumere, naturalmente, che lo spettacolo continui, con "numeri" non facilmente prevedibili, data la complessità e la singolarità dello scenario che si è venuto a delineare. Tra i numeri cui abbiamo assistito sinora, potremmo citare, per esempio, la buffa sorte occorsa al principio di legittimità democratica, lungamente accarezzato dalla dottrina internazionalistica occidentale, soprattutto nel corso degli anni Novanta, e oggi

invocato dalla Russia per denunciare le vicende assai poco chiare che hanno portato alla deposizione di Yanukovitch e al cambiamento di governo in Ucraina, in barba al già citato "accordo costituzionale" del 21 febbraio scorso. Quanto ai numeri che potranno sopraggiungere, siamo invece abbastanza certi che tra essi non troveranno facilmente spazio argomentazioni, necessariamente sofisticate, volte a conferire una qualche forma di legittimazione giuridica all'intervento russo: tanto per intenderci, argomentazioni comparabili, *mutatis mutandis*, a quelle che, all'epoca della campagna NATO contro la Jugoslavia, furono elaborate per procurare un qualche fondamento, anche solo "prospettivo", a quell'intervento (v., ad es., Cassese, "*Ex Inuiria Ius Oritur*: Are We Moving Towards International Legitimation of Forcible Humanitarian Countermeasures in the World Community?", *European Journal of International Law*, 1999, p. 23 ss.).

21 marzo 2014

Some observations on the events in Ukraine

HARRY H.G. POST (*)

Evaluating the events regarding and in Ukraine in the light of international law at this moment in time is perhaps somewhat more difficult than advancing (with or without a glass of wine at the fire place) the "Putin doctrine", a renewed "Brezhnev doctrine", or wild views on the weakness of the West and the EU in particular. Gradually the Russian "Master plan" is nevertheless unfolding and annexation of the Crimea seems part of it. The referendum of Sunday 16 March is now followed by adherence from the Crimea to the Russian Federation. The instrument used therefor is a treaty concluded between the newly independent Crimea (since Monday 17 March declared so) and Russia. This document was signed in the morning of Tuesday 18 March in Moscow by President Putin and Crimean counterparts and probably is still to be ratified by both the Russian Duma and the Crimean Parliament.

From an international law point of view some of the following observations may be not too daring to submit.

1. Whatever the history of the Crimea is, under international law it is now part of Ukraine. If it has to become a part of the Russian Federation, the latter has to conclude a treaty to that

(*) Università di Sassari e Université Catholique de Lille.

extent with Ukraine. Under international law a military conquest by Russia of the Crimea (or of any other Ukrainian region for that matter) would be illegal. The presence of Russian troops on Ukrainian territory will make any such territorial change in favour of Russia illegal (and that, we may presume, is well-known in Moscow).

2. Territorial sovereignty over Crimea cannot be transferred to Russia by way of a decision of the local Crimean Government or Parliament (subsequently confirmed by a referendum as now has happened). Can the Crimean Government decide to secede legally under international law from Ukraine and become an independent State? Would a Declaration of Independence as such be illegal under international law. In its Advisory Opinion on Kosovo the ICJ stated that «the declaration of independence of Kosovo adopted on 17 February 2008 did not violate international law». The ICJ Opinion made clear that international law was more or less "neutral" regarding such a declaration. A problem with the Opinion of the Court, however, is that the question to be answered was rather limited in nature. The Court made this clear in the course of its Opinion comparing that question to the one famously asked in 1998 to the Supreme Court of Canada in the case of the potential secession of Quebec. In that case the Supreme Court was asked to answer the following question: «Does international law give the National Assembly, legislature or Government of Quebec the right to effect the secession of Quebec from Canada unilaterally? In this regard, is there a right to self-determination under international law that would give the National Assembly, legislature or Government of Quebec the right to effect the secession of Quebec from Canada unilaterally?» (*ibidem*, para. 55).

In its Kosovo Opinion the ICJ draws attention to the fact that the Canadian Supreme Court was asked its opinion on «whether there was a right to "effect secession" […]. By contrast, the General Assembly has asked whether the declaration

of independence was "in accordance with" international law». It is worthwhile to quote in full how the ICJ continues: «It follows that the task which the Court is called upon to perform is to determine whether or not the declaration of independence was adopted in violation of international law. The Court is not required by the question it has been asked to take a position on whether international law conferred a positive entitlement on Kosovo unilaterally to declare its independence or, *a fortiori*, on whether international law generally confers an entitlement on entities situated within a State unilaterally to break away from it» (*ibidem*, para. 56).

I submit that if the question asked to be answered in the Kosovo Opinion would have been more or less similar to the question before the Supreme Court of Canada (or if the ICJ would have interpreted the actual question more broadly) its answer would have been similar as the answer the Supreme Court of Canada gave: a «no, there is no entitlement of entities like the Crimea situated within a State unilaterally to break away».

3. All kinds of more or less far-reaching forms of autonomy of the Crimea and perhaps of other parts of Ukraine may peacefully result, but that is all to be seen. If serious unrest would occur amounting to a civil war, the legal perspective would of course change completely.

4. Russia, except at a low level, has not been willing to negotiate with the Ukrainian Government in Kiev. It is Moscow's choice so far not to recognize the Government there as its legal counterpart. One can say not to recognize the Kiev Government *de jure*. For Russia – at least for now – former President Yanukovych is still the legitimate Head of State of Ukraine, and not interim President Turchinov, although during a press conference President Putin admitted that Yanukovych had no power. The government in Kiev may soon enough be treated as the *de facto* Government of Ukraine.

5. During the presentation of the Russian views of events in Ukraine, on March the 3rd, Russia's UN Representative Ambassador Churkin waved and read from a letter by Yanukovych asking Russia for the use of its armed forces to establish legitimacy, peace, law and order in the country alleging that Ukraine was on the brink of civil war. The significance of this request was not made completely clear but Mr Churkin seemed to imply that it could serve as justification for future Russian military intervention in Ukraine. President Putin and Minister of Foreign Affairs Lavrov seemed to prefer such actions in case Russian citizens would be mistreated or, more generally, human rights («the right to life») would be in jeopardy.

6. Yanukovych's request for Russian help reminded me of another "magic" appeal for help justifying the US military invasion in the Caribbean Republic of Grenada in 1983. Following a number of rather confusing legal justifications for the American invasion there, the Reagan Government announced that Governor General Scoon, the representative of the British Queen on the island, had asked for the US military intervention. That particular argument was not found acceptable at the UN, not even by the UK government of Mrs Thatcher. The competence of Mr Scoon to ask for the American intervention was generally denied or doubted. The powers of Yanukovych are even doubted by President Putin himself.

The argument that if the lives of Russian citizens are or would be in jeopardy or in case Russian citizens would be killed, Russia would be entitled under international law to intervene militarily, passing by the Ukrainian authorities, is not an argument that would find general support in international law, notwithstanding the occasional support for such justifications by some American governments, like the Reagan Government in the case of Grenada. An appeal to Russian military protection of human rights in Ukraine would generally be considered as a highly dubious form of "humanitarian" interven-

tion, both in terms of the factual situation and more in general. The 1999 NATO bombardments of Yugoslavia in the Kosovo war were strongly condemned by Russia. Today in a speech on the occasion of the signing of the Treaty with Crimea, Mr Putin merely accused Western nations of using double standards in its rejection of Crimean events.

7. In a sense the Russian emphasis on future action seems to be illustrated by the denial that already Russian military forces are present on Ukrainian territory, in particular in the Crimean peninsula: as yet there is no Russian military presence except on the Russian military bases is the Russian position. The unknown armed men present are just locals who had purchased uniforms (and armed vehicles, even tanks) which according to Mr Putin are readily for sale in shops for everyone to buy.

Hence, there is no official Russian annexation of the Crimea. The illegality under international law of such an act is also well-known in Moscow.

18 March 2014

Di precedenti, analogie, differenze e tesi poco convincenti riguardo alla Crimea

ENRICO MILANO (*)

I riflettori dell'opinione pubblica mondiale sono oggi puntati sulla crisi tra Russia e Ucraina, relativamente alla penisola di Crimea. Un argomento ricorrente avanzato dal Governo russo, per ultimo dal Presidente Vladimir Putin nel suo discorso alla Duma del 18 marzo, è che la separazione della Crimea dall'Ucraina sarebbe pienamente giustificata e legittima alla luce del precedente del Kosovo, anch'esso caratterizzato da un intervento straniero a tutela della popolazione locale e dalla libera scelta di questa di separarsi dallo Stato di appartenenza. Per contro, è rappresentativo della posizione delle diplomazie occidentali lo sdegnato commento dalla Cancelliera tedesca, Angela Merkel, quando ha definito il paragone «vergognoso», in quanto in Kosovo la NATO sarebbe intervenuta per conto della comunità internazionale, per porre fine alla pluriennale repressione di Milošević non sanzionata dal Consiglio di sicurezza per effetto del (minacciato) veto russo.

(*) Università di Verona.

Da un punto di vista politico e della legittimazione delle proprie azioni davanti all'opinione pubblica (non solo russa), l'argomento del precedente è straordinariamente efficace, quanto sottili, se non a volte inconsistenti, sono i ricorrenti distinguo delle diplomazie occidentali fondati prevalentemente sulla retorica del "caso *sui generis*" riferito al Kosovo. L'argomento del precedente kosovaro è diventato quasi un *leitmotiv* della politica estera e di difesa russa ogniqualvolta essa si rivolga alla tutela della propria area di influenza geostrategica nei Paesi dello spazio post-sovietico: è stato utilizzato anche nell'estate del 2008 per giustificare l'intervento armato in Georgia a difesa delle repubbliche separatiste di Abcazia e Ossezia del Sud e per riconoscerne la sovranità e l'indipendenza (pochi mesi dopo il riconoscimento del Kosovo da parte di molti Paesi occidentali).

Se ci spostiamo sul piano delle norme del diritto internazionale, il quadro è ben più complesso e chi scrive ritiene che sia la tesi affermativa del "precedente", sia la tesi contrapposta, che tende a negare in maniera categorica l'assimilazione dei due casi, siano poco persuasive.

Le tre differenze fondamentali tra i due casi, che, a mio modo di vedere, rendono poco convincente la tesi del "precedente", sono le seguenti.

C'è, in primo luogo, la *soluzione di continuità* tra l'aggressione armata NATO e l'indipendenza del Kosovo, inframmezzata da un lungo periodo di amministrazione delle Nazioni Unite nel quadro di una risoluzione del Consiglio di sicurezza, la nota risoluzione 1244 del 1999. Nel caso della Crimea, l'aggressione armata russa si configura come una vera e propria "aggressione giuridica" volta al distacco di un pezzo di territorio ucraino e all'annessione alla Federazione Russa e, di fatto, già iniziata da anni con la politica di *nationalisation en masse* effettuata dai consolati russi in Crimea. Dalla qualificazione della separazione della Crimea come risultante di una grave

violazione di una norma di diritto imperativo, discendono anche ulteriori conseguenze sul piano della responsabilità internazionale, in particolare attraverso l'obbligo di non riconoscimento in capo agli Stati terzi (reiterato nella bozza di risoluzione del Consiglio di sicurezza presentata dagli Stati Uniti il 13 marzo e "bloccata" dal veto russo).

La seconda differenza (messa in evidenza anche da Greppi in una recente intervista) è strettamente legata alla prima: nel caso kosovaro, si è giunti alla formazione di un nuovo Stato attraverso un processo di *secessione* sui cui esiti, in linea di principio, il diritto internazionale non detta regole e per lungo tempo ancorato a un processo internazionalizzato di definizione dello *status* finale. Nel caso della Crimea, se le notizie di queste ore dovessero essere confermate, assisteremmo ad una annessione unilaterale, modalità di estensione della sovranità categoricamente vietata dal diritto internazionale contemporaneo, portata a termine nel giro di poche settimane, senza alcun coinvolgimento del Governo ucraino.

La terza differenza riguarda le argomentazioni giuridiche addotte per giustificare l'intervento: nel caso dei Paesi NATO, un diritto di intervento umanitario a tutela di popolazioni minacciate dal proprio governo: nel caso della Russia un intervento a tutela di propri "nazionali", anche su richiesta e invito di un Presidente, Yanukovich, (secondo la Russia) illegittimamente deposto. Chi scrive ritiene che, in entrambi casi, tali giustificazioni non avessero e non abbiano fondamento nelle norme del diritto internazionale, ma certamente le argomentazioni giuridiche addotte sono un ulteriore elemento che rende poco convincente la tesi del precedente da un punto di vista giuridico.

Ma, a parere dello scrivente, nemmeno la tesi della fondamentale diversità del caso kosovaro rispetto a quello crimeo (ben esposta da Linden-Retek e Brewer, oltre che nell'intervista di Greppi sopra citata) regge ad un'analisi esaustiva degli aspetti di diritto internazionale coinvolti nelle due vicende.

Tre sono le analogie fondamentali che smentiscono questa tesi.

In entrambi i casi, l'impossibilità del governo centrale di esercitare la propria autorità sulle regioni separatiste, in altre parole l'assenza di effettività, è stata la risultante di un'aggressione armata dall'esterno. Non va ripetuto ad un pubblico di lettori esperti quanto l'effettività sia importante nelle dinamiche della sovranità che il diritto internazionale prevede, riconosce e tutela. Considerata la durata dell'intervento militare NATO, la consistenza dei mezzi utilizzati, i danni materiali e le vittime prodotte dai bombardamenti aerei, è anzi ben più agevole la sussunzione della fattispecie concreta nella norma definitoria sull'aggressione, oggi inserita all'art. 8 *bis* dello Statuto della Corte penale internazionale, in particolare se si prendono in considerazione i requisiti della gravità e della portata, di quanto non lo sia l'azione militare russa.

In secondo luogo, in entrambi i casi, la separazione è stata indotta da un intervento esterno ed è stata in violazione dell'integrità territoriale dello Stato. Nel caso kosovaro, attraverso una politica di riconoscimento e sostegno attivo da parte dei Paesi occidentali raccolti nel c.d. *International Steering Group*, che dal 2008 al 2012 hanno prima riconosciuto e poi guidato le autorità kosovare al traguardo della sovranità e dell'indipendenza (chi scrive ha recentemente sostenuto che in quel periodo il Kosovo ha costituito una moderna forma di *suzerainty* o c.d. "vassallaggio": v. MILANO, *Formazione dello Stato e processi di State-building nel diritto internazionale: Kosovo 1999-2013*, Napoli, 2013, p. 284 ss.). Nel caso crimeo, il referendum sulla separazione è stato reso possibile dall'intervento militare russo in violazione dell'integrità territoriale dell'Ucraina.

In terzo luogo, pur non essendo applicabile in entrambi i casi il diritto di c.d. "secessione-rimedio" (né i russi di Crimea erano stati vittime o minacciati di ritorsioni dal nuovo Governo

di Kiev; né tale minaccia era costituita dal Governo europeista del Presidente Tadić in Serbia), la gran parte della popolazione del territorio è stata a favore del mutamento di sovranità e questo costituisce un importante requisito procedurale del diritto internazionale contemporaneo in merito ai mutamenti territoriali (condizione necessaria, ma non sufficiente).

Quindi, lo ribadiamo, né la tesi del "precedente", né la tesi della diversità, sono a nostro modo di vedere convincenti.

Vi è però un'ultima riflessione di raccordo tra la dimensione politica discussa in apertura e la dimensione giuridica positiva pocanzi esaminata. Riguarda la politica del diritto internazionale. Qui la tesi del precedente diventa nuovamente forte e mostra come il "precedente" sia in grado di minare la tenuta delle regole fondamentali della comunità internazionale. In un sistema giuridico orizzontale come quello internazionale, in particolare in ambiti come quelli relativi all'utilizzo della forza armata e all'intervento da parte dei membri permanenti del Consiglio di sicurezza, non esistono realisticamente strumenti di *enforcement* e di garanzia normati e istituzionalizzati, in grado di assicurare il rispetto delle regole violate da attori che si trovano in una situazione di forza e di privilegio. Tuttalpiù possono essere adottate sanzioni individuali di modesto rilievo da parte di singoli Stati o gruppi di Stati (che prevedibilmente non cambieranno le sorti della Crimea). Ciò induce a osservare come, in particolare in tali ambiti, l'osservanza spontanea sia la linfa vitale dell'effettività delle norme. Quando il rispetto viene meno, viene meno l'effettività delle norme e viene indebolito il sistema nelle sue stesse fondamenta. Un sistema orizzontale, perché sia effettivo nelle sue regole fondamentali, si fonda anche su un equilibrio di ruoli e di potenza. Violare norme fondamentali sull'uso della forza e sull'integrità territoriale di uno Stato, come avvenuto in Kosovo, produce una necessità e volontà di emulazione da parte del "pari", proprio per riaffermare il suo *status* di "pari". In questo senso, l'argomento del prece-

dente utilizzato dall'amministrazione russa è conseguenza quasi naturale in un processo di emulazione e favorisce la legittimazione del proprio operato presso l'opinione pubblica, non solo nazionale. Si spera che l'esperienza della Crimea induca sagge riflessioni, soprattutto negli Stati che hanno prodotto il "precedente", pena un ritorno al diritto internazionale del XIX secolo, proprio ai confini dell'Europa.

24 marzo 2014

La dichiarazione di accettazione della giurisdizione della Corte penale internazionale da parte dell'Ucraina: significato, limiti e conseguenze possibili

MARINA MANCINI (*)

Il 17 aprile scorso, il Cancelliere della Corte penale internazionale (CPI) ha reso noto di aver ricevuto una dichiarazione dell'Ucraina di accettazione della giurisdizione della Corte relativamente ai crimini commessi sul suo territorio dal 21 novembre 2013 al 22 febbraio 2014.

Al comunicato stampa pubblicato sul sito della Corte sono allegati tre documenti: una nota dell'Ambasciata ucraina in Olanda indirizzata al Cancelliere in data 9 aprile, con cui si comunica che l'Ucraina accetta la giurisdizione della Corte sulla base dell'acclusa dichiarazione adottata dal Parlamento di Kiev il 25 febbraio; la dichiarazione stessa firmata da Oleksandr Turchynov in qualità di Presidente del Parlamento; e una nota del Ministero degli Esteri ucraino indirizzata alla CPI, datata 16 aprile, in cui si precisa che, in seguito alla fuga

(*) Università Mediterranea di Reggio Calabria.

di Viktor Yanukovych, il Parlamento ha autorizzato Turchynov ad esercitare le funzioni di Presidente dell'Ucraina e che in virtù del diritto interno e del diritto internazionale egli agisce *ex officio* come Capo di Stato.

La precisazione del Ministero degli Esteri si è resa necessaria, non essendo una risoluzione parlamentare di per sé sufficiente a manifestare la volontà dello Stato di accettare la giurisdizione della CPI *ex* art. 12, par. 3, dello Statuto di Roma. La dichiarazione del 25 febbraio – questo sembra doversi desumere dalla nota del 16 aprile – in quanto firmata da Turchynov sarebbe un atto proveniente dal Capo di Stato, che è competente a rappresentare l'Ucraina nelle relazioni internazionali in virtù dell'art. 106 della Costituzione.

La precisazione è evidentemente bastata al Cancelliere. In realtà, sarebbe stato preferibile agire in modo più lineare: l'accettazione della giurisdizione della Corte avrebbe potuto essere comunicata da Turchynov stesso con una lettera firmata in qualità di Presidente ucraino *ad interim*, allegando ad essa la dichiarazione del Parlamento del 25 febbraio.

Quella ucraina è la terza dichiarazione di accettazione della giurisdizione della CPI da parte di uno Stato non parte dello Statuto di Roma. Segue la dichiarazione della Costa d'Avorio del 2003 e quella della Palestina del 2009. Al riguardo, conviene ricordare che, in virtù dell'art. 12, par. 3, dello Statuto, uno Stato non parte può, con una dichiarazione depositata presso il Cancelliere, consentire che la Corte eserciti la sua giurisdizione sui crimini di cui all'art. 5 che siano stati commessi in precedenza, ma comunque in una data successiva all'entrata in vigore dello Statuto (1 luglio 2002), e/o che dovessero essere commessi in futuro. Tale dichiarazione è indispensabile affinché la Corte possa pronunciarsi sui crimini commessi dai cittadini e sul territorio di uno Stato non parte, tranne che vi sia un deferimento della situazione al Procuratore da parte del Consiglio di sicurezza.

L'Ucraina ha firmato lo Statuto della CPI il 20 gennaio 2000, ma non lo ha mai ratificato; mentre ha ratificato l'Accordo sui privilegi e le immunità della Corte. La ratifica dello Statuto è stata impedita dalla pronuncia della Corte costituzionale dell'11 luglio 2001, secondo cui questo, nella parte in cui riconosce alla CPI una giurisdizione complementare a quella dei tribunali nazionali, sarebbe in contrasto con le disposizioni della Costituzione ucraina per le quali l'amministrazione della giustizia è di esclusiva competenza dei tribunali interni e non può essere delegata ad altri organi (v. International Committee of the Red Cross, Issues raised regarding the Rome Statute of the ICC by National Constitutional Courts, Supreme Courts and Councils of State, January 2010 p. 11 s.). Lo Statuto avrebbe potuto essere ratificato – secondo la Corte Costituzionale – solo previa modifica di queste disposizioni. Modifica che non vi è mai stata. Ragion per cui, come rilevato da taluno (v. i post di Kevin Jon Heller del 26 febbraio e del 18 aprile 2014), la dichiarazione di accettazione della giurisdizione della CPI sarebbe anch'essa in contrasto con la Costituzione ucraina.

Peraltro, la dichiarazione *ex* art. 12, par. 3, dello Statuto era l'unico mezzo per attribuire alla CPI giurisdizione sui crimini commessi nell'ambito della repressione violenta delle proteste di piazza da parte del Governo di Yanukovych. A tal fine non sarebbe servita la ratifica dello Statuto. Come si desume dall'art. 11, par. 2, questa non vale a riconoscere alla Corte giurisdizione su crimini commessi prima dell'entrata in vigore dello Statuto per lo Stato ratificante.

L'accettazione della giurisdizione della CPI da parte dell'Ucraina è limitata ai crimini commessi sul suo territorio nel periodo ricompreso tra il 21 novembre 2013, giorno in cui ebbero inizio le proteste contro il Governo di Yanukovych in seguito alla decisione di quest'ultimo di non firmare l'accordo di associazione con l'Unione Europea, e il 22 febbraio 2014, giorno della destituzione di Yanukovych da parte del Parlamento e

della sua fuga. Nella dichiarazione del Parlamento ucraino si fa specifico riferimento ai crimini contro l'umanità commessi da alti funzionari statali nel tentativo di reprimere le manifestazioni antigovernative. In questo contesto, oltre cento persone sarebbero state uccise e più di duemila sarebbero state ferite. Nella dichiarazione sono menzionati espressamente, oltre all'*ex* Presidente ucraino, l'*ex*-Procuratore Generale Pshonka e l'*ex*-Ministro dell'Interno Zakharchenko.

Conviene domandarsi a questo punto quali conseguenze sia destinata a produrre l'accettazione della giurisdizione della CPI da parte dell'Ucraina. Il 25 aprile scorso, agendo conformemente alla regola 25, par. 1, lett. *c*, del Regolamento dell'Ufficio del Procuratore e come da prassi in caso di *referral* e dichiarazioni *ex* art. 12, par. 3, dello Statuto, il Procuratore della Corte Fatou Bensouda ha annunciato l'avvio di un esame preliminare della situazione oggetto della dichiarazione ucraina, allo scopo di determinare se vi siano elementi sufficienti per aprire un'indagine (v. Office of the Prosecutor, Policy Paper on Preliminary Examinations, Nov. 2013, par. 76). Sono diventate così nove le situazioni oggetto di un esame preliminare. L'Ucraina è il secondo paese europeo sottoposto ad un esame preliminare. Dal 2008, infatti, è in corso l'esame sui crimini che sarebbero stati commessi in Georgia, nel quadro del conflitto con la Russia dell'agosto di quell'anno (v. Office of the Prosecutor, Report on Preliminary Examination Activities 2013, p. 38 ss.).

Solo se l'esame preliminare, per il quale non vi è un limite di tempo, avrà esito positivo, il Procuratore chiederà alla Camera preliminare l'autorizzazione ad aprire un'indagine, come previsto dall'art. 15, par. 3, dello Statuto di Roma. Nel caso in cui l'autorizzazione venga accordata, Bensouda potrà richiedere alla stessa Camera l'emanazione di uno o più ordini di comparizione e/o mandati d'arresto nei confronti di individui sospettati di aver commesso crimini rientranti nella giurisdizione della Corte (art. 58, paragrafi 1 e 7, dello Statuto).

Avuto riguardo ai fatti, i crimini su cui il Procuratore concentrerà la sua attenzione saranno verosimilmente innanzitutto i crimini contro l'umanità di omicidio volontario e persecuzione per motivi politici. Gli stessi per i quali nel 2011 il suo predecessore Luis Moreno-Ocampo chiese e ottenne l'emanazione di un mandato d'arresto nei confronti dell'*ex*-leader libico Gheddafi, di suo figlio Saif Al-Islam e dell'ex-capo dell'intelligence militare di Tripoli Abdullah Al-Senussi.

È tuttavia improbabile che con riguardo alla situazione ucraina il Procuratore agisca con la stessa rapidità della situazione libica, oggetto di un *referral* da parte del Consiglio di sicurezza. D'altra parte, diversamente da Gheddafi al tempo dell'apertura dell'indagine, Yanukovych non è più al potere. L'indagine sui crimini perpetrati in Libia si sperava avesse anche un effetto deterrente rispetto alla commissione di ulteriori crimini da parte del Rais e dei suoi.

Un ostacolo all'apertura di un'indagine sui crimini commessi in Ucraina potrebbe essere rappresentato dal rispetto del principio di complementarietà, che Bensouda dovrà valutare nell'ambito dell'esame preliminare. In questo contesto, il Procuratore deve verificare, tra l'altro, se nello Stato interessato siano in corso o vi siano state indagini o procedimenti effettivi riguardo al caso da esso individuato (v. International Criminal Court, Office of the Prosecutor, Policy Paper on Preliminary Examinations, cit., par. 46). Secondo quanto riportato dai media internazionali (v., per esempio, BBC e RT), già il 24 febbraio il Ministro dell'Interno *ad interim* Avakov ha annunciato l'avvio di un'indagine e l'emanazione di un mandato d'arresto da parte dei magistrati ucraini nei confronti di Yanukovych e di altri alti funzionari per uccisione di massa di dimostranti pacifici.

In caso di apertura di un'indagine da parte del Procuratore, peraltro, il rispetto del principio di complementarietà potrebbe impedire la prosecuzione del procedimento, qualora la CPI dovesse accogliere l'eventuale eccezione di inammissibilità solle-

vata al riguardo dagli individui accusati o destinatari di un mandato d'arresto o di un ordine di comparizione e/o dalla stessa Ucraina.

Occorre aggiungere, poi, che un eventuale mandato d'arresto da parte della Camera preliminare nei confronti di Yanukovych non avrà più *chances* di essere eseguito di quello emanato dalle autorità ucraine, almeno finché l'*ex*-Presidente ucraino rimarrà nella Federazione russa, che non è parte dello Statuto di Roma e quindi non ha alcun obbligo di cooperazione con la CPI.

Infine, alla luce degli eventi degli ultimi giorni, che rendono sempre più concreto il rischio di una guerra civile, è da chiedersi se non sarebbe stato più prudente per l'Ucraina accettare la giurisdizione della CPI con riguardo a tutti i crimini commessi sul suo territorio a partire dal 21 novembre 2013 senza l'indicazione di un termine finale, come fatto dalla Costa d'Avorio, che nel 2003 ha depositato una dichiarazione di accettazione della giurisdizione della Corte a partire dal 19 settembre 2002.

28 aprile 2014

2

Gaza e il diritto internazionale

LORENZO GRADONI	A proposito di un appello per Gaza lanciato da esperti di diritto internazionale
MARCO PERTILE	A proposito di un appello su Gaza. Una risposta a Lorenzo Gradoni
PASQUALE DE SENA	Ancora a proposito di Gaza
LORENZO GRADONI	Gaza e la lotta per il diritto internazionale
GABRIELE DELLA MORTE	Su Gaza. Tre obiezioni a Lorenzo Gradoni

A proposito di un appello per Gaza lanciato da esperti di diritto internazionale

LORENZO GRADONI (*)

Come molti lettori di SIDIblog, qualche giorno fa sono stato invitato a firmare una dichiarazione intitolata *La Comunità Internazionale ponga fine alla punizione collettiva della popolazione civile nella Striscia di Gaza* (l'originale, di cui Chantal Meloni è stata *rapporteur*, è in lingua inglese ma qui utilizzerò la traduzione italiana diffusa da Fabio Marcelli). Con questo documento, sottoscritto inizialmente da circa 140 professionisti del settore (quasi 300 le adesioni al 31 luglio), tra cui alcuni eminenti studiosi iscritti in cima alla lista in deroga all'ordine alfabetico altrimenti seguito (John Dugard, Richard Falk, Alain Pellet, Georges Abi-Saab, Vera Gowland-Debbas), prendono la parola «accademici e studiosi di diritto internazionale e penale, difensori dei diritti umani, giuristi e cittadini che credono fermamente nello stato di diritto». Ricevuta notizia dell'adesione di alcuni amici e colleghi, ero sul punto di unirmi a loro. Di primo acchito la denuncia mi è parsa condivisibile; poi qualcosa mi ha distolto dall'intento, inizialmente solo un dettaglio, che ha però innescato una fuga di cattivi pensieri.

Non ho firmato.

(*) Università di Bologna.

Conviene che io chiarisca subito la natura del mio dissenso, perché è possibile che il lettore si aspetti un controcanto di puntigliose rimostranze di non completa "obiettività" e che, preso da tale sospetto, passi oltre. D'altronde, buona parte del dibattito nei *mass media*, come nelle sedi diplomatiche, si svolge in questa chiave (quando non è infiammato da deliri oltranzisti). Ciò vale anche per l'estemporanea letteratura che trova oggi ampio sbocco nei blog che si occupano di diritto internazionale. Sin qui, per la verità, si è scritto sorprendentemente poco sull'operazione militare battezzata «*Protective Edge*» (non un contributo, per esempio, è comparso sul solitamente fulmineo e trafficatissimo *EJIL: Talk!*). Anche per questo, la dichiarazione che non ho firmato rappresenta un'apprezzabile rottura del silenzio. Alla sua diffusione ha rapidamente reagito un editorialista del noto blog statunitense *Opinio Juris*, secondo il quale il documento criminalizza il comportamento israeliano frettolosamente, senza prove sufficienti, vanificando così ogni possibile pretesa di correttezza scientifica a copertura di una presa di posizione filopalestinese. Noi, invece, dovremmo affidarci alla superiore *expertise* del blogger americano! E perché mai? A mio parere, il problema del documento non risiede affatto nel suo palese afflato politico e morale – che condivido – quanto piuttosto nel suo appellarsi a un'elusiva "comunità internazionale" e al diritto che questa produce e amministra.

Nella sua prima parte, la dichiarazione denuncia, oltre alle «gravi violazioni … dei più basilari principi del diritto dei conflitti armati e dei diritti fondamentali dell'intera popolazione palestinese», la «complice acquiescenza della comunità internazionale degli Stati» («complicit gaze», nella più eloquente versione originale), quella stessa comunità internazionale cui il documento si appella nella sua seconda parte. È stata questa apparente contraddizione – consistente nella pretesa che a soccorrere le vittime sia il "soggetto" già ritenuto complice del crimine – a bloccarmi i polpastrelli sulla tastiera mentre mi ac-

cingevo a comunicare la mia adesione.

Da quasi un secolo, e in termini particolarmente drammatici dal secondo dopoguerra, la questione palestinese e il conflitto arabo-israeliano hanno stimolato un gigantesco flusso di iniziative diplomatiche, di atti e norme (o pseudo-norme) internazionali, di indagini giuridiche estese e minuziose, per poi inghiottirli nel vortice di una situazione sempre più "eccezionale" e intricata, dove poco o nulla di ciò che è accaduto e accade è pacificamente inquadrabile entro collaudati schemi. Non solo le modalità dell'odierno conflitto continuano a mettere a dura prova – secondo alcuni – ogni nitida distinzione tra belligeranza e lotta al terrorismo; vi è persino chi disquisisce sul presunto diritto di Israele di interrompere le forniture d'acqua e di energia elettrica a Gaza, diritto che, per alcuni illustri esperti, ma non per altri, dipenderebbe dalla possibilità – anch'essa controversa – di qualificare Israele come Stato *non* occupante in seguito al *disengagement* del 2005 e al concomitante inizio dell'assedio (per una sintesi del dibattito e gli opportuni rinvii v. qui). La "presenza" del diritto internazionale e delle sue istituzioni in quella terra martoriata è insomma al contempo imponente e ondivaga, massiccia e – si potrebbe temere alla luce dell'esperienza sin qui maturata – illusoria. Cos'altro potrebbero mai dirci di illuminante o di utile i "sacerdoti" della disciplina, a margine dell'ennesima tragica deflagrazione del conflitto?

La dichiarazione sottoscritta dagli esperti anzitutto "accerta" alcune gravi violazioni del diritto internazionale umanitario (convenzionale e consuetudinario), ponendo particolare enfasi sul principio di distinzione tra obiettivi militari e civili, sul requisito della proporzionalità cui deve rispondere il perseguimento di legittimi scopi bellici, nonché sul divieto di spargere terrore nella popolazione civile. Ma siamo sicuri che il diritto internazionale dei conflitti armati offra una solida sponda a chi intende far valere le ragioni del popolo palestinese? Il fatto che sia soprattutto l'esercito israeliano ad appellarsi al diritto inter-

nazionale umanitario – mentre Hamas ostentatamente lo ignora – non è un sintomo preoccupante? Mi spiego.

Il principio di distinzione, molto probabilmente infranto da Israele, è certamente violato da Hamas, organizzazione che non solo rivendica l'intenzione di uccidere ogni israeliano, poco importa se militare o civile, ma possiede armi così rozze e un'*intelligence* così approssimativa che difficilmente potrebbe rispettarlo, anche se volesse. Le forze armate israeliane, al contrario, vantano il possesso di armi ad altissima tecnologia, bombe e proiettili "intelligenti" e "chirurgici", il cui impiego permette di avanzare perlomeno la pretesa – spesso infondata, temo – di agire nel rispetto del principio di distinzione (cfr. qui per una misura dell'imprecisione delle armi israeliane). Le offensive israeliane causano molte vittime civili, queste però non sono altro che «danni collaterali» – potrebbe arguire l'attaccante – provocati da un'azione bellica che, anche grazie alla precisione delle armi, e perlomeno nelle intenzioni (non sempre sondabili!), si mantiene conforme al principio di distinzione (sul tema, in relazione alla corrente crisi, cfr. Anderson e Blank).

E che dire, d'altro canto, della tendenza, diffusa tra gli Stati schieratasi al fianco di Israele, a qualificare come «terrorismo» l'offensiva di Hamas, forse anche al fine di escluderla *tout court*, assieme a taluni comportamenti assunti da Israele per contrastarla, dal campo di applicazione del diritto internazionale umanitario? Comprensibilmente, la dichiarazione sorvola su questo punto. È però innegabile che la contemporanea propensione – non solo di certa diplomazia ma anche di una parte della dottrina – a integrare le gelatinose categorie della "lotta al terrorismo" nel corpo del diritto internazionale, ha anch'essa prodotto danni collaterali, in particolare minacciando lo spirito non discriminatorio dello *ius in bello*, sia dall'esterno, premendo sul suo ambito di applicazione, sia dall'interno, portando scompiglio nelle sue categorie (per una rassegna dei problemi

v. BIANCHI e NAQVI, *International Humanitarian Law and Terrorism*, Oxford-Portland, 2011).

Ma c'è di più. Il diritto internazionale contempla, accanto al principio di distinzione (sacrosanto e inviolabile), quello della necessità militare, il quale, com'è noto, può giustificare – tutto dipende dalle circostanze – l'uccisione di civili innocenti e la distruzione di abitazioni e infrastrutture civili situate nelle vicinanze di un obiettivo militare. L'azione bellica deve sì conformarsi a un generico requisito di proporzionalità, ma, per quanto tale limite debba intendersi in termini precauzionali, è ovvio che non può essere invocato per precludere l'accesso a teatri bellici intrattabili, come quello di Gaza, dove la sovrappopolazione e la tendenziale assenza di una formale organizzazione militare, con propri luoghi e insegne, può macabramente giustificare, sul piano giuridico, "danni collaterali" anche pesantissimi. D'altra parte, la situazione appena evocata, unita al coinvolgimento in vario modo di buona parte della popolazione nella lotta per la liberazione del popolo palestinese, rende difficile conformarsi a un altro imperativo del diritto dei conflitti armati, questa volta rivolto ai combattenti che subiscono l'attacco, ossia quello di distinguersi dalla popolazione civile, sottraendo così all'attaccante l'argomento degli "scudi umani" (in tema v. il recente intervento di Kolesov Har-Oz e Pomson). Il fatto che a tale argomento si ricorra spesso in modo del tutto pretestuoso non dovrebbe far perdere di vista un dato essenziale: la retorica degli scudi umani non è frutto di un travisamento del diritto internazionale umanitario; è un prodotto della sua intima struttura.

I firmatari della dichiarazione chiedono all'Organizzazione delle Nazioni Unite, e in particolare al Consiglio di sicurezza, «di agire con la massima urgenza per porre fine all'*escalation* di violenza contro la popolazione civile di Gaza» e per assicurare alla giustizia i leader civili e militari responsabili del massacro. Sinora, tuttavia, dal Consiglio è uscito solo un debole *statement*

presidenziale. Mentre il Consiglio di sicurezza resta immobilizzato dal diritto di veto – diritto che, occorre ricordarlo, è previsto da una norma internazionale che ha tra l'altro impedito al Consiglio di reagire alla violazione delle poche risoluzioni incisive che è riuscito ad adottare a margine del conflitto israelo-palestinese – il 23 luglio scorso ha fatto sentire la sua voce un altro organo, il Consiglio dei diritti umani, il quale ha approvato un atto che istituisce una commissione internazionale d'inchiesta, incaricata di indagare «all violations of international humanitarian law and international human rights law in the Occupied Palestinian Territory, including East Jerusalem, particularly in the occupied Gaza Strip, in the context of the military operations conducted since 13 June 2014» (par. 13). Gli autori della dichiarazione accolgono l'iniziativa con incondizionato favore.

Bisogna tuttavia considerare che la risoluzione è scaturita da un confronto altamente polemico, tanto che tutti i Membri occidentali del Consiglio, ma anche il Benin, il Botswana, il Burkina Faso, il Gabon, il Giappone e la Corea del Sud, hanno deciso di prendere le distanze dal testo, astenendosi o, nel caso degli Stati Uniti, votando contro. Il progetto di risoluzione adottato a maggioranza contiene brani o affermazioni che non potevano non irritare gli Stati che preferiscono enfatizzare il diritto di Israele all'autodifesa e la tragedia di un popolo sul quale piovono razzi (parecchi dei quali, com'è noto, sono per fortuna intercettati dal sistema di difesa robotizzato detto «Cupola di Ferro»). La risoluzione, per la verità, come del resto la dichiarazione che ho deciso di non sottoscrivere, cerca di proporre una diagnosi equilibrata; sembra però farlo malvolentieri e persino in modo beffardo, come quando condanna «all violence against civilians, wherever it occurs, including the killing of two Israeli civilians as a result of rocket fire» (par. 3), come a sottolineare, più che il misfatto, l'esiguo numero di vittime del fuoco palestinese (nella dichiarazione compare uno svogliato

«anche i lanci di razzi dalla Striscia di Gaza vanno condannati»). Certo, ci si attende che la Commissione d'inchiesta (non ancora operativa), come quella che in precedenza ha riferito sull'operazione «Piombo fuso» indagherà anche sugli illeciti commessi dai palestinesi (cfr. Harwood). Tuttavia, date queste premesse, si può dubitare che dai suoi lavori scaturirà un accertamento dei fatti che le parti in causa potranno condividere e sfruttare nell'ambito di una prossima ripresa del negoziato. Se le Nazioni Unite non sono capaci di produrre altro che un dispositivo di accertamento della "verità", rispetto a un conflitto dove le verità dei contendenti sono radicalmente inconciliabili e producono di continuo interpretazioni divergenti dei "fatti", non ci sono molte ragioni per rallegrarsi. Si considerino le parole pronunciate dal rappresentante del Governo israeliano durante una recente seduta del Consiglio di sicurezza: «Goethe was right. The hardest thing to see is what is before one's eyes. Israel is on the frontline of the global war against radical Islamist terrorism. The entire civilized world has a stake in the outcome and must therefore support Israel's right to defend its citizens» (S/PV.7222, 22 luglio 2014, p. 9). Per il rappresentante della Palestina, analogamente, i martiri di Gaza, dipinti senza distinzione come vittime inermi, adempiono un compito storico-universale (S/PV.7220, 18 luglio 2014, p. 7), mentre per una "primaverile" Tunisia, espressasi in seno al Consiglio dei diritti umani, Israele è un «terrorist State acting like the Nazis» (si veda il resoconto della seduta qui). Anche per Israele è questione di «good against evil» (S/PV.7220, cit., p. 7), dove il male, presumibilmente incarnato dal delegato palestinese, «is staring the Council right in the face» (S/PV.7222, cit., p. 6). Parafrasando Nietzsche, si potrebbe dire che, quando l'intensità di un conflitto si fa estrema, «non ci sono fatti, ma solo allucinazioni». La pretesa del Consiglio dei diritti umani di dissolvere un simile "caos cognitivo" sovraimponendovi una versione ufficiale dei fatti – peraltro elaborata da una Commissione

d'inchiesta la cui credibilità è, per una parte in causa e per molti suoi sostenitori, compromessa da un vizio d'origine – appare velleitaria.

La dichiarazione auspica infine l'attivazione dei meccanismi della giustizia penale internazionale, sia attraverso l'adesione della Palestina allo Statuto di Roma, a quanto pare già decisa da Ramallah, sia attraverso un intervento del Consiglio di sicurezza, il quale, secondo i firmatari, verrebbe meno alla sua missione qualora si rifiutasse di deferire la questione alla Corte penale internazionale. Com'è facile intuire, la seconda via è sbarrata dal diritto di veto, al cui esercizio si accingerebbero presumibilmente almeno tre Membri permanenti (Francia, Gran Bretagna e Stati Uniti). Secondo Amnesty International – che ha lanciato un analogo appello affinché si apra il campo a un intervento della Corte penale internazionale – le due potenze anglosassoni, in particolare, non potrebbero ricorrere al veto dopo aver criticato la decisione di Cina e Russia di opporsi al deferimento della situazione in Siria, pena applicare un «blatant double standard». In realtà, lo standard previsto dal diritto internazionale *in subjecta materia* è uno solo, è puramente formale e coincide, piaccia o no, con il diritto di veto! La Corte di cui si vagheggia l'intervento non è titolare di una giurisdizione universale, mentre il compito di espandere *ad hoc* il suo raggio d'azione è stato affidato al Consiglio di sicurezza, perpetuando così la logica discriminatoria di una giustizia penale subalterna agli interessi delle grandi potenze. E anche questo è diritto internazionale.

Quanto alla prima via, è possibile che essa dischiuda l'accesso alla Corte, forse persino in tempi rapidi qualora il Procuratore decidesse di non attendere l'adesione della Palestina – atto che, se notificato oggi, diverrebbe efficace solo il 1° novembre per effetto dell'art. 126, par. 2, dello Statuto – e di occuparsi del caso in virtù della dichiarazione di accettazione *ad hoc* della giurisdizione che la stessa Palestina ha depositato

nel 2009 e mai revocato, e che potrebbe comunque in qualsiasi momento rinnovare (fonti giornalistiche riferiscono che il Governo palestinese starebbe già procedendo in tal senso). Ma è realistico prevedere che il Procuratore reagirà prontamente a queste sollecitazioni? La criticatissima replica del suo predecessore, Moreno-Ocampo, si fece attendere per oltre tre anni e fu, come si sa, negativa, a causa di dubbi persistenti sulla natura statuale della Palestina, nonché sull'identità dell'organo competente a scioglierli (cfr. Meloni, nonché Azarov e Meloni). Alcuni sosterranno che dopo il conferimento alla Palestina della qualità di Stato osservatore, operato dall'Assemblea generale delle Nazioni Unite il 29 novembre 2012 (A/RES/67/19), tali dubbi, anche se la decisione dell'Assemblea certo non è un "certificato di nascita" dello Stato palestinese, devono ritenersi definitivamente sciolti: la Palestina è uno Stato e, in quanto tale, può aderire allo Statuto di Roma ovvero accettare la giurisdizione della Corte *ad hoc*. Non è così semplice. Il Procuratore gode anche sotto questo profilo di piena discrezionalità e non è quindi tenuto a rispettare la determinazione compiuta da un organo che, seppure importante come l'Assemblea generale, appartiene a un'organizzazione internazionale distinta. E ciò che vale per il Procuratore, vale naturalmente anche per gli organi giudicanti della Corte. Inquirenti inclini alla prudenza potrebbero approfittare della frammentazione istituzionale che caratterizza l'ordinamento internazionale per ritardare *sine die* un loro intervento, magari baloccandosi con una dottrina "funzionalista" della personalità giuridica internazionale per cui i criteri della statualità possono variare a seconda del regime normativo di riferimento, che è poi la stessa dottrina *illo tempore* evocata dai consulenti della Palestina per sostenere che il loro cliente, nelle more di un pronunciamento dell'Assemblea generale, poteva ritenersi uno Stato ai fini dello *speciale* regime giuri-

dico creato dallo Statuto di Roma, pur non essendo necessariamente tale secondo i canoni del diritto internazionale generale (cfr. Shaw). E anche questo è diritto internazionale.

La Corte penale internazionale si è del resto guadagnata la fama di istituzione prudente e perciò propensa a occuparsi di "situazioni" – sinora esclusivamente in Africa – in rapporto alle quali il suo operato non rischia di contrariare le grandi potenze, tanto da spingere l'Unione africana a protestare ufficialmente contro una politica dell'azione penale da essa a giusto titolo ritenuta discriminatoria. Infine, anche qualora militari e politici israeliani di rango più o meno elevato, oppure esponenti di Hamas, finissero alla sbarra, all'Aja, non i secondi ma i primi, che potremo immaginare assistiti da grandi esperti di *ius in bello*, avrebbero qualche buon argomento da trarre, a loro discolpa, dal diritto internazionale dei conflitti armati. E in quale maniera estenuanti dibattimenti davanti alla Corte ed eventuali condanne faciliterebbero la risoluzione di un conflitto di cui la comunità internazionale, con le sue istituzioni, la sua diplomazia e il suo diritto, stenta ad afferrare persino il senso?

Vorrei poter credere – come sembrano fare i firmatari della dichiarazione – che esista in qualche luogo un diritto internazionale capace di arginare ciò che è «moralmente inaccettabile» (sono parole tratte dal documento), se solo fosse applicato secondo i dettami di una retta ragione giuridica di cui gli esperti della materia possono farsi garanti. Ho tuttavia la sgradevole sensazione che il diritto internazionale, le sue norme, le architetture istituzionali e i processi decisionali che esso costituisce e disciplina, siano parte del problema molto più di quanto non possano contribuire alla ricerca di una soluzione.

5 agosto 2014

A proposito di un appello su Gaza. Una risposta a Lorenzo Gradoni

MARCO PERTILE (*)

Stavo per ultimare un pezzo sull'operazione israeliana «*Protective Edge*» quando i curatori di SIDIBlog mi hanno gentilmente trasmesso in anteprima un intervento di Lorenzo Gradoni (*supra*, p. 41 ss.) sul recente appello di alcuni giuristi sulla situazione a Gaza, appello di cui anch'io sono firmatario. Il mio post si allontanava molto, dal punto di vista tematico, dall'appello e prendeva in esame la questione del diritto alla legittima difesa di Israele e altri profili di *ius ad bellum* che mi paiono, almeno in questa fase, maggiormente rilevanti. La lettura dello scritto di Gradoni m'impone però di rispondere con celerità. Naturalmente devo chiarire in via preliminare che questa risposta rappresenta soltanto la mia opinione e che non ho alcun mandato a rappresentare gli altri firmatari.

Gli appelli, è noto, si firmano anche quando qualche parola forse non ci rappresenta del tutto. Se ne esamina il senso complessivo e per varie ragioni si decide che è giusto *far suonare la propria voce assieme a quella di altri*. La questione israelo-palestinese poi è di estrema complessità ed è ovviamente legit-

(*) Università di Trento.

timo che esistano opinioni diverse sui molteplici snodi di questa vicenda. Eppure, dopo aver letto e riletto il pezzo con l'attenzione che riservo sempre a "un Gradoni", non sono sicuro di averne compreso il significato, né in relazione ad alcune affermazioni puntuali, né in termini generali. Forse è più onesto dire che non ne condivido il contenuto in diversi punti.

L'argomento che ha convinto Lorenzo Gradoni a non firmare l'appello sarebbe la presunta contraddizione insita nell'invocare l'intervento della comunità internazionale quando la comunità internazionale stessa e il suo diritto internazionale, lungi dall'essere in grado di porre rimedio alla crisi in atto, sarebbero tra gli artefici della stessa. Segue una presentazione dei limiti e delle incongruenze del diritto dei conflitti armati, dal principio di distinzione, al rapporto con il terrorismo internazionale, al principio di proporzionalità, fino alla questione degli scudi umani. Infine, una precisa ricostruzione dei problemi che si pongono per arrivare all'accertamento delle responsabilità individuali e all'esercizio della giurisdizione da parte di una Corte penale internazionale deferente rispetto al potere politico. Gradoni, insomma, ne ha per tutti. La comunità internazionale, nelle sue istituzioni più rappresentative, è paralizzata dal veto o prende iniziative inefficaci e inconcludenti. Gli Stati adottano posizioni talvolta estreme che non possono contribuire alla soluzione della crisi. Il diritto internazionale è vago e si presta a interpretazioni contrapposte. I giuristi («i sacerdoti della disciplina») si perdono in dibattiti sterili e forse faziosi (su questo tornerò tra poco).

Verrebbe da dire preliminarmente che la comunità internazionale non è il diritto internazionale e che i fallimenti della prima non sono sempre dovuti soltanto al secondo. È forse ingenuo "entificare" un'astrazione come la comunità internazionale, come se davvero ci fosse un *deus ex machina* in grado di intervenire nelle crisi per risolverle, ma non trovo contraddittorio il fatto di denunciare la passività della comunità internazio-

nale (degli attori rilevanti) indicando al contempo alcuni principi che dovrebbero ispirarne l'azione. Semmai, ho l'impressione che il discorso di Gradoni attribuisca al diritto internazionale delle responsabilità che sono da attribuire alla politica e ai rapporti di forza che si sviluppano all'interno delle istituzioni. Se il Consiglio di sicurezza e la Corte penale internazionale sono inerti possiamo affermare che «anche questo è diritto internazionale»? Secondo me, no. Il diritto internazionale non vieta a queste istituzioni di agire, i suoi principi, anzi, ne richiedono l'intervento. Temo siano in primo luogo le relazioni di potere a impedire l'azione di queste istituzioni. E questo non è (solo) diritto internazionale.

Peraltro, se è chiaro a tutti che l'attuale assetto della comunità internazionale è insoddisfacente da molti punti di vista, è altrettanto chiaro che di fronte a un argomento decostruttivo come quello proposto da Gradoni la prima tentazione è di chiedere quale sia l'alternativa di cui disponiamo per risolvere le controversie internazionali. Immagino che Lorenzo non pensi alla Torah o al Corano come testo guida per la risoluzione della questione israelo-palestinese; immagino anche che il realismo politico *à la* Morgenthau e la ricerca di soluzioni meramente basate sui rapporti di forza non siano vicini alla sua sensibilità. Ma mi fermo e non formulo altre ipotesi, perché qui non stiamo facendo un dibattito accademico astratto. Stiamo discutendo di un'operazione militare, l'ennesima, che ha raso al suolo interi quartieri della Striscia di Gaza, che ha portato alla morte di 1.800 persone e alla creazione di 500.000 sfollati (v. qui). Mi spiace dover giocare questa carta, e so bene che le questioni giuridiche non si risolvono con la contabilità dei morti e dei feriti, ma sento l'urgenza di ribadire che stiamo discutendo di morti, di orfani, e di menomazioni permanenti. Stiamo discutendo di una spirale di odio che rischia di avere importanti conseguenze politiche e giuridiche e di rendere la soluzione della questione israelo-palestinese ancora più irraggiungibile.

Molti tra noi si sono ritrovati da studenti nelle aule dove si insegna il diritto internazionale pensando che l'argomento giuridico potesse contribuire a razionalizzare e a risolvere crisi come queste. Io continuo a pensare che, almeno in alcuni casi, possa essere così a patto che gli stessi giuristi non abdichino al loro ruolo. Non devo di certo ricordare ai lettori che il diritto internazionale è materia difficilissima, fatta d'interazioni complesse, criteri interpretativi labili, sistemi di produzione e di accertamento atipici. Esistono però anche casi chiari, soluzioni giuridiche persuasive, argomenti che di fronte alla faziosità e ai calcoli di convenienza politica presentano una forza difficilmente vincibile. Da questo punto di vista, accanto ad argomenti condivisibili, vedo nelle tesi di Gradoni la tendenza a presentare il diritto internazionale, soprattutto il diritto dei conflitti armati, come inadeguato perché necessariamente ambiguo. Su questo dissento.

È chiaro che il diritto internazionale umanitario porta su di sé i segni di una lotta impari. Il diritto cerca di razionalizzare la più primitiva tra le relazioni umane, quella bellica, e talvolta il compromesso politico si riassume in norme vaghe, di difficile applicazione nel teatro del conflitto. Lo sanno bene i combattenti sul terreno che si trovano in meno di un secondo a prendere decisioni che possono influire sulla loro vita, su quella dei loro compagni o su quella dei civili. Ritengo però che anche nel diritto internazionale umanitario, che è ricco di fonti scritte e di precedenti, esistano questioni giuridiche ragionevolmente chiare. Se la materia non fosse tragica, si potrebbe usare la teoria del ridicolo di Perelman (PERELMAN e OLBRECHTS-TYTECA, *Traité de l'argumentation: la nouvelle rhétorique* [1958], Bruxelles, 2008). Esistono casi in cui la decisione di opporsi a un determinato argomento contro-argomentando genera in un osservatore esterno sufficientemente informato un senso d'ilarità e di straniamento: il ridicolo. In quei casi l'argomento giuridico è chiaro. Ecco, io ho firmato l'appello di cui stiamo discutendo

perché da resoconti attendibili e conformi di osservatori neutrali sul terreno emergono numerosi argomenti giuridici chiari o, quantomeno, numerose denunce credibili che devono essere verificate con la massima urgenza.

È fuor di dubbio che sia complesso affermare la violazione del principio di distinzione in assenza di un'inchiesta sui fatti o di un accertamento giudiziale. Su questo punto Gradoni ha ragione quando virgoletta il verbo "accerta" riferendosi all'appello. Nella recente operazione sono però emersi dei fatti, talvolta non contestati dalle parti, che dimostrano una preoccupante tendenza all'indebolimento del principio di distinzione. Mi chiedo, ad esempio, come un esercito che ha il completo controllo aereo del territorio anche attraverso i velivoli a pilotaggio remoto, una schiacciante superiorità tecnica sul terreno e un'*intelligence* di altissimo livello possa colpire un gruppo di bambini che corrono su una spiaggia deserta. Un grave errore? Una violazione del principio di distinzione? Mi chiedo anche perché sia stata bombardata l'unica centrale elettrica della Striscia di Gaza, quando è chiaro che l'utilizzo dell'energia in quel caso era prevalentemente destinato a fini civili, ivi compreso l'adeguato funzionamento degli ospedali. Mi sembra difficile affermare che, nelle circostanze date, questo bene possa essere considerato un obiettivo militare legittimo. In ogni caso, gli effetti secondari di questo attacco, largamente prevedibili, mi paiono incompatibili con il principio di proporzionalità. Vorrei pure capire perché durante l'operazione *Protective Edge* in tante occasioni siano stati colpiti beni civili, tra questi anche ospedali, mezzi di soccorso e strutture dell'UNRWA, l'Agenzia delle Nazioni Unite per i rifugiati palestinesi (sette volte). Ricordo a me stesso che l'uso passato e sporadico di un bene civile a fini militari non vale a trasformare un bene «*dual use*» in un obiettivo militare. In caso di dubbio, un bene civile non può essere considerato un obiettivo militare. Per chiarire meglio, il ritrovamento di razzi in tre strutture dell'UNRWA, depositati vero-

similmente quando le stesse erano state abbandonate nella pausa estiva, non può trasformare tali strutture in un obiettivo militare per il futuro. Tanto più che la presenza dei razzi è stata prontamente denunciata dalla stessa agenzia delle Nazioni Unite. Resta ovviamente il fatto che la dislocazione dei razzi in quelle strutture per opera dei militanti palestinesi configura a sua volta una violazione del diritto umanitario e, in particolare, del principio che impone di adottare adeguate precauzioni nella difesa contro gli effetti degli attacchi. In termini generali ha destato stupore negli analisti militari la scelta dell'Esercito israeliano di utilizzare nell'ambito di ostilità che si svolgono in uno scenario urbano proiettili a frammentazione di tipo indiretto che hanno un raggio letale di 150 metri, una capacità di ferimento fino a 300 metri e un margine di errore variabile dai 200 ai 300 metri. I dati raccolti dall'Agenzia per il coordinamento degli affari umanitari delle Nazioni Unite (OCHA) descrivono centinaia di episodi di fuoco diretto sulle abitazioni civili ed emergono rapporti credibili che descrivono una serie di casi di fuoco diretto sui civili. L'insieme di queste fonti porta a formulare due ipotesi: o esistono seri problemi di addestramento nell'esercito israeliano o le regole di ingaggio sono rilassate a tal punto da ammettere il coinvolgimento dei civili in modo inaccettabile.

Il principio di proporzionalità (*rectius*, addirittura, di non eccessività) delle perdite civili rispetto al vantaggio militare diretto e concreto previsto dal comandante militare è senza dubbio una norma di difficile applicabilità (cfr. art. 51, par. 5, lett. *b*, del I Protocollo aggiuntivo). Essa richiede di valutare *ex ante*, sulla base delle informazioni disponibili al momento, se il vantaggio militare che si attende il comandante si ponga in una relazione di proporzionalità rispetto ai danni collaterali che è ragionevole prevedere. Si tratta evidentemente di un'analisi complessa, ma ciò non significa che il *test* previsto da questa norma sia del tutto inapplicabile in alcuni casi limite. Vorrei

provare, ad esempio, a fare un sondaggio nelle accademie militari chiedendo ai consiglieri giuridici se la distruzione di un edificio di 4 piani in cui si trovano intere famiglie e un solo affiliato ad Hamas (non risulta un leader del movimento), in una situazione in cui si ha il completo controllo aereo, sia ammissibile in base al principio di proporzionalità (v. qui). Mi chiedo anche se l'asserita provenienza di uno o più razzi da una scuola in cui si trovano 3.300 sfollati valga a giustificare, alla luce del principio di proporzionalità e dell'obbligo di adottare le necessarie precauzioni nell'attacco, la risposta al fuoco verso la scuola stessa (di cui si conoscevano coordinate e natura). Mi chiedo ancora se la strategia denominata «Hannibal», per cui a seguito della cattura di un proprio soldato, la reazione prevista è il bombardamento a tappeto della zona per impedire la fuga del commando, possa essere applicata all'area urbana di Rafah nel rispetto del principio di proporzionalità. Da un altro punto di vista, mi chiedo se il ricorso in zone urbane a proiettili di artiglieria del tipo «fléchette», che esplodono lanciando migliaia di minuscoli dardi in un'area conica di 300 per 90 metri, sia compatibile con gli obblighi posti dal principio di precauzione nell'attacco. Sempre in relazione al principio di precauzione nell'attacco, mi chiedo se l'attacco contro due o tre miliziani in moto debba essere sferrato in corrispondenza del cancello di una scuola dove un gruppo di bambini sta facendo la coda.

Riteniamo che un esercito che dispone di un arsenale vastissimo e continuamente rifornito possa permettersi scelte di questo tipo? Il diritto internazionale umanitario non si è evoluto al punto da richiedere che gli Stati che dispongono di armamenti di precisione li usino sempre a prescindere dai costi (cfr. KOLB e HYDE, *An Introduction to the International Law of Armed Conflicts*, Oxford-Portland, 2008). Ma l'uso ampio e generale di armamenti che di precisione non sono non vale forse a dimostrare l'*animus* di chi attacca?

Si ripetono nell'operazione *Protective Edge* comportamenti

che erano stati già censurati nelle precedenti operazioni militari israeliane nella Striscia di Gaza. Forse l'unico elemento positivo riscontrabile in quest'operazione, dal punto di vista giuridico, è che non esiste finora notizia dell'utilizzo di proiettili al fosforo bianco in aree urbane e del ricorso alla pratica degli scudi umani da parte dell'esercito israeliano. Si tratta di violazioni del diritto dei conflitti armati che erano state invece registrate durante l'operazione «Cast Lead».

Quanto al comportamento di Hamas, che dire? È evidente che lanciare razzi incapaci di discriminare verso il territorio di Israele è una violazione del principio di distinzione e un atto di terrorismo. Lo avevo già affermato senza esitazioni in un mio scritto relativo alle violazioni del diritto umanitario compiute da Hamas durante l'operazione *Cast Lead* (Pertile, "Le violazioni del diritto umanitario commesse da Hamas durante l'operazione Piombo fuso", *Diritti umani e diritto internazionale*, 2009, p. 333 ss.). Lo ribadisco ora con forza e in modo non "svogliato". In realtà non so bene cosa significhi l'accusa di svogliatezza formulata da Gradoni, ma direi che nemmeno l'appello è "svogliato". Grazie al cielo la popolazione israeliana è protetta da un sistema difensivo relativamente efficace. La presenza di questo sistema non diminuisce la gravità della violazione del diritto internazionale umanitario derivante dal lancio dei razzi, ma mi sembra realistico che un appello che ruota attorno all'analisi dello *ius in bello* si soffermi maggiormente sulle responsabilità della parte che sta dimostrando una maggiore capacità offensiva. Come durante l'operazione *Cast Lead*, non sembra esistere una prova chiara del fatto che Hamas abbia obbligato i civili palestinesi a fungere da scudi umani. Esistono dichiarazioni di alcuni dirigenti di Hamas che invitano la popolazione a rimanere nelle proprie case e ne lodano il comportamento, ma non è dato riscontrare forme di coercizione. È invece piuttosto chiaro che il lancio dei razzi da parte dei militanti palestinesi avviene dalle aree urbane. Del resto a Gaza gli spazi sono davvero molto limitati, specialmente dopo la

creazione di una zona cuscinetto da parte dell'esercito israeliano durante l'azione terrestre. L'intera Striscia di Gaza, per intenderci, ha una superficie equivalente a quella del comune di Enna (ventiseiesimo comune italiano) e una popolazione superiore di 500.000 unità a quella del comune di Milano. Su questo corre l'obbligo di ricordare che la norma che impone ai combattenti di collocare gli obiettivi militari al di fuori delle aree densamente popolate è limitata da una clausola che recita «in tutta la misura possibile».

C'è poi un altro punto che vorrei sottolineare: è il meno rilevante in termini giuridici, ma è la critica più importante che Gradoni rivolge all'appello. Purtroppo, e di questo mi spiace, l'autore non sembra muoverla apertamente, introducendola invece per implicazione. Se posso permettermi di renderla esplicita, Gradoni ritiene che l'appello sia fazioso. Aprendo il suo scritto, afferma (una clamorosa *excusatio*?) che non intende proporre al lettore «un controcanto di puntigliose rimostranze di non completa "obiettività"». Successivamente, però, si rivolge ai firmatari dell'appello chiedendo loro retoricamente se davvero siano sicuri che il diritto dei conflitti armati possa offrire «una solida sponda a chi intende far valere le ragioni del popolo palestinese». È chiaro che firmando quell'appello ero purtroppo rassegnato a essere annoverato per sempre nella fazione filopalestinese. Ho visto in decine di casi che in questa triste vicenda è diventato normale arruolare anche gli osservatori, ma speravo che ciò avvenisse soltanto per opera di Julian Ku e non anche del mio amico Lorenzo Gradoni. In tutta franchezza le motivazioni che mi hanno spinto a firmare l'appello non dipendono da simpatia verso una delle parti, ma dallo sgomento nel vedere la condizione dei civili, e soprattutto dei bambini, peggiorare giorno per giorno nella Striscia di Gaza, attraverso una serie di condotte che appaiono ai miei occhi come gravi violazioni del diritto dei conflitti armati. Se un'inchiesta imparziale dimostrerà che mi sbaglio, sarò pronto a ricredermi.

Ma su questo, in un altro passaggio del suo intervento, Gradoni critica l'appello per aver incondizionatamente accolto con favore l'istituzione di una commissione d'inchiesta da parte del Consiglio per i Diritti umani. Dove sarebbe il problema? Non nel mandato della Commissione, che copre i crimini commessi da tutte le parti al conflitto e che, giustamente, Gradoni non critica. Il problema secondo l'autore risiederebbe nel fatto che la risoluzione che istituisce la Commissione sarebbe stata adottata dopo un «confronto altamente polemico» tanto da portare gli Stati europei, alcuni Stati africani, il Giappone e la Corea a prendere le distanze dal testo. In questo modo, se ne deduce, il risultato del lavoro della Commissione non potrà essere usato dalle parti nel negoziato giacché una di esse non accetterà mai il risultato dell'accertamento. Il problema dunque non risiede nell'accertamento, nell'attendibilità e nella terzietà della Commissione o nel mandato ricevuto. Per Gradoni, il problema sembra risiedere in una questione di opportunità politica. Che avrebbero dovuto fare gli estensori dell'appello? Lamentare l'asserita posizione polemica e il linguaggio politicamente connotato di alcuni Stati nel dibattito che ha preceduto l'adozione della risoluzione? E a che fine? Personalmente, penso che l'istituzione di una commissione d'inchiesta, a fronte di fatti che – riportati in modo convergente da un ampio numero di osservatori sul terreno – *turbano la coscienza dell'umanità*, sia senz'altro uno sviluppo positivo. Non trovo necessario, né giusto interrogarsi sull'opportunità dell'accertamento e sulla sua funzionalità rispetto a un negoziato che, condotto in queste forme e da questi mediatori, non ha possibilità di riuscita. E poi, anche in termini teorici, possiamo davvero pensare che la funzione di accertamento dei fatti debba essere necessariamente inserita in un processo negoziale? L'accertamento dei fatti serve anche solo ad accertare i fatti. Quando c'è un fondato sospetto che i fatti riguardino la commissione di crimini internazionali su vasta scala dobbiamo forse decidere che, politica-

mente, è meglio non conoscerli? Seguendo questa logica non avremmo mai nemmeno dei parametri su cui discutere. O forse continueremmo ad avere il rapporto Cassese sulla crisi in Darfur, mentre prudenza politica ci avrebbe sconsigliato di istituire la commissione che adottò il cosiddetto rapporto Goldstone sull'operazione «Cast Lead».

Il diritto internazionale è attuato spesso in modi inconsueti o imprevisti che a volte gli stessi specialisti della materia non riescono ad anticipare. Gli effetti reputazionali delle violazioni sono generalmente sottovalutati, a dire il vero forse più dalla dottrina che dagli Stati. Proprio la crisi in atto dimostra a mio avviso due cose. In primo luogo tutti gli attori coinvolti, siano essi soggetti del diritto o meno, invocano costantemente il diritto internazionale. C'è una forte richiesta di diritto: ne parlano i giornalisti, i politici, i funzionari… talvolta anche i giuristi. È inevitabile che dal gioco delle parti l'argomento giuridico esca distorto, a volte irriconoscibile, sia perché è parlato anche da non specialisti, sia perché è esposto alla contaminazione politica dovuta alle inclinazioni di ciascuno. Non c'è però alcun dubbio sul fatto che il diritto internazionale sia ancora la lingua che gli attori di questa crisi utilizzano per parlarsi e per razionalizzare il loro comportamento. Questa è una forte responsabilità per il giurista, si tratta senza dubbio di una sfida che deve essere colta.

In secondo luogo, esistono segnali che dimostrano come anche posizioni molto orientate, possano cambiare forse proprio grazie al peso degli argomenti giuridici. Lo dimostra il graduale cambiamento della posizione di alcuni Stati europei che, ribadendo il proprio incrollabile sostegno per il diritto alla legittima difesa dello Stato di Israele, hanno cominciato a muovere le prime critiche verso l'operazione militare in ordine al rispetto dello *ius in bello*. I Governi del Regno Unito e della Spagna, ad esempio, hanno recentemente comunicato la propria decisione di rivedere alcuni contratti per la fornitura

d'armi a Israele, condizionandone, pare, nel caso del Regno Unito, l'efficacia al fatto di non riguardare armi utilizzabili nell'operazione a Gaza. Un membro del Governo britannico si è dimesso in polemica con la posizione del proprio Governo su Gaza citando la necessità di rispettare la *rule of law*. Gli Stati Uniti hanno assunto una posizione critica con particolare riferimento all'attacco che ha colpito l'ingresso della Scuola UNRWA di Rafah. In generale, i concetti e le categorie giuridiche del diritto internazionale hanno dato forma alle posizioni del Segretario generale delle Nazioni Unite, dell'Alto Commissario per i diritti umani e di altri funzionari dell'ONU che hanno criticato quelle che apparivano come gravi violazioni da parte di Hamas o dell'esercito israeliano. Ammetto che ipotizzare l'esistenza di un nesso di causalità, attribuendo al diritto la capacità di determinare le scelte della politica, rappresenta un ragionamento in larga parte apodittico. Ma se anche in queste prese di posizione il diritto fosse soltanto uno strumento di razionalizzazione *ex post* non sarebbe già questo un risultato? Le stesse istanze della società civile sono prodotte e veicolate in termini giuridici. Le scelte della politica sono presentate e argomentate con le parole del diritto. Non è forse questa un'opportunità da cogliere per parlare la nostra lingua?

Purtroppo – tornando alla questione più urgente – in questa crisi senza fine ci ritroviamo a discutere di razzi e di vittime civili ogni due anni o meno, con regolarità. Dovremmo forse alzare lo sguardo e capire che non si può parlare della Striscia di Gaza senza guardare anche alla Cisgiordania e a Gerusalemme est. Il recente accordo politico che ha costituito un governo unitario Fatah-Hamas dimostra che il popolo palestinese e che lo stesso territorio palestinese sono uniti non solo nel diritto, ma anche nei fatti. Le crisi che si svolgono a Gaza trovano spesso la loro origine in Cisgiordania e viceversa. È a mio avviso fuorviante discutere dell'operazione *Protective Edge*, senza discutere la precedente e in parte contestuale operazione in Ci-

sgiordania («Brother's Keeper»). Ma direi di più: se usciamo dall'anatomia delle singole crisi dovremmo tornare a occuparci non solo dei razzi, ma anche dell'attività insediativa e del blocco di Gaza. Queste crisi umanitarie ricorrenti, evidentemente, non si risolvono discutendo soltanto del principio di distinzione e del principio di proporzionalità nel diritto dei conflitti armati. I fatti ci impongono di tornare a parlare di autodeterminazione, di legittima difesa e del rapporto tra le due. Per questo avevo immaginato un post diverso, che parlasse di *ius ad bellum* e, soprattutto, di proporzionalità e necessità nella legittima difesa. Ma tant'è.

7 agosto 2014

Ancora a proposito di Gaza

PASQUALE DE SENA (*)

Anch'io, come Lorenzo Gradoni, non ho firmato l'appello per Gaza, pubblicato qualche giorno fa su SIDIBlog, insieme ad altri documenti. E, in una certa misura, le ragioni per cui mi sono deciso in tal senso, si sovrappongono a quelle fatte valere nel suo intervento (*supra*, p. 41 ss.).

È fin troppo evidente che l'atteggiamento della comunità internazionale, cui pure si richiamano accoratamente gli estensori dell'appello, è stato perlomeno ambiguo riguardo alle vicende cui stiamo assistendo e, come tutti sanno, riguardo alla situazione di cui tali vicende sono espressione. Ed è altrettanto evidente che il sistema stesso della giustizia penale internazionale (e cioè, quello stesso sistema che viene primariamente invocato nell'appello) presenta limiti strutturali (lucidamente individuati, proprio da un Autore italiano come PICONE, "Corte penale internazionale e crimini internazionali degli Stati", in *Cooperazione tra Stati e giustizia penale internazionale: Atti del Convegno della Società italiana di diritto internazionale (Siena, 13-14 giugno 1998)*, Napoli, 1999, p. 63 ss., *ben prima* che il sistema stesso iniziasse concretamente ad operare, e dunque a palesarli), tali da rendere, in partenza, piuttosto improbabile una sua attivazione nel caso in esame, perlomeno per il canale del Consiglio di sicurezza. D'altra parte, al di là della nota (e

(*) Università Cattolica di Milano.

comprensibile) presa di posizione dell'Unione africana riguardo alla giurisdizione della Corte penale internazionale nei confronti di capi di Stato e di governo in carica, è bene non dimenticare che anche quando tale giurisdizione è stata attivata nei confronti di questi ultimi – sulla base di un *referral* del Consiglio di sicurezza – gli effetti che ne sono scaturiti appaiono discutibili, perlomeno riguardo alle situazioni complessive sulle quali si mirava ad incidere. Si pensi al caso del (primo) mandato d'arresto nei confronti di Bashir, in cui a tale provvedimento, peraltro non ancora eseguito, fecero immediatamente seguito un peggioramento della situazione umanitaria in Sudan, sotto vari profili, ed alcune reazioni negative, non solo da parte dell'Unione africana, ma anche di altri Stati quali la Russia e l'Egitto. E si pensi ancora all'effimero mandato d'arresto nei confronti di Gheddafi, il quale, lungi dal configurarsi come l'atto iniziale di un procedimento giudiziario realmente autonomo, si è tradotto in realtà in un semplice… preludio all'azione militare, autorizzata dallo stesso Consiglio di sicurezza, e all'eliminazione fisica dello stesso Gheddafi, senza che ciò abbia peraltro contribuito alla pace e alla stabilità di quel Paese, com'è attestato dai fatti degli ultimi giorni.

Alla luce di siffatte circostanze, anche l'eventuale attivazione della giurisdizione della Corte – nell'ipotesi in cui essa dovesse effettivamente (ed improbabilmente) aver luogo per il tramite del Procuratore della Corte penale internazionale, sollecitato dalla Palestina – può sollecitare qualche interrogativo. Più esattamente: può *senza dubbio* ritenersi che la prospettiva (anch'essa piuttosto improbabile) di vedere alla sbarra, all'Aja, il Primo ministro in carica dello Stato d'Israele sia effettivamente in grado di migliorare la *situazione complessiva del conflitto*, di cui gli scontri in atto costituiscono espressione? O dovremmo piuttosto attenderci che tale prospettiva sarebbe rifiutata, da parte di Israele, con un ulteriore irrigidimento della posizione di quel Paese, oltre che con la probabile adozione (da parte

sua) di una risoluzione più o meno simile a quella recentemente presa dall'Unione africana? È giusto, infine, classificare un simile *dubbio* come una questione di ordine esclusivamente storico-politico – inidonea, in quanto tale, ad inficiare la scansione del discorso giuridico relativo al caso in esame – o può esso (dubbio) interessare anche il giurista, quando quest'ultimo si trovi, per l'appunto nel caso in esame, di fronte a una complessa, lunghissima, aggrovigliata, tragica vicenda di… ordine storico-politico (sul punto, v. GUARINO, *La questione della Palestina nel diritto internazionale*, Torino, 1994).

Fatta questa premessa, vorrei passare a svolgere qualche osservazione su altri aspetti, anch'essi sottolineati da Lorenzo Gradoni; vale a dire, per un verso, sulla qualificabilità dell'azione di Hamas come "terroristica" e, per altro verso, sulle ambiguità del principio della necessità militare, al quale Israele si richiama per giustificare le modalità delle proprie azioni. Responsabilità non secondarie vengono infatti attribuite nel suo intervento alla diplomazia internazionale e alla dottrina internazionalistica, "imputate" di aver contribuito a compromettere l'operare della disciplina del diritto umanitario, in nome della lotta al terrorismo, sia sul piano delle possibilità di estensione di tale disciplina a fattispecie come quella in esame, sia sul piano della tenuta delle sue categorie di fondo. Più gravi responsabilità vengono poi contestate al su-indicato principio della necessità militare, con il quale (o meglio, con la logica di fondo del quale) le violazioni commesse da Israele vengono ritenute, in ultima analisi, compatibili.

Quanto al primo profilo, mi sentirei di sottolineare che, a fronte dei metodi "terroristici" utilizzati da Hamas, le modalità della risposta israeliana appaiono suscettibili di assumere una coloritura giuridica tendenzialmente analoga, se si considera l'insufficienza dei preavvisi dati ai civili in prossimità di un attacco idoneo a colpirli; insufficienza, quest'ultima, espressamente sottolineata nell'appello; implicitamente richiamata nello

statement dell'Alto Rappresentante dell'Unione europea per gli affari esteri e la sicurezza in relazione al bombardamento della scuola delle Nazioni Unite a Gaza e del mercato di Shuja'iyeh (v., ancora, la raccolta di documenti compilata da SIDIBlog); e (se non sbaglio) sostanzialmente data per scontata nell'intervento di Marco Pertile. Per la precisione, si potrebbe allora osservare che, mentre i metodi di Hamas risultano premeditatamente (e apertamente) preordinati a colpire la popolazione civile (israeliana), con lo scopo di diffondere il terrore, la risposta israeliana, proprio in ragione di quanto appena detto, tende quanto meno a caratterizzarsi per la *rappresentazione* e per l'*accettazione* della possibilità che questo stesso effetto si produca.

Se ciò è vero, se è vero, in altre parole, che alla *premeditazione* di Hamas sembra corrispondere (quanto meno) il *dolo eventuale* israeliano, c'è dunque da chiedersi se, insieme alle magagne della diplomazia mondiale e della dottrina internazionalistica (senz'altro presenti), non vi sia altro da chiamare in causa, piuttosto che i caratteri strutturali del principio della necessità militare. C'è da chiedersi, insomma, se l'accettazione, da parte israeliana, del sistematico coinvolgimento della popolazione civile di Gaza nel conflitto, più che risultare compatibile con la logica di fondo del suddetto principio (che resterebbe pur sempre destinato a cedere dinanzi all'esigenza di rispettare principi inderogabili del diritto umanitario, fra i quali si fa pacificamente rientrare il divieto di *grave breaches* del diritto internazionale umanitario: per tutti, v. lo scritto di CONDORELLI e BOISSON DE CHAZOURNES, "Quelques remarques à propos de l'obligation des Etats de «respecter et faire respecter» le droit international humanitaire «en toute circonstances»", in *Etudes et essais sur le droit international humanitaire et sur les principes de la Croix-Rouge en l'honneur de Jean Pictet*, a cura di Swiniarski, Dordrecht, 1984, p. 23) non si configuri come un comportamento *radicalmente* contrario alla logica di fondo del sistema

del diritto umanitario, in quanto reazione tendenzialmente *simmetrica* (nelle sue concrete modalità e nei limiti appena indicati) rispetto agli attacchi diretti nei confronti di civili israeliani. Al di là della sproporzione *quantitativa* fra le perdite inflitte dai bombardamenti israeliani e quelle derivanti dalle azioni militari di Hamas, ci si può anzi domandare se siffatta *simmetria* – dalla quale i *media*, e lo stesso appello *de quo*, ci hanno in qualche modo distratto, col continuo e macabro riferimento alla impari contabilità dei morti – non manifesti una preoccupante tendenza, perlomeno in un caso come questo, all'adozione di condotte lesive del diritto umanitario, sulla base di un criterio di *reciprocità*. Questa tendenza – per quanto giustificata dagli interessati in base alle particolarità del teatro del conflitto in corso (sovrappopolazione e ridotta estensione della Striscia, promiscuità fra siti militari e insediamenti civili, presenza di tunnel sotterranei, ecc.) – sarebbe comunque ben lontana dal carattere "oggettivo" che, perlomeno in principio, caratterizza il modo di essere e di operare degli obblighi internazionali in argomento, nell'attuale fase di sviluppo dell'ordinamento internazionale.

Le osservazioni appena svolte, che sono solo parzialmente in linea con l'impostazione complessiva della *Joint Declaration* (l'appello, nel quale, sulla base del riferimento alle risultanze della *fact finding mission* delle Nazioni Unite sull'operazione «Piombo fuso», il comportamento israeliano tende ad essere configurato come contrario al divieto di punizioni collettive, disposto dall'art. 33 della IV Convenzione di Ginevra), pur distinguendo la mia posizione da quella di Lorenzo Gradoni (ed anche da quella di Marco Pertile, *supra*, p. 51 ss., che molto insiste, invece, sulla violazione del principio di proporzionalità: v. anche *infra*) non attenuano, peraltro, il mio scetticismo sul richiamo alla giustizia penale internazionale, che costituisce il cuore dell'appello. È evidente, infatti, che le difficoltà sopra indicate restano tutte intatte, benché *il coinvolgimento della popo-*

lazione civile sembri costituire, sia pure (perlomeno in apparenza) *con gradi differenti di intenzionalità*, l'*essenza* stessa delle operazioni militari in corso di svolgimento, per entrambe le parti che ne sono protagoniste (in assonanza, oltre che con le note tesi di KALDOR, *New and Old Wars: Organized Violence in a Global Era*, Stanford, 1999, anche con quanto teorizzato, già negli anni Trenta del secolo scorso, dalla filosofa e mistica di origine ebraica Simone Weil, in relazione, peraltro, all'essenza di qualsiasi conflitto armato: WEIL, *Sulla guerra*, Milano, 1999).

Ad attenuare siffatto scetticismo non contribuisce, per la verità, neanche un'ulteriore ipotesi, non considerata da parte degli estensori della *Joint Declaration* (e neanche nell'intervento di Marco Pertile), ma che pure potrebbe essere tracciata, con riferimento ai gravissimi problemi umanitari posti dai bombardamenti israeliani.

Benché sia dubbio che, a seguito del *disengagement* del 2005, Israele possa considerarsi come Stato effettivamente occupante la Striscia di Gaza (sul punto, v. la sentenza della Corte Suprema d'Israele dell' 11 giugno 2008, nel caso *A and B v. State of Israel*, par. 11), è infatti chiaro che l'assetto di governo di quel territorio resta molto difficile da definirsi. Su una simile questione (idonea, evidentemente, a riflettersi anche sulla prospettiva dell'attivazione della Corte da parte da parte della Palestina), non è naturalmente il caso di soffermarsi qui, se non per osservare che, malgrado il *disengagement* di Israele, poteri non irrilevanti continuano ad essere esercitabili, da parte di quello Stato, con riferimento alla Striscia. Tali poteri riguardano, com'è noto, anzitutto il controllo e l'erogazione dell'acqua e dell'elettricità, pressoché totalmente dipendenti da infrastrutture israeliane (v. il parere reso al Comitato esteri e difesa della Knesset, da un gruppo di internazionalisti israeliani), ma si esprimono anche, con ogni evidenza, nella capacità di riprendere, in qualsiasi momento, il completo controllo militare della Striscia medesima, ciò che si è puntualmente verificato nel caso

in questione (come già nel caso dell'operazione «Piombo fuso»), in presenza di un apparato di governo non pienamente consolidato. Sia pure in mancanza di un «*actual control*», queste circostanze potrebbero dunque indurre a rilevare che, in relazione al territorio di Gaza, sia prima dei bombardamenti sia col dispiegarsi dei medesimi, Israele abbia manifestato di esercitare *attività stabilmente idonee ad incidere sulla situazione delle persone ivi abitanti e sul godimento dei diritti fondamentali di questi ultimi*. Proprio questa considerazione potrebbe, a sua volta, spingere a concludere, nell'ambito di una ricostruzione "funzionalistica" della nozione di giurisdizione statale di cui all'art. 2, par. 1, del Patto sui diritti civili e politici, che l'obbligo di realizzare nella zona della Striscia i diritti fissati dal Patto («Each State Party to the present Covenant undertakes to respect and to ensure to all individuals within its territory and subject to its jurisdiction the rights recognized in the present Covenant»), in particolare il diritto alla vita delle persone appartenenti alla popolazione civile ivi residente, non possa che incombere su Israele, nel quadro della campagna aerea ancora in corso. Contro una simile conclusione non potrebbe del resto addursi l'argomento che i bombardamenti israeliani, pur lesivi del diritto alla vita delle suddette persone, sarebbero giustificati, in quanto misure riconducibili alla clausola di deroga del rispetto del Patto stesso, ricorrendo un'«emergenza pubblica che minacci la vita della nazione». È appena il caso di rammentare che, ai sensi dell'art. 4, par. 1, il quale delinea l'ipotesi in questione, tali misure, non solo devono risultare strettamente finalizzate «alle esigenze della situazione», ma devono altresì mantenersi nei limiti nel rispetto di altri obblighi derivanti dal diritto internazionale per lo Stato che le adotti. E non vi è dubbio che fra le fonti di produzione degli obblighi suddetti rientrino i principi fondamentali del diritto umanitario (per un esplicito richiamo di detti principi, v. il Commento generale relativo alla norma in questione, par. 3), che appaiono violati nel nostro ca-

so (v. ancora l'appello, nonché, soprattutto l'intervento di Pertile), in ragione delle concrete modalità dei bombardamenti israeliani.

Fermo restando quanto osservato, neanche deve trascurarsi, però, che il meccanismo di controllo predisposto dal Patto sui diritti civili e politici può operare solo in misura molto limitata nei confronti di Israele, dal momento che quest'ultimo Stato, pur essendo tenuto a sottoporsi ad un controllo periodico da parte del Comitato dei diritti dell'uomo, non ha ratificato il Protocollo opzionale, e non può dunque essere convenuto dinanzi al Comitato da parte di individui (nella fattispecie, dalle vittime o dai parenti delle vittime dei bombardamenti). E ciò, senza contare che il richiamo ai principi del diritto umanitario può suonare in qualche modo paradossale, nel contesto di un conflitto che sembra mostrarsi, *già in partenza*, radicalmente contrastante con la logica ispiratrice di tale settore del diritto internazionale (sul punto, v. anche *infra*). Proprio per queste ragioni, neanche il discorso or ora svolto è in grado di attenuare lo scetticismo del sottoscritto, essendo, piuttosto, idoneo a estenderlo – "*rebus sic stantibus*", *e con riferimento specifico al caso in questione* – dal campo della giustizia penale internazionale a quello dei meccanismi di controllo del rispetto dei diritti dell'uomo.

Il mio scetticismo, è bene chiarirlo, *nulla vuol togliere, peraltro, alle ragioni di chi l'appello in questione ha invece deciso di firmarlo*. Malgrado sia evidente che non riesco a condividere «la maggiore fiducia», espressa da un giurista impegnato, come Fabio Marcelli, nei confronti della giustizia penale internazionale, nulla da eccepire ho, insomma, rispetto alle ragioni da lui fatte valere in ordine alla firma della *Joint Declaration*, in particolare, rispetto alla nobile affermazione secondo cui «l'appellarsi alla giustizia e al diritto» costituisce un'esigenza «spontanea», per le vittime di simili tragedie (meglio, per *tutte* le vittime di simili tragedie).

Analogamente degno di considerazione mi pare, del resto, il discorso complessivamente svolto da Marco Pertile. Benché trovi eccessiva l'enfasi da lui posta sulla valenza positiva dell'uso del linguaggio giuridico (internazionalistico) nel corso di questa vicenda (si tratta in realtà di una tendenza inveterata, su cui molto si potrebbe discutere; si pensi – per far solo un esempio – che anche le malcerte motivazioni, addotte dalla dirigenza russa nel corso della crisi in Crimea, sono tutte pur sempre fondate sull'utilizzazione di categorie giuridiche internazionalistiche: v., ad es., TANCREDI, "The Russian Annexation of Crimea: Questions Relating to the Use of Force", *Questions of International Law*, 2014, p. 5 ss., e, volendo, DE SENA e GRADONI, "Crimea: le ragioni del torto (russo) e il torto delle ragioni (occidentali)", *supra*, p. 5 ss.), mi è difficile *non* intravedere, nella trama complessiva del suo intervento e nella puntuale ricostruzione delle violazioni consumatesi, tracce di una "lotta" appassionata per l'affermazione del diritto internazionale. Conoscendo l'obbiettività di Pertile (di cui è prova un saggio sugli aspetti umanitari dell'operazione «Piombo fuso» di qualche anno fa), mi viene anzi spontaneo domandarmi se una simile impostazione non sia in qualche modo riconducibile alla più ampia e nota prospettiva della «lotta per il diritto», disegnata a suo tempo da Jhering, come oggetto di un imperativo etico individuale, e chiaramente ascrivibile alla tradizione (politico-giuridica) liberale europea (VON JHERING, *La lotta per il diritto e altri saggi*, Milano, 1989).

Quel che meno mi risulta comprensibile, sia nell'intervento di Marcelli, che in quello di Pertile, è, però, la garbata, ma netta chiusura nei confronti della salutare prospettiva *critica* che, con ogni evidenza, ispira l'intervento di Lorenzo Gradoni; e ciò, beninteso, a prescindere dalla condivisibilità delle singole argomentazioni sulle quali tale prospettiva risulta articolata. Non mi è insomma facile comprendere perché si debba ritenere che siffatta prospettiva sottenda un atteggiamento idoneo a

rendere il dibattito potenzialmente «accademico» ed «astratto», a fronte della tragedia della popolazione civile della Striscia. Né mi è del tutto chiaro per quale ragione – principalmente per Marcelli, ma anche per Pertile – il richiamo all'applicazione del diritto internazionale, per il tramite della giustizia penale internazionale, costituirebbe, se non l'unica, perlomeno la principale *risposta concreta* all'ennesima crisi cui stiamo assistendo.

Per quanto sono venuto dicendo, dovrebbero esser chiare le ragioni di fondo per cui una simile posizione – che è alla base della *Joint Declaration* – non mi convince con specifico riferimento allo strumento della giustizia penale internazionale. Vorrei però qui sottolineare che nella stessa direzione mi spingono le considerazioni che ho svolto riguardo alle particolarità della vicenda in esame dal punto di vista del diritto umanitario vigente. Se è vero insomma che il conflitto in corso si caratterizza per l'attitudine delle sue parti a coinvolgere la popolazione civile, *sistematicamente* e *su basi di tendenziale reciprocità* – in radicale contrasto, a me pare, con la logica di fondo del sistema del diritto umanitario – non può non sorgere qualche dubbio sulla stessa idoneità di detto sistema a fungere davvero da strumento di regolazione dei comportamenti degli attori di simili vicende. Per esempio: può avere *realisticamente* senso, in un contesto del genere, appellarsi al principio di proporzionalità? Non può ritenersi che quest'ultimo principio risulti, viceversa, *radicalmente* messo fuori gioco dalle stesse forme di manifestazione del conflitto in corso? E non dovrebbe giungere a tale conclusione proprio chi ipotizza – o lascia intendere – che i bombardamenti condotti da Israele nella Striscia siano stati *specificamente* preordinati a colpire obiettivi civili?

Questioni analoghe, *non retoriche* e di più ampia portata, possono porsi, del resto, se si ritorna, per un attimo ancora, sulle (assai) problematiche prospettive di utilizzazione dello strumento della giustizia penale internazionale nel caso in esame.

Un'opportuna sottolineatura, effettuata da Luca Pasquet nel corso di questo dibattito, rende qui agevole ricordare che la costruzione di un sistema di giustizia penale internazionale realmente *universale*, oltre a rappresentare uno degli obbiettivi primari della prospettiva teorica del "pacifismo istituzionale" (prospettiva delineata soprattutto da Kelsen e Bobbio, come osserva ZOLO, *Cosmopolis*, Milano, 1995), ha costituito uno dei punti di forza della concezione – sempre di marca liberale e largamente diffusa nella cultura giuridica internazionalistica europea e statunitense – secondo la quale il diritto internazionale dovrebbe considerarsi come una sorta di *recta ratio* regolativa dei rapporti fra Stati (v. la ricostruzione effettuata nell'opera assai nota di KOSKENNIEMI, *The Gentle Civilizer of Nations. The Rise and Fall of International Law 1870–1960*, di cui è ora disponibile una versione italiana, grazie anche all'impegno di Lorenzo Gradoni). Ebbene, può affermarsi che una compiuta realizzazione di tale sistema – che è parsa ad alcuni a portata di mano nelle particolari condizioni storico-politiche della fine degli anni Novanta e dei primi anni 2000, con l'istituzione della Corte penale internazionale – sia ancora oggi all'ordine del giorno? In che misura (*if any*) può affermarsi che detto sistema (continuo a riferirmi ovviamente alla Corte penale internazionale), alla luce dell'esperienza concreta che finora ne è stata fatta, costituisca uno strumento davvero utile? O deve piuttosto concludersi che la giustizia penale internazionale universale, concepita – perlomeno in parte – per trascendere, su un piano giudiziario, la dimensione politica di crimini assai gravi, rischi di essere stritolata proprio dall'uso marcatamente… politico che sinora se n'è fatto? Ed ancora: se è davvero questo il rischio che oggi corre la Corte penale internazionale, non può forse ritenersi che esso sia, perlomeno in parte, inevitabile, a fronte della pretesa – connessa alla prospettiva teorica cui la Corte è riconducibile – di attribuire al diritto internazionale il rango di razionalità regolativa *superiore* dei rapporti fra Stati sovrani,

perciò stesso tendenzialmente esclusiva, ed (implausibilmente) impermeabile rispetto alla dimensione politica dei rapporti fra detti Stati (pur sempre … sovrani)?

Lungi da me, com'è ovvio, anche il solo tentativo di abbozzare tracce di risposta, alle questioni *non retoriche* appena poste, in una sede come questa. Fatto sta che è proprio a questioni di tal genere che le drammatiche – ma non nuove – vicende della Striscia di Gaza mi hanno spinto a porre mente; e fatto sta che proprio i dubbi associati a tali questioni, insieme alle considerazioni sviluppate in precedenza, mi hanno indotto a non firmare la *Joint Declaration*.

Ciò detto, mi rendo conto, a questo punto, di esser destinato ad incorrere io stesso nella censura già mossa, più o meno esplicitamente, a Lorenzo Gradoni. Sono responsabile, cioè, di non offrire alcuna ipotesi di soluzione, nessuna traccia di risposta *concreta*, a fronte dei drammatici – ma non nuovi – avvenimenti di cui si discute. E in effetti è vero; non credo di avere risposte, al di là delle riflessioni e delle questioni qui accennate, e di alcuni contenuti, peraltro minimi della *Joint Declaration* (ossia, la costituzione di una commissione d'inchiesta su quello che si sta verificando). Forse, potrei aggiungere, neppure rischio risposte erronee; ma non so se questo sia da considerarsi un merito, visto, tra l'altro, l'apprezzamento che io stesso nutro per chi tali risposte rischia di darle, ad esito di un autentico impegno sul campo, e viste le potenzialità euristiche che si possono riconoscere all' …"errore" anche sul piano scientifico (FEYERABEND, *Contro il metodo. Abbozzo di una teoria anarchica della conoscenza*, Milano, 2002).

In linea con la mia inconcludenza propositiva, se non con il mio "disfattismo", vorrei allora chiudere con un'ultima questione. Mi domando, cioè, se sia davvero una *risposta* più *concreta*, in una situazione simile sottoscrivere un appello – senz'altro nobile, e in parte congruo, seppure non nuovo – oppure provare a far maturare le questioni, i dubbi, le perplessità

che tale situazione non manca di porre, sotto vari profili. Questa volta, per quanto mi riguarda di persona, la domanda è evidentemente retorica e la risposta è nei fatti. Forse è anche una domanda irricevibile, me ne rendo conto, per i molti che operano sul campo (e Chantal Meloni, la relatrice della *Joint Declaration*, mi pare essere fra questi). Ma per gli altri?

10 agosto 2014

Gaza e la lotta per il diritto internazionale

LORENZO GRADONI (*)

È stato prima di tutto per rispondere alla mia coscienza – non per il gusto di scandalizzare – che ho deciso di contrapporre un piccolo scritto (*supra*, p. 41 ss.) a un appello per Gaza di grande successo, che si apre accennando a un «dovere intellettuale e morale» di denuncia. Il fatto che io abbia avvertito l'esigenza di giustificare la mia mancata adesione avrebbe potuto segnalare il sussistere di un'intersezione tra il mio senso morale e quello dei miei "correligionari" – autori, banditori e firmatari dell'appello – e che il mio super-ego internazionalistico non è molto diverso dal loro, non è in dismissione e neppure, a quanto pare, adagiato in agostane panciolle. Ho insomma voluto esprimermi come membro di una comunità ma di questa comunità devo aver infranto una fondamentale regola, dato il tenore di alcune reazioni.

Mi riferisco soprattutto, ma non solo, alla splendida risposta di Marco Pertile (*supra*, p. 51 ss.), la quale – come cercherò di mostrare – fraintende ampiamente il senso del mio discorso e che, ciò nonostante – o proprio per questo? – ha strappato a un altro firmatario dell'appello, Gabriele Della Morte, un commosso «Marco, sei tutti noi»!

(*) Università di Bologna.

Dopo l'iniziale sgomento di chi è deferito dinanzi a un folto schieramento di sopraccigli aggrottati, ho cercato di sfruttare l'occasione per meditare sui costrutti psicologici e identitari – e di riflesso teorici – all'origine del successo del documento che stavo per sottoscrivere e della "chiusura comunitaria" manifestata da alcuni firmatari di fronte alla mia critica.

La prima breve replica pervenuta a SIDIBlog "tronca e sopisce" imputandomi l'incapacità di intendere il documento secondo i canoni propri del genere letterario "appello": nulla di cui discutere, dunque, a parte eventuali *mises au point* dottrinali. Marco Pertile si è in prima battuta lamentato della difficoltà di cogliere il «significato» dell'intervento, la cui oscurità lo avrebbe spinto a ricercare il mio *reale* movente per via indiziaria, un movente – secondo lui, la delusione per la «faziosità» dell'appello – che avrei celato dietro scuse non richieste, come sempre rivelatrici, e persino ricorrendo a ingannevoli asserzioni contrarie… non ho forse scritto che dell'appello ho apprezzato l'afflato politico e morale? Ebbene, avrei mentito. Mi si attribuisce, insomma, una certa disonestà intellettuale. E anche – mi pare – una tendenza a contrapporre considerazioni accademiche e astratte al coraggioso impegno che i firmatari hanno assunto di fronte alla tragedia, *ergo* una certa fiacchezza o abiezione morale, come quella di chi preferisce «restare sulla sponda del fiume a contemplare il passaggio dei cadaveri», per citare le parole di Fabio Marcelli (all'accusa di essermi persino proposto come «apologeta» del potere contro il diritto ho già in parte replicato).

Credo di comprendere la causa di queste reazioni. Il momento in cui i giuristi decidono di impiegare il loro "capitale sociale" (mi appresto a sfruttare alcuni noti concetti della sociologia di Pierre Bourdieu, sui quali v., in sintesi, BOURDIEU, *Questions de sociologie*, Paris, 2002) al di fuori del loro campo specifico – ossia a far valere, nella comunicazione con altri ambiti del sociale, tramite un appello per esempio, il loro *status* di

esperti di una disciplina che tende a presentarsi, soprattutto agli occhi del profano, come istanza neutrale e come veicolo di giustizia (cfr. l'endiadi «diritto e giustizia» nel commento di Fabio Marcelli) – è il momento meno indicato per proporre loro una critica del diritto, perché in tal caso dissentire equivale a insinuare presso il pubblico che la valuta in cui è espresso l'investimento è a rischio di deprezzamento. E il dissenso apparirà tanto più incomprensibile – e reprensibile – se a formularlo è proprio un collega che, per quanto marginale (magari un semplice «Dott.», che delizioso esempio di *violence symbolique* in una delle reazioni al mio intervento!), rischia di scalfire quella compattezza di convinzioni e di intenti che le sortite degli esperti in campo aperto richiedono (cfr. la confessione di alcuni dei firmatari della famosa lettera dei «Teachers of International Law» contro l'intervento angloamericano in Iraq, i quali avrebbero "finto" di condividere una semplificatoria sintesi dello *ius ad bellum* per ragioni politico-strategiche: CRAVEN, MARKS, SIMPSON e WILDE, "We Are Teachers of International Law", *Leiden Journal of International Law*, 2004, p. 363 ss.). Di qui il ricorso – credo del tutto spontaneo e innocente – a dispositivi retorici di sterilizzazione del dissenso intracomunitario.

A parte quelli già ricordarti, vale la pena citare l'appello di Marco Pertile ad accantonare i dubbi che tormentano ciascuno di noi, «per far suonare la propria voce assieme a quella di altri» (corsivo omesso), oppure l'evocazione di un uditorio perelmanniano presso cui vige un comune senso del ridicolo che fa piazza pulita delle opinioni strampalate (cfr. CHRISTIE, *The Notion of an Ideal Audience in Legal Argument*, Dordrecht, 2000) o, infine, l'invito di Fabio Marcelli a contemplare l'ipotesi di «cambiare mestiere» (rivolto non al sottoscritto ma, in astratto, a chiunque perda la fede nel diritto internazionale). Oltre a ciò, se si vuole evitare il deprezzamento della valuta di cui dispone il giurista firmatario dell'appello – il diritto – allora torna utile *negare che il dissenso riguardi il diritto* in quanto ta-

le, come fa Marco quando sorprendentemente insinua che le mie vere perplessità, chissà perché da me criptate, sarebbero di ordine *politico* – nel senso di "partigiano" – ed emergerebbero dal rifiuto di un documento giudicato troppo filopalestinese, mentre per me, in un certo senso, non lo è abbastanza (sul punto tornerò *in fine*), oppure quando mi attribuisce – in modo altrettanto inatteso – credenze sul diritto internazionale da me mai coltivate e facili da ridicolizzare, perlomeno al cospetto di un certo uditorio. Cominciamo da qui.

Marco Pertile contesta la mia presunta tendenza a presentare il diritto internazionale «come inadeguato perché *necessariamente* ambiguo» (corsivo mio). Poiché, come chiunque può verificare, nessuno dei miei argomenti poggia sull'idea secondo cui il diritto internazionale in generale o quello umanitario in particolare sarebbero affetti da indeterminatezza, mi è difficile comprendere il senso di questo addebito. Dato che ci siamo, però, azzardo un'ipotesi sulla sua origine: la tesi dell'*indeterminatezza* (da non confondere con la vaghezza: v., per qualche ragguaglio, KRESS, "Legal Indeterminacy", *California Law Review*, 1989, p. 283 ss.), un tempo minoritario vessillo del movimento dei Critical Legal Studies, ha ormai raggiunto un tale livello di popolarità – e di sfilacciamento concettuale – da assurgere a idea dominante (certo non in Italia!) o perlomeno incombente, come una minaccia, per cui si tende ad ascriverla meccanicamente a chiunque abbozzi una critica del diritto. Ma non tutta la critica è… "Crit"! Per quanto mi riguarda, considero la tesi dell'indeterminatezza debilitante per qualsiasi politica del diritto autenticamente radicale, tanto che alcuni anni fa ho tentato di *confutarla* di fronte a una piccola platea di fervenți adepti (non ho mai ritenuto la relazione degna di essere pubblicata, ma ciò non significa che io abbia cambiato idea). Anche per me, come per Marco Pertile, esistono «casi chiari», argomenti più persuasivi di altri, conclusioni difficilmente scalfibili. Il suo *case against Israel*, efficace e documentato, mi convince

pienamente. Altrettanto chiaro mi pare il *case against Hamas* (e Marco lo riconosce). Solo che, nell'improbabile evenienza che si celebri un processo parallelo davanti alla Corte penale internazionale, i responsabili del lancio indiscriminato di razzi sarebbero condannati per direttissima, mentre gli architetti dell'operazione *Protective Edge* avrebbero dalla loro parte una temibile compagine di esperti di diritto umanitario, rispettatissimi e con una spiccata propensione alla logomachia. O potremmo idealmente estrometterli dall'uditorio perelmanniano da Marco vagheggiato quale garanzia di obiettività?

La mia critica al diritto umanitario – e a chi lo invoca con sapienza ma un po' automaticamente – non ha nulla a che fare con la densità o la forza dei suoi precetti (credo, d'altra parte, che un diritto dei conflitti armati che non si avvalga di standard elastici sarebbe inconcepibile). Mi pare piuttosto che esso non costituisca terreno d'elezione per chi lotta disperatamente avvalendosi di armi obsolete e di sistemi di informazione precari o inesistenti, per chi è costretto alla promiscuità con la popolazione civile e forse anche propenso – tragicamente – a sfruttarla per procrastinare indefinitamente la *debellatio* e per cercare un'improbabile vittoria passante per una radicalizzazione del conflitto. A chi impugna la matita blu attribuendomi un'inedita lettura del principio di distinzione «su base tecnologica», posso rispondere con una domanda retorica: il diritto dei conflitti armati "premia" chi lancia a casaccio missili obsoleti o chi investe ingenti risorse nella predisposizione di sistemi d'arma "precisi" e micidiali? Se la risposta non è chiara, si possono cercare indizi nel sito Internet delle Forze armate israeliane, dove alta tecnologia militare e diritto umanitario si tengono a braccetto. Ciò detto, resta perfettamente legittimo e persino meritorio, ogni volta che deflagra il conflitto, tornare a consultare il nobile catechismo dello *ius in bello*, operare le opportune qualificazioni giuridiche e farsi testimoni delle più gravi infrazioni… ma tutto ciò, a parte sublimare un comprensibile desiderio di re-

pressione, sin qui frustrato dalla latitanza degli organi ufficiali della giustizia penale internazionale, quale risultato concreto produce?

Per Marco Pertile, se l'inazione della Corte penale internazionale e del Consiglio di sicurezza, inteso come potenziale artefice di meccanismi repressivi *ad hoc*, costringe gli esperti di diritto internazionale a un ruolo di supplenza, a reiterare rituali di accertamento "privati" o ad accontentarsi dell'ennesima commissione d'inchiesta (altro evidente succedaneo tribunalizio), la «responsabilità» non è da ascriversi al diritto internazionale bensì «alla politica e ai rapporti di forza che si sviluppano all'interno delle istituzioni». Se la Corte e il Consiglio restano inerti, il diritto internazionale non ha colpa perché, osserva Marco, «non vieta a queste istituzioni di agire, i suoi principi, anzi, ne richiedono l'intervento». Su queste basi, egli mi rimprovera di non aver compreso il rapporto – o piuttosto lo scisma da lui decretato! – tra diritto internazionale e politica. Credo che sarebbe più prudente affermare che i nostri modi di intendere tale rapporto sono diversi e incompatibili.

Quello di Marco si iscrive, a mio parere, nell'alveo della nobile tradizione dell'illuminismo giuridico, nella sua versione originaria sette-ottocentesca, che coniuga ottimismo normativo – il diritto è buono – e pessimismo potestativo: il potere, la politica, sono cattivi e rischiano in ogni momento, poiché operano nelle istituzioni, di corrompere l'immacolato "Giure". Perché, secondo Marco, il diritto umanitario è men che perfetto? Perché «talvolta il *compromesso politico* si riassume in norme vaghe» (corsivo mio). Il suo "positivismo" presenta forti tracce giusnaturalistiche; ed è normale, altrimenti come farebbe ad arginare l'infida *potestas* che il diritto positivo istituisce? Nell'ambito di una simile concezione il tema del *quis judicabit* è ovviamente soppresso. Meglio non pensarci, perché chiunque sia chiamato a decidere – Consiglio o Corte – rischia di inquinare la purezza (morale) del precetto giuridico con la politicità

del suo agire. Marco ritiene che sia sempre possibile reperire un principio – nelle fonti non scritte, nei preamboli di patti, convenzioni e carte o altrove – che consente di qualificare come lecita o illecita la decisione politica di un organo internazionale. Il suo è un tentativo di "positivizzare" il sentimento morale che si rispecchia nelle vaghe teleologie (pace, sicurezza, giustizia, ecc.) dei *grands textes* internazionalistici. In sintesi, il diritto serve per far la morale alla politica. Ed è quindi immune da ogni critica. Chi critica il diritto sbaglia destinatario: il mittente è pregato di rivolgersi alla politica. I giuristi che lanciano un appello hanno bisogno proprio di questo *diritto innocente*, che è la valuta pregiata della loro *expertise*.

Come opera, in concreto, questa concezione? Nella peculiare prospettiva che essa crea, una critica del diritto di veto (per esempio), ossia della norma internazionale che dà spazio e forma all'esercizio della politica di potenza in seno alle Nazioni Unite, è semplicemente inconcepibile; *solo* il concreto – e "politico" – esercizio di tale diritto è criticabile, se impedisce un esito conforme ai superiori principi della pace, della sicurezza, della giustizia. Ma chi detiene la competenza a esprimere un giudizio su tale conformità? E soprattutto: dove sono le procedure idonee a far valere l'eventuale responsabilità del Consiglio di sicurezza per omesso intervento?

In modo del tutto analogo, l'appello pretende che il Consiglio deferisca la situazione in Palestina alla Corte penale internazionale, pena venir meno alle sue «responsabilità di mantenimento della pace e di perseguimento della giustizia». E se il Consiglio ritenesse che la sua missione richiede di *non* consegnare il caso alla Corte? E se – supponendo che la Corte giunga a occuparsene per altre vie – il Consiglio decidesse di strapparglielo di mano, agendo ai sensi dell'art. 16 dello Statuto di Roma (e anche questo è diritto internazionale), allo scopo di prevenire il rischio, da esso percepito, di un aggravamento del conflitto? Tali decisioni potrebbero naturalmente suscitare critiche

di ordine politico ma sarebbe perlomeno ingannevole asserirne il carattere "illecito", ossia la loro non conformità a parametri normativi la cui autonomia rispetto al potere decisionale – costituito, non dimentichiamolo, dal diritto! – è del tutto illusoria. E se il Procuratore della Corte penale internazionale decidesse di continuare a… menare il can per l'Aja, come del resto fa da oltre 5 anni – includendo nel computo sia i tentennamenti di Moreno-Ocampo sia il curioso caso della Freedom Flottilla – si potrebbe ragionevolmente ritenerlo responsabile di un illecito continuo di natura omissiva? E quali sarebbero i meccanismi da innescare per produrre un accertamento della violazione, decurtando così il considerevole potere discrezionale del Procuratore? Ma questo è un problema che non può porsi un appello impegnato a celebrare un implicito culto della giustizia penale internazionale (il cui pessimo stato di salute è a mio avviso realisticamente diagnosticato nell'intervento di De Sena, *supra*, p. 64 ss.).

Pasquale De Sena si è chiesto se nella presa di posizione di Marco Pertile – e in quella dei firmatari dell'appello – non si possano intravedere «tracce di una "lotta" appassionata per l'affermazione del diritto internazionale», *forse* riconducibile all'ideale tratteggiato nel famoso *pamphlet* di Rudolf von Jhering. Concordo solo in parte.

Il loro è senza alcun dubbio un atteggiamento appassionato e pugnace: essi, come Shylock, la cui vicenda processuale è lungamente esaminata nel libello, «crave the law» (*Il Mercante di Venezia*, Atto IV, Scena I); sembrano tuttavia refrattari alla massima, coniata dal teorico de *La lotta per il diritto*, secondo cui «non deve accusarsi l'ingiustizia di usurpare il dominio del diritto, ma il diritto di permettere tale usurpazione» – l'opposto diametrale della concezione del nesso politica-diritto di Marco Pertile! – oltre che estranei alla prospettiva, anch'essa cara a Jhering, per cui «la lotta per il diritto» deve talvolta convertirsi in «lotta contro il diritto» (lontano da biblioteche ho potuto

consultare questa edizione inglese; le citazioni sono tratte rispettivamente dalle pp. 70 e 88, le traduzioni mie).

In Jhering, inoltre, la lotta per il diritto è – come Pasquale ricorda – lotta dell'individuo o della nazione ispirati dal sentimento del *proprio diritto*, mentre chi firma un appello come quello qui discusso incita qualcun altro alla lotta e deve perciò guardarsi dalla sindrome della «mosca cocchiera» (qui raccontata da La Fontaine). È davvero responsabile – e politicamente sagace – incitare il Governo della Palestina a rivolgersi alla Corte penale internazionale, ossia ad affidarsi, *costi quel che costi*, alle cure di un'istituzione il cui comportamento è stato sin qui elusivo sino alla beffa? Certo, è giusto denunciare le pressioni esercitate da alcuni Stati affinché il Governo palestinese desista dal suo intento, ma chi pagherà il prezzo delle ritorsioni che minacciano di abbattersi sul corpo già macilento dell'economia palestinese? Si è riflettuto abbastanza sulle possibili conseguenze del perseguimento di una soluzione internazionalpenalistica, molto probabilmente illusoria, oppure si è ritenuto di potersene esimere perché il diritto internazionale, tanto, è buono?

Due parole, per finire, sulla rinuncia a proporre soluzioni alternative, da alcuni ritenuta delegittimante. Sul punto condivido in tutto e per tutto la riflessione De Sena (*supra*, p. 75). Recependo l'opinione espressa da Valeria Pinto in un bel libro sui nuovi dispositivi di valutazione della ricerca scientifica in Italia, aggiungerei che «non spetta d'ufficio a chi svolge un esercizio di critica presentare soluzioni, aggiustamenti di rotta, individuare correzioni e finalità alternative, anzi neppure in generale finalità oltre la prassi critica medesima» (PINTO, *Valutare e punire*, Napoli, 2012, pp. 16-17). Ciò premesso, il dissidio tra me e i firmatari dell'appello non è così grave da costringermi a mantenere un atteggiamento critico allo stato puro, per così dire. Del resto, stavo per firmare. Se l'appello fosse stato meno "istituzionale", meno compiaciuto nel delineare soluzioni internazionalpubblicistiche pronte all'uso e nel dipingere sog-

getti desiderosi di intervenire se regolarmente chiamati in causa (la Corte penale internazionale), oppure pronti a scattare sulla molla di qualche obbligo internazionale (il Consiglio di sicurezza, le Alte parti contraenti delle Convenzioni di Ginevra), se, invece di vendere illusioni con il marchio dell'*expertise*, fosse stato più sferzante, *più politico* (non meno!) – se, in pratica, avesse speso qualche parola sulla deludente condotta dei soggetti che chiama in causa – lo avrei firmato mettendo da parte ogni residua perplessità.

17 agosto 2014

Su Gaza. Tre obiezioni a Lorenzo Gradoni

GABRIELE DELLA MORTE (*)

Sollecitato dalle questioni poste nel corso di questo appassionato dibattito, nonché da un invito pubblicamente avanzato da Lorenzo Gradoni, propongo qui alcune riflessioni a margine di una *Joint Declaration* che condanna i fatti di Gaza, e delle critiche che a tale dichiarazione sono state mosse, e ribadite, da quest'ultimo (*supra*, pp. 41 ss. e 77 ss.).

Cercherò di essere sintetico, e di non sovrapporre le mie ragioni a quelle già espresse da Marco Pertile (*supra*, p. 51 ss.), che condivido. Perciò, le riflessioni qui presentate si concentreranno essenzialmente su tre profili, rispettivamente: 1) sulle premesse da cui muove il discorso di Gradoni; 2) sulle conclusioni indotte da alcune esperienze di "giustizia penale internazionale"; 3) sulle conseguenze dedotte in tema di diritto internazionale umanitario.

Mi si permetta di aggiungere che le osservazioni sin qui svolte mi hanno offerto numerosi spunti di riflessione. Ciò nonostante, non ho maturato un'opinione diversa. Lo dichiarerò dunque amichevolmente: caro Lorenzo, *questa volta proprio non siamo d'accordo*. Tuttavia, sono certo che questo non rap-

(*) Università Cattolica di Milano.

presenti un problema, né simbolizzi alcuna «chiusura comunitaria». Anzi.

Fin qui le ragioni della critica, d'ora innanzi la critica delle ragioni.

1. *Sulle premesse del discorso di Gradoni*. – Le premesse del discorso di Gradoni, per come l'ho inteso, sono quelle per cui il diritto internazionale, lungi dal contribuire a risolvere le questioni, è «parte del problema». Si tratta di un'osservazione incontrovertibile, che in termini strutturali potrebbe essere estesa ad ogni ambito di conoscenze, persino al di fuori del perimetro delle scienze sociali. Non è forse la scienza medica... («le sue norme, le architetture»), parte del problema che concerne la salute? Ma la ragione per la quale tale premessa mi appare fuorviante è più specifica: attraverso di essa si altera l'oggetto dell'analisi abbozzata nell'appello, traslando il piano argomentativo da un discorso *di* diritto (quello delle violazioni sommariamente indicate nella *Joint Declaration*) ad un discorso *sul* diritto (quello dei due interventi di Gradoni), salvo poi ricondurre da quest'ultimo piano effetti che si manifestano sul primo (v. *infra*, punto 3).

Né mi convince la valutazione negativa che si attribuisce all'appello «*savant* alla comunità internazionale e al suo diritto, perlomeno con riferimento ai settori evocati nel documento». Infatti, di enfasi retorica è impregnato tutto il linguaggio del diritto internazionale, a partire *proprio* dai «settori evocati nel documento», dal «determined to save succeeding generations *from the scourge of war*» del preambolo della Carta delle Nazioni Unite, al «concerned that this *delicate mosaic* may be *shattered* at any time» del preambolo dello Statuto della Corte penale internazionale (corsivi aggiunti). A tal riguardo, non mi sembra fuori luogo rammentare che la medesima nascita del diritto internazionale umanitario è dovuta al successo di... un appello! È con una petizione che si chiude la galleria degli orrori

narrata in *Un souvenir de Solferino* (1862), attraverso il quale il trentaquattrenne Henry Dunant diede origine al movimento che portò alla nascita della Croce Rossa: «bisogna lanciare un appello ... al maresciallo di campo, come al filantropo o allo scrittore ... per formulare qualche principio internazionale, sacro e convenzionale che, una volta accolto e ratificato, serva da base alle Società di soccorso».

In sintesi, a me sembra del tutto plausibile che nel corso di un conflitto armato si invochi il parere dei giuristi esperti di tali conflitti (*ius ad bellum* e *ius in bello*), così come mi sembrerebbe ragionevole se, nel corso di un'epidemia, si invocasse il parere degli epidemiologi (e questo indipendentemente dal discorso del se l'epidemiologia, nell'intenzione di trasformare il mondo, non l'abbia addirittura peggiorato).

In alcune splendide pagine di *Tristi Tropici*, Lévi-Strauss ricorda con grande libertà di quanto gli fosse presto giunta a noia la tecnica dell'argomentare e del contro-argomentare... senza mai intaccare il nocciolo – il vero? – delle questioni («avevo appreso che ogni problema, grave o futile, potesse essere liquidato attraverso l'applicazione di un metodo che consiste nell'opporre due visioni ... per giungere infine ad una terza che rivela il carattere egualmente parziale delle precedenti attraverso un vocabolario che si riferisce ad aspetti complementari della stessa realtà: forma e contenuto, continuo e discontinuo, essere e apparire»). Il nostro, che aveva iniziato studiando diritto e filosofia, abbandonerà ogni interesse di questo tipo in favore dello strutturalismo (*et alia*). Ma, fintanto che si decide di restare nell'ambito *del* discorso giuridico, non mi sembra vano adoperarne il linguaggio e le categorie.

2. *Sulle conclusioni indotte da alcune esperienze di "giustizia penale internazionale"*. – Nel corso del luglio 1998, all'epoca dei negoziati sul Trattato istitutivo della Corte penale internazionale (approvato con 120 voti a favore, 21 astensioni e 7 voti

contrari – vale la pena rammentare quali: Cina, Libia, Iraq, Israele, Stati Uniti, Qatar e Yemen), si è certamente assistito ad un eccesso di aspettative relativamente all'emersione del «diritto internazionale penale» (preferisco denominare il settore in questo modo, in omaggio al sistema di fonti, di diritto internazionale, appunto).

Le ragioni di tale esuberanza erano diverse e numerose. Da un lato, si concretizzava un progetto che – tra alterne fortune – aveva attraversato tutto il corso del Novecento; dall'altro, si trattava di un settore *à la page*. Beninteso, nulla di cui sorprendersi. Il diritto internazionale, come ogni altro ambito, genera periodicamente temi che per un arco di tempo catalizzano un interesse maggiore: basta menzionare, per limitarci al primo decennio di questo nuovo secolo, la lotta al terrorismo, le questioni sottese al cambiamento climatico, le misure di contrasto alla crisi economica internazionale. Oggi, per quanto concerne il diritto internazionale penale, non è più così. Al contrario, il settore gode di «pessima salute», anche perché la sua più compiuta interpretazione istituzionale (la famosa «Corte penale internazionale africana», che tuttavia è già un poco meno africana... se si osserva la situazione dal punto di vista delle «Preliminary Examinations»), ha avuto tutto il tempo per mostrare i propri limiti, strutturali e funzionali. Tra questi ultimi vanno certamente ascritte – come ricordato da De Sena in un articolato intervento (*supra*, p. 64 ss.) – le ipotesi in cui la Corte è stato attivata *via* Consiglio di sicurezza (si citano, al riguardo, i casi *Al-Bashir* e *Gheddafi*). Alla luce di tali considerazioni, si teme una sorta di eterogenesi dei fini. Se ho compreso correttamente l'obiezione, nella *vexata quaestio* israelo-palestinese, un ipotetico intervento del Procuratore internazionale potrebbe addirittura radicalizzare gli antagonismi, in luogo di consentire una più facile risoluzione della questione.

L'obiezione è conosciuta da chi si occupa di tali questioni, avendo rappresentato il "rumore di fondo" che ha accompa-

gnato tutti i lavori negoziali sino all'approvazione dello Statuto di Roma, e oltre (se ne udiva ancora l'eco nel 2010 quando, a Kampala, si è discusso di aggressione). Nel corso dei negoziati di Roma ne circolava persino una versione più radicale: era noto l'esempio di una crescente tensione tra due potenze dotate di armamenti atomici che alla vigilia di un accordo di pace venivano a conoscenza dell'intenzione del Procuratore di sottoporre i rispettivi leader a processo (facendo saltare il tavolo dei negoziati). L'organo d'accusa non poteva essere dotato di un potere incontrollato, *rectius*, incontrollabile! Ed è *precisamente* sullo sfondo di simili argomenti che si è consumato il *Package Deal* presentato negli ultimi giorni dei negoziati di Roma, da accettare, o rifiutare, *in blocco* (in luogo di una discussione articolo per articolo, le questioni relative alla potestà giurisdizionale della Corte sono state oggetto di una proposta unitaria avanzata dal *Committee of the Whole*, da prendere o lasciare, senza possibilità di modifica). È sulla base di questa rappresentazione dei problemi che – ad esempio – si è abbandonata la lungimirante e condivisa proposta coreana (79% di preferenze nelle votazioni informali) che estendeva – nelle ipotesi in cui la Corte fosse attivata dal Procuratore oppure da uno degli Stati parte al Trattato – l'esercizio della giurisdizione oltre i confini dello Stato territoriale o di quello della nazionalità della persona accusata (includendo anche lo Stato di nazionalità della vittima o ancora quello di detenzione della persona accusata, cfr. A/CONF.183/C.1/L.6). Ed è sempre sulla base di questo tipo di argomentazione che è stato introdotto l'art. 16 dello Statuto di Roma, che attribuisce al Consiglio di sicurezza, «acting under Chapter VII», il potere di sospendere per un periodo di 12 mesi, rinnovabile alle stesse condizioni, «ogni indagine o procedimento».

Gradoni ipotizza una possibile applicazione di quest'ultima norma per impedire il rischio di un «aggravamento del conflitto», domandandosi se non sia anche questo «diritto internazio-

nale». *Certamente lo è*. E mi preme aggiungere: è certamente diritto internazionale persino la risoluzione 1422 del 12 luglio 2002 (reiterata con la risoluzione 1487 del 12 giugno 2003) con la quale, meno di due settimane dopo l'entrata in vigore dello Statuto di Roma, si sospendeva ogni azione per i casi concernenti il personale di uno Stato non parte che partecipava ad un'operazione «stabilita o approvata dalle Nazioni Unite» (salvo che... al momento dell'adozione di tale provvedimento non erano nemmeno state avviate le procedure di nomina dei giudici e dell'organo d'accusa! In cosa poteva consistere la «minaccia alla pace», allora, se non in una sorta di minaccia "autoinflitta", una "meta-minaccia"?).

Sono dunque ben d'accordo: tutto questo (e molto altro) *è* diritto internazionale! Ma come atteggiarsi, in relazione a questo assunto? La posizione critica di Gradoni, se da un lato gli consente di scartare «la celebre dicotomia ormai assurta a "icona pop" degli apologeti *versus* gli utopisti», dall'altro gli permette di scrutare il fenomeno da una prospettiva in cui «tutto è tenebra», addirittura una «tenebra che l'appello non rischiara. Anzi». Ma questa notte così hegelianamente scura rende *davvero* tutte le vacche nere e indistinguibili? Direi invece che il lavoro di distinzione mi sembra una condizione imprescindibile del mestiere di giurista. Così, in luogo di accontentarmi di un «anche questo è diritto internazionale», mi associo volentieri ad una produzione di distinzioni in grado di rilevare – ad esempio – che l'uso sino ad oggi compiuto dell'art. 16 destruttura il concetto di «minaccia alla pace» in un modo forse mai raggiunto prima. E desidererei anche aggiungere che tale alterazione è gravida di conseguenze, a partire dal medesimo Statuto di Roma (sino ad espandersi in chissà quali ambiti): se nel corso dei negoziati plenipotenziari si era stabilito – attraverso il c.d. «Singapore Compromise» – che la Corte potesse agire *a meno che* il Consiglio non ne decidesse la sospensione (*in luogo di* richiedere un'autorizzazione preventiva al Consiglio)... attraverso

il rinvio ad una «minaccia» che non ha alcun riscontro oggettivo, si ritorna ad uno *status* precedente: la Corte può agire… *solo se* il Consiglio ne autorizza l'azione.

Ecco, dal mio punto di vista la *Joint Declaration* si muove nel solco segnato dalle opportune distinzioni, allorquando si pone come scopo «to denounce the grave violations, mystification and disrespect of the most basic principles of the laws». Illustrare i gangli dell'argomento giuridico, significa indicare le tensioni, le torsioni, persino gli elementi di rottura che rifondano il discorso, ma non significa rinunciare all'uso di una bussola.

Così, diversamente dall'autore della critica, leggendo l'appello non ho ravvisato alcun «culto» della «giustizia penale internazionale» (sulla quale, peraltro, suggerirei una maggiore apertura, non certo di giudizio, ma di angolo di osservazione). Piuttosto, un quanto mai opportuno bisogno di segnare confini e differenziazioni, che oggi mi sembra riaffiorare anche nell'esigenza di produrre "mappe", dottrinarie come satellitari.

3. *Sulle conseguenze dedotte in tema di diritto internazionale umanitario.* – Un ulteriore profilo che non mi ha convinto del discorso di Gradoni è quello relativo all'interpretazione offerta del principio di distinzione, che ho stigmatizzato, in un commento probabilmente troppo repentino, definendolo «su base tecnologica». Più esattamente, l'autore argomenta in questo modo: «[l]e offensive israeliane causano molte vittime civili, queste però non sono altro che "danni collaterali" – potrebbe arguire l'attaccante – provocati da un'azione bellica che, anche grazie alla precisione delle armi, e perlomeno nelle intenzioni (non sempre sondabili!), si mantiene conforme al principio di distinzione».

Mi sembra, qui, di scorgere un equivoco in parte simile a quello che si riscontra talvolta nel dibattito sulla, anzi *sulle* (perché sono diverse: in tempo di pace, in tempo di guerra,

ecc.), qualifiche del crimine di terrorismo, allorché si fa discendere la finalità dalle modalità esecutive della condotta criminosa (il *kamikaze*, insomma, sarebbe sempre un terrorista: ma ciò non è necessariamente vero, perché costui può immolarsi anche contro un obbiettivo militare).

Mutatis mutandis, anche articolando un discorso (che in ogni caso non è stato prodotto) sulla separazione tra mezzi e metodi di combattimento, il principio di distinzione, con il quale si richiede di differenziare «at all times» tra popolazione civile e combattenti, non può in alcun modo ritenersi soddisfatto, *ex se*, dalla «precisione delle armi». Si può distinguere, o *non distinguere*, con una baionetta come con un lancio di missili. Ed è sulla base di simili ragionamenti che la Camera d'appello del Tribunale *ad hoc* per l'*ex*-Iugoslavia ha avvertito l'esigenza di smentire la Camera di prima istanza considerando che quest'ultima sia incorsa in «error of law» quando ha ritenuto che «[t]argeting civilians or civilian property is an offence when not justified by military necessity. […] The Appeals Chamber underscores that there is an absolute prohibition on the targeting of civilians in customary international law», (*Blaškić*, sentenza del 29 luglio 2004, par. 109).

Né ho compreso la portata del richiamo che Gradoni ha segnalato, quando nel suo secondo intervento rimanda – in risposta a questa critica – al sito delle forze armate israeliane. Tanto più che, come riprodotto in una sezione dello studio sul *Customary International Humanitarian Law* condotto dal Comitato internazionale della Croce Rossa sulla prassi degli Stati in materia di attacchi contro la popolazione civile, se nel *Israel's Law of War Booklet* del 1986 si prevedeva che «[a]ttacks on civilians are strictly prohibited», nel più recente *Manual on the Rules of Warfare* (2006) si sancisce che il principio di distinzione «imposes the duty to refrain from attacking civilians *as far as possible*» (corsivo aggiunto).

Da ultimo, sorprende che a ricorrere a tale criterio di di-

scernimento sia proprio chi opportunamente rimarca la non coincidenza tra diritto e giustizia, sottintendendo, *si parva licet*, come il primo non sia uno strumento "buono" *di per sé*, ma innanzitutto una regolamentazione dei rapporti di forza soggiacenti. Non è forse anche la perizia (*τέχνη*), una sorta di "regolamentazione precisa" di quanto giace sotto? O la "tecnica" applicata al mondo militare, diversamente – a questo punto – da quella applicata al mondo del diritto è, *di per sé*, buona? Sono persuaso che scavando tra le pagine del Novecento, e in particolare "nei campi", si possano attingere notevoli risposte a tale quesito («nel sistema della biopolitica nazista [i campi] non sono soltanto il luogo della morte e dello sterminio, ma, anche e innanzitutto, il luogo di produzione ... dell'ultima sostanza biopolitica isolabile nel *continuum* biologico» (AGAMBEN, *Quel che resta di Auschwitz: l'archivio e il testimone*, Torino, 1998, p. 79).

In conclusione, non saprei dire (anche se mi piacerebbe dibatterne) se i razzi che Hamas oggi orienta contro le città israeliane rappresentino il "ramo caduto" dello storico discorso "del ramoscello d'olivo'" tenuto da Arafat dinanzi all'Assemblea generale delle Nazioni Unite oramai 40 anni fa («sono venuto portando un ramoscello d'olivo, in una mano, e la pistola di un combattente per la libertà, nell'altra. Non lasciate che il ramoscello d'olivo mi cada dalla mano»). Né saprei dire (ma anche di ciò mi piacerebbe dibattere) se quel ramoscello sia stato deliberatamente lasciato cadere, oppure se il pugno che lo stringeva sia stato obbligato ad aprirsi per la brutalità della morsa che cingeva tutto intorno il braccio. Ma il tema che oggi si propone è: *chi può raccogliere quel ramoscello*? A leggere Gradoni si ha l'impressione che la comunità internazionale – e il diritto che essa esprime e dal quale è espressa – non possa... perché è essa stessa l'arbusto che ha dato vita al ramo. Osservazione che merita la più alta considerazione. Ma che non mi ha persuaso, perché argomenta troppo (il diritto internazionale *può tutto ciò*?), o troppo poco (il diritto internazionale *non può nulla?*).

Ciò premesso mi auguro, con la presente, di avere reso un corretto omaggio allo spirito critico di Lorenzo, cercando di illustrare in modo cordiale gli elementi del suo discorso che mi hanno lasciato più perplesso. Se non ci sono riuscito me ne rammarico, e spero che mi concederà una nuova opportunità (magari davanti a un buon bicchiere). Ma se posso congedarmi con un auspicio, è che si torni a dibattere dei temi dai quali siamo partiti. Ricominciare da Gaza.

21 agosto 2014

3

Il programma di «Outright Monetary Transactions (OMT)» della Banca centrale europea

ANNAMARIA VITERBO	Oh My…OMT! Some Thoughts about the German Constitutional Court's Decision to Refer the Outright Monetary Transactions Programme to the Court of Justice of the European Union
MATTHIAS GOLDMANN	Friend or Foe? The German Federal Constitutional Court's Request for a Preliminary Ruling on the ECB's OMT Program
SALVATORE D'ACUNTO	Sulla coerenza del programma OMT con il diritto dell'Unione europea

«Oh My…OMT!». Some Thoughts about the German Constitutional Court's Decision to Refer the Outright Monetary Transactions Programme to the Court of Justice of the European Union

ANNAMARIA VITERBO (*)

1. *The Background.* – In May 2010, the Governing Council of the European Central Bank (ECB) adopted a Decision establishing the Securities Markets Programme (SMP) (ECB/2010/5). Under the SMP, the ECB and the Eurosystem National Central Banks (NCBs) were to purchase, on the secondary market, eligible debt instruments issued by central governments or public entities of the Eurozone. The SMP was applied by the ECB and the Eurosystem NCBs to purchase government bonds issued by Italy, Spain, Greece, Portugal and Ireland.

In February 2012, shortly before the Greek sovereign debt

(*) Università di Torino.

restructuring, the ECB was the single largest holder of the Hellenic Republic sovereign bonds, with 16.3% of the total, amounting to €42.7 billion, while the Eurosystem NCBs held around 5% of the total Greek bonds, amounting to €13.5 billion. Notably, during the restructuring these quasi-sovereign creditors were shielded from bearing any losses: shortly before Greece launched its exchange offer, they swapped their "old" bonds for "new" bonds with identical nominal value, payment terms and maturity dates, but different serial numbers. This was the only way to single out and aggregate bonds issued under different series. The new bonds were in fact protected from the debt swap performed by means of retroactive collective action clauses, or CACs (Claims are pending in front of the ECHR and also in front of an ICSID tribunal). While bondholders agreeing to the exchange offer received bonds maturing between 2023 and 2042 and suffered a huge haircut (53.5% on their principal), the maturity dates of the bonds held by the ECB, the Eurosystem NCBs and the European Investment Bank (EIB) remained unvaried.

The SMP was discontinued in September 2012, when the ECB announced the introduction of the Outright Monetary Transactions (OMT) programme.

The technical features of the OMT were described in a press release, but the ECB Governing Council has not yet adopted a decision and, as of now, the OMT is not into effect.

Under the OMT programme, the ECB and the NCBs will conduct outright transactions in secondary sovereign bond markets with the aim of safeguarding an appropriate monetary policy transmission and the singleness of the monetary policy. No *ex ante* quantitative limits are set on the size of OMTs, but only bonds with a maturity of one to three years may be purchased. Both the amount of holdings and their market values will be disclosed.

Moreover, interventions by the ECB on the secondary mar-

ket will be carried out only for countries that have requested European Financial Stabilization Mechanism (EFSF)/European Stability Mechanism (ESM) support and provided that the request is approved by the Eurogroup. Conditionality will be defined in the context of an EFSF/ESM macroeconomic adjustment programme. The ECB would purchase bonds on the secondary market if and until the country complies with the conditions attached to the EFSF/ESM support. However, the ECB Governing Council will maintain full discretion on the start, continuation and suspension of the OMT transactions and it will adopt its decisions in accordance with its monetary policy mandate. Therefore, OMTs will only be used to achieve the objective of maintaining price stability (see ECB Monthly Bulletin, October 2012, p. 7–9).

2. *The German Constitutional Court refers the OMT Programme to the Court of Justice of the European Union*. – On 14 January 2014, the German Federal Constitutional Court (GFCC) separated from the proceedings related to the ESM and to the Treaty on Stability, Coordination and Governance in the Economic and Monetary Union (the so-called Fiscal Compact) the matters related to the SMP and the OMT programmes.

In addition, the proceedings related to the SMP/OMT were stayed and a referral for a preliminary ruling was submitted by the GFCC (for the first time in its history) to the Court of Justice of the European Union (CJEU) on the OMT consistency with EU law: in particular, according to the GFCC, the OMT programme falls outside the monetary policy mandate of the ECB and is incompatible with the monetary financing prohibition set forth by Art. 123 TFEU.

In the alternative, the GFCC asked the CJEU whether Articles 119 and 127 of the TFEU and Articles 17 to 24 of the Protocol on the Statute of ESCB/ECB can be interpreted in such a

way that the adoption and the implementation of the OMT programme would be deemed in conformity with EU law.

3. *Is the OMT programme a monetary policy instrument?* – In the GFCC's view, the OMT programme does not appear to be covered by the monetary policy mandate of the ECB and it is instead an economic policy measure aimed at reducing interest-rate spreads and at fiscal redistribution among member States, without the necessary democratic legitimation (par. 5).

In order to demonstrate that the OMT programme exceeds the ECB's monetary policy mandate thus infringing the powers of the Member States, the GFCC affirmed that attention should be given to the parameters applied by the CJEU in the Pringle case: the objective of the act, the instruments used for reaching the objective and their effects.

In applying these principles in the *Pringle* case, the CJEU held that the ESM, despite having an indirect effect on the stabilisation of the euro, belongs to the area of economic policy and that the grant of financial assistance to a Member State clearly does not fall within monetary policy (par. 54-57).

According to the GFCC, the OMT immediate objective is to neutralise spreads on government bonds of selected euro area Member States: a clear economic policy objective. Moreover, OMTs transactions are tied to an EFSF/ESM macroeconomic adjustment programme and they can be considered the functional equivalent to financial assistance measures, which fall into the economic policy area (par. 78).

The argument put forward by the ECB is that the SMP/OMT programmes are in fact to be considered monetary policy instruments pursuant to Art. 18.1 of the ESCB/ECB Statute.

The SMP/OMT programmes were adopted to counter the exceptional circumstances in the financial markets which were hampering the monetary policy transmission mechanism in the

euro area and thereby the effective conduct of monetary policy oriented towards price stability. In other words, the divergence in government bond yields was hampering the mechanism through which the ECB aims to influence prices in the entire euro area via its interest rates.

Under the OMT, should this mechanism be disrupted by dysfunctional market segments and the ECB's rate signal not be transmitted evenly to all parts of the euro area, the ECB could intervene by buying, on the secondary market (i.e. from banks and against market prices), the securities that it normally accepts as collateral. Even if the purchase of bonds will concern only selected countries receiving EFSF/ESM support, the singleness of the monetary policy will be safeguarded. Therefore, selectivity does not change the nature of the instrument.

The linkage with the EFSF/ESM conditionality does not attract the OMT purchases of government bonds into the field of economic policy. As we have already pointed out, the ECB Governing Council will independently assess the necessity of OMTs purchases in each individual case from a pure monetary policy perspective. Compliance with the EFSF/ESM conditionality is a necessary condition, but not a sufficient one for the start, continuation or termination of OMTs purchases.

Furthermore, the OMT programme is not aimed at the harmonization of the financing conditions of Member States, but only at reducing unwarranted interest rate spikes.

4. *Are the ECB's purchases of government bonds on the secondary market compatible with the monetary financing prohibition of Art. 123 TFEU?* – Doubts were also raised by the GFCC on the consistency of both the SMP and the OMT programmes with the prohibition of monetary financing enshrined in Art. 123 TFEU.

This provision explicitly prohibits the ECB and the Eurosystem NCBs from either providing credit facilities to or di-

rectly purchasing debt instruments from central governments and other public authorities, but it only applies if these instruments are purchased «directly». Therefore, under the prevailing interpretation of Art. 123 TFEU, the ECB – although prohibited from purchasing in the primary market – would still be allowed to operate in the secondary market in the fine-tuning of its monetary policy. However, reference should also be made to Council Regulation (EC) No. 3603/93 according to which «purchases made on the secondary market must not be used to circumvent the objective of [Art. 123 TFEU]».

According to the GFCC, «an acquisition of government bonds on the secondary market by the ECB aiming at financing the Members' budgets independently of the capital markets is prohibited as well, as it would circumvent the prohibition of monetary financing» (para. 278 of the GFCC decision on the application for a temporary injunction). Moreover, the neutralisation of interest rate spreads, the selectivity of purchases, the parallelism with EFSF/ESM assistance programmes and the ECB's willingness to participate in a sovereign debt restructuring also indicate that the OMT aims at a circumvention of Art. 123 TFEU (paras. 87 ff. of the GFCC order of 14 January 2014).

To determine whether the OMT purchases might indirectly infringe the monetary financing prohibition, it has been suggested that it would be necessary to look at the rationale and at the objectives of the provision, which namely are to safeguard the (1) ECB's ability to maintain price stability, (2) fiscal discipline, and (3) central bank independence.

In these regards the following observations can be made: (1) OMTs – in the event that they are conducted – will not give rise to any inflationary risks, since the liquidity created through OMTs will be fully sterilized: the total additional liquidity injected through OMTs up to a certain week will be absorbed from the market in the following week and therefore the net ef-

fect of OMT purchases and sterilisation on the overall liquidity in the interbank money market will be neutral; (2) OMTs are attached to a strict conditionality which ensures that the State concerned remains under considerable pressure to implement reforms and maintain fiscal discipline; (3) the ECB Governing Council retains its full independence on deciding over OMT transactions.

For what concerns the ECB participation in a sovereign debt restructuring, we should recall what happened in the context of the Greek Private Sector Involvement (PSI), when the bonds purchased under the SMP were not involved in the application of retroactive CACs and the ECB and the Eurosystem NCBs were *de facto* awarded senior creditor status over the other bondholders.

Initially the ECB rejected criticism arguing that its exemption from the Greek restructuring was "special" and justified on the grounds that it had intervened on the bonds markets solely for monetary policy purposes. On 8 March 2012, the President of the ECB, Mario Draghi, explained that the purchases of Greek bonds responded to public interest considerations and, as such, they deserved protection; furthermore, the integrity of the ECB balance sheet had to be protected, as well as the taxpayers' money that was entrusted with it. In a second moment, however, the ECB declared that in similar situations, in accordance with the terms of the bonds (see Recital 11 and Article 12(3) of the ESM Treaty), it will not claim preferred creditor status.

If a strict interpretation of Art. 123 TFEU were to be favoured, an ECB "voluntary" participation in a debt restructuring or rescheduling could amount to monetary financing. In this sense, the ECB would be prevented from accepting losses deriving from the restructuring of Member States' sovereign bonds in its portfolio.

We contend, however, that Art. 123 TFEU (as well as Art.

125 TFEU) has essentially a *preventive nature*, its objective being to reduce as far as possible the risk of public debt crises (cf. CJEU, *Pringle* case, par. 59). This provision was drafted with normal rather than turbulent times in mind, and at a time when a sovereign debt crisis in the Eurozone was unforeseeable. If the fiscal discipline objectives of Art. 123 have not been attained in normal times (which is clearly the case with Greece), to insist on strict compliance with the monetary financing prohibition at a time of acute, almost existential, crisis is to actively counteract the efforts of indebted Member States to return to fiscal discipline. If the participation of the ECB and NCBs in an Official Sector Involvement or a debt-buy-back scheme can help Greece (or, in the future, other states in trouble) to return to fiscal discipline (rather than to default), the main goal of Art. 123 will be not only preserved, but also well served.

13 febbraio 2014

Friend or Foe? The German Federal Constitutional Court's Request for a Preliminary Ruling on the ECB's OMT Program

MATTHIAS GOLDMANN (*)

I fully share the views expressed by my esteemed colleague and friend Anna Viterbo (above, p. 99 ss.). Here, I would like to add three further points. They concern the relationship between the German Federal Constitutional Court (GFCC) and the Court of Justice of the European Union (CJEU) as well as the European Central Bank (ECB). In my view, those three points raise doubts as to whether and how the GFCC's request might advance the cooperative relationship between the institutions involved.

1. *Admissibility: The GFCC invents a popular action*. – The admissibility of this case under German law raises two questions. First the case is directed against the failure of the German federal government, of the federal diet (Bundestag) and of

(*) Max Planck Institute Heidelberg.

Bundesbank to take steps to prevent or repeal the OMT program. As Judge Lübbe-Wolff stresses in her dissenting opinion, it is not entirely clear what kind of obligation would ensue from this case for the federal institutions should they succumb. The Bundesbank might have to try to stop the OMT program. But what if this proves to be unsuccessful? Would Germany have to leave the Eurozone? Since the European treaties do not provide for an exit option from the monetary union, a treaty would have to be negotiated and ratified by the diet. Since one cannot request the diet to adopt a certain view, all that one might request is the initiation of efforts to this effect, such as a debate in the federal diet. But, as Judge Lübbe-Wolff observes, a judgment which obliges the federal diet to hold a debate would be much ado about nothing.

Admittedly, this case has a second implication. The case is based on the claim that the OMT program violates the right to a vote under Art. 38 of the Basic Law because the ECB acted *ultra vires*. Plaintiffs do not invoke their right to property as in previous unsuccessful litigation against the introduction of the Euro. Neither do they base their claim on any other alleged violation of fundamental rights. Consequently, the GFCC implicitly accepts popular actions directed against alleged violations of the European treaties by EU institutions. Previous cases raising the question whether the EU acted *ultra vires* like Honeywell were based on alleged violations of fundamental rights like the right to conclude contracts included in Art. 12 of the Basic Law. Although previous case law contains several *obiter dicta* where the GFCC recognized the possibility of basing complaints against *ultra vires* acts on Art. 38 of the Basic Law, this de facto extension of the individual complaints procedure to a popular action receives no particular attention in the majority opinion. The majority tries to curb the impact of popular action by the requirement that *ultra vires* acts need to be sufficiently qualified. However, this is not a question of admissibility.

2. *Cooperative Relationship between GFCC and CJEU*. – Being the first request for a preliminary ruling, the case certainly should be seen as a landmark in the "cooperative relationship" which the GFCC maintains with the CJEU and as an expression of its pro-integration policy. However, the GFCC provides a concise interpretation of the TFEU, according to which the OMT program is in violation of Articles 119 and 127 TFEU (obliging the ECB to pursue price stability) and Art. 123 TFEU (prohibiting the purchase of government debt by the ECB). The only alternative which the judges devise is a reinterpretation of the OMT program in conformity with the treaties. That would require ensuring that ECB purchases do not jeopardize conditionality under ESM programmes, that the effects of the OMT program for economic policy remain marginal, that the bonds purchased by the ECB purchases are excluded from a sovereign default, and that the effects of OMT for market prices remain marginal.

Whether the assumption of the court that these requirements would not defeat the purpose of the OMT program is correct, is a different question. The GFCC's strategy shows that it understands the cooperative relationship as a one-way street, or at least as an asymmetrical relationship. Should the CJEU not follow the interpretation given to the treaties by the GFCC and curb the effects of the OMT program in the way devised by the GFCC, the GFCC might come to the conclusion that the OMT program, as ratified by the CJEU, oversteps the ECB's treaty powers in a way that violates Germany's constitutional identity because it bereaves the federal diet of its budgetary autonomy. The GFCC makes it abundantly clear that it thinks that all requirements for such a conclusion are met.

If push comes to shove, it is of course hard to predict whether the GFCC would actually go that step and assume responsibility for a new flare of the crisis. Also, as has been said

above, the legal consequences of such a decision would be unclear. Instead of an exit from the Eurozone, the German government might suggest adopting a new, more integration-friendly constitution on the basis of Art. 146 of the Basic Law. That would set an end to Karlsruhe's control. On the other hand, one might also doubt whether the CJEU would be willing to incur the risks involved in any form of non-compliance by Germany. Should the CJEU by and large follow the GFCC, the GFCC might have obtained the "ultimate say" in this cooperative relationship – by way of a request for a preliminary ruling!

3. *What Standard of Review for ECB Decisions?* – The GFCC rightly points out that the ECB's independence does not immunize it against any form of judicial review. However, it then applies a full review of the OMT program without giving further consideration to the appropriate standard of review. In my view, the GFCC should have granted the ECB a considerable margin of appreciation. Certainly, the ECB does not possess democratic legitimacy like a Parliament. But it draws its legitimacy from its expertise, and of course from its mandate. As Judge Gerhard emphasizes in his dissent, «price stability» is only an objective, not an exact rule requiring or prohibiting a specific action in a specified situation. And indeed, the distinction between legitimate monetary politics and illegitimate fiscal politics is contested. While the GFCC assumes the position that both can be neatly separated, Anna Viterbo explains in her post that monetary politics and fiscal policy might be blurred as a consequence of the crisis – a widely shared view ignored by the GFCC. Similar considerations apply to the GFCC's interpretation of Art. 123 TFEU. Here, the GFCC casts the fact to the wind that the mentioned provision explicitly prohibits only primary market purchases. The reason for this lies in the fact that it is so difficult to tell legitimate from illegitimate second-

ary market purchases. However one draws the line between monetary and fiscal policy, the fact that this line is disputed among economists should have been reason enough for the GFCC to exercise its review with some restraint. For example, it could have exercised some sort of rationality check.

Instead, the GFCC corroborated its view with the argument that the ECB should not gear its monetary policy towards maintaining the integrity of the Monetary Union and its membership because Art. 140 TFEU left that question to political decision-makers. This view certainly does not hold because Art. 140 TFEU only addresses accession to the Monetary Union. The treaties do not provide for any exit procedure or for its dissolution. At least this issue might give the CJEU the opportunity to liberate itself from the firm grip of Karlsruhe's friendly handshake.

19 February 2014

Sulla coerenza del programma OMT con il diritto dell'Unione europea

SALVATORE D'ACUNTO (*)

1. *Il «framework» istituzionale dell'Unione economica e monetaria: la cornice teorica*. – Il complesso di regole che fa da quadro di riferimento per le politiche macroeconomiche in Europa è in larga misura "figlio" di un indirizzo teorico che, a volerlo racchiudere in una etichetta, potrebbe essere definito "approccio della neutralità della moneta": *secondo questo approccio*, le variazioni della massa monetaria in circolazione producono effetti solo temporanei sulle variabili reali (livello di attività economica, tasso di disoccupazione, distribuzione del reddito tra le categorie sociali), ma nel lungo periodo le reazioni spontanee degli operatori economici inducono modificazioni del livello dei prezzi dei beni di segno e dimensioni tali da neutralizzare gli effetti reali. Le implicazioni di *policy* di questa visione del funzionamento del sistema economico possono essere schematicamente sintetizzate nei seguenti punti:

(i) è opportuno che le autorità preposte al controllo della quantità di moneta rinuncino alla (velleitaria) ambizione di condizionare le variabili reali e concentrino la loro attenzione

(*) Seconda Università di Napoli.

sull'obiettivo della stabilità dei prezzi;

(ii) per poter condurre la politica monetaria verso il perseguimento dell'obiettivo della stabilità dei prezzi libere da condizionamenti di sorta, è opportuno che le autorità preposte al controllo della quantità di moneta siano formalmente svincolate da ogni altro tipo di responsabilità istituzionale;

(iii) più in particolare, è opportuno che le autorità monetarie non abbiano alcun obbligo di assecondare le politiche fiscali dei governi ("divorzio" tra autorità fiscali e monetarie), né responsabilità di fronte ad eventuali rischi di insolvenza di istituzioni sovrane ("no bail-out");

(iv) per evitare che le autorità monetarie debbano, loro malgrado, confrontarsi con alternative drammatiche, è in ogni caso opportuno disegnare e implementare procedure capillari e rigorose di controllo sullo "stato di salute" delle finanze pubbliche.

La sezione del Trattato sul funzionamento dell'Unione europea (TFUE) che definisce ambiti di azione, prerogative e responsabilità dei principali attori istituzionali in seno all'UEM (Unione economica e monetaria) rivela in maniera assai evidente questa "paternità" teorica: l'art. 127 TFUE accoglie infatti l'idea della dedizione esclusiva dell'autorità monetaria all'obiettivo della stabilità dei prezzi, mentre gli articoli 123, 125, 126 e 130 TFUE mettono il banchiere centrale nelle condizioni ideali per realizzarlo, blindandolo dalle eventuali pressioni degli organismi espressione della sovranità popolare mediante il riconoscimento di uno *status* di sostanziale irresponsabilità nei loro confronti (art. 130), vietandogli il finanziamento dell'attività di spesa dei governi dei Paesi membri (art. 123) e, infine, predisponendo un complesso meccanismo di controllo sullo stato di salute delle loro finanze (art. 126, recentemente rafforzato dal c.d. *Fiscal Compact*).

2. *La politica monetaria in Europa in tempi di turbolenza*. –

Mentre una larghissima maggioranza degli studiosi valuta l'approccio alla politica economica sintetizzato nei principi (i)-(iv) come il più adeguato ad un mondo caratterizzato da mercati "efficienti", il consenso sull'adeguatezza di quel "modello" ad uno scenario caratterizzato da ipotesi meno ottimistiche sul funzionamento dei mercati è decisamente più limitato. Numerosi e prestigiosi ambienti accademici condividono infatti l'idea che, in presenza di incompleta utilizzazione delle risorse produttive, di segmentazione dei mercati o di imperfezioni informative, la moneta smetta di essere "neutrale" e possa, al contrario, esercitare effetti rilevanti sulle variabili di natura reale. In tutte queste ipotesi, gli impulsi monetari tenderanno a trasmettersi solo parzialmente sui prezzi e a dar vita pertanto a modificazioni del livello di attività produttiva e/o della distribuzione del reddito tra le diverse categorie di operatori.

Alla luce di queste considerazioni, alcuni dei principi-cardine dell'architettura normativa dell'UEM appaiono poco adatti a fronteggiare fasi recessive generalizzate o anche shock "locali" suscettibili di dar luogo a squilibri commerciali interni all'Unione di dimensione sostanziale: infatti, sotto queste ipotesi, da un lato l'idea che l'autorità monetaria debba dedicarsi in via esclusiva all'obiettivo della stabilità dei prezzi perde la sua apparenza di generale buon senso e potrebbe in molti casi rivelarsi come un'opzione sostanzialmente "masochista"; dall'altro, la drastica separazione di responsabilità (e la conseguente assenza di coordinamento) tra autorità monetarie e fiscali (e tra autorità fiscali di diversi Paesi membri) potrebbe rischiare di determinare incentivi strategici di natura perversa sul comportamento dei diversi attori istituzionali coinvolti, finendo quindi per accentuare dinamiche di segno negativo delle principali variabili macroeconomiche.

Il deterioramento delle condizioni macroeconomiche in alcuni Paesi membri dell'UEM ed il conseguente diffondersi sui mercati di aspettative di "sganciamento" di tali Paesi dalla mo-

neta unica, ha costretto pertanto la BCE a confrontarsi con un serio problema: come riportare ordine in uno scenario macroeconomico "turbolento" muovendosi all'interno dei vincoli imposti da un quadro normativo progettato per gestire scenari caratterizzati, al contrario, da sostanziale stabilità. Più in particolare, di fronte al diffondersi nei mercati di forti dubbi circa la solvibilità di alcune istituzioni sovrane dei Paesi dell'UEM, la BCE ha dovuto interrogarsi sull'opportunità di progettare tecniche di intervento sui mercati in grado di scongiurare il rischio che i titoli del debito di tali Paesi fossero travolti dagli attacchi speculativi, *senza tuttavia imbattersi nei limiti normativi definiti dal TFUE*. La decisione del Governing Council del 6 settembre 2012 concernente le OMT (Outright Monetary Transactions) è uno dei risultati di questo sforzo di creatività: si tratta di operazioni di acquisto sul mercato secondario di titoli di debito emessi da istituzioni sovrane interessate dai programmi di supporto EFSF (European Financial Stability Facility) o ESM (European Stability Mechanism), e quindi condizionate all'impegno, da parte dell'istituzione destinataria dell'intervento, ad attuare un programma di aggiustamento macroeconomico definito d'intesa con il Consiglio europeo. La difficoltà di conciliare gli obiettivi sottesi a questa innovativa tecnica d'intervento con la visione ispiratrice del TFUE è tuttavia apparsa subito evidente, fornendo il pretesto ad un gruppo di deputati e professori tedeschi per un ricorso di conformità costituzionale presso la Corte costituzionale federale della Repubblica di Germania.

3. *Obiettivi "espliciti" ed "impliciti" delle OMT*. – La BCE, probabilmente proprio per renderla "digeribile" agli organi politici e giurisdizionali al cui vaglio sarebbe stata sottoposta, ha ovviamente raccontato questa storia in una salsa diversa. Nella ricostruzione fornitane nel comunicato stampa del 6 settembre 2012, le OMT vengono descritte come uno strumento finalizza-

to «at safeguarding an appropriate monetary policy transmission and the singleness of the monetary policy». In parole più semplici, in un contesto caratterizzato da forti dubbi dei mercati sulla solvibilità di alcune istituzioni sovrane, i tassi d'interesse finiscono per incorporare il "rischio Paese": ne risulta un ventaglio di tassi fortemente differenziati su base nazionale. La politica monetaria, che agisce fondamentalmente attraverso gli stimoli trasmessi ai tassi d'interesse, rischia pertanto di esercitare effetti sostanzialmente asimmetrici sui diversi Paesi membri dell'UEM. Nello scenario macroeconomico attuale, la politica monetaria può quindi concorrere efficacemente al conseguimento dei suoi obiettivi istituzionali soltanto se la BCE interviene a correggere queste asimmetrie, contribuendo a realizzare condizioni sostanzialmente omogenee nell'intero mercato monetario dell'area euro. Alla luce di questa interpretazione, le OMT rappresenterebbero pertanto lo strumento elettivo di questo necessario processo di "fluidificazione" dei canali di trasmissione della politica monetaria.

Vale la pena di osservare che questi due modi diversi di raccontare la *raison d'être* delle OMT non sono affatto contraddittori. Infatti, l'acquisto di titoli di debito sovrano percepiti dagli operatori di mercato come molto rischiosi, tendendo ad attenuare gli *spread* rispetto ai tassi prevalenti sui titoli "sicuri", dovrebbe permettere alla BCE di conseguire contestualmente entrambi gli obiettivi: da un lato, dare un po' di respiro a Stati membri sull'orlo dell'insolvenza (in attesa che i piani di aggiustamento macroeconomico concordati nell'ambito dei programmi EFSF/ESM comincino ad invertire la dinamica tendenziale degli indicatori di finanza pubblica), e dall'altro realizzare l'ambiente più idoneo al corretto dispiegarsi degli effetti della politica monetaria mediante la "dis-ostruzione" del suo principale canale di trasmissione. Queste prime osservazioni sono molto rilevanti ai fini della valutazione di una delle questioni di merito sollevate dalla Corte costituzionale tedesca nel

giudizio di conformità costituzionale (la conformità del programma OMT all'art. 123 TFUE), in quanto chiariscono come il "fatto" oggetto del giudizio abbia natura estremamente sfuggente e come il giudizio rischi pertanto di avere appigli abbastanza fragili ad elementi di oggettività e di doversi basare sulla ricostruzione della finalità ispiratrice della decisione: insomma, su uno scivoloso "processo alle intenzioni" del banchiere centrale.

4. *I limiti del "mandato" della BCE: che cos'è la «politica monetaria»?* – Con la decisione del 14 Gennaio 2014, la Corte costituzionale tedesca (d'ora in poi anche «BVerfG»), rompendo una consolidata prassi giurisprudenziale, ha rinviato la questione dinanzi alla Corte di giustizia. In tal modo essa ha chiarito senza possibilità di equivoco che il quadro di riferimento normativo a cui la BCE deve ritenersi assoggettata è il TFUE. Si tratta, come molti commentatori hanno osservato, di una profonda novità nell'orientamento della Corte di Karlsruhe, che finora aveva sempre ritenuto le attività degli organi dell'Unione sottoposte alle regole dello Stato tedesco (sull'argomento v., oltre ai due interventi pubblicati *supra*, p. 99 ss. e p. 107 ss., qui e qui).

Tuttavia, sul piano del merito, il BVerfG ha condito l'istanza di rinvio con un esplicito scetticismo circa la compatibilità del programma OMT con il diritto primario europeo. Il primo problema posto alla Corte di giustizia consiste nel chiarire se la decisione della BCE concernente le OMT ricada o meno nell'ambito del mandato del banchiere centrale, a cui gli articoli 119 e 127 TFUE (nonché lo Statuto del Sistema europeo delle Banche centrali) attribuiscono esclusivamente funzioni di politica *monetaria*, riservando invece agli Stati membri le competenze di politica *economica*.

In effetti, in assenza di una disposizione normativa che ne definisca con esattezza i contenuti, che cosa debba intendersi

per "politica monetaria" non è affatto una questione banale. Nella letteratura teorica appare pacifico che tale espressione identifichi una ampia varietà di modalità di intervento accomunate dal fatto di esplicarsi attraverso il condizionamento dei prezzi e dei volumi di attività scambiate sui mercati monetari e finanziari. Tuttavia, a giudicare dalla lettura del dispositivo, a giudizio del BVerfG, perché una tecnica di intervento possa legittimamente essere considerata rientrante nell'ambito della politica *monetaria,* occorre una condizione aggiuntiva: le operazioni di acquisto (o di vendita) non devono essere selettivamente indirizzate verso una categoria specifica di titoli definita in base all'identità dell'istituzione emittente. La politica monetaria, in altre parole, dovrebbe operare condizionando il livello *generale* dei tassi d'interesse, ma non i differenziali tra i tassi dei titoli emessi da diverse istituzioni sovrane. Se invece il banchiere centrale concentra le operazioni di acquisto (o vendita) su un gruppo specifico di titoli di debito sovrano, egli finirebbe per alterare gli esiti del meccanismo di mercato, svolgendo *de facto* una funzione redistributiva tra contribuenti residenti in Paesi diversi dell'UEM che non dovrebbe competergli.

Si tratta di un rilievo non privo di qualche fondamento, non fosse altro perché evidenzia tutti i limiti dell'impianto di *policy* adottato dal TFUE. È senz'altro ragionevole che ad un organismo privo di legittimazione democratica non dovrebbero competere funzioni redistributive. Tuttavia, va osservato che il TFUE assegna al banchiere centrale il compito di stabilizzare il livello generale dei prezzi e, come si è chiarito qualche riga più in alto, il conseguimento di questo obiettivo è realizzabile senza effetti redistributivi soltanto in condizioni assai ipotetiche e non facilmente riscontrabili nel mondo reale. Più nello specifico, come opportunamente evidenziato dalla BCE nel corso del procedimento dinanzi al BVerfG, in presenza di diffusi dubbi sulla solvibilità di alcune istituzioni sovrane, e quindi di tassi d'interesse che incorporano la percezione del "rischio Paese"

da parte dei mercati, la politica monetaria può trasmettere gli impulsi desiderati sul livello dei prezzi solo se gli interventi hanno natura selettiva (e quindi se hanno effetti implicitamente redistributivi). Alla luce di tali considerazioni, nelle circostanze indicate, vietare alla BCE di praticare forme di intervento aventi effetti redistributivi significherebbe implicitamente vietarle di perseguire il proprio obiettivo istituzionale.

Il BVerfG, seguendo le argomentazioni dei ricorrenti, obietta che se interventi di tale natura fossero davvero imprescindibili ai fini del conseguimento della stabilità dei prezzi, allora il banchiere centrale non dovrebbe in nessun modo renderli condizionali all'attuazione, da parte dell'istituzione sovrana beneficiaria dell'intervento, dei piani di aggiustamento macroeconomico concordati nell'ambito dei programmi EFSF/ESM. Insomma, delle due l'una: o gli interventi selettivi sono necessari ai fini della stabilità dei prezzi, e allora andrebbero eseguiti indipendentemente dall'implementazione di programmi di aggiustamento macroeconomico; oppure tali interventi non rivestono carattere di necessità ai fini dell'obiettivo definito dall'art. 127 TFUE, e allora andrebbero evitati per le ragioni appena esposte. Tuttavia, questa obiezione sembra sottintendere un'interpretazione del ruolo della BCE eccessivamente rigida, spingendosi a disegnare una figura di banchiere centrale sostanzialmente indifferente al rischio dell'opportunismo fiscale dei Paesi membri finanziariamente sovraesposti. Interpretazione difficilmente condivisibile, soprattutto alla luce della circostanza che l'art. 123 TFUE assegna di fatto alla BCE un ruolo importante rispetto all'obiettivo di disincentivare comportamenti fiscali improntati al *moral hazard.*

5. *Le OMT alla luce dell'art. 123 TFUE.* – Le argomentazioni del BVerfG relative alla presunta violazione del "mandato" da parte della BCE sembrano avvitarsi in un curioso corto circuito quando la corte tedesca contesta l'operato del banchiere centrale sul piano della conformità all'art. 123 TFUE.

Ai fini di una corretta valutazione di questo aspetto della questione, è bene chiarire che tale disposizione, mentre vieta tassativamente alla banca centrale di finanziare gli Stati membri acquistando titoli pubblici *direttamente* dalle istituzioni emittenti, in base ad un'interpretazione largamente dominante la lascia invece libera di effettuare operazioni di acquisto *sul mercato secondario*, a condizione che, come chiarito nel regolamento del Consiglio n. 3603/93, tali operazioni «non vengano utilizzate per eludere l'obiettivo dell'art. 123». Diventa pertanto cruciale, ai fini della soluzione della controversia, individuare quale sia l'obiettivo che il costituente di Maastricht si era proposto di conseguire attraverso tale disposizione. Al riguardo, l'interpretazione prevalente in letteratura è che l'art. 123 TFUE sia finalizzato ad incentivare gli Stati membri al rispetto della disciplina fiscale. La finalità della disposizione sarebbe quindi da considerarsi implicitamente elusa se dovessero riscontrarsi, nell'attività della BCE, comportamenti suscettibili di determinare un allontanamento degli Stati membri dai dettami del rigore fiscale.

Nel dispositivo del rinvio alla Corte di Lussemburgo, il BVerfG segue invece una diversa metodologia di valutazione: ricostruire l'intenzione del banchiere centrale attraverso elementi di natura indiziaria implicitamente inscritti nella tecnica operativa prescelta. Rispetto a tale operazione concettuale, acquistano pertanto rilievo aspetti quali la selettività degli acquisti, il "parallelismo" degli interventi rispetto ai programmi di assistenza finanziaria EFSF/ESM, l'espressa volontà della BCE di partecipare a programmi di ristrutturazione del debito delle istituzioni destinatarie degli interventi: agli occhi del Tribunale di Karlsruhe, tutti questi elementi rivelerebbero implicitamente l'intenzione del banchiere centrale di fornire agli Stati destinatari mezzi finanziari a buon mercato che avrebbero altrimenti serie difficoltà a procurarsi.

Si è già rilevato quanto questa metodologia sia scivolosa.

Vale la pena di aggiungere che essa conduce a risultati quanto meno controintuitivi: l'elemento che ai nostri occhi più sembra rivelare la preoccupazione della BCE per la disciplina fiscale (il legame indissolubile tra le OMT e il rispetto dei programmi di risanamento fiscale da parte degli Stati destinatari) viene invece paradossalmente interpretato dalla Corte come indizio della volontà di aggirare l'art. 123 TFUE. Dopo essersi implicitamente legata le mani, obbligandosi a non utilizzare le OMT come tecnica di politica monetaria in assenza di precise garanzie sul risanamento dei bilanci pubblici, appare abbastanza paradossale che la BCE si veda accusata di voler eludere la normativa sulla disciplina fiscale.

24 febbraio 2014

4

Verso una codificazione europea del diritto internazionale privato?

GIACOMO BIAGIONI ESTER DI NAPOLI	Verso una codificazione europea del diritto internazionale privato? Una breve premessa
FRANCESCO SALERNO	Possibili e opportune regole generali uniformi dell'UE in tema di legge applicabile
ANGEL ESPINIELLA	Some Thoughts on a EU Code of Private International Law
ZENO CRESPI REGHIZZI	Quale disciplina per le norme di applicazione necessaria nell'ambito di un codice europeo di diritto internazionale privato?
SAMUEL FULLI-LEMAIRE	Il futuro regolamento «Roma 0» e la qualificazione

Verso una codificazione europea del diritto internazionale privato? Una breve premessa

GIACOMO BIAGIONI (*) e ESTER DI NAPOLI (ϕ)

Da qualche tempo, la dottrina si interroga sulla possibilità di elaborare uno strumento normativo recante una disciplina di "parte generale" del diritto internazionale privato europeo (un futuro, ipotetico, non ancora programmato Regolamento «Roma 0», per usare la fortunata espressione in proposito coniata dagli studiosi). Nel contesto del progredire settoriale degli strumenti normativi dell'Unione sin qui adottati sulla base dell'art. 81 TFUE, ci si chiede se e per quale via sia possibile arrivare a una codificazione del diritto internazionale privato europeo. Lo stesso uso del concetto di «codificazione», in riferimento alla cooperazione giudiziaria in materia civile dell'UE, merita di essere sottoposto a riflessione, in considerazione anche delle peculiari modalità con cui tale politica è stata progressivamente attuata dalle istituzioni.

Tali quesiti hanno recentemente offerto lo spunto per alcune riflessioni corali e di ampio respiro: in proposito, si possono menzionare, oltre ad alcuni saggi più brevi, il volume *Brauchen*

(*) Università di Cagliari.
(ϕ) Università di Ferrara.

wir eine Rom 0-Verordnung?, che raccoglie i contributi presentati al convegno tenutosi su questo tema a Bayreuth nel giugno 2012, e un precedente volume curato da FALLON, LAGARDE e POILLOT PERUZZETTO, *Quelle architecture pour un code européen de droit international privé?*, Bruxelles, 2011, che contiene anche un «Embryon de règlement portant Code européen de droit international privé», elaborato dal professor Paul Lagarde.

La rilevanza della questione è confermata dalla crescente attenzione dedicatale dalle istituzioni europee, sia pure con atti di carattere non vincolante.

Nel dicembre 2012 il Parlamento europeo, facendo seguito alla sua risoluzione su *Competenza giurisdizionale, riconoscimento ed esecuzione delle decisioni* del 7 settembre 2010, ha pubblicato un documento intitolato *Current gaps and future perspectives in European private international law: towards a code on private international law?*

Altrettanto significativa appare la comunicazione della Commissione dell'11 marzo 2014, *The EU Justice Agenda for 2020: Strengthening Trust, Mobility and Growth within the Union*, nella quale sono stati tratteggiati i progressi compiuti dalla politica dell'Unione nel settore della giustizia a partire dall'entrata in vigore del Trattato di Maastricht sino al Trattato di Lisbona. Nella progressiva costruzione di uno spazio di libertà, sicurezza e giustizia, la Commissione individua dunque i futuri obiettivi, riconoscendo a tale politica una funzione di rilievo anche nella difficile situazione di crisi economica, ossia il rafforzamento della fiducia tra Stati membri, della mobilità delle persone e della crescita economica.

Per affrontare gli obiettivi individuati ai fini della costruzione di uno spazio di giustizia europeo pienamente funzionante, la Commissione considera che al centro della politica di giustizia dell'UE sia necessario *consolidare* gli strumenti già esistenti, *codificare* il diritto dell'Unione «when necessary and ap-

propriate» e *praticare* ed *integrare* il quadro esistente con nuove iniziative.

A seconda del tipo di sfide, la futura politica di giustizia dell'Unione dovrebbe utilizzare una *combinazione* di questi metodi, sulla base di un'analisi condotta caso per caso e di una valutazione d'impatto. La Commissione ritiene che la codificazione degli strumenti normativi e delle prassi esistenti «can facilitate the knowledge, understanding and the use of legislation, the enhancement of mutual trust as well as consistency and legal certainty». Una siffatta codificazione, non solo di alcuni degli strumenti normativi adottati in questo settore, ma anche della giurisprudenza rilevante della Corte di giustizia dell'Unione europea, contribuirebbe ad assicurare coerenza alla legislazione vigente e offrirebbe, più in generale, chiarezza ai cittadini e agli operatori del diritto. Con particolare riferimento all'ambito della cooperazione giudiziaria in materia civile e commerciale, la Commissione considera infine che l'Unione «should examine whether codification of the existing instruments could be useful, notably in the area of conflict of laws».

È muovendo da queste premesse che si è ritenuto opportuno raccogliere una serie di contributi di studiosi italiani e stranieri che affrontassero il tema della possibile codificazione del diritto internazionale privato dell'Unione europea e dell'eventuale adozione di un regolamento «Roma 0» dedicato alle questioni generali. In quest'ottica, accanto allo scritto di più ampio respiro di Francesco Salerno, sono qui riuniti, senza pretesa di completezza, una serie di scritti che esaminano specifici profili di un eventuale strumento da adottarsi nell'ambito della cooperazione giudiziaria civile dell'Unione europea al fine di conferire alla stessa un impianto sistematico più solido, tenendo conto del quadro degli strumenti sino ad oggi esistenti.

Tali scritti, pur caratterizzati da una riflessione di carattere inevitabilmente preliminare, appaiono senz'altro suscettibili di costituire la base per una più ampia discussione dottrinale, par-

ticolarmente necessaria in vista dell'elaborazione di misure cruciali per garantire l'equilibrato funzionamento del sistema di diritto internazionale privato e processuale dell'Unione europea.

6 febbraio 2014

Possibili e opportune regole generali uniformi dell'UE in tema di legge applicabile

FRANCESCO SALERNO (*)

Lo sviluppo normativo imponente – ma per lo più frammentato – del diritto internazionale privato (DIP) europeo ha indotto a porsi la questione se sia utile – ed al limite necessario – formalizzare un complesso di regole generali in materia. Pare tuttavia difficilmente percorribile, sul piano politico prima ancora che giuridico, un regolamento comprensivo dei profili internazionalprivatistici che emergono da tutte le fonti di diritto dell'UE rilevanti in materia. Infatti, oltre alla nota base giuridica quale ora costituita dall'art. 81 TFUE per l'adozione di atti sulla cooperazione giudiziaria in materia civile, bisogna annoverare norme derivate "speciali" aventi una diversa base giuridica nel TFUE, convenzioni internazionali dell'UE (sia con Stati non membri che con uno Stato membro come la Danimarca) e i "corollari" internazionalprivatistici discendenti dal TFUE e dal TUE, il cui art. 6 incorpora a sua volta sia la Carta dei diritti fondamentali dell'UE sia la Convenzione europea dei diritti umani. Sarebbe quindi opportuno concentrare l'ipotizzato regolamento generale solo con riguardo a materie disciplinate da

(*) Università di Ferrara.

atti normativi aventi base giuridica nell'art. 81 TFUE perché maggiormente consoni ad una logica di "integrazione sistemica", senza peraltro nascondersi le difficoltà sulla procedura che andrebbe seguita in considerazione dell'elevato grado di "geometria variabile" presente in materia tanto che, come è noto, alcuni regolamenti in vigore non vincolano tutti gli Stati membri.

L'attenzione maggiore va dedicata ai profili di diritto applicabile costituenti il noto progetto «Roma 0», dal momento che nel campo del diritto processuale civile internazionale l'attuale regolamento n. 1215/2012 («Bruxelles I-*bis*») funge da disciplina generale, ancorché non esaustiva, della materia civile e commerciale, dando altresì indicazioni strutturali di funzionamento per norme affini di regolamenti settoriali. Peraltro l'esperienza applicativa di questa disciplina nell'arco di quasi quaranta anni dimostra che l'impianto normativo del "sistema Bruxelles I" si è via via consolidato nella "coscienza pubblica europea" grazie all'interpretazione uniforme della Corte di giustizia e alle modifiche apportate dal legislatore europeo nel corso di successive revisioni del testo originario del 1968. L'attuale versione del 2012 mantiene la continuità con quell'ormai lontano testo, anche se è certamente migliorata la profondità regolatoria della disciplina in vista del coordinamento tra sistemi processuali nazionali all'interno dello spazio giudiziario europeo. L'impatto è visibile anche sugli stessi sistemi processuali nazionali, omologando modelli concettuali e istituti che erano in passato assai diversi tra gli Stati membri e comunque non in linea con il "sistema Bruxelles I".

È quindi legittimo domandarsi se nell'attuale fase storica meriti avviare una formalizzazione delle regole generali sul diritto applicabile senza che i regolamenti recanti una disciplina uniforme europea sulla legge applicabile abbiano potuto saggiare la coerenza sistemica delle proprie soluzioni e l'impatto sulle tradizioni giuridiche nazionali. Il carattere finora settoriale

del DIP uniforme europeo esprime nei singoli atti un compromesso politico-giuridico che risente del tipo di interessi oggetto dello specifico regolamento. Così, ad esempio, il diritto uniforme europeo richiama sovente in caso di legge applicabile il «collegamento più stretto», ma tale percorso che combina la tradizione anglosassone con il criterio di prossimità ha natura del tutto eccezionale rispetto al criterio obiettivamente precostituito ed incentrato su una circostanza astrattamente prevedibile che ricalca la tradizione continentale risalente a Savigny e Mancini. Nello stesso solco di prevedibilità si pone il ricorso sempre più diffuso all'autonomia della volontà nella determinazione della legge applicabile, sia pure con il supporto talora richiesto da legami significativi con l'ordinamento indicato.

In tale quadro articolato si collocano anche le soluzioni differenziate sulle regole generali applicabili. Il regolamento n. 650/2012 in materia di successioni è l'unico ad impiegare la tecnica del rinvio. La formula del diritto internazionale privato materiale si ritrova nel regolamento n. 1259/2010 sulla legge applicabile alla fase patologica del rapporto matrimoniale. I due regolamenti menzionati sono inoltre gli unici in cui, pur in diversa misura, si fa rinvio alle norme interne di riparto della competenza legislativa operanti nell'ordinamento la cui legge sia stata richiamata.

La varietà delle soluzioni che il diritto uniforme europeo manifesta su profili generali di DIP riflette differenze che emergono dal panorama comparatistico, sulle quali oltretutto già da tempo si confrontano le diverse scuole di DIP e talora anche singoli esponenti di una medesima "tradizione" nazionale. Nell'attuale fase storica, un ipotetico negoziato sul regolamento «Roma 0» difficilmente potrebbe eludere questa condizione assai articolata del dato normativo come della scienza giuridica internazionalprivatistica, specie considerando l'attenzione che l'art. 67, par. 1, TFUE pone alle tradizioni giuridiche degli Stati membri. L'obiettivo di pervenire a regole

uniformi dovrebbe del resto inserirsi nel consueto percorso: la Commissione pubblica il "Libro verde", quindi raccoglie le osservazioni e definisce una proposta normativa. Come mostrano gli ultimi atti adottati di DIP europeo, i punti sensibili vengono affrontati e risolti in seno al Consiglio dell'UE secondo tecniche di compromesso proprie del negoziato intergovernativo sia pure ad elevato contenuto tecnico. Esemplare è l'atteggiamento frequente del Regno Unito, che "piega" il negoziato a propri fini senza poi neppure aderire al testo sfruttando l'opportunità di *opting out*.

Il testo uniforme su regole generali di DIP deve peraltro confrontarsi con la difficoltà di formalizzare tecniche di coordinamento tra ordinamenti quali sperimentate nella dimensione nazionale ma non facilmente trasponibili in una disciplina uniforme che coordina "dall'alto" i singoli sistemi giuridici dei paesi membri. Valgano, ad esempio, i casi in cui il DIP richieda la coincidenza tra *forum* e *ius* a favore di uno Stato membro: in tal caso non si tratta della tecnica pura del c.d. *jurisdictional approach* ovvero di applicazione generalizzata della *lex fori*, poiché nel DIP uniforme europeo la determinazione "a monte" del foro competente di uno Stato membro – cui è poi correlata l'applicabilità del suo diritto – dipende sempre da criteri normativi oggettivi e predeterminati, operanti per tutti gli Stati che ne sono destinatari su basi astrattamente paritarie.

Un ulteriore ordine di perplessità afferisce alla stessa necessità di giungere alla formulazione "codificata" di determinate regole generali di DIP. Ne costituisce un caso emblematico il tema delle qualificazioni, atteso che le espressioni contenute in norme di diritto dell'UE vanno comunque intese in modo univoco all'interno dello spazio giudiziario europeo. La tecnica di interpretazione uniforme utilizzata dalla Corte di giustizia combina – a seconda delle circostanze – diritto materiale interno dell'UE, principi generali di diritto condivisi dagli Stati membri e tradizione internazionalistica degli stessi. Pur con

questa varietà d'impulsi che rispondono a logiche funzionali (BARIATTI e PATAUT, "Codification et théorie générale du droit international privé", in *Quelle architecture pour un code européen de droit international privé?*, a cura di Fallon, Lagarde e Poillot-Peruzzetto, Bruxelles, 2011, p. 340), il significato autonomo non è indefinito ed è sulla sua base che deve avvenire il raffronto con il diritto straniero, senza che al riguardo sia necessaria l'espressa enunciazione di un vincolo ermeneutico per l'operatore giuridico.

L'opportunità di un intervento normativo sulle regole generali di DIP uniforme europeo deve comunque valorizzare due caratteristiche di fondo dell'attuale disciplina. Per un verso, questa esperienza eredita e radicalizza la tradizione del diritto convenzionale uniforme accentuando la condizione di equivalenza tra sistemi giuridici anche in relazione a Stati non membri. Per un altro, il DIP uniforme europeo non è avulso dal processo di integrazione dell'UE; anzi è divenuto uno dei suoi strumenti.

Un punto fermo, difficilmente contestabile, è il carattere obbligatorio delle norme di diritto uniforme europeo e il loro primato, che ne esclude comunque la natura "facoltativa" a prescindere dalla diversa tradizione giuridica di singoli Stati membri. Perciò, anche in assenza di disposizioni espresse nei singoli regolamenti, è inevitabile l'applicazione del principio *iura novit curia* per assicurare l'effetto utile del diritto uniforme riguardo la legge applicabile da quello indicata (Corte di giustizia dell'Unione europea, causa C-184/12, *Unamar*, sentenza 17 ottobre 2013, punti 46 ss.). I due profili sono strettamente collegati e non vi sarebbe alcuna forzatura asserendo l'ineludibile corollario che discende dal carattere obbligatorio del regolamento di DIP uniforme nel senso di sancire il vincolo del giudice nazionale a conoscere il diritto straniero se del caso applicabile, senza che al riguardo rilevi né la sua afferenza ad un ordinamento di uno Stato membro, né tanto meno se la legge sia

designata da un criterio oggettivo o dalla volontà precostituita dei soggetti privati. Logica conseguenza dovrebbe essere quindi il legittimo ricorso in cassazione per errata applicazione del diritto straniero.

Nell'ambito di una disciplina generale si potrebbe colmare la lacuna degli attuali regolamenti sul diritto applicabile in caso di mancato accertamento del diritto straniero ovvero di sua contrarietà con il limite dell'ordine pubblico. L'esigenza di evitare un approccio drasticamente legeforistico suggerirebbe di seguire la formula già sperimentata nella legge italiana di riforma del DIP, ricercando il diritto applicabile attraverso criteri di collegamento alternativi o sussidiari.

L'integrazione tra DIP e ordinamento dell'UE contamina l'impiego delle clausole di salvaguardia del DIP, quale il limite dell'ordine pubblico e finanche le norme di applicazione necessaria. La circostanza che sia nell'uno che nell'altro caso rilevi la componente materiale di diritto dell'UE potrebbe suggerire di affrontare la questione della frode alla legge, stabilendo se questa rilevi rispetto a comportamenti individuali che "abusano" della concorrenza tra ordinamenti sovrani per eludere norme imperative del diritto dell'UE. Ma non potrebbe ovviamente lo stesso limite essere evocato quando la norma di DIP uniforme europeo, configurando – ai fini sia della giurisdizione che della legge applicabile – un dato legame personale costituito dalla residenza abituale o dalla cittadinanza, lascia la persona libera di scegliere una nuova residenza abituale come anche di mantenere una pregressa cittadinanza non più effettiva.

6 febbraio 2014

Some Thoughts on a EU Code of Private International Law

ANGEL ESPINIELLA (*)

1. *Introduction*. – When we talk about codification, it is necessary to give priority to what the practitioners need, not the academics. The practitioners, including the courts, are recently undergoing a high degree of professional specialization. They face specific issues concerning family matters, successions, contracts or company law, irrespective of their cross-border implications. For instance, if they usually deal with contract law, they probably prefer that the aspects of cross-border contract law are regulated in the same instrument containing rules on contracts. Private International Law (PIL) is clearly connected with private law.

Nevertheless, this approach is not convincing in EU law because harmonization of private law has only partially occurred. From the point of view of the EU legislator, it is clear that a potential codification would be restricted to PIL. Maybe that is not the best solution, but, in accordance with the principle of subsidiarity, it is the best "possible" solution. A EU Code of Private International Law, as proposed in the volume *Quelle architecture pour un code européen de droit international privé?*, edited in 2011 by M. Fallon, P. Lagarde and S. Poillot-

(*) Universidad de Oviedo.

Peruzzetto, probably fits with the idea of neo-modernism based on systematization and rationalization of a fragmentary set of rules, breaking the avant-garde idea of dynamical law outside the codes.

2. *Some Advantages*. – In this sense, a EU PIL Code could be deemed to present the following advantages:

2.1. *A Code would require a reflection about matters which have not been yet regulated*. A thorough consideration about the material scope of the EU PIL would be particularly needed (see the Note of the European Parliament's Directorate-General for Internal Policies, titled *Current gaps and future perspectives in European private international law: towards a code on private international law*). Think, for instance, about how EU has worried about the free movement of decisions on divorce, legal separation or marriage annulment, but not about the free movement of marriage. For these reasons, Rome III Regulation expressly excluded marriage annulment. That strategy causes false premises: shall an Italian decision of annulment of a same sex-marriage be recognized with retroactive effects in Spain, where the marriage was validly celebrated? Italy, where the judgment was rendered – it should be borne in mind that, according to article 3 of Brussels II.a Regulation, we have seven grounds of jurisdiction – may discard Spanish law under public policy grounds and thus legitimately consider that the marriage is invalid under Italian law. But it does not make sense that this decision is intended to be recognized abroad.

Another interesting example: I wonder if, in order to improve the free movement of goods, it is time to set forth uniform rules concerning the applicable law to property and the effects of the principle of origin. The risk of courts in applying the law of the State of destination might cause dysfunctions: in some cases, the movement of goods might provoke the application of a more favorable law, causing "reverse discriminations";

in others, movement might harm parties' legal expectations, causing an obstacle to the free movement of goods.

2.2. *A Code would unify concepts*. Probably the hypothetical codification would harmonize some categories, which nowadays diverge from State to State. We can think, for instance, about the concept of habitual residence or the definition of consumers in several regulations. Focusing on the latter, a wider definition is given by the Regulation creating a European enforcement order for uncontested claims and by the Regulation creating a European order for payment procedure. A stricter definition is provided by Rome I Regulation, which focuses on the consumers when the professional pursues or directs his activities to the country where the consumer has his habitual residence. In between these definitions, Brussels I Regulation refers to consumers "caught" by the professionals but also to consumers who conclude contracts for the sale of goods on installment credit terms or for a loan repayable by installments.

2.3. *A Code would unify legal solutions*. This is one of the most relevant strengths of the codification, as we can confirm with the brilliant proposal of a «Rome 0» Regulation, contained in LEIBLE and UNBERATH (eds.), *Brauchen wir eine Rom 0-Verordnung?*, Jena, 2013, concerning issues of characterization, renvoi, local conflicts, preliminary questions, public policy or application of foreign law. But we could also refer to a "Brussels 0" Regulation. Let me focus on jurisdiction and recognition and enforcement. In matters of jurisdiction, I wonder if we need four different provisions for *lis pendens* (Brussels I.a, Brussels II.a, Brussels III and Regulation on successions), considering also the silence of the European Insolvency Regulation, or maybe we need a general rule allowing for some adjustments for specific matters.

We can think also about rules on recognition and enforcement. I wonder if the current framework is justified. We can find very different solutions, ranging from the declaration of

enforceability requiring an examination of grounds for refusal from the first phase (Brussels II.a Regulation), to the direct enforcement, without any declaration of enforceability (Articles 17-22 of Brussels III Regulation). In between these models, we can find a declaration of enforceability, but without controls in the first phase (Articles 23-38 of Brussels III Regulation and Regulation on matters of succession), or direct enforcement with possibility of anti-enforcement procedure (Brussels I.a Regulation), or direct enforcement of judgment certified by the court of origin (Regulation on European Enforcement Order). In other words, all models of enforcement procedure differ from each other and I wonder if that plurality of models is strictly justified *ratione materiae.*

2.4. *A Code would remove gaps*. The codification would probably eliminate gaps which have arisen out of the rigid separation among regulations. I think that the relations between Rome I and Rome II Regulation is a very interesting testing bench (ARENAS GARCÍA, "La distinción entre obligaciones contractuales y obligaciones extracontractuales en los instrumentos comunitarios de derecho internacional privado", *Anuario español de derecho internacional privado*, 2006, p. 403 ff.). Firstly, let us focus on the direct action against the insurer. Rome II Regulation provides clear rules in order to bring a direct action in cases of non-contractual liability, but Rome I Regulation does not provide for any rule for the direct action against insurer in cases of liability derived from the contracts of provision of professional services (JIMÉNEZ BLANCO, "El régimen de las acciones directas en el reglamento de «Roma II»", *Anuario español de derecho internacional privado*, 2007, p. 287 ff.). Secondly, the question of whether an agent is able to bind a principal in relation to a third party is excluded from Rome I Regulation. But it is not regulated by Rome II Regulation, unless we apply its rules on *negotiorum gestio*, which is very doubtful.

2.5. *A Code would provide stability of rules*. I think that ephemeral regulations that are subject to far-reaching revisions in too short periods are not desirable. For instance, was it appropriate that, six months after the Agreement between EU and Denmark for the application of the Regulation on the service of judicial and extrajudicial documents, that Regulation was replaced? Furthermore, is it adequate that, before the second version of the Lugano Convention entered into force in order to ensure its adaptation to Brussels I Regulation, the EU started to discuss the recast of Brussels I or the Regulation on maintenance obligations which, by the way, includes a rule conflicting with the Lugano Convention (Article 4.4)?

2.6. *A Code would familiarize the practitioners with EU PIL rules*. Certainly a Code would make the activity of practitioners much easier. I know that it is not a scientific argument but it is a practical one. We can refer, for instance, to the negative impact of something as simple as the names of the regulations. Many times we use abbreviated expressions relating to their legal background ("Brussels I", "Rome I"). Thus, the practitioners need to know not only the rules in force but also the historical background, being PIL considered as "*droit savant*", according to the definition by Oppetit. Sometimes these abbreviated expressions are referred to a distant past ("Brussels I.a" and "Brussels II.a"). Sometimes these abbreviated expressions are inventions ("Brussels III" and "Rome III"). Sometimes the past is not taken into account: Regulation on insolvency proceedings is not enlisted as one of the "Brussels" regulations but it is based on the Convention of 1995, made in Brussels. And, last but not least, sometimes the short denomination is confusing because the second regulation ("Rome II" Regulation of 2007) was adopted before the first regulation ("Rome I" Regulation of 2008).

3. *Some Obstacles*. – I would like to underline that I agree

with the central idea of neo-modernism based on clarification of rules. But a code on EU PIL should be drafted in a long term, because nowadays it faces some obstacles. As EU is gaining ground in more and more matters of PIL, a dynamical law would be probably preferable for the EU legislator, preventing to petrify its regulations or to slow its progress, as has been said by two authors in an article whose title is very clear: JAYME and KOHLER, "Eurozentrismus ohne Kodifikationsidee", *IPRax: Praxis des Internationalen Privat- und Verfahrensrechts*, 2006, p. 537 ff. Let me refer to five legal obstacles:

3.1. *The difficulty of reaching the same spatial scope in all matters*. It is difficult to explain the reasons which justify several definitions of spatial scope, particularly, in relation with international jurisdiction. We find too many different models: for instance, a model of universal application of EU rules (Regulations on maintenance obligations and on successions), or a model of limited application (Brussels I.a Regulation or the European Insolvency Regulation). In between these models, we could refer to a model of cumulative application in the Brussels II.a Regulation, under which, in addition to the EU rules, the national rules may be applied in particular circumstances.

3.2. *The difficulty of looking for "flexicurity"*. In my opinion, the success of a hypothetical code requires to combine security and flexibility, so that the codification would include clear rules adapted by the courts to the circumstances of the case. It would be something similar to the "flexicurity" principle. Certainly, this aim could be reached by a code, as shown by the well-known clause concerning the more closely connected law (Rome I and Rome II Regulations or Regulation on succession). In this sense, this aim is not exactly a barrier, but an added difficulty because, in my opinion, a codification based on flexible rules is more complex. I wonder, in this sense, if it is possible to reach a general codification when, for instance, the Regulation on matters of successions includes 83 Recitals, which are

very important as explanatory notes or even as "pseudo-rules" (see Recital 12 requiring to take into account the winding-up of the matrimonial property regime or, in another field, Recital 33 of Rome II Regulation requiring to take into account all the relevant actual circumstances of the specific victim of road accidents). Maybe the codification requires that some Recitals become rules or official reports. By the way, these official reports are very useful and the EU should recover this practice.

3.3. *The problem of the bureaucratization of PIL*. It is difficult to imagine a EU Code due to the current process of *bureaucratization* of PIL (according to Audit's definition), as a result, particularly, of the large number of forms and annexes of the regulations. How could these forms be integrated in a Code? It is possible but it is not easy.

3.4. *The possibility of repeating past mistakes*. In general terms, material codification has looked suspiciously at *lex mercatoria*, maybe due to the fact that *lex mercatoria* represents opposite values (not codified rules, outside sovereign powers, as argued by ANCEL "Autonomía conflictual y derecho material del Comercio Internacional en los convenios de Roma y de México", *Anuario español de derecho internacional privado*, 2002, p. 33 ff.). We could probably guess that the codification would confirm the policy of Rome I Regulation, based on the freedom of choice of national laws, but excluding the choice of *lex mercatoria.* It is difficult to understand this policy, because, if the parties may choose any law, even the most favorable to *lex mercatoria* – as argued by FERNÁNDEZ ROZAS, "*Lex mercatoria* y autonomía conflictual en la contratación transnacional", *Anuario español de derecho internacional privado*, 2004, p. 35 ff., and SÁNCHEZ LORENZO, "La unificación jurídica europea y el Convenio de Roma sobre la ley aplicable a las obligaciones contractuales", in García Collantes (ed.), *La unificación jurídica europea. Seminario organizado por el Consejo General del Notariado*, Madrid, 1999, p. 139 ff. –

why the parties may not directly choose *lex mercatoria* as such? Would such a choice be possible, the parties could reduce information costs about the national law more favorable to *lex mercatoria*.

3.5. *What happens with the common law tradition?* The question is very clear: does a EU Code fit with the Irish and British system of opting-in? Moreover, the idea of a Code does not easily fit within the working methods of British and Irish practitioners. But it is also true that these practitioners are increasingly accustomed to "civil law method" of the EU PIL regulations, perhaps mediated by the role of the EU Court of Justice, as argued by MOURA RAMOS, "O Tribunal de Justiça das Comunidades Europeias e a teoria geral do direito internacional privado: desenvolvimentos recentes", in Moura Ramos *et al.* (eds.), *Estudos em homenagem à Professora Doutora Isabel de Magalhães Collaço*, Coimbra, 2002, p. 431 ff. Maybe *forum non conveniens* rigidly adopted by Article 15 of "Brussels II.a" Regulation is the best example and marked a watershed.

27 February 2014

Quale disciplina per le norme di applicazione necessaria nell'ambito di un codice europeo di diritto internazionale privato?

ZENO CRESPI REGHIZZI (*)

1. Una disciplina unitaria della "parte generale" del sistema di diritto internazionale privato dell'Unione europea dovrebbe regolare, tra le altre questioni, le norme di applicazione necessaria, ossia quelle disposizioni imperative che, per la loro particolare intensità valutativa, devono trovare applicazione nonostante il richiamo di una legge straniera (cfr. SONNENBERGER, "Eingriffsnormen", in *Brauchen wir eine Rom 0-Verordnung?*, a cura di Leible e Unberath, Jena, 2013, p. 429 ss.; BARIATTI e PATAUT, "Codification et théorie générale du droit international privé", in *Quelle architecture pour un code européen de droit international privé?*, a cura di Fallon, Lagarde e Poillot-Peruzzetto, Bruxelles, 2011, p. 337 ss.).

Il progetto di articoli predisposto dal professor Lagarde (riprodotto nel volume succitato) dà al problema una soluzione tradizionale, prevedendo, all'art. 136, che «Les dispositions de la présente loi ne pourront porter atteinte à l'application des

(*) Università di Milano.

dispositions de la loi du for qui, en raison de leur but particulier, entendent régir impérativement la situation, quel que soit le droit désigné par les règles de conflit».

All'apparente semplicità di questa proposta si contrappone l'eterogeneità delle soluzioni sinora accolte nei diversi regolamenti di diritto internazionale privato attualmente in vigore. In primo luogo, soltanto i regolamenti n. 593/2008 ("Roma I") e n. 864/2007 ("Roma II") sulla legge applicabile alle obbligazioni rispettivamente contrattuali e non contrattuali fanno espressamente salva la possibilità di dare effetto alle norme di applicazione necessaria. Al contrario, né il regolamento n. 4/2009 sulle obbligazioni alimentari (in combinato disposto con il protocollo dell'Aja del 23 novembre 2007 sulla legge applicabile alle obbligazioni alimentari, richiamato dal regolamento medesimo), né il regolamento n. 1259/2010 sulla legge applicabile al divorzio e alla separazione personale, né infine il regolamento n. 650/2012 sulle successioni contengono alcuna disposizione generale al riguardo. Questa diversità di trattamento contrasta con le soluzioni finora seguite dai sistemi nazionali di diritto internazionale privato (ad esempio, in Italia con l'art. 17 della legge 31 maggio 1995, n. 218), in cui l'operatività delle norme di applicazione necessaria (quantomeno di quelle appartenenti alla *lex fori*) è ammessa in via generale, senza distinzione di materie.

In secondo luogo, anche tra i regolamenti Roma I e Roma II – che, come ricordato, autorizzano il ricorso alle *lois de police* – sussistono importanti differenze.

Infatti, il regolamento Roma II si limita a prevedere, all'art. 16, che esso non pregiudica l'applicazione «delle disposizioni della legge del foro che siano di applicazione necessaria alla situazione, quale che sia la legge applicabile all'obbligazione extracontrattuale». L'art. 16, quindi, da un lato, non offre alcuna definizione delle norme di applicazione necessaria, dall'altro lato, riferendosi unicamente alle disposizioni della *lex fori*, non

contempla la possibilità di dare effetto a *lois de police* straniere. Queste ultime potranno eventualmente venire in rilievo, «quale dato di fatto e ove opportuno» (ai sensi dell'art. 17), come «norme di sicurezza e di condotta» ove siano in vigore «nel momento e nel luogo in cui si verifica il fatto che determina la responsabilità».

Diverso è il regime delle norme di applicazione necessaria nel regolamento Roma I. L'art. 9, par. 1, riprendendo la formula utilizzata dalla Corte di giustizia dell'Unione europea nella sentenza *Arblade* del 23 settembre 1999, le definisce come «disposizioni il cui rispetto è ritenuto cruciale da un paese per la salvaguardia dei suoi interessi pubblici, quali la sua organizzazione politica, sociale ed economica, al punto da esigerne l'applicazione a tutte le situazioni che rientrino nel loro campo di applicazione, qualunque sia la legge applicabile al contratto». Inoltre, l'art. 9, par. 3, del regolamento Roma I consente di «dare efficacia» anche alle norme di applicazione necessaria di un ordinamento diverso dalla *lex fori*, e segnatamente del paese di esecuzione degli obblighi derivanti dal contratto, nella misura in cui tali disposizioni rendano illecito il suo adempimento.

2. Nella prospettiva di una codificazione della parte generale di diritto internazionale privato dell'Unione europea, occorrerà verificare se una disciplina così frammentata quale quella attuale sia effettivamente necessaria o se non sia invece possibile elaborare un regime comune per le *lois de police*, salvo poi eventualmente mantenere, per ciascuna materia, quegli adattamenti puntuali che fossero specificamente richiesti.

Pare ad esempio che la definizione delle norme di applicazione necessaria contenuta nel citato art. 9, par. 1, del regolamento Roma I possa essere utilmente richiamata anche al di fuori della materia contrattuale: risultato, questo, cui la dottrina perviene già oggi, estendendola al regolamento Roma II, sulla base di un principio di interpretazione sistematica.

L'introduzione di un regime tendenzialmente unitario per le *lois de police* avrebbe poi per naturale conseguenza la sua estensione alla materia familiare (alimenti, divorzio e successioni), rispetto alla quale, come ricordato, manca attualmente una previsione generale che consenta il ricorso alle norme di applicazione necessaria.

Naturalmente, anche in presenza di una definizione uniforme, gli Stati membri restano competenti a individuare autonomamente le proprie norme di applicazione necessaria (e con soluzioni diverse in funzione delle rispettive tradizioni giuridiche: si pensi alla nozione restrittiva di *Eingriffsnormen* accolta in Germania, che comprende soltanto le norme che tutelano interessi pubblicistici e non quelle volte semplicemente a preservare l'equilibrio delle parti contrattuali).

Fermo restando dunque che spetta agli Stati membri individuare le proprie norme internazionalmente imperative, l'estensione all'intero sistema di diritto internazionale privato dell'Unione europea di un concetto uniforme di *loi de police* offrirebbe uno strumento per bilanciare efficacemente la certezza e prevedibilità del diritto applicabile con l'esigenza degli Stati di garantire l'applicazione di quelle norme imperative funzionali al perseguimento di obiettivi ritenuti essenziali. Tale strumento dovrà poi essere utilizzato dai giudici nazionali per verificare, se del caso sulla scorta delle indicazioni della Corte di giustizia, che una determinata norma nazionale imperativa risponda alla nozione autonoma di *loi de police*.

Ciò è avvenuto, ad esempio, nel caso deciso con la sentenza *Unamar* del 17 ottobre 2013, in cui il giudice nazionale belga interrogava la Corte sulla possibilità di applicare, a titolo di norme di applicazione necessaria e in deroga alla *lex contractus* bulgara scelta dalle parti, la legge belga sul contratto di agenzia commerciale. Nel rispondere al quesito, la Corte di giustizia ha sottolineato la necessità, per il giudice nazionale, di accertare in modo circostanziato (e cioè alla luce «dei termini precisi»,

«dell'impianto sistematico» e «dell'insieme delle circostanze in cui è stata adottata la legge in parola») che essa «rivesta carattere imperativo» (e cioè sia una *loi de police*), il che presuppone che sia stata emanata «al fine di tutelare un interesse ritenuto essenziale dallo Stato membro interessato».

Nel caso deciso era applicabile *ratione temporis* la Convenzione di Roma del 1980, il cui art. 7, come noto, non contiene la definizione uniforme di «norma di applicazione necessaria» oggi espressa nell'art. 9, par. 1, del regolamento Roma I. Nondimeno, la Corte ha ritenuto che – anche nel regime della convenzione – l'esigenza di conferire piena efficacia (*effet utile*) al principio di autonomia della volontà delle parti del contratto postulasse una interpretazione restrittiva dell'art. 7, par. 2. L'interpretazione restrittiva della nozione di *loi de police* appare dunque strettamente legata, nella motivazione della Corte, al principio della libertà delle parti di scegliere il diritto applicabile, espressamente qualificato dalla Corte come «pietra angolare» del diritto internazionale privato dei contratti. Ove la sopra citata definizione venisse generalizzata ad altri settori – nei quali il ruolo dell'autonomia della volontà è meno intenso –, il concetto di "norma di applicazione necessaria" andrebbe comunque interpretato restrittivamente per garantire la certezza del diritto.

3. Anche le norme materiali di diritto dell'Unione europea – e le leggi nazionali che le attuano – possono entrare in gioco quali norme di applicazione necessaria ed eventualmente condurre a disapplicare la legge di un paese terzo scelta dalle parti, ove la loro osservanza sia necessaria per la realizzazione degli obiettivi del Trattato. Questa soluzione, affermata nella sentenza *Ingmar* del 9 novembre 2000, pare conforme alla definizione oggi contenuta nell'art. 9, par. 1, del regolamento Roma I.

Più delicato è il problema sottoposto alla Corte nel sopra citato caso *Unamar*, e cioè stabilire se una norma nazionale che

abbia trasposto una direttiva di armonizzazione minima – innalzando il livello di tutela previsto dalla direttiva – possa essere qualificata "*loi de police*" e consentire di disapplicare la legge di un altro Stato membro (scelta dalle parti), ove quest'ultima legge abbia anch'essa correttamente trasposto la direttiva. Come chiarito nelle conclusioni dell'Avvocato generale Wahl, a tale quesito si può rispondere affermativamente in caso di direttiva di armonizzazione minima, salva la necessità di verificare in modo circostanziato che la norma nazionale effettivamente persegua un interesse ritenuto essenziale per lo Stato in questione. Al contrario, in caso di direttiva di armonizzazione completa, non vi è spazio per l'applicazione di una norma della *lex fori* quale *loi de police* (ove la *lex contractus* sia quella di uno Stato membro), essendo la finalità di tutela della norma imperativa già soddisfatta dalla armonizzazione completa derivante dalla direttiva.

Fermo quanto precede, l'applicazione di una *loi de police* nazionale incontra poi un ulteriore limite, derivante questa volta non dalla definizione contenuta nelle norme di diritto internazionale privato applicabili, bensì dal primato del diritto materiale dell'Unione sul diritto nazionale (cfr. BONOMI, "Le norme di applicazione necessaria nel regolamento «Roma I»", in *La nuova disciplina comunitaria della legge applicabile ai contratti (Roma I)*, a cura di Boschiero, Torino, 2009, p. 173 ss.). Anche le norme di applicazione necessaria, infatti, in quanto norme nazionali, devono rispettare le libertà stabilite dai Trattati. La proposta del Gruppo europeo di diritto internazionale privato di codificare tale principio in sede di conversione della convenzione di Roma in regolamento non ha poi avuto seguito: ma una espressa previsione in tal senso non sembra necessaria, giacché – come ricordato – la regola espressa si fonda direttamente sulla preminenza del diritto europeo.

4. Meno sicura, infine, è la possibilità di estendere al regolamento Roma II (ed eventualmente ai regolamenti in materia

familiare) il principio sotteso all'art. 9, par. 3, del regolamento Roma I sulle norme di applicazione necessaria di uno Stato terzo. Infatti, ancorché nelle legislazioni nazionali non manchino esempi che assegnano rilievo a norme straniere di applicazione necessaria per tutte le materie (cfr., ad es., l'art. 20 del codice belga di diritto internazionale privato; al di fuori dell'Unione europea, cfr. l'art. 19 della legge federale svizzera sul diritto internazionale privato), storicamente la soluzione codificata nell'art. 9, par. 3 si è sviluppata con riferimento specifico alla materia contrattuale, come dimostra la giurisprudenza inglese sviluppatasi a partire dal noto caso *Ralli Brothers*.

Del resto, per la responsabilità extracontrattuale, come ricordato, l'attuale disciplina consente già di tenere conto delle norme di sicurezza e di condotta del *locus commissi delicti*. Eventualmente, quindi, la soluzione di cui all'art. 9, par. 3, potrebbe essere mantenuta per la sola materia contrattuale.

15 aprile 2014

Il futuro regolamento «Roma 0» e la qualificazione

SAMUEL FULLI-LEMAIRE (*)

Le divergenze esistenti tra i metodi sottesi alla qualificazione delle espressioni tecnico-giuridiche contenute nelle norme di diritto internazionale privato adottate negli Stati membri costituiscono un problema fondamentale per il diritto internazionale privato europeo, in non poca misura perché i campi d'applicazione rispettivi dei diversi strumenti adottati sulla base dell'art. 81 TFUE vanno spesso determinati grazie a operazioni di qualificazione. Così, si applicherà il futuro regolamento sui regimi patrimoniali fra coniugi piuttosto che il futuro regolamento sui partenariati registrati, a seconda che sia qualificata, dall'ordinamento del foro, come matrimonio o partenariato, l'unione formalizzata fra due persone dello stesso sesso. Divergenze di qualificazione fra Stati membri possono quindi far rientrare fattispecie analoghe nell'ambito di applicazione di strumenti europei diversi, conducendo di fatto a una applicazione differenziata degli stessi.

Ma le difficoltà possono anche sorgere dagli stessi strumenti europei, perché in diversi casi si ritiene possibile che la stessa espressione sia interpretata in modi diversi a seconda del regolamento rilevante. Ad esempio, ci si può chiedere se la qualifi-

(*) Université Paris II Panthéon-Assas.

cazione delittuale dell'azione del subacquirente contro il fabbricante, ritenuta dalla Corte di giustizia dell'Unione europea nella sentenza *Jakob Handte* a proposito dell'articolo 5, par. 1, del regolamento Bruxelles I, sia o meno trasponibile alla questione della legge applicabile, e condurre all'applicazione del regolamento Roma II piuttosto che del regolamento Roma I. Certo, un'astratta esigenza di interpretazione uniforme potrebbe far optare per una risposta affermativa (v. anche i considerando (7) e (17) del regolamento Roma I), però una parte della dottrina sottolinea che la competenza internazionale ed i conflitti di leggi obbediscono a logiche diverse, ciò che almeno in astratto potrebbe giustificare certe divergenze. Ed infatti la Corte non sempre ricorre all'interpretazione intertestuale (v. in particolare la sentenza *Falco Privatstiftung*).

Gran parte della complessità proviene quindi dal fatto che l'operazione di qualificazione nel diritto internazionale privato dell'Unione europea, rispetto a ciò che succederebbe nel caso di un qualsiasi strumento convenzionale, si svolge nell'ambito di un *sistema* in divenire che deve essere, per quanto possibile, reso coerente. Sembra quindi adeguato cercare soluzioni all'interno di questo *sistema*. Certe difficoltà sono ovviamente risolte dai testi europei stessi, l'esempio più famoso è forse l'inclusione nel regolamento Roma II di disposizioni dedicate alla *culpa in contrahendo* (v. art. 2, paragrafi 2 e 12). Allo stesso modo, ogni definizione così "codificata" risolve un problema di qualificazione. Ma appunto, questi strumenti sono settoriali, quindi la possibilità di generalizzare le soluzioni ivi contenute rimane dubbia. Per lo più, questi casi sono per forza puntuali, quindi la necessità di sviluppare una soluzione generale rimane, e ci chiediamo se un futuro regolamento «Roma 0» potrebbe essere il veicolo ideale.

Con ogni probabilità, come prospettato dalla dottrina, un tale testo conterrebbe, infatti, diverse regole relative alla qualificazione. A differenza di quanto appena detto a proposito de-

gli strumenti settoriali, le definizioni che al limite potrebbero trovare spazio nel futuro regolamento «Roma 0» non permetterebbero di risolvere le difficoltà relative alla qualificazione, perché si tratterebbe di nozioni tecniche come la residenza abituale. Per un verso, l'adozione di regole uniformi di matrice sovranazionale, di per sé, potrebbe costituire un significativo progresso. Però, se si volesse andare oltre a questa reazione istintiva, è più complesso misurare fino a che punto le difficoltà accennate andrebbero risolte mediante l'adozione di tali regole uniformi. Tuttavia è necessario, innanzitutto, chiedersi quali queste potrebbero essere.

La dottrina sembra considerare che la logica sottesa ad un futuro regolamento «Roma 0» imponga di usare qualificazioni autonome, perché solo così potrà essere realizzato l'obiettivo di uniformità d'applicazione (v. ad es. MARMISSE-D'ABBADIE D'ARRAST, "Qualification et concepts autonomes dans l'élaboration d'un code européen de droit international privé", in *Quelle architecture pour un code européen de droit international privé?*, a cura di Fallon, Lagarde e Poillot Peruzzetto, Bruxelles, 2011, p. 319 ss.; BARIATTI e PATAUT, "Codification et théorie générale du droit international privé", ivi, p. 337 ss.). Tale soluzione appare incontestabile dal punto di visto teorico; meno convincenti potrebbero risultarne tuttavia i risvolti pratici, tranne laddove sia possibile fare affidamento sulla giurisprudenza della Corte di giustizia. Sembra quindi difficile fare a meno di ricorrere ad un metodo sussidiario, che con ogni probabilità sarebbe quello della qualificazione *lege fori* (LEIBLE e MÜLLER, "The Idea of a «Rome 0» Regulation", *Yearbook of Private International Law*, 2012-2013, p. 137 ss.), per motivi di praticità e perché si tratta del metodo più diffuso fra gli Stati membri (per una panoramica, v. ad es., HERNÁNDEZ-BRETÓN, "An attempt to Regulate the Problem of "Characterization" in Private International Law", in *Festschrift für Erik Jayme*, a cura di Mansel *et al.*, München, 2004, vol. 1, p. 331 ss.). Ovviamen-

te, sarebbe anche concepibile chiedere ai giudici di adottare un approccio comparatista, ma si può scommettere che, in assenza di una presa di posizione chiara della Corte o di uno strumento di diritto derivato, il metodo della qualificazione "autonoma" raramente sarebbe diverso da quello sotteso alla qualificazione *lege fori*.

La conclusione di questa breve riflessione è dunque chiara. Le difficoltà non derivano tanto dall'assenza di regole uniformi in materia di qualificazione, quanto dall'assenza di definizioni e qualificazioni uniformi. Il regolamento «Roma 0», che non racchiuderebbe definizioni rilevanti e dovrebbe per forza concedere uno spazio alla qualificazione *lege fori*, non potrebbe quindi cancellare completamente né le conseguenze delle divergenze fra le qualificazioni adottate negli ordinamenti degli Stati membri, né le ambiguità che circondano le possibili divergenze di interpretazione di certe nozioni a seconda dello strumento di diritto derivato considerato. Queste difficoltà, in realtà, verranno risolte via via che il *sistema* a cui si è fatto riferimento in apertura si completerà, principalmente grazie all'attività interpretativa della Corte di giustizia. Cercare di accelerare questo processo con soluzioni imposte *top-down* sembra in gran parte illusorio.

2 maggio 2014

5

Il parere della Corte di Giustizia dell'Unione europea sull'adesione dell'Unione alla Convenzione europea dei diritti dell'uomo

LUCIA SERENA ROSSI — Il parere 2/13 della Corte di giustizia dell'Unione europea sull'adesione dell'Unione alla Convenzione europea dei diritti dell'uomo: scontro fra Corti?

SIMONE VEZZANI — «Gl'è tutto sbagliato, gl'è tutto da rifare!». La Corte di giustizia frena l'adesione dell'Unione europea alla Convenzione europea dei diritto dell'uomo

Il parere 2/13 della Corte di giustizia dell'Unione europea sull'adesione dell'Unione alla Convenzione europea dei diritti dell'uomo: scontro fra Corti?

LUCIA SERENA ROSSI (*)

Il 18 dicembre 2014 la Corte di giustizia dell'Unione europea (CGUE) si è pronunciata sul Progetto riveduto di accordo, presentato a Strasburgo il 10 giugno 2013, relativo all'adesione dell'Unione alla Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali. Dati i limiti spazio-temporali della presente analisi, mi limito a citare solo gli aspetti del parere che suscitano il maggior numero di perplessità.

Occorre dire che, proprio alla luce della complessità del problema, sembrava probabile che la Corte pronunciasse un "ni", dettando una serie precisa di modifiche da apportare al progetto di accordo e alle macchinose soluzioni da esso previste. La CGUE ha invece enunciato una sfilza di no, facendo so-

(*) Università di Bologna.

stanzialmente tabula rasa dell'accordo e del negoziato sin qui svolto.

Il parere, emesso ai sensi dell'art. 218, par. 11, TFUE, era stato richiesto dalla Commissione UE, vale a dire dalla stessa istituzione che aveva condotto il negoziato. Peraltro, se non lo avesse richiesto la Commissione, sicuramente lo avrebbe fatto qualche Stato membro (*in primis*, anche se per ragioni diverse, Francia e Regno Unito). Se la Corte avesse dato un parere positivo, l'accordo avrebbe ancora dovuto superare, secondo l'art. 218, par. 6, TFUE, l'approvazione del Parlamento europeo, un voto unanime in Consiglio, previa approvazione da parte degli Stati membri secondo le loro regole costituzionali, nonché ovviamente la ratifica di tutte le parti contraenti. Nel negoziato la Commissione aveva potuto tenere conto delle posizioni manifestate dalla stessa CGUE (v. in particolare il documento di riflessione della CGUE presentato il 5 maggio 2010, la Comunicazione comune dei presidenti della Corte europea dei diritti dell'uomo e della Corte di giustizia dell'Unione europea, pubblicata il 24 gennaio 2011).

Nella causa erano intervenuti il Consiglio e molti Stati membri dell'UE, esprimendo una ridda di dubbi e posizioni, spesso dissonanti, volti a condizionare, ciascuno a modo suo, l'interpretazione dell'accordo e il prosieguo del negoziato. Nessuno degli Stati intervenienti aveva tuttavia manifestato radicale contrarietà, cosa che peraltro sarebbe stata difficile sia perché tutti gli Stati dell'UE avevano partecipato al negoziato come Alte Parti contraenti della CEDU, sia perché con l'entrata in vigore del Trattato di Lisbona (art. 6 TUE) l'adesione alla CEDU è divenuta un vero e proprio obbligo per l'UE (che in questo ha innovato il Trattato costituzionale che prevedeva l'adesione come una mera possibilità).

L'Avvocato generale Kokott, nella sua presa di posizione del 13 giugno 2014, aveva concluso che il progetto di accordo poteva essere compatibile con i Trattati, purché fos-

sero garantite, con modalità vincolanti ai sensi del diritto internazionale, una serie di condizioni: a) che l'UE e i suoi Stati membri, in vista delle loro eventuali domande di intervento in giudizio in veste di convenuti aggiunti ai sensi dell'art. 3, par. 5, del Progetto di accordo, siano sempre e tempestivamente informati in merito a tutti i ricorsi pendenti dinanzi alla Corte EDU; b) che le domande proposte dall'UE e dai suoi Stati membri ai sensi dello stesso articolo per ottenere l'autorizzazione ad intervenire in giudizio in veste di convenuti aggiunti non vengano sottoposte ad alcun esame di plausibilità da parte della Corte EDU; c) che il previo coinvolgimento della Corte di giustizia dell'Unione europea ai sensi dell'art. 3, par. 6, del Progetto si estenda a tutte le questioni giuridiche relative all'interpretazione delle norme del diritto primario e del diritto secondario dell'Unione in conformità alla CEDU; d) che si possa soprassedere all'instaurazione di una procedura di previo coinvolgimento ai sensi dell'art. 3, par. 6, soltanto qualora sia evidente che la CGUE si è già occupata della questione giuridica concreta che costituisce l'oggetto del ricorso pendente dinanzi alla Corte EDU; e) che il principio della responsabilità congiunta del convenuto e del convenuto aggiunto previsto dall'art. 3, par. 7, del Progetto non pregiudichi eventuali riserve formulate dalle Parti contraenti della CEDU ai sensi dell'art. 57 di tale convenzione, e f) che, inoltre, in nessun caso la Corte EDU possa discostarsi dal principio della responsabilità congiunta del convenuto e del convenuto aggiunto per le violazioni della CEDU da essa constatate.

L'Avvocato generale, pur riscontrando una serie di problemi, vertenti sui meccanismi del *co-respondent* e del *prior involvement*, lasciava insomma la porta aperta, suggerendo una serie di interpretazioni/modifiche dell'accordo che avrebbero potuto essere rinegoziate. Certo non vi era nessuna certezza che

le altre Parti contraenti le avrebbero poi accettate, ma in caso di risposta negativa almeno la responsabilità politica del fallimento del negoziato non sarebbe stata dell'UE.

La Corte ha ritenuto invece che il progetto di accordo non sia compatibile né con l'art. 6, par. 2 TUE, né con il Protocollo (n. 8) relativo all'art. 6, par. 2 TUE, non solo per motivi collegati ai due meccanismi sopra citati, ma anche per ragioni che, seppure implicitamente, mettono in discussione la compatibilità dei due sistemi, il contenuto essenziale della CEDU e, in ultima analisi, le ragioni per una adesione dell'UE alla stessa.

Questa volta la Corte non ha potuto archiviare l'adesione alla CEDU, come aveva fatto nel 1996 con il parere 2/94, semplicemente negando l'esistenza di una base giuridica nel Trattato, dato che gli Stati membri l'avevano appositamente introdotta con il Trattato di Lisbona nell'art.6, par. 2 TUE. La Corte si è quindi addentrata nell'analisi del progetto di accordo, riscontrando profili di incompatibilità in tutti i punti più salienti dello stesso.

La Corte riafferma, in via preliminare, la peculiarità dell'ordinamento giuridico dell'Unione (par. 157 s.): «i Trattati fondativi dell'Unione hanno dato vita, diversamente dai trattati internazionali ordinari, ad un ordinamento giuridico nuovo, dotato di proprie istituzioni, a favore del quale gli Stati che ne sono membri hanno limitato, in settori sempre più ampi, i propri poteri sovrani, e che riconosce come soggetti non soltanto tali Stati, ma anche i cittadini degli stessi. […] La circostanza che l'Unione sia dotata di un ordinamento giuridico di nuovo genere, avente una sua specifica natura, un quadro costituzionale e principi fondativi che sono suoi propri, una struttura istituzionale particolarmente elaborata, nonché un insieme completo di norme giuridiche che ne garantiscono il funzionamento, determina delle conseguenze quanto alla procedura e ai presupposti per un'adesione alla CEDU».

Tale peculiarità richiede quindi adattamenti specifici della

CEDU, la quale è stata concepita per l'adesione di Stati e non di ordinamenti come quello dell'UE. In particolare è necessario che l'adesione alla CEDU non incida sulle caratteristiche specifiche dell'UE, sul diritto della stessa e su quella che la CGUE chiama «la struttura costituzionale» dell'UE, che si riflette nella ripartizione delle competenze fra quest'ultima e i suoi Membri e nel quadro istituzionale (par. 165). La Corte parla di «una rete strutturata di principi» e di «una serie di valori comuni», che giustificano «l'esistenza di una fiducia reciproca fra gli Stati membri quanto al riconoscimento di tali valori e, dunque, al rispetto del diritto dell'Unione che li attua» (par. 168). Per garantire la preservazione di tale ordinamento i Trattati hanno istituito un sistema giurisdizionale basato sulla CGUE e i giudici nazionali, in rapporto di leale cooperazione.

Da queste condivisibili premesse la Corte trae però conclusioni alquanto discutibili, in base alle quali il progetto di accordo non tutela in maniera sufficiente le peculiarità dell'UE.

Si può rilevare che tutte le critiche formulate riguardano, seppure sotto diverse angolazioni, il ruolo che verrebbe ad acquistare, per effetto dell'adesione, la Corte EDU, in relazione a quello della stessa CGUE. In effetti la CGUE trasforma in un'incompatibilità fra ordinamenti quello che si potrebbe profilare come uno scontro fra Corti.

Innanzitutto la Corte riprende quanto aveva affermato nella sentenza Melloni: gli Stati membri non possono invocare standard di tutela dei diritti più alti di quelli dell'Unione quando, in un settore ove sia intervenuta un'armonizzazione, sia in gioco l'applicazione – e dunque il primato – di una norma dell'UE. La CGUE pretende che l'accordo di adesione precisi che l'art. 53 della Carta dei diritti fondamentali possa essere interpretato nel senso che la Carta costituisca uno standard massimo (anziché minimo) qualora un settore del diritto dell'Unione sia stato armonizzato, in modo tale che l'invocazione della CEDU non pregiudichi il primato o

l'applicazione del diritto dell'UE.

La Corte sembra dunque esigere una dichiarazione di equivalenza a priori fra gli standard dell'UE e quelli della CEDU. Questo, certo, non sarebbe facile da accettare per gli Stati terzi. Non si vede infatti come una tale pretesa potrebbe essere garantita da un accordo senza snaturare l'essenza stessa della Convenzione europea. La mutua fiducia nei rispettivi standard può avere un senso per gli Stati membri dell'UE, ma non si vede come possa averne nei confronti di Stati terzi, con cui si creerebbero non solo evidenti asimmetrie, ma anche imbarazzanti questioni di reciprocità.

La CGUE richiama la sentenza *Melloni* anche per illustrare un altro rischio: che gli Stati membri invochino nei rispettivi rapporti e davanti al Giudice di Strasburgo la CEDU, in violazione dell'art. 344 TFUE, a norma del quale gli Stati membri si impegnano a non sottoporre una controversia relativa all'interpretazione o all'applicazione dei Trattati a un modo di composizione diverso da quelli previsti da questi ultimi.

La Corte aveva già in passato dimostrato avversione per qualunque interferenza proveniente da giudici esterni al sistema UE. Secondo una costante giurisprudenza, un accordo internazionale non può pregiudicare l'ordinamento delle competenze stabilito dai Trattati e, di conseguenza, l'autonomia del sistema giuridico dell'Unione, di cui la Corte garantisce il rispetto (v., ad es., i pareri 1/91 e 1/00 e le sentenze *Commissione* c. *Irlanda* e *Kadi*). Anche in questo parere la Corte sembra identificare la tutela delle proprie esclusive competenze giurisdizionali con la tutela dell'ordinamento stesso dell'UE.

In realtà non solo, come aveva rilevato l'Avvocato generale, un tale rischio potrebbe essere scongiurato inserendo nell'accordo di adesione una clausola specifica, ma si può ritenere che il sistema dell'UE abbia già al suo interno un rimedio contro tale evenienza, consistente in un ricorso di infrazione per violazione degli articoli 4 TUE (principio di leale coopera-

zione) e 344 TFUE. Poiché gli accordi conclusi dall'UE hanno un rango inferiore ai trattati istitutivi, questi ultimi non potrebbero essere aggirati in virtù di una norma prevista da un accordo internazionale. L'art. 6 TUE conferisce infatti un rango di diritto primario solo alla Carta, mentre la CEDU, oltre a valere, ai sensi dello stesso art. 6 TUE, come fonte di principi generali, acquisirebbe, in virtù dell'adesione, rango di diritto derivato.

Considerazioni simili si possono proporre anche in relazione ad un ulteriore problema, che la CGUE intravede nel progetto di accordo, relativo al meccanismo di cui al Protocollo n. 16 alla CEDU (peraltro non oggetto di adesione, come ammette la stessa CGUE), che autorizza le più alte giurisdizioni degli Stati a chiedere pareri alla Corte EDU, vale a dire che possa in taluni casi essere utilizzato come un'alternativa al rinvio pregiudiziale (par. 196). A parte il fatto che gli Stati UE possono comunque avvalersi di tale meccanismo anche se l'UE non aderisce alla CEDU, basterebbe inserire un richiamo nell'accordo del superiore dovere per i giudici degli Stati membri di non aggirare le procedure previste dal Trattato UE e dalla giurisprudenza della stessa CGUE.

Ulteriori punti critici dell'accordo, secondo la CGUE, sono costituiti dai meccanismi del convenuto aggiunto e del previo coinvolgimento. Tali meccanismi, sicuramente tortuosi e di dubbia efficacia, sono peraltro estranei all'impianto della CEDU e sono stati inseriti nel progetto di accordo proprio per cercare di venire incontro alle peculiari esigenze dell'altrettanto peculiare contraente Unione europea

Quanto al primo meccanismo, secondo la CGUE la Corte EDU potrebbe esercitare un controllo sulla ripartizione di competenze fra UE e Stati membri, in quanto ha una valutazione discrezionale se accettare o menola corresponsabilità dell'UE e di uno Stato membro che ne faccia richiesta. L'obiezione è astrattamente accettabile, ma da un punto di vista sostanziale francamente non si vede perché la Corte EDU

dovrebbe rifiutare di coinvolgere una parte che dichiara la propria corresponsabilità, anche perché questo sarebbe pregiudizievole per l'individuo che ha proposto il ricorso.

La CGUE considera insoddisfacente anche il meccanismo del proprio previo coinvolgimento, sia in quanto non garantisce che la CGUE sia sempre adeguatamente informata e coinvolta perché spetta alla Corte EDU valutare se la CGUE si sia già pronunciata sulla stessa materia, sia per la limitazione di tale coinvolgimento, per quanto riguarda il diritto derivato, alle sole questioni di validità e non anche a quelle di interpretazione. Si tratta in effetti di un punto delicato, su cui anche l'Avvocato generale aveva segnalato la necessità di una modifica dell'accordo.

Infine, secondo la CGUE, l'accordo non rispetterebbe i principi strutturali del diritto dell'UE riguarda la possibilità che, a seguito dell'adesione, si attribuisca ad un giudice esterno – la Corte EDU – una competenza a pronunciarsi sulla violazione dei diritti in ambito PESC/PESD, materia su cui la CGUE non ha giurisdizione. Si tratta di un ragionamento innanzitutto incongruente: se nei punti precedenti la Corte lamenta possibili interferenze dell'altra Corte con il proprio ruolo, qui non vi sarebbe alcuna interferenza. Fra l'altro se oggi si riconoscesse una competenza in queste materie alla Corte EDU, per gli Stati membri sarebbe difficile un domani (in sede di riforma del Trattato UE) negare una competenza anche alla CGUE. Ma ancora peggio tale ragionamento si presenta da un punto di vista sostanziale, perché seguendo la CGUE si svuoterebbe di contenuto una delle principali ragioni che oggi militano a favore dell'adesione alla CEDU. Nonostante l'astratta applicabilità della Carta dei diritti fondamentali dell'UE, la mancanza di un pieno controllo giurisdizionale su PESC e PESD rappresenta sicuramente, anche dopo le modifiche introdotte dal Trattato di Lisbona, un *vulnus* significativo nella protezione dei diritti fondamentali. Infine l'argomento della CGUE appare

imbarazzante anche sul piano internazionale. Con quale coerenza potrebbe l'Unione sanzionare Paesi terzi che violano i diritti fondamentali quando essa stessa rifiuta un vaglio di un giudice esterno sul proprio operato internazionale? Va poi rilevato che, essendo queste materie in gran parte decise all'unanimità, in caso di violazioni di diritti fondamentali nell'ambito di azioni militari dell'Unione europea, potrebbero esserne chiamati a rispondere individualmente e collettivamente davanti alla Corte EDU tutti gli Stati membri dell'Unione.

Il parere 2/13 fa emergere tutta una serie di contraddizioni e dubbi che vanno al di là dei singoli problemi analizzati dalla Corte.

Questo parere costringe innanzitutto a meditare sulla c.d. tutela multilivello dei diritti. La CGUE fa di tutto per ridurre ai minimi termini il ruolo della Corte EDU: quest'ultima può interpretare la CEDU, ma di fatto non può inserirsi, se non in via del tutto ancillare alla CGUE, nel sistema multilivello di tutela dei diritti dei cittadini dell'Unione europea quando è in gioco una norma di quest'ultima. E ciò nemmeno se è stato lo stesso Trattato di Lisbona a prevedere l'adesione alla CEDU (e dunque, correlativamente, un ruolo per la Corte di tale sistema).

Leggendo questo parere si percepisce una lontananza dallo spirito del Trattato di Lisbona, dal suo disegno complessivo di rendere l'Unione una comunità di valori e diritti più vicina ai propri cittadini e, di fatto, una fatica ad allontanarsi dagli stessi schemi mentali che avevano, quasi vent'anni prima, portato la CGUE a rigettare a priori l'idea dell'adesione alla CEDU con il parere 2/94.

Ci si potrebbe chiedere perché il Trattato di Lisbona prescriva l'adesione alla CEDU proprio nel momento in cui finalmente la Carta dei diritti fondamentali dell'Unione esce dal limbo della *soft law* e acquista pieno vigore giuridico. Che bisogno ha, in altre parole, l'UE di aderire ad una Convenzione

meno moderna e completa della Carta, per giunta condivisa con Stati che sono probabilmente in gran parte meno democratici di quelli dell'Unione?

La risposta è che l'adesione alla CEDU serve a garantire il controllo esterno. Molti degli Stati membri del Consiglio d'Europa sono dotati di efficaci sistemi interni di protezione dei diritti fondamentali, hanno Costituzioni che sanciscono valori fondamentali e diritti individuali, nonché Corti costituzionali o supreme che li fanno rispettare. Ma tutti i giudici interni, incluse le Corti costituzionali o supreme, fanno pur sempre parte di quello stesso ordinamento nazionale, che potrebbe, in nome di interessi o valori sacrificare i diritti individuali. Per questo gli Stati si sono vincolati alla CEDU e le loro Corti costituzionali o supreme non temono l'interferenza della Corte EDU. Per questo continuano ad aggiornare con nuovi Protocolli una Convenzione scritta nel 1949 con il proposito di proteggere gli individui dai loro Stati.

Il controllo esterno è dunque la chiave di volta del sistema e accettarlo è segno di forza, non di debolezza degli ordinamenti nazionali. Ora, quello che emerge con chiarezza dal parere 2/2013, che peraltro come si è visto, si colloca sulla scia di precedenti pareri e sentenze, è che ciò che la CGUE rifiuta è proprio il controllo esterno. Lo teme e lo vede come un'insidia alla coesione e all'autonomia dell'ordinamento giuridico cui appartiene. La tensione fra primato e diritti fondamentali, già presente nelle "relazioni a distanza" fra la CGUE e le Corti costituzionali e supreme, e fra i rispettivi ordinamenti dell'UE e degli Stati membri, si ripropone dunque anche nelle relazioni fra ordinamento dell'Unione e CEDU.

Certo è comprensibile che l'Unione sia in una situazione particolare, che la rende più fragile rispetto agli ordinamenti statuali: essa non è (ancora) uno Stato federale, è ancora quell'«ordinamento di nuovo genere» emerso dalla sentenza *Van Gend en Loos* del 1963, un ordinamento in transizione, di

cui la Corte sente la necessità di affermare come valore supremo l'autonomia dagli Stati membri e dal diritto internazionale.

Ma, come la stessa Corte afferma in questo parere, l'UE è già un sistema costituzionale, dotato di competenze sempre più ampie, in grado di incidere sulla sfera dei cittadini. E proprio per questo che l'adesione alla CEDU segnerebbe una "maturazione costituzionale", un segno di forza. Paradossalmente, l'autonomia dell'UE nei confronti degli Stati membri ne uscirebbe rafforzata, non indebolita.

In secondo luogo, se non si realizzerà il controllo esterno della Corte EDU rimarrà comunque – e sarà spinto da questo parere a rafforzarsi – il controllo delle Corti costituzionali o supreme degli Stati membri, le quali fanno dell'identità nazionale e dei diritti fondamentali dei controlimiti che sempre più apertamente contrappongono all'autorità dell'ordinamento dell'UE. Con una differenza: questi controlimiti, enunciati da giudici di diversi ordinamenti, ognuno dei quali riflette le peculiarità dell'ordinamento da cui proviene, non trovano facilmente una sintesi, e costituiscono, per l'ordinamento dell'Unione tanti diversi scogli da aggirare, mentre la Corte EDU può esprimere sui diritti fondamentali una posizione di sintesi.

Occorre infine chiedersi se il rifiuto all'adesione che la CGUE oppone mediante questo parere è davvero sufficiente per mettere l'ordinamento dell'UE al riparo di "incursioni" del sistema CEDU La Corte forse si illude che i due sistemi procedano come rette parallele, senza mai collidere, ma questa illusione si regge sul *self-restraint* sin qui dimostrato dalla Corte EDU, che a volte chiude un occhio (o anche tutti e due) in nome del principio di equivalenza. Ma la Corte EDU, dopo questo parere, potrebbe cambiare approccio. Non solo potrebbe colpire ogni Stato membro dell'UE (in quanto membro della CEDU) per aver violato diritti fondamentali in attuazione di direttive o altre norme dell'Unione, ma non si può escludere che, come dimostra il caso *Senator Lines*, tutti gli Stati membri

dell'UE vengano citati davanti alla Core di Strasburgo per aver adottato un atto all'interno delle istituzioni dell'UE.

Certo, si può riconoscere che l'accordo negoziato dalla Commissione probabilmente non era il migliore possibile e non solo perché forse non tutelava pienamente l'autonomia dell'ordinamento dell'UE. I meccanismi da esso previsti avrebbero ritardato e complicato i ricorsi degli individui che chiedono giustizia. Ma la Corte avrebbe potuto limitarsi, come aveva fatto l'Avvocato generale, ad indicare problemi specifici e soluzioni ragionevoli, senza mettere, come ha fatto, in discussione la compatibilità stessa fra i due sistemi.

Si può prevedere che la Commissione cercherà prima o poi di far ripartire il negoziato, perché così prescrive il Trattato di Lisbona (la Commissione potrebbe in caso contrario essere citata in carenza da qualche Stato membro), ma sembra comunque difficile che gli Stati terzi siano disposti ad accettare tutte le modifiche che questo parere imporrebbe. Ma anche ammesso che si riuscisse ad imporre agli altri contraenti un insieme di condizioni e riserve che soddisfacessero le condizioni imposte da questo parere, verrebbe da chiedersi quale beneficio gli individui potrebbero trarre dall'adesione ad una Convenzione così depotenziata.

22 dicembre 2014

«Gl'è tutto sbagliato, gl'è tutto da rifare!»: la Corte di giustizia frena l'adesione dell'Unione europea alla Convenzione europea dei diritto dell'uomo

SIMONE VEZZANI (*)

A poco meno di un anno e mezzo dalla richiesta di parere della Commissione europea, il 18 dicembre 2014 la Corte di giustizia ha adottato il parere 2/13 pronunciandosi in ordine alla (in)compatibilità del Progetto di accordo per l'adesione dell'Unione alla Convenzione europea dei diritto dell'uomo rispetto al diritto primario dell'Unione. Da più parti si attendeva un giudizio che evidenziasse la non piena conformità del Progetto con i Trattati europei. Proprio nel Forum online della Società italiana di Diritto internazionale e dell'Unione europea, anche chi scrive aveva messo in luce taluni profili di criticità del Progetto. Ciononostante giungono largamente inaspettati sia il tenore complessivo del parere, sia le singole argomentazioni svolte. A pochi giorni dal Natale, la Corte di giustizia lascia sotto l'albero una pagina criticabile della propria giurisprudenza

(*) Università di Perugia.

che rischia di appannare la credibilità dell'Unione come promotore dei diritti umani nell'ambito della comunità internazionale. Rinviando ad un momento successivo una trattazione maggiormente approfondita, il presente scritto si propone di proseguire il dibattito già aperto dalla professoressa Lucia Serena Rossi (*supra*, p. 157 ss.), fornendo alcuni spunti critici in merito al ragionamento della Corte e indicando quali sono i nuovi scenari che si aprono in tema di adesione dell'UE alla CEDU.

Nel merito, la Corte individua sei principali profili di incompatibilità del Progetto con il diritto primario dell'Unione.

In primo luogo, richiamando la giurisprudenza Melloni, il parere stima necessario introdurre nell'accordo di adesione un'apposita disposizione mirante ad assicurare che «la facoltà concessa dall'art. 53 della CEDU agli Stati membri resti limitata, per quanto riguarda i diritti riconosciuti dalla Carta corrispondenti a diritti garantiti dalla citata convenzione, a quanto è necessario per evitare di compromettere il livello di tutela previsto dalla Carta medesima, nonché il primato, l'unità e l'effettività del diritto dell'Unione» (par. 189).

In secondo luogo (paragrafi 191-195), la Corte reputa l'accordo di adesione in contrasto col c.d. principio della fiducia reciproca fra gli Stati membri, che impone a ciascuno di essi, «segnatamente per quanto riguarda lo spazio di libertà, di sicurezza e di giustizia, di ritenere, tranne in circostanze eccezionali, che tutti gli altri Stati membri rispettano il diritto dell'Unione e, più in particolare, i diritti fondamentali riconosciuti da quest'ultimo» (par. 191). L'accordo non terrebbe conto del fatto che, nei rapporti disciplinati dal diritto dell'Unione, gli Stati membri devono presumere il rispetto dei diritti umani da parte degli altri Stati membri, non potendo, salvo casi eccezionali, sottrarsi agli obblighi posti dal diritto dell'Unione adducendo che un altro Stato membro non garantisce un livello adeguato di tutela dei diritti fondamentali.

In terzo luogo (paragrafi 196-200), la Corte ritiene che il Progetto di accordo di adesione sia suscettibile di nuocere all'autonomia e all'efficacia del rinvio pregiudiziale *ex* art. 267 TFUE, nella misura in cui, a seguito dell'entrata in vigore del Protocollo n. 16, i giudici degli Stati membri potrebbero sollecitare un parere della Corte di Strasburgo, anziché rivolgersi alla Corte di giustizia, per chiedere un'interpretazione delle norme della CEDU: norme che, dopo l'adesione, formeranno parte integrante del diritto dell'Unione.

In quarto luogo, ad avviso della Corte, il Progetto di accordo non è conforme all'art. 344 TFUE, che vieta agli Stati membri di adire organi giurisdizionali diversi dalla Corte di giustizia per la soluzione delle controversie insorte *inter se*, oppure fra di loro e l'Unione e vertenti sull'interpretazione e applicazione del diritto UE, in quanto non esclude la possibilità che le controversie suddette siano sottoposte alla Corte EDU *ex* art. 33 della CEDU (paragrafi 201-214).

In quinto luogo (paragrafi 215-248), il parere statuisce che il meccanismo del *co-respondent* (secondo la traduzione italiana: «convenuto-aggiunto») e la procedura del previo coinvolgimento della Corte non sono idonei a salvaguardare l'autonomia dell'ordinamento europeo e a preservarne le caratteristiche specifiche. In particolare, la Corte censura il fatto che la Corte europea dei diritti umani sarebbe chiamata a valutare le norme del diritto dell'Unione che prevedono una ripartizione di competenze fra Unione e Stati membri, al fine di stabilire se sia plausibile la richiesta, presentata dall'Unione o da uno o più Stati membri, di partecipare al procedimento in qualità di *co-respondent* (par. 224). L'autonomia dell'ordinamento europeo, unitamente alla competenza esclusiva della Corte di giustizia a decidere in merito alla ripartizione delle competenze fra Unione e Stati membri, sarebbero pregiudicate altresì dall'attribuzione alla Corte di Strasburgo del potere di adottare sentenze che eccezionalmente ripartiscano la responsabilità fra

convenuto e *co-respondent* (paragrafi 229-234). Quanto al previo coinvolgimento della Corte di giustizia nei procedimenti in cui l'Unione è *co-respondent*, la Corte manifesta il convincimento che anch'esso violi il principio della competenza esclusiva della Corte medesima. Ciò per due motivi principali. Da un lato, l'accordo affida alla Corte di Strasburgo il compito di decidere circa la necessità di un coinvolgimento del giudice dell'Unione: ciò presuppone che la Corte europea valuti se la Corte di Lussemburgo si sia già pronunciata su una questione di diritto identica a quella pendente a Strasburgo (paragrafi 238-240). Dall'altro lato, il parere censura il fatto che il Progetto di accordo consenta alla Corte di giustizia, nell'ambito della procedura di previo coinvolgimento, di pronunciarsi soltanto sulla validità del diritto derivato e non sulla sua interpretazione (paragrafi 242-247).

Da ultimo (paragrafi 249-257), la Corte statuisce che il Progetto di accordo lede le caratteristiche specifiche del diritto dell'Unione in quanto «la Corte EDU sarebbe legittimata a pronunciarsi sulla conformità alla CEDU di determinati atti, azioni od omissioni posti in essere nell'ambito della PESC e, in particolare, di quelli per i quali la Corte non ha competenza a verificare la loro legittimità in rapporto ai diritti fondamentali» (par. 254).

Tutto il parere, già oggetto di severe critiche nei primi commenti "a caldo" (si veda, oltre al contributo della professoressa Rossi sopracitato, il post di Steve Peers), porta all'esasperazione la preoccupazione da parte della Corte di giustizia di salvaguardare le proprie prerogative e configura una partecipazione dell'Unione al sistema CEDU che privilegerebbe a nostro avviso ingiustificatamente la posizione dell'Unione rispetto a quella delle altre Parti contraenti (v. sul punto il par. 193 del parere, nella parte in cui la Corte evidenzia come la UE non sia paragonabile agli Stati contraenti della Convenzione). Ciò a serio detrimento della tutela giurisdizionale delle vittime

di violazioni della Convenzione europea. Tutta protesa a mettere al riparo il diritto dell'Unione da censure di "non convenzionalità" ad opera della Corte di Strasburgo, la Corte di giustizia compie, ad avviso di chi scrive, evidenti forzature sotto il profilo tecnico-giuridico, travalicando i limiti della propria competenza non contenziosa *ex* art. 218 TFUE.

Si fa riferimento ai passaggi in cui la Corte di giustizia individua i primi tre profili di non conformità ai Trattati dell'adesione dell'Unione alla CEDU, per come essa è prevista dal Progetto di accordo. Come si è detto, la Corte ritiene che gli obblighi scaturenti dalla CEDU non possano pregiudicare gli standard di tutela fissati dalla Carta e, più in generale, compromettere la corretta applicazione del diritto dell'Unione e il principio del primato di quest'ultimo sul diritto interno. Traspare qui nettamente la preoccupazione della Corte nei confronti dei recenti orientamenti affermatisi nella giurisprudenza di taluni giudici nazionali e del giudice di Strasburgo, tendenti a far prevalere l'esigenza del rispetto dei diritti fondamentali (quali tutelati dal diritto costituzionale interno o dal diritto internazionale pattizio) sugli obblighi imposti dal diritto dell'Unione, con riferimento al mandato di arresto europeo e al c.d. "sistema di Dublino" (si vedano ad es. le sentenze della Corte EDU nei casi *MSS* c. *Belgio e Grecia* e *Tarakhel* c. *Svizzera*). Tuttavia, nel rivolgere un monito agli Stati membri e ai giudici di Strasburgo, la Corte di Giustizia indirizza – a ben vedere – i propri strali verso la CEDU, così come essa è oggi operante, e non nei confronti del Progetto di accordo che avrebbe dovuto costituire l'oggetto del suo esame. La Corte sollecita, cioè, i negoziatori dell'accordo a introdurre in esso delle clausole volte a modificare gli obblighi già in capo agli Stati in forza della CEDU, per salvaguardare quelli modellati dalla Corte di giustizia in modo tale da bilanciare i diritti fondamentali con le specifiche esigenze dell'ordinamento dell'Unione. Detto altrimenti la Corte reputa che, per rendere conforme il sistema

CEDU al diritto UE, occorra introdurre, per il tramite dell'accordo di adesione, una nuova causa di esclusione dell'illecito, di cui possano avvalersi gli Stati membri quando attuino talune norme del diritto dell'Unione, specialmente per quanto riguarda lo spazio di libertà, di sicurezza e di giustizia.

Considerazioni analoghe possono svolgersi con riguardo alle critiche che il parere muove al Protocollo n. 16 (ancora non in vigore, si noti bene), o meglio al Progetto di accordo di adesione, nella parte in cui non va ad incidere sulla disciplina contenuta in detto Protocollo. A ben vedere, essa intende lanciare un monito agli Stati membri, mostrando di essere disposta a sanzionare, come una violazione dell'art. 267 TFUE, richieste indirizzate dai giudici nazionali alla Corte di Strasburgo relativamente all'interpretazione di un diritto garantito sia dalla CEDU che dalla Carta. Giova sottolineare che, ancor prima che l'adesione si realizzi, in base al Protocollo i giudici nazionali ben potrebbero rivolgersi al giudice di Strasburgo, invece di effettuare un rinvio pregiudiziale *ex* art. 267 TFUE, per chiedere l'interpretazione di disposizioni della CEDU corrispondenti a quelle della Carta, anche in ipotesi in cui il giudizio *a quo* verta su rapporti giuridici regolati dal diritto dell'Unione. Ancora una volta, la Corte svolge considerazioni che non attengono propriamente alla conformità ai Trattati europei del Progetto di accordo sottoposto al suo esame (il quale non implica neppure l'adesione al Protocollo in questione). Comunque, carattere *ultra petita* dei rilievi della Corte a parte, la tesi secondo cui il Protocollo n. 16 pregiudicherebbe l'efficacia del meccanismo del rinvio pregiudiziale non è condivisibile. Infatti il parere reso della Corte di Strasburgo ai sensi del Protocollo n. 16 non vincolerebbe i giudici nazionali e, in ogni caso, non farebbe venire meno l'obbligo di effettuare il rinvio, incombente *ex* art. 267 TFUE sui giudici interni di ultima istanza.

Infra petita sono, invece, i rilievi concernenti il quarto e il quinto punto di cui sopra. Per ragioni di sinteticità, in questa

sede non ci soffermeremo sull'individuato contrasto rispetto all'art. 344 TFUE della possibilità che siano sottoposte al giudice di Strasburgo delle controversie fra Stati membri o fra questi e l'Unione, aventi ad oggetto questioni ricomprese nell'ambito di applicazione del diritto dell'Unione. Questo problema ha, tutto sommato, un rilievo pratico di poca importanza, in considerazione sia della scarsità di ricorsi interstatuali nella prassi di Strasburgo, sia dell'esistenza di un ampio consenso fra gli Stati membri sul fatto che l'attivazione di un ricorso di questo tipo sarebbe vietata dall'art. 344 TFUE. Si osserverà qui soltanto come – limitatamente ai ricorsi che uno Stato membro promuova nei confronti di un altro e che mettano in gioco l'applicazione del diritto dell'Unione europea – la Corte si pronunci a ben vedere, ancora una volta, sulla compatibilità del sistema convenzionale quale è oggi vigente e non delle conseguenze che deriverebbero dall'adesione alla CEDU dell'Unione a fianco degli Stati membri.

Quanto al meccanismo di *co-respondent – enfant terrible* del Progetto (KOSTA, SKOUTARIS e TZEVELEKOS, *The EU Accession to the ECHR*, Oxford-Portland, 2014) – era prevedibile che la Corte avrebbe ritenuto una violazione delle proprie competenze l'attribuzione alla Corte di Strasburgo del potere di interpretare il diritto dell'Unione, in sede di valutazione circa la ricevibilità di una richiesta di partecipazione a un procedimento a titolo di *co-respondent*, così come di ripartizione delle responsabilità fra convenuto e *co-respondent* (sul punto mi permetto di rinviare al mio scritto già citato).

Grande interesse presentano i rilievi contenuti nel parere circa il meccanismo di previo coinvolgimento della Corte di giustizia, volto a consentire a quest'ultima di esercitare i suoi poteri di controllo sulla validità di un atto dell'Unione, prima che una decisione sia presa dalla Corte EDU (cfr. l'art. 3, par. 6, del Progetto). Ad avviso della Corte, per essere compatibile con i Trattati, il meccanismo in questione dovrebbe prevedere

la trasmissione all'Unione di un'informazione completa circa ogni causa pendente dinanzi alla Corte EDU (*sic*!), in modo tale da consentire all'istituzione competente di valutare se attivare la procedura volta ad ottenere una pronuncia della Corte di giustizia (par. 241). Si tratta di una procedura alquanto farraginosa, che allungherebbe i tempi dei procedimenti innanzi agli organi di Strasburgo e aggraverebbe il carico di lavoro della stessa Corte di Lussemburgo. Neppure convince l'interpretazione secondo cui, ai sensi del Progetto, la Corte di giustizia potrebbe pronunciarsi sulla validità degli atti e non sulla loro interpretazione; pare infatti a chi scrive che, investita di una questione di validità di un atto sulla base dell'accordo di adesione, ben potrebbe la Corte adottare una decisione che ne dichiari la validità, fornendone un'interpretazione conforme al diritto primario. In ogni caso, anche alla luce delle osservazioni presentate da vari Governi (cfr. par. 137 s. del parere), stupisce che il parere non si interroghi in alcun modo circa il fondamento nei Trattati della procedura di previo coinvolgimento della Corte di giustizia (per la tesi secondo cui non vi sarebbe nei Trattati alcuna norma idonea a fondare questa nuova competenza della Corte, rinvio a quanto osservato nel mio scritto sopra citato).

L'autore di queste pagine si era precedentemente espresso nel senso che nessun coinvolgimento della Corte di giustizia nel procedimento dinanzi al giudice di Strasburgo sia necessario ai termini dei Trattati. *Corte locuta*, non resta che prendere atto dell'opposta conclusione cui giunge il parere. Si può tutt'al più rimarcare come questa presa di posizione costituisca un'ulteriore testimonianza del(l'ingiustificato) timore della Corte che le decisioni della Corte di Strasburgo possano minacciare le proprie prerogative e l'autonomia del diritto europeo. Tale atteggiamento, verrebbe da dire culturale ancor prima che ispirato da preoccupazioni di politica del diritto, è comprensibile alla luce dello sforzo compiuto dalla Corte di Lussemburgo

(dalla sentenza *Van Gend en Loos* fino alla *Kadi*) per affermare l'autonomia del diritto UE rispetto al diritto internazionale, così come della strenua difesa delle proprie prerogative nei confronti delle tendenze nazionalistiche delle giurisdizioni di alcuni Stati membri. Tuttavia, lungi dal favorire l'integrazione europea, la tesi del giudice di Lussemburgo evidenzia semmai una posizione di debolezza e non pare comunque sorretta da solide argomentazioni. Il mancato previo coinvolgimento della Corte di giustizia non minaccerebbe infatti l'autonomia del diritto UE… in misura maggiore di quanto non sia minacciata l'autonomia del diritto italiano, nelle ipotesi in cui la Corte di Strasburgo sia investita di un ricorso senza che alla Corte costituzionale sia stata offerta la possibilità di statuire sulla costituzionalità di una legge, la cui applicazione abbia dato origine all'asserita violazione della CEDU. In verità, non pare che l'autonomia dell'ordinamento dell'Unione e le competenze della Corte di giustizia possano considerarsi minacciate, se è vero che, come sottolineato esattamente dal Regno Unito (par. 138 del parere), le sentenze della Corte EDU dichiarative di violazioni della Convenzione europea non hanno alcun effetto sulla validità delle norme appartenenti al diritto delle Parti contraenti.

Una certa preoccupazione desta la parte conclusiva del parere. Durante i negoziati, come è noto, alcuni Stati avevano proposto di includere nell'accordo di adesione una clausola volta ad esentare l'UE dal controllo esercitato dalla Corte di Strasburgo; tuttavia l'opinione opposta era poi prevalsa. Secondo la Corte, stanti le limitazioni poste al proprio sindacato sulla legittimità e la validità degli atti PESC, sarebbe lesivo delle caratteristiche dell'ordinamento dell'Unione attribuire in via esclusiva ad un organo giurisdizionale esterno all'Unione la competenza a pronunciarsi sulla "convenzionalità" dei medesimi atti. Si tratta, ancora una volta, di una tesi non condivisibile, fondata sulla (erronea) convinzione che alla Corte di giusti-

zia debba essere sempre offerta la possibilità di valutare la conformità rispetto alla Carta (e alla CEDU e ai principi generali) degli atti europei all'origine di una denunciata violazione della CEDU, prima che la Corte di Strasburgo esamini un ricorso nel merito. Questa impostazione produce la conseguenza, inaccettabile dal punto di vista della tutela dei diritti umani, di escludere la messa in opera della responsabilità internazionale dell'Unione in un ambito in cui gravi violazioni dei diritti umani (*in primis* del diritto alla vita) sono suscettibili di verificarsi frequentemente. Il Trattato di Lisbona ha previsto come obbligatoria l'adesione alla CEDU proprio per rendere più effettiva la tutela dei diritti umani in Europa, colmando eventuali lacune e sottoponendo l'Unione ad un controllo esterno sul proprio operato. Ove sussistano ambiti in cui sia carente la tutela giurisdizionale dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali (di fronte alla Corte di giustizia dell'Unione europea e ai giudici nazionali), sarebbe particolarmente opportuno che la Corte di Strasburgo potesse esercitare pienamente il proprio sindacato, esattamente come avviene in relazione a tutti gli Stati contranti. Ciò permetterebbe di evidenziare eventuali violazioni sistematiche e spronerebbe l'Unione e i suoi Stati membri a porvi fine, se del caso attraverso una modifica dei Trattati istitutivi.

Per finire, dopo aver evidenziato alcuni degli snodi maggiormente problematici del parere, è possibile svolgere alcune riflessioni circa il nuovo scenario che esso inaugura. Stanti l'obbligo per l'Unione di aderire alla CEDU, posto dal Trattato di Lisbona, e considerata l'efficacia giuridica propria dei pareri *ex* art. 218, par. 11, TFUE, Consiglio e Commissione dovranno attivarsi per riaprire i negoziati con il Consiglio d'Europa, in modo da giungere all'adozione di un nuovo accordo che tenga conto delle statuizioni della Corte di giustizia. Alcuni cambiamenti al Progetto di accordo potrebbero essere agevolmente apportati seguendo le indicazioni che emergono dal parere, senza sollevare particolari obiezioni né da parte degli Stati non

membri dell'Unione, né degli organi del Consiglio d'Europa. Si tratta dell'esclusione dei ricorsi *ex* art. 33 CEDU nelle materie regolate dal diritto dell'Unione, così come della modifica dei profili procedurali relativi al meccanismo di *co-respondent* e al previo coinvolgimento della Corte di giustizia. Diversamente, ad avviso di chi scrive, sarebbe assai inopportuno inserire nell'accordo le modifiche suggerite nei primi tre punti sopra indicati, volte a restringere la portata degli obblighi incombenti sugli Stati membri in base alla CEDU nelle materie regolate dal diritto dell'Unione, nonché ad escludere il controllo giurisdizionale della Corte di Strasburgo sull'operato dell'Unione e degli Stati membri in ambito PESC. Le suggerite modifiche si pongono infatti in contrasto con l'oggetto e lo scopo della Convenzione, in quanto produrrebbero effetti equivalenti a delle riserve generali non consentite dall'art. 57 della CEDU.

Nonostante quanto precede, non pare condivisibile l'affermazione di Peers (v.ne l'intervento già citato) – volutamente provocatoria e dettata dall'amarezza suscitata dal parere a poche ore dalla sua emanazione – secondo cui sarebbe preferibile, a questo punto, che l'Unione non aderisse alla CEDU. Né sembra potersi auspicare, insieme a questo autore (*ibidem*), che il Consiglio dei Ministri, agendo ai sensi dell'art. 47 della CEDU, investa la Corte di Strasburgo del quesito se un accordo di adesione modellato sui *dicta* della Corte di giustizia sia conforme all'oggetto e scopo della Convenzione, o rechi viceversa un *vulnus* al ruolo della Corte EDU quale garante dell'ordine pubblico europeo. Non sembra invero che la drammatizzazione del contrasto fra le due Corti possa offrire un contributo costruttivo al processo di adesione.

Un'altra strada dovrebbe, piuttosto, essere esplorata, che passa per una revisione dei Trattati.

Dallo stesso parere 2/13 (paragrafi 109 e 117) emerge infatti che fra gli Stati membri vi è un ampio consenso circa il contenuto del Progetto di accordo. Di fronte all'arroccamento in-

transigente della Corte, spetta dunque alla politica attivarsi per uscire da una situazione di *impasse* e scongiurare che l'adesione dell'Unione alla CEDU avvenga a condizioni che implicherebbero addirittura una *deminutio* dell'efficacia della Convenzione nei confronti degli Stati membri. Considerata la modifica apportata dal Trattato di Lisbona all'art. 6 TUE, per tener conto del parere 2/94, non sarebbe la prima volta che gli Stati procedono ad una revisione dei Trattati per superare gli ostacoli all'adesione individuati dalla Corte di giustizia. Vi sono fondate ragioni per ritenere che, questa volta, una modifica dei Trattati potrebbe avvenire in tempi decisamente più rapidi. Del resto, per quanto complessa dal punto di vista procedurale e sempre dagli esiti incerti, la strada della revisione ordinaria non è molto più gravosa della procedura di approvazione dell'accordo di adesione, che prevede ugualmente l'approvazione del Parlamento europeo e di tutti gli Stati membri nelle forme previste dalle rispettive costituzioni nazionali.

Qualora si decidesse di seguire la via sopra indicata, la soluzione più semplice sarebbe un'integrazione dell'attuale art. 6, co. 2 TUE, che attribuisse chiaramente a questa norma una funzione permissiva, idonea a consentire deroghe ad altre norme dei Trattati. Il nuovo comma potrebbe essere formulato in questi termini: «Onde garantire la più ampia tutela dei diritti umani nello spazio giuridico europeo e colmare le lacune esistenti nella loro tutela giurisdizionale, l'Unione aderisce alla Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali. Tale adesione non modifica le competenze dell'Unione definite nei trattati. Nell'ambito di tali competenze, l'Unione accetta di sottoporsi al sindacato della Corte europea dei diritti umani su un piano di parità con le altre Parti contraenti».

23 dicembre 2014

6

Ordinamento italiano e consuetudine internazionale nella sentenza 238/2014 della Corte costituzionale

LORENZO GRADONI	Corte costituzionale italiana e Corte internazionale di giustizia in rotta di collisione sull'immunità dello Stato straniero dalla giurisdizione civile
PASQUALE DE SENA	Spunti di riflessione sulla sentenza 238/2014 della Corte costituzionale
LORENZO GRADONI	Giudizi costituzionali del quinto tipo. Ancora sulla sentenza 238/2014 della Corte costituzionale italiana
MARCO LONGOBARDO	«Il non-essere non è e non può essere»: brevi note a margine della sentenza 238/2014 della Corte costituzionale rispetto all'adattamento dell'ordinamento italiano al diritto internazionale consuetudinario
PASQUALE DE SENA	Norme internazionali generali e principi costituzionali fondamentali, fra giudice costituzionale e giudice comune
LORENZO GRADONI	Un giudizio mostruoso. Nuove istantanee della sentenza 238/2014 della Corte costituzionale italiana

Corte costituzionale italiana e Corte internazionale di giustizia in rotta di collisione sull'immunità dello Stato straniero dalla giurisdizione civile

LORENZO GRADONI (*)

Chi si appresta a commentare una sentenza recentissima, ma già storica, come quella pronunciata dalla Corte costituzionale italiana il 22 ottobre scorso (238/2014) può perlomeno beneficiare della certezza che quasi tutti l'abbiano letta (comunque, due utili sintesi si trovano qui e qui). È accaduto, in poche parole, che il custode della Costituzione ha dichiarato *inoppugnabile*, eppure *inaccettabile*, la sentenza del 3 febbraio 2012 con cui la Corte internazionale di giustizia, sulla base di un accertamento apparentemente meticoloso del contenuto della consuetudine internazionale, ha condannato l'Italia per aver disconosciuto l'immunità della Germania nell'ambito di cause civili intentate da vittime italiane di crimini nazisti, le quali, esaurita ogni altra via di ricorso, avevano pensato di cercare giustizia in patria, trovando, dopo gli iniziali insuccessi pa-

(*) Università di Bologna.

titi davanti ai giudici di merito, un'inattesa sponda nella Corte di cassazione, autrice della storica sentenza *Ferrini* dell'11 marzo 2004.

Il titolo di questo contributo si riferisce a giurisdizioni in rotta di collisione, ma non sarebbe il caso di parlare, senza esitazioni, di uno scontro frontale? La complessità della sentenza qui commentata sembra imporre un giudizio più sfumato.

La Corte costituzionale sembra voler tracciare, infatti, una radicale spartizione dello spazio giuridico: al di là del confine ordinamentale, un diritto internazionale "signoreggiato" dal principale organo giurisdizionale delle Nazioni Unite, i cui verdetti sono ritenuti dalla nostra Corte insindacabili anche quando appaiono insensibili all'esigenza di tutelare i diritti umani; al di qua, la Costituzione italiana, i cui principi fondamentali, custoditi dalla Consulta, fungono da baluardo contro la penetrazione di tali verdetti e delle norme internazionali consuetudinarie che ne costituiscono il fondamento (sempre secondo l'inoppugnabile giudizio della Corte internazionale). Due corti sovrane, ciascuna nel proprio ambito; due universi normativi paralleli.

Più che di una collisione tra le due Corti si dovrebbe quindi parlare di uno scontro tra Stato italiano e diritto internazionale, di un illecito ormai conclamato, perfezionato e perfino rivendicato dalla Corte costituzionale ma in realtà emergente, a mio avviso, da un "concorso di colpa", di cui la Corte internazionale di giustizia porta il peso maggiore. La metafora del titolo non è tuttavia casuale. Con la pronuncia del 22 ottobre, tra le due Corti si è instaurato un grave dissidio. I due "Palazzi", per quanto apparentemente immobili, poiché saldamente incardinati nei rispettivi ordinamenti di riferimento (secondo l'immagine che la sentenza in commento ne offre), sono in rotta di collisione (ve ne sono di galleggianti), se non altro perché la Consulta, in sostanza, ha ingiunto agli organi dello Stato italiano di disobbedire alla Corte internazionale. Se perciò la Ger-

mania, che non sembra intenzionata a rinunciare all'esercizio dei diritti che la sentenza del 3 febbraio 2012 le riconosce (si veda qui), decidesse di riaprire il contenzioso all'Aja, la Corte internazionale di giustizia potrà compiere una manovra utile a evitare lo scontro: questa la tesi principale che proverò a difendere, senza tuttavia precipitarmi verso le conclusioni.

Tra le molte questioni che la sentenza solleva, intendo qui affrontane due soltanto. Si tratta di due punti non strettamente connessi, se non nel senso che il primo, che permette di saggiare la prospettiva rigorosamente dualista (o pluralista) nella quale si muove la Corte costituzionale, evocando così il tema della "chiusura" dell'ordinamento interno rispetto a valori normativi allogeni, può servire da preludio al secondo, che ruota attorno alla pratica dei "controlimiti" o "Solange", intesa come una classe particolare di mosse compiute sullo scacchiere dei rapporti tra sistemi allo scopo di incrementare il livello della tutela dei diritti individuali offerta dai sistemi giuridici interagenti.

La prima questione appartiene al dominio della "microfisica" dei rapporti tra ordinamento italiano e diritto internazionale. Il suo esame permette tra l'altro di spiegare un aspetto della sentenza in commento a prima vista paradossale. Il giudice remittente, il Tribunale di Firenze, con ordinanza del 21 gennaio 2014, aveva messo in dubbio la compatibilità della consuetudine internazionale (come accertata dalla Corte dell'Aja), *o meglio della corrispondente norma interna di adattamento*, con i principi fondamentali dell'ordinamento italiano. La Corte costituzionale gli ha dato pienamente ragione, eppure… ha dichiarato la relativa questione di legittimità *infondata* (la Corte ha invece ritenuto fondati gli altri due rilevi, di cui qui non ci occupiamo e che concernono, rispettivamente, l'art. 1 della legge n. 848 del 17 agosto 1957, recante esecuzione della Carta delle Nazioni Unite, per la parte in cui impone, nella specie, l'osservanza delle decisioni della Corte internazionale di giustizia, e l'art. 3 della legge n. 5 del 14 gennaio 2013, contenente

disposizioni di adattamento ordinario al verdetto con cui la medesima Corte ha condannato l'Italia: cfr. punti 4 e 5 *c.i.d.* della sentenza in commento).

Qual è la natura delle norme mediante le quali l'ordinamento italiano, in forza dell'art. 10, 1° co. Cost., automaticamente si adatta alla consuetudine internazionale? Se si tratta di norme non scritte di rango non inferiore a quello della Costituzione (fatti salvi i principi fondamentali), allora sembra evidente che la Corte costituzionale non potrebbe sindacarne la validità, essendo il suo mandato limitato alle «controversie relative alla legittimità costituzionale delle leggi e degli atti, aventi forza di legge, dello Stato e delle Regioni» (art. 134 Cost.). Questo problema di competenza – una sorta di aporia evidentemente creata dall'imprevisto prospettarsi di un contrasto tra consuetudine internazionale e principi interni irrinunciabili – si può risolvere supponendo che il funzionamento del meccanismo automatico di adattamento si interrompe al cospetto di norme consuetudinarie internazionali incompatibili con i principi fondamentali del nostro ordinamento.

Una simile costruzione rende caduco il concetto stesso di norma di adattamento alla consuetudine contraria a tali principi: se c'è conflitto tra questi ultimi e una consuetudine internazionale, la norma di adattamento non viene prodotta, per cui il problema di sindacarne la validità, evidentemente, non si pone. In tali circostanze, pertanto, la Corte non è chiamata a compiere un sindacato in senso proprio (sarebbe insensato saggiare la validità di una consuetudine internazionale alla luce di un parametro interno), ma si limita a risolvere una *questione preliminare* – la consuetudine internazionale è *in parte qua* compatibile con i principi fondamentali? – la cui positiva soluzione è presupposto necessario dell'accertamento di una norma interna di adattamento creata dal "trasformatore permanente" di cui all'art. 10, 1° co., Cost.

Di tutto ciò evidentemente non ha tenuto conto il Tribuna-

le di Firenze (il giudice *a quo*), quando ha prospettato un conflitto tra una presunta norma di adattamento «prodotta nel nostro ordinamento» e i principi fondamentali espressi dalla Costituzione italiana. Ebbene, tale presunta norma, per la Corte costituzionale, non può esistere, ed è per ciò che essa, in quanto persuasa, *al pari del giudice remittente*, dell'incompatibilità della consuetudine internazionale (come accertata dalla Corte dell'Aja) con i principi fondamentali del nostro ordinamento, ha definito «infondata» la questione da esso prospettata in rapporto all'art. 10, 1° co., Cost. (punto 3.5 *c.i.d.*). La Consulta e il giudice *a quo* sono insomma in totale sintonia per quanto riguarda la sostanza, ma anche in totale disaccordo… perché sviluppano le proprie tesi a partire da *costruzioni diverse del funzionamento del trasformatore permanente* e quindi dell'articolarsi del rapporto tra ordinamento italiano e consuetudine internazionale.

La sentenza in commento invita inoltre a procedere a una nuova messa a fuoco della ragion d'essere del funzionamento intermittente del trasformatore permanente. Ho sempre creduto che l'idea della mancata produzione della norma interna di adattamento a una consuetudine internazionale incompatibile con i principi fondamentali servisse a eludere un limite che, come sopra evidenziato, l'art. 134 Cost. sembra imporre alla Corte costituzionale, la quale, alla luce di quella disposizione, non pare abilitata a valutare la legittimità delle "atipiche" norme di adattamento alla consuetudine internazionale. Ebbene, nella sua pronuncia più recente, la Corte smentisce seccamente l'esistenza di una tale preclusione, affermando che l'art. 134 Cost. «assoggetta al controllo accentrato di costituzionalità tutte le leggi, gli atti *e le norme* le quali, pur provviste della stessa efficacia delle leggi formali, ordinarie e costituzionali, siano venute ad esistenza per vie diverse dal procedimento legislativo» (punto 2.1 *c.i.d.*, corsivo mio). Qui la Corte intende riferirsi alla consuetudine internazionale *in quanto tale* e non anche alle

norme interne di adattamento alla medesima; la formula che essa adopera è tuttavia abbastanza ampia da includere anche queste ultime. Ciò è pienamente confermato dalla frase perentoria con la Corte sceglie per descrive la chiave di volta della sua giurisdizione: «la competenza di questa Corte è determinata dal contrasto di una norma [qualsiasi] con una norma costituzionale», ovviamente a eccezione di quelle sub-legislative (punto 3.2 *c.i.d.*). Tutte le volte che si profila un conflitto con un principio fondamentale della Costituzione, poco importa quali siano l'origine e la natura della norma confliggente, la Consulta deve essere chiamata a – e dunque può – intervenire. Ma se la vera ragion d'essere del funzionamento intermittente del trasformatore permanente non corrisponde al bisogno di superare un limite di competenza, allora perché la Corte lo postula con tale convinzione e acribia? La risposta può essere la seguente.

L'importanza del dispositivo secondo cui la Corte, quando opera a tutela dei principi fondamentali dell'ordinamento, non valuta la legittimità di norme interne di adattamento alla consuetudine internazionale bensì solo il sussistere di un presupposto essenziale della loro esistenza (che è la conformità della consuetudine ai principi fondamentali), serve a collegare un effetto particolarmente intenso al giudizio di incompatibilità con i principi fondamentali, in ragione dell'importanza di tali principi e dell'integrità dell'ordinamento di cui essi sono garanzia: la norma di adattamento a una consuetudine internazionale in contrasto con tali principi è da considerarsi *inesistente* e quindi radicalmente inefficace rispetto a qualsiasi rapporto regolato dal nostro ordinamento, non importa quanto risalente.

Ciò detto, a nessuno sfugge che il significato storico della sentenza in commento trascende la microfisica dell'adattamento e le connesse sottigliezze dualistiche "all'italiana". Non si può infatti escludere che sia in atto nientemeno che un *redde rationem* tra cultura dei diritti umani, di cui le Corti supreme degli ordinamenti costituzionali liberaldemocratici si conside-

rano interpreti particolarmente qualificati, e un tradizionalismo diplomatico che la Corte internazionale di giustizia tenderebbe in qualche misura ancora a incarnare. Per quest'ultima, in particolare, l'esperienza del conflitto è nuova (di questo tipo di conflitto, che non è certo paragonabile ai passati attriti con il Tribunale internazionale penale per l'*ex*-Iugoslavia, a proposito dei quali la Corte ha imperiosamente sentenziato). Come vedremo, tuttavia, anche la Corte costituzionale italiana ha deciso di muoversi su un terreno pressoché inesplorato e non solo perché, per la prima volta, ha sbarrato il passo alla consuetudine internazionale (non è questo l'aspetto più interessante della pronuncia).

La Corte internazionale di giustizia, che può esprimersi potenzialmente su qualsiasi questione di diritto internazionale, di diritti individuali si occupa meno di altre giurisdizioni internazionali e nazionali; e sin qui lo ha fatto nel segno della tutela o quanto meno della valorizzazione di tali diritti, a partire dai diritti umani (si veda, per limitarsi a un singolo notevolissimo esempio, il parere sulla *Costruzione di un muro nel territorio palestinese occupato*). Non così nel caso delle *Immunità giurisdizionali dello Stato*. Autentica *débâcle* dei diritti umani, la già citata sentenza del 3 febbraio 2012 rade al suolo il "diritto al giudice", nel senso che su di esso fa prevalere l'immunità giurisdizionale dello Stato straniero persino quando è acclarata la natura internazional-criminale degli atti in rapporto ai quali si domanda il risarcimento ed è noto che le vittime non hanno potuto ottenere ristoro per altre vie, giudiziarie e non. Per la Corte dell'Aja, il diritto internazionale tuttalpiù autorizza le vittime a sperare nelle ricadute di una soluzione diplomatica, come la stipula di un accordo di compensazione globale, soluzione che devono predisporsi ad attendere con la folle (im)pazienza di Vladimiro ed Estragone. E se Godot non si fa vivo? L'immunità, a quanto pare, resta ugualmente sulla scena.

La Corte doveva forse aspettarsi che, mettendosi per la

prima volta, per così dire, contro i diritti umani – ossia accogliendo una soluzione difficilmente accettabile dal punto di vista degli ordinamenti costituzionali che, sempre più numerosi, pongono tali diritti addirittura a loro fondamento – sarebbe stata coinvolta in un gioco per essa del tutto nuovo: chiamiamolo, per intenderci, «Solange». Si può infatti formulare la seguente ipotesi storica: la pronuncia del 3 febbraio 2012 sta all'antica sentenza *Stork* della Corte di giustizia delle Comunità europee come la sentenza della Corte costituzionale italiana qui commentata sta alla reazione del Bundesverfassungsgericht di fronte alle iniziali esitazioni del giudice europeo a proporsi come tutore dei diritti fondamentali. Al tentativo di inquadrare la sentenza 238/2014 in questi collaudati schemi si possono opporre due obiezioni, entrambe, credo, superabili.

«Solange» è il nome che si dà a un modo di interazione tra sistemi giuridici (nazionali e internazionali), che, almeno potenzialmente, costituisce un veicolo di comunicazione e ibridazione intersistemica. La Corte costituzionale non si pone in contrasto con questa logica nel momento in cui accentua la connotazione dualistica, quindi in un certo senso la chiusura, dell'ordinamento nazionale i cui principi è chiamata a custodire? Non necessariamente. Una professione di fede dualista non è sinonimo di chiusura. Può anche trattarsi di una rivendicazione di autonomia funzionale all'evolversi di un ordinamento globale caratterizzato in senso pluralistico e quindi *necessariamente conflittuale*. Tutto dipende dalla sostanza degli argomenti impiegati, i quali possono connotarsi in senso particolaristico, traendo linfa da valori propri dell'ordinamento in questione ed eventualmente condivisi da pochi altri sistemi giuridici, ovvero in senso universalistico, e quindi in linea di principio capaci di suscitare un'adesione anche da parte del sistema normativo in rapporto al quale si sono eretti i controlimiti. È difficile considerare particolaristici gli argomenti che la Corte costituzionale italiana ha proposto nel respingere (senza contestare) la rico-

struzione del diritto internazionale non scritto compiuta dalla Corte dell'Aja. Sul punto tornerò *in fine*. Prima occorre prendere in considerazione un'obiezione più difficile e seria, che dipende dalla novità del caso di cui ci occupiamo.

Non è forse lecito dubitare che la Corte internazionale di giustizia, perlomeno *dopo* la pronuncia del 3 febbraio 2012, sia *ancora* un bersaglio plausibile di un "attacco Solange"? Nella variante classica del gioco, infatti, l'attaccante, che è un giudice (ad esempio, la Corte europea dei diritti dell'uomo nel caso *Bosphorus*, la Corte di Giustizia dell'Unione europea nel caso *Kadi*, ecc.), agisce sul presupposto che il difensore, che può essere anch'esso un giudice, ma non lo è necessariamente (si pensi al ruolo del Consiglio di sicurezza delle Nazioni Unite nella casistica giudiziaria riguardante le sanzioni individuali antiterrorismo), sia giuridicamente in grado di imprimere alla propria prassi il mutamento di direzione auspicato dall'attaccante. Allo stato, la Corte internazionale non sembra però disporre di alcun margine di manovra, essendo tenuta ad applicare la *regola* consuetudinaria che essa stessa ha accertato e che, come è noto, sul piano internazionale obbliga l'Italia a riconoscere la Germania immune. Cosa potrebbe fare la Corte internazionale, dopo essersi atteggiata a "*bouche de la coutume*", se non applicare il diritto vigente? Del resto, come si è già detto, la Corte costituzionale italiana ha rispettosamente deciso di evitare lo scontro sul piano dell'accertamento della consuetudine internazionale, giungendo a ritenere insindacabile il giudizio che la Corte dell'Aja ha in proposito formulato (punto 3.1 *c.i.d.*). La Consulta non ha quindi inteso (non apertamente perlomeno) esercitare pressioni affinché la Corte internazionale ammetta di aver commesso un errore e operi un *revirement*.

Il *formale* bersaglio della Corte costituzionale italiana è del tutto inedito e alquanto ambizioso: è la comunità internazionale degli Stati, ovvero la formazione sociale da cui scaturiscono le norme consuetudinarie. Il fatto che la Corte si proponga

espressamente come continuatrice di una tradizione giurisprudenziale italiana di rilievo internazionale – quella che, assieme alla giurisprudenza di altri Paesi come il Belgio e la Francia, si dice abbia provocato la transizione dalla regola dell'immunità assoluta dello Stato straniero a quella dell'immunità ristretta agli *acta iure imperii* – non deve trarre in inganno (punto 3.3 *c.i.d.*). La giurisprudenza dissidente italiana, che la Corte fa risalire ai primi del Novecento (ma vi sono precedenti tardo-ottocenteschi), non ha mai ritenuto se stessa in conflitto con il diritto internazionale vigente: a torto o a ragione, si è sempre rigorosamente espressa in termini di *opinio iuris* (v. GRADONI, "Consuetudine internazionale e caso inconsueto", *Rivista di diritto internazionale*, 2012, pp. 712-714). La Corte costituzionale, invece, nella sua recente sentenza, non esita – e qui sta la profonda cesura – a manifestare un *animus inducendi consuetudinem* (o, se si predilige una connotazione più "naturalistica", una *opinio necessitatis*), il che, per inciso, è inconsueto per un organo il cui compito consiste formalmente nell'accertare il diritto, non nel formulare auspici *de iure condendo*: «Ad essa [Corte] spetta in via esclusiva il compito di assicurare il rispetto della Costituzione ed a maggior ragione dei suoi principi fondamentali e quindi la necessaria valutazione della compatibilità della norma internazionale sull'immunità degli Stati dalla giurisdizione civile di altri Stati con i predetti principi, con l'effetto di produrre un ulteriore ridimensionamento della portata della predetta norma, limitato al diritto interno ma tale da concorrere, altresì, ad un'auspicabile e da più parti auspicata evoluzione dello stesso diritto internazionale» (punto 3.3 *c.i.d.*, *in fine*).

Chissà cosa ne pensano il Parlamento e il Governo italiani, che sembravano felicemente rassegnati davanti alla sentenza di condanna subita all'Aja. Non si può in effetti escludere che questa "estroversa" presa di posizione della Corte costituzionale dia luogo a una frammentazione della posizione italiana in merito all'evolversi del rapporto tra immunità giurisdizionali

dello Stato e tutela dei diritti fondamentali (conflitto da cui, secondo la Draft Conclusion 9.2 recentemente proposta dal relatore speciale Michael Wood nell'ambito dei lavori della Commissione del diritto internazionale sulla rilevazione della consuetudine, dovrebbe discendere la seguente spiacevole conseguenza: «When the organs of the State do not speak with one voice, less weight is to be given to their practice»). A iscriversi nella tradizione della giurisprudenza dissidente italiana è piuttosto la sentenza *Ferrini* della Corte di cassazione, la quale, come è noto, si espresse sul diritto internazionale (a suo avviso) vigente, ancorché in modo un po' avventuroso. La Corte costituzionale, invece, decide – per così dire – *contro il diritto internazionale*. Prende atto che il contenuto di quest'ultimo è quello dichiarato dalla Corte dell'Aja nella sentenza del 3 febbraio 2012, ne accerta il contrasto con i principi fondamentali espressi dalla Costituzione repubblicana, ed esclude infine che l'ordinamento italiano possa aprirsi, per il tramite del trasformatore permanente, al disvalore veicolato dalla norma internazionale. L'apertura potrà pertanto verificarsi solo se il diritto internazionale muterà in senso conforme alle esigenze espresse dalla nostra Carta costituzionale. Ma, evidentemente, il potere di realizzare il cambiamento non appartiene alla Corte internazionale, bensì, almeno in teoria, all'intera *societas* il cui *ius* essa saltuariamente amministra. È ancora possibile, alla luce delle considerazioni che precedono, parlare di «Solange» rispetto al drammatico dissidio tra Consulta e Corte internazionale? Non dovremmo piuttosto vedere quest'ultima come uno spettatore attento ma impotente di un altro scontro, quello tra Consulta e… un "Resto del Mondo" costituito da Stati forse prevalentemente ostili?

Anche questa obiezione è superabile. Se, guardando oltre il dato formale, ci si sofferma sul contenuto delle norme e degli argomenti in gioco – in particolare il *corpus iuris* ampiamente trasversale dei diritti umani – la sensazione di essere al cospetto

di due universi normativi paralleli si affievolisce.

Si consideri quanto segue. Se la Corte costituzionale si fosse occupata di verificare il contenuto della consuetudine internazionale, invece di accettare *d'emblée* il risultato della rilevazione compiuta dalla Corte internazionale di giustizia, a quale conclusione sarebbe giunta? Altrove ho sostenuto, in base a una controanalisi del materiale probatorio pertinente, che la regola consuetudinaria rinvenuta dalla Corte dell'Aja non può ragionevolmente ritenersi esistente, tanto che quest'ultima, come peraltro suggerito da almeno un giudice dissenziente, avrebbe dovuto, una volta constatata la carenza di regole applicabili alla fattispecie, percorrere la via del bilanciamento tra principi in conflitto, *ergo* del giudizio di proporzionalità (GRADONI e TANZI, "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", *La Comunità internazionale*, 2012, p. 203 ss.; e si veda CONFORTI, "The Judgment of the International Court of Justice on the Immunity of Foreign States: A Missed Opportunity", *Italian Yearbook of International Law*, 2012, p. 137, secondo il quale, nella specie, «practice was either contradictory or non-existent»). Ed è quello che ha fatto, con i risultati che sappiamo, la nostra Corte costituzionale: «in un contesto istituzionale contraddistinto dalla centralità dei diritti dell'uomo … la circostanza che per la tutela dei diritti fondamentali delle vittime dei crimini di cui si tratta, ormai risalenti, sia preclusa la verifica giurisdizionale rende del tutto sproporzionato il sacrificio di due principi supremi consegnati nella Costituzione rispetto all'obiettivo di non incidere sull'esercizio della potestà di governo dello Stato [straniero], allorquando quest'ultima si sia espressa, come nella specie, con comportamenti qualificabili e qualificati come crimini di guerra e contro l'umanità, lesivi di diritti inviolabili della persona, in quanto tali estranei all'esercizio legittimo della potestà di governo» (punto 3.4

c.i.d.). L'odierno diritto internazionale non è forse anch'esso «contraddistinto dalla centralità dei diritti dell'uomo»? Non c'è ragione di credere che la Corte internazionale di giustizia respingerebbe un simile asserto.

La Corte costituzionale, nella sentenza in commento, ha affermato che «il diritto al giudice ed a una tutela giurisdizionale effettiva dei diritti inviolabili è sicuramente tra i grandi principi di civiltà giuridica in ogni sistema democratico del nostro tempo» (punto 3.4 *c.i.d.*). Ora, è vero che l'ordinamento internazionale, di cui la Corte dell'Aja è interprete privilegiato, è ben lungi dal costituire un «sistema democratico»; si può tuttavia scommettere che il principale organo giurisdizionale delle Nazioni Unite, cioè di un'organizzazione che si è distinta nel promuovere il rispetto dei diritti umani, respingerebbe nettamente l'ipotesi di un'estraneità di tale ordinamento alla «civiltà giuridica» cui allude la nostra Corte. In fondo, nel 2012, la Corte internazionale di giustizia *avrebbe potuto* dirimere il conflitto tra immunità dello Stato straniero e tutela dei diritti fondamentali nello stesso modo in cui lo ha risolto la Corte costituzionale italiana qualche giorno fa. O quasi.

La Corte internazionale di giustizia ha forse valorizzato troppo un elemento che la Consulta ha invece – a torto, credo – completamente svalutato: la possibilità di una soluzione diplomatica della controversia, eventualmente mediante la stipula di un accordo bilaterale che preveda il risarcimento stragiudiziale delle vittime. Tale soluzione non escluderebbe *in toto* l'operatività del diritto al giudice, il quale si realizzerebbe comunque nella possibilità di contestare l'adeguatezza dei risarcimenti concordati dagli Stati interessati. Qualora la Germania decidesse di adire nuovamente la Corte internazionale di giustizia, questa, rilevato la perdurante inerzia degli Stati in lite rispetto a una soluzione negoziata, un'indolenza che del resto disattende l'auspicio dalla Corte stessa implicitamente formulato (cfr. paragrafi 99-104 della sentenza del 3 febbraio 2012), po-

trebbe individuare un nuovo limite al principio dell'immunità, riaprendo la via ai ricorsi in sede civile, anche al fine di scuotere i due Governi dal loro torpore. Basterebbe un lieve cambio di direzione, forse nemmeno qualificabile come *revirement*, date le mutate circostanze (l'inazione dei governi dal 2012 a tutt'oggi), per abbandonare, in modo più che onorevole, la rotta di collisione.

27 ottobre 2014

Spunti di riflessione sulla sentenza 238/2014 della Corte costituzionale

PASQUALE DE SENA (*)

1. La sentenza 238/2014 della Corte costituzionale è una pronuncia significativa, non solo perché essa si pone in conflitto con la decisione precedentemente resa in argomento dalla Corte internazionale di giustizia (CIG), e con gli orientamenti della giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo in relazione a casi analoghi (da *Al-Adsani* a *Jones*); ma anche perché la sua adozione sigla una tappa decisiva nella strisciante contrapposizione fra potere giudiziario ed esecutivo, che, sin dall'inizio (e cioè, sin dalla sentenza *Ferrini* del 2004), ha caratterizzato la vicenda cui essa si riferisce (sul punto, v. *sub* 2). Molte sono quindi le considerazioni che si potrebbero svolgere. In questa sede, vorrei limitarmi a proporre qualche spunto di riflessione critica su tre aspetti: a) l'effettiva possibilità dell'adozione di una decisione di segno diverso, a fronte degli obblighi discendenti, per l'Italia, dalla sentenza della Corte internazionale di giustizia; b) l'impostazione, data dalla Corte, al rapporto fra Costituzione italiana e diritto internazionale generale; c) l'idoneità dello scenario aperto dalla decisione della

(*) Università Cattolica di Milano.

Corte costituzionale a condizionare eventuali, successive decisioni della Corte internazionale di giustizia.

2. Per quanto concerne il primo punto, conviene qui ricordare l'opinione secondo la quale, al fine di evitare di entrare in conflitto, non solo con la Germania, ma anche con la sentenza della Corte internazionale di giustizia, la Corte costituzionale avrebbe potuto limitarsi ad adottare una pronuncia "monitoria" nei confronti dell'esecutivo, rigettando le questioni di costituzionalità proposte dal Tribunale di Firenze, ma ingiungendo all'esecutivo, in qualche modo, di procedere a un negoziato, volto ad ottenere forme alternative di compensazione dei danni subiti dai ricorrenti, ad opera dello Stato tedesco (così Russo). Si può osservare che tale soluzione avrebbe presentato, perlomeno *prima facie*, una certa ragionevolezza. Oltre ad essere suggerita da esigenze relative ai rapporti internazionali dell'Italia (non solo quelli con lo Stato tedesco, ma anche quelli con le Nazioni Unite), essa avrebbe probabilmente garantito una migliore prospettiva di soddisfazione dei diritti fatti valere dei ricorrenti; diritti, questi ultimi, la cui concreta realizzazione è *ancora oggi*, con ogni probabilità, destinata ad incontrare difficoltà, sia in sede di individuazione dei beni su cui effettuare l'esecuzione, sia in ragione della presumibile, forte resistenza che la Germania opporrebbe (anche) in questa sede. Tralasciando ogni considerazione sulla praticabilità di un simile *modus procedendi* sul piano tecnico, può dirsi che la sua adozione fosse davvero *realistica*? A me pare piuttosto difficile affermarlo, tenuto conto della doppia circostanza, in presenza della quale la sentenza della Corte costituzionale è intervenuta. Mi riferisco alla pronta emanazione, da parte italiana, di una normativa interna per far fronte agli obblighi derivanti dalla sentenza della Corte internazionale di giustizia (finalizzata a bloccare i giudizi interni, e puntualmente dichiarata incostituzionale nella decisione in esame) e alla contemporanea assenza di

un'iniziativa diplomatica, apertamente volta ad ottenere forme alternative di compensazione per gli interessati. Dinanzi alla chiara presa di posizione della Corte costituzionale, nonché alla eventualità di soggiacere a un'ulteriore pronuncia sfavorevole da parte della CIG (*infra*), una siffatta iniziativa potrebbe forse ancora essere intrapresa dal Governo; e ciò, nella prospettiva di pervenire ad un accordo generale di compensazione, fra Italia e Germania, sul presupposto di forme di rinuncia all'esercizio di azioni giurisdizionali da parte degli interessati, in conformità a quanto verificatosi in relazione al caso *Princz* fra Stati Uniti e Germania (sulla vicenda, v. DE VITTOR, "Immunità degli Stati dalla giurisdizione e tutela dei diritti umani fondamentali", *Rivista di diritto internazionale*, 2002, p. 573 ss.; per l'accordo, cfr. *International Legal Materials*, 1996, p. 193). Per quanto un accordo del genere non possa certo paralizzare l'esercizio di un diritto costituzionalmente garantito, quale quello alla tutela giurisdizionale (solennemente affermato nella sentenza 238, di cui costituisce il fulcro; v. anche *sub* 3), neppure da parte di chi decidesse di beneficiarne, esso potrebbe peraltro svuotare di significato concreto il ricorso a tale forma di tutela (depotenziando l'entità delle richieste di risarcimento). D'altra parte, se le compensazioni così disposte risultassero eque ed adeguate, le pretese delle vittime potrebbero dirsi soddisfatte, sia pure per equivalente, in assenza, cioè, di un procedimento di carattere giurisdizionale (sull'assenza di un vero e proprio bilanciamento di interessi nella sentenza della Corte v., però, ancora *sub* 3). Chiudendo sul punto, deve tuttavia riconoscersi che è piuttosto improbabile che la Germania addivenga ad una simile composizione. A differenza che nel caso *Princz*, nel cui ambito alcune *imprese* tedesche rischiavano effettivamente di essere soggette alla giurisdizione statunitense (v. ancora De Vittor, cit.), tale rischio appare inferiore nel nostro caso, per di più dopo la sentenza della CIG, e malgrado la pronuncia della nostra Corte costituzionale; basti pensare alle difficoltà, destinate sicuramen-

te a sorgere in sede di esecuzione (trattandosi, in questo caso, di uno *Stato* straniero), alle quali si è accennato poco sopra, e alla stessa possibilità di provocare un'ulteriore pronuncia della stessa CIG (*infra*, *sub* 4).

3. Passando all'impostazione seguita dalla Corte costituzionale in ordine al rapporto fra Costituzione italiana e diritto internazionale generale, è facile osservare che essa è conforme a ciò che generalmente si sostiene nella letteratura rilevante, e nella stessa giurisprudenza costituzionale, in relazione a vicende del tipo di quella in esame. Nel caso di un conflitto fra discipline di diritto internazionale generale e valori costituzionali fondamentali, attinenti alla stessa identità di fondo del nostro ordinamento costituzionale (nella specie, quelli relativi al rispetto dei diritti inviolabili della persona e alla tutela giurisdizionale effettiva di tali diritti), alle suddette discipline neppure è consentito entrare nell'ordinamento italiano ("dualisticamente" parlando: neppure si formano norme di adattamento aventi il medesimo contenuto di tali discipline, in ragione del meccanismo predisposto dall'articolo 10). In tal modo, la Corte costituzionale dà concreta applicazione, per la prima volta, ad un principio già enunciato nella decisione *Russel* del 1979 (e ribadito nella pronuncia *Baraldini* del 2001), estendendolo però a *qualsiasi* disciplina consuetudinaria, a differenza di quest'ultima decisione, che riteneva applicabile siffatto principio alle sole regole consuetudinarie, successive all'entrata in vigore della Costituzione. Nella pronuncia in esame risulta poi chiaramente affermato che la valutazione relativa all'eventuale conflitto fra regole consuetudinarie e valori costituzionali fondamentali spetta alla Corte costituzionale. Sotto questo specifico profilo, nel rivendicare, cioè, la propria competenza a pronunciarsi in proposito, la Corte resta "in asse", per così dire, con le affermazioni di principio già contenute al riguardo nelle sentenze 348 e 349 del 2007, sia pure ad altro proposito. Essa

tende a distaccarsi, invece, dall'opinione di chi ritiene che la suddetta valutazione spetti a qualsiasi giudice, chiamato a dare applicazione a norme o principi di diritto internazionale generale. Dico «tende», perché, malgrado quanto appena osservato, la possibilità che tale valutazione finisca per essere svolta dal giudice comune (ciò che secondo alcuni era addirittura da considerarsi implicito nell'*obiter dictum* dedicato alla questione nella sentenza *Baraldini*) non pare da escludere del tutto, considerato che essa (valutazione) si configura come preliminare all'applicazione di qualsiasi norma internazionale generale; applicazione che, per l'appunto, è ordinariamente effettuata dal giudice comune.

Altro problema è quello di capire se la Corte, indipendentemente dalla matrice chiaramente "dualistica" della sua impostazione, abbia proceduto a un vero e proprio bilanciamento dei principi costituzionali ritenuti rilevanti, con stretto riferimento al caso concreto. A ben vedere, il bilanciamento fra il principio del rispetto della potestà di governo di uno stato straniero e il diritto di accesso al giudice è tracciato in considerazione della sola *gravità* dei crimini oggetto di giudizio; circostanza, quest'ultima, giudicata insuscettibile di consentire deroghe al diritto alla tutela giurisdizionale, sia pure a fronte delle "ragioni", proprie della regola tradizionale sull'immunità degli Stati. Una valutazione così condotta *non* attesta dunque una *compiuta* adozione dello schema del bilanciamento. Nessun rilievo è stato dato, infatti, nel ragionamento svolto dalla Corte, alla eventualità che la protezione dei diritti dei ricorrenti potesse aver luogo *per equivalente*, attraverso forme di soddisfazione di detti diritti, alternative rispetto a quelle riconducibili a un ricorso giurisdizionale (forme, peraltro, *concretamente insussistenti* nel caso di specie: v. sotto); insomma, la posizione dei ricorrenti è stata valutata con esclusivo riferimento alla circostanza della mancanza di tutela giurisdizionale. Allo stesso modo, nessuna considerazione è stata attribuita, *nell'ambito di*

questa stessa valutazione, all'interesse costituzionalmente protetto, dello Stato italiano, a conformarsi ad un principio dell'ordinamento internazionale, cristallizzato in una sentenza della Corte internazionale di giustizia; e cioè, nella decisione di un'istanza giurisdizionale internazionale, incardinata nell'ordinamento delle Nazioni Unite, la partecipazione al quale è prevista, e coperta, dall'art. 11 della Costituzione. Al di là dell'autonomo rilievo, assunto da tale disposizione nella distinta questione di costituzionalità avente ad oggetto l'art. 94 della Carta delle Nazioni Unite (di cui qui non mi occupo), la sua considerazione avrebbe dovuto trovar spazio, a mio avviso, *anche* nella soluzione della prima questione, ove questa fosse stata - per l'appunto – compiutamente affrontata nella logica del bilanciamento fra principi. Peraltro, è doveroso precisare che seppure tale bilanciamento fosse stato compiutamente articolato, esso, con ogni probabilità, *non* avrebbe potuto condurre a un risultato diverso, *nel caso di specie*; e ciò, non solo in considerazione del rilievo attribuibile al diritto di accesso alla giustizia nel nostro ordinamento costituzionale, ma anche in ragione dell'assenza di strumenti alternativi di compensazione, in grado di offrire una protezione equivalente ai ricorrenti, nell'ordinamento tedesco.

4. Relativamente all'ultimo aspetto da trattare qui, e cioè all'incidenza, sia pure indiretta, della sentenza della Corte costituzionale su un'eventuale, ulteriore pronuncia della Corte internazionale di giustizia, le considerazioni da svolgere sono tutt'altro che agevoli, anche a causa del loro carattere necessariamente "prospettico", visto, tra l'altro, che una simile eventualità potrebbe non verificarsi, se (non tanto plausibilmente, per la verità: v. *supra*) un negoziato fra Italia e Germania conducesse a una ragionevole soddisfazione dei diritti vantati dai ricorrenti, in grado di bloccare i giudizi nei confronti della Germania medesima.

Ipotizzando però che la Corte venga chiamata a pronunciarsi, da parte tedesca, sulla mancata esecuzione della sentenza del 2012 (e che a tal fine sia sufficiente la medesima base giurisdizionale, utilizzata per la prima controversia), ciò non sarebbe facilmente destinato a cambiare i termini di fondo di quest'ultima sentenza. Più esattamente: se è vero che fu proprio la CIG (come ricordato dalla stessa Corte costituzionale italiana) a prefigurare il suddetto negoziato (par. 104 della sentenza), difficilmente, a mio avviso, la constatazione del suo mancato esperimento potrebbe indurla a concludere che l'applicazione della disciplina consuetudinaria in tema di immunità incontrerebbe un limite, in ragione della perdurante mancanza di qualsiasi forma di compensazione per le vittime, conseguente a tale circostanza. In senso contrario rispetto a siffatta possibilità (ventilata da Gradoni, *supra*, p. 195 s.) depone il fatto che il riferimento della CIG al negoziato, viene operato in forma… ottativa (rilevandosi che i due Stati «pourraient» procedere in tal senso), piuttosto che in un'ottica… "Solange". Riconsiderarlo, *sic et simpliciter*, in quest'ultima ottica, equivarrebbe, insomma, da parte dei giudici dell'Aja, a mutare decisamente prospettiva (passando, cioè, dalla prospettiva della ricostruzione di norme a quello dell'individuazione di principi e del loro bilanciamento nel caso concreto), con la conseguenza di porre sostanzialmente nel nulla la propria precedente pronuncia, favorevole alla Germania. Un simile scenario, per quanto astrattamente augurabile sul piano della tutela dei diritti in gioco (basti pensare a quanto sostenuto anche dal sottoscritto, e da Francesca De Vittor, sin dai tempi della sentenza *Ferrini*: DE SENA e DE VITTOR, "State Immunity and Human Rights: The Italian Supreme Court Decision on the *Ferrini* Case", *European Journal of International Law*, 2005, p. 89 ss.), appare dunque piuttosto improbabile. Sempre ammettendo che la Corte sia effettivamente chiamata a intervenire sul caso in questione, mi sembra che essa potrebbe essere indotta a pronun-

ciarsi su un'altra, significativa questione, che pure si connette alla sentenza 238. È del tutto evidente, infatti, che l'inadempimento degli obblighi scaturenti dalla sentenza internazionale del febbraio 2012, che pare costituire la conseguenza necessaria del giudizio costituzionale italiano, pur essendo imposta dall'esigenza di dare attuazione a valori fondamentali della nostra Costituzione, entra in conflitto col tradizionale principio secondo il quale uno Stato non può invocare il proprio ordinamento interno al fine di giustificare un illecito internazionale. Può dirsi però che un simile principio sia destinato a valere, anche quando la violazione sia necessitata, per l'appunto, dal dovere di dare attuazione a principii supremi concernenti la tutela dei diritti fondamentali? Sebbene nulla si desuma a questo proposito, né dalla formulazione dell'art. 32 del Progetto di codificazione della responsabilità degli Stati, né dal relativo commento, una tale questione potrebbe porsi, se solo si pensa alle indicazioni di carattere più generale, ricavabili, in questi ultimi anni, sia dalla giurisprudenza della Corte di giustizia dell'Unione europea, nella ben nota sentenza *Kadi*, sia, più di recente, dalla giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo, nella decisione *Al-Dulimi*. Su dette decisioni (la prima delle quali è stata espressamente citata dalla Corte costituzionale) non è opportuno soffermarsi qui, se non per osservare che nel loro ambito l'obbligo di garantire la realizzazione di diritti fondamentali della persona, previsti dall'ordinamento di riferimento, è stato ritenuto prevalente su doveri imposti da atti esecutivi di obblighi internazionali confliggenti (*Kadi*), ovvero, direttamente prevalente su obblighi internazionali confliggenti (*Al-Dulimi*). Non può negarsi, inoltre, che, da un punto di vista formale, esse differiscono senz'altro dalla decisione della Corte costituzionale, avendo ad oggetto un conflitto fra obblighi internazionali, laddove quest'ultima concerne, invece, un conflitto fra obblighi internazionali e principi costituzionali. Altrettanto innegabile è, però, da un punto di vista sostanziale, che

tutti i giudizi in questione tendono a configurarsi come espressione di una *ratio* comune, costituita, per l'appunto, dall'esigenza di dare attuazione a valori fondamentali degli ordinamenti venuti in rilievo, riguardanti, per l'appunto, la protezione di diritti umani. Né può trascurarsi, con specifico riferimento ai giudizi *Kadi e Al-Dulimi*, che la tendenza da essi espressa è corroborata dalla circostanza che nessuna, rilevante reazione contraria risulta esser stata adottata, né nell'ambito delle Nazioni Unite, né all'esterno dell'organizzazione. Stimolare, ove se ne desse la possibilità, una pronuncia della Corte internazionale di giustizia su questo punto, potrebbe dunque risultare significativo, non solo per la controversia in esame, ma anche, com'è ovvio, per ragioni di carattere più generale.

30 ottobre 2014

Giudizi costituzionali del quinto tipo. Ancora sulla sentenza 238/2014 della Corte costituzionale italiana

LORENZO GRADONI (*)

1. È a tutti noto che la Corte costituzionale italiana giudica sulla legittimità delle leggi e degli atti aventi forza di legge, sui conflitti di attribuzione, sulle accuse promosse contro il Presidente della Repubblica e, infine, sull'ammissibilità delle richieste di *referendum* abrogativo: *quattro* tipi di giudizio. Sotto questo aspetto, la sentenza 238/2014 non sembra comportare difficoltà di classificazione: è un sindacato di legittimità costituzionale, un giudizio del primo tipo. Quale sarebbe, però – in tal caso – la norma oggetto del sindacato?

Forse la regola consuetudinaria accertata dalla Corte internazionale di giustizia con sentenza del 3 febbraio 2012? Impossibile: il pensiero di un simile sindacato urta, tra l'altro, contro il dogma della separazione e dell'«impenetrabilità reciproca» degli ordinamenti (così D'Atena, *Lezioni di diritto costituzionale*[3], Torino, 2012, p. 177). E infatti non pare che la Corte lo abbia compiuto (sebbene alcuni brani della sentenza possano far

(*) Università di Bologna.

pensare il contrario). Forse, allora, la Corte ha valutato, alla luce dei principi fondamentali della Costituzione, la norma interna con cui l'ordinamento italiano si è adattato alla consuetudine internazionale. Anche questa ipotesi è da escludere, perché altrimenti la Corte avrebbe ritenuto fondati i dubbi di costituzionalità che il Tribunale di Firenze (il giudice *a quo*) aveva espresso proprio su tale presunta norma di adattamento, norma che la Corte ha però ritenuto «inesistente», per poi giudicare «infondato» il rilevo del giudice *a quo*. Mistero nel mistero: persuasa dell'inesistenza della norma denunciata dal Tribunale di Firenze, la Corte costituzionale non avrebbe dovuto dichiarare l'ordinanza inammissibile, per mancanza di oggetto, invece di giudicarla infondata? Paradosso nel mistero: ammesso e non concesso che la Corte abbia commesso una "svista", come conciliare ciò che in sostanza appare come un giudizio di inammissibilità con la pretesa, chiaramente espressa dalla Corte, di monopolizzare il sindacato sui conflitti tra consuetudine internazionale e principi fondamentali? È difficile pensare che i tribunali italiani debbano d'ora in poi sentirsi costretti a proporre alla Consulta questioni… potenzialmente inammissibili. Il rompicapo è servito.

2. La soluzione di un rompicapo dipende spesso dalla formulazione di un pensiero "fuori schema", da un *thinking outside the box*, come nel paradigmatico gioco del quadrato dei nove punti. Ciò vale anche per il *casse-tête* proposto dalla sentenza della Corte costituzionale italiana. Se si cerca all'esterno del quadrilatero dei giudizi tipici, è possibile vedere la soluzione delinearsi: quello espresso dalla Corte sul conflitto tra consuetudine internazionale e principi costituzionali imprescindibili è un giudizio atipico. Non è un sindacato di legittimità. E poiché, evidentemente, la sentenza 238/2014 non si occupa di conflitti di attribuzione, di quesiti referendari o di accuse di alto tradimento, è possibile sostenere che la Corte vi abbia

espresso un giudizio del quinto tipo. Qualificazione, questa, che – se corretta – non può che suscitare interrogativi sulla competenza della Corte costituzionale e sul riparto di funzioni tra essa e i giudici ordinari. Vediamo anzitutto perché il nostro caso non sembra ricadere nel perimetro del giudizio di legittimità.

Interstellar, film di fantascienza prodotto e diretto da Christopher Nolan, cerca di mostrare ciò che un essere umano vedrebbe trovandosi in prossimità di un buco nero. Per spingersi oltre il *cliché* del vortice che tutto inghiotte, il regista si è avvalso della collaborazione di scienziati, artisti ed esperti di *computer graphics*, dando vita a un processo creativo a quanto pare articolato e fecondo (raccontato per sommi capi in questo affascinante videoclip). Fatte le dovute distinzioni, l'analogia con il nostro caso tiene: come il cunicolo spazio-temporale del buco nero congiunge regioni del cosmo lontanissime, così l'art. 10, 1° co., Cost. – il "trasformatore permanente" concepito da Tomaso Perassi – mette misteriosamente in comunicazione l'ordinamento italiano con il diritto internazionale; come il *team* selezionato da Christopher Nolan si è sforzato di immaginare un'esperienza visiva inenarrabile, così i giuristi italiani hanno profuso non poco ingegno nella costruzione di modelli normativi capaci di "reggere" l'interazione tra Costituzione e consuetudine internazionale, senza rinunciare agli esigenti vincoli dell'architettonica dualista. Poiché in questa sede sarebbe impossibile rendere conto della varietà e della sottigliezza di tali tentativi, è con beneficio d'inventario che provo a proporne una classificazione tripartita. O meglio bipartita, dove tuttavia la seconda opzione si scinde in due varianti da tenere chiaramente distinte.

Il seguente schema può aiutare a orientarsi nel prosieguo dell'analisi (il senso delle denominazioni si chiarirà strada facendo):

1. Teoria non nomogenetica (selettiva)	2.1. Teoria nomogenetica non selettiva 2.2. Teoria nomogenetica selettiva

Vi è in primo luogo la possibilità (punto 1 dello schema) di interpretare il richiamo alle «norme del diritto internazionale generalmente riconosciute», di cui all'art. 10, 1° comma, Cost., come rinvio mobile (per un'efficace illustrazione di questo modello v. SALERNO, *Diritto internazionale. Principi e norme*[3], Padova, 2013, p. 400; similmente, ma in termini più sintetici, MEZZETTI, *Diritto costituzionale*[9], Milano, 2014, p. 166). L'aspetto essenziale di tale modello consiste nel fatto che esso non comporta la produzione di norme di adattamento: la norma internazionale è applicata esclusivamente in virtù del richiamo operato dall'art. 10, 1° co., Cost., ma è applicata in quanto tale, senza bisogno che il trasformatore permanente ne riproduca il contenuto nell'involucro di norme interne. Che cosa accade in caso di conflitto tra consuetudine internazionale e principi fondamentali? Il rinvio, semplicemente, non opera: la norma internazionale incompatibile si ritiene non richiamata dall'art. 10, 1° co., Cost. In questo senso la tesi non nomogenetica è *selettiva*, e lo è necessariamente.

In alternativa (punti 2.1 e 2.2 dello schema) si può concepire tale disposizione – calcando le nitide orme di Gaetano Morelli – come «norma sulla produzione giuridica, la quale contempla come fatti idonei a creare, modificare o estinguere norme giuridiche nell'ordinamento [interno] quegli stessi fatti (p. es., consuetudine internazionale) a cui l'ordinamento internazionale attribuisce l'idoneità a creare, modificare o estinguere norme internazionali di quella data categoria» (MORELLI, *Nozioni di diritto internazionale*[7], Padova, 1967, pp. 96-97; in termini analoghi, tra i costituzionalisti, BARBERA e FUSARO, *Corso*

di diritto pubblico[7], Bologna, 2012, p. 49; D'ATENA, *op. cit.*, p. 188). Il dispositivo incardinato nell'art. 10, 1° co., Cost. svolge qui una doppia funzione: da un lato innesca la cognizione della norma esterna (*richiamo*); dall'altro produce le norme necessarie ad adeguare il diritto interno alla consuetudine internazionale (*produzione*). Il connubio richiamo-prodizione costituisce il nucleo della teoria nomogenetica, la quale, per quanto qui ci interessa, offre una *diversa* rappresentazione del conflitto tra principi costituzionali fondamentali e norme consuetudinarie internazionali. Sono inoltre due gli scenari che essa è in grado di proiettare. È importante precisarlo perché sono essi a dar forma alle due varianti cui ho accennato.

Secondo una prima variante (punto 2.1), l'art. 10, 1° co., Cost., produce norme di adattamento indipendentemente dal contenuto delle norme consuetudinarie prese in considerazione: la funzione di produzione si attiva anche rispetto a norme internazionali incompatibili con i principi fondamentali della Costituzione. Nell'ordinamento italiano potranno perciò riscontrarsi norme che, prodotte dal trasformatore permanente, dovranno in qualche modo essere espunte: esistenti, quindi, ma invalide (cfr. GUASTINI, *Le fonti del diritto. Fondamenti teorici*, Milano, 2010, pp. 258-259).

Questa è la prospettiva assunta dal Tribunale di Firenze nell'ordinanza del 21 gennaio 2014, dove si ipotizza, come si ricorderà, l'illegittimità costituzionale «della norma prodotta dal nostro ordinamento mediante il recepimento … della consuetudine accertata dalla Corte internazionale di giustizia», un'ipotesi che la Corte costituzionale ha giudicato infondata benché fosse pienamente d'accordo con il giudice *a quo* sull'esistenza di un contrasto tra principi costituzionali irrinunciabili e consuetudine internazionale.

Evidentemente la Consulta non ha condiviso l'impostazione scelta dal giudice remittente. In questo modo, tuttavia – ed ecco un altro aspetto interessante della sentenza in commento – la

Corte costituzione ha mutato indirizzo interpretativo rispetto alla sentenza 48/1979 relativa al caso *Russel*. In quel caso, la Corte affermò che il «vero oggetto del giudizio» non era l'invalidità (ipotizzata dal giudice *a quo*) della legge con cui il Parlamento aveva ordinato l'esecuzione della Convenzione di Vienna sulle immunità diplomatiche, bensì «la compatibilità con gli invocati principi costituzionali, della *norma interna di adeguamento* alla consuetudine internazionale generale» (punto 3 *c.i.d.*, corsivo mio). Il Tribunale di Firenze si era dunque mosso nel solco dell'ortodossia. È la Corte costituzionale ad aver imboccato un'altra direzione. Tra poco vedremo quale. Per ora limitiamoci a osservare che, qualunque sia il corso inaugurato dalla sentenza in commento, la Corte ha fatto bene ad abbandonare l'antico, perché la concezione che lo ispirava è logicamente incoerente. Vediamo perché.

La variante, appena illustrata, secondo cui nel nostro ordinamento si producono norme di adattamento alla consuetudine internazionale indipendentemente dal contenuto di quest'ultima, comporta – lo si è già detto – l'esigenza di procedere alla rimozione delle norme interne in conflitto con i principi fondamentali della Costituzione. Tuttavia – ed è questo l'argomento cruciale – espunta una norma, il meccanismo automatico di adattamento ne produrrebbe immediatamente un'altra identica (e così via, all'infinito). Il rimedio non può consistere nella sola espunzione; ci vuole, in più, l'interruzione del meccanismo di adattamento, un "blocco" del rinvio che impedisca il richiamo di norme consuetudinarie incompatibili con i principi fondamentali. Ma l'interruzione del meccanismo di adattamento non è solo un rimedio necessario; è anche sufficiente. Se opera, infatti – ed è necessario che operi – la norma di adattamento nemmeno si produce (e non ci sarà nulla da espellere). Può ritenersi dunque dimostrato il "teorema" secondo cui un meccanismo automatico di adattamento implica l'impossibilità logica di norme di adattamento incompatibili

con i principi fondamentali della Costituzione. E con ciò possiamo dire addio (*in parte qua*) alla sentenza *Russel*. Non, però, alla teoria nomogenetica, della quale esiste – non dimentichiamolo – una seconda variante.

Ebbene, tale seconda variante (punto 2.2), al pari della tesi del rinvio mobile (punto 1), è compatibile con il teorema appena enunciato. La ragione è presto detta. Essa, a differenza della tesi concorrente, prevede la produzione di norme di adattamento alla consuetudine, solo, però, nel caso in cui le norme internazionali prese in considerazione siano in armonia con i principi fondamentali; in caso contrario – e qui le due tesi rivali invece si rispecchiano – il meccanismo di adattamento selettivamente si arresta.

A questo punto è lecito sospettare che tra le due tesi superstiti – la non nomogenetica (punto 1) e la nomogenetica selettiva (punto 2.2) – vi sia la proverbiale *distinction without a difference*. Dal punto di vista teorico-concettuale, tra le due tesi la differenza, evidentemente, c'è. Chi scrive non è però ancora pronto a difendere fino in fondo la convinzione che la teoria nomogenetica selettiva sia l'unica in grado di rendere adeguatamente conto del funzionamento del meccanismo incardinato nell'art. 10, 1° co., Cost. (per una critica, invece, sempre interessante sebbene sottenda una curiosa ontologia "corpuscolare" della norma, v. PAU, "Le norme del diritto internazionale e le garanzie costituzionali della loro osservanza", *Rivista di diritto internazionale*, 1968, p. 249 ss., spec. pp. 256-257). Come che sia, le due tesi superstiti, benché distinguibili sul piano teorico, sembrano essere equipollenti a tutti gli effetti pratici. L'opzione che la Corte costituzionale ha esercitato emanando la sentenza in commento potrebbe dunque avere, sotto questo aspetto, un rilievo essenzialmente teorico. Ciò detto, che cosa ha scelto la Corte?

3. Dopo aver abbracciato, nel 1979, la tesi nomogenetica

non selettiva (che è fallace ed era quindi da abbandonare: missione compiuta) – e dopo essersi espressa per metafore negli anni successivi (parlando, tipicamente, di «incorporazione» o di «ingresso» e relativi limiti: cfr., ad es., sentenze 15/1996 e 73/2001) – la Corte ha finalmente scelto la tesi non nomogenetica, o del rinvio mobile.

Nonostante l'impiego, stilisticamente inevitabile, di alcune metafore di gusto monista («immissione» della norma internazionale nell'ordinamento italiano, sua «entrata», ecc.), il linguaggio della sentenza in commento lo mostra chiaramente. La Corte scrive di una «applicazione da parte dell'amministrazione e/o del giudice», in virtù del rinvio operato dall'art. 10, 1° co., Cost., di una «una norma di diritto internazionale, dunque esterna all'ordinamento giuridico italiano» (punto 3.1 *c.i.d.*). Il conflitto di tale norma con i principi fondamentali del nostro ordinamento – prosegue la Corte – «esclude l'operatività del rinvio alla norma internazionale» (*ibidem*). Qui, peraltro, la Corte cita una sua precedente pronuncia (311/2009), la quale tuttavia riguardava, nell'ambito di un sindacato avente per parametro l'art. 117, 1° co., Cost., il rinvio alla Convenzione europea dei diritti dell'uomo operato dalla legge contenente il relativo ordine di esecuzione. La conclusione è altrettanto eloquente: «limitatamente alla parte in cui [la norma internazionale] estende l'immunità alle azioni di danni provocati da atti corrispondenti a [crimini internazionali], non opera il rinvio di cui al primo comma dell'art. 10 Cost. Ne consegue che la parte della norma sull'immunità dalla giurisdizione degli Stati che confligge con i predetti principi fondamentali non è entrata nell'ordinamento italiano e non vi spiega, quindi, alcun effetto» (punto 3.5 *c.i.d.*).

Quello appena citato – occorre ora chiedersi – può considerarsi un giudizio di legittimità costituzionale formulato ai sensi dell'art. 134 Cost.? La Corte costituzionale ritiene di sì, forse per essere certa di non travalicare i limiti della propria giurisdi-

zione. Ciò, tuttavia, la costringe a coniare un'affermazione che non mancherà di stupire i cultori della sua giurisprudenza, ove è *costante* che il sindacato di costituzionalità non può avere a oggetto una norma internazionale o europea; e infatti, come è noto, nei casi in cui tali norme entrano in gioco, l'esame si appunta invariabilmente sulle corrispondenti norme interne di adattamento. Ora però la Corte dichiara che «n[on] si può escludere dallo scrutinio di legittimità costituzionale la norma oggetto del rinvio operato dall'art. 10, primo comma, Cost.» (punto 2.1 *c.i.d.*).

Si potrebbe commentare ricordando (con CANNIZZARO, *Diritto internazionale*, Torino, 2012, p. 466) che l'art. 134 Cost. «limita il giudizio di legittimità alle sole leggi e agli atti aventi valore di legge», per cui dovrebbe essere «escluso che una norma consuetudinaria, che è invece un fatto-fonte, possa costituire oggetto di un tale giudizio». A parte ciò – e in termini più radicali – il problema consiste nel fatto che la Corte costituzionale aveva sempre dato per scontata l'insindacabilità di norme appartenenti a un altro ordinamento (cfr. BELLETTI, "Giudizio di legittimità costituzionale sulle leggi e gli atti con forza di legge", in MEZZETTI, BELLETTI, D'ORLANDO e FERIOLI, *La giustizia costituzionale*, Padova, 2007, p. 360). Questo singolare esito è più facile da spiegare che da accettare.

Se si adotta un'impostazione incentrata sul rinvio mobile, come la Corte ha scelto di fare, il punto di appoggio costituto dalla norma interna di adattamento – che nel caso del diritto dell'Unione europea, del diritto concordatario, e del diritto pattizio in genere, permette di svolgere un "normale" sindacato di costituzionalità – viene a mancare (v. tuttavia qui per la tesi – interessante ma non so fino a che punto difendibile – secondo cui, in analogia con il sindacato sulle leggi di esecuzione, il controllo di costituzionalità avrebbe a oggetto lo stesso art. 10, 1° co., Cost., nella misura in cui si crede richiami consuetudini internazionali incompatibili con i principi-cardine dell'ordina-

mento costituzionale). La brutta notizia è che cambiare impostazione teorica sarebbe del tutto inutile, se lo scopo è dissolvere l'aporia.

Da un lato, infatti, la tesi nomogenetica non selettiva (2.1) è da trascurare perché illogica (anch'essa, per la verità, se non si autoescludesse, solleverebbe qualche problema, come segnalò circa mezzo secolo fa GAJA, "Sull'accertamento delle norme internazionali generali da parte della Corte costituzionale", *Rivista di diritto internazionale*, 1968, p. 315 ss., nota 1, il quale era tuttavia ottimista sulla possibilità di estendere l'applicazione dell'art. 134 Cost., alle ineffabili norme di adattamento alla consuetudine internazionale; sulla questione v., di recente, lo scritto di Russo). È chiaro, inoltre, che la seconda variante della medesima tesi, quella selettiva (2.2), è anch'essa incapace di offrire il ricercato punto d'appoggio interno, giacché esclude la produzione di norme di adattamento in conflitto con i principi fondamentali del nostro ordinamento.

L'unica via d'uscita consiste nel considerare il giudizio ultimamente espresso della Corte per quello che è. Un giudizio che, non essendo riconducibile alla categoria del sindacato di costituzionalità delle leggi, degli atti aventi forza di legge o – volendo dare dell'art. 134 Cost. una lettura estensiva – di qualsiasi altra norma di rango almeno legislativo appartenente all'ordinamento italiano, merita la designazione di «giudizio del quinto tipo». Si tratta, nel linguaggio della teoria non nomogenetica accolta dalla Corte, di un giudizio vertente sull'operatività, rispetto a una determinata consuetudine internazionale, del rinvio mobile previsto dall'art. 10, 1° co., Cost. Nei termini della teoria nomogenetica selettiva, che prediligo, ciò equivale – ed è equipollente a fini pratici – a un giudizio sull'esistenza della norma di adattamento corrispondente alla medesima consuetudine internazionale.

4. Dire che tali giudizi sono estranei alla nota tipologia

quadripartita non significa affermare che la Corte costituzionale, formulandoli, agirebbe in un ambito estraneo alla sua giurisdizione. Altrettanto evidente è che il problema della competenza a questo punto non può essere eluso. La Corte, a mio parere, è senz'altro abilitata a esprimere tali giudizi atipici, e ciò in base a *due titoli di competenza*, entrambi impliciti. Questo aspetto può essere messo in luce distinguendo due casi.

Nel primo caso, il giudice remittente manifesta dubbi sulla conformità di una legge (o di un altro atto sindacabile) alla consuetudine internazionale e, di conseguenza, all'art. 10, 1° co., Cost. In questo caso, la competenza a esprimere un giudizio del quinto tipo sussiste poiché la questione dell'esistenza di un conflitto tra consuetudine internazionale e principi fondamentali dell'ordinamento è, rispetto al sindacato di legittimità costituzionale propriamente detto, una semplice *questione preliminare*, che la Corte deve risolvere comunque, anche d'ufficio (in questo senso v., per stretta analogia, la sentenza 348/2007, dove si legge, al punto 4.7 *c.i.d.*, che «[l]'esigenza che le norme che integrano il parametro di costituzionalità siano esse stesse conformi alla Costituzione è assoluta e inderogabile»). In casi del genere, dunque, un giudizio del quinto tipo può essere espresso dalla Corte perché ancillare rispetto a un sindacato di costituzionalità *ex* art. 134 Cost., pur rimanendo da quest'ultimo distinguibile, dato il suo peculiare oggetto (una norma che può e deve essere *messa a confronto* con i principi fondamentali del nostro ordinamento ma non per questo può sensatamente dirsi *sindacabile* sulla stessa base).

Il secondo caso è esemplificato dalla vicenda che ha condotto alla sentenza in commento. Il giudice *a quo* non nutriva alcun dubbio sulla compatibilità delle norme di legge applicabili con l'art. 10, 1° co., Cost.; temeva tuttavia che la consuetudine internazionale che era chiamato ad applicare contrastasse con i principi fondamentali della Costituzione. Questo caso fuoriesce chiaramente dal perimetro del sindacato di legittimità

definito dall'art. 134 Cost. La questione che il giudice remittente deve proporre alla Corte costituzionale – «il rinvio *ex* art. 10, 1° co., Cost. opera o non opera?», oppure «il trasformatore permanente ha prodotto o no una norma di adattamento?» – ha pur sempre *carattere preliminare*, non, però, rispetto a un sindacato di legittimità costituzionale, bensì, *direttamente*, rispetto al giudizio di merito. Se, dunque, la Corte è competente ad accogliere e a risolvere una simile questione, può esserlo solo in virtù di un autonomo titolo giurisdizionale.

Nella sentenza in commento, la Corte ha non solo ritenuto di potersi occupare di tali questioni; essa ha anche dichiarato di volerle sottoporre a un regime di controllo rigidamente monopolistico: «In un sistema accentrato di controllo di costituzionalità, è pacifico che questa verifica di compatibilità spetta alla sola Corte costituzionale, con esclusione di qualsiasi altro giudice» (punto 3.2 *c.i.d.*). Se solo si considera l'altezza "siderale" alla quale si svolge, in casi come questo, l'antagonismo tra norme – da un lato vi sono i principi-cardine del nostro ordinamento, in particolare quelli che tutelano i diritti fondamentali dell'individuo, dall'altro l'importantissimo principio di apertura al diritto internazionale generale, iscritto nell'art. 10 Cost., nonché le norme da esso richiamate, le quali in linea teorica rispecchiano valori largamente condivisi nell'ambito della comunità internazionale – diventa francamente difficile contestare la conclusione della Corte. Il giudice delle leggi non può non essere anche giudice – il solo giudice – di conflitti normativi più rari e drammatici di quelli che la Costituzione affida espressamente alle sue cure. Se, dunque, nel caso da ultimo contemplato (a differenza del precedente), la Corte non è competente a esprimersi mercé l'art. 134 Cost., essa lo è però in virtù di una norma costituzionale *inespressa* (cfr. ancora GUASTINI, *op. cit.*, pp. 418-419) che la felice "invenzione" dei controlimiti ha finito per portare in superficie.

5. Un'ultima osservazione. Sin qui in dottrina è prevalsa la tesi secondo cui – anche a causa dei limiti che l'art. 134 Cost. sembra porre alla competenza della Corte – l'esame della compatibilità della consuetudine internazionale con i principi-cardine del nostro ordinamento e l'eventuale "disapplicazione" della prima spettassero in linea di principio, secondo un modello di sindacato diffuso, ai giudici ordinari (cfr., *ex multis*, CONFORTI, *Diritto internazionale*[5], 1999, p. 308; GUASTINI, *op. cit.*, p. 460; FOCARELLI, *Diritto internazionale, I. Il sistema degli Stati e i valori comuni dell'umanità*[2], Padova, 2012, p. 287). Questa tesi, nella misura in cui era dettata da comprensibili dubbi sulla competenza della Corte costituzionale a svolgere un simile esame, può essere abbandonata. È appena il caso di notare che, come in ogni procedimento che contempla la possibilità di un giudizio incidentale, i giudici ordinari restano comunque liberi di… non avere dubbi sulla congruenza tra singole norme consuetudinarie internazionali e principi fondamentali (salvo che un conflitto non sia già stato accertato dalla Consulta). La Corte costituzionale, a sua volta, potrebbe rinunciare alla finzione del sindacato di legittimità costituzionale, essendo essa senz'altro abilitata a emettere giudizi del quinto tipo.

6. Concludo enunciando per punti le tesi qui difese.

I. La teoria nomogenetica non selettiva, che la Corte costituzionale utilizzò nella sentenza *Russel* (n. 48/1979) per inquadrare il conflitto tra norme consuetudinarie internazionali e principi fondamentali della Costituzione, è inficiata da un vizio logico. Vale infatti il seguente teorema: un meccanismo automatico di adattamento implica l'impossibilità logica di norme di adattamento incompatibili con i principi fondamentali della Costituzione.

II. Con la sentenza in commento la Corte costituzionale ha opportunamente abbandonato la vecchia teoria per aderire alla teoria non nomogenetica, la quale, in termini pratici, sembra

essere equipollente alla teoria nomogenetica selettiva.

III. Nella sentenza in commento, la Corte costituzionale, pur non ammettendolo, ha espresso un giudizio non riconducibile ai quattro tipi canonici di giudizio costituzionale. In particolare, non si può dire che abbia compiuto un sindacato di costituzionalità *ex* art. 134 Cost.

IV. Tale giudizio, qui denominato «giudizio del quinto tipo», verte sull'operatività, rispetto a una norma consuetudinaria internazionale *n*, del rinvio mobile previsto dall'art. 10, 1° co., Cost., oppure, nel linguaggio della teoria nomogenetica selettiva, sull'esistenza della norma di adattamento relativa a *n*. Il rinvio è operativo (o la norma di adattamento si produce ed esiste) se e solo se *n* è compatibile con i principi fondamentali della Costituzione.

V. La Corte costituzionale è competente a esprimere giudizi del quinto tipo. Il fondamento di tale competenza varia a seconda della questione che il giudice remittente le sottopone.

VI. Quando la Corte costituzionale è chiamata a pronunciarsi sulla compatibilità di una legge o di un atto avente forza di legge con l'art. 10, 1° co., Cost., la sua competenza a esprimere un giudizio del quinto tipo trova fondamento nell'art. 134 Cost. La Corte, mediante tale giudizio, altro non fa che risolvere una questione preliminare all'esercizio del sindacato di legittimità costituzionale.

VII. Quando, come nel caso di specie, il giudice *a quo* ipotizza esclusivamente l'esistenza di un conflitto tra consuetudine internazionale e principi fondamentali della Costituzione – e si fuoriesce pertanto dal perimetro dell'art. 134 Cost. – la competenza della Corte costituzionale a esprimere un giudizio del quinto tipo trova fondamento in una norma costituzionale inespressa.

10 novembre 2014

«Il non-essere non è e non può essere»: brevi note a margine della sentenza 238/2014 della Corte costituzionale rispetto all'adattamento dell'ordinamento italiano al diritto internazionale consuetudinario

MARCO LONGOBARDO (*)

La sentenza 238/2014 della Corte costituzionale e i commenti di Lorenzo Gradoni (*supra*, p. 183 ss.) e Pasquale De Sena (*supra*, p. 197 ss.) sono preziose occasioni di riflessione circa i modi con cui l'ordinamento italiano si adatta a quello internazionale e, soprattutto, alle norme consuetudinarie. Queste brevi considerazioni si limiteranno a una prima disamina del ragionamento della Corte costituzionale relativamente alla norma consuetudinaria dell'immunità degli Stati dalla giurisdizione straniera.

(*) Università di Roma «Sapienza».

Benché nel dispositivo la Corte dichiari non fondata la questione di legittimità costituzionale della norma prodotta nel nostro ordinamento mediante il recepimento della consuetudine internazionale sull'immunità degli Stati (par. 3), la motivazione della sentenza appare fortemente innovativa, in quanto per la prima volta la Consulta giudica una norma internazionale consuetudinaria in contrasto con i principi fondamentali della nostra Costituzione. In sostanza, nel dispositivo, "il trucco c'è ma non si vede" e si trova nell'inciso secondo cui la questione è non fondata «nei sensi di cui in motivazione».

Occorre rilevare che la Corte costituzionale ha ritenuto la norma sull'immunità degli Stati dalla giurisdizione straniera, come ricostruita dalla sentenza della Corte internazionale di giustizia del 3 febbraio 2012, in insanabile antinomia con il principio personalistico della nostra Costituzione, e in specie con il diritto di accesso alla giustizia. Come ricostruito da Gradoni, la Consulta, dal proprio punto di vista di Giudice delle leggi dell'ordinamento italiano, si è però rifiutata di entrare nel merito della ricostruzione che i giudici dell'Aja hanno fatto dell'immunità degli Stati e della sua (mancata) interferenza con il divieto di commissione di crimini internazionali, seguendo in questo l'impostazione delle ordinanze di rimessione del Tribunale di Firenze (le nn. 84, 85 e 113 del 21 gennaio 2014). La Consulta, più semplicemente, ha utilizzato gli strumenti a lei propri, e cioè la tutela dei diritti dell'individuo in un'ottica di giudice interno, dimostrandosi tuttavia non dimentica delle forme di tutela internazionali.

Il primo problema riguarda l'esistenza nel nostro ordinamento dell'oggetto del giudizio di costituzionalità e cioè della norma sull'immunità degli Stati riprodotta dal trasformatore permanente dell'art. 10, 1° co., nel nostro ordinamento. Solo rinvenuto l'oggetto del giudizio di costituzionalità, la Corte avrebbe potuto vagliare la sua legittimità rispetto al parametro di riferimento, consistente per le norme prodotte dall'art. 10,

1° co., nei soli principi fondamentali dell'ordinamento italiano. La Corte costituzionale per fare ciò si è ritenuta competente a vagliare la legittimità costituzionale delle norme di adattamento alla consuetudine, nonostante esse non siano formalmente ricomprese nell'elencazione dell'art. 134 Cost. (*c.i.d.*, punto 2.1).

A questo punto, la Corte costituzionale si è preoccupata di qualificare il diritto d'accesso alla giustizia quale principio fondamentale dell'ordinamento costituzionale, e lo ha fatto ritenendo l'art. 2 Cost. la base giuridica sostanziale del diritto in esame, riservando all'art. 24 i connessi profili processuali (*c.i.d.*, punto 3.4).

Di seguito, la Corte ha negato qualsiasi possibilità di bilanciamento fra il diritto d'accesso alla giustizia (di cui, appunto agli articoli 2 e 24 Cost.) e la norma consuetudinaria prodottasi nel nostro ordinamento (*c.i.d.*, punto 3.4), che gode pure sempre di un rango paracostituzionale in quanto immessa dall'art. 10, 1° co., a sua volta espressione di un principio fondamentale (sul rango delle norme riprodotte dall'art. 10, 1° co., vedi TREVES, *Diritto internazionale. Problemi fondamentali*, Milano, 2005, p. 662 s.; CANNIZZARO, *Corso di diritto internazionale*, Milano, 2011, p. 458; CONFORTI, *Diritto internazionale*[10], Napoli, 2014, p. 347 s.). Come ha fatto notare De Sena, il tentativo di bilanciamento operato dalla Corte costituzionale è stato fatto unicamente sulla base della gravità dei crimini commessi, senza quindi valutare la possibilità di una soddisfazione per equivalente, pur prospettata in dottrina (*c.i.d.*, punto 3.4).

Così ragionando, la Corte costituzionale ha preparato il lettore a una declaratoria di incostituzionalità della norma prodotta dall'art. 10, 1° co., in merito all'immunità degli Stati. Nella motivazione, infatti, la Consulta ha sostenuto che: a) è competente a giudicare sulla stessa in quanto rientrante nel dettato dell'art. 134 Cost.; b) il dubbio di costituzionalità riguarda il diritto di accesso alla giustizia, principio fondamentale dell'ordinamento costituzionale e quindi parametro idoneo di

costituzionalità della norma prodotta nel nostro ordinamento *ex* art. 10, 1° co.; c) il diritto di accesso alla giustizia non può in nessun caso entrare in bilanciamento con la norma dell'immunità degli Stati nella parte in cui essa vale anche allorché siano commessi crimini internazionali.

Visto questo incalzante iter logico-giuridico, è in qualche maniera sorprendente la decisione della Consulta di giudicare il conflitto inesistente, atteso che l'art. 10, 1° co., non avrebbe permesso l'ingresso nel nostro ordinamento della «parte» (*c.i.d.*, punto 3.5, testuale) di norma consuetudinaria riguardante l'immunità degli Stati nel caso di commissione di crimini internazionale. Tale "porzione" di norma consuetudinaria appare inesistente nel nostro ordinamento e pertanto non può porsi in contrasto con il diritto di accesso alla giustizia. Da qui, il titolo di questo commento e il richiamo a Parmenide.

Qualche conclusione può essere comunque tratta. La prima è che in questo caso non si può parlare di incostituzionalità della norma consuetudinaria: sarebbe forse più opportuno parlare di "anticostituzionalità", al fine di esprimere pienamente il dissidio ontologico che vi sarebbe fra i valori fondativi dell'ordinamento italiano e la regola dell'immunità degli Stati, nel caso in cui questa impedisca alle vittime di crimini internazionali di accedere alla giustizia. Sembra però che la Corte costituzionale non abbia cercato fino in fondo di operare un bilanciamento fra i valori costituzionali in gioco, possibile solo una volta riconosciuto l'ingresso nel nostro ordinamento di una determinata norma: se si esclude questo presupposto, la norma non esiste nel nostro ordinamento e, quindi, non può essere bilanciata con principi di pari grado.

Ci sembra inoltre che la Corte costituzionale non abbia preso in esame un elemento decisivo delle ordinanze di rimessione. Il giudice *a quo* ha infatti limitato il giudizio di costituzionalità alla sola giurisdizione di cognizione, ritenendo quella di esecuzione non incompatibile col dettato costituzionale, in quanto a

protezione di interessi vitali dello Stato straniero, strettamente connessi al concetto di sovranità (Tribunale Firenze, ordinanza n. 84, p. 15). Anche per la Convenzione di New York del 2004 sull'immunità degli Stati i due campi di giurisdizione possono essere esaminati separatamente: in base all'art. 20, infatti, il consenso all'esercizio della giurisdizione di cognizione non importa automaticamente l'accettazione di quella di esecuzione.

La Consulta avrebbe potuto quindi valorizzare questo elemento, nel senso di ritenere che, a seguito di un bilanciamento di interessi fra l'accesso alla giustizia e la tutela della sovranità straniera, solo la giurisdizione di cognizione è permessa al giudice italiano, e non anche quella di esecuzione. Tale statuizione non sarebbe stata in contrasto con alcune forme di tutela proprie del diritto internazionale che, benché in circostanze diverse, ritengono il mero accertamento della responsabilità quale sufficiente riparazione (si pensi solo alle Commissioni di verità e riconciliazione). Così facendo, la Consulta avrebbe evitato al contempo la "corsa" al giudice italiano da parte di tutti gli eredi delle vittime naziste, motivo di preoccupazione concreta per la Germania al tempo della sentenza *Ferrini*; senza infatti la prospettiva di una soddisfazione pecuniaria, molte azioni di questo tipo non verrebbero proposte.

In realtà, sarà probabilmente la giurisprudenza di merito e di legittimità a stabilire se la pronuncia della Corte costituzionale riguarda solo la giurisdizione di cognizione o anche quella di esecuzione. La Consulta è formalmente vincolata dal principio di corrispondenza fra chiesto e pronunciato (legge 11 marzo 1953, n. 87, art. 27), e ciò deporrebbe nel senso di ritenere la sua sentenza relativa alla sola giurisdizione di cognizione, secondo il *thema decidendum* delimitato dal giudice *a quo* nelle ordinanze. Occorre però osservare che la giurisprudenza costituzionale si è spesso discostata da detto principio (vedi RUGGERI e SPADARO, *Lineamenti di giustizia costituzionale*[4], Torino, 2009, p. 210 ss.) e pertanto spetterà alla giurisprudenza

comune definire la portata della sentenza della Consulta. Dai toni usati nella decisione, sembrerebbe però che il contrasto riguardi l'accesso alla giustizia rispetto a qualsiasi tipo di giurisdizione. Per evitare simili incertezze, la Consulta avrebbe potuto approfondire questo passaggio, applicando lo strumento del bilanciamento, magari ritenendo in contrasto con i principi fondamentali l'immunità sello Stato dalla giurisdizione straniera cognitiva, ma affermando la perdurante validità dell'immunità dall'esecuzione: così facendo, vi sarebbe stato un proporzionato e parziale sacrificio reciproco degli interessi costituzionali in gioco (accesso alla giustizia esecutiva da un lato, regola consuetudinaria sull'immunità della giurisdizione di cognizione dall'altro), proprio di un'operazione di bilanciamento. La giurisprudenza comune, inoltre, non sarebbe stata chiamata a risolvere da sola il dubbio in esame, che potrebbe portare anche a una nuova ordinanza di rimessione relativa alla sola giurisdizione di esecuzione.

In conclusione, la sentenza in esame ci sembra avere il pregio di avere messo in dubbio, benché indirettamente, le risultanze del caso *Germania* c. *Italia*, facendo leva sulla tutela costituzionale del diritto d'accesso alla giustizia e abbandonando la propria giurisprudenza circa il prevelare delle norme consuetudinarie anteriori alla Costituzione, anche rispetto ai principi fondamentali dell'ordinamento italiano (cfr. Corte costituzionale, sentenza 48/1979). Le coraggiose argomentazioni della Corte però, soprattutto rispetto al meccanismo di cui all'art. 10, 1° co., Cost., e alla mancata distinzione fra giurisdizione di cognizione e di esecuzione, ci sembrano non sempre convincenti. Sarà in futuro interessante studiare il modo in cui reagiranno la Germania e la Comunità internazionale in generale, nonché le ricadute applicative della decisione nelle corti italiane.

10 novembre 2014

Norme internazionali generali e principi costituzionali fondamentali, fra giudice costituzionale e giudice comune

PASQUALE DE SENA (*)

1. La sentenza 238/2014 della Corte costituzionale è una decisione estremamente complessa. In questo breve intervento, vorrei limitarmi, anche per rispondere al secondo intervento di Lorenzo Gradoni (*supra*, p. 206 ss.), a sviluppare qualche considerazione sui punti seguenti: a) la possibilità di pervenire ad una diversa soluzione in ordine al contrasto fra norme internazionali generali e principi fondamentali ordinamento costituzionale italiano; b) l'eventuale opportunità di una tale, diversa soluzione sia sul piano metodologico, sia sul piano dei rapporti fra giudice costituzionale e giudice comune.

2. Per sviluppare il primo punto, vorrei anzitutto ricordare due circostanze che possono risultare banali.

La prima circostanza concerne il diritto internazionale ge-

(*) Università Cattolica di Milano. Questo scritto, originariamente comparso su SIDIBlog, è stato in seguito pubblicato, in una versione leggermente modificata, in *Diritti dell'uomo. Cronache e battaglie*, 2014, p. 267 ss. Qui si riproduce quest'ultima versione, con alcuni adattamenti.

nerale, cui si riferisce l'art. 10. Quest'ultimo, in quanto diritto non scritto, non può che essere concretamente (ri)costruito dall'operatore giuridico, in particolare dal giudice. Ciò significa che, in assenza di un testo normativo – se si vuole, in assenza di una *disposizione* – è il giudice che, per definizione, ricava direttamente la norma dalla prassi sociale, rilevante per la fattispecie oggetto del suo giudizio. Nel far questo, egli esercita un ruolo creativo, forse anche più creativo rispetto al caso in cui si trovi, per l'appunto, ad interpretare, *stricto sensu*, disposizioni (sempre al fine di trarne norme). Rileggendo in tale ottica l'art. 10, si può allora affermare che fra i suoi significati rientri quello di *abilitare* l'operatore giuridico interno – *in primis*, il giudice – a regolare le fattispecie che ad esso si presentino, tramite la ricostruzione e l'applicazione di norme ricavabili dal diritto internazionale generale ("dualisticamente" parlando: tramite la ricostruzione e l'applicazione di norme interne di contenuto corrispondente a quelle ricavabili dall'ordinamento internazionale).

La seconda circostanza riguarda invece il modo di configurarsi del giudizio di legittimità costituzionale nell'ordinamento italiano. Sia in ragione del suo carattere incidentale, sia in considerazione dell'esperienza concreta che sinora ne è stata fatta, si ritiene, oramai pacificamente, che tale giudizio abbia ad oggetto *norme* (sul punto, con particolare chiarezza, RUGGERI e SPADARO, *Lineamenti di giustizia costituzionale*[5], Torino, 2014, p. 93 ss.). Ciò è quanto si ricava, in particolare, dalla prassi delle sentenze interpretative, di rigetto e di accoglimento; sentenze, queste ultime, che presuppongono, per l'appunto, che da una singola disposizione risultino scorporabili più norme, corrispondenti ad altrettante interpretazioni di detta disposizione, compatibili (rigetto) o incompatibili (accoglimento) con la Costituzione.

Ebbene, è proprio alla luce di tali circostanze che la soluzione scelta dalla Corte costituzionale nella sentenza 238/2014 – secondo la quale norme internazionali contrastanti con prin-

cipi fondamentali della Costituzione *neppure* sono destinate ad entrare nel nostro ordinamento – mi sembra *non* essere l'unica possibile. Nella decisione 238/2014, pare, infatti, darsi per scontato che l'eventuale presenza nel nostro ordinamento di norme internazionali di tal genere sia radicalmente – ed irriducibilmente – contraddittoria col meccanismo stesso dell'art. 10, il quale, in una simile eventualità, finirebbe per introdurre (o riprodurre) nel nostro ordinamento norme… incostituzionali, conferendo loro, per di più, rango… costituzionale. Di qui l'idea (non nuova e piuttosto diffusa) che, in simili ipotesi, una questione di costituzionalità, *stricto sensu*, *neppure* sarebbe configurabile; e di qui la conclusione, in base alla quale la questione di costituzionalità proposta dal giudice di Firenze deve ritenersi *non fondata*, pur affermandosi la competenza della Corte a verificare l'esistenza del suddetto contrasto (*non fondata*, si badi bene, e non *inammissibile* – malgrado la mancanza di oggetto – proprio per evidenti ragioni di coerenza con tale affermazione).

Se si tiene presente, però, che il giudizio di costituzionalità ha ad oggetto norme, e se si aggiunge che queste ultime, allorché promanino da fonti consuetudinarie, finiscono per essere direttamente ricostruite, ed applicate, da un giudice, non si vede perché esso (giudizio) non possa aver luogo. Non si vede perché, in altri termini, tali norme, ancorché, in ipotesi, incostituzionali, non possano considerarsi presenti nel nostro ordinamento, sulla base del meccanismo di cui all'art. 10, e, dunque, passibili di esserne espunte (ove le si consideri "nazionalizzate", per effetto di tale meccanismo: v. qui sotto). Verrebbe anzi da osservare che, in relazione a norme di questo genere, siffatto meccanismo (comunque lo si configuri teoricamente) non potrebbe che operare in modo *non* "selettivo", e che la loro contrarietà rispetto a principi fondamentali della Costituzione, lungi dal risultare predeterminabile *in astratto* (come si fa a dire, per esempio, che la norma consuetudinaria internazionale in

tema di immunità degli Stati dalla giurisdizione sia, *di per sé*, contraria alla Costituzione?), non può che misurarsi *in concreto*, nel vivo, cioè, della ricostruzione operatane dal giudice, nella prospettiva della loro applicazione.

3. Ma quali conseguenze si sarebbero potute trarre dall'opinione sopra esposta, con specifico riguardo alla questione risolta dalla Corte costituzionale? A quale esito, in altri termini, quest'ultima sarebbe potuta pervenire, ove l'art. 10 fosse stato letto nei termini qui appena abbozzati?

Se si resta nell'ottica della necessità di un giudizio della Corte, la risposta mi pare piuttosto agevole, nel caso concreto. Una simile impostazione avrebbe condotto all'accoglimento della questione di costituzionalità della norma di diritto internazionale, così come ricostruita dal giudice di Firenze; vale a dire, in quanto norma (di adattamento alla norma internazionale) implicante l'immunità dalla giurisdizione italiana di uno Stato straniero (anche) in relazione a una domanda di risarcimento dei danni derivanti da crimini internazionali. Più esattamente, così configurandosi, la decisione della Corte avrebbe assunto la forma di una sentenza interpretativa di accoglimento, non già di una sentenza interpretativa di rigetto, come alcuni tendono a configurarla (Lieto). In senso contrario rispetto a tale eventualità, non mi parrebbe sufficiente appellarsi alla circostanza che le norme consuetudinarie, in quanto promananti da un fatto-fonte, non rientrerebbero nella categoria di quelle passibili di un giudizio di costituzionalità. Se è vero che tale giudizio ha, di regola, ad oggetto norme, e se si accede all'idea che le norme consuetudinarie, così come ricostruite dal giudice, risulterebbero "nazionalizzate", per effetto del meccanismo dell'art. 10 (secondo una visione "produttivistica" o "nomogenetica" di quest'ultimo), una simile obiezione rivestirebbe un sapore inevitabilmente formalistico.

Neppure, d'altra parte, potrebbe sostenersi che l'art. 10, nel

conferire rango costituzionale alle norme internazionali generali, renderebbe inconcepibile un giudizio di costituzionalità sulle medesime. Anche ad attestarsi sull'idea che le norme ricostruite dal giudice in virtù dell'art. 10, siano, per l'appunto, dotate di rango costituzionale (*contra*, fra gli altri, SORRENTINO, *Corte costituzionale e Corte di giustizia delle Comunità europee*, Milano, 1970, vol. I, p. 10 ss., e GUASTINI, *Le fonti del diritto. Fondamenti teorici*, Milano 2010, p. 455 ss., secondo i quali l'art. 10 della Costituzione non attribuirebbe a tali norme un rango propriamente costituzionale, consentendo, semmai, di configurarle come parametri di costituzionalità di norme di rango legislativo), la possibilità di sottoporle a un giudizio di costituzionalità non sembra incontrare ostacoli, ove si consideri che la Corte costituzionale è pervenuta ad ammetterla (seppure non prevista dall'art. 134 della Costituzione) per le leggi di revisione costituzionale e per le altre leggi costituzionali, proprio con riferimento ai principi di fondo dell'ordinamento costituzionale (sentenza 1146/1988).

Chiudendo sul punto, osservo poi che una sentenza interpretativa, di accoglimento della questione di costituzionalità prospettata dal giudice di Firenze, avrebbe definitivamente espunto dall'ordinamento la norma internazionale sull'immunità degli Stati, *nel senso attribuitole da tale giudice*; in quanto idonea, cioè, ad impedire l'esercizio della giurisdizione italiana, (anche) in relazione ad azioni di risarcimento di danni derivanti da crimini internazionali. È appena il caso di sottolineare, infatti, che, al pari di qualsiasi decisione di incostituzionalità, essa avrebbe vincolato qualsiasi giudice, in ipotesi chiamato a pronunciarsi su una fattispecie implicante l'applicazione di una simile norma, col risultato di bloccare – con riferimento a quest'ultima – il funzionamento del meccanismo predisposto dall'art. 10.

4. Ciò detto, può concludersi che la prospettiva qui delinea-

ta sarebbe stata preferibile, rispetto a quella scelta dalla Corte?

Sotto il profilo metodologico, la sua adozione sarebbe stata coerente, a mio avviso, con la circostanza di cui si è già detto; e cioè, con il fatto (emergente, del resto, dalla stessa decisione 238/2014) che la contrarietà a principi costituzionali fondamentali di una norma internazionale generale non è astrattamente predeterminabile, essendo invece destinata ad emergere in concreto, in sede di ricostruzione della medesima… *per effetto* dell'operare del meccanismo di cui all'art. 10. D'altra parte, l'adozione di tale prospettiva avrebbe evitato (in conformità alla regola… del rasoio di Occam) di dar vita a quella che appare in effetti una figura atipica di giudizio costituzionale (Gradoni, *supra*, p. 206 ss.), col risultato di vincolare, *sul piano formale e senz'alcun dubbio,* qualsiasi giudice. Inoltre, e sempre sul piano metodologico, essa (prospettiva) avrebbe forse favorito una più distesa e compiuta articolazione del bilanciamento fra valori costituzionali in conflitto (ivi compresi, quelli derivanti dall'ordinamento internazionale), in linea con quanto normalmente si verifica in un qualsiasi giudizio di costituzionalità, avente ad oggetto *norme presenti* nel nostro ordinamento, e a prescindere dagli esiti di tale operazione nel caso in esame (sul punto, v. De Sena, *supra*, p. 197 ss.).

5. Ma *quid* sul piano pratico, particolarmente sul piano dei rapporti fra giudice costituzionale e giudice comune? A questo riguardo, le considerazioni da svolgere sono più sfumate. Non vi è dubbio che la sentenza 238/2014 fornisca, in proposito, un segnale che può risultare ambivalente (com'è *oggettivamente* dimostrato dall'ampia discussione che essa ha provocato), se si considera, come si è già detto, che la Corte, pur dichiarando *non fondata* la questione di costituzionalità sollevata dal Tribunale di Firenze – in ragione del mancato ingresso della norma oggetto del giudizio nell'ordinamento italiano – non manca di affermare la propria competenza ad occuparsi del contrasto fra

diritto internazionale generale e principi fondamentali della Costituzione.

Come dovrà allora comportarsi un giudice comune, in un caso simile? Dovrà egli chiedere l'intervento della Corte, in via "pregiudiziale" rispetto alla ricostruzione e all'applicazione di qualsiasi norma internazionale generale, ogni qual volta un dubbio insorga in proposito? O dovrà procedere, piuttosto, ad una propria valutazione preliminare, volta a comporre il suddetto contrasto (ove possibile), limitandosi a provocare l'intervento della Corte, solo nelle ipotesi in cui il contrasto risulti inevitabile?

Com'è chiaro, la *prima* variante indicata implicherebbe due conseguenze: per un verso, un potenziale, notevole ampliamento del ruolo della Corte costituzionale, nel quadro della stessa ricostruzione di norme internazionali generali, a scapito del giudice comune; per altro verso, il rischio (connesso) di un potenziale rallentamento dell'adattamento del nostro ordinamento al diritto internazionale generale, sia pure in proporzioni minori di quelle che, notoriamente, avrebbero potuto riguardare le norme comunitarie, prima della sentenza *Granital*; molti meno essendo infatti i casi di applicazione di norme internazionali generali.

In relazione alla *seconda* variante, può osservarsi che affidare al giudice comune la valutazione della effettiva portata del conflitto fra norme generali e principi fondamentali della Costituzione, al fine di provocare un eventuale intervento della Corte, significherebbe, evidentemente, riconoscergli un significativo margine interpretativo; margine, quest'ultimo, che, pur avvicinando il ruolo di detto giudice a quello riconosciutogli in ampia parte della letteratura (secondo la quale dovrebbe, per l'appunto, essere quest'ultimo, a disapplicare le norme internazionali generali in contrasto con principi fondamentali della Costituzione), potrebbe tuttavia risultare dissonante rispetto alla competenza rivendicata dalla Corte in argomento. Anzi, se

fosse questo lo scenario aperto dalla decisione 238/2014, si potrebbe dire che detta decisione – al di là delle apparenze – risulterebbe ascrivibile, in realtà, al *genus* della dottrina dell'interpretazione conforme a Costituzione (per tutti, D'Atena). A tale dottrina, che parte dal presupposto secondo cui «l'applicazione della Costituzione non costituisce appannaggio (pressoché) esclusivo della Corte costituzionale» (*ibidem*, p. 12 s.), ma anche dei giudici comuni, sono senz'altro riconducibili – è appena il caso di ricordarlo – le sentenze "gemelle" rese dalla Corte nel 2007.

Ora, è chiaro che, a fronte delle questioni appena indicate, la scelta della prospettiva alternativa, abbozzata poco sopra, sarebbe risultata semplificatrice. A parte l'obbligo del giudice *a quo*, e di qualsiasi altro giudice, di conformarsi a tale pronuncia (v. *supra*), essa avrebbe senza dubbio comportato, per il giudice comune, l'esigenza di prospettare una questione di costituzionalità della norma internazionale "incriminata", ogni qual volta egli avesse nutrito il dubbio di un contrasto fra norme internazionali e principi costituzionali fondamentali. Al pari, però, di quanto poco sopra ipotizzato con riferimento al primo dei due scenari potenzialmente aperti dalla decisione 238/2014, siffatta prospettiva avrebbe inoltre determinato, sia un potenziale ampliamento del ruolo del giudice costituzionale ai fini della stessa ricostruzione di norme internazionali generali, sia un potenziale rallentamento dell'adattamento dell'ordinamento italiano a norme di diritto internazionale generale. Non vi è dubbio, infatti, che la prassi delle sentenze interpretative di accoglimento, implichi, come si è già detto, l'imputazione "esclusiva", in capo alla Corte costituzionale, del compito di offrire un'interpretazione costituzionalmente orientata delle norme dell'ordinamento italiano, sottraendo tale compito al giudice comune, con le conseguenze appena ricordate (particolarmente per ciò che attiene alla ricostruzione del diritto consuetudinario). Se si ritiene, però (come io stesso ritengo), che anche in re-

lazione al contrasto fra norme internazionali generali e principi fondamentali sia opportuno lasciare spazio al giudice comune, e se si ritiene altresì (ciò che mi sembra più incerto) che tale spazio sia compatibile con la sentenza 238/2014 – essendo verosimile il secondo dei due scenari delineati – l'impostazione scelta da tale decisione appare preferibile.

17 novembre 2014

Un giudizio mostruoso. Nuove istantanee della sentenza 238/2014 della Corte costituzionale italiana

LORENZO GRADONI (*)

1. La mostruosità può predicarsi anche di qualcosa che si ammira. In questo senso la sentenza 238/2014 mi è parsa mostruosa e non ho esitato a scriverlo, due volte su SIDIBlog (qui e qui; cfr. *supra*, p. 183 ss. e p. 206 ss.) e ancora nel *Forum di Quaderni Costituzionali*. Sin dall'inizio la decisione ha suscitato anche reazioni di segno opposto (v., in particolare, Fontanelli). Uscendo come mai prima allo scoperto su un tema delicato e controverso come quello del rapporto tra ordinamento italiano e «norme del diritto internazionale generalmente riconosciute», era prevedibile che la Corte costituzionale contrariasse qualcuno.

Com'era inevitabile che lo "schiaffo" al «principale organo giurisdizionale delle Nazioni Unite» turbasse e il nomofilattico e il diplomatico sensibile alla ragion di Stato (due anime che convivono litigiosamente nella psicologia di molti internazionalisti, me compreso). Non mi aspettavo però – e mi attendevo

(*) Università di Bologna.

ancor meno da chi ha firmato un'intransigente critica della sentenza contro cui sono scattati i controlimiti (GRADONI e TANZI, "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", *La Comunità internazionale*, 2012, p. 203 ss.) – che si giungesse a imputare alla Consulta un contributo all'indebolimento della legalità internazionale e dei suoi presidi giurisdizionali, compresi quelli dediti alla tutela dei diritti fondamentali, un «sistemico sostegno alla tendenza a comportamenti unilateralistici di potenze di più alto calibro», persino un incoraggiamento alle «riserve dei paesi islamici» miranti a far salva «la Sharia» contro i diritti dell'uomo, nonché un agire in controtempo rispetto a un Governo che si qualificherebbe come campione della legalità «su svariati fronti» (Tanzi).

Leggendo altri interventi recenti scopro – questa volta con sgomento – di aver apprezzato una sentenza che dovrebbe destare, invece, «grandissima preoccupazione», perché ha per effetto «quello di propugnare… la anarchia assoluta». Una pronuncia in cui si pretende che «il diritto di sovranità prevalga su tutto», e che nello stesso tempo comprime elitariamente la sovranità popolare, avendo il popolo italiano in qualche modo concorso con gli altri alla formazione della norma generale che la Corte ha respinto. Una Corte «arrogante», quindi, che esclude una norma comune alle umane genti «in nome di un interesse nazionale» (*sic*), che usa l'«arbitrio come parametro», tanto che poi non potremmo lamentarci se «con pari arbitrio … i nostri soldati vengono tenuti in galera» (Guarino). Credo che l'autore di questa cupa invettiva sbagli a dire, di se stesso, «io con la metafisica poco mi acconcio» (p. 12). Non mi pare ne sia esente la bella idea che i popoli, in un'epoca di crisi della democrazia a livello nazionale, recuperino prerogative come artefici del diritto internazionale generale, salvo esser offesi da una sentenza. Credo che egli ecceda in modestia quando dice di vo-

lersi limitare a «due parole sommessamente banali» (p. 11). L'idea secondo cui la dottrina dei controlimiti è veicolo di «un interesse nazionale» è del tutto nuova, sebbene l'autore cerchi di attribuirla anche ad altri. Originale è anche la tesi secondo cui con la sentenza 238/2014 si sarebbe compiuto il tentativo di imporre «i nostri valori» all'umanità intera, mentre mi pare che la Corte costituzionale abbia espresso un punto di vista dichiaratamente *particolare*, seppure utilizzando un linguaggio, quello dei diritti umani, che può facilitare l'instaurazione di un dialogo con centri decisionali esterni al nostro ordinamento, in primo luogo la Corte internazionale di giustizia, la cui autorità nella sfera internazionale è esaltata nella sentenza in commento (e ulteriormente rafforzata dalla recente adesione dell'Italia alla "clausola opzionale"). Sorprendente è anche la pretesa – non saprei sino a che punto conciliabile con la tesi precedente – che la Corte costituzionale non rinunci ad accertare essa stessa il diritto internazionale non scritto, offrendone una lettura alternativa rispetto a quella accolta dalla Corte dell'Aja. Insomma, alla Consulta si contesta una *hýbris* nazionalistica e universalizzante, cioè imperialistica – che io francamente non vedo – per poi suggerirle di mettersi a dire, magari la prossima volta, il "vero" diritto internazionale, rischiando evidentemente di apparire… alquanto imperialista.

Queste letture rafforzano la mia convinzione che la sentenza 238/2014 sia, effettivamente, mostruosa, in senso buono: resto convinto che possa incidere positivamente anche sull'evolversi del ruolo della Corte internazionale di giustizia, che ora è ufficialmente coinvolta nella rete di rapporti intersistemici «Solange», attraverso cui transitano non solo moniti, ma anche decisioni di temporanea chiusura, senza le quali tali moniti perderebbero credibilità e significato (per una valutazione positiva della sentenza sotto analoghi profili v. Guazzarotti e Dickmann e, in termini "prognostici", Pavoni).

2. Nei miei precedenti interventi ho ritratto la sentenza 238/2014 da diverse angolazioni, non ultima quella "interna", propria della giustizia costituzionale, cercando sempre la luce migliore. È tuttavia possibile che io abbia scattato, data la scarsa dimestichezza con lo strumento, l'istantanea di un «giudizio mostruoso», nell'accezione, certamente non positiva, che compare in un apprezzato trattato breve: un giudizio aberrante, sanzionabile con l'esercizio di un diritto di resistenza da parte dei giudici e dei cittadini (RUGGERI e SPADARO, *Lineamenti di giustizia costituzionale*[5], Torino, 2014, p. 15). Ma il "mostro" è solo nella pellicola – fuor di metafora: nella mia immaginazione – o anche nella… realtà?

Per Antonio Ruggeri, autore, oltre che dei *Lineamenti*, di un denso commento alla sentenza 238/2014, la mostruosità è imputabile alla mia inquadratura: «Secondo un'altra tesi ancora [la mia (*N.d.A.*)] (che invero lascia alquanto perplessi), la Corte non avrebbe qui svolto un sindacato sulle leggi, *ex* art. 134 cost., ma avrebbe esercitato una competenza nuova, di "quinto tipo". Se così davvero fosse, avrebbe dato vita ad un atto mostruoso, nullo-inesistente, come tale non provvisto della "copertura" di cui all'art. 137, ult. c., cost.» (p. 4, nota 14).

Una parte consistente del commento firmato da Ruggeri è però dedicata a una serrata critica (non della mia ricostruzione, ci mancherebbe, ma) della pronuncia stessa, critica da cui risulta che, per l'illustre autore come per me, *i conti non tornano*: «ci dice la Corte [che] la norma di adattamento in realtà non c'è; il giudizio, però, può aversi ugualmente, così come si è avuto nella odierna circostanza, ma appunto su una norma... *inesistente*. Perché il vero è – dichiara la Corte – che, ogni qualvolta una norma di diritto internazionale non scritto risulti incompatibile coi principi fondamentali dell'ordine costituzionale, la norma di adattamento non si produce e, non producendosi, non può essere dichiarata invalida, con la conseguenza che la norma internazionale di riferimento non può trovare, né ha mai

trovato, ingresso in ambito interno. Se, però, così stanno le cose, su cosa poggia il giudizio della Corte? La questione, insomma, avrebbe dovuto essere dichiarata *inammissibile*, non già – come invece è stato – *infondata*» (p. 3; per vedere sino a che punto Ruggeri ed io siamo d'accordo cfr. i primi due capoversi del mio secondo intervento, riprodotto *supra*, p. 206 ss.).

E i conti, per quanto ci si sforzi, non possono tornare, se si ragiona nel perimetro del giudizio di costituzionalità. Salvo che, beninteso, non si voglia mettere in discussione la scelta – chiaramente compiuta dalla Corte nella sentenza del 22 ottobre scorso – di caratterizzare il meccanismo di adattamento del nostro ordinamento alla consuetudine internazionale nei termini di un rinvio mobile, senza creazione di norme interne di adattamento («teoria non nomogenetica»: cfr. *supra*, p. 212). In questo modo, tuttavia, si abbandonerebbe il terreno della descrizione dei contenuti della sentenza per assumere invece un atteggiamento critico: scelta più che legittima (quella di Ruggeri), da non confondersi però con un tentativo di ricostruzione (il mio). Insomma la mostruosità, se c'è, non dipende dalla mia insolita inquadratura, ma è nella sentenza stessa. Continuo tuttavia a pensare che quest'ultima sia mostruosa in senso buono.

Vi sono anzitutto alcune critiche che la Corte, a mio avviso, non merita. Non mi pare si possa dire, in particolare, che il giudizio verta su una norma «inesistente» (v., in questo senso, anche Leone). La norma esiste eccome, tanto che è stata… accertata dalla Corte dell'Aja! L'oggetto del giudizio è, chiaramente, *una norma internazionale*. Ed è proprio per questo che non si può parlare (in termini descrittivi) di un classico giudizio di costituzionalità, il quale per definizione *non* può concernere la *validità* di una norma estranea al nostro ordinamento. Ruggeri si chiede: «ma se la norma di adattamento non si produce, su cosa mai può svolgersi il sindacato della Corte», «su cosa poggia»? (pp. 2, 6). Il punto è che la Corte, nella sentenza in commento, non svolge un sindacato: valuta se il contenuto del-

la norma internazionale – che essa non può sindacare ma *conoscere* certamente sì – consente ovvero inibisce il rinvio di cui all'art. 10, 1° co., Cost. Insomma, delle due l'una: o si contesta l'adesione della Corte alla teoria non nomogenetica selettiva, o si accetta che il giudice costituzionale – quando, come nella specie, sottopone una consuetudine internazionale al *test* dei controlimiti – esprime un giudizio atipico, che è tale proprio perché non necessita di alcuna norma di "appoggio" interna. E i conti, finalmente, tornano. A un prezzo – me ne rendo conto – che il mio interlocutore non sembra disposto ad accettare. Mi auguro però sinceramente che le considerazioni che seguono lo convincano a proseguire il dibattito.

L'idea di un giudizio del quinto tipo può apparire stravagante, forse anche a causa dell'etichetta fantascientifica che ho inopinatamente scelto per incuriosire il lettore, e comunque deve esserlo a tal punto che Giancarlo Guarino, nel recente scritto già menzionato, ha pensato di deriderla, credo bonariamente (p. 11, il lettore non vi cerchi il mio nome, che non è citato). Ciò nonostante, mi sembra di poter dire che Guarino, suo malgrado, aderisca alla mia tesi. Egli infatti afferma – giustamente – che la Consulta «non può decidere sulla legittimità costituzionale della norma internazionale» (p. 8). E lo ribadisce spesso e con forza, ipotizzando che la Corte abbia agito «sulla base di una sorta di *estoppel*», un lemma che l'autore, fuorviando tutti coloro il cui pensiero correrebbe alla nota figura della *law of evidence*, impiega, pare, nel senso di un divieto d'accesso opposto alla norma internazionale: «*estoppel*, ripeto, non dichiarazione di incostituzionalità» (p. 12). Se dunque non si tratta di un giudizio del primo tipo, e nemmeno di giudizi vertenti su conflitti di attribuzione (*due…*), referendum abrogativi (*…tre…*) o accuse di alto tradimento (*…quattro*), anche per Guarino si è al cospetto di un giudizio atipico, o del quinto tipo, solo che lui preferisce chiamarlo… *estoppel*. Dubito però che l'adesione di Guarino, per quanto qualificata, basti a con-

vincere Ruggeri. Ci proverò quindi partendo da una battuta, serissima, attribuita a Zhou Enlai.

«La rivoluzione francese? Troppo presto per formulare un giudizio!», pare abbia risposto l'*ex*-Primo ministro della Repubblica popolare cinese a un allibito interlocutore. Non è mia intenzione attribuire qualità rivoluzionarie alla sentenza in commento, al contrario. Nel parallelo che vorrei suggerire, la (piccola) rivoluzione è rappresentata dalla dottrina dei controlimiti. Adombrata intorno alla metà degli anni Sessanta, nella sentenza 98/1965, dove la Corte costituzionale si soffermò sul problema dell'equivalenza tra le tutele giurisdizionali apprestate dall'ordinamento comunitario e il principio scandito dall'art. 24 Cost., la dottrina è stata compiutamente enunciata nella prima metà degli anni Settanta, soprattutto quale contrappeso al riconoscimento del primato del diritto comunitario (sentenza 183/1973), prima di essere estesa, sul finire di quel decennio, al delicato rapporto del dettato costituzionale con le «norme del diritto internazionale generalmente riconosciute» (sentenza 48/1979), e quindi ribadita, precisata (sentenza 170/1984) e "sperimentata" (sentenza 232/1989), anzitutto rispetto alle norme concordatarie (sentenza 18/1982), nel corso degli anni Ottanta (tra i commentatori della sentenza 238/2014 ripercorrono questa storia Passaglia e Faraguna). La sentenza in commento rappresenta dunque il frutto, provvisorio, di una lunga vicenda storica, che nel caso di specie peraltro si intreccia con un altro travagliato percorso, quello della ricostruzione delle complesse proprietà del trasformatore permanente ideato da Tomaso Perassi nel 1947. Lo spirito creativo del giudice costituzionale non è assente da questa vicenda; ne scandisce anzi gli snodi principali: se il giudizio atipico contenuto nella sentenza in commento è «mostruoso», che dire delle mirabilia di *Granital*? Si è inoltre sempre trattato, oggi come allora, di una creatività misurata: come l'idea dei controlimiti può dirsi coerente e feconda – e, proprio perché tale, non del tutto prevedibile negli

esiti – così la formulazione di un giudizio atipico può forse ritenersi in armonia con il compito che la Costituzione affida alla Corte costituzionale. Per questa ragione eviterei l'espressione «competenza nuova», che Ruggeri mi attribuisce, per parlare invece, come ho fatto nel mio precedente contributo, di un «giudizio nuovo», ricadente *per analogia*, ma direi persino *a fortiori*, considerato il livello altissimo del conflitto normativo da dirimere, nella giurisdizione esclusiva della Corte costituzionale.

3. Ciò detto, mi rendo conto che non si deve essere misoneisti per sentirsi turbati da *qualcosa* che sembra scuotere le pareti dell'art. 134 Cost. Pasquale De Sena, nel suo secondo intervento (*supra*, p. 226 ss.), ha opportunamente evocato il rasoio di Occam, ed è stato perciò deriso da Giancarlo Guarino, bonariamente credo (*op. cit.*, pp. 11 e 12, ma il lettore non vi cerchi il nome di De Sena, che non è citato). «*Entia non sunt multiplicanda praeter necessitatem*», recita la massima. Ora, vi sono due modi di liquidare quell'imbarazzante *ens* teorico da me battezzato «giudizio del quinto tipo»: o si lascia ai giudici ordinari il compito di esprimere tali giudizi – il che appare poco consigliabile alla luce della delicatezza del compito – o si preconizza un (nuovo) mutamento della giurisprudenza costituzionale circa il modo di operare del trasformatore permanente. Ed è in quest'ultima direzione che De Sena brandisce la *novacula*.

Lui ed io concordiamo che la particolare interpretazione dell'art. 10, 1° co., Cost., offerta dalla Corte costituzionale nella sentenza in commento, dà luogo a un giudizio atipico. A differenza di me, tuttavia, ritiene (criticamente) che la Corte avrebbe potuto e dovuto ragionare in altro modo: se il giudice delle leggi fosse rimasto fedele alla caratterizzazione del trasformatore permanente abbozzata nella sua precedente sentenza *Russel* (48/1979), non vi sarebbe stato il bisogno di esprimere un giu-

dizio atipico, per la semplice ragione che il sindacato avrebbe potuto appuntarsi su una norma interna: la norma di adattamento prodotta *ex* art. 10, 1° co., Cost., *a prescindere* dal conflitto tra consuetudine internazionale e principi fondamentali. Una possibile soluzione consisterebbe dunque nel tornare alla teoria nomogenetica *non selettiva*, mentre la Corte ha decisamente virato verso un'impostazione «non nomogenetica», e selettiva (Giancarlo Guarino, *op. cit.*, p. 11, mi deride, bonariamente credo, anche per questa terminologia, con la quale ho voluto solo sintetizzare, per comodità espositiva, i termini di un dibattito ultrasessantennale).

Nel mio precedente intervento ho sostenuto che questa via deve ritenersi preclusa a causa di un vizio logico che intaccherebbe la teoria nomogenetica non selettiva. L'argomento, in sintesi, era il seguente. Espunta la norma di adattamento che ha fallito il *test* dei controlimiti, il trasformatore permanente ne produrrebbe subito un'altra identica. Il rimedio non potrebbe quindi consistere nella sola estromissione; bisognerebbe, in più, bloccare il rinvio alle norme consuetudinarie incompatibili con i principi fondamentali. Tale blocco, tuttavia, è un rimedio non solo necessario ma anche sufficiente: inibendo la formazione della norma di adattamento, esso rende futile l'operazione di espulsione. A ciò Pasquale De Sena oppone un controargomento convincente che mi induce, se non ad abbandonare, almeno a sfumare i termini della mia tesi.

Secondo De Sena, è possibile interrompere il ricorrente formarsi della norma di adattamento anche tenendo ferma un'impostazione non selettiva. A bloccare il meccanismo interverrebbe, infatti, la pronuncia di incostituzionalità, in quanto efficace *erga omnes*. A quel punto nessun giudice ordinario potrebbe ritenere operante il rinvio *ex* art. 10, 1° co., Cost., rispetto alla norma internazionale speculare a quella, interna, dichiarata illegittima. Bene. Ciò nonostante, resto convinto che un'impostazione selettiva, come quella prescelta dalla Corte co-

stituzionale nella sentenza in commento, resti preferibile.

In primo luogo perché – e qui sono io ad avere il rasoio in mano – la teoria selettiva evita l'andirivieni (ingresso-presenza-espulsione) di norme che sono *ab initio* incompatibili con i principi fondamentali dell'ordinamento. In secondo luogo perché l'impostazione non selettiva, pur sopprimendo l'imbarazzante giudizio del quinto tipo, produce anch'essa i suoi… *entia*, meno eclatanti, certo, ma comunque difficili da ricondurre al "canone". Nel già citato commento alla sentenza 238/2014, Antonio Ruggeri ha notato come la Corte «spost[i] l'obiettivo dagli *atti* alle *norme* … aggiungendo all'elenco (tassativo...) contenuto nell'art. 134 cost. altresì *norme* non risultanti da leggi o altri atti, in ispecie la norma di adattamento … ad una norma consuetudinaria della Comunità internazionale» (p. 2). Proprio così: la Corte ha di fatto *interpolato* la parola «norma» nel disposto dell'art. 134 Cost. (cfr. punto 2.1 *c.i.d.*). È vero, come De Sena ricorda, che il giudizio di costituzionalità «ha, di regola, ad oggetto norme». Ma è altrettanto vero che tali norme, canonicamente, sono quelle che si ricavano dall'interpretazione degli *atti* contemplati dall'art. 134 Cost. Un secondo "ente inconsueto" emerge poi dal tentativo di arrestare l'incessante produzione di norme incompatibili con i principi supremi del nostro ordinamento (il contro-argomento poco fa ricordato). Per ottenere il blocco, bisogna, infatti, postulare che la declaratoria di incostituzionalità abbia non solo l'effetto di caducare la norma illegittima, ma anche quello – non contemplato – di inibire selettivamente il rinvio predisposto dall'art. 10, 1° co., Cost. Accettando io l'idea di un giudizio atipico, non posso certo dirmi turbato da questi piccoli aggiustamenti. Li segnalo al solo scopo di evidenziare che, *qualsiasi sia l'impostazione prescelta*, il meccanismo automatico di adattamento ideato da Perassi, coniugato con la dottrina dei controlimiti – e con l'esigenza di procedere a un controllo di costituzionalità accentrato – spinge inevitabilmente la Corte a eccede-

re o a deformare i limiti dell'art. 134 Cost.

Appurato che Pasquale De Sena ed io ci serviamo dallo stesso… barbiere (cfr., ancora, Guarino, *op. cit.*, p. 11), il solo motivo per cui la mia impostazione è forse preferibile alla sua è che la Corte ha ormai adottato un approccio selettivo; a meno che non vi siano buone ragioni per suggerire al giudice costituzionale di fare marcia indietro. Si dà il caso che De Sena ne individui una. L'argomento è complesso (v. *supra*, p. 229 s.). Provo a riassumerlo per punti: i) in genere, l'esistenza di un conflitto tra una norma consuetudinaria internazionale e i principi costituzionali fondamentali «non è astrattamente predeterminabile» (non si può sostenere, ad esempio, che la norma sull'immunità degli Stati stranieri dalla giurisdizione «sia, di per sé, contraria alla Costituzione»), ma deve piuttosto «misurarsi in concreto»; ii) tali norme devono dunque in linea di principio ritenersi integralmente ammesse a far parte del nostro ordinamento, secondo un'impostazione non selettiva; iii) la quale sola permetterebbe, o quantomeno favorirebbe, la formulazione di giudizi alla luce di «una più compiuta articolazione del bilanciamento fra valori costituzionali in conflitto (ivi compresi, quelli derivanti dall'ordinamento internazionale)».

Qui di seguito cercherò di dimostrare – stringendo l'inquadratura proprio sul bilanciamento e ripercorrendone le fasi iniziali alla moviola – che, per quanto l'esito della ponderazione compiuta dalla Corte possa non piacere, esso non dipende dalla teoria selettiva accolta dal giudice costituzionale (nel senso che il "mancato ingresso" della norma internazionale avrebbe invece inciso sulle caratteristiche del bilanciamento si esprime anche Longobardo, *supra*, p. 220 ss.). L'indagine sul bilanciamento istigata dall'obiezione di De Sena permette inoltre di scoprire altri lati interessanti della sentenza *monstre*.

4. Prima di mostrare i due (soli) "fotogrammi" che ho scelto, è bene precisare che l'analisi che ne faccio si serve della di-

cotomia regole/principi formulata da Ronald Dworkin in un celebre saggio degli anni Sessanta (DWORKIN, "The Model of Rules", *University of Chicago Law Review*, 1967-68, p. 14 ss.), ripresa e sviluppata da numerosi autori, Robert Alexy in particolare (ALEXY, *Teoria dei diritti fondamentali* [1986], Bologna, 2012), e ordinariamente associata alla distinzione tra sussunzione, che è l'operazione logica richiesta dalla regola, e bilanciamento, che è il termine con cui si suole denotare un ragionamento "a base di principi" (ALEXY, "On Balancing and Subsumption. A Structural Comparison", *Ratio Juris*, 2003, p. 433 ss.). Mi servirò di questo modello analitico *standard* consapevole del fatto che esso non riscuote un consenso unanime, specialmente tra i teorici dei diritto (cfr., da ultimo, ÁVILA, *Teoria dei principi*, Torino, 2014, con *Prologo* di Guastini, p. IX ss.), raramente compare nello strumentario dell'internazionalista, ma è sapientemente sfruttato nella letteratura costituzionalistica (v., per limitarsi a un riferimento recente, MORRONE, *Il bilanciamento nello stato costituzionale. Teorie e prassi delle tecniche di giudizio nei conflitti tra diritti e interessi costituzionali*, Torino, 2014).

Primo fotogramma. – La Corte annuncia di voler compiere «una verifica di compatibilità, nel caso concreto, che garantisca l'intangibilità di principi fondamentali dell'ordinamento interno ovvero ne riduca al minimo il sacrificio» (punto 3.1 *c.i.d.*). In questo esordio bisogna mettere a fuoco, a parte il naturale riferimento alla concretezza del giudizio, il cenno apparentemente contraddittorio alla possibilità che un principio fondamentale, di cui la Corte stessa predica l'*intangibilità*, patisca un sacrificio.

Da ciò si ricava un'utile indicazione circa l'uso che la Corte fa del termine «principio fondamentale». L'espressione è riferita all'enunciazione astratta del principio – «Tutti possono agire in giudizio per la tutela dei propri diritti e degli interessi legittimi» (art. 24, 1° co., Cost.) – e non, invece, al suo nucleo inde-

rogabile. Sappiamo, infatti, che il diritto al giudice può soccombere, se il suo esercizio collide con altre esigenze espresse dal caso concreto e tutelate dall'ordinamento. Intangibile non è dunque il principio fondamentale *in quanto tale*, in tutta la sua (astratta) estensione, quanto piuttosto il suo nucleo essenziale. In cosa consisterebbe, dunque, la peculiarità di un principio fondamentale?

Scrivendo di uno «*ius cogens* interno», Filippo Fontanelli mi ha fatto pensare alla possibilità di trasporre, al caso di specie, un'ipotesi da me formulata per delucidare il senso che la nozione di «diritto imperativo» assume nel discorso sul conflitto tra diritti umani e immunità sul piano internazionale. Tale ipotesi (GRADONI e TANZI, *op. cit.*, pp. 209-210) distingue due tipi di bilanciamento, a seconda che tra i principi messi a confronto ve ne sia, oppure no, uno preminente (fondamentale, supremo ecc.). Lo scopo indicato da un tale principio – proprio perché il principio è fondamentale – deve *in ultima analisi* realizzarsi, seppure con il minor sacrificio possibile del principio antagonista: se esistono alternative che comportano un sacrificio inferiore o nullo (ad esempio, il ricorso ai tribunali dello Stato straniero), la misura che mira a realizzare il principio fondamentale (il disconoscimento dell'immunità) è illegittima; se invece di alternative non ve sono, o ne mancano di migliori, la misura è senz'altro legittima. Nel diverso caso in cui, tra i principi in gioco, non vi sia disparità di rango (nessuno dei due è fondamentale o lo sono entrambi), è invece concepibile – ed è questo il secondo tipo di bilanciamento – che uno dei principi soccomba anche in mancanza di misure alternative atte a realizzarlo: potrebbe infatti darsi che, *nel caso concreto*, tutte le misure capaci di raggiungere lo scopo indicato da un principio si traducano in un sacrificio sproporzionato dell'altro principio.

Ora, poiché la Corte costituzionale ascrive al diritto al giudice, specie se funzionale alla tutela dei diritti umani, la qualità di principio supremo dell'ordinamento, mentre pare che la ne-

ghi al principio di apertura al diritto internazionale – forse a causa della natura prevalentemente *formale* di quest'ultimo, ossia della sua indipendenza dal contenuto delle norme che potrebbero beneficiare di tale apertura – applicando la classificazione sopra delineata, si può dire che la Consulta ha compiuto un bilanciamento del primo tipo. Nelle particolari circostanze del caso – costituite dall'estrema gravità della lesione arrecata ai diritti fondamentali e soprattutto dal vano esperimento di tutte le forme di tutela giurisdizionale alternative all'intervento dei tribunali italiani – l'esito del bilanciamento poteva dunque ritenersi scontato. Sul punto tornerò brevemente in seguito.

Secondo fotogramma. – È qui che la norma oggetto della «verifica di compatibilità» entra in scena ma lo fa in modo fugace e… in compagnia di un'altra norma, con cui non deve essere confusa. Occorre quindi prestare attenzione. Oggetto della verifica è la «norma internazionale sull'immunità degli Stati dalla giurisdizione civile degli altri Stati, così come interpretata dalla CIG [Corte internazionale di giustizia (*N.d.A.*)]» (punto 3.1 *c.i.d.*).

La Corte costituzionale – questo il primo punto da cogliere – attribuisce alla Corte dell'Aja una *interpretazione* della norma internazionale sull'immunità. L'affermazione è da prendere *cum grano salis*, perché il giudice internazionale ha offerto la propria qualificata lettura, non di una norma, bensì di un complesso di fatti storici dal quale ha creduto di poter evincere una consuetudine. La norma consuetudinaria accertata dalla Corte internazionale è una *regola* (non un principio), che può essere così formulata: «uno Stato è immune dalla giurisdizione di un altro Stato per fatti commessi dalle proprie forze armate sul territorio dello Stato del foro nel contesto di un conflitto armato, ancorché tali fatti siano qualificabili come crimini internazionali» (paragrafi 65 ss.). La chiameremo R_{cig}, per indicare sinteticamente la sua natura di regola (*R*), il giudice che l'ha accertata (*cig*) e, col carattere maiuscolo, l'origine internazionale della

norma.

Sotto tale regola il giudice internazionale ha legittimamente sussunto il caso che la Germania le aveva proposto e poiché era alle prese con una regola, sarebbe fuori luogo accusarlo di "omesso bilanciamento": il ragionamento svolto dalla Corte dell'Aja è, sotto questo aspetto, internamente coerente. Coerente ma, per chi scrive, infondato, poiché premette un accertamento del diritto non scritto svolto in modo perlomeno opinabile (GRADONI e TANZI, *op. cit.*). È mia modesta opinione che R_{cig} non esista, fatto sta che la Corte internazionale la pensa in un altro modo. Quanto alla nostra Corte costituzionale, essa ritiene che le sia precluso ripetere ed eventualmente correggere l'accertamento compiuto in occasione della lite italotedesca. Ciò non significa che essa condivida l'opinione della Corte dell'Aja sull'attuale contenuto del diritto internazionale generale. Il nostro giudice, sul punto, rinuncia a esprimersi (R_{cc} è ignoto), aderendo a una sorta di principio di divisione del lavoro tra sé e il giudice internazionale.

R_{cig} deve essere raffrontata – afferma la Corte – «con un principio fondamentale del nostro ordinamento costituzionale quale il diritto al giudice (art. 24), congiuntamente al principio posto a tutela di diritti fondamentali della persona (art. 2)» (sentenza 238/2014, punto 3.1 *c.i.d.*). Poiché nel caso di specie i due principi operano, per così dire, di concerto – nel senso che la violazione di diritti fondamentali rafforza l'esigenza di prestare tutela giurisdizionale (così Lieto) – è possibile considerarli unitariamente, come antagonista unico dell'immunità, indicandoli con il simbolo $p_{2\text{-}24}$, dove p esprime la natura della norma in questione, che è appunto un principio, i numeri in pedice le disposizioni costituzionali di riferimento, il carattere minuscolo l'appartenenza della norma al diritto interno.

Come si opera tale raffronto? La Corte comincia a elaborare una risposta nello stesso capoverso: «la possibilità della verifica di compatibilità resta intatta comunque, anche tra norme –

come nella specie – entrambe di rango costituzionale, il bilanciamento rientrando tra "le ordinarie operazioni cui questa Corte è chiamata in tutti i giudizi di sua competenza" [qui la Corte si autocita (*N.d.A.*)]» (*ibidem*). I controlimiti ostano all'applicazione di R_{cig} nel nostro ordinamento? Dipende dal risultato del *bilanciamento* che la Corte si accinge a compiere. Non è però R_{cig} a "entrare" nel bilanciamento. Una regola, d'altronde, non vi si presta: se il caso rientra nel suo ambito di applicazione, essa semplicemente lo risolve. Una regola non è fattore bensì risultato del bilanciamento.

Qual è dunque la norma che farà da contrappeso a $p_{2\text{-}24}$? Sappiamo che è anch'essa una norma «di rango costituzionale». A questo punto – e sempre attendendoci alle parole della Corte – non è difficile ipotizzare che si tratti della «norma internazionale sull'immunità degli Stati dalla giurisdizione civile degli altri Stati», come richiamata dall'art. 10, 1° co., Cost., e non – attenzione – «*come interpretata dalla CIG*». Per le ragioni appena illustrate, R_{cig}, che è una regola, non può giocare questo ruolo. La norma che la Corte ammette al bilanciamento, come antagonista di $p_{2\text{-}24}$, è (non potrebbe non essere) anch'essa un principio, non interno, evidentemente, ma appartenente al diritto internazionale non scritto: lo chiameremo dunque P_i, che sta per principio (internazionale) di immunità.

Qui il ragionamento della Corte è *doppiamente entimematico*, nel senso che cela ben due premesse di grande interesse. In primo luogo, la Corte presuppone che P_i sia di per sé compatibile con i principi fondamentali del nostro ordinamento e che sia perciò captato dal rinvio mobile operato dall'art. 10, 1° co., Cost. In altre parole, mentre P_i è senz'altro ammesso a interagire con l'ordinamento italiano, R_{cig} resta esclusa *pendente bilanciamento*.

La seconda premessa implicita è più complessa e, dato il tenore generale della decisione, inattesa. Se, infatti, la Corte si è astenuta dal compiere un autonomo accertamento della con-

suetudine internazionale, essa si è comunque espressa, *implicite*r, nientemeno che sulla *struttura* della disciplina internazionale in tema di immunità. Tenendo conto dell'ampio (e mai sopito) dibattito sul tema, l'affermazione secondo cui la norma internazionale in questione non è una regola, ma un principio, è infatti tutt'altro che banale.

5. Pur non essendosi strutturato attorno alla dicotomia regole/principi, il dibattito sull'immunità dello Stato può essere in parte ricostruito utilizzando tale distinzione come chiave di lettura.

Secondo un'impostazione ancora prevalente, ma perlopiù tralatizia, l'immunità dello Stato è prevista da una regola in rapporto alla quale si sono in passato formate – e potranno in futuro formarsi – "eccezioni", cioè *regole* di segno opposto. Nel corso della storia si sarebbe così passati da un'immunità assoluta – e perlopiù concepita in termini assiomatici, ossia come regola deducibile dalla norma "strutturale" della sovrana uguaglianza degli Stati (cfr., *ex multis*, PROVINCIALI, *L'immunità giurisdizionale degli Stati stranieri*, Padova, 1933, p. 76 ss.) – a un'immunità relativa, limitata agli *acta iure imperii*, mentre rimarrebbe incerto lo *status* di altre ipotetiche eccezioni, quali la cosiddetta «*tort exception*», che sottrarrebbe alla sfera immunitaria i comportamenti che causano un danno ingiusto sul territorio dello Stato del foro, o la «*human rights exception*», che renderebbe attaccabili le condotte gravemente lesive dei diritti fondamentali.

La tesi assiomatica è stata da tempo contestata – a mio avviso con pieno successo, ma si sa della tenacia delle *idées reçues* – da una corrente dottrinale assai variegata ma caratterizzata da una generale propensione all'indagine storico-critica (senza pretese di esaustività si possono citare i seguenti lavori: PANEBIANCO, *Giurisdizione interna e immunità degli Stati stranieri*, Napoli, 1967; LUZZATTO, *Stati stranieri e giurisdizione*

nazionale, Milano, 1972; SBOLCI, *Controversie di lavoro con Stati stranieri e diritto internazionale*, Milano, 1987; MARASINGHE, "The Modern Law of Sovereign Immunity", *Modern Law Review*, 1991, p. 664 ss.; BIANCHI, "Denying State Immunity to Violators of Human Rights", *Austrian Journal of Public and International Law*, 1994, p. 195 ss.; DE SENA e DE VITTOR, "State Immunity and Human Rights: The Italian Supreme Court Decision on the *Ferrini* Case", *European Journal of International Law*, 2005, p. 89 ss.; CANNIZZARO e BONAFÈ, "Of Rights and Remedies: Sovereign Immunity and Fundamental Human Rights", in *From Bilateralism to Community Interest: Essays in Honour of Bruno Simma* (a cura di Fastenrath *et al.*), Oxford, 2011, p. 825 ss.). Massimo Panebianco, nel 1967, concludeva la sua ricognizione della prassi affermando che alla (presunta) regola dell'immunità assoluta «non fa riscontro alcuna effettività giuridica, né storica, né attuale», mentre è «la giurisdizione interna a prevalere, anche se in modo tortuoso» (*op. cit.*, pp. 95-96). Non è un caso, dunque, che chi vuol far risalire la regola dell'immunità addirittura a… Vestfalia, tenda ad arruolare surrettiziamente antichi precedenti di segno opposto, come la celebre *opinion* del giudice Marshall nel caso *The Schooner Exchange v. McFaddon* (per ulteriori dettagli v., da ultimo, GRADONI e TANZI, *op. cit.*, pp. 203-205). Ancor meno casuale è che si racconti l'emergere della teoria dell'immunità ristretta come conquista di una giurisprudenza nazionale all'inizio dissidente e isolata, ma infine trionfante a danno di un'ortodossia, quella dell'immunità assoluta, di cui però i giudici dell'epoca erano, a quanto pare, perlopiù ignari, o tali si fingevano (cfr. GRADONI, "Consuetudine internazionale e caso inconsueto", *Rivista di diritto internazionale*, 2012, pp. 712-714).

Secondo un approccio non assiomatico, al contrario, il "campo dell'immunità" è caratterizzato da una tendenziale assenza di *regole* precostituite e da una concomitante tensione tra

principi contrapposti che gli interpreti sono chiamati a sciogliere "bilanciando", ossia tenendo conto di tutte le circostanze rilevanti. Questo punto di vista trova peraltro un limpido riscontro nell'opinione dissenziente che il giudice Yusuf ha allegato alla sentenza con cui la Corte internazionale di giustizia ha condannato l'Italia (paragrafi 26, 30). *Quid* a proposito dell'atteggiamento assunto dalla Corte stessa? Ha essa forse aderito all'ortodossia, a differenza del suo membro dissenziente? Non pare.

La Corte non ha preso posizione sul punto (cfr., ancora, GRADONI e TANZI, *op. cit.*, pp. 210-211). Ed è sicuro che essa è giunta a condannare l'Italia, non perché ha ritenuto che vi fossero prove insufficienti dell'esistenza di un'eccezione alla regola dell'immunità, ma perché ha creduto che la *concretissima* regola R_{cig} fosse sufficientemente attestata dalla prassi, in quanto tale, non come riflesso o appendice di una più generale *regola* di immunità (R_i), sulla cui esistenza la Corte non si è pronunciata, come del resto non si è espressa sullo *status* della *tort exception*. La Corte dell'Aja ha insomma mantenuto una posizione neutrale rispetto alle due impostazioni sopra delineate. La norma internazionale sull'immunità è una regola o un principio? Esiste R_i oppure solo P_i? Non lo si scopre leggendo la sentenza del 3 febbraio 2012. La Corte costituzionale italiana, invece, offre al quesito una risposta implicita ma chiara: nell'ordinamento internazionale vige, non una regola generale (R_i), bensì un principio di immunità (P_i), da bilanciarsi con esigenze potenzialmente collidenti.

Delle posizioni assunte dalle due Corti si può concepire dunque la seguente, rapida sinossi. Per la Corte internazionale di giustizia sussiste una regola consuetudinaria R_{cig}, altamente specifica e risolutiva del caso concreto; al di là del perimetro di tale regola non è chiaro se per essa esista una regola generale di immunità (R_i) o solo un principio (P_i). La Corte costituzionale italiana, dal canto suo, non si esprime sull'esistenza di R_{cig}, limi-

tandosi a prendere atto della pronuncia della Corte dell'Aja. Non esprime, dunque, una *opinio iuris* idonea a consolidare R_{cig}; manifesta al contrario l'auspicio (se si vuole, una *opinio necessitatis*) che si formi, nel diritto internazionale, una regola di segno opposto ($\neg R_{cig}$). Esprime invece (implicitamente) una *opinio iuris* nel senso dell'esistenza di P_i, dicendo quindi la sua sulla *struttura* della disciplina internazionale in materia di immunità. Infine, dà per scontato che P_i sia compatibile con i principi fondamentali dell'ordinamento e si accinge a sottoporre R_{cig} al *test* dei controlimiti, al quale possiamo ora conclusivamente tornare.

6. Il *test* si effettua bilanciando, da un lato $p_{2\text{-}24}$ (diritto al giudice e tutela dei diritti fondamentali) e, dall'altro, un grappolo di norme costituito, oltre che da P_i, dai principi costituzionali interni con cui quest'ultimo entra necessariamente in risonanza, ossia quelli dell'apertura dell'ordinamento al diritto internazionale generale (art. 10, 1° co.), del rispetto degli obblighi internazionali in genere (art. 117, 1° co.), e del *favor* nei confronti delle organizzazioni internazionali che, come l'ONU, hanno lo scopo di assicurare «la pace e la giustizia tra le Nazioni» (art. 11). Il conflitto, quindi, assume nel complesso la seguente struttura:

$$p_{2\text{-}24} \text{ versus } P_i\text{-}p_{10\text{-}11\text{-}117}.$$

La Corte ha quindi tenuto conto del principio internazionale di immunità, nonché dei principi costituzionali "internazionalistici": l'impostazione selettiva non gliel'ha certo impedito, consentendo essa il rinvio a P_i. Era tuttavia inevitabile che, *nelle circostanze del caso concreto*, tali principi soccombessero, stante la qualità di valore supremo riconosciuta dalla Corte alla tutela *giurisdizionale* e negata, invece, alle norme antagoniste. Quando, come nella specie, l'accesso a qualsiasi altra forma di

tutela giurisdizionale è precluso, e si tratta in più di crimini gravissimi, R_{cig}, cioè la regola consuetudinaria rinvenuta dalla Corte dell'Aja, *non è una soluzione possibile del bilanciamento* e non può perciò considerarsi (a differenza di P_i) richiamata dal trasformatore permanente. In questo quadro, l'ulteriore affermazione, contenuta nella sentenza, secondo cui i crimini commessi dalla truppe naziste si distanzierebbero da un «esercizio tipico della potestà di governo» (cfr. punto 3.4 *c.i.d.*), indebolendo le ragioni dell'immunità e sottraendo quindi peso al "piatto internazionalista" della bilancia, è interessante, ma è forse superflua.

Ai fautori di una soluzione diplomatica, che eviti il sacrificio dell'immunità senza scontentare le pretese di *risarcimento* delle vittime, non resta che caldeggiare un'evoluzione della giurisprudenza costituzionale nel senso del riconoscimento dello *status* di principio supremo (anche) all'apertura del nostro ordinamento al diritto internazionale. Per ora ci si deve accontentare di una soluzione mista, dove la riattivazione del canale giurisdizionale può fungere da pungolo alla ricerca di una soluzione diplomatica, la quale, a sua volta, contribuirebbe verosimilmente a disincentivare, come ha sostenuto De Sena nel suo primo intervento (*supra*, p. 202), il ricorso al giudice.

15 dicembre 2014

7

Il reato di negazionismo in Italia

GIORGIO SACERDOTI — Il reato di negazionismo: una tutela della democrazia, non un impedimento alla ricerca storica

GABRIELE DELLA MORTE — Cinque argomenti contro il reato di negazionismo

Il reato di negazionismo: una tutela della democrazia, non un impedimento alla ricerca storica

GIORGIO SACERDOTI (*)

La presentazione al Senato del progetto di legge per punire penalmente la negazione dell'olocausto ebraico, dei genocidi in genere e di altri gravissimi crimini internazionali ha suscitato una levata di scudi da parte degli storici italiani. Pur naturalmente preoccupati del diffondersi dell'antisemitismo, che si riconosce «assume anche la forma di negazione radicale o di rimozione profonda della Shoah», la posizione di molti studiosi è che simili espressioni vadano combattute con l'educazione, la cultura, l'informazione, non anche con il codice penale. Si e giunti ad affermare che attraverso questo reato si imporrebbe una verità per legge, con la conseguenza di rendere la ricerca storica addirittura illegale.

La norma in discussione non intende assolutamente né rischia di limitare la ricerca storica, né quella in buona fede, e neppure quella che si risolve nella propalazione di menzogne, pure essa protetta, piaccia o no, dalla libertà costituzionale di

(*) Università «L. Bocconi» di Milano.

manifestare le proprie opinioni finché peraltro non si ledano i diritti fondamentali altrui. Sulla scia della decisione europea in materia del 2008 sulla lotta al razzismo e alla xenofobia – tuttora inattuata in Italia – si vuole invece combattere una particolare forma di odio e incitamento alla discriminazione ed alla violenza che consiste nel pretendere che le camere a gas non siano mai esistite. La negazione dello sterminio porta ad accusare gli stessi ebrei di questa "menzogna" e ad affermare la legittimità dell'ideologia nazista. Come afferma la risoluzione dell'ONU del 2007 che condanna la negazione dell'olocausto, negare la verità storica dei genocidi comporta il rischio che essi vengano ripetuti. Il negazionismo non è altro che una manifestazione particolarmente odiosa di antisemitismo.

È contro questa propaganda all'odio, non contro mere opinioni, per assurde e spregevoli che siano, che l'Unione europea ha formulato in termini attenti la richiesta di perseguire la negazione dell'olocausto e degli altri crimini contro l'umanità così come definiti a Norimberga e dalla Corte penale internazionale. In questi termini si è mosso il progetto di legge della senatrice Amati e di altri parlamentari di vari partiti che inseriva il nuovo reato nell'ambito della Legge Mancino del 1993 che reprime in generale, in conformità alla Convenzione dell'ONU del 1975, la propaganda e l'incitamento all'odio e la violenza «per motivi razziali, etnici, nazionali o religiosi».

Il fatto è che nella fretta e sulla scia dell'emozione causata dalle manifestazioni nostalgiche che hanno circondato la morte di Priebke, il testo approdato all'aula del Senato trascura il requisito che le manifestazioni di negazionismo siano perseguibili in quanto atte a incitare alla violenza o all'odio o turbare l'ordine pubblico. Questo requisito restringerebbe l'applicazione concreta della norma ma la mette al riparo dalla critica che si voglia varare un reato d'opinione. Il primo scopo della nuova norma è del resto quello di mettere i paletti tra quanto è lecito in una società democratica e l'inammissibile in-

vocazione di ideologie e regimi ai suoi antipodi. Nessuno pensa davvero che in forza di questo provvedimento le nostre già affollate carceri si riempiranno di negazionisti, ammiratori di Hitler.

È anzitutto per contrastare il razzismo e l'intolleranza nello spazio pubblico, e per la tutela delle minoranze, che l'iniziativa legislativa è dunque necessaria. Essa dovrebbe essere benvenuta per chiunque ha a cuore la tenuta della nostra società, civile, tollerante, democratica, e i valori costituzionali che la sostengono.

15 gennaio 2014

Cinque argomenti contro il reato di negazionismo

GABRIELE DELLA MORTE (*)

Le idee, anche peggiori, si combattono con le idee, possibilmente le migliori. È in virtù di tale convincimento che, diversamente da quanto sostenuto, qui sopra, dal professor Sacerdoti, sono contrario all'introduzione di un reato di negazionismo in Italia. Sinteticamente, tale posizione è fondata su cinque argomenti.

1. Occorre distinguere la figura del giudice da quella dello storico. Si tratta della critica più nota: far passare in giudicato la storia significa contribuire alla creazione di una verità unica, immutabile, fabbricata, peraltro, con i rigidi strumenti del diritto. Si consideri, *ex multis*, il tema delle prove: il giudice – diversamente dallo storico – può utilizzare solo quelle ammissibili in giudizio, e questo comporta una verità di prospettiva decisamente meno ampia.

2. Il secondo argomento, già meno esplorato del primo, concerne l'altrettanto necessaria distinzione tra il giudice e il legislatore. Riferendoci ai progetti presentati nel corso degli ultimi tempi e cioè, rispettivamente, ai d.d.l. 8 ottobre 2012 n. 3511; 15 marzo 2013 n. 54; e 16 ottobre 2013 n. 54-A, quello che tali disegni non spiegano – e che invece meriterebbe

(*) Università Cattolica di Milano.

un'adeguata puntualizzazione – è *chi* avrà il potere di accertare. Se s'intende attribuire tale potere al legislatore, occorre rammentare che proprio di recente il *Conseil constitutionnel français* ha sancito, con una decisione del 28 febbraio 2012, l'incostituzionalità di una norma che considerava «innegabili» i soli genocidi certificati dalla legge. Se s'intende attribuirlo al giudice, occorre specificare *quale*. Anche ammesso (e non concesso!) che esista una definizione pacifica per ciascuno dei crimini contemplati nei progetti summenzionati (si pensi al caso dell'aggressione, o ancora al terrorismo), quale giudice sarà dotato di tale delicato compito? Quello internazionale, sempre che ne esista uno competente per il caso di specie? O quello interno, lontano miglia, e talvolta anche decenni, dalle scene invocate in giudizio?

3. Il terzo argomento è ispirato alle critiche mosse dalla dottrina penalistica. La contestazione maggiore è quella per cui simili reati rappresentano espressioni di «diritto penale simbolico», il quale «fa male, prima di tutto, proprio ai simboli che usa» (così l'Unione delle Camere penali italiane in un appello lanciato sul suo sito). Si prenda, come esempio di quanto considerato, l'ultimo progetto di legge italiano presentato al momento in cui si scrive, quello del 16 ottobre 2013. In esso il reato non è configurato all'interno dello schema dell'istigazione, nonostante –come è stato osservato (v. qui) – sia questo «il parametro costituzionale di compatibilità, secondo risalenti insegnamenti della nostra Corte Costituzionale».

4. Ancora, e veniamo al quarto punto, introdurre questo tipo di reato significa esporsi al rischio dell'eterogenesi dei fini. Istruire un processo per condannare i negazionisti non fa che rendere pubbliche le relative tesi, e quindi non più solo discutibili, ma *discusse*: esattamente quanto si intendeva evitare. La storia abbonda di tali esempi: trascinare in tribunale i negazionisti ha significato per lo più offrire loro una tribuna.

5. L'ultimo aspetto che merita attenzione è relativo ai profili

internazionalistici. Al riguardo diverse considerazioni si impongono. Innanzitutto, occorre specificare che la decisione del Consiglio dell'Unione europea del 28 novembre 2008, alla quale i progetti italiani rimandano, non domanda di introdurre *la* fattispecie dibattuta sino a questo momento in Parlamento, ma una diversa, punita con due anni in meno, e che contempla un più marcato elemento di pericolo (facendo riferimento a comportamenti che «siano posti in essere in modo atto a istigare alla violenza o all'odio nei confronti di tale gruppo o membro», cfr. ivi, art. 1, par. 1, lett. *c* e *d*).

Inoltre, se si volge lo sguardo alla ricostruzione di principi generali, dall'esame delle legislazioni nazionali non si evince alcun indirizzo unitario, e tali divergenze appaiono accentuate dal fatto che le "tecniche di bilanciamento" adoperate dalle Corti costituzionali e dagli organi internazionali di tutela dei diritti umani… mutano sensibilmente se si tratta di negazionismo concernente l'olocausto o in altri casi. Per un esempio di quanto asserito sia sufficiente confrontare l'orientamento della Corte europea dei diritti umani nei due casi *Garaduy* c. *Francia* (decisione del 24 giugno 2003) e *Perinçek* c. *Suisse* (sentenza del 13 dicembre 2013). Se nel 2003 l'orientamento è stato quello di ritenere legittima una condanna per negazionismo (concernente l'olocausto), dieci anni dopo (occupandosi del genocidio armeno) la medesima Corte ha ritenuto che simili restrizioni della libertà di espressione non siano necessarie in una società democratica (sul tema, però, è attesa una pronuncia della Grande Camera).

In conclusione, i pochi elementi concordi di una prassi così poco omogenea concernono il solo diniego dell'olocausto e sono compiuti per lo più attraverso il ricorso a strumenti di *soft law* (come nel caso della risoluzione 61/255 dell'Assemblea Generale dell'ONU del 2007, che tuttavia non richiede l'introduzione di un reato, ma solo di rigettare «*unreservedly*» ogni negazione dell'olocausto come "evento storico"). Eppure,

circoscrivere in tale modo l'ambito applicativo di una norma significa – in ultima istanza – de-attualizzarla, appiattendo la tutela penale ad una funzione di mero "guardiano della storia".

Quid juris? Aprirsi ad una nozione ampia di negazionismo (esponendosi al rischio di una successiva censura da parte di un organo di garanzia internazionale)? Optare per una nozione ristretta (con l'evidente pericolo di una deriva storico-simbolica)? O ancora – come qui suggerito – non optare per nessuna di queste opzioni (lasciando il diritto *indifferente* ai negazionisti, a meno che costoro non compiano condotte altrimenti rilevanti sotto il profilo penale)?

Salvo eccezioni (più uniche che rare), la dottrina internazionalistica italiana non si è ancora misurata con tali questioni. Ma è giunto il momento di contribuire a un dibattito tanto delicato quanto necessario.

Post Scriptum. – In seguito alla pubblicazione del presente, il Senato ha approvato – l'11 febbraio 2015 – un ulteriore progetto di legge, S. 54, che, almeno in parte, sembra prendere atto di talune delle criticità rilevate (ad esempio riducendo la pena da cinque anni a tre). Ciò nondimeno, il mio giudizio profondamente critico resta inalterato, e a tal riguardo sia concesso rimandare, per una più matura e articolata elaborazione delle tesi abbozzate in questo post, a DELLA MORTE, "L'introduzione del reato di negazionismo in Italia: una prospettiva critica alla luce dell'ordinamento internazionale", *Diritto pubblico comparato ed europeo*, 2014, p. 1181 ss.

16 gennaio 2014

INTERVENTI

Diritto internazionale pubblico

LORENZO GRADONI	Gli obblighi *erga omnes*, l'idioma dell'egemone e la ricerca del diritto: ancora sull'intervento contro l'ISIS e oltre
CHIARA RAGNI	Quando la ragione non coincide necessariamente con la ragionevolezza: la pronuncia della Corte internazionale di giustizia nel caso della *Caccia alla balena nell'Antartico*
LUIGI CREMA	Is the Intention of the Parties at the Heart of Interpretation? Some News about Subsequent Practice from The Hague
CHIEN-HUEI WU	Is the Services Agreement with China a Trojan Horse for Taiwan?
CESARE PITEA	The European Court of Human Rights, Judicial Dialogue and General International Law in *Cyprus* v. *Turkey (Just Satisfaction)*
IVAN INGRAVALLO	La Corte di Strasburgo e il divieto di burqa: osservazioni critiche
MATTEO WINKLER	The New Ugandan Anti-Homosexuality Bill
LUCA PASQUET	La Santa Sede e le recenti Osservazioni del Comitato per i diritti del bambino: alcune riflessioni

Gli obblighi *erga omnes*, l'idioma dell'egemone e la ricerca del diritto: ancora sull'intervento contro l'ISIS e oltre

LORENZO GRADONI (*)

1. L'intervento militare statunitense in corso in Medioriente, il cui scopo è «umiliare e infine distruggere il gruppo terroristico noto come ISIS» (così si è espresso il Presidente Barack Obama), perpetua e arricchisce una prassi di unilateralismo armato da molti ritenuta incompatibile con il quadro giuridico delineato dalla Carta delle Nazioni Unite. È vero che il 15 agosto scorso, il Consiglio di sicurezza, con risoluzione n. 2170 (2014), adottata all'unanimità, ha condannato senza mezzi termini «the terrorist acts of ISI[S] and its violent extremist ideology, and its continued gross, systematic and widespread abuses of human rights and violations of international humanitarian law» (par. 1), giungendo a ipotizzare che l'ISIS abbia commesso crimini contro l'umanità (par. 3). Ciononostante, il Consiglio non ha autorizzato un intervento militare – come il rappresentante russo si è premurato di sottolineare – limitandosi a imporre l'adozione di sanzioni individuali antiterrorismo contro alcuni esponenti dell'ISIS e di un'organizzazione a esso affiliata, il Fronte Al-Nusra (par. 18 ss.).

Né pare che l'iniziativa americana possa giustificarsi a titolo di legittima difesa collettiva, non tanto a causa della tradizionale struttura interstatale dell'istituto, confermata dalla Corte internazionale di giustizia nel parere sulla *Costruzione di un muro nel territorio palestinese occupato* (e stante ovviamente la comune volontà di non legit-

(*) Università di Bologna.

timare lo "Stato islamico" come interlocutore alla pari), quanto perché nessuno, nemmeno gli Stati Uniti, sembra voler invocare una simile scusante (cfr. però, *infra*, l'intervento del Segretario generale della NATO). Risulta del resto che il Governo americano ritenga superfluo ottenere il consenso degli Stati il cui territorio è già stato o sarà investito dalle operazioni militari – per ora Iraq e Siria – vuoi nella forma di un'autorizzazione a partecipare a un'azione di difesa collettiva, o in quella di un invito a prendere misure anti-insurrezionali nell'interesse del Governo legittimo (si può tuttavia notare, per inciso, che nella dichiarazione scaturita dal summit della NATO celebratosi recentemente in Galles, ai par. 32 ss., si adombra, ancorché in termini incerti, l'ipotesi di interventi a tutela della Turchia, nel caso in cui questa subisca un attacco dell'ISIS).

Insomma, ancora una volta gli Stati Uniti sembrano porsi il problema del consenso altrui nella prospettiva, del tutto informale, della costruzione, anche in corso d'opera, di *coalitions of the willing* – Obama ha parlato della necessità di «mobilitare sempre di più la comunità internazionale» – ossia alleanze-sciame la cui ampiezza costituisce l'approssimativo indice di una non meglio precisata "legittimità" dell'intervento che però, si noti bene, gli stessi Stati Uniti ritengono acquisita in partenza. E ciò, pare, in virtù di una sorta di missione divina… «We can't erase every trace of evil from the world»!

Non è, gentili ascoltatori, un predicatore radiofonico della Bible Belt che vi parla; è il Presidente degli Stati Uniti. Il quale si propone di ordinare l'uso della forza «against anyone who threatens America's core interests», il più importante dei quali è, com'è ovvio, la «sicurezza nazionale», tanto che «[i]f you threaten America, you will find no safe haven». Dalla sicurezza degli Stati Uniti si fa dipendere la salvezza – si può ben dirlo – del mondo intero. Ascoltiamo: «Abroad, American leadership is the one constant in an uncertain world. […] America, our endless blessings bestow an enduring burden. But as Americans, we welcome our responsibility to lead. From Europe to Asia, from the far reaches of Africa to war-torn capitals of the Middle East, we stand for freedom, for justice, for dignity, [for] values that have guided our nations since its founding. […] That is the difference we make in the world. And our own safety, our own security, depends upon our willingness to do what it takes to defend this nation and uphold the values we stand for – timeless ideals that will endure long after those who offer only hate and destruction have been vanquished from the Earth».

Che Dio, oltre a benedire come di consueto gli Stati Uniti

d'America, voglia aiutare gli utenti di SIDIBlog a trovare nel brano sopraccitato (o altrove) uno scampolo di… *opinio iuris*.

Per interpretare l'odierno atteggiamento degli Stati Uniti sono ancora utili le diagnosi e i vaticini formulati da Carl Schmitt in alcuni scritti risalenti agli anni Quaranta e Cinquanta del Novecento (raccolti in SCHMITT, *L'unità del mondo e altri saggi*, a cura di Campi, Roma, 1994). L'indagine di Schmitt, per quanto ci interessa, prende le mosse dalla celebre "dottrina Monroe" (1823), con la quale si tracciò l'ultima «grande linea globale» (dopo le *rayas* quattro-cinquecentesche e le *amity lines* sei-settecentesche), linea che, tagliando longitudinalmente l'Oceano Atlantico, creava a beneficio degli Stati Uniti d'America «una sorta di quarantena, un cordone sanitario che protegge da una zona appestata» (ivi, p. 283), l'Europa, la terra che ha tradito i valori di cui i coloni americani saranno, per sempre, i soli e veri eredi, a garanzia di un'imperitura superiorità morale sul resto del mondo.

Questa «linea di autoisolamento» (ivi, p. 281) inizia a dissolversi rapidamente non appena gli Stati Uniti – intorno alla fine dell'Ottocento, con la guerra ispano-americana, l'invasione di Cuba, il pugno duro contro le rivolte indipendentiste nelle Filippine, il protendersi verso gli spazi commerciali della Cina – inaugurano la loro era imperiale. A questo punto, il loro atteggiamento tipicamente difensivo «si converte, mostrando così le sue contraddizioni interne, in un paninterventismo estremo fino all'infinito e senza limitazioni di spazio» (ivi, p. 288). L'impressionante assonanza di queste parole con la retorica della «guerra infinita» al terrorismo non deve trarre in inganno: la situazione, dall'inizio di questo secolo, si è, se possibile, radicalizzata.

Durante e poco dopo la Seconda guerra mondiale, Schmitt si rivolgeva con astio a un Paese che «pretende[va] non solo di difendersi da un avversario politico, ma anche di squalificarlo e diffamarlo *dal punto di vista giuridico-internazionale*» (ivi, p. 289, corsivo mio), a un governo che «si erge[va] a giudice della terra intera» (ivi, p. 288). Il Paese di cui parla è quello che promuove la costituzione dei Tribunali di Norimberga e Tokyo, che intende governare l'economia mondiale per mezzo di organizzazioni internazionali da esso *formalmente* egemonizzate, che abbraccia il «concetto discriminatorio di guerra» ed è quindi ansioso di precisare la *iusta causa belli* nel nome della quale combatte (SCHMITT, *Il concetto discriminatorio di guerra*, Roma-Bari, 2008). Gli Stati Uniti del XXI secolo – dopo l'11 settembre? – sembrano invece esprimere un punto vista *giuridico-internazionale* più flebile e intermittente, condizionato o persino

obliterato da uno «stato di eccezione permanente» (AGAMBEN, *Lo stato di eccezione*, Torino, 2003), dove il solo valore posto in costante rilievo è la sicurezza nazionale, la quale può ritenersi minacciata non solo in prossimità dei confini statali, o di un grande spazio, come quello evocato dalla dottrina Monroe, ma *ovunque nel mondo*.

La proiezione universalistica della potenza statunitense, presumibilmente culminante nella seconda metà del XX secolo, sembra dunque aver conosciuto, in tempi più recenti, non tanto un arretramento in termini spaziali, quanto piuttosto un ripiegamento anzitutto simbolico che, segnato dall'ossessione per la sicurezza, fa pensare a un'illimitata estensione di quel «cordone sanitario» evocato da Schmitt nell'illustrare la dottrina Monroe. Nel 1940, un profetico Philip Jessup scriveva che, sulle fondamenta di tale dottrina, «[n]ow or in a few years' time, a logical argument could be built to support a war of self-defense waged by the United States on the Yangtze or the Volga or the Congo», aggiungendo che «[i]n essence the argument would surely be political not legal» (JESSUP, "The Monroe Doctrine in 1940", *American Journal of International Law*, 1940, p. 711). Ed è noto che Schmitt vedeva, nell'aggressivo moralismo della superpotenza americana, come del resto nello speculare universalismo dell'Impero sovietico, una minaccia mortale per il diritto internazionale inteso come ordinamento *pluralistico*, strutturato dai principi di mutuo riconoscimento e non intervento, un tempo valevoli tra Stati (nella prospettiva dell'autore) e poi, durante la Guerra fredda, tra grandi spazi, ancorché problematicamente e, per così dire, *de facto*, considerata l'aspirazione di dominio globale che accomunava – e divideva – le due Superpotenze. Non è da ieri, insomma, che l'egemone e le sue *élites* parlano l'idioma del diritto internazionale malvolentieri o con opportunistica vaghezza, preferendogli la stridula inflessione del discorso morale. Una sorta di rumore bianco, per il giurista, un fruscio elettrostatico in cui la sua voce si perde… fine della trasmissione?

Non sulle frequenze di SIDIBlog, dove dal fruscio è emersa la voce di Paolo Picone, il cui intervento ha – più o meno direttamente – ispirato il triplice movente di questo saggio. Il primo, già esaurito nei precedenti capoversi, consisteva nell'accennare a un quadro interpretativo diverso – e forse, per certi versi, più realistico e desolante… – rispetto a quello costruito da Picone attorno al concetto di obblighi *erga omnes*. Nel prosieguo, dopo aver ricondotto (didascalicamente) il recente intervento di Picone alla teoria sugli obblighi *erga omnes* da cui trae la sua linfa, cercherò di mettere a fuoco la radice del conflitto che persiste tra tale teoria, o meglio tra le conclu-

sioni che Picone ne deduce sul versante della regolamentazione dell'uso della forza, e le tesi che, in materia, risultano ancora oggi prevalenti (in Italia e non solo). Su questa base cercherò di dimostrare che l'impostazione piconiana – un peculiare impasto di realismo e razionalismo – costituisce, a differenza delle ricostruzioni comunemente accettate, il nucleo di un programma di ricerca fecondo.

2. L'opinione di Picone sulla risposta armata statunitense ai crimini commessi dell'ISIS si fonda su una teoria da lui elaborata a partire dai primi anni Ottanta del secolo scorso e il cui nucleo è costituto dalla figura degli obblighi *erga omnes*. Poiché la teoria è nota, mi limiterò a tracciarne un profilo breve e strettamente funzionale agli scopi di questo scritto, tra l'altro sfruttando, a scanso di equivoci, una recente "sintesi d'Autore".

Picone ritiene che «nell'ambito del tradizionale ordinamento giuridico internazionale» sia da tempo rilevabile «un vero e proprio processo di "verticalizzazione *normativa*" del potere della Comunità internazionale sugli Stati», processo che avrebbe acquisito consistenza «a partire dagli anni '70 del secolo scorso, in seguito al "formarsi" delle norme produttive di obblighi *erga omnes*», ossia «obblighi derivanti da una particolare categoria di norme primarie … che, per tutelare determinati beni, valori e/o interessi della Comunità internazionale "nel suo insieme", attribuiscono almeno in principio a tutti gli Stati, operanti *uti universi* per conto della medesima, e quindi in una posizione "superiore" rispetto ai singoli Stati, il compito e il correlativo potere di garantirne collettivamente l'attuazione (in via diretta, o tramite reazioni successive allo loro eventuale violazione)» (PICONE, "Capitalismo finanziario e nuovi orientamenti dell'ordinamento internazionale", *Diritti umani e diritto internazionale*, 2014, pp. 25-26, i corsivi sono originali).

Tale garanzia, secondo Picone, può realizzarsi anche attraverso l'uso della forza armata, persino in situazioni non riconducibili all'ipotesi della legittima difesa e senza che vi sia autorizzazione alcuna da parte del Consiglio di sicurezza. Ciò basta a rendere evidente il contrasto (anch'esso noto) tra le tesi piconiane e l'impostazione – tradizionale e ampiamente maggioritaria – secondo cui il ricorso alla forza armata è di regola proibito (*ex* art. 2, par. 4, della Carta delle Nazioni Unite e anche in virtù di una corrispondente norma consuetudinaria), a meno che non ricorra una delle due ipotesi testé evocate – legittima difesa o autorizzazione consiliare – e fatta salva naturalmente la remota possibilità che lo *ius non scriptum* partorisca nuove "eccezioni".

Se dunque comunemente si ritiene che la disciplina giuridica dell'uso della forza armata formi una sorta di circuito chiuso, i cui principali snodi sono costituiti dagli articoli 2, par. 4 e 51 della Carta, entrambi intesi in modo assai rigido, nonché da un Capitolo VII *interpretativamente trasfigurato*, per Picone, al contrario, il dettato della Carta è sin dal principio aperto a molteplici interazioni con l'"esterno", con il diritto internazionale generale. In questa prospettiva, l'art. 51 è inteso non come eccezione alla regola posta dall'art. 2, par. 4, bensì come *ipotesi-modello* di reazione unilaterale (individuale e soprattutto collettiva) alla violazione grave di un obbligo *erga omnes*, e in quanto tale estendibile alla tutela di altri interessi imputabili alla comunità internazionale nel suo complesso, tutela che il Consiglio di Sicurezza può contribuire ad apprestare, se è in grado di operare, non però necessariamente nell'esercizio di competenze previste dalla Carta, ma anche in base al diritto internazionale generale, ossia operando come «organo materiale della Comunità internazionale» (per questa nozione v. soprattutto PICONE, "Interventi delle Nazioni Unite e obblighi *erga omnes*", in *Interventi delle Nazioni Unite e diritto internazionale*, a cura di Picone, Padova, 1995, p. 528, riprodotto in ID., *Comunità internazionale e obblighi* «erga omnes»[3], Napoli, 2013, p. 207 ss.).

Nel suo *post* Picone sostiene, su queste basi, che gli Stati Uniti non hanno usato la forza contro l'ISIS per restaurare l'integrità territoriale di un altro Stato, ma «per esercitare dei "poteri" (e/o svolgere delle funzioni) a tutela del più generale interesse dell'intera Comunità internazionale», consistente, in tal caso, nel reprimere e/o prevenire i crimini gravissimi commessi dalle milizie dello "Stato islamico". Se un singolo Stato agisce *obiettivamente* a tutela di un interesse collettivo – e nel rigoroso rispetto dei principi di necessità e proporzionalità – la sua azione dovrà ritenersi conforme al diritto internazionale, anche se non riscuote il consenso della generalità degli Stati. Ciò nonostante, Picone tiene a precisare che, nel caso che ci riguarda, gli Stati Uniti «sembrano godere di una "delega" allo stato accettata da tutti», come ai tempi dell'invasione dell'Afghanistan. È appena il caso di segnalare che le virgolette stanno a indicare che non è stata rilasciata, né è formalmente richiesta, alcuna delega.

Non è comunque privo interesse notare che il consenso aleggiante sull'intervento statunitense pare nel frattempo essersi spezzato, perlomeno per quanto riguarda l'uso della forza in territorio siriano. La Siria ha compiuto nei giorni scorsi un'abile mossa diplomatica, dichiarandosi disponibile a cooperare con gli Stati Uniti, a patto che questi accettino di concordare con il Governo di Assad ogni even-

tuale intervento in territorio siriano, offerta che Obama ha respinto con queste parole: «we cannot rely on an Assad regime that terrorizes its own people – a regime that will never regain the legitimacy it has lost». La replica della Russia non si è fatta attendere: eventuali attacchi contro posizioni tenute dall'ISIS in territorio siriano, se non autorizzati dal Consiglio di sicurezza o dal sovrano territoriale, costituirebbero «un atto di aggressione, una gravissima violazione del diritto internazionale». Il Governo siriano si è espresso in termini analoghi. L'Iran ha invece accennato alla misera consistenza della coalizione guidata dagli Stati Uniti (per le posizioni di Russia, Siria e Iran v. qui).

Pare in effetti che, al di là delle numerose attestazioni di sostegno "morale", ben pochi Stati si accingano a condividere il fardello delle operazioni militari. La Francia, a margine della Conferenza per la pace e la sicurezza in Iraq convocata dal Presidente della Repubblica Hollande e tenutasi la settimana scorsa al Quai d'Orsay, ha annunciato che i suoi caccia stanno già compiendo voli di ricognizione nello spazio aereo iracheno. Tuttavia, sebbene i ventisei Stati e le tre organizzazioni internazionali partecipanti alla Conferenza (tra cui l'ONU) non abbiano esitato a esprimersi a nome della «comunità internazionale» – nell'atto conclusivo si afferma che l'ISIS «constitue une menace pour l'Irak mais aussi pour l'ensemble de la communauté internationale et que faire face à une telle menace nécessitera une action sur le long terme de la part de la communauté internationale» – il vertice è sfociato nell'adozione di un documento assai prudente che, approvato anche da Cina e Russia, da un lato accenna *en passant* a un eventuale ricorso alla forza armata di concerto con il Governo iracheno, senza neppure menzionare la Siria, dall'altro individua le Nazioni Unite come quadro principale ma non esclusivo delle azioni da intraprendere.

È il caso infine di menzionare il linguaggio da crociata del Segretario generale della NATO, Anders Fogh Rasmussen, il quale, accomunando ISIS e Russia (!), ha dichiarato che l'Occidente si trova «on the frontline of a new battle … between tolerance and fanaticism, between democracy and totalitarianism, between open and closed societies», e che «[i]n this new age of unrest and revisionism, we must stand united as a force for freedom». A parte ciò (ancora il rumore bianco…), e oltre ad annunciare il costituirsi di una coalizione anti-ISIS guidata dagli Stati Uniti e formata da Australia, Canada, Danimarca, Francia, Germania, Gran Bretagna, Italia, Polonia e Turchia (senza precisare i ruoli dei singoli partecipanti), Rasmussen ha accennato con noncuranza a una *duplice* possibile "base giu-

ridica" dell'intervento, il quale mirerebbe in primo luogo a fermare un «genocidio», conformemente ai «fundamental UN Charter principles», e, in subordine, a respingere un attacco armato («act of self-defense»). Insomma, una giustificazione con cui tipicamente si tenta, in termini formalistici, di ricondurre tutto quanto al dettato della Carta, imboccando quindi la direzione opposta a quella che Picone da anni percorre. Azzardo tuttavia la previsione che gli eventi sopravvenuti, per quanto significativi, non lo spingeranno a cambiare opinione.

A suo avviso, infatti, il problema della scarsa «rappresentatività» della risposta collettiva, presente sin dall'inizio, costituisce un «elemento di debolezza» (politica, presumibilmente), «che non può tuttavia intendersi come fattore di "illiceità" o di "illegittimità" dell'intervento». D'altro canto, la messa in mora pronunciata dalla Russia, oltre a essere probabilmente almeno in parte strumentale, ossia dettata dalla logica complessiva di un conflitto il cui principale fulcro risiede altrove, sarebbe inidonea a squalificare giuridicamente un intervento unilaterale contro l'ISIS, come insufficienti furono, del resto, le gravi obiezioni che la stessa Russia, e con essa la Cina, l'India e vari altri Stati, sollevarono contro l'intervento della NATO in Kosovo (cfr. PICONE, "La «guerra del Kosovo» e il diritto internazionale generale", *Rivista di diritto internazionale*, 2000, p. 309 ss., riprodotto in ID., *Comunità internazionale*, cit., p. 321 ss.). Specialmente a partire dalla fine del secolo scorso, «l'unilateralismo ha finito col configurarsi», osserva Picone, «come una opzione alternativa suscettibile di essere scelta a loro rischio dagli Stati, pur in presenza di critiche e di dissensi, nel caso di paralisi del canale istituzionale dell'ONU». Bisogna infine ricordare, per completare il quadro ed evitare possibili malintesi, che la valutazione espressa da Picone, come lui stesso tiene a precisare, «è basata sulle caratteristiche oggettive dell'intervento statunitense». Ciò significa, in sintesi, che la *contingente* approvazione da parte degli altri Stati non è indispensabile – altra cosa è evidentemente il "consenso" che crea l'obbligo *erga omnes* il cui rispetto si mira a garantire – così come non rilevano gli aspetti soggettivi dell'intervento, come gli errori commessi dagli Stati Uniti in un passato ancora recente o i sospetti che si possono pur sempre nutrire sui loro "secondi fini" (l'Iran, escluso dalla Conferenza di Parigi, è lo Stato che più di ogni altro ha insistito sulle «dirty hands» e le «murky intentions» degli americani).

Ci si può tuttavia chiedere se l'opportuna insistenza sulla dimensione oggettiva dell'intervento, a parte i non immacolati trascorsi e le possibili cattive intenzioni di chi lo conduce, possa neutralizzare an-

che un altro e forse più importante fattore soggettivo, ossia l'*opinio iuris* degli stessi protagonisti (ammesso e non concesso che Rasmussen fosse autorizzato a esprimerla), per non parlare del generale declassamento del registro giuridico a beneficio di quello morale che caratterizza le loro comunicazioni ufficiali. Su questo punto tornerò *in fine*.

3. La diagnosi di Picone ha suscitato reazioni di diverso tenore ma in fondo accomunate, credo, da una stessa inquietudine. La sola risposta apertamente critica (Pasquet) mi è sembrata, nonostante il suo apparente "isolamento", rappresentativa di un atteggiamento abbastanza diffuso. Come si può non avvertire, anche nelle altre risposte, almeno un pizzico di quell'ansia che afferra l'internazionalista di fronte all'ipotesi di un ricorso unilaterale alla forza armata? Riferirsi al consenso dello Stato leso può certamente contribuire a placarla (Sacerdoti e Marcelli). Meglio ancora sarebbe esigere che l'intervento riceva il «sostanziale assenso della gran parte della comunità internazionale» (Marcelli), tenendoci comunque pronti a sfoderare le nostre "tecniche di bilanciamento" per «smascherare nuovi possibili – e più raffinati – abusi del diritto internazionale» (Colacino). Non voglio sminuire il rilievo di questi *caveamus*. Se rinuncio a discuterli nel dettaglio, limitandomi a considerarli espressivi di un comune sentimento morale, è perché nelle prossime pagine vorrei provare a cogliere alcuni aspetti *strutturali* della controversia suscitata dalla difesa dell'unilateralismo pronunciata da Picone (per una rara esplicitazione del dissidio v. TANZI, *Introduzione al diritto internazionale contemporaneo*[4], Padova, 2013, pp. 427-428).

Se ho definito tipiche certe obiezioni è perché Picone le ha già affrontate in occasione delle sue prime esplorazioni del "continente obblighi *erga omnes*", risalenti a oltre trent'anni fa (cfr. PICONE, "Obblighi reciproci ed obblighi *erga omnes* degli Stati nel campo della protezione internazionale dell'ambiente marino dall'inquinamento", in *Diritto internazionale e protezione dell'ambiente marino*, a cura di Starace, Milano, 1983, p. 15 ss., pp. 46-48, riprodotto in ID., *Comunità internazionale*, cit., p. 1 ss.). Nella seconda metà degli anni '70, quando ad accelerare la metabolizzazione del *dictum* sugli obblighi *erga omnes* formulato dalla Corte internazionale di giustizia nel caso *Barcelona Traction* intervenne il connesso discorso sui crimini internazionali promosso da Roberto Ago in seno alla Commissione del diritto internazionale, fu, tra gli altri, Pierre-Marie Dupuy a denunciare il rischio di unilateralistici abusi da parte degli Stati più

forti, cui non era difficile attribuire "cattive intenzioni" da dissimulare invocando l'interesse generale (cfr. DUPUY, "Action publique et crime international de l'Etat: à propos de l'article 19 du projet de la C.D.I. sur la responsabilité des Etats", *Annuaire français de droit international*, 1979, p. 539 ss.). Carlo Focarelli ha di recente espresso perplessità analoghe: «The suspicion that obligation *erga omnes* are enforced on the basis of double standards and for purposes of power politics is hard to avoid. The conviction that the stronger will really act 'on behalf of the international community as a whole', especially when this occurs outside an institutional framework, sounds like a fairy tale» (FOCARELLI, *International Law as Social Construct. The Struggle for Global Justice*, Oxford, 2012, p. 478).

L'intento di questi argomenti non è, come potrebbe sembrare, solo giuspolitico. Con essi si vuole esprimere soprattutto la *ratio* di una norma vigente, di natura consuetudinaria, che vieterebbe non solo l'uso della forza quale strumento di attuazione di obblighi *erga omnes* (al di fuori delle ipotesi di legittima difesa), ma anche il ricorso a contromisure a tutela dell'interesse generale da parte di soggetti diversi dallo Stato leso (v., per tutti, FOCARELLI, *Diritto internazionale. I. Il sistema degli Stati e i valori comuni dell'umanità*[2], Padova, 2012, pp. 718-740, 824). Insomma, contro le tesi di Picone si invoca nientemeno che *la prassi*. Anche Picone, però, invoca… la prassi. Non pare d'altronde che vi sia altro modo di imprimere forza dialettica alle proprie opinioni, se l'uditorio è costituito da studiosi di diritto internazionale (v., in questo senso, le giuste considerazioni di BRIGAGLIA, *Ragioni e vincoli. Il potere dialettico del giurista*, Roma, 2011, pp. 413-414). Sarebbe però fuorviante ritenere che la contesa sia di carattere probatorio e che possa essere risolta mediante ulteriori "verifiche" della prassi. Il dissidio – che ha premesse e risvolti di ordine filosofico, politico, etico e scientifico – ha un epicentro "dottrinale" più profondo, che riguarda l'elaborazione del concetto stesso di diritto internazionale e delle nozioni di base che informano il discorso sulle fonti. Proverò ad avvicinarmici gradualmente.

4. Notando, anzitutto, che il convergente riferimento alla prassi trova riscontro – a un livello più basilare – nella *comune pretesa di impugnare il vessillo del realismo*. A cosa serve segnalare che gli Stati, specialmente quelli più forti, sono egoisti inclini al sopruso, se non a denunciare l'idealismo di chi, forse insensibile alle lezioni della storia anche recente, continua a valorizzare l'unilateralismo come mezzo di tutela di interessi collettivi? Ma non si potrebbe con eguale (e contraria) ragione sostenere che realistica è la prospettiva che riconosce

lo speciale ruolo degli Stati più forti nella produzione e nell'attuazione coercitiva del diritto internazionale, mentre idealistico è il rifiuto di costruzioni giuridiche incompatibili con l'assioma dell'uguaglianza di tutti gli Stati, che è senza riscontro nella realtà? Questa seconda "impressione" sembra d'altronde più in linea con la percezione comune, per cui, se non sbaglio, la prestazione teorica di Picone, come quella di Rolando Quadri, è inscrivibile nel filone del realismo giuridico, se non altro perché si sforza di includere nei propri calcoli la "variabile del potere", invece di studiare modi per sterilizzarla (cfr. MESSINEO, "Is There an Italian Conception of International Law?", *Cambridge Journal of International and Comparative Law*, 2013, pp. 895, 902).

Non dovrebbe però stupire che a una concezione del diritto internazionale generalmente definita "realistica" – talvolta forse con lo scopo di denunciarne il carattere apologetico – si contrappongano argomenti anch'essi realistici, perlomeno nelle intenzioni. Finché, infatti, il discorso internazionalistico continuerà a rivendicare uno *status* scientifico – finché, in altre parole, esso vorrà proporsi come discorso razionale e dotato di concretezza – l'appello ai "fatti" è destinato a rimanere una sua caratteristica essenziale: in questo giuoco linguistico nessuno si presta a interpretare la parte dell'ingenuo utopista, del perdente per definizione. L'utopia dell'internazionalista è insomma necessariamente… realistica, perlomeno nel senso di "realizzabile" (viene qui in mente il titolo di un libro recente: *Realizing Utopia: The Future of International Law*, a cura di Cassese, Oxford, 2012).

Rivendicazione del realismo, pretesa di scientificità e appello alla prassi evidentemente si tengono e – come sempre – tendono a occultare la dimensione normativa del discorso, che però è insopprimibile (l'ovvio riferimento è a KOSKENNIEMI, *From Apology to Utopia. The Structure of the International Legal Argument. Reissue with New Epilogue*, Cambridge, 2005). Si consideri il seguente dilemma: degno di approvazione è chi oppone al potere verità scomode e pressanti istanze di giustizia – anch'esse reali! – oppure chi si limita a descrivere, e forse larvatamente giustifica, il riversarsi del potere nella norma giuridica? Questo, per il giurista, non è un vero dilemma: tutti sentiamo che il nostro realismo, se non è sorretto da fermenti ideali, scade a marchio d'infamia.

La dicotomia realismo/idealismo, se utilizzata a fini classificatori, non permette dunque di cogliere il vero senso del dissidio qui esaminato. Bisogna quindi cercare di mettere a fuoco il *rapporto che le diverse dottrine costruiscono tra i due poli dell'argomentazione* – rea-

le/ideale, fatto/norma, diritto/potere, ecc. – o, se si vuole, la peculiare dialettica che al riguardo ciascuna di esse instaura.

5. Né Picone né i suoi critici credono alla «favola» (così Focarelli, già citato) di un potere benevolo, di un *dominus* incline a servire l'interesse della comunità intera. Da questa elementare consapevolezza essi fanno tuttavia discendere considerazioni assai diverse, per non dire opposte. I critici – lo ricordo a beneficio di profani e neofiti, se ve ne sono in ascolto – costituiscono la corrente di pensiero maggioritaria.

Mi pare si possa dire che in tale corrente si rispecchi – per riprendere alcuni termini del dibattito sulle tragiche vicende di Gaza (v. *supra*, p. 41 ss.) – un'illuministica fiducia nella norma giuridica quale limite al dispiegarsi di un potere di cui occorre sistematicamente diffidare (pessimismo potestativo), fiducia che da un lato comporta la saldatura di un nesso, solo formale o anche contenutistico, tra diritto e morale e, dall'altro, induce una prudenziale scissione tra diritto e potere: il diritto può conservare la sua intima sostanza morale solo se non si presta agli abusi del potere. Accade così che, in alcune critiche all'ipotesi di interventi unilaterali a tutela di presunti interessi collettivi, la fobia dell'abuso di potere produce un larvato ritorno alla dottrina della *recta intentio bellandi*: a prescindere dalla possibilità che l'intervento si traduca nell'attuazione di obblighi *erga omnes*, è prudente escluderne *a priori* la liceità, perché si può presumere che il suo autore celi una *libido dominandi* o altri inammissibili moventi. Il rigorismo di questa prospettiva impedisce di vedere che, sebbene si possa sospettare che il *vero* scopo degli Stati Uniti non sia tutelare i diritti umani delle popolazioni travolte dall'avanzata dell'ISIS – bensì (tra l'altro) impedire, anche per conto dell'alleato turco, che altri nemici, ossia i guerriglieri curdi del PKK e del PYD, acquisiscano una posizione egemonica nei territori interessati dal conflitto grazie alle vittorie ottenute negli scontri con le milizie dello "Stato islamico" (v., oltre al cenno contenuto nel commento di Marcelli, l'ampia rassegna stampa meritoriamente compilata dalla Wu Ming Foundation) – l'intervento americano potrebbe *comunque* scongiurare ulteriori massacri e quindi realizzare valori considerati supremi dall'intera comunità internazionale.

Vi è, nella tendenza a costruire il diritto internazionale in opposizione a un potere ritenuto scabroso, un evidente valore di testimonianza e di denuncia, la cui piattaforma è fondamentalmente giusnaturalistica. Questa affermazione può apparire stravagante a chi ha in mente la quasi unanime adesione della dottrina internazionalistica a

una teoria delle fonti che pone a suo fondamento *la prassi* dei soggetti dell'ordinamento, in particolare quella degli Stati, e che sembra perciò qualificarsi come eminentemente positivistica. A mio avviso si può tuttavia sostenere che tale teoria, nella sua declinazione *standard*, utilizzi di soppiatto elementi razionalistici proprio quando procede alla ricostruzione della «consuetudine-quadro» (la definizione è di FINNIS, *Natural Law and Natural Rights*, Oxford, p. 245), ossia delle regole e dei principi che dovrebbero guidare l'interprete alla scoperta del diritto non scritto, ricostruzione che sarebbe in effetti arduo compiere su basi esclusivamente "empiriche", considerata la scarsezza e l'incerto significato della *prassi* rilevante (in tema mi permetto di rinviare a GRADONI, "La Commissione del diritto internazionale riflette sulla rilevazione della consuetudine", *Rivista di diritto internazionale*, 2014, p. 667 ss.). Tra tali elementi vi è anzitutto il postulato, evidentemente connesso a una determinata idea di giustizia internazionale (peraltro non arbitraria sotto il profilo storico), dell'uguale "diritto" degli Stati di partecipare alla formazione dello *ius non scriptum*, postulato che non può certo dirsi corroborato dall'odierna realtà dei rapporti internazionali ma che, ciò nonostante, sopravvive anche occultandosi nell'eufemistica dottrina secondo cui «due regard is to be given to the practice of States whose interests are specially affected» (così, ricognitivamente, la Draft Conclusion 9 proposta da WOOD, *Second Report on Identification of Customary International Law*, A/CN.4/672, 2014, p. 41). Tutti gli Stati, potenti e non, hanno diritto a considerarsi «particolarmente interessati», in tale o talaltra occasione, mentre non è un segreto che agli Stati più forti tale *status* è tendenzialmente riconosciuto in ogni circostanza, benché non in ragione – è un tabù… – della loro superiore potenza.

Molto ci sarebbe da dire anche sul concetto stesso di prassi. Se si ritiene che una semplice protesta, cui non si dà alcun seguito mediante contromisure o ritorsioni, impedisca la formazione di una norma generale che ammette l'uso della forza a scopi umanitari – il pensiero corre ovviamente all'intervento in Kosovo, "verbalmente" contestato da molti Stati – non si compie una constatazione obiettiva ma si mostra di prediligere un concetto di prassi il più possibile ampio. Altri potrebbero sostenere che per creare o consolidare una regola consuetudinaria non basta enunciarla ripetutamente né conformarvisi attraverso un mero *non facere* (se si tratta di un divieto). Il punto è che, attualmente, sembra impossibile risolvere questo genere di dispute dottrinali – gli Stati difficilmente vi partecipano! – in base a considerazioni empiriche (scrivo "attualmente" perché credo che il

problema sia non concettuale ma legato all'atteggiamento elusivo degli Stati).

Le considerazioni che precedono si applicano, *mutatis mutandis*, anche a un certo modo di concepire il diritto pattizio. Se oggi l'unilateralismo, ossia l'intervento compiuto al di fuori del quadro convenzionale-universale delle Nazioni Unite, resta oggetto dei peggiori sospetti, mentre è diffusa la tendenza a considerare comunque leciti gli interventi autorizzati dal Consiglio di sicurezza e compiuti nel solco della legalità onusiana, qualche tempo fa non erano infrequenti le messe in guardia contro gli abusi che lo stesso Consiglio o altri organi "politici", l'Assemblea generale per esempio, avrebbero potuto commettere qualora si fosse affidato loro il compito di accertare e reprimere i crimini internazionali degli Stati, per usare la terminologia in uso sino alla fine del secolo scorso (cfr. DUPUY, *op. cit.*, e, per ulteriori riferimenti, PICONE, "Obblighi reciproci", cit., p. 46). La procedura di accertamento dei crimini internazionali che avrebbe conferito al Consiglio e (in alternativa) all'Assemblea la competenza a pronunciarsi solo sul *fumus criminis*, riservando l'ultima parola alla Corte internazionale di giustizia – procedura che, com'è noto, Gaetano Arangio-Ruiz escogitò poco prima di smettere i panni di *special rapporteur* in materia di responsabilità degli Stati (i documenti rilevanti si trovano qui e qui) – può considerarsi l'espressione più compiuta di una sensibilità che pare essersi smarrita. Perché?

Si può ipotizzare che, in tal caso, il generale placarsi delle coscienze dipenda dal significato che comunemente si ascrive all'origine convenzionale del potere di veto dei cinque Membri permanenti: il privilegio esiste, certo, ma – si dirà – è stato *liberamente* accettato dai contraenti. Anche qui si può tuttavia intravedere una razionalistica – e ideologica – rimozione della presenza del potere all'origine del patto, ossia della gentile estorsione del consenso operata dagli Stati più forti. Eppure, da quando il positivismo si è liberato dalle sue scorie giusnaturalistiche bagnandosi nella *reine Rechtslehre*, gli Stati non dovrebbero più dirsi *liberi* di contrarre – posto che il concetto di "libertà" appartiene alla sfera della valutazione morale – bensì solo *competenti* a farlo. E uno Stato può ovviamente trovarsi in vari modi e misure costretto a esercitare quella competenza. La dottrina pura del diritto, infatti, «si rifiuta di valutare il diritto positivo» non solo nel senso di «squalificarlo come ingiusto», ma anche nel senso di «legittimarlo come giusto», che è precisamente quel che si fa quando si parla di libertà del contraente. In questo senso Hans Kelsen poteva legittimamente rivendicare, per la dottrina pura, il titolo di «teoria giuridica radicalmente realistica» (KELSEN, *Li-*

neamenti di dottrina pura del diritto, Torino, 2000, p. 59). Dubito che l'impostazione dottrinale sin qui considerata possa pretendersi tale, ammesso che lo desideri.

Cosa si può dire sul suo conto, in sintesi? Che essa instaura una dialettica *negativa* tra fatto e diritto, tra diritto e potere. Il rapporto tra i due poli dialettici appare negativo perché rispecchia un desiderio di distanziarli, affinché il diritto possa costituire lo strumento di un'incessante protesta contro il potere, di una critica che si propone come pura constatazione e sapiente applicazione del diritto vigente, celando le scelte morali che compie nel costruire i propri concetti giuridici (prassi, consuetudine, consenso, accordo, ecc.). Questo atteggiamento dottrinale, per quanto nobile, comporta a mio avviso un triplice inconveniente.

Esso rischia in primo luogo di apparire velleitario sul piano politico, confermando involontariamente l'aspettativa di quell'ampia corrente delle politologia che vede nel diritto internazionale una subcultura politica dissimulata e irrilevante. Potrebbe in secondo luogo rivelarsi insoddisfacente sul piano etico. Siccome usa il diritto come strumento oggettivante idoneo a far valere una pretesa morale (perlopiù rimossa), tende a offrire del diritto stesso (vigente) un'immagine edulcorata e in fondo ideologica: tutto va per il meglio sinché gli Stati partecipano, liberi ed eguali, alla formazione del diritto internazionale consuetudinario o pattizio. È insomma lecito chiedersi – parafrasando Quadri (*Diritto internazionale pubblico*[5], Napoli, 1968, p. 38) – se «moralizzando il diritto», senza ammetterlo, non si finisca per «immoralizzare la morale».

Il terzo e ultimo inconveniente, forse il più importante, è riscontrabile sul piano scientifico-epistemologico. Si può a mio avviso dubitare che un consimile atteggiamento dottrinale possa favorire lo sviluppo di «programmi di ricerca» fecondi o – nella terminologia originale di Imre Lakatos – «progressivi». Com'è noto, Lakatos definisce così i programmi di ricerca il cui nucleo teorico permette di formulare ipotesi capaci di svelare e spiegare "fatti" nuovi, ossia di ampliare l'orizzonte della nostra comprensione del "reale". I programmi che, al contrario, tendono a ripiegarsi sui propri assiomi e regole, trattando il "reale" o come mera istanza confermativa dei medesimi o come sorgente di inesplicabili anomalie, sono detti «regressivi» o «statici» (cfr. *Crescita e critica della conoscenza*, a cura di Lakatos e Musgrave, Milano, 1993 [ed. or. inglese 1970]). Nel caso che ci riguarda gli indizi di "staticità" non mancano. Si pensi – a titolo puramente esemplificativo – alla propensione a inquadrare ogni dirompente iniziativa presa dal Consiglio di sicurezza, soprattutto

nel periodo successivo alla fine della Guerra Fredda, nel capitolo VII della Carta delle Nazioni Unite, in particolare nell'inesauribile (e amorfa) categoria delle misure non implicanti l'uso della forza. E che dire, più in generale, della tendenza a "spiegare" la produzione di norme generali secondo l'immarcescibile canone della consuetudine internazionale, facendo leva, in particolare, su presunte acquiescenze degli Stati, cui in ultima analisi, e in mancanza di meglio, tutto *deve* ricondursi? Con ciò non si vuol dire che i difensori della tradizione non si aggiornino; è vero il contrario. Pare tuttavia che non vi sia stimolo empirico in grado di mettere a soqquadro i loro assiomi. La scienza internazionalistica è in generale aperta alle sempre crescenti sollecitazioni del "reale", ma le assorbe nei suoi schemi con una certa imperturbabilità.

6. Mi sembra che la prestazione teorica di Picone sfugga alle difficoltà appena segnalate. La garanzia della sua rilevanza politica risiede naturalmente nella decisione di *tenere insieme* potere e diritto, di mantenere tra l'uno e l'altro un contatto dialettico. Per Picone – se sono riuscito ad afferrare almeno in parte la radice del suo pensiero – il diritto è una *particolare* manifestazione del potere; e poiché nella società internazionale il potere non è uniformemente distribuito, il diritto è prodotto in misura preponderante dagli Stati nelle cui mani si concentrano risorse e strumenti utili a influenzare le condotte altrui: sono le celeberrime (famigerate per alcuni) «forze prevalenti della Comunità internazionale», che possono storicamente incarnarsi in un concerto di Grandi Potenze, in uno Stato dominante, in una pluralità di Stati in lotta per l'egemonia, ma anche nella classe capitalistica transnazionale, ecc. (PICONE, "Obblighi reciproci", cit., pp. 20-21, riprende questa categoria sociologica dall'opera di Quadri, v., in particolare, il suo *Diritto*, cit., p. 119). I «principi costituzionali» che tali forze esprimono possono essere di carattere formale, come le norme sulla produzione giuridica (ad es., *consuetudo est servanda*), ma anche materiale, per cui gli obblighi *erga omnes* (di cui Quadri non parla) possono emergere sia attraverso l'ordinario canale del diritto consuetudinario, che almeno in linea di principio opera secondo un criterio di uguaglianza tra Stati, sia, in via più immediata e spontanea – oltre che prevalente – sotto forma di principi costituzionali. Gli Stati sono formalmente uguali *uti singuli*, ossia in quanto soggiacciono al diritto internazionale; non lo sono invece necessariamente quando da soli o in gruppo – e comunque in via unilaterale – gestiscono *uti universi* le funzioni di produzione, accertamento e attuazione coercitiva del diritto (QUADRI, *op. cit.*, p. 28). In un caso

o nell'altro, poco importa che al formarsi di tali norme, o alle azioni intraprese in vista della loro attuazione, concorra, magari attraverso contegni puramente passivi o esprimendo "convincimenti giuridici" del tutto insinceri, una massa di soggetti timorosi o servili (un "gregge", secondo la metafora che compare nel commento di Pasquet). O meglio: importa solo a chi crede che non si dia "vero" diritto internazionale generale che non sia il prodotto di libere adesioni, ossia "buono" almeno dal punto di vista formale. Ma, come insegna un maestro del realismo giuridico, Enrico Pattaro, «il diritto è un'opinione, chi ne ha i mezzi ce la impone» (PATTARO, *«Opinio iuris». Lezioni di filosofia del diritto*, Torino, 2011, la frase compare nel frontespizio dell'opera come sottotitolo). E, infatti, quali rimedi predispone l'ordinamento internazionale a tutela di chi ritiene di aver espresso un'*opinio iuris… obtorto collo*? E quali mezzi di prova ammette a tal fine? Quando sussiste, il dissenso dei soggetti meno forti, non importa se silenzioso o mascherato da adesione, non impedisce lo sviluppo del diritto internazionale generale in una determinata direzione; vi contribuisce.

C'è qualcosa di moralmente riprovevole in questa visione del mondo giuridico? No. Ed è facile rendersene conto non appena si riconosce che essa presuppone una radicale separazione tra diritto e morale. «[S]i hanno norme internazionali sicuramente ingiuste ed immorali», osserva Quadri; e ancora: «il diritto internazionale può essere ed è assai spesso immorale» (*op. cit.*, pp. 37, 39). Siamo lontani da un'apologia del potere. Un positivismo rigoroso non la consente: la vera apologia del potere è l'elogio del diritto vigente.

Suppongo che alla base della riflessione di Picone vi sia un positivismo altrettanto rigoroso, benché nella sua opera non si trovino le asperità antimetafisiche di sapore "scandinavo" qua e là esibite da Quadri, secondo il quale – è bene ricordarlo – il dovere in senso giuridico «non è altro che un giudizio determinato dall'incidenza del comando e dalla minaccia che esso contiene e non è dunque che un modo di rappresentarsi le conseguenze del comando»; tutto il resto, a suo avviso, è «pura metafisica» (*ibidem*, pp. 41-42). Per Picone esiste invece una *morale del diritto*, altrimenti non avrebbe senso la *lamentela* che compare in uno dei brani a mio avviso più eloquenti del suo ultimo intervento: «Mancano invece, come al solito, dichiarazioni significative degli Stati, e in particolare degli stessi Stati Uniti, volte a definire il contesto e/o il quadro normativo di riferimento dell'intervento medesimo. Sarebbe giunto, lo diciamo con consapevole ingenuità, il momento di chiedere agli Stati, per mettere ordine nell'intera materia, una maggiore chiarezza e responsabilità rispetto

ai comportamenti che assumono». Poiché gli Stati più forti comunque gestiscono affari di comune interesse, è giusto e sensato pretendere che esercitino la loro egemonia senza eludere la forma giuridica, che non è una qualunque manifestazione del potere, ma quella con cui il potere stesso cerca di legittimarsi in termini di giustizia o perlomeno di «correttezza» (cfr. ALEXY, "Law as Correctness", *Current Legal Problems*, 1998, p. 205 ss.). È d'altronde dagli inizi degli anni Ottanta del secolo scorso che Picone, avendo intravisto il realizzarsi di «processi di "verticalizzazione normativa", in particolare l'emergere e l'espandersi degli obblighi "*erga omnes*"», si è fatto portavoce dell'esigenza «di giungere a una loro maggiore "regolamentazione" e "formalizzazione"» (PICONE, "Obblighi reciproci", cit., p. 27).

Da quanto precede può desumersi che il programma di ricerca riconducibile alla prestazione teorica di Picone è duplice. Esso comprende anzitutto *un filone giusrealistico*, il cui scopo essenziale, nelle parole dell'autore, resta quello di «ricostruire il modo di essere "reale" della costituzione (o, se si vuole della costituzione materiale) dell'ordinamento internazionale» (PICONE, "Capitalismo finanziario", cit., p. 26). Questo filone di ricerca può vantare molti successi, tra cui, per limitarsi a qualche esempio, l'elaborazione di una sofisticata tipologia delle autorizzazioni del Consiglio di sicurezza (v., soprattutto, PICONE, "Le autorizzazioni all'uso della forza tra sistema delle Nazioni Unite e diritto internazionale generale", *Rivista di diritto internazionale*, 2005, p. 5 ss., riprodotto in ID., *Comunità internazionale*, cit., p. 443 ss.), l'individuazione della possibile *radice giuridica* del carattere ostinatamente discriminatorio della giustizia penale internazionale (cfr. PICONE, "Sul fondamento giuridico del Tribunale penale internazionale per la *ex* Iugoslavia", *La Comunità internazionale*, 1996, p. 3 ss., riprodotto in ID., *Comunità internazionale*, cit., p. 295 ss.) e, sempre in questo ambito, l'elegante risoluzione del "paradosso Tadić" (quello del tribunale che si ritiene investito dell'autorità di stabilire se l'atto che lo istituisce è legittimo, sciolto dalla Camera d'appello del Tribunale penale *ad hoc* per l'*ex*-Jugoslavia con il… tolemaico epiciclo del giudizio "solo incidentale"; cfr. ivi, pp. 20-21). Più in generale si può dire, ricorrendo ancora una volta alla terminologia di Lakatos, che il nucleo teorico della riflessione piconiana – che consiste nell'individuazione di forme di gestione dell'interesse collettivo non riconducibili alla cornice onusiana e incardinate nel diritto internazionale generale – si è rivelato in grado di produrre articolate ipotesi sulla forma giuridica di fenomeni complessi e in gran parte nuovi, esibendo quindi un carattere

senz'altro «progressivo» e – verosimilmente – adatto ad accompagnare nuove incursioni nel "reale".

7. Questi trionfi si celebrano tuttavia in un'atmosfera malinconica, se non tragica, il cui aleggiare si deve all'altra anima del programma di ricerca piconiano, quella *razionalista e militante*. È da questa seconda anima che emerge l'ingiunzione, rivolta agli Stati, di «mettere ordine nell'intera materia», come pure il tentativo, compiuto soprattutto negli ultimi scritti sull'organizzazione delle reazioni collettive a violazioni gravi di obblighi *erga omnes*, di precorrere la prassi disegnando le geometrie delle sue possibili evoluzioni (v. PICONE, "Il ruolo dello Stato leso nelle reazioni collettive alle violazioni di obblighi *erga omnes*", *Rivista di diritto internazionale*, 2012, p. 957 ss.; ID., "Le reazioni collettive ad un illecito *erga omnes* in assenza di uno Stato individualmente leso", ivi, 2013, p. 5 ss., entrambi riprodotti in ID., *Comunità internazionale*, cit., p. 593 ss. e 627 ss.). Sono costruzioni creative, certo, ma tutt'altro che "fantasiose", perché aderenti al concetto di un ordinamento acefalo e minuziosamente ideate, traendo ogni possibile spunto dal progetto di articoli sulla responsabilità degli Stati licenziato dalla Commissione del diritto internazionale nel 2001: una dogmatica realistica per tempi migliori, o per un mondo parallelo, dove il potere è gestito in modo più trasparente e responsabile.

La teoria piconiana degli obblighi *erga omnes* è stata sin dall'inizio edificata impiegando materiale proveniente dai lavori di codificazione sulla responsabilità degli Stati. In quella sede, soprattutto dalla seconda metà degli anni Settanta, e per oltre vent'anni, si è molto "sperimentato" sul tema della gestione di interessi imputabili alla comunità internazionale nel suo complesso. Poi è subentrato il fulmineo "Termidoro crawfordiano" (1997-2001), un quinquennio di semplificazioni, anche virtuose (Picone parla nel suo *post* di una «vulgata»), ma soprattutto segnato dalla volontà di smorzare gli slanci "pubblicistici" di un'epoca ritenuta ormai al tramonto e dal conseguente smantellamento di gran parte dell'infrastruttura normativa scaturita dall'immaginario "comunitarista" dei giuristi in quella breve fase storica (cfr. GATTINI, "A Return Ticket to 'Communitarisme', Please", *European Journal of International Law*, 2002, p. 1181 ss.).

Picone è rimasto un attentissimo lettore dei testi emergenti dai lavori di codificazione sulla responsabilità degli Stati. Se però all'inizio poteva sorvegliare, con gli occhi al cielo, i volumi di una cittadella in costruzione, ora si trova a percorrere – spesso con moti di sdegno, se non di disperazione! – un paesaggio di macerie, di strani

oggetti superstiti (gli obblighi *erga omnes* dissimulati nei panni del diritto imperativo), di voragini inquietanti e al tempo stesso, forse, promettenti, in particolare l'enigmatica clausola in bianco sulle «misure prese da Stati diversi dallo Stato leso» (art. 54), l'allusiva apertura sulle ulteriori possibili conseguenze prodotte da violazioni gravi di norme imperative (art. 41, par. 3) e la laconica definizione del rapporto tra la disciplina generale della responsabilità e il sistema delle Nazioni Unite (art. 59). Dopo quasi mezzo secolo di travagli, la Commissione del diritto internazionale ha approvato definitivamente il progetto di articoli sulla responsabilità degli Stati… qualche settimana prima dell'attentato delle Torri gemelle. Altre macerie, reali e figurate, da cui il moralistico idioma dell'egemone, che risuona anche nella guerra contro l'ISIS, è emerso inasprito e rafforzato.

È il rumore bianco che rende inudibile un'*opinio iuris* comunque balbettata e ondivaga. Come è giusto, l'anima razionalista e militante della teoria di Picone vi si contrappone.

24 settembre 2014

Quando la ragione non coincide necessariamente con la ragionevolezza: la pronuncia della Corte internazionale di giustizia nel caso della *Caccia alla balena nell'Antartico*

CHIARA RAGNI (*)

La sentenza del 31 marzo 2014 con cui la Corte internazionale di giustizia si è pronunciata sul caso della *Caccia alla balena nell'Antartico (Australia* c. *Giappone)*, solleva diversi spunti di riflessione, in particolare con riferimento al tema dell'interpretazione dei trattati e alla definizione in tale contesto di un appropriato *standard of review*. Va al riguardo rilevato che quest'ultimo concetto, già ampiamente utilizzato da altri tribunali internazionali (cfr. anzitutto la Corte europea dei diritti umani, con riferimento all'elaborazione della teoria del margine di apprezzamento, la cui applicazione nel caso di specie era stata peraltro inizialmente invocata dal Giappone), aveva fino ad oggi ottenuto scarsissimo riconoscimento da parte della Corte dell'Aja.

Il caso riguarda la Convenzione internazionale del 1946 sulla regolamentazione della caccia alle balene (ratificata da entrambi gli Stati parte alla controversia) ed in particolare la conformità ad essa della concessione da parte del Giappone di permessi di cattura e uccisione delle balene ai fini dello svolgimento di ricerche scientifiche.

(*) Università di Milano.

Stipulata al fine di circoscrivere e regolamentare le operazioni di caccia alle balene e garantire la conservazione e l'accrescimento di questi cetacei, la Convenzione prevede, all'VIII, che uno Stato contraente «may grant to any of its nationals a special permit authorizing that national to kill, take and treat whales for purposes of scientific research subject to such restrictions as to number and subject to such other conditions as the Contracting Government thinks fit». La stessa disposizione detta poi alcuni obblighi di carattere procedurale a carico dello Stato, il quale deve notificare le concessioni, da esso accordate, alla Commissione istituita ai sensi della Convenzione (d'ora innanzi «IWC» per International Whaling Commission) e trasmettere periodicamente le informazioni scientifiche disponibili, nonché i risultati relativi alle ricerche condotte sulle balene, al Comitato scientifico da essa designato. Quest'ultimo, conformemente alla sua competenza a emettere raccomandazioni di valore non vincolante, ha definito alcune linee guida cui gli Stati dovrebbero conformarsi onde realizzare gli obiettivi della Convenzione.

L'interpretazione della norma, invocata dal Giappone a giustificazione dei permessi accordati nell'ambito della seconda fase del programma c.d. JARPA (JARPA II), è quindi tema centrale della controversia e del ragionamento della Corte. Essa in particolare ha dovuto stabilire se le autorizzazioni contestate fossero state accordate «for purposes of scientific research» o se invece, come sostenuto dall'Australia, la loro concessione non fosse in realtà che un modo per aggirare la normativa internazionale in materia di caccia alle balene, mascherando, dietro a considerazioni di tipo scientifico, interessi di altra natura e principalmente di carattere economico e commerciale (par. 101 della sentenza).

Il dibattito che ha preceduto l'adozione della sentenza e che ha visto protagonisti non solo gli Stati direttamente coinvolti nella controversia (tra cui la Nuova Zelanda, intervenuta in causa, ai sensi dell'art. 63 dello Statuto della Corte), ma anche studiosi ed esperti della materia, si è concentrato, in larghissima misura, sulla portata della nozione di interesse scientifico e, ancor più, sullo *standard of review* da adottare nella definizione di tale parametro. L'art. VIII infatti non chiarisce se spetti allo Stato piuttosto che alla Corte internazionale di giustizia, ovvero agli organi di controllo stabiliti dalla Convenzione, il compito di determinare l'esistenza di un interesse di natura scientifica, né quali sono gli elementi in cui esso si sostanzia, né infine la sua rilevanza ai fini del giudizio sulla conformità delle concessioni alle norme convenzionali; problemi questi con cui in varia misura la Corte si confronta, chiarendo, fin da subito, che scopo

del suo ragionamento è quello di stabilire quali sono i parametri rilevanti per decidere se una misura sia stata adottata «for purpose of scientific research» e se quindi, alla luce dei medesimi, essa debba ritenersi conforme all'art. VIII della Convenzione.

Tale norma, secondo la Corte, va intesa anzitutto nel senso che l'interesse scientifico non deve essere soltanto compreso fra quelli verso cui le misure oggetto della concessione sono finalizzate, dovendosi piuttosto dimostrare la sua centralità e prevalenza rispetto a ulteriori possibili fini che l'uccisione delle balene potrebbe concorrere a realizzare, i quali in ogni caso non giustificano il ricorso all'art. VIII.

Al fine poi di verificare che le misure concesse dal Giappone soddisfino i requisiti stabiliti dalla Convenzione, la Corte dichiara che il criterio di cui intende avvalersi è quello della *ragionevolezza*, che viene per la prima volta espressamente indicato come lo *standard of review* da utilizzare per valutare la conformità con il diritto internazionale del comportamento dallo Stato. L'applicazione di tale parametro comporta, a giudizio della Corte, l'esigenza di valutare due aspetti. In primo luogo, se le concessioni accordate dal Giappone siano funzionali allo svolgimento di ricerche di carattere scientifico – concetto questo su cui peraltro la Corte non si pronuncia, ritenendo sufficienti le conclusioni raggiunte dagli esperti, ed in particolare del Comitato stabilito ai sensi dell'art. VIII (cfr. par. 127 della sentenza, in cui espressamente si dice che le attività oggetto del programma JARPA II rientrano nella definizione di ricerca scientifica). In secondo luogo, e soprattutto, se i metodi utilizzati per la cattura e lo sfruttamento delle balene, implicanti la morte dei cetacei, siano ragionevolmente commisurati e necessari al conseguimento degli obiettivi perseguiti (ivi, paragrafi 67 e 127 ss.).

I parametri su cui si fonda il giudizio di ragionevolezza espresso dalla Corte riguardano essenzialmente il possibile utilizzo di metodi non letali ugualmente efficaci ai fini della ricerca (ivi, par. 144), criterio questo indicato nelle linee guida del Comitato, o la possibilità di ottenere lo stesso numero di informazioni e dati uccidendo una minore quantità di balene (ivi, par. 147 ss.). Al fine di verificare l'esistenza di tali condizioni la Corte si basa in larga misura sulle valutazioni espresse dagli esperti (dando apparentemente maggior peso a quelli nominati dall'Australia), per poi concludere, sulla scorta di ragionamenti non sempre convincenti, che: «the programme's design and implementation are [not] reasonable in relation to achieving its stated objectives. The Court concludes that the special permits granted by Japan for the killing, taking and treating of whales in

connection with JARPA II are not "for purposes of scientific research" pursuant to Article VIII, paragraph 1, of the Convention» (par. 227). In particolare la Corte si sofferma sui dati riguardanti il numero di balene catturate e uccise, rilevando una sproporzione rispetto alle finalità indicate dal programma. Essa arriva quindi a chiedersi, in via dubitativa, se il Giappone, come ritenuto dall'Australia, non intendesse in realtà perseguire finalità diverse da quelle dichiarate (par. 209), alludendo quindi a una possibile malafede dello Stato (par. 212; in senso conforme a questa lettura della sentenza si veda l'opinione dissenziente del giudice Yusuf, par. 54).

Al riguardo ci si chiede se questa affermazione, espressa in chiave dubitativa, non avrebbe dovuto essere piuttosto suffragata da «éléments particulièrement solides, que le débats n'ont pas fait apparaitre», onde dimostrare che il programma JARPA II era nella sostanza finalizzato a obiettivi diversi rispetto a quello della ricerca scientifica (par. 29 dell'opinione dissenziente del giudice Abraham; nel medesimo senso cfr. par. 22 dell'opinione dissenziente del giudice Owada). In altre parole ci si domanda se, in assenza di prove precise e concordanti del comportamento sleale di uno Stato, non valga il principio di carattere generale per cui è la buona fede a dover essere presunta (cfr. par. 21 dell'opinione di Owada). Tale presunzione non ha in questo contesto carattere assoluto e può essere superata dalla dimostrazione che lo Stato ha consapevolmente aggirato gli obblighi internazionali che su di esso incombono, violando al contempo il fondamentale principio secondo cui «every treaty in force is binding upon the parties to it and must be performed by them in good faith» (art. 26 della Convenzione di Vienna sul diritto dei trattati). Nella specie e ai fini dell'art. VIII della Convenzione, il rispetto del principio di buona fede comporta l'obbligo per lo Stato di determinare, secondo parametri oggettivi e facilmente verificabili, l'esistenza di un interesse scientifico rilevante e di accordare soltanto le concessioni aventi ad oggetto misure che siano funzionali alla sua realizzazione. Sulla base del regime previsto dalla Convenzione, la verifica dell'adempimento di tali obblighi viene anzitutto effettuata dal Comitato, che esprime pareri tecnici sui programmi che gli vengono notificati. Questa procedura implica, come correttamente sostenuto nella sentenza, seppure in una diversa prospettiva, un giudizio di ragionevolezza sul comportamento dello Stato.

Quello che non convince pienamente nel ragionamento della Corte sono i parametri che essa utilizza per operare tale valutazione. Essa infatti, al fine di verificare se «the killing, taking and treating of whales in pursuance of JARPA II is *for purposes*

of scientific research», alla luce del menzionato *standard of review*, si chiede «whether the design and implementation of JARPA II are reasonable in relation to achieving the programme's stated research objectives», utilizzando quindi come criterio di analisi il rapporto tra l'obiettivo scientifico dichiarato e i metodi utilizzati per realizzarlo (in senso critico sulle modalità seguite nell'applicare lo standard di ragionevolezza cfr. l'opinione di Owada, par. 42). Questo giudizio implica, cosa che d'altra parte si evince dalla stessa sentenza, l'acquisizione, l'elaborazione e l'esame comparativo di informazioni e di dati di natura tecnico-scientifica, su cui il Comitato scientifico, nell'ambito delle sue competenze, si era già pronunciato ai sensi della Convenzione (sulla importanza del ruolo del Comitato a questo riguardo cfr. l'opinione di Yusuf, par. 61). Tale compito non dovrebbe spettare, in via di principio, alla Corte, la quale, «as a court of law, [has] the power to interpret and apply the provisions of the Convention *from a legal point of view*» (par. 20 dell'opinione di Owada). Il giudizio di ragionevolezza avrebbe quindi probabilmente potuto basarsi sulla verifica dell'adempimento, da parte del Giappone, di tutti gli obblighi, anche e soprattutto di natura procedurale, specificamente preposti all'obiettivo di favorire e garantire il controllo sulla rispondenza delle autorizzazioni accordate dallo Stato con le finalità perseguite dalla Convenzione. Ci pare d'altronde che questo ragionamento sia in linea con la precedente giurisprudenza della Corte. Ad esempio nel caso *Pulp Mills*, relativo, *latu sensu*, alla conformità dello sfruttamento di risorse naturali con gli obblighi internazionali di protezione dell'ambiente – come pare doversi certamente qualificare anche quello della tutela delle balene da sfruttamenti arbitrari od eccessivi – essa aveva utilizzato, come parametro per valutare la correttezza del comportamento tenuto dallo Stato, l'espletamento da parte del medesimo di adempimenti di carattere evidentemente procedurale, quali la verifica preventiva dell'impatto ambientale di una determinata misura ai fini della sua autorizzazione (cfr. par. 177 della sentenza *Pulp Mills*; sulla buona fede come *standard of review* e sulla rilevanza dell'adempimento di obblighi procedurali come parametro per verificare la ragionevolezza del comportamento dello Stato cfr. anche la dichiarazione del giudice Keith nel caso Djibouti).

Alla luce di queste riflessioni, è lecito chiedersi se l'applicazione di uno standard di ragionevolezza non comportasse (e forse in essa non si esaurisse) un'indagine approfondita sul corretto adempimento degli obblighi procedurali e di diligenza imposti dalla Convenzione,

tenuto debitamente conto dalle linee guida e dei pareri espressi dalla IWC e dal Comitato scientifico – cui probabilmente la Corte avrebbe potuto riconoscere maggiore rilevanza, non tanto, giustamente, in termini di prassi successiva (cfr. paragrafi 46 e 83 della sentenza), ma piuttosto in quanto norme di *soft law* in grado di orientare i comportamenti dello Stato e di verificarne, a posteriori, la correttezza –, piuttosto che risolversi in un'analisi di informazioni e dati tecnici, la cui interpretazione e valutazione da un punto di vista scientifico esula dalle competenze della Corte (cfr. su questo aspetto l'opinione di Owada, par. 25).

11 aprile 2014

Is the Intention of the Parties at the Heart of Interpretation? Some News about Subsequent Practice from The Hague

LUIGI CREMA (*)

During these first months of 2014 the International Court of Justice (ICJ) has already issued two decisions: recently, and receiving much public attention, in *Whaling in the Antarctic (Australia* v. *Japan)*; and in January, creating less ripples in the community of international lawyers, on the delimitation of the sea between Peru and Chile (*Maritime Dispute*). Both disputes raise many interesting points, although on very different topics. The former deals with the alleged illegality of the conduct of a state according to a multilateral treaty. The latter involves the maritime delimitation between two states decided by the Court, in part by inferring a tacit agreement not even mentioned by the parties in their pleadings, and in part by drawing an equidistant line. The decisions offer many interesting features for consideration. Here, we will focus on what both decisions have in common: that they discuss the interpretation of an agreement, explicit or tacit, and the role played (or not played) by the intention of the parties and their subsequent practice.

The facts of the *Whaling* case are known to the readers (see above, p. 291 ff.). The heart of the dispute was the interpretation of Article VIII of then International Convention for the Regulation of Whaling («ICRW» or «Whaling Convention»), regulating the use of whales for purposes of scientific research (see para. 51 of the judgment). Australia pointed to several resolutions passed by the Inter-

(*) Università di Milano.

national Whaling Commission («IWC» or «Commission») to interpret this provision that would exclude the possibility of making recourse to lethal methods, notwithstanding Art. VIII explicitly encompasses this possibility. The Commission is an organ created by the Whaling Convention composed of all the states parties. According to the Whaling Convention Art. VI, the Commission has the power to «make recommendations to any or all Contracting Governments on any matters which relate to whales or whaling and to the objectives and purposes of this Convention» (cf. Art. VI and paras. 46, 51 and 79 ff. of the judgment). It also has the more fundamental power to issue guidelines and modify the obligations deriving from the treaty itself through amendment to the Schedule (an instrument regulating the effective functioning of the Convention, cf. Arts. I, III, and V of the ICRW, and paras. 44 and 45 of the judgment). According to Australia, several resolutions adopted in the past by the Commission imply a dynamic interpretation of Art. VIII (paras. 78-79 of the judgment). However, the Court rejected the Australian argument with a textual interpretation of Art. 31(3) of the Vienna Convention on the Law of Treaties of 1969 («VCLT»): «[M]any IWC resolutions were adopted without the support of all States parties to the Convention and, in particular, without the concurrence of Japan. Thus, such instruments cannot be regarded as subsequent agreement to an interpretation of Article VIII, nor as subsequent practice establishing an agreement of the parties regarding the interpretation of the treaty within the meaning of subparagraphs (a) and (b) [of Art. 31(3) VCLT]» (para. 83).

By refusing to consider a body of resolutions passed by a Commission in which all the members are represented, the Court shows itself to be attentive to the intention of all the parties, as expressed in the text, declining to adopt any creative interpretation. The Court, in fact, does not give any interpretive weight to these resolutions because of some evident diversity of opinion among the members. The same approach can also be found in the Individual Opinion of Judge Greenwood which describes the practice of Art. 31(3)(b) as requiring the simultaneous fulfillment of three conditions: that the practice come from the parties, in the application of the interpreted treaty, and that it show agreement among them. He writes: «Where a treaty creates a body such as the International Whaling Commission in which all the member States are represented, resolutions adopted by that body form part of the subsequent practice of the parties to the treaty. As such, they are capable of constituting an aid to the interpretation of the treaty, in accordance with the principle set out in

Article 31(3)(b) of the 1969 Vienna Convention on the Law of Treaties. However, subsequent practice is valuable as an aid to the interpretation of a treaty only to the extent that it establishes the agreement of the parties. […] Far from establishing the agreement of the parties to the Convention, these resolutions demonstrate the absence of any agreement and cannot, therefore, be relied on to sustain an interpretation of the Convention which can bind Japan» (para. 6).

Greenwood goes on, stressing that the nature of the Whaling Convention as a living instrument does not allow for shortcutting the procedures in place to amend it, given the clear rules establishing the amendment and evolution of the Convention (*ibidem*, para. 7). While this conclusion is correct, the quoted premise he expresses seems overly categorical. The Court and Greenwood are very clear in interpreting the content of Art. 31(3)(a) and (b), but they do not consider whether the recommendations of the Commission, or the subsequent practice of the parties in general, may have interpretive relevance *outside* Art. 31(3)(b) of the VCLT.

In previous decisions the ICJ did not limit itself to considering subsequent practice in light of Art. 31(3)(b), but also as an additional interpretive element, under Art. 32 (*Kasikili/Sedudu Island (Botswana/Namibia)*, 1999, para. 80; *Sovereignty over Pulau Ligitan and Pulau Sipadan (Indonesia/Malaysia)*, para. 80; *Legality of the Use by a State of Nuclear Weapons in Armed Conflict*, para. 27; *Pulp Mills on the River Uruguay (Argentina* v. *Uruguay)*, para. 53), or to clarify the object and purpose of a treaty or its interpretation as a whole (*Oil Platforms (Iran* v. *United States)*, paras. 29–30; *Constitution of the Maritime Safety Committee of the IMCO*, pp. 167-169). These further possibilities, although not expressed in the Court's decision, emerge not only in previous ICJ decisions, but also in several individual opinions of the *Whaling* case. For example, Judge *ad hoc* Charlesworth raises this point in regard to the role of the resolution in determining the extent of the «duty to cooperate» deriving from the ICRW: «Since the moratorium on commercial whaling came into effect in the 1985/1986 pelagic and 1986 coastal seasons, most IWC resolutions on special permit whaling have attracted a number of negative votes, which precludes them as evidence of the parties' agreement on the ICRW's interpretation. However, there remain some significant resolutions that were adopted by consensus and thus must inform the interpretative task. I note that resolutions adopted by a vote of the IWC have some consequence although they do not come within the terms of Article 31.3 of the Vienna Convention. Particularly when they are adopted by a large majority of IWC

members, the resolutions are relevant to the duty of co-operation, discussed below» (Separate Opinion, para. 4).

Another interesting observation on the possible role of the practice of the parties, even when not all the conditions set by Art. 31(3)(b) are met, is described by Judge Xue. Without referring to Art. 31 or 32 of the VCLT, she notes the importance of subsequent practice in balancing the weight of the two purposes of the convention («sustainable exploitation of whales» and «their conservation», as indicated by the ICJ itself at para. 55 of the judgment): «In the course of its 68 years' operation since 1946, the Convention, as an evolving instrument, has undergone considerable change by way of its Schedule amendments. Although terms on scientific whaling under Article VIII remain intact, various restrictions on commercial whaling for purposes of conservation have indeed exerted a creeping effect on the way in which scientific research may be conducted, particularly with respect to methodology and scale of sample size. Notwithstanding policy differences between the anti-whaling group and the whaling parties, the parties have generally recognized the importance of conservation for the protection of whale resources» (Separate Opinion, para. 12).

In short, it seems overly simplistic, and out of line with previous ICJ decisions, to use the specific dynamic described by Art. 31(3)(*b*) as a strict limitation on the potential interpretive aid offered by subsequent practice (in this case, resolutions adopted by a body in which all the member states of a treaty are represented).

The *Peru* v. *Chile* case is very different, as is the approach taken by the Court in that case. It does not deal with a multilateral treaty but rather with declarations and agreements (explicit and tacit) between the two countries, and between them and Ecuador. These agreements regulate specific situations concerning the Pacific Ocean, its protection, and its exploitation, and they do not establish any supervisory body. However, in this case too, as in the previous one, the Court faced a problem of interpretation and ascertainment of the intention of the parties, in particular of the 1952 Santiago Declaration (that, notwithstanding the name, is a treaty: cf. para. 48 of the judgment), of several agreements of 1954, and of a tacit agreement emerged in between the two. The Court sought to clarify three questions: whether the parties to these agreements intended to establish a lateral limit to their respective portions of Ocean, the method they adopted to establish it, and the length of the delimitation line from the coast (whether 200 miles or less).

In its decision, the Court first interprets the 1952 Santiago Dec-

laration with a careful analysis, using the VCLT: it considers the text, in light of the object and purpose, the immediate context and the *travaux préparatoires* (para. 57 ff.). The Court does not consider other events subsequent to that stipulation – at least to interpret the 1952 Declaration –, does not mention Art. 31(3)(b) and subsequent practice, and concludes that the parties did not intend to delimit their respective portions of Ocean. The Court then, from the use of the present tense in a treaty of 1954 (paras. 81 and 90-91), infers the existence of a tacit agreement between the two parties, cemented by some subsequent events, in particular the arrangements on lighthouses (paras. 96-99) and the fishing activities conducted by private entities (paras. 103-111). Here, the Court is not interpreting a text, and, therefore, does not invoke the Vienna Convention and Art. 31(3)(b). Rather, it investigates the content of the tacit agreement: the subsequent practice of the parties and of private entities such as fishermen is considered as evidence of the content of the agreement. However, their dynamic is similar: subsequent practice is, in both cases, used to interpret a treaty and to ascertain the intention of the parties. In fact, two dissenting opinions refer to all these subsequent agreements and practices to interpret, in a convincing way, the 1952 Declaration (Joint Dissenting Opinion of Judges Gaja, Xue, Bhandari, and Judge *ad hoc* Orrego-Vicuña, paras. 9-34, on contemporaneous and subsequent agreements and practice; Separate Opinion of Judge *ad hoc* Orrego-Vicuña, paras. 20-29). The joint dissenting opinion concludes: «The text of paragraph IV of the 1952 Santiago Declaration implies that the parallel that passes through the point where the land frontier reaches the sea represents the lateral boundary of the general maritime zones of the Parties, which, on the basis of the Parties' maritime claims as pronounced in the Santiago Declaration, extends for 200 nautical miles. Some subsequent agreements concluded between the Parties confirm this interpretation of the Declaration, in particular the 1954 Agreement, the 1955 Protocol and the 1968 agreement. These instruments provide a solid legal basis for the existence of a maritime boundary that extends along the parallel for 200 nautical miles from the continental coasts of Peru and Chile» (para. 35).

In the decision, the Court does not appear very consistent in its position toward the intention of the parties. It first takes a strict approach in interpreting the 1952 Santiago Declaration; notwithstanding a lack of clarity in the agreement, the Court does not venture beyond a narrow use of text, context, object and purpose, and preparatory works, and does not use subsequent practice to inform its inter-

pretation of it. Then, the Court's regard for the intention of the parties appears to diminish: it quite freely declares the existence of a tacit agreement, and the same practices that it might have used to interpret the Declaration of 1952 are then used to investigate the content of this agreement. However, the evidence cited by the Court in support of the existence of the tacit agreement seems to be neither conclusive nor strongly convincing. This weakness is stressed by several separate opinions (Declaration of President Tomka, paras. 2 ff. and 25; Separate Opinion of Judge Owada, paras. 5-6 and 12; Dissenting Opinion of Judge Sebutinde, paras. 2 and 12). It seems more respectful of the intention of the parties to use subsequent practice and agreements in the interpretation of the 1952 Declaration, as highlighted by the joint dissenting opinion quoted above, rather than the path taken by the Court with its finding of the tacit agreement.

To sum up, what is new about intention of the parties, interpretation and subsequent practice after these two ICJ decisions? They deal with different situations, having in common the fact that the Court interprets agreements and considers the role of subsequent practice. In the *Whaling* case the Court is careful to adhere closely to the text of the treaty and the intention of the parties: it does refer to Art. 31(3)(b), and in doing so it seems to focus excessively on that provision, forgetting other potential interpretive roles of subsequent practice. The *Maritime Delimitation* judgment does refer to subsequent practice to deduce the content of a tacit agreement, and not to interpret an agreement of 1952 although doing so may have been wise. In fact, its decision ignores a rich set of agreements and practice by the parties to interpret an explicit agreement, only to later rely on a thin set of practices to flesh out a tacit agreement whose existence does not seem very well demonstrated.

It thus seems that, while the ICJ is actively addressing the issue of subsequent practice, the members of the Court have not yet arrived at an organic, shared position on the roles of subsequent practice in interpreting treaties.

9 May 2014

Is the Services Agreement with China a Trojan Horse for Taiwan?

CHIEN-HUEI WU (*)

Taiwan-China relations are one of the best examples illustrating the insanity of international relations. Taiwan, a tiny island with its official name of Republic of China (ROC) had represented the Chinese mainland in the United Nations with veto power until 1971 when the General Assembly adopted resolution 2758 recognizing the People's Republic of China (China, or the PRC) as «the only legitimate representative of China to the United Nations». In the multilateral trading system, the ROC was among the 23 founding Contracting Parties to the General Agreement on Tariffs and Trade (the GATT), but soon withdrew from the GATT after the Chinese civil war broke up and the ROC retreated to Taiwan in 1949. While Taiwan later applied for GATT observer status, this status was withdrawn as a consequence of the above mentioned resolution. Nonetheless, by virtue of the unique constitutional feature of the GATT/WTO system, Taiwan applied for the GATT and later WTO membership and acceded to the WTO in 2002 as a separate customs territory. Therefore, the WTO provides for a unique situation where Taiwan and China (also Hong Kong and Macau) co-exist (see WU, "A New Landscape in the WTO: Economic Integration Among China, Taiwan, Hong Kong and Macau", *European Yearbook of International Economic Law*, 2012, p. 241 ss.).

At the domestic level, the political climate between Taiwan and China has significantly changed over the past decades, moving from hostility to reconciliation (or unification). The perception and defini-

(*) Institute of European and American Studies, Academia Sinica.

tion of Taiwan-China relations is also subject to change. The former President Lee Teng-Hui defined the Taiwan-China relations as a special State-to-State relationship while the current President Ma Ying-jeo defines the relations as «One Country Two Areas». In line with this principle of One Country Two Areas, Ma has conducted negotiations and concluded a number of agreements with China since his victory of Presidential election in 2008. Among these agreements, the Economic Cooperation Framework Agreement (ECFA) and the Cross-Strait Agreement on Trade in Services (Services Agreement) are of greatest importance. The latter led to the occupation of legislature in Taiwan (referred to as Sunflower Movement). The ECFA is an interim agreement leading to the formation of a free trade area between Taiwan and China and may find its legal basis in Art. XXIV of the GATT 1994 (and Art. V of the GATS) while the Services Agreement finds its legal basis in Article V of the GATS. The ECFA and the Services Agreement are unique in many ways.

Seen from the perspective of the WTO law, the ECFA and Services Agreement are (interim) FTAs leading to the formation of a free trade area concluded by two WTO Members. From the perspective of public international law, they are international agreement concluded by a sovereign state and an unrecognized state. However, seen from domestic law, given that China claims that Taiwan is part of China and that the current Taiwanese President, Ma, sees the Taiwan-China relations as «One Country Two Areas», the ECFA and Services Agreement are not "international" agreement in terms of domestic law. Also, both Taiwan, due to the political ideology of Ma's administration, and China choose not to internationalize the ECFA and the Services Agreement in the WTO context and thus resist from notifying the WTO with a view to avoiding the screening process under the Committee of Regional Trade Agreement (CRTA). However, such approach may risk alienating the ECFA and Service Agreement from the multilateral framework. Such approach is especially reckless given that the dispute settlement mechanisms provided in the ECFA and the Services Agreement are based on a mutually satisfactory agreement. As power asymmetry is a common drawback of bilateral negotiations, this mechanism, by resolving dispute through a mutually satisfactory agreement, would inevitably be dominated by power politics, power-oriented rather than rule-based.

Seen from the viewpoint of political economy, the ECFA and the Services Agreement represent an opportunity of reconciliation and closer integration between Taiwan and China. At the same time,

they are agreements Taiwan concluded with a counterpart which asserts that Taiwan is an unalienable part of its territory and which is obliged under an Anti-Secession Law to use force were Taiwan to «act under any name or by any means to cause the fact of Taiwan's secession from China, or that major incidents entailing Taiwan's secession from China should occur, or that possibilities for a peaceful reunification should be completely exhausted». Therefore, in view of the threat of China, Taiwan's negotiations with China have to be conducted in a prudent manner and the popular trust is indispensable for their support. Unfortunately, such prudence and trust is missing, in particular in relation to the Services Agreement.

The recklessness of Taiwan's negotiators can be seen both during the negotiation and the ratification phase of the Services Agreement. During the negotiations processes, there was no impact assessment or feasibility study. Besides, the liberalization agenda is largely influenced by dominant industry sectors, such as financial services. By contrast, most affected industries have not been consulted. As a consequence, the negotiations are influenced by powerful interest groups at the expense of vulnerable sectors. Furthermore, mechanisms for facilitating domestic affected industries to survive the transitory liberalization process are not in place. These combined factors lead to a wealth redistribution in reverse and exacerbate the economic inequality. Finally, the adoption of the Services Agreement may worsen the hollowing-out trend of Taiwan's economy as a large number of industries have migrated to China for cheaper labor and lower environmental standards. This trend results in the growing unemployment rate and decreasing salary in Taiwan, in particular for the younger generation.

In addition to social and economic impacts, the negotiations of Service Agreement have also posed a serious challenge to Taiwan's young democracy. The congressional oversight of negotiation processes is not possible since the executive branch has persistently refused to disclose relevant information on grounds of confidentiality. As the Service Agreement enters the stage of ratification, the executive branch still declines to disclose who is in charge of the negotiations. Even worse, as Taiwan's current government does not define the Services Agreement as an "international" agreement, the executive branch misleadingly asserts that the latter is not subject to congressional deliberation and ratification. While the executive branch subsequently gave in on limited ground owing to the occupation of legislature, it still maintains that the Services Agreement is not subject to modification or reservation and can be concluded on a yes-or-

no basis. The main argument of the executive branch is that doing otherwise would undermine Taiwan's international reputation and prejudice Taiwan's future FTA negotiations, in particular the Trans-Pacific Partnership Agreement. However, such argument is groundless for three reasons. Firstly, it is common sense that within democratic countries, an international agreement would have to undergo a ratification process once the negotiations are done. Therefore, negotiating partners do envisage that an international agreement may fail to obtain sufficient congressional votes and thus fail to enter into force for some negotiating party. Secondly, the key to secure sufficient vote in the Congress for an international agreement to come into force is to inform the Congress in good time during the negotiation process. Such practice is in line with the principle of democratic governance instead of blaming the Congress for its unwillingness to support the international agreement concerned. Finally, the high negotiation costs of multilateral negotiations, which make the intervention of the Congress all the more difficult, are not present in bilateral negotiations. On the contrary, it would be beneficial for both negotiating parties to go back and forth and reopen the negotiations in order to reach an optimal deal.

The outrage against the Service Agreement finally burst off when congressmen of the ruling party decided to send the agreement directly to the plenary session after a 30-minute preparatory meeting. The combined effects of social and economic inequity, intergeneration injustice and democratic deficit led to the occupation of legislature by university students, supported by academics and non-governmental organizations. The occupation extended to the Cabinet's office, which resulted in violent eviction. In response, a mass demonstration was programmed for March, the 30th.

What is the implication of such occupation movement for Europeans? To begin with, I need not to remind European readers of the importance of Art. 21(2) of the Treaty on European Union which speaks of the consolidation and support of democracy, the rule of law and human rights. However, it is a pity that the EU has always been very cautious, if not over-cautious, when it comes to Taiwan-China relations. Compared to the Arab Spring and the Ukraine Revolution, the EU has paid far less, if any, attention to the dramatic events in Taiwan. The European External Relations Service (EEAS) has not issued any statements in support of Taiwan's student movement or condemning the use of violence. Secondly, the importance of trade relations and conflicts between EU and China is nothing new. The European Commission in its Global Europe Strategy states

that due to the opportunities and challenges posed by China, the EU will not pursue FTA talks with China but opted for stand-alone bilateral investment agreement instead. Secondly, the EU has been negotiating with China with a view to modernizing its 1985 Economic and Trade Cooperation Agreement with China. Whether the EU is able to continue its practices in inserting human rights and democracy clauses in the EU-China Partnership and Cooperation Agreement (PCA) remains to be seen. At this stage, I am not so optimistic about the end result of PCA negotiations.

And what can Taiwan and China learn from Europe's experience? At the outset, one has to be aware that the differences between European integration and Taiwan-China relations should not underestimated in that European integration was made by democratic sovereign states and China is not a democratic country and does not recognize Taiwan as a sovereign counterpart. As I argue in my book (*WTO and the Greater China. Economic Integration and Dispute Resolution*, Leiden-Boston, 2012), European integration does contribute to peace and security in the European continent, where peace is democratic peace and security comes with human rights protection. Such conditions are not in place in the economic (or even political) integration between Taiwan and China. One of the main reasons for the movement against the Services Agreement is that the accelerating economic integration would eventually leads political unification.

When comparing the two experiences, one should also take into account that during the process of European integration, the European Court of Justice (now, the Court of Justice of the European Union) has played a key role. It helped to resolve disputes between the EU institutions and the Member States and contributed to the protection of fundamental freedom and human rights. By contrast, the dispute settlement mechanism in the ECFA and the Services Agreement is based on mutually satisfactory agreement. Such thin form of dispute resolution will not be able to offer sufficient protection both to contracting parties to the ECFA and Services Agreement and their peoples.

To conclude, the New York Times, with a comic, describes the Services Agreement as a Trojan horse. Whether this prediction is correct is subject to debate and remains to be seen. Nonetheless, to dance with an elephant like China requires much prudence and great skills, which Taiwan's negotiators desperately need.

9 April 2014

The European Court of Human Rights, Judicial Dialogue and General International Law in *Cyprus* v. *Turkey* *(Just Satisfaction)*

CESARE PITEA (*)

On 12 May 2014 the Strasbourg Court, sitting as a Grand Chamber, delivered the judgment on just satisfaction in *Cyprus* v. *Turkey*, the first of this kind in inter-State proceedings under Art. 33 of the European Convention on Human Rights. The Court awarded to the applicant State a substantial sum to compensate the material and moral damages suffered by two categories of Greek-Cypriot individual victims of violations of the Convention, i.e. the heirs of the forcibly disappeared and the enclaved inhabitants of Karpas peninsula. One may recall that in the judgment on the merits of 2001 the Grand Chamber had found several violations of the Convention by Turkey, arising out of the military occupation of northern Cyprus in 1974, the continuing division of the territory of Cyprus and the activities of the (still unrecognised) Turkish Republic of Northern Cyprus (TRNC). The finding that the lump sums awarded to Cyprus (€ 30.000.000 and € 60.000.000 € for the first and second group respectively) shall be distributed to the affected population (Judgment, para. 58) breaks a ground, indeed prepared by some precedents, and constitutes the most important, but not the only, contribution of the judgment to the development of general international law.

More generally, the judgment may be placed in a pattern of cases

(*) Università di Parma.

in which the Court draws extensively from general international law, relying heavily on the International Court of Justice (ICJ)'s jurisprudence to ascertain its content (see, recently, *Stichting Mothers of Srebrenica and Others* v. *the Netherlands*, especially at para. 158, and *Jones and others* v. *United Kingdom*, especially at para. 198). This dynamic is a key feature of the European Court's reasoning in the consideration of two questions of general relevance that are, at least to some extent, new.

The first, that I will only mention in passing, is of a procedural nature. The question is whether the Convention requires a timely submission of compensation claims, in view of the fact that more than 9 years elapsed between the judgment on the merits and the request of Cyprus for an award of damages. In answering to this argument, the Court looks at general international law as expressed by the ICJ in the *Phosphates in Nauru* case (*Certain Phosphate Lands in Nauru (Nauru* v. *Australia)*, Preliminary Objections, para. 31). This ICJ precedent is treated as evidence of a rule of general international law requiring timely judicial action by States. Nevertheless, the Court finds that Turkey (on which the burden of proof lay) failed to demonstrate that «the resumption of the examination of the applicant Government's claims would be prejudicial to their legitimate interests, as they should have reasonably expected this matter to come back before the Court at some point» (Judgment, para. 26), thus framing the inadmissibility for excessive delay within the broader concepts of reliance, acquiescence, and estoppel (see also the Concurring Opinion of judges Pinto de Albuquerque and Vučinić, para. 6).

The second issue is at the core of the Court's judgment and the specific focus of this comment. It addresses some fundamental questions about customary law on State responsibility, including reparation for the violation of *erga omnes partes* obligations owed to individuals in the field of human rights.

The Court had first to determine whether art. 41 ECHR on just satisfaction is applicable in inter-State cases. Here again, the Court evokes general international law. Although the Court warns that art. 41 is «*lex specialis* in relation to the general rules and principles of international law» (para. 42), it states that, as shown by the *travaux préparatoires*, the provision was intended to reflect «the principles of public international law relating to State liability» (*rectius* «responsibility») and that it «has to be construed in this context» (para. 40). Such principles are found in the jurisprudence of the World Court (*Factory at Chorzów*, p. 21; *Gabčikovo-Nagymaros Pro-*

ject (Hungary v. Slovakia), para. 152; and *Fisheries Jurisdiction Case (Federal Republic of Germany v. Iceland)*, paras. 71-76, all cited by the Court at para. 41 of the judgment). On these premises, the finding that Art. 41 is indeed applicable in inter-State cases is based, taking into account the "specific nature" of the provision, on a thin textual element: the use of the expression «injured party» with a small «p», meaning any party to the actual proceedings before the Court. This element is, in the Court's view, sufficient to override the argument that Turkey inferred from the text of Rule 60 of the Rules of Court (see, Judgment, para. 38), a lower source in the hierarchy established by the Convention (*ibidem*, para. 42). As observed by two concurring judges, in this case «the teleological interpretation of the Convention reinforces the conclusion already imposed by the textual, historical and systemic construction of both the Convention and the Rules of Court» (Concurring Opinion of Judge Pinto De Albuquerque, joined by Judge Vučinić, para. 5).

Whether the abstract applicability of art. 41 ECHR may lead or not to an award of just satisfaction depends on the nature of the claim(s) brought by the applicant State (Judgment, para. 43).

If the Contracting Party complains *in abstracto* of a general failure by another Party to comply with the Convention, just satisfaction «may not be appropriate» (*ibidem*, para. 42), since in this case «the primary goal of the applicant Government is that of vindicating the public order of Europe within the framework of collective responsibility under the Convention» (para. 44, emphasis added).

On the other hand, if the application alleges tangible violations infringing on (conventional) rights of one or more individuals (who would also be entitled to file an individual application under Art. 34 ECHR), the function of the State's right to application under Art. 33 ECHR is described by the Court as being akin to the exercise of diplomatic protection (defined after the 2006 ILC Draft Articles on Diplomatic Protection, Art. 1, and the ICJ judgment in the case of *Ahmadou Sadio Diallo (Guinea v. Democratic Republic of the Congo)*, para. 39): an award of just satisfaction may thus be appropriate, «having regard to the particular circumstances of the case» (Judgment, para. 45) and provided that the claim relates to «sufficiently precise and objectively identifiable groups of people» (para. 47).

The reference to general international law resurfaces in the Court's reasoning concerning the determination of the beneficiaries of reparation. The Court states that «if just satisfaction is afforded in an inter-State case, it should always be done for the benefit of individual victims» (para. 46) and finds that the sum awarded «are to be

distributed by the applicant Government to the individual victims of the violations found in the principal judgment» (para. 58). This finding is based mainly on the object and purpose of the Convention. In fact, «according to the very nature of the Convention, it is the individual, and not the State, who is directly or indirectly harmed and primarily "injured" by a violation of one or several Convention rights» (*ibidem*). However, this innovative position reflects and strengthen a recent development of which the Court duly takes note, by referring to the recommendation that the injured State «[t]ransfer to the injured person any compensation obtained for the injury from the responsible State» (ILC Draft Articles on Diplomatic Protection, Art. 19) and to the *dictum* of the ICJ in the compensation judgment in the *Diallo* case, according to which «the sum awarded to [the applicant State] in the exercise of diplomatic protection of Mr. Diallo is intended to provide reparation for the latter's injury» (*Diallo (Guinea* v. *Democratic Republic of the Congo)*, para. 57). General international law is again used by the Court to provide a background and a sound basis for a finding taken on the basis of a "specificity" of the Convention. However, by entering in a line of successive authorities stating the same innovative principle, the Court's judgment may contribute to its further development, if not to its crystallisation.

The application of this principle is not immune from legal and practical challenges. At least three controversial issues may be identified. The first relates to the characterisation of a given claim as falling within either category. Indeed, the analogy with diplomatic protection of the claims relating to missing persons and inhabitants of the Karpas peninsula is not uncontroversial, as highlighted by some individual opinions (see, e.g., Dissenting Opinion Judge Karakaş and Partly Concurring and Partly Dissenting Opinion of Judge Casadevall). The second theme is the actual determination of the amount of just satisfaction and its function. Art. 41 ECHR provides that «just satisfaction» awarded by the Court must compensate lack of full «reparation» at the national level, thus implying that its amount is to be determined – on equitable basis – in relation to the actual pecuniary and non-pecuniary damage suffered by the victim (*Varnava and others* v. *Turkey*, para. 224). However, Judge Pinto de Albuquerque in his concurring opinion (paras. 12-19) extensively argues – with approval – that the compensation awarded in this specific case is in the nature of «punitive damages». Finally, the Court characterises the obligation to distribute the sums awarded as an obligation of result, leaving a great deal of discretion to the applicant State

as to the way of achieving it. This discretion is not however unfettered. In fact the obligation is to be discharged by putting in place an «effective mechanism», within a set time frame (18 months or the another appropriate delay established by the Committee of Ministers), and under the supervision of the Committee of Ministers (Judgment, para. 59).

So far I have tried to single out the general relevance of the judgment for what it says explicitly. However, the Judgment has also a more general bearing on the notion and functioning of *erga omnes (partes)* obligations. The Court seems to endorse a view of the action by Cyprus as not aimed at vindicating a violation of its own rights. This follows both from the classification of the claims – to which I have referred earlier –, as well as from the absence of reparation (e.g. in the form of satisfaction) to the possible damage suffered by Cyprus itself as a consequence of the violation. In turn, this circumstance may be considered a relevant element of practice in depicting the legal structure of obligations *erga omnes partes*, especially in the framework of human rights protection. In fact, the Court frames inter-State applications as aimed either at preserving the "collective interest" in compliance by any other Party with the contracted human rights obligations, or at exposing the violations suffered by identifiable individuals of their own rights under the Convention. In neither case the applicant State may claim compensation on its own. Human rights norms binding on a given State do not seem to be conceived as establishing obligations owed to each and every other contracting party individually. The possibility to invoke the responsibility of the wrongdoing State by other parties may thus be considered as founded in the recognition of a *legally protected interest* in ensuring compliance, rather than in the violation of a right of the complaining Party. This construction is in line with the approach taken by the ILC in Arts. 42 and 48 of the (final) Draft Articles on State Responsibility of 2001, as well as by the ICJ in the 2012 judgment in the *Habré* case (*Questions Relating to the Obligation to Prosecute or Extradite (Belgium v. Senegal)*, para. 68). The decision seems also to support the view that the State of nationality of the victim of a human rights violation may not be considered as «injured» in its own right as a specially affected State under Art. 42(b)(i) of the ILC Draft Articles on State Responsibility. Also with regard to the concept of *erga omnes* obligations the judgment of the Court, albeit not explicitly, consolidates a trend in the development of general international law in the field of State responsibility.

To sum up, the judgment is bound to become a very relevant

piece of international judicial practice in identifying the role played by general international law within the European human rights protection system. It confirms, if there was still any doubt, that the Convention, although providing for special rules on State responsibility in case of breach, cannot be regarded as a self-contained regime. It also highlights the continuing relevance of the European Court of Human Rights as a key judicial actor in developing general international law, notwithstanding the fact that the Court increasingly tends to identify general international with what the ICJ says it is.

26 May 2014

La Corte di Strasburgo e il divieto di burqa: osservazioni critiche

IVAN INGRAVALLO (*)

1. La sentenza emessa il 1° luglio 2014 dalla Grande camera della Corte europea dei diritti dell'uomo nel caso *S.A.S.* c. *Francia* si occupa della compatibilità, con la Convenzione europea dei diritti dell'uomo (CEDU), della legge francese n. 2010-1192, che pone il divieto di coprire il volto nei luoghi pubblici, sanzionando eventuali violazioni dello stesso con una multa (eventualmente affiancata dall'obbligo di seguire dei corsi di educazione alla cittadinanza). La legge, approvata a stragrande maggioranza dal Parlamento francese, suscitò le animate proteste di quanti ritenevano che l'apparenza di un divieto generico celasse l'intenzione di colpire le donne di religione musulmana che indossano indumenti come il *burqa*, che nasconde il volto del tutto, o il *niqab*, che lascia solo una fessura per gli occhi. È esattamente una vicenda di questo tipo che ha costituito oggetto del ricorso presentato dinanzi alla Corte di Strasburgo da una giovane donna, nata in Pakistan e cittadina francese, che ha lamentato la violazione degli articoli 3 (divieto di tortura e trattamenti inumani o degradanti), 8 (diritto alla vita privata e familiare), 9 (diritto alla libertà di pensiero, coscienza e religione), 10 (diritto alla libertà di espressione) e 11 (diritto di associazione), oltre che dell'art. 14 (divieto di discriminazione) CEDU.

La Corte si è trovata nella non facile posizione di deliberare in merito ad una vicenda assai delicata sotto il profilo politico, oltre che giuridico e sociale, perché tocca il nervo scoperto del rapporto tra culture, tradizioni e fedi differenti negli Stati parti della CEDU, che sempre più emerge, anche a seguito del costante aumento dei flussi di stranieri che, per i motivi più svariati, si trovano sul territorio di questi Stati (sotto la loro «*jurisdiction*», per richiamare il contenuto

(*) Università di Bari «Aldo Moro».

dell'art. 1 CEDU). La Corte, a grande maggioranza (15 voti a 2, con le giudici Jäderblom e Nußberger che hanno presentato un'opinione parzialmente dissenziente), ha affermato l'insussistenza della violazione della CEDU. Essa ha mostrato piena consapevolezza delle questioni in causa. In anni recenti contro il divieto di indossare quegli indumenti vi sono state qualificate prese di posizione (tra cui quelle dell'Assemblea parlamentare e del Commissario per i diritti umani del Consiglio d'Europa, nonché del Comitato dei diritti umani dell'ONU). Inoltre, nella controversia in commento sono intervenute, a sostegno della ricorrente e contro il Governo francese (sostenuto invece dal Belgio), diverse ONG, oltre al Centro per i diritti umani dell'Università di Gand.

2. Sotto il profilo della ricevibilità, bene ha fatto la Corte a respingere le eccezioni preliminari francesi, che asserivano l'irricevibilità del ricorso perché ipotetico (esso è stato avanzato l'11 aprile 2011, data di entrata in vigore della legge francese e non è stato proposto in seguito ad un atto compiuto dalle autorità francesi nei confronti della ricorrente) e perché non erano stati esauriti i mezzi di ricorso interni. Sotto il primo profilo la Corte riconferma la propria precedente giurisprudenza che, sia pure in via eccezionale, dà rilievo al carattere di "vittima potenziale" ai fini della legittimazione a ricorrere (par. 57); tale circostanza è utilizzata dalla Corte anche per escludere l'irricevibilità del ricorso in quanto abusivo, poiché sarebbe un'*actio popularis* (paragrafi 62-68). Per respingere invece l'obiezione del Governo francese in merito al mancato esaurimento dei mezzi di ricorso interni, la Corte richiama le pronunce dei massimi organi giurisdizionali francesi (Consiglio costituzionale e Corte di cassazione), che hanno dichiarato legittima la legge 2010-1192 (§61).

3. Nel merito della controversia, la Corte ha ritenuto manifestamente infondata sia l'asserita violazione dell'art. 3 (par. 70), sia quella dell'art. 11 (par. 73), concentrando la sua attenzione sulla violazione degli articoli 8 e, soprattutto, 9, considerati come quelli effettivamente chiamati in causa in questa vicenda (par. 109) e rispetto ai quali essa ha considerato prive di un rilievo autonomo le possibili violazioni degli articoli 10 e 14 (paragrafi 162-163).

Le parti concordano che il divieto generale di coprire interamente il volto è una limitazione al diritto posto dall'art. 9 CEDU, il quale non ha però un carattere assoluto (al pari dell'art. 8). Il par. 2 di questa disposizione, infatti, consente le limitazioni stabilite dalla leg-

ge (ciò è pacifico nel caso in commento) e che sono necessarie in una società democratica per garantire la pubblica sicurezza, proteggere l'ordine, la salute o la moralità pubblica o per tutelare i diritti e le libertà degli altri individui (limitazioni simili, per quanto qui rileva, sono poste dal par. 2 dell'art. 8 CEDU). Al riguardo, la Corte conferma la propria giurisprudenza in base alla quale le limitazioni ai diritti posti dagli articoli 8 e 9 hanno carattere tassativo e vanno interpretate in modo restrittivo (par. 113).

Secondo la ricorrente non sarebbe invocabile alcuna di queste cause, mentre il Governo francese ritiene giustificata la limitazione dei diritti della ricorrente, richiamando in particolare l'esigenza di difendere la pubblica sicurezza e, con riferimento all'eccezione della tutela dei diritti e delle libertà degli altri, introducendo la nozione di «rispetto di uno standard minimo di valori in una società aperta e democratica». A tale ultimo riguardo, lo Stato convenuto identifica tre valori: eguaglianza tra uomo e donna, rispetto della dignità umana, rispetto dei requisiti minimi della vita sociale (definito come «vivere insieme»). Esso, inoltre, afferma che la legge 2010-1192 pone una limitazione necessaria e proporzionata e a tal fine richiama anche il ben noto criterio dell'ampio margine di apprezzamento circa il rapporto tra interesse statale e diritti dei privati, che la Corte ha a più riprese riconosciuto agli Stati parti della CEDU nell'applicazione della stessa.

4. La Corte valuta legittimo richiamare esigenze di pubblica sicurezza e, pur se non è espressamente previsto dall'art. 9, par. 2, CEDU (par. 114), anche il concetto del rispetto di uno *standard* minimo di valori in una società aperta e democratica, che essa riconduce alle nozioni di ordine pubblico e di tutela dei diritti e delle libertà degli altri. Peraltro, con riferimento al requisito della necessità, essa non ritiene che il divieto generale di indossare abiti che coprono interamente il volto possa essere giustificato per motivi di pubblica sicurezza, nel nome dell'uguaglianza tra uomini e donne o del rispetto della dignità umana. La Corte formula considerazioni diverse sul terzo dei valori richiamati dal Governo francese, poiché afferma che il volto ha un ruolo importante nell'interazione tra gli individui. La Corte considera quindi in principio giustificata la legge francese (par. 142) e passa a valutare il valore del "vivere insieme" alla luce dell'altro requisito, quello della proporzionalità.

Qui la sentenza prende una "strana piega". Secondo la Corte, infatti, il divieto generale pare eccessivo (par. 145), alcune donne potrebbero percepirlo come una minaccia alla loro identità (par. 146),

numerosi soggetti internazionali e ONG, come già segnalato, hanno definito un simile divieto come sproporzionato (par. 147) e, infine, questa legislazione statale rischia di consolidare stereotipi anti-islamici e di favorire l'intolleranza (par. 149). Ma, invece di concludere nel senso della non proporzionalità del divieto generale rispetto al fine perseguito, la Corte, considerate la genericità del divieto e la lievità delle pene previste per chi lo viola (anche se, fanno notare le due giudici dissenzienti, una sanzione pecuniaria lieve, se ripetuta nel tempo, può divenire assai cara), accoglie la posizione del Governo francese secondo cui quel divieto generale è giustificato in quanto tutela il valore del «vivere insieme». A tal riguardo viene in rilievo l'affermazione, svolta in generale dalla Corte, secondo la quale il meccanismo di controllo previsto dalla CEDU ha un ruolo sussidiario rispetto alle scelte democraticamente assunte dagli Stati parti (par. 129). Questa affermazione apre la strada al riconoscimento di un ampio margine di apprezzamento per lo Stato francese, che porta la Corte a considerare proporzionato il divieto generale di cui alla legge 2010-1192 rispetto alla limitazione dei diritti di cui agli articoli 8 e 9 CEDU.

5. La sentenza in commento presenta profili critici proprio in riferimento alla proporzionalità del divieto generale rispetto all'obiettivo perseguito. Si sarebbe potuto limitare il divieto a determinati luoghi pubblici particolarmente soggetti a speciali misure di sicurezza o comunque prevedere modalità diverse di interazione con coloro che scelgono liberamente e spontaneamente di indossare abiti che coprono interamente il volto (ad esempio, sanzionando gli eventuali rifiuti di mostrare il volto ai fini del riconoscimento in luoghi o locali pubblici a fronte di richieste formulate da pubblici funzionari). Appare inoltre contradditorio che la Corte, dopo aver esaminato la legislazione degli Stati parti alla CEDU e aver trovato che solo il Belgio ha approvato nel 2011 una legge che pone una disciplina equivalente a quella francese, abbia negato l'esistenza di un comune sentire europeo contro il divieto generale di indossare indumenti che coprono interamente il corpo (par. 156), come invece sostenuto da una delle ONG intervenute (par. 105; questo è anche uno degli elementi alla base del voto contrario delle due giudici summenzionate). Un altro profilo critico riguarda il ruolo sempre maggiore che stanno acquisendo la sussidiarietà e il margine di apprezzamento, nel senso di rendere più prudente la giurisprudenza della Corte e, in prospettiva, anche di limitare la sua competenza (v. il recente studio critico di NALIN, "I Protocolli n. 15 e 16 alla Convenzione europea dei di-

ritti dell'uomo", *Studi sull'integrazione europea*, 2014, p. 117 ss.).

6. In senso più ampio, la sentenza del 1° luglio 2014 non appare incoraggiante nella prospettiva dell'integrazione di culture e prassi nuove nel contesto della tutela dei diritti umani in Europa. La Corte ha privilegiato un approccio tradizionale, a difesa dei valori storico-culturali europei, piuttosto che optare per una scelta di apertura e di integrazione nei confronti di manifestazioni culturali e religiose che, se possono apparire "strane" e in alcuni suscitare talora fastidio, denotano comunque un tratto della personalità degli individui, che la Corte ha messo in secondo piano. Né essa ha dato rilievo alla circostanza che un divieto generale di indossare indumenti come il *burqa* non produce la loro eliminazione, quanto piuttosto l'emarginazione dalla vita e dagli spazi pubblici di chi lo indossa spontaneamente, realizzando un risultato opposto a quello perseguito ("liberare" le donne dal *burqa*). Sul punto, che sembra dirimente, lo stesso Governo francese si è mostrato elusivo, limitandosi ad affermarne l'irrilevanza nel caso in discussione (la ricorrente ha affermato di non indossare il *burqa* o il *niqab* in ogni circostanza), mentre il Governo belga ha assunto una posizione più drastica, dichiarando che la scelta di rimanere in casa sarebbe «the result of their own choice and not an illegitimate constraint imposed on them by the Law» (par. 88), affermazione che non favorisce l'integrazione tra individui aventi convinzioni diverse.

La responsabilità di una scelta di chiusura verso chi sceglie di indossare abiti che coprono il volto è delle autorità francesi, ma questa sentenza rischia di essere un segnale di sostegno della Corte nei confronti di tale scelta, allontanandola anche dalla sua consolidata affermazione secondo cui la CEDU costituirebbe «uno strumento vivente», che segue i cambiamenti della società. Ci si può anche chiedere cosa differenzi il divieto generale (francese) di indossare un indumento che copre interamente il volto dai divieti (presenti nella legislazione di taluni Stati islamici) di indossare indumenti che invece scoprono determinate parti del corpo. L'approccio sembra infatti essere il medesimo, ossia (in definitiva) una limitazione del diritto di ogni individuo di scegliere come vestirsi, considerato quale manifestazione della sua personalità. E, seguendo questo approccio, si potranno ancora criticare i divieti generali di altri Stati che risultano essere in contrasto con i valori occidentali, se gli stessi valori vengono utilizzati per giustificare corrispondenti divieti generali? Almeno con riferimento ad un tema "frivolo" come l'abbigliamento l'integrazione andrebbe favorita attraverso il rispetto e l'accettazione di costumi e

tradizioni differenti, piuttosto che perseguendo l'uniformazione di tutti al modello occidentale.

24 luglio 2014

The New Ugandan Anti-Homosexuality Bill

MATTEO WINKLER (*)

On 20 December 2013 the Ugandan Parliament enacted a law titled «The Anti-Homosexuality Bill». Proposed in late 2009 by MP David Bahati, the original draft provided for life imprisonment for the offense of «homosexuality» and for the death penalty for crime of «aggravated homosexuality», including execution of «repeat offenders» of homosexuality. Because of the latter provision, the text was immediately dubbed «Kill-the-Gays Bill».

Due to the pressures of certain Western nations such as the United States, Canada and the United Kingdom, which threatened to retire their financial aids to the country, the Bill was suspended in 2011 and the text was redrafted by replacing the death penalty with life imprisonment. Nevertheless, almost by surprise, the Bill was eventually passed by the Parliament in 2013. As Parliament Speaker Rebecca Kadaga accidentally stated, it is a «Christmas gift» to Ugandans, who strongly demanded it. Currently, the Bill is awaiting signature by Ugandan President Yoweri Museveni, who in one instance declared not to be substantially interested in the Bill's final passing.

The Anti-Homosexuality Bill establishes that having homosexual relations of any kind is a crime under Ugandan law.

First, as mentioned above, it provides for life imprisonment for having sex with a person of the same sex. The targeted sexual activities are epitomized quite precisely, almost obsessively indeed, by Article 2. Pursuant to this provision, even simple «touch … with the intention of committing the act of homosexuality» amounts to a crime. Furthermore, Article 3 punishes «aggravated homosexuality», that occurs, inter alia, when the «victim» of the offense is a minor, when the offender is infected with HIV and when «the offender is a

(*) HEC, Paris.

serial offender». The typical sanction for these conducts is, after the deletion of the death penalty from the draft, life imprisonment. Medical examination for determining the HIV status is compulsory for the individual accused of aggravated homosexuality.

The Bill also punishes with life imprisonment any individual «who purports to contract a marriage with another person of the same sex» (Article 12). As marriage obviously does not imply sexual activities, here the law targets the personal *status* of being a member of a same-sex relationship. Affectivity, not merely sexuality, is the bull's eye of the Bill.

Another criminal offense is «promotion of homosexuality» and the sanction thereof is prison from five to seven years. It is a crime under the Bill to «fund or sponsor homosexuality or other related activities» and to use any electronic device, including mobile phones, «for purpose of homosexuality and promoting homosexuality». This wording is so extensive that, as Adam J. Kretz noted, «the law would [make] Uganda the first nation in the world to codify a multiyear prison term for a straight person who espoused a pro-gay viewpoint» (Kretz, "From 'Kill the Gays' to 'Kill the Gay Rights Movement': The Future of Homosexuality Legislation in Africa", *Northwestern Journal of International Human Rights*, 2013, p. 207 ss.).

Finally, and more astonishingly, the Bill states that it applies to offenses committed outside Ugandan territory by Ugandan citizens or residents, to be subject to prosecution in Uganda (Article 16). Extradition, that usually is excluded for murderers, is nevertheless established for homosexuality-related crimes (Article 17). Moreover, all international treaties and instruments inconsistent with the Bill are declared automatically null, void and unenforceable (Article 18), a provision that is quite unusual and could frighten any international lawyer.

The Bill's origins have been subject to scrutiny by U.S. press, that connected the law to local religious fundamentalism. In this regard the web portal *Box Turtle Bulletin* has published an articulated chronology that demonstrates how certain members of the U.S. evangelical church and "ex-gays" organizations – institutions devoted to the promotion of change from homosexuality to heterosexuality, the so-called "reparative therapy" – strongly influenced the debate in Uganda concerning LGBT people's fundamental rights. The website reveals how such individuals and entities played a major role in the wave of aggressions against gays and lesbians in Uganda and also in the drafting of the Anti-Homosexuality Bill.

In particular, the head of an evangelical sect Scott Lively and the Speaker of the ex-gays institution Exodus International Don

Schmierer met in Kampala in March 2009, speaking at a 3-day «Seminar on Exposing the Homosexual Agenda». The works of the Parliament were suspended to allow MPs to attend the seminar. Lively, who publicly declared himself an "expert" of homosexuality and of the "gay movement", held that gays were behind the rise of Nazism and the Rwanda genocide, and that gays and lesbians usually engage in "recruitment" of children in order to abuse them and "spread" homosexuality among Ugandans. With Lively was also Caleb Lee Brundidge, a self-declared "ex-gay" who at the conference witnessed how he had been cured from his homosexuality through the "touch therapy" of Richard Cohen, a notorious expert – yet without license – promising to effectuate gay patients' "transition to heterosexuality".

For his despicable action Lively has been sued before Judge Michael A. Ponsor of the U.S. District Court for the District of Massachusetts for violations of fundamental rights of Ugandan gays and lesbians under the Alien Tort Statute. The plaintiffs are Sexual Minorities Uganda (SMUG) and other Ugandan LGBT associations, which accused the defendants of «attempt[ing] to foment, and to a substantial degree … succeeding in fomenting, an atmosphere of harsh and frightening repression against LGBTI people in Uganda» (see *Sexual Minorities Uganda v. Lively*, 2013 U.S. Dist. LEXIS 114754 (Aug. 14, 2013), p. 2).

As a matter of fact, the consequences of the Bill on Ugandan LGBT people and activists were, and are, disastrous. On October 2010, the popular Ugandan magazine Rolling Stone — nothing to do with the American one — headlined «100 Top Homos», a list of allegedly homosexual Ugandan citizens, and urged to «Hang them». Together with others, the activist David Kato sued the magazine accordingly, and on 30 December 2010 the High Court of Kampala granted his application, concluding that the plaintiffs' rights to privacy and to human dignity had been infringed. Three weeks after the ruling, a man entered Kato's apartment and brutally assaulted him to death with a hammer. Questioned about the plausible link between the High Court ruling and the murder, the Ministry of the Integrity and Ethics of the time, James Nsaba Buturo, declared: «Homosexuals can forget about human rights».

The Bill's entry into force clearly exacerbated the situation in the country. As the international press describes, gays and lesbians in Uganda, both citizens and foreigners, are subject to harassment, physical and verbal attacks, undue intrusion in their private spaces, and ultimately persecution.

Soon after its filing in 2009, many Western countries contended that the law would deprive LGBT Ugandans of their rights under international human rights law. In particular, during the Commonwealth Heads of Government Meeting in Port of Spain, Trinidad and Tobago, in November 2009, the UK and Canada Prime Ministers expressed concern about the Bill, holding it as «a significant step backwards for the protection of human rights in Uganda». US President Barack Obama defined the measure «[a] move against the tide of history» and opposed it. Also the European Parliament issued a resolution against the Bill, calling on «the Ugandan authorities not to approve the bill and to review their laws so as to decriminalize homosexuality», eventually reminding them the State's obligations under international law. Some governments threatened to cut the financial aids to Uganda, that currently amount to half of the government's budget.

Yet all these protests seem to have resulted only in eliminating the death penalty, while the rest of the Bill survived until its approval in 2013. However, the fact remains beyond any political or religiously-inspired discussion, that the entire Bill is contrary to international human rights law, in particular to the International Covenant on Civil and Political Rights, whose Article 17 protects all individuals from «arbitrary or unlawful interference with [their] privacy». In 1994 the communication in *Toonen* v. *Australia*, the UN Human Rights Committee established that, «inasmuch as Article 17 is concerned, it is undisputed that adult consensual sexual activity in private is covered by the concept of "privacy"» (para. 8.2) and that no «public health or moral grounds» can justify laws punishing such activity (paras. 8.4 ff.).

Furthermore, in its memorandum titled «Born Free and Equal. Sexual Orientation and Gender Identity in International Human Rights Law», published in 2012, the UN High Commissioner for Human Rights Navi Pillay invited all States not only to repeal all laws criminalizing consensual same-sex sexual activity, but also to protect gays and lesbians from torture, cruel and degrading treatment, including targeted killings and persecution. According to the High Commissioner, «[t]he criminalization of private, consensual sex between adults of the same sex breaches a State's obligation to protect individual privacy and to guarantee non-discrimination» (*ibidem*, p. 30). Finally, the document also reminded States that gays and lesbians enjoy fundamental rights such as freedom of expression and the right not to be discriminated in employment, health, and education pursuant to several human rights norms.

Given all these smooth statements, it sounds at least facetious what Scott Lively claimed before the Judge Ponsor. He argued that «because LGBT people suffer discrimination in many countries, acts of persecution committed … against this community cannot be viewed as violating international law». This argument is subtle. In most occasions, in fact, African countries vigorously opposed the affirmation of human rights of LGBT people, like in Geneva in 2011, when they refused to adhere to the UN Human Rights Council's resolution on human rights violations based on sexual orientation and gender identity. This picture seems confirmed by ILGA (International Lesbian Gay Bisexual Trans and Intersex Association), according to which Africa «[i]s the continent with the worst laws on the books when it comes to homosexuality and other sexual minorities».

Lively's argument, however, is groundless. As Judge Ponsor rebutted, as noted *supra* even «the highest court in Uganda has itself recognized the entitlement of gay and lesbian people to a fair and equal treatment under the law, including protection of their basic rights to free expression, life, liberty and property». In sum, «the fact that a group continues to be vulnerable to widespread, systematic persecution in some parts of the world simply cannot shield one who commits a crime against humanity from liability» (see *Sexual Minorities Uganda* v. *Lively*, *supra*, p. 27).

In light of the above, the pressures and threats opposed by Western countries to the Bill are justified and well-grounded in international law. Therefore, Hillary Clinton's statement that «LGBT rights are human rights» is not the expression of a purely Western attitude to homosexuality, but the translation in simple language of the existing human rights law standard, applicable to all States including Uganda.

13 January 2014

La Santa Sede e le recenti Osservazioni del Comitato per i diritti del bambino: alcune riflessioni

LUCA PASQUET (*)

Pochi giorni orsono, il 5 febbraio, il Comitato per i diritti del bambino ha pubblicato le proprie osservazioni conclusive relative al secondo rapporto periodico della Santa Sede riguardante l'applicazione della Convenzione sui diritti del bambino, di cui la Santa Sede è membro dal 1990 «on its own behalf and on that of the Vatican City State». Com'era prevedibile, le osservazioni del Comitato, che riguardano in parte la gestione del cosiddetto scandalo pedofilia da parte della Chiesa cattolica romana, hanno attirato l'attenzione dei media mondiali. Esse hanno però anche provocato le reazioni di chi, al di là del Tevere, ritiene che il Comitato non abbia compreso la «natura specifica» della Santa Sede ed abbia travalicato il proprio mandato muovendo censure inerenti «l'insegnamento della Chiesa».

Un buon punto di partenza per analizzare le osservazioni del Comitato è proprio la "natura specifica" della Santa Sede nel contesto del diritto internazionale e dell'applicazione della Convenzione dei diritti del bambino. Per iniziare, l'espressione è quanto mai corretta, in quanto si tratta di un caso particolare. Non a ca-

(*) Graduate Institute of International and Development Studies, Geneva.

so, la dottrina internazionalistica ha tradizionalmente collocato la Santa Sede nella categoria dei soggetti di diritto internazionale *sui generis*, ossia diversi dallo Stato-nazione archetipo del modello vestfaliano. Per usare la definizione data dalla stessa Santa Sede, essa sarebbe «a sovereign subject of international law having an original, non derived legal personality independent of every territorial authority or jurisdiction» (Replies of the Holy See to the list of issues, p. 3, par. 2).

Ma le specificità, e gli elementi di complessità, non finiscono qui, perché, per usare una metafora teologica, si può dire che la Santa Sede è giuridicamente una e trina. Da un lato, cioè, essa è quel soggetto sui generis di diritto internazionale cui si accennava sopra, ma dall'altro essa coincide anche con l'entità che esercita il potere di governo su uno Stato avente un suo territorio ed una sua popolazione, e soprattutto con l'autorità suprema della Chiesa cattolica romana, un'organizzazione ecclesiastica globale, presente ed attiva sul territorio di quasi tutti gli Stati del mondo.

Tridimensionalità che filtra anche dalle definizioni date dalla Santa sede nei documenti inviati al Comitato: «the Holy See, intended as the Roman Pontiff, in the narrow sense, and the Roman Pontiff with his dicasteries, in the broader sense … is related but separate and distinct from the territory of Vatican City State (VCS) over which the Holy See exercises sovereignty … is related, but separate and distinct from the Catholic Church, which is also a non territorial entity and may be defined as a spiritual community of faith» (*ibidem*, pp. 3-4). In questo contesto il problema è ovviamente come distinguere queste diverse dimensioni, dove tracciare il confine per l'attribuzione di una condotta alla Santa Sede. La questione era già emersa nel pieno dello scandalo pedofilia negli Stati Uniti, quando diverse vittime avevano deciso di agire per il risarcimento non solo nei confronti del supposto autore dell'abuso e dell'ordine o diocesi da cui questi dipendeva, ma anche nei confronti della Santa Sede. Il caso più noto, in questo senso, è probabilmente *John V. Doe* v. *Holy See et al.*, del 2006, concernente il risarcimento dei danni fisici e morali conseguenti agli abusi sessuali commessi da un prete in servizio presso una parrocchia di Portland, in Oregon. In tale frangente, si confrontarono due tesi.

Da un lato, la Santa Sede aveva sostenuto che in base al diritto canonico le arcidiocesi fossero entità giuridiche separate dalla

Santa Sede, competenti per l'amministrazione e l'organizzazione delle parrocchie rientranti nel loro territorio, e che quindi la Santa Sede non potesse essere ritenuta responsabile per la condotta del prete di Portland. La tesi opposta, poi accolta dal giudice Mosman, della Corte distrettuale dell'Oregon, sosteneva invece l'esistenza di un legame più stretto tra la Santa Sede e gli atti del prete in questione, sulla base di alcuni elementi, tra cui: 1) il potere supremo del Papa rispetto ad ogni rappresentante del clero cattolico; 2) il potere del Papa di nominare, assegnare, rimuovere e riassegnare i vescovi, e tramite i vescovi i singoli membri del clero; 3) il dovere d'obbedienza al Papa da parte di ogni rappresentante del clero; 4) il fatto che la Santa Sede richiedesse ad ogni vescovo un rapporto dettagliato riguardante i membri del clero dipendenti dalla diocesi, ecc.

Il caso in questione fu molto discusso, anche perché il giudice non aveva concesso l'immunità dello Stato alla Santa Sede. E sebbene la decisione del giudice Mosman (in parte censurata in appello prima che la Corte Suprema rifiutasse il *writ of certiorari*) si fondasse interamente sulla *Tortious Activity Exception* del Foreign Sovereign Immunity Act (FSIA) statunitense (28 U.S.C 1605(5)), esiste certamente spazio per interrogarsi sulla problematica dell'immunità della Santa Sede dal punto di vista del diritto internazionale. La questione è, infatti, almeno in parte legata all'inevitabile "tridimensionalità" della Santa Sede. Per esempio, si può notare che la Santa Sede non coincide perfettamente con lo Stato del Vaticano («is related but separate and distinct»), e ci si può quindi chiedere se essa goda dell'immunità dello Stato straniero pur non essendo tecnicamente uno Stato. Per ragioni comprensibili, la pratica in tema d'immunità dello Stato straniero concerne Stati veri e propri, ed in questi termini il problema è generalmente analizzato dalla dottrina, dalla giurisprudenza, e anche da trattati come la Convenzione delle Nazioni Unite sull'immunità degli Stati (non ancora in vigore, ma spesso indicata come punto di riferimento in materia di codificazione). È altresì vero, però, che le corti statunitensi, nei casi riguardanti lo scandalo pedofilia hanno applicato senza remore lo FSIA alla Santa Sede, mostrando di considerarla alla stregua di uno Stato straniero. Insomma, anche se esiste lo spazio per estendere l'immunità dello Stato alla Santa Sede (trattandola "come" uno Stato) questa soluzione non è ovvia come potrebbe sembrare.

Tornando all'applicazione della Convenzione sui diritti del

bambino, anche il Comitato si è interrogato circa la natura giuridica della Santa Sede, chiedendosi quali fossero i limiti degli obblighi da essa contratti, ed ha risposto in modo piuttosto *tranchant*, dando una lettura unitaria del problema: «While being fully conscious that bishops and major superiors of religious institutes do not act as representatives or delegates of the Roman Pontiff, the Committee nevertheless notes that subordinates in Catholic religious orders are bound by obedience to the Pope in accordance with Canons 331 and 590. The Committee therefore reminds the Holy See that by ratifying the Convention, it has committed itself to implementing the Convention not only on the territory of the Vatican City State but also as the supreme power of the Catholic Church through individuals and institutions placed under its authority» (Concluding Observations, p. 2, par. 8). Si tratta di uno sviluppo che la Santa Sede aveva probabilmente previsto, e cercato di evitare. Nell'introduzione alle sue repliche è infatti enfatizzato e ripetuto più volte il concetto per cui «a territorial reality is required for implementation» (p. 5). Evidentemente, l'auspicio era di poter limitare la responsabilità internazionale della Santa Sede per un'eventuale violazione della Convenzione alla sola giurisdizione territoriale della Città del Vaticano. Non ha funzionato, e le conseguenze potrebbero essere molto rilevanti.

Le parole del Comitato sembrano doversi intendere nel senso che gli obblighi della Santa Sede derivanti dalla Convenzione debbano estendersi a tutti i minori in qualche modo coinvolti nelle attività di seminari, scuole, parrocchie, orfanotrofi, o altre istituti o attività gestite da diocesi o ordini religiosi riconducibili alla Chiesa cattolica romana, ovunque nel mondo. Il fatto di essere presenti sul piano internazionale prevalentemente attraverso l'interfaccia della Santa Sede, anziché quella dello Stato della Città del Vaticano, permette certamente di parlare con una voce più rilevante di quella di uno Stato di un chilometro quadrato. Al contempo, tuttavia, ciò può avere dei rischi. Per esempio, è difficile restringere territorialmente la responsabilità di un ente a-territoriale. In fondo, a maggiori poteri, corrispondono maggiori responsabilità. Com'è ormai noto, perché riportato da diversi mezzi d'informazione, oltre al tema dell'abuso di minori, il Comitato si è espresso in relazione alla situazione delle vittime delle Magdalene laundry irlandesi, di quella dei figli dei preti, nonché

con riguardo all'uso delle punizioni corporali nell'ambito delle attività e degli istituti riconducibili alla Chiesa cattolica. In relazione a queste problematiche, il Comitato ha raccomandato (in alcuni casi richiesto) alla Santa Sede di porre in essere delle inchieste che permettano di sanzionare gli autori di crimini contro i minori, di collaborare con le autorità nazionali competenti, di sostenere e risarcire le vittime. In alcuni casi, ha richiesto di rinunciare, o vietare chiaramente alcune pratiche, come le punizioni corporali, o le clausole di riservatezza a cui sono stati talvolta condizionati i risarcimenti per le vittime di abusi, o gli aiuti finanziari diretti ai figli di preti ed alle loro madri. Vi sono però altre raccomandazioni che hanno sollevato critiche particolarmente dure da parte della Santa Sede, la quale ha parlato di «un tentativo di interferire nell'insegnamento della Chiesa Cattolica sulla dignità della persona umana e nell'esercizio della libertà religiosa». Si tratta di quei passaggi in cui il Comitato ha richiesto alla Santa Sede «to remove from Catholic Schools textbooks all gender stereotyping which may limit the development of the talents and abilities of boys and girls», o «to ensure that an interpretation of Scripture as not condoning corporal punishment is reflected in Church teaching and … incorporated into all theological education and training», o ancora, «to ensure that sexual and reproductive health education and prevention of HIV/AIDS is part of the mandatory curriculum of Catholic schools ... with special attention at preventing early pregnancy and sexually transmitted diseases».

Non crea generalmente scandalo che un *quasi-judicial body* muova dei rilievi ad uno Stato con riguardo, per esempio, ai programmi scolastici (anche di educazione sessuale), sanitari, all'interpretazione del diritto nazionale, all'accesso delle donne alla vita pubblica del paese, ecc., anche con riguardo a questioni moralmente sensibili. Ora, il problema del caso specifico è che questi rilievi sono particolarmente difficili da recepire per la Santa Sede, perché essa non rappresenta soltanto il governo di uno Stato, ma anche una comunità religiosa. Le questioni di interpretazione del diritto interno possono quindi coinvolgere anche l'interpretazione della Bibbia, fonte di diritto canonico; le sanzioni possono consistere nella scomunica; la formazione dei pubblici ufficiali può passare per l'insegnamento teologico. Tutte questioni sensibili per un'organizzazione religiosa. Di quest'ambiguità, però, il Comitato non è responsabile. Esso deve vegliare

sull'applicazione della Convenzione, e non può differenziare radicalmente il trattamento delle Parti contraenti. Tanto più che la comunità religiosa in questione, tramite la sua massima autorità, ha accettato le obbligazioni derivanti dalla Convenzione.

Il fastidio d'Oltretevere è certamente comprensibile, ma lo sarebbe di più se non provenisse dall'unica organizzazione religiosa ad avere sia una personalità giuridica internazionale, sia un proprio Stato. Ancora una volta, si può invocare il principio per cui a maggiori poteri corrispondono maggiori responsabilità. Se si vuole mantenere il potere di influenzare la politica internazionale, avendo accesso privilegiato ai luoghi in cui viene discussa, con tanto di immunità diplomatica e possibilità di negoziare i testi di trattati internazionali, bisogna al contempo accettare che la propria politica interna venga messa in discussione alla luce del diritto internazionale, soprattutto dei trattati di cui si è parte contraente. Così avviene per gli Stati, e se non si vuole essere trattati da Stato, per salvaguardare la propria dottrina, ci si può sempre comportare come tutte le altre Chiese del mondo, che non stipulano trattati e non hanno una missione permanente presso l'ONU. Comunque la si voglia vedere, la natura ambigua di un'entità al contempo Chiesa, Stato e soggetto di diritto internazionale può rivelarsi un'arma a doppio taglio. A volte comporta inconvenienti.

17 febbraio 2014

Diritto internazionale privato

GIACOMO BIAGIONI, ESTER DI NAPOLI — Il provvedimento del Tribunale di Grosseto sul riconoscimento dei matrimoni *same-sex*: prime riflessioni

EVA DE GÖTZEN — Sequestro conservativo dei conti correnti all'estero e recupero transfrontaliero dei crediti: prime riflessioni sul regolamento (UE) n. 655/2014

Il provvedimento del Tribunale di Grosseto sul riconoscimento dei matrimoni *same-sex*: prime riflessioni

GIACOMO BIAGIONI (*) e ESTER DI NAPOLI (ϕ)

Con un provvedimento del 3 aprile 2014, il Tribunale di Grosseto ha ordinato all'ufficiale di stato civile la trascrizione del matrimonio tra due uomini, cittadini italiani, celebrato secondo le forme previste nello Stato di New York (ai sensi del Marriage Equality Act).

Per la prima volta il giudice italiano ha dunque concesso l'ingresso nell'ordinamento del foro ad un matrimonio tra persone dello stesso sesso per il mezzo della trascrizione del relativo atto amministrativo, *veicolo* – come è noto – attraverso il quale *si manifestano* e *circolano* gli *status* che da tali atti derivano (la questione della distinzione tra *accettazione* di un atto pubblico straniero e *riconoscimento* degli *status* correttamente creati all'estero è affrontata nella proposta di regolamento sulla circolazione degli atti pubblici in Europa, su cui v. questo post).

Per la prima volta, nel 2005, un caso pressoché analogo si era presentato dinanzi all'ufficiale di stato civile del Comune di Latina, a cui una coppia di uomini italiani sposati a L'Aja aveva chiesto la trascrizione dell'atto di matrimonio: proprio avverso il rifiuto opposto dall'ufficiale, sulla base della contrarietà di tale atto all'ordine pubblico (*ex* art. 18 del d.P.R. 396/2000 recante il regolamento in materia di ordinamento dello stato civile), i ricorrenti avevano proposto appello, sino a giungere dinanzi alla Corte di cassazione, che si era

(*) Università di Cagliari.

(ϕ) Università di Ferrara.

da ultimo pronunciata con sentenza 15 marzo 2012, n. 4184, più volte richiamata anche dal Tribunale di Grosseto.

Sia pure condivisibile nel risultato, non ci si può sottrarre dal notare come dal punto di vista giuridico il ragionamento del tribunale non poggi su basi solide: il provvedimento del Tribunale di Grosseto costituisce tuttavia occasione per sollevare nuovamente il dibattito sul delicato tema del riconoscimento, alle coppie omosessuali, del diritto a contrarre matrimonio.

Con successivo decreto del 19 settembre 2014, la Corte d'appello di Firenze, su istanza del Procuratore della Repubblica presso il Tribunale di Grosseto, ha dichiarato la nullità della decisione in commento. Le argomentazioni della Corte, tuttavia, poggiano su questioni meramente processuali: nella specie, il ricorso avverso il diniego della trascrizione avrebbe dovuto indirizzarsi non al Comune bensì al sindaco quale legittimo destinatario in quanto delegato del Governo. La Corte d'appello, dunque, non ha affrontato nessuna delle questioni "sostanziali" che la decisione impugnata sollevava e che hanno stimolato la presente riflessione. A seguito di tale decisione, il Tribunale di Grosseto – con provvedimento del 17 febbraio 2015 – ha nuovamente ordinato la trascrizione dell'atto di matrimonio nei registri dello stato civile, in parte ribadendo alcune delle argomentazioni già svolte.

Le perplessità suscitate dalla prima pronuncia grossetana riguardano, "a monte", A) *i motivi* sottesi alla decisione del tribunale nonché, "a valle", B) *gli effetti* di tale trascrizione nel nostro ordinamento.

A) Sono quattro le ragioni addotte dal Tribunale di Grosseto a sostegno della propria decisione.

Con i primi due – laconici – motivi, il tribunale considera che il matrimonio civile tra persone dello stesso sesso «non è contrario all'ordine pubblico» e che nelle norme di cui agli art. 84-88 c.c., che stabiliscono le condizioni necessarie per contrarre matrimonio, «non [sia] individuabile alcun riferimento al sesso in relazione alle condizioni necessarie per contrarre matrimonio». I due punti, strettamente connessi, suscitano alcune incertezze, almeno sotto due profili.

Si ripropone, da un lato, la questione relativa al richiamo alla clausola dell'ordine pubblico operato dall'art. 18 d.P.R. 396/2000 (su cui v. Tribunale di Latina, decreto del 10 giugno 2005), senza peraltro che il Tribunale di Grosseto fornisca alcun ragguaglio circa i principi e le norme che lo compongono. Tale nozione deve essere intesa in senso internazionalprivatistico; l'*ordine pubblico* deve pertan-

to interpretarsi come *ordine pubblico internazionale*, la cui natura è più ristretta – ma "essenziale", ridotta ai principi inderogabili originanti dalla Costituzione, ma anche dall'ordinamento internazionale o sovranazionale – rispetto a quella dell'ordine pubblico *interno*. Tuttavia, non si tratta, in questo caso, *i)* né di dare *applicazione* ad una *normativa straniera* richiamata da una norma di conflitto del foro (tanto più che le norme di conflitto menzionate dal giudice in tema di capacità a contrarre matrimonio richiamano la legge nazionale dei nubendi, ossia quella italiana), *ii)* né tantomeno di *riconoscere* un provvedimento straniero nei suoi *contenuti*.

Dall'altro lato, pur non rinvenendosi alcuno specifico riferimento né nella Costituzione né nel codice civile, secondo costante giurisprudenza la *diversità di sesso* dei nubendi – insieme alla loro manifestazione di volontà matrimoniale espressa dinanzi all'ufficiale civile incaricato della celebrazione – costituisce «requisito minimo indispensabile per la stessa "esistenza" del matrimonio civile come atto giuridicamente rilevante», quale condizione «richiesta dalla legge per la … identificabilità giuridica dell'atto di matrimonio» (Cass., sentenza 4184/12). Allo stesso modo si era già espressa anche la Corte costituzionale che – pur postulando un'interpretazione flessibile e non cristallizzata della Costituzione, in linea con *l'evolversi della realtà sociale giuridica europea ed extraeuropea*, alla luce della Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali (CEDU) nonché della giurisprudenza della Corte europea – ha concluso che «l'intera disciplina dell'istituto, contenuta nel codice civile e nella legislazione speciale, postula la diversità di sesso dei coniugi», non potendo essere superato il significato del precetto costituzionale per via ermeneutica "creativa" (Corte cost., sentenza 138/2010, ma v. anche ordinanza 4/2011).

Con il terzo motivo è fatto presente come l'art. 27 della l. 218/95 di riforma del sistema italiano di diritto internazionale privato – la norma di conflitto che individua nella legge nazionale dei nubendi le condizioni per contrarre matrimonio – contiene «un implicito richiamo alle condizioni necessarie per contrarre matrimonio» di cui agli art. 84-88 c.c. Non vi è dubbio che il giudice compia qui un'affermazione *di sostanza*, ritenendo ovvero *valido* ed *efficace* nel nostro ordinamento il matrimonio *same-sex* contratto da due cittadini italiani, tanto all'estero quanto in Italia.

Osserva da ultimo il Tribunale – quasi "raddrizzando il tiro" – che «è incontestato che il matrimonio celebrato all'estero è valido, quanto alla forma, se è considerato tale dalla legge del luogo della celebrazione, come nel caso di specie», ai sensi dell'art. 28 della l.

218/95 (disposizione notoriamente informata al principio del *favor validitatis*, ma non del *favor matrimonii*…). La contraddizione in cui incorre il giudice di Grosseto risiede dunque nel ricorrente intreccio tra il *piano sostanziale*, ossia il "contenuto" dell'atto pubblico, la *validità* dello *status* di "coniugato" che da esso deriva, ed il *piano formale*, ossia lo strumento di circolazione nonché l'*efficacia meramente probatoria* dell'atto di matrimonio.

Tale valutazione appare tanto più stridente in quanto il Tribunale di Grosseto sembra trascurare completamente il concetto di *inidoneità* (a produrre qualsiasi effetto giuridico nell'ordinamento italiano) coniato dalla Cassazione nella sentenza 4184/12, superando la valutazione di *inesistenza* delle unioni tra persone dello stesso sesso, in sede di trascrizione nei registri dello stato civile.

B) A questo riguardo, un altro sicuro punto debole del provvedimento, "a valle", discende dal fatto che esso non si sofferma sulla questione degli effetti del riconoscimento del matrimonio estero, limitandosi alla constatazione che la trascrizione dell'atto di matrimonio nei registri italiani dello stato civile non avrebbe «natura costitutiva ma soltanto certificativa e di pubblicità di un atto già valido di per sé sulla base del principio *tempus* [ma in realtà: *locus* (N.d.A.)] *regit actum*». In proposito, si può convenire sul fatto che il problema centrale in questi casi non è il riconoscimento dell'atto straniero di stato civile e la sua trascrizione nei registri italiani, bensì il riconoscimento e la circolazione dello *status* ad esso connesso. Come rilevato anche dalla Cassazione nella sentenza 4184/12, quest'ultima questione ha carattere pregiudiziale perché un atto straniero di stato civile può essere trascritto solo se lo *status* acquisito all'estero per mezzo di esso è idoneo a produrre effetti giuridici anche nel nostro ordinamento, sicché la trascrizione del matrimonio mira appunto a dare pubblicità dell'esistenza di tale *status* e degli effetti ivi connessi.

Va premesso che la garanzia della "*cross-border continuity*" degli *status* acquisiti all'estero è ormai esplicitamente connessa alla tutela dei diritti umani fondamentali a seguito delle note sentenze Wagner e Negrepontis della Corte europea dei diritti dell'uomo. Da tali decisioni si ricava il principio per cui il mancato riconoscimento di tali *status* costituisce una violazione del diritto alla vita familiare quando lo *status* corrisponde a un legame familiare effettivamente esistente nella realtà sociale. D'altra parte, richiami analoghi alla prevalenza di una realtà sociale consolidata si ritrovano – sia pure limitatamente ai rapporti tra Stati membri dell'Unione europea – nella giurisprudenza della Corte di giustizia dell'Unione relativa al diritto al nome. Ri-

spetto al raggiungimento di un simile obiettivo le norme di diritto internazionale privato possono essere costrette a modellarsi nella misura in cui risultino inidonee ad assicurare la continuità dello *status* nello spazio.

Ora, l'astratta applicabilità di un simile principio anche alle unioni omosessuali non sembra in discussione. Da un lato, esse sono considerate, sul piano costituzionale interno, una delle «formazioni sociali» all'interno delle quali lo Stato garantisce il godimento dei diritti inviolabili, come riconosciuto dalla Corte costituzionale nella sentenza 138/2010; dall'altro, ad esse va assicurata la garanzia propria delle relazioni entro cui si svolge la vita familiare, come ritenuto a più riprese dalla Corte europea dei diritti dell'uomo (v. sentenze Schalk e Kopf e Vallianatos). Su queste premesse – se alla legislazione nazionale è rimesso un ampio margine di discrezionalità in ordine alle modalità di esercizio di tali diritti – non sembra sostenibile la posizione espressa dalla Corte di cassazione secondo cui l'acquisto di uno *status* corrispondente a tale relazione familiare all'estero rimane improduttivo di effetti giuridici per l'ordinamento italiano.

Tuttavia, dalla necessità di tener conto delle esigenze di tutela dei diritti umani fondamentali non discende *de plano* un obbligo assoluto di riconoscimento (né, tanto meno, la diretta efficacia nel nostro ordinamento – su questo punto v. le considerazioni svolte dalla Commission Internationale de l'État Civil in risposta al Libro Verde della Commissione europea che ha preceduto la proposta di regolamento sulla circolazione degli atti pubblici) delle situazioni giuridiche costituite all'estero, residuando comunque, sulla base dello stesso art. 8 della CEDU, un margine di apprezzamento in capo allo Stato, nel quale può evidentemente giocare un ruolo anche il divieto dell'abuso del diritto e della frode alla legge (dovendo la situazione risultare «*duly acquired*» nello Stato di origine). Pertanto, la garanzia della *cross-border continuity* degli *status* soggettivi (concernente non solo le unioni omosessuali costituite dall'estero, ma altri fenomeni al momento non disciplinati espressamente, come la maternità surrogata) presuppone comunque una valutazione dell'ordinamento italiano sulla loro riconoscibilità e sulla concreta possibilità di attribuire loro effetti giuridici, non potendo queste derivare dalla mera attitudine di quegli stessi *status* a produrre effetti nell'ordinamento di origine, come sembra ritenere il Tribunale di Grosseto.

Più in generale la motivazione del provvedimento appare insufficientemente articolata per soddisfare lo *standard* di controllo sopra descritto. Infatti, essa, pur superando il paradosso della sentenza 4184/12 della Cassazione di ritenere un negozio giuridico *esistente* e

valido e, benché non contrario all'ordine pubblico, incapace di produrre effetti nel nostro ordinamento, non aiuta a porre rimedio all'inidoneità dell'attuale quadro normativo italiano rispetto agli obblighi connessi alla tutela dei diritti fondamentali *in subiecta materia*.

In proposito, non pare che la rigidità del criterio di collegamento della nazionalità previsto tanto dal citato art. 27 quanto dall'art. 24 della l. n. 218/1995 in materia di diritti della personalità) possa coniugarsi con la necessità di tener conto dello *status* acquisito all'estero quale realtà sociale non più (o non soltanto) destinata a dispiegarsi nel territorio dello Stato nazionale del soggetto e con la possibilità di esercitare un controllo sulla riconoscibilità di tale situazione soggettiva secondo la tecnica del margine di apprezzamento. In tal senso, per sovvenire alle esigenze imposte dalla garanzia dell'art. 8 della CEDU, potrebbe essere valutata la possibilità di prevedere una norma di conflitto che richiami, in tema di validità sostanziale del matrimonio (quanto meno per quanto riguarda gli *impedimenti bilaterali*), la legge dello Stato di celebrazione, in quanto legge (indirettamente) scelta dalle parti.

L'applicazione di detta legge resterebbe comunque subordinata a limiti di carattere generale (come l'ordine pubblico o il divieto di frode alla legge, comunque non ravvisabile nella sola scelta di costituire un determinato *status* all'estero). D'altra parte, un intervento del legislatore in questa materia – ormai inevitabile – potrebbe anche portare con sé l'imposizione di limiti specifici al riconoscimento delle unioni omosessuali costituite all'estero, idonei a garantirne la compatibilità con un determinato quadro normativo utilizzando meccanismi di *adapted* (o *downgrade*) *recognition* di tali unioni, analoghi a quelli già previsti in taluni ordinamenti europei, come quello tedesco o quello irlandese.

18 aprile 2014

Sequestro conservativo dei conti correnti all'estero e recupero transfrontaliero dei crediti: prime riflessioni sul regolamento (UE) n. 655/2014

EVA DE GÖTZEN (*)

Tra i beni costituenti il patrimonio mobiliare del debitore, i depositi bancari appartengono a quella categoria che, per eccellenza, può essere facilmente sottratta al soddisfacimento delle pretese creditorie attraverso atti di disposizione non soggetti ad alcuna forma di pubblicità.

Il problema si complica ulteriormente quando tali beni si trovano all'estero. In base alle regole generali (cfr. art. 31 del regolamento "Bruxelles I" e art. 35 del regolamento "Bruxelles I *bis*"), il creditore ha già la possibilità di ottenere provvedimenti cautelari nel Paese dell'esecuzione per prevenire il depauperamento del patrimonio dell'obbligato. Tuttavia, l'individuazione all'estero di eventuali conti correnti intestati al debitore inadempiente comporta notevoli difficoltà, mentre l'eterogeneità delle regole relative all'emissione e all'attuazione di misure conservative nei vari Stati membri può, di fatto, ostacolare il recupero transfrontaliero dei crediti. Di qui la necessità di introdurre, a livello europeo, un nuovo mezzo di tutela preventiva del credito, atto a congelare *pro tempore* i beni del debitore depositati in conti bancari all'estero, al fine di neutralizzare – nei casi transfrontalieri – eventuali atti di disposizione dell'obbligato sul proprio patrimonio, che ne diminuiscano la consistenza in pre-

(*) Università di Milano.

giudizio delle ragioni creditorie (quanto ai lavori preparatori relativi al nuovo strumento, si possono citare, senza pretese di esaustività, v. STAMM, "Plea for the abandonment of the European account preservation order – Ten good reasons against its adoption", *IPRax: Praxis des Internationalen Privat- und Verfahrensrechts*, 2014, p. 124 ss.; DE GÖTZEN, "Cobro transfronterizo de deudas en materia civil y mercantil: ¿dónde estamos y hacia dónde nos dirigimos?", *Anuario Español de derecho internacional privado,* 2013–2014, p. 309 s.; SANDRINI, *Tutela cautelare in funzione di giudizi esteri*, Padova, 2012, p. 417 ss.; GUINCHARD, "Le droit européen de l'exécution est né! Présentation de la proposition de règlement portant création d'une ordonnance européenne de saisie conservatoire des comptes bancaires, destinée à faciliter le recouvrement transfrontière de créances en matière civile et commerciale, COM(2011)445, 25 juill. 2011", *Revue trimestrielle de droit européen*, 2011, p. 871 ss.; MAX PLANCK WORKING GROUP, Comments on the European Commission's Green Paper on Improving the Efficiency of the Enforcement of Judgments in the European Union: The Attachment of Bank Accounts, *European Company and Financial Law Review*, 2007, p. 252 ss.).

Con l'intento di soddisfare l'esigenza testé delineata, a giugno 2014 è stato adottato il Regolamento (UE) n. 655/2014, che istituisce una procedura per l'ordinanza europea di sequestro conservativo («OESC») su conti correnti bancari per facilitare il recupero transfrontaliero dei crediti in materia civile e commerciale (su cui cfr. *ex multis*: FARINA, "L'ordinanza europea di sequestro conservativo su conti bancari", *Nuove Leggi Civili Commentate*, 2015 (in corso di pubblicazione); JIMÉNEZ BLANCO, "La orden europea de retención de cuentas: avances y limitaciones", *Anuario de derecho internacional privado español*, 2014-2015 (in corso di pubblicazione); FRANZINA e LEANDRO (a cura di), *Il sequestro europeo di conti bancari. Regolamento (UE) n. 655/2014 del 15 maggio 2014*, Milano, 2015; HESS e RAFFELSIEPER, "The European Account Preservation Order: A long-overdue reform to carry out cross-border enforcement in the European Area of Justice", *IPRax: Praxis des Internationalen Privat- und Verfahrensrechts*, 2015, p. 46 ss.; GUINCHARD, "De la première saisie conservatoire européenne. Présentation du règlement n° 655/2014 instituant une procédure d'ordonnance européenne de saisie conservatoire des comptes bancaires", in *Revue trimestrielle de droit européen*, 2014, p. 922 ss.).

Il Regolamento consente di ottenere – con un procedimento semplificato e autonomo, da attivare nelle more di un giudizio di

condanna (*ante causam*; *medio iudicio*) o in seguito all'ottenimento di un titolo che imponga al debitore di pagare il credito vantato dal creditore (art. 5), in via alternativa e concorrente rispetto ai procedimenti interinali di diritto interno (art. 1, par. 2) – una nuova misura conservativa di natura reale, volta a impedire la dispersione dei beni del debitore, con propri presupposti, una propria procedura di emissione basata su regole processuali autonome e su formulari standard, oltre a forme attuative e d'impugnazione *ad hoc*. L'ordinanza cautelare europea così introdotta è soltanto prodromica all'esecuzione forzata, limitandosi ad assicurare in via preventiva la realizzazione del credito portato dall'ordinanza, mentre il recupero coatto del medesimo continua a essere disciplinato dalle leggi nazionali (art. 23; per l'Italia, da individuarsi nelle norme che prevedono la conversione del sequestro conservativo in pignoramento presso terzi).

Da una prima lettura tanto degli articoli quanto dei dettagliati e diffusi considerando del Regolamento n. 655/2014, la cui funzione – com'è ormai comune – non pare limitata a quella meramente introduttiva dell'atto che precedono, la nuova procedura autonoma si caratterizza per i seguenti aspetti.

Il Regolamento si applica, a decorrere dal 18 gennaio 2017 (art. 54), ai crediti pecuniari in materia civile e commerciale – con le usuali eccezioni presenti nel sistema Bruxelles (art. 2), anche se alcune di esse sono formulate in termini più articolati (cfr. considerando 8 per le ipotesi d'insolvenza transfrontaliera) – solo in ambito transnazionale, ossia a patto che i conti bancari su cui dovrà avvenire l'esecuzione forzata siano localizzati in uno Stato membro diverso da quello del domicilio del creditore o da quello dell'autorità competente ad adottare il provvedimento cautelare (art. 3, considerando 10).

L'OESC può essere concessa anche se il credito azionato non è ancora esigibile (art. 4, considerando 12) e sarà competente a emetterla, se il creditore è privo di titolo (costituito da una decisione giudiziaria, una transazione endoprocessuale o un atto pubblico, che impongano al debitore di pagare), il giudice investito della causa di merito – da individuarsi secondo le regole generali di cui al regolamento Bruxelles I-*bis* – o quello del luogo del domicilio del debitore se quest'ultimo è un consumatore. Se il creditore, invece, è già munito di un titolo – ai fini del nuovo Regolamento non è necessario che tale titolo sia anche esecutivo – sarà l'autorità che ha emesso o che ha formato il titolo a disporre la cautela (art. 6, considerando 13). Peraltro, in quanto emessa dal giudice del merito, l'efficacia dell'OESC

non pare soggetta a limitazioni territoriali (cfr. considerando 33 del regolamento Bruxelles I *bis*).

L'emanazione di un'OESC presuppone la sussistenza dei tradizionali presupposti del *fumus boni iuris* e del *periculum in mora* (art. 7). In particolare, se il titolo è già stato ottenuto (e, quindi, la sussistenza del diritto di credito può essere presunta), il creditore dovrà dimostrare la fondatezza del timore di perdere le garanzie del proprio credito (che potrà essere desunta, anche alternativamente, da elementi obiettivi, attinenti alla consistenza qualitativa e quantitativa del patrimonio del debitore in rapporto all'entità del credito, o da elementi soggettivi, riguardanti il comportamento del debitore inadempiente: v. considerando 14). In caso contrario, il creditore dovrà espressamente fornire prova anche della verosimiglianza della sua pretesa. Inoltre, qualora la richiesta di emissione di OESC sia stata presentata *ante causam*, il creditore è tenuto instaurare il relativo procedimento di merito, normalmente entro 30 giorni dal deposito della domanda, e fornirne prova. In difetto, la misura cautelare verrà revocata e ne saranno caducati gli effetti (art. 10).

L'OESC verrà emessa nel giro di 5/10 giorni dal deposito della domanda (a seconda della sussistenza o meno del titolo: cfr. articoli 17-18), *inaudita altera parte* (art. 11, considerando 15). Una volta concessa, essa sarà automaticamente riconosciuta nello Stato membro richiesto e sarà sottratta alla procedura di *exequatur* (art. 22). Il Regolamento n. 655/2014 introduce, poi, una disciplina autonoma quanto all'attuazione dell'OESC – nel senso che l'ordinanza europea dovrà essere trasmessa senza indugio dall'autorità competente alla banca presso cui è tenuto il conto corrente del debitore cosicché quest'ultima provveda, subito dopo la ricezione dell'ordinanza stessa, a bloccare l'importo indicato – mentre opera un rinvio al diritto nazionale per l'individuazione delle modalità di esecuzione dell'ordinanza, nonché per la definizione di tutti quegli aspetti non specificatamente trattati dal medesimo (art. 23 ss.; art. 46, par. 1). Invero, proprio il rinvio alla *lex loci executionis* potrebbe, in concreto, frustrare gli intenti di semplificazione e speditezza perseguiti dal legislatore europeo, stante la persistente diversità tra le procedure esecutive previste dai vari Stati membri e la conseguente necessità di coordinamento con le regole previste dal nuovo Regolamento.

Pur discostandosi sensibilmente dalle soluzioni inizialmente proposte, ritenute eccessivamente sbilanciate in favore degli interessi creditori, il testo finale del Regolamento è principalmente volto a garantire l'effetto sorpresa della misura cautelare introdotta a livello europeo, consentendo di prevenire qualsiasi iniziativa fraudolenta

del debitore. Infatti, a differenza del regolamento Bruxelles I *bis* – in cui la libera circolazione dei provvedimenti provvisori emessi *inaudita altera parte* presuppone la previa notificazione o comunicazione al debitore della decisione comprendente il provvedimento (art. 42, par. 2, lett. *c*) e considerando 33) – l'ordinanza cautelare in parola produce i propri effetti nello spazio giudiziario europeo ancor prima che il debitore sia stato informato della relativa domanda di (e della successiva) emissione (cfr. combinato disposto dagli articoli 11, 22 e 28), consentendo di anticipare notevolmente la tutela preventiva del creditore. Inoltre, il debitore potrà proporvi opposizione, contestandone gli eventuali vizi processuali e/o sostanziali o le criticità emerse in sede di esecuzione (salva la possibilità per entrambe le parti di chiedere la modifica o la revoca dell'OESC qualora le circostanze di fatto sulla base delle quali sia stata emessa siano nel frattempo mutate), soltanto una volta posto il vincolo di indisponibilità sulle somme rinvenute sui conti correnti esteri, quindi soltanto a misura cautelare già eseguita (cfr. articoli 33-37).

Sennonché, al fine di bilanciare gli interessi delle parti opposte, il Regolamento prevede una serie di garanzie a tutela del debitore. *In primis*, il rispetto di requisiti piuttosto stringenti per la concessione dell'OESC, di cui si è detto, il cui difetto ne preclude *ab origine* l'emissione. *In secundis*, la costituzione di una garanzia patrimoniale (obbligatoria o facoltativa) per il risarcimento dei danni eventualmente patiti dal debitore in caso di abuso dell'OESC (art. 12), oltre alla configurazione di una responsabilità per colpa in capo al (sedicente) creditore (art. 13). Proprio la costituzione della predetta garanzia potrebbe, invero, rivelarsi condizione particolarmente gravosa per quest'ultimo, sia in termini economici – le banche potrebbero imporre consistenti commissioni in vista della relativa concessione – sia in termini processuali – in difetto della previa costituzione di quest'ultima, il creditore non potrà agire in via preventiva per tutelare i propri interessi quand'anche la pretesa fosse fondata nel merito – tanto da attenuare il rischio di un ricorso indiscriminato al rimedio preventivo in esame. Infine, l'introduzione di termini processuali brevi, che sono volti ad assicurare un rapido completamento di tutte le varie fasi della procedura.

Nonostante l'acceso dibattito che ha caratterizzato i lavori preparatori, anche in senso contrario all'adozione della nuova misura, non si può tacere l'ulteriore traguardo che il Regolamento consente di raggiungere in termini di integrazione europea. La progressiva abolizione della procedura di *exequatur* per le decisioni rese negli Stati membri – che ha raggiunto la sua espressione più completa con

l'adozione del regolamento Bruxelles I *bis* – ha, infatti, trovato la sua ragion d'essere nella crescente fiducia reciproca tra gli ordinamenti nazionali, promossa da una maggiore compatibilità tra i sistemi giuridici europei raggiunta grazie al sempre più diffuso rispetto dei medesimi requisiti processuali minimi. La libera circolazione dell'OESC, invece, prescinde dal rispetto dei predetti requisiti minimi, prevedendo che lo Stato membro richiesto dia esecuzione *nulla interposita mora* a una misura cautelare adottata senza la preventiva audizione del debitore, senza garanzie di difesa per quest'ultimo (per lo meno sino al momento dell'attuazione della misura), per di più sulla base di una ricognizione meramente sommaria delle pretese creditorie.

Tale aspetto creerà non poche frizioni sul piano delle tradizioni processuali degli Stati membri, se si considera che non tutti gli ordinamenti nazionali sono avvezzi all'emissione e all'immediata esecuzione di provvedimenti cautelari adottati in assenza di contraddittorio – come l'ordinamento italiano, in cui tale circostanza è meramente eventuale ed è subordinata alla sussistenza di un preciso presupposto previsto per legge –, senza dimenticare l'impatto che la tempistica scandita dal nuovo Regolamento avrà sui calendari processuali nazionali, in cui – come nel caso italiano – i tempi di emissione di un sequestro conservativo possono essere più dilatati.

Ad ogni buon conto, proprio la rapidità che caratterizza l'intera procedura di emissione, attuazione e impugnazione di un'OESC (eccezion fatta per il ruolo ancora ricoperto dal diritto nazionale) dovrebbe, negli intenti, soddisfare e bilanciare le contrapposte esigenze delle parti, costituendo il principale rimedio per mitigare la natura draconiana di un mezzo di conservazione della garanzia patrimoniale del credito che dovrà essere d'ora in poi disposto, in tutti gli Stati membri (tranne Regno Unito e Danimarca), secondo una procedura che deroga espressamente al principio generale del contraddittorio e al diritto di difesa del debitore.

13 novembre 2014

Diritto dell'Unione europea

GIACOMO RUGGE	Gli atti delegati ed esecutivi nel diritto UE: genesi e prospettive di una distinzione
NICOLE LAZZERINI	La Corte di giustizia UE e i «principi» della Carta dei diritti fondamentali nella sentenza *Glatzel*
ROSSANA PALLADINO	Il "nuovo quadro" dell'UE per rafforzare lo Stato di diritto: un contrappeso ai limiti di applicazione della Carta *ex* articolo 51?
VITTORIA BOCCHETTI	*Delisting* e rilievo del danno morale scaturente da una decisione di *blacklisting* nell'ambito dell'Unione europea: il cerchio si chiude
FRANCESCO COSTAMAGNA	«Chi non lavora…». Alcune considerazioni su cittadinanza europea, solidarietà e accesso ai benefici sociali a margine della sentenza *Dano*
FEDERICO CASOLARI	A.A.A. cittadinanza dell'Unione vendesi
GIOVANNI ZACCARONI	«Why always me?» (says the European Union). Il referendum svizzero sull'immigrazione, le relazioni con l'UE e le ricadute sull'economia

Gli atti delegati ed esecutivi nel diritto UE: genesi e prospettive di una distinzione

GIACOMO RUGGE (*)

1. *Atti delegati e atti esecutivi: un'interpretazione autorevole*. – Lo scorso 19 dicembre l'Avvocato generale Cruz Villalón ha presentato le proprie conclusioni in merito ad una controversia instaurata dalla Commissione avverso Parlamento e Consiglio dell'Unione circa gli ambiti di applicazione degli atti delegati e degli atti esecutivi. A quattro anni dalla previsione di tali atti nel Trattato sul funzionamento dell'Unione europea (TFUE), la Corte di giustizia ha per la prima volta l'occasione di formulare alcune considerazioni sul loro significato e sulla loro portata. Come rilevato dallo stesso Avvocato generale, si tratta di un'occasione «letteralmente inaugurale», con importanti implicazioni per l'esercizio della funzione normativa dell'UE e per le relazioni tra le istituzioni in esso coinvolte.

Come noto, il Trattato di Lisbona ha apportato rilevanti modifiche all'ordinamento giuridico dell'Unione e, segnatamente, al suo sistema delle fonti. Riprendendo molte delle novità proposte nel (mai adottato) Trattato che adotta una Costituzione per l'Europa del 2003, il Trattato del 2009 ha introdotto due nuovi strumenti giuridici: gli atti delegati (art. 290 TFUE) e gli atti esecutivi (art. 291 TFUE). L'art. 290 TFUE prevede che attraverso un atto legislativo si possa delegare alla Commissione il potere di adottare «atti non legislativi di portata generale che integrano o modificano determinati elementi non essenziali dell'atto legislativo». L'art. 291 TFUE, invece, prevede che, quando siano necessarie «condizioni uniformi di esecuzione», la competenza esecutiva possa essere conferita alla

(*) Max Planck Institute Heidelberg.

Commissione ovvero, in casi specifici, al Consiglio.

La controversia in questione nasce da un ricorso per annullamento presentato dalla Commissione, in merito al quale la Corte è chiamata a pronunciarsi su un'asserita violazione del «sistema di attribuzione dei poteri di regolamentazione» di cui agli articoli 290 e 291 TFUE. La Commissione chiede l'annullamento dell'art. 80 del regolamento (UE) 528/2012 recante disposizioni sulla commercializzazione e sull'uso dei biocidi, nella parte in cui prevede l'emanazione di un regolamento di esecuzione per determinare le tariffe dovute all'Agenzia europea per le sostanze chimiche (ECHA). La Commissione, viceversa, ritiene che tale materia debba essere disciplinata attraverso un regolamento delegato, dal momento che l'atto che le viene chiesto di adottare è in realtà diretto a completare taluni elementi non essenziali dell'atto legislativo.

In vista della pronuncia della Corte, l'Avvocato generale ha condotto un approfondito inquadramento delle questioni giuridiche sottese al ricorso, mettendo in luce i tratti distintivi degli atti delegati e degli atti d'esecuzione. Egli ha rilevato che, in primo luogo, la delegazione legislativa e l'attività d'esecuzione postulano un diverso riparto di competenze tra Stati membri e Unione europea e che, in secondo luogo, esse afferiscono a funzioni *sostanzialmente* differenti. Per quanto concerne il primo aspetto, l'Avv. gen. Cruz Villalón ha sottolineato che, nel caso della delegazione legislativa, si opera sempre nell'ambito delle competenze dell'Unione europea; invece, nel caso dell'esecuzione di norme comunitarie vincolanti si ricade normalmente nell'ambito di competenza degli Stati membri. Solamente qualora siano necessarie «condizioni uniformi d'esecuzione», la competenza esecutiva spetta all'Unione. Con riguardo alle differenze *sostanziali* tra delegazione ed esecuzione, l'Avvocato generale ha ricordato che la prima si colloca all'interno di una fase essenzialmente normativa e ha ad oggetto il perfezionamento dell'attività legislativa svolta da Parlamento e Consiglio (si noti, l'Avvocato generale ritiene che la delegazione *ex* art. 290 corrisponda a una sorta di delegazione in senso materiale); la seconda, invece, appartiene a una fase successiva a quella normativa e ha a oggetto la semplice implementazione di norme ormai definite e complete.

Ulteriore aspetto focale delle conclusioni è rappresentato dall'approfondimento in merito alla relazione tra atti delegati e atti esecutivi. Nel corso del procedimento sono emerse tesi divergenti circa la possibilità di marcare un confine tra l'ambito applicativo dell'art. 290 TFUE e quello dell'art. 291 TFUE (la Commissione ha sostenuto che gli ambiti di applicazione degli articoli 290 e 291

TFUE siano «nettamente separati»; alcuni intervenienti, invece, hanno sostenuto l'esistenza di una «zona grigia»). L'Avvocato generale ha nondimeno ritenuto che la questione così formulata abbia scarsa rilevanza pratica ed ha scelto di concentrarsi sui limiti del sindacato della Corte rispetto al modo in cui il legislatore dell'Unione amministra l'alternativa tra atti delegati ed atti esecutivi. A tale riguardo, egli ha affermato che il sindacato della Corte è limitato e che le valutazioni di questa non possono in alcun caso sostituirsi a quelle del legislatore. Sennonché, l'Avvocato generale ha aggiunto che il significato degli articoli 290 e 291 TFUE è così diverso da non potersi ammettere un'assoluta discrezionalità del legislatore nella scelta dell'uno ovvero dell'altro tipo di atto. Per valutare la correttezza della scelta operata da Parlamento e Consiglio, la Corte dovrà considerare caso per caso se i co-legislatori avessero l'intento di «interrompere l'attività normativa, una volta raggiunto … il confine dell'"essenziale", oppure di conferire alla Commissione … il potere di adottare atti di applicazione generale direttamente connessi alle esigenze della fase d'esecuzione» (cfr. punto 78 delle conclusioni).

2. *L'istituzione di un livello normativo intermedio tra legislazione ed esecuzione*. – Il percorso istituzionale che ha portato al riconoscimento nel diritto primario dell'UE di un livello normativo intermedio tra legislazione ed esecuzione ebbe avvio nel 2001, quando il Comitato di Saggi presieduto dall'economista ungherese Alexandre Lamfalussy produsse un rapporto riguardante la regolamentazione dei servizi finanziari. Per assicurare maggiore dinamismo e flessibilità al processo decisionale comunitario, i Saggi proposero di regolamentare il mercato finanziario seguendo un procedimento strutturato su quattro livelli. Al primo livello, quello che qui interessa, sarebbe stato compito di Parlamento e Consiglio inserire nell'atto di base gli elementi essenziali («key political choices») della futura normativa, conferendo invece alla Commissione un mandato per l'adozione degli elementi non essenziali. Il mandato avrebbe dovuto specificare i limiti dei poteri delegati alla Commissione. A garanzia della democraticità e del bilanciamento istituzionale, era previsto che il Parlamento potesse adottare una risoluzione, qualora ritenesse che le misure adottate dalla Commissione eccedessero i limiti del mandato. La risoluzione avrebbe imposto alla Commissione l'obbligo di presentare una nuova proposta, tenendo in considerazione quanto affermato nella risoluzione del Parlamento. In definitiva, si trattava di una "rudimentale" forma di controllo della delega.

Successivamente, nel corso della Convenzione europea, il c.d.

"Lamfalussy process" rappresentò un precedente per la previsione dei regolamenti delegati, disciplinati nell'art. I-35 della "Costituzione europea". Tuttavia, vista la sorte toccata a quest'ultima, si decise di intervenire sul diritto derivato attraverso una modifica dell'atto che disciplina l'esercizio delle competenze di esecuzione conferite alla Commissione (ossia la decisione c.d. "comitatologia"). A Trattati invariati, tale atto costituiva l'unico riferimento normativo capace di accogliere se non la lettera, almeno lo spirito dell'art. I-35 della "Costituzione europea". In aggiunta alle già vigenti procedure consultiva, di gestione e di regolamentazione, si introdusse quindi la procedura di *regolamentazione con controllo*, da applicarsi qualora «un atto di base adottato secondo la procedura di codecisione [ossia l'odierna procedura legislativa ordinaria] prevedesse l'adozione di misure di portata generale intese a modificare elementi non essenziali di tale atto, anche sopprimendo taluni di questi elementi, o a completarlo tramite l'aggiunta di nuovi elementi non essenziali» (cfr. art. 2, par. 2 e art. 5 *bis* della decisione del Consiglio 1999/468/CE, come modificata dalla decisione 2006/512/CE). Ai sensi della decisione così emendata, il Parlamento, posto su un piano di quasi parità con il Consiglio, avrebbe potuto impedire alla Commissione di adottare le misure proposte secondo tale procedura attraverso l'esercizio di un potere d'opposizione. Con l'entrata in vigore del Trattato di Lisbona e la previsione di due basi giuridiche distinte per la delegazione legislativa (art. 290 TFUE) e la funzione esecutiva (art. 291 TFUE), il sistema "comitatologia" è stato rivisto e semplificato. In conformità all'art. 291, par. 3 TFUE Parlamento e Consiglio hanno adottato il regolamento (UE) 182/2011 recante le regole e i principi generali relativi alle modalità di controllo da parte degli Stati membri dell'esercizio delle competenze di esecuzione attribuite alla Commissione. Con esso è stata abrogata la decisione 1999/468/CE ed è stato istituito un sistema di comitati che prevede due procedure – la *procedura consultiva* e la *procedura d'esame* – e un comitato d'appello. È interessante notare che della comune origine di atti delegati e atti esecutivi si dà ancora conto nelle tavole di corrispondenza allegate ai Trattati. Qui, infatti, si specifica che gli articoli 290 e 291 TFUE «sostituiscono, nella sostanza, l'art. 202, terzo trattino, del trattato CE», ossia l'articolo che costituì la base giuridica per l'adozione della decisione "comitatologia".

3. *La prassi istituzionale: i limiti del sindacato giurisdizionale*. – Già prima del Trattato di Lisbona si poteva quindi rinvenire nell'ordinamento comunitario la distinzione tra atti della Commis-

sione capaci di *integrare* o *modificare* le disposizioni contenute in un atto legislativo e atti della Commissione aventi una funzione meramente esecutiva. Sicché, le istituzioni dell'Unione acquisirono una certa dimestichezza nell'utilizzo di fonti normative che, sul piano sostanziale, si collocavano tra legislazione e mera esecuzione. Nondimeno, nella prassi istituzionale legata alla decisione "comitatologia" si pose spesso il problema di determinare se l'esercizio di un certo potere di regolamentazione dovesse considerarsi il perfezionamento di un'attività normativa avviata dai co-legislatori dell'Unione (e soggiacente alla procedura di regolamentazione con controllo) ovvero se tale potere fosse solamente connesso alle esigenze della fase d'esecuzione (e soggiacesse alle altre procedure comitatologiche). Nei casi controversi, le istituzioni dell'UE svilupparono la prassi di giungere a un accordo a seguito di negoziati condotti nel contesto dei c.d. "triloghi" (incontri informali tra alcuni rappresentanti di Parlamento, Consiglio e Commissione). Ancora oggi, quando sorge un contrasto tra le tre istituzioni circa la necessità di far uso di un atto delegato ovvero di un atto esecutivo, esse cercano di raggiungere un compromesso. Pare verosimile che proprio grazie a tale concertazione – e a un certo spirito di cooperazione – la Corte di giustizia non sia mai stata prima d'ora adita per la risoluzione di un conflitto interistituzionale riguardante l'esercizio dei poteri di cui agli articoli 290 e 291 TFUE.

Tanto detto, in che termini la Corte può concretamente esperire un sindacato sulle scelte (o sui compromessi) dei co-legislatori? Richiamando quanto osservato dall'Avv. gen. Jääskinen in un ricorso recentemente deciso dalla Corte (causa C-270/12, *Regno Unito* c. *Parlamento e Consiglio*), l'Avv. gen. Cruz Villalón fa proprio l'assunto per cui «the existence of borderline cases does not imply the absence of clear positive or negative ones» (cfr. nota 30 delle conclusioni). L'Avvocato generale sembra dunque suggerire una distinzione tra quei casi ove una violazione degli articoli 290 e 291 TFUE è chiara e manifesta e quei casi, invece, ove risulta difficile separare nettamente tra delegazione ed esecuzione Solo rispetto ai primi la Corte disporrebbe di un sindacato pieno; rispetto ai secondi, il sindacato della Corte sembrerebbe chiamato a rispettare la discrezionalità dei co-legislatori dell'UE. Tale impostazione sembra volta ad individuare un giusto equilibrio tra discrezionalità e sindacato giurisdizionale: da una parte, infatti, riconosce a PE e Consiglio una certa libertà nei casi "marginali"; nello stesso tempo afferma il potere della Corte di verificare la conformità delle scelte delle due istituzioni ai principi generali che governano – e che permettono di

differenziare – i poteri di regolamentazione di cui agli articoli 290 e 291 TFUE. Ora la parola spetta alla Corte.

31 gennaio 2014

La Corte di giustizia UE e i «principi» della Carta dei diritti fondamentali nella sentenza *Glatzel*

NICOLE LAZZERINI (*)

Il primo riferimento esplicito della Corte di giustizia ad una delle clausole orizzontali della Carta dei diritti fondamentali più controversa dal punto di vista politico e costituzionale – l'art. 52, par. 5 – è arrivato nella sentenza con cui, lo scorso 22 maggio, la quinta sezione ha deciso il rinvio pregiudiziale di validità, nella causa C-356/12, *Wolfgang Glatzel* c. *Freistaat Bayern*, affermando che le soglie minime di acutezza visiva per il rilascio delle patenti C1 e C1E previste dalla Direttiva 2006/126/CE (almeno 0,8 per l'occhio più sano e almeno 0,1 per l'occhio meno sano) sono conformi agli articoli 20, 21 e 26 della Carta (rispettivamente, «Uguaglianza davanti alla legge», «Non discriminazione» e «Inserimento delle persone con disabilità»).

In particolare, la validità delle pertinenti disposizioni non sarebbe inficiata dal fatto che esse precludono il rilascio di tali patenti ai candidati che, come il ricorrente nel procedimento principale, soffrono di una patologia (l'ambliopia monolaterale) per cui l'acutezza visiva dell'occhio meno sano risulta inferiore alla soglia, mentre quella binoculare soddisfa i requisiti.

Il presente scritto si limita ad esaminare brevemente la parte del ragionamento della Corte relativo all'art. 52, par. 5, senza entrare nel tema "sostanziale" della causa, la non-discriminazione a motivo della disabilità (sulla quale si veda anche la sentenza 18 marzo 2014, causa

(*) Università di Parma.

C-363/12, *Z.*). Un punto, infatti, sembra difficilmente contestabile, ed è ciò che muove a cimentarsi con i sei non cristallini paragrafi della sentenza *Glatzel* dedicati alla questione: la quinta sezione ha voluto aprire il dibattito sul significato dell'art. 52, par. 5, all'interno della giurisprudenza della Corte di giustizia, laddove la Grande sezione aveva in precedenza "accuratamente" aggirato l'ostacolo almeno in due occasioni (sentenza 24 gennaio 2012, causa C-282/10, *Dominguez*; sentenza 15 gennaio 2014, causa C-176/12, *Association de médiation sociale*, in cui il silenzio della Corte contrasta nettamente con la lunga analisi svolta sul punto dall'Avv. gen. Cruz Villalón). A differenza di quanto era avvenuto nelle due cause da ultimo citate, l'Avv. gen. Bot non aveva fatto alcun riferimento all'art. 52, par. 5, nelle sue conclusioni relative alla causa *Glatzel*; seguendone l'esempio, la Corte avrebbe potuto menzionare l'art. 26 (secondo cui «L'Unione riconosce e rispetta il diritto delle persone con disabilità di beneficiare di misure intese a garantirne l'autonomia, l'inserimento sociale e professionale e la partecipazione alla vita della comunità») in sede di sindacato della compatibilità della Direttiva con l'art. 21 della Carta (divieto di discriminazione a motivo di disabilità).

Come noto, l'art. 52, par. 5, introduce una distinzione tra le disposizioni della Carta che garantiscono «diritti» e quelle che contengono «principi», prevedendo per queste ultime un regime di giustiziabilità più limitato rispetto alle prime. Esse «possono essere attuate da atti legislativi ed esecutivi adottati da istituzioni, organi e organismi dell'Unione e da atti di Stati membri allorché danno attuazione al diritto dell'Unione, […] [e] possono essere invocate dinanzi ad un giudice solo ai fini dell'interpretazione e del controllo di legalità di detti atti». Introdotto solo in sede di "rimaneggiamento" delle clausole orizzontali della Carta da parte della Convenzione sul futuro dell'Europa, l'art. 52, par. 5, ha consentito di superare l'opposizione di alcuni Stati membri (il Regno Unito *in primis*, ma non solo) all'inclusione di diritti fondamentali sociali all'interno di un documento destinato a divenire diritto primario dell'Unione europea (al tempo, come parte seconda dell'abortita Costituzione europea). Se è innegabile che la norma limita gli effetti delle disposizioni che contengono «principi», la soluzione accolta dall'art. 52, par. 5, si distacca dalle esperienze nazionali che escludono *tout court* la giustiziabilità dei principi di politica sociale (come l'Irlanda), avvicinandosi piuttosto a quegli Stati membri (Francia, Spagna, e Polonia, ad esempio) le cui Costituzioni (o Corti costituzionali) ne ammettono una qualche rilevanza nell'ambito del sindacato degli atti del legislatore (cfr.

le conclusioni dell'Avvocato generale in *Association de médiation sociale*, paragrafi 48 e 49, e il rapporto di Ladenburger, punto 4.1).

Allo stesso tempo, però, l'interpretazione dell'art. 52, par. 5, non manca di sollevare problemi, in particolare, per quanto riguarda la determinazione degli effetti dei «principi» e del novero di atti UE e nazionali sindacabili alla luce degli stessi. Inoltre, la sua applicazione è resa difficoltosa dalla mancata individuazione delle disposizioni che contengono «principi» (o di criteri atti a individuarli). In particolare (e questo è un altro elemento positivo del compromesso), non c'è niente nella Carta o nelle sue Spiegazioni che "condanni" al più modesto regime dei «principi» tutte le disposizioni relative a diritti sociali fondamentali.

Veniamo quindi a quanto sembra emergere dalla sentenza *Glatzel* rispetto ai tre profili problematici evidenziati.

La Corte ha richiamato l'art. 52, par. 5, durante l'esame della conformità della Direttiva con l'art. 26 della Carta, dopo aver ritenuto, da un lato, che le disposizioni sulle soglie minime di acutezza visiva non costituiscono una violazione del principio di non discriminazione a motivo della disabilità di cui all'art. 21, par. 1, della Carta stessa (perché la differenza di trattamento riguarda un requisito «essenziale e determinante» per lo svolgimento dell'attività e la limitazione rispetta il principio di proporzionalità: paragrafi 48-66), e, dall'altro, che la Convenzione ONU sui diritti delle persone disabili (di cui anche l'Unione è parte) non può incidere su tali disposizioni. Ciò in quanto, secondo una giurisprudenza della Corte non esente da critiche, le norme degli accordi internazionali vincolanti per l'UE possono fungere da parametro di validità degli atti derivati solo se dotate di effetti diretti, e tale non sarebbe il caso della Convenzione ONU in questione; inoltre, la Direttiva enuncia delle regole chiare, che non lasciano margini per un'eventuale interpretazione conforme (paragrafi 67-71).

La Corte ha affermato la natura di "principio" dell'art. 26 basandosi sulle indicazioni contenute nelle spiegazioni degli articoli 26 e 52, par. 5: la prima parla, appunto, di "principio" modellato sull'art. 15 della Carta sociale europea, mentre la seconda cita «a titolo illustrativo … come esempi di principi riconosciuti nella Carta gli articoli 25, 26 e 37». Mettendo da parte le considerazioni sulla rilevanza ai fini interpretativi delle Spiegazioni (che qui sembrano ricevere da parte della Corte più del "debito conto" di cui agli articoli 6, par. 1, co. 3 TUE e 52, par. 7, della Carta: cfr. anche la sentenza 27 maggio 2014, causa C-129/14 PPU, *Spasic*, par. 54), il fatto che i giudici non abbiano affrontato il tema degli elementi distintivi dei

«principi» rispetto ai «diritti» lascia intatti tutti i problemi relativi alla mancanza di una classificazione (tra cui la possibilità di applicazioni difformi a livello nazionale). Dall'altro lato, il riferimento stringente alle Spiegazioni apre una prospettiva interessante per i diritti sociali fondamentali, perché consente di valorizzare l'altra indicazione dalle stesse fornita, secondo cui «in alcuni casi è possibile che un articolo della Carta contenga elementi sia di un diritto sia di un principio, ad esempio gli articoli 23 (Parità tra donne e uomini), 33 (Vita familiare e vita professionale) e 34 (Sicurezza sociale e assistenza sociale)».

Per quanto riguarda il problema della determinazione degli atti sindacabili alla luce dei principi, non è chiaro se la sentenza accolga l'interpretazione strettamente letterale dell'art. 52, par. 5, secondo cui i principi possono fungere da parametri per l'interpretazione e il controllo di validità dei soli atti UE e nazionali adottati *specificamente* per dare attuazione al principio che si invoca in giudizio. Per giustificare l'applicabilità dell'art. 26, la Corte si riferisce al considerando 14 e all'art. 5, par. 2, della Direttiva, che riguardano le disposizioni specifiche per l'accesso alla guida delle persone disabili. A parere di chi scrive, sarebbe preferibile leggere l'art. 52, par. 5, nel senso che il sindacato si estende anche a tutti gli atti UE (o nazionali, purché ricadenti nell'ambito di applicazione della Carta come delineato dal suo art. 51, par. 1) che violano un principio, sebbene non mirassero – a monte – a darvi attuazione. Se è vero che i principi richiedono, di regola, l'adozione di atti ulteriori che ne concretizzino il contenuto, ciò non toglie che il legislatore UE e quello nazionale (nei limiti anzidetti) sono sempre tenuti a "osservare" i «principi» (cfr. la prima parte dell'art. 51, par. 1, che prevede solo il limite delle competenze rispettive). Quanto appena affermato implica sicuramente che essi devono astenersi dal violarli anche (anzi, soprattutto) quando si occupano di questioni diverse dall'attuazione di un «principio» (cfr. EU Network of Independent Experts on Fundamental Rights, *Commentary of the Charter of Fundamental Rights of the European Union*, pp. 405-409). Tuttavia, poiché il caso riguardava pacificamente un atto UE di attuazione "in senso stretto" di un principio, si può pensare che la Corte non abbia inteso escludere questo secondo novero di atti.

L'aspetto apparentemente più problematico del ragionamento della Corte riguarda il profilo degli effetti dei principi. Pur avendo affermato l'applicabilità dell'art. 26, la Corte non ha effettuato nessun controllo di validità della Direttiva alla luce di questa disposizione, piuttosto affermando che il principio richiede degli atti UE o na-

zionali di concretizzazione «per produrre pienamente effetti», ma che il legislatore UE non è tenuto ad adottare alcuna misura particolare. Desta preoccupazione il richiamo al criterio elaborato nella sentenza *Association de médiation sociale* per stabilire se una disposizione della Carta abbia effetti diretti (essa deve «conferire di per sé ai singoli un diritto soggettivo autonomamente azionabile»). Con l'eccezione della giurisprudenza sugli accordi internazionali conclusi dall'UE, il fatto che una norma UE di rango primario o intermedio non sia idonea a produrre effetti diretti non pregiudica la sua funzione di parametro di validità del diritto derivato UE. Soprattutto, l'art. 52, par. 5, fa espresso riferimento a questa funzione dei principi, così come ne esclude l'invocabilità diretta. Sarebbe quindi addirittura *contra legem* collegare il controllo di validità alla luce dei «principi» all'effetto diretto delle disposizioni che li contengono.

4 giugno 2014

Il "nuovo quadro" dell'UE per rafforzare lo Stato di diritto: un contrappeso ai limiti di applicazione della Carta *ex* articolo 51?

ROSSANA PALLADINO (*)

Il 19 marzo 2014, la Commissione europea ha presentato al Parlamento europeo e al Consiglio una Comunicazione dal titolo *A new EU Framework to strengthen the Rule of Law* (COM(2014) 158 final/2), volta a definire a livello europeo un «nuovo quadro» per rafforzare lo Stato di diritto che, sollecitato dal Parlamento europeo e dal Consiglio stessi, è finalizzato ad introdurre nuovi meccanismi sanzionatori da applicarsi nei confronti di quegli Stati membri che violano costantemente lo Stato di diritto, ossia quei principi giuridici che consentono di difendere i valori fondamentali dell'Unione europea, come l'uguaglianza di tutti i cittadini di fronte alla legge o il corretto esercizio dei poteri pubblici.

La Comunicazione è inscrivibile nella più ampia serie di iniziative intraprese da quest'ultima per dare impulso alla definizione degli obiettivi strategici riguardanti lo Spazio europeo di libertà, sicurezza e giustizia "post-Stoccolma". Si fa riferimento, in particolare, alle due Comunicazioni dell'11 marzo 2014: *An open and secure Europe: making it happen* (COM(2014)154) e *The EU Justice Agenda for 2012: Strengthening Trust, Mobility and Growth within the Union* (COM(2014) 144 final). In particolare, si evidenzia che in quest'ultima la Commissione ha sollecitato lo sviluppo di uno «spa-

(*) Università di Salerno.

zio comune di giustizia» pienamente operativo, basato su tre elementi chiave: fiducia, mobilità e crescita. In quest'ottica si comprende l'impulso nella definizione di un nuovo quadro per il rafforzamento dello Stato di diritto – quale elemento «intrinsecamente connesso» al rispetto della democrazia e dei diritti fondamentali – che persegua il duplice obiettivo di tutelare i suoi valori fondanti e di potenziare la fiducia reciproca e l'integrazione in uno spazio di libertà, sicurezza e giustizia senza frontiere interne.

Più nel dettaglio, il nuovo quadro mira a garantire una tutela efficace e coerente dello Stato di diritto in tutti gli Stati membri, affrontando e risolvendo le situazioni di «minaccia sistemica» allo Stato di diritto. Devono cioè essere minacciati l'ordinamento politico, istituzionale e/o giuridico di uno Stato membro in quanto tale, la sua struttura costituzionale, la separazione dei poteri, l'indipendenza o l'imparzialità della magistratura, ovvero il suo sistema di controllo giurisdizionale, compresa, ove prevista, la giustizia costituzionale, ad esempio in seguito all'adozione di nuove misure oppure di prassi diffuse delle autorità pubbliche e alla mancanza di mezzi di ricorso a livello nazionale. Il quadro verrà attivato allorché risulti che i meccanismi nazionali di salvaguardia dello Stato di diritto non siano in grado di affrontare efficacemente tali minacce.

Peraltro, come ben emerge dal discorso della Vice-Presidente Viviane Reding del 4 settembre 2013 il nuovo quadro rappresenterebbe la formalizzazione di un ruolo già esercitato dalla Commissione europea per fronteggiare alcuni casi di minaccia sistemica allo Stato di diritto, come, ad esempio, nel caso della crisi relativa alla popolazione rom in Francia nel 2010 o agli attentati all'indipendenza del potere giudiziario durante la crisi politica del 2012 in Romania, nonché alle riforme costituzionali in Ungheria (sulla "questione ungherese", v. Casolari).

Nella specie, la procedura delineata dalla Commissione nella Comunicazione in analisi si basa sui seguenti principi: ricerca di una soluzione tramite il dialogo con lo Stato membro in questione; garanzia di una valutazione obiettiva approfondita della situazione; rispetto del principio della parità di trattamento degli Stati membri; indicazione di rapide azioni concrete che possono essere adottate per fronteggiare la minaccia sistemica ed evitare il ricorso ai meccanismi dell'art. 7 TUE.

In linea di principio, essa si articola in tre fasi che delineano un meccanismo di "preallarme" da attivarsi preliminarmente al verificarsi delle condizioni per ricorrere agli strumenti previsti dall'art. 7 TUE:

1. *Valutazione della Commissione*. – In questa fase la Commissione raccoglie ed esamina tutte le informazioni atte a verificare l'esistenza di una minaccia sistemica allo Stato di diritto. Nell'ipotesi in cui si configuri una situazione di minaccia, la Commissione avvia il dialogo con lo Stato membro, trasmettendo un parere motivato sullo Stato di diritto, al quale possono fare seguito risposte, riunioni con le autorità competenti e ulteriori contatti;

2. *Raccomandazione della Commissione*. – Tale fase è attivata nell'eventualità in cui la questione non sia stata risolta a seguito della trasmissione del parere motivato. Nella raccomandazione la Commissione indicherà chiaramente i motivi della sua preoccupazione, invitando lo Stato membro interessato a risolvere i problemi individuati entro un termine fissato.

3. *«Follow-up» della raccomandazione della Commissione*. – In questa fase la Commissione controllerà il seguito che lo Stato membro ha dato alla raccomandazione ad esso rivolta. In ipotesi di misure ritenute non soddisfacenti, la Commissione valuterà l'attivazione di uno dei meccanismi previsti dall'art. 7 TUE.

Che rapporto esiste tra i nuovi meccanismi descritti e gli altri strumenti già predisposti dai trattati (in particolare la procedura di infrazione *ex* art. 258 TFUE e i meccanismi previsti dall'art. 7 TUE) e utilizzabili ai fini di contrastare violazioni dello Stato di diritto da parte dei Paesi membri dell'Unione?

La Commissione stessa, nella Comunicazione *de quo*, si sofferma su tale questione, *in primis* affermando che il meccanismo poc'anzi descritto non pregiudica il potere della Commissione di affrontare situazioni specifiche che rientrano nell'ambito di applicazione del diritto dell'Unione mediante la procedura di infrazione ai sensi dell'art. 258 TFUE.

Rispetto alla procedura di infrazione *ex* art. 258 TFUE, il meccanismo individuato nel nuovo quadro per il rafforzamento dello Stato di diritto risulta avere una funzione preliminare e complementare e non già una funzione sostitutiva, laddove la Commissione sottolinea come tutti i provvedimenti propedeutici all'avvio della procedura di infrazione, fondata sull'art. 258 TFUE, abbiano dimostrato di essere uno strumento importante per affrontare taluni aspetti problematici inerenti allo Stato di diritto.

Ci si potrebbe, dunque, chiedere quale sia l'esigenza sottostante alla creazione di un ulteriore meccanismo, così come delineato all'interno del nuovo quadro proposto dalla Commissione europea. Essa muove da un limite tecnico-giuridico che connota la procedura di infrazione, consistente nella possibilità di giungere alla sua attiva-

zione esclusivamente in ipotesi in cui problematiche inerenti alla minaccia sistemica dello Stato di diritto configurino anche la violazione di una specifica disposizione del diritto dell'Unione europea.

Orbene, tale limite imposto dalla lettera dei trattati si scontra con l'obiettivo di un progressivo rafforzamento del ruolo della Commissione europea quale "custode" non solo dei Trattati, ma anche della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea, specie a seguito dell'acquisita vincolatività giuridica della stessa (art. 6, par. 1, TUE). All'uopo, si evidenzia che l'obiettivo di utilizzare e rafforzare tutti i mezzi a sua disposizione per garantire il rispetto della Carta dei diritti fondamentali emergeva, in particolare, già nella Comunicazione *Strategia per un'attuazione effettiva della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea*, del 19 ottobre 2010 (COM(2010) 573 final), in cui la Commissione aveva dedicato specifica attenzione all'art. 47 della Carta, ai sensi del quale ogni persona i cui diritti garantiti dal diritto dell'Unione siano stati violati ha diritto a un ricorso effettivo dinanzi a un giudice indipendente.

Tuttavia, l'azione della Commissione quale "custode della Carta" trova un limite di intervento nel disposto dell'articolo 51 della Carta stessa, che, come è noto, ne definisce l'ambito di applicazione per gli Stati membri «esclusivamente nell'attuazione del diritto dell'Unione».

Sono, altresì, note le recenti pronunce della Corte di giustizia dell'Unione europea che hanno precisato i contorni della formula di apparentemente facile interpretazione contenuta nella suddetta disposizione orizzontale (sentenze *Ymeraga*, *Pringle*, *Åklagaren* e *Siragusa*) e sostanzialmente ribadito i limiti di intervento delle Istituzioni europee nell'imporre il rispetto della Carta da parte degli Stati membri in ipotesi prive di elementi di collegamento con il diritto dell'Unione europea.

Da ultimo, tale limite è stato evidenziato dalla stessa Commissione nel recente rapporto sull'applicazione della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea.

Nel quadro così delineato, il meccanismo di preallarme individuato dalla Commissione può rappresentare una sorta di contrappeso ai limiti applicativi della Carta poc'anzi evidenziati. Rileva quale elemento fondamentale il dato che la nuova procedura venga "ancorata" – in quanto meccanismo di preallarme – agli strumenti che la Commissione ha a disposizione ai sensi dell'art. 7 TUE, il cui campo di applicazione non risulta limitato ai settori disciplinati dal diritto dell'Unione.

Tuttavia, il meccanismo preventivo ai sensi dell'art. 7, par. 1

TUE può essere attivato solo in caso di «evidente rischio di violazione grave» e quello sanzionatorio ai sensi del par. 2 dello stesso articolo solo in caso di «violazione grave e persistente da parte di uno Stato membro» dei valori sanciti dall'art. 2 TUE. Le soglie di attivazione di entrambi i meccanismi contemperati nell'art. 7 TUE sono molto alte e li caratterizzano come strumenti di ultima istanza.

Da qui l'esigenza (in particolare emersa nel discorso del Presidente Barroso del 12 settembre 2012) di ampliare le possibilità di intervento della Commissione europea tramite un nuovo strumento che si colloca a metà strada tra il *soft power* della persuasione politica e la c.d. "opzione nucleare" o di ultima istanza, che può condurre alla sospensione di alcuni diritti dello Stato membro discendenti dai Trattati, rappresentata dall'art. 7 TUE.

Tale meccanismo di intervento – attivabile non già in casi individuali di violazione dei diritti fondamentali o errori giudiziari (che vanno trattati dagli ordinamenti giudiziari nazionali e nell'ambito di meccanismi di controllo istituiti dalla Convenzione europea dei diritti dell'uomo) ma in ipotesi di minacce sistemiche – prescinde, come si è anticipato, dall'attuazione del diritto dell'Unione europea e determina, in tal senso, un rafforzamento dei poteri della Commissione nella difesa dello Stato di diritto in quanto valore comune essenziale nell'UE.

Il nuovo quadro, infatti, conferisce all'Unione il potere di intervenire per tutelare lo Stato di diritto anche nei settori concernenti l'azione autonoma degli Stati membri, il che trova giustificazione nel fatto che la violazione di tale valore fondamentale rischia di pregiudicare gli stessi fondamenti dell'Unione europea basati sulla reciproca fiducia tra gli Stati membri.

La concreta attuazione di tale nuovo meccanismo non è priva di alcuni profili di problematicità, legati – oltre che alla definizione del concetto di «minaccia sistemica» – in primo luogo alla considerazione che, seppure «valore condiviso» dagli Stati membri, non sussiste a livello europeo una nozione condivisa di Stato di diritto. All'uopo, una base di partenza per la definizione uniforme del concetto di «Stato di diritto», che tenga conto delle differenti tradizioni giuridiche sulle quali tale principio è modellato negli ordinamenti degli Stati membri, può essere rappresentata dalla nozione elaborata dalla Commissione europea per la democrazia attraverso il diritto (Commissione di Venezia) nell'ambito del Consiglio d'Europa nel suo *Report on the Rule of Law* del 2011. Da quest'ultima la Commissione europea ha attinto nell'individuazione (contenuta nell'allegato 1 alla Comunicazione) di un nucleo minimo di principi rientranti nel con-

cetto di Stato di diritto (principio di legalità, secondo cui il processo legislativo deve essere trasparente, responsabile, democratico e pluralistico; certezza del diritto; divieto di arbitrarietà del potere esecutivo; indipendenza e imparzialità del giudice; controllo giurisdizionale effettivo, anche per quanto riguarda il rispetto dei diritti fondamentali; uguaglianza davanti alla legge).

Ma ciò che in questa sede preme evidenziare è l'esigenza sottesa al nuovo quadro, legata alla volontà di progredire verso un'azione più incisiva della Commissione nell'assicurare il rispetto dei valori fondanti l'Unione europea. Oltre allo Stato di diritto, l'art. 2 TUE contempla anche la dignità umana, la libertà, la democrazia, l'uguaglianza, i diritti umani, ossia valori comuni a cui risultano riconducibili *lato sensu* anche molte previsioni normative contenute nella Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea. Di tal che, attraverso il progressivo rafforzamento dei poteri di azione dell'UE nell'assicurare il rispetto di tali valori fondanti, potrebbe potenzialmente assicurarsi, per via indiretta, l'obbligo di applicazione di segmenti di Carta dei diritti fondamentali, così travalicando i limiti di operatività fissati dall'art. 51 della Carta stessa.

All'uopo, nell'ottica della Vice-Presidente Viviane Reding (dal cui citato discorso del 4 settembre 2013 trae origine la Comunicazione della Commissione) si evidenzia che il meccanismo di preallarme configurato nel nuovo quadro sul rafforzamento dello Stato di diritto intende rappresentare solo il primo *step* di un progetto più ampio finalizzato ad un complessivo rafforzamento dei poteri della Commissione in tale ambito. Un progetto che, peraltro, potrebbe condurre alla proposta di abolizione (per il momento solo auspicata dalla Vice-Presidente e senza dubbio ambiziosa) dell'art. 51 della Carta e, di conseguenza, alla piena operatività – tra gli altri – del diritto ad un ricorso effettivo di cui all'art. 47 della Carta a prescindere dall' ambito materiale coinvolto.

6 maggio 2014

Delisting e rilievo del danno morale scaturente da una decisione di *blacklisting* nell'ambito dell'Unione europea: il cerchio si chiude

VITTORIA BOCCHETTI (*)

A distanza di più di dieci anni dall'adozione della prima risoluzione del Consiglio di sicurezza delle Nazioni Unite, la questione dell'iscrizione nelle *blacklists* dei nomi di soggetti sospettati di affiliazione a gruppi terroristici internazionali continua ad impegnare la Corte di giustizia dell'Unione europea, che, riunita in *Grande Chambre*, ha adottato di recente due importanti decisioni in materia (sentenza del 28 maggio 2013, causa C-239/12P, *Abdulrahim* c. *Consiglio e Commissione*; sentenza del 18 luglio 2013, cause riunite C-584/10P, C-593/10P e C-595/10P, *Commissione europea e altri* c. *Yassin Abdullah Kadi*, d'ora in poi, «*Kadi II*»).

In linea generale, come si sa, la Corte ha stabilito che tutti gli atti dell'Unione europea sono soggetti al controllo di legittimità degli organi giurisdizionali dell'Unione quando sia da verificare la loro compatibilità con il rispetto dei diritti fondamentali (come il diritto alla difesa, alla vita familiare e quello di proprietà), che costituiscono parte integrante dell'ordinamento giuridico dell'Unione. Siffatto controllo non può essere messo in discussione dalla circostanza che gli atti che ne sono oggetto siano destinati a dare esecuzione a risoluzioni adottate dal Consiglio di sicurezza in base al capitolo VII della Carta delle Nazioni Unite: «Al punto 126 della sentenza impugnata,

(*) Università di Napoli «Parthenope».

il Tribunale ha dichiarato che ... il regolamento controverso non poteva beneficiare di una qualsivoglia immunità giurisdizionale per il fatto di essere volto ad attuare risoluzioni adottate dal Consiglio di Sicurezza a norma del Capitolo VII della Carta delle Nazioni Unite. Non hanno subito alcuna evoluzione che giustifichi che detta soluzione sia rimessa in discussione i diversi elementi che … corroborano tale soluzione accolta dalla Corte … attinenti in sostanza al valore di garanzia costituzionale attribuito … al controllo giurisdizionale della legittimità di qualsiasi atto dell'Unione – compresi quelli che, come qui, danno applicazione ad un atto di diritto internazionale – alla luce dei diritti fondamentali garantiti dall'Unione" (*Kadi II*, punti 65-66).

Sull'affare *Kadi*, non è mia intenzione soffermarmi qui, data la messe di commenti che la stessa sentenza *Kadi II* ha sinora ricevuto. Vorrei invece attirare l'attenzione sulla controversia *Abdulrahim*, in relazione alla quale la Corte ha ritenuto che l'abrogazione di un atto di *blacklisting* non compromette la sussistenza dell'interesse ad agire del ricorrente, onde ottenere una pronunzia di annullamento di illegittimità dell'atto medesimo, la quale costituirebbe, a sua volta, una sorta di riparazione del danno derivante dalla lesione della reputazione, «se il riconoscimento dell'illegittimità dell'atto impugnato non può, in quanto tale, riparare un danno materiale o un pregiudizio alla vita privata, esso può nondimeno … riabilitarlo o costituire una forma di riparazione del danno morale da lui subìto in conseguenza di tale illegittimità, e giustificare quindi la persistenza del suo interesse ad agire» (punto 72).

Il sig. Abdulrahim, cittadino britannico, era anch'egli sospettato di aver commesso atti terroristici e, come tale, colpito da una misura di *blacklisting*, disposta dal regolamento della Commissione (CE) n. 1330/2008 del 22 dicembre 2008. Ritenendo che il provvedimento con il quale il suo nome veniva incluso nell'elenco fosse stato adottato in violazione del proprio diritto alla difesa e, comunque, che fosse sproporzionato, egli lo impugnava dinanzi all'allora Tribunale di primo grado, chiedendo contestualmente il risarcimento dei danni subiti. Nelle more del giudizio, tuttavia, il nome del sig. Abdulrahim veniva espunto, prima dall'elenco del Comitato per le sanzioni e, di conseguenza, da quello della Commissione. Pertanto, il Tribunale definiva il giudizio con un'ordinanza di non luogo a statuire, ritenendo che fosse venuto meno l'oggetto del giudizio e che fosse infondata la domanda risarcitoria.

L'ordinanza è stata impugnata dinanzi alla Corte, la quale ha anzitutto sottolineato che, mentre l'abrogazione non implica il ricono-

scimento dell'illegittimità dell'atto e produce effetti *ex nunc*, con una sentenza di annullamento l'atto viene rimosso retroattivamente e si considera come mai esistito. Inoltre, l'annullamento implica un automatico riconoscimento della presunta illegittimità dell'atto, circostanza che è idonea, di per sé, non solo a dare soddisfazione al ricorrente, ma anche a costituire il fondamento di un'eventuale azione risarcitoria.

A dispetto di quanto potrebbe a prima vista sembrare, tale questione non rileva dal solo punto di vista del diritto processuale (cioè, delle condizioni di procedibilità dell'azione), giocando invece un ruolo determinante per quanto riguarda la tutela della posizione del ricorrente dal punto di vista del diritto sostanziale e, più precisamente, del danno morale che gli deriva da un atto illegittimo.

Già in passato la Corte aveva evidenziato la significativa incidenza sulla vita dei sospetti terroristi delle misure adottate nei loro confronti (cfr. ad es., *Hassan e Ayadi*), accompagnandosi, allo sconvolgimento della vita professionale e familiare e all'impedimento a concludere numerosi atti giuridici a causa del congelamento dei fondi, la riprovazione e la diffidenza, provocate dalla loro pubblica designazione, per l'appunto, come tali. Proprio per queste ragioni, l'Avvocato generale Bot, nelle proprie conclusioni sul caso *Abdulrahim*, ha affermato che il ricorrente vanterebbe un «interesse continuativo», nonostante l'abrogazione dell'atto, ad ottenere il riconoscimento, da parte del giudice dell'Unione, dell'illegittimità della propria iscrizione nell'elenco (conclusioni del 22 gennaio 2013, punto 61). Più precisamente, il ricorrente conserverebbe l'interesse ad agire o per ottenere il ripristino della propria situazione, o per evitare, per il futuro, il ripetersi della medesima illegittimità o, infine, per agire in via risarcitoria.

Conformandosi alla tesi delineata nelle suddette conclusioni, la Corte ha ritenuto che il Tribunale abbia errato nel dichiarare che l'interesse del ricorrente fosse venuto meno in seguito all'abrogazione dell'atto (e ha annullato, con rinvio, l'ordinanza in tale parte), ritenendo che sussista un interesse a che il giudice dell'Unione dichiari che il ricorrente non avrebbe mai dovuto essere iscritto nell'elenco controverso o che non avrebbe dovuto esserlo secondo la procedura seguita dalle istituzioni.

Al riguardo – ed è questo l'elemento di novità della decisione – la Corte ha precisato che, in simili ipotesi, il riconoscimento dell'illegittimità costituisce una forma di riparazione del danno morale a fronte di misure restrittive dotate di particolare incidenza sulla sfera pubblica e privata delle persone interessate.

Questa affermazione contribuisce certamente a riconoscere al soggetto colpito dalla misura illegittima una tutela piena e concreta, ampliandone la portata anche al danno morale, la cui incidenza riveste un ruolo nient'affatto marginale rispetto a quella connessa al danno patrimoniale, in casi del genere. Un simile approccio identifica l'oggetto della tutela nella reputazione del soggetto colpito. Tale circostanza può portare a riconoscere quale fonte di questo tipo di violazione anche un atto che, di per sé, non dovrebbe produrre effetti giuridici nei confronti dei singoli (si pensi alla questione delle conseguenze delle posizioni comuni venute in rilievo nelle cause *Segi* e *Gestoras Pro Amnistía*). Una simile interpretazione appare del resto in linea con l'evoluzione del diritto dell'Unione, trovando riscontro nell'introduzione, con il Trattato di Lisbona, dell'art. 275 TFUE. Il par. 2 della norma, infatti, prevede esplicitamente la possibilità di ricorrere in via diretta dinanzi alla Corte di giustizia contro atti PESC che dispongono, nei confronti di persone fisiche e giuridiche, l'adozione di misure restrittive, idonee quindi ad interferire con posizioni soggettive individuali, indipendentemente dal carattere (economico) della restrizione.

Alla luce di quanto precede si può allora ritenere che il… cerchio si sia chiuso; e cioè, che il sistema di tutela dei diritti fondamentali a fronte di pratiche di *blacklisting* abbia raggiunto un livello di completezza tale da coprire tutte le ipotesi che possono presentarsi nella pratica, in considerazione sia del tipo di atto implicato (cioè tanto gli atti adottati sulla base del TFUE quanto quelli adottati sulla base del titolo V, capo 2 TUE), che del tipo di danno, patrimoniale o morale, che ne deriva al soggetto sospettato di terrorismo.

23 gennaio 2014

«Chi non lavora…». Alcune considerazioni su cittadinanza europea, solidarietà e accesso ai benefici sociali a margine della sentenza *Dano*

FRANCESCO COSTAMAGNA (*)

Dopo quello dell'idraulico polacco, un altro spettro si aggira per l'Europa: quello dei "turisti sociali". Si tratta di cittadini europei non economicamente attivi che, avvalendosi del loro diritto alla libera circolazione e di soggiorno, si spostano in un altro Stato membro con il solo obiettivo di beneficiare dell'aiuto sociale da questo offerto. Alcuni Stati membri, soprattutto quelli dotati di sistemi di welfare più generosi, ritengono che tale fenomeno possa costituire un rischio per la sostenibilità finanziaria di sistemi di protezione sociale già duramente provati dalla crisi (sul punto v. le considerazioni di Sanna) e debba essere contrastato attraverso un irrigidimento delle norme UE in materia di libera circolazione dei cittadini europei. In realtà, i dati forniti da alcuni studi recenti (qui e qui) non sembrerebbero giustificare questo tipo di timori, mostrando come il fenomeno del c.d. turismo sociale abbia, nei fatti, un impatto molto ridotto sulle finanze degli Stati "riceventi". È vero che, per ammissione dei loro stessi autori, questi studi offrono spesso una fotografia parziale del fenomeno, prendendo in considerazione l'impatto sul sistema nazionale nel suo complesso e trascurando, ad esempio, che la situazione potrebbe essere diversa, e meno sostenibile, a livello locale. A questo si aggiunga che il turismo sociale è ormai divenuto,

(*) Università di Torino.

spesso in maniera impropria, un aspetto del più ampio dibattito/scontro sull'immigrazione e molte delle posizioni bellicose assunte da alcuni Stati costituiscono il disperato tentativo da parte dei governanti di fermare l'emorragia di voti verso partiti nazionalisti e xenofobi che fanno della retorica anti-immigrazione il loro segno distintivo.

Al di là di tali aspetti contingenti, non può negarsi come la questione dell'accesso ai benefici sociali da parte di cittadini europei non economicamente attivi tocchi alcuni nodi cruciali del processo di integrazione europea, mettendo a nudo tensioni e fratture che segnano il suo percorso attuale. In particolare, il fenomeno del turismo sociale può considerarsi espressione della tensione tra, da un lato, la logica di apertura che caratterizza il processo di integrazione europea e, in particolare, la rimozione degli ostacoli alla libera circolazione e, dall'altro, la logica di chiusura su cui si fondano i sistemi nazionali di welfare, i quali presuppongono l'individuazione di una "comunità solidale" al cui interno è possibile l'istituzione di meccanismi di redistribuzione per far fronte a rischi e necessità comuni (FERRERA, *The Boundaries of Welfare. European Integration and the New Spatial Politics of Social Protection*, Oxford, 2005).

In questo contesto assume particolare interesse la recente sentenza *Dano* (causa C-333/13) pronunciata dalla Corte di Giustizia dell'Unione europea relativa ad una vicenda che può considerarsi un caso paradigmatico di turismo sociale. Come puntigliosamente sottolineato dalla Corte, la protagonista della vicenda, la signora Dano, è una cittadina rumena che «non aveva mai esercitato alcuna attività lavorativa né in Germania, né in Romania», né aveva mai cercato un impiego (punto 39 della sentenza). Stabilitasi a Lipsia con il figlio Florin, la signora Dano – la quale si era vista riconoscere prestazioni per figli a carico (€ 184 mensili) e, sempre per il figlio, un anticipo sulla pensione alimentare versato dal servizio di assistenza sociale alla gioventù e all'infanzia della città di Lipsia (€ 133 mensili) – aveva deciso di richiedere per sé prestazioni assicurative di base previste dalla legislazione tedesca al fine di assicurare una vita dignitosa a persone indigenti aventi la residenza abituale in Germania. La richiesta, presentata prima nel 2011 e poi nel 2012, era stata respinta in entrambe le occasioni dal Jobcenter Leipzig, non avendo la signora Dano un diritto di soggiorno in Germania. La signora Dano, insieme con il figlio, aveva proposto ricorso contro la decisione del 2012 e il giudice adito, il Sozialgericht Leipzig, aveva ritenuto necessario rivolgersi alla Corte, formulando quattro quesiti pregiudiziali.

Senza voler analizzare in dettaglio ciascuno di essi, in questo

breve contributo ci si concentrerà su una delle questioni sollevate dal giudice *a quo*, vale a dire se il diritto dell'UE in materia di libera circolazione e soggiorno dei cittadini europei consenta agli Stati membri di escludere un cittadino di un altro Paese membro dal godimento di talune prestazioni sociali aventi carattere non contributivo che pure sono garantite a cittadini dello Stato ospite che si trovino nelle medesime condizioni. Tale esclusione, infatti, sembrerebbe in contrasto con il principio di non discriminazione sancito in termini generali agli articoli 18 e 20 TFUE e disciplinato in termini più specifici all'art. 24 della Direttiva 2004/38/CE.

La risposta offerta dalla Corte sul punto si caratterizza per l'estremo rigore con cui sono state interpretate le norme che fissano i limiti del diritto al soggiorno per i cittadini europei (come giustamente osservato da Capotorti). La sentenza, pur non esimendosi dal ribadire che la cittadinanza è destinata ad essere lo status fondamentale dei cittadini degli Stati membri e che questo garantisce loro il diritto a non essere discriminati, rileva che tale diritto non sia assoluto, ma debba sottostare alle condizioni ai limiti previsti dai Trattati e dal diritto derivato. In particolare, l'art. 24 delle Direttiva precitata stabilisce che il divieto di discriminazione operi solo nei confronti dei cittadini che abbiano diritto a soggiornare nel territorio dello Stato ospitante ai sensi della Direttiva stessa. Diritto a soggiornare che, una volta passati i primi tre mesi, sussiste solo per i lavoratori o, nel caso di persone non economicamente attive, per coloro che dispongano, *inter alia*, «di risorse economiche sufficienti», così da non diventare «un onere a carico dell'assistenza sociale dello Stato membro ospitante durante il periodo di soggiorno» (art. 7 della Direttiva). Pertanto, conclude la Corte, riconoscere agli Stati la possibilità di escludere dalla concessione di prestazioni sociali quei cittadini che, non disponendo i risorse proprie sufficienti, non abbiano diritto a soggiornare sul loro territorio costituisce «conseguenza inevitabile della Direttiva 2004/38». (punto 77).

Ciò che merita di essere sottolineato è come in questo caso la Corte consideri il criterio delle «risorse sufficienti» come avente carattere non solo necessario, ma anche sufficiente ai fini del riconoscimento di un diritto di soggiorno a favore di soggetti economicamente inattivi. Infatti, secondo la Corte, le autorità nazionali sono semplicemente tenute a valutare se la signora Dano soddisfi tale requisito, attraverso «un esame concreto della situazione economica [dell']interessato», e non anche determinare se l'aiuto economico richiesto per far fronte a tale situazione costituisca un onere per il loro sistema di assistenza sociale. Tale impostazione contrasta con quanto

la Corte aveva avuto modo di affermare in precedenti pronunce, quale, da ultimo, la sentenza *Brey* del 2013. In quest'ultimo caso, i giudici di Lussemburgo si erano premurati di sottolineare che la richiesta di un aiuto sociale rappresenta solo «un indizio atto a dimostrare che [il cittadino di un altro Stato membro] non dispone di risorse economicamente sufficienti a evitare di divenire un onere eccessivo per il sistema di assistenza sociale» dello Stato ospitante (punto 63) che non esime le autorità nazionali dal procedere ad «una valutazione globale dell'onere che … la concessione di tale prestazione rappresenterebbe» per detto sistema. Questo perché la Direttiva 2004/38 «non esclude affatto, nello Stato membro ospitante, la possibilità di concedere prestazioni sociali ai cittadini di altri Stati membri» (punto 65) e, anzi, in alcuni casi addirittura lo presuppone (punto 66 ss.), posto che essa «ammette ... una certa solidarietà finanziaria dai cittadini dello Stato membro ospitante verso quelli degli altri Stati membri» (punto 72), affermazione già formulata nella sentenza *Grzelczyk* (punto 44). È chiaro che la linea interpretativa seguita nella sentenza *Dano* esclude in radice tale possibilità, facendo del requisito delle «risorse sufficienti» un limite invalicabile alla costruzione di una (seppur limitata) "solidarietà sovranazionale", almeno per ciò che riguarda i soggetti che si trovino nelle condizioni della signora Dano.

Da più parti (qui e qui) si è messo in luce come il rigore che caratterizza la sentenza *Dano* abbia una forte valenza politica, rappresentando il tentativo della Corte di rispondere alle preoccupazioni espresse da alcuni Stati membri per ciò che riguarda l'accesso ai loro sistemi di welfare da parte di cittadini di altri Stati membri economicamente inattivi. In effetti, la Corte sembrerebbe voler dimostrare come il diritto dell'UE consenta già un intervento efficace contro il turismo sociale, senza che si renda necessaria alcuna modifica del quadro normativo di riferimento (v., in particolare, punto 78).

Al di là di tale aspetto, è possibile affermare che la sentenza segni una svolta in senso rigorista destinata a travolgere le (pur modeste) aperture alla costruzione di una qualche forma di solidarietà sovranazionale compiute in passato? Si ritiene che la risposta al quesito debba essere negativa. L'approccio adottato nella sentenza in esame deve, infatti, essere riferito alla particolare situazione in cui si trova la signora Dano – la quale richiede un aiuto sociale nonostante sia potenzialmente abile al lavoro, ma non abbia mai cercato occupazione e dimostri un basso livello di integrazione nella società del Paese ospitante – e non pare, quindi, automaticamente estendibile ad altre categorie di cittadini non economicamente attivi, quali studenti o

soggetti in cerca di lavoro (ambiti nei quali, per altro, la Corte ha già provveduto a ridimensionare alcune delle aperture fatte in passato: v., per ciò che riguarda gli studenti, la sentenza *Förster*). A volerne dare una lettura ottimistica, ma al momento plausibile, la sentenza in esame si limita a definire l'ambito soggettivo di applicazione di "quella certa solidarietà finanziaria" di cui dovrebbero beneficiare anche i cittadini economicamente inattivi, escludendo coloro che neppure potenzialmente siano in grado di contribuire al finanziamento del sistema di protezione sociale del Paese ospitante, ma lasciando intatta la possibilità che essa operi per altre categorie. Una soluzione che, per quanto non certo soddisfacente dal punto di vista della creazione di una vera cittadinanza sociale europea, appare in linea con le finalità di un quadro normativo che, nonostante gli indubbi passi avanti che sono stati compiuti, tradisce ancora in maniera evidente le sue origini "mercantili".

In termini più generali, resta l'intrinseca inadeguatezza del modello dell'integrazione negativa alla creazione di un autentico spazio solidale sovranazionale. Tale passaggio, infatti, non può avvenire semplicemente attraverso il progressivo smantellamento dei limiti posti dagli Stati all'accesso da parte di cittadini non economicamente attivi di altri Paesi membri alle prestazioni sociali, ma implica la creazione di meccanismi redistributivi che operino su scala sovranazionale. Compito questo ultimo che, evidentemente, non spetta alla Corte, presupponendo il conferimento di nuove competenze e di un'accresciuta capacità di spesa all'Unione o, quanto meno, l'istituzione di strumenti di compensazione interstatali. Le proposte al riguardo non mancano, ma al momento non sembra vi siano le condizioni politiche per l'adozione di scelte che, per quanto certamente molto impegnative, risultano sempre più necessarie per consentire al processo di integrazione europea di riconquistare un po' della legittimità perduta.

25 novembre 2014

A.A.A. cittadinanza dell'Unione vendesi

FEDERICO CASOLARI (*)

1. *La cittadinanza europea: un Giano bifronte innanzi alla crisi*. – Uno degli istituti di diritto UE sui quali l'attuale crisi economico-finanziaria ha impattato più pesantemente è senza dubbio rappresentato dalla cittadinanza europea. Complice anche lo scadere del periodo transitorio previsto per la libera circolazione dei lavoratori rumeni e bulgari (esauritosi il 31 dicembre 2013), in alcuni Paesi membri dell'Unione si è diffusa una forte preoccupazione circa l'incidenza che la libera circolazione dei cittadini può determinare sul mercato del lavoro locale e sui sistemi di sicurezza sociale dello Stato ospitante. Di per sé, il fenomeno non è certo nuovo: tutti ricordiamo la paura diffusasi in Francia, all'indomani del grande allargamento del 2004, di una vera e propria "invasione" di… idraulici polacchi (!), risultata poi del tutto infondata ma sufficiente ad influenzare negativamente il dibattito nazionale sul referendum relativo al Trattato-costituzione, sfociato – come noto – nella bocciatura di quest'ultimo. La novità, rispetto al passato, è che i timori per gli effetti della mobilità dei cittadini europei non si sono manifestati solo nel dibattito politico (v. per esempio qui; e qui, a partire dal minuto 20:53); essi hanno pure portato ad un giro di vite nel trattamento dei cittadini di altri Paesi membri, che solleva non poche perplessità quanto alla sua compatibilità col diritto dell'Unione (v. qui e qui). Come poi dimostra la vicenda del referendum svizzero sull'immigrazione (v. *infra*, p. 379 ss.), la questione ha assunto ormai una valenza europea, non limitandosi più ad interessare solo gli Stati membri dell'Unione.

In risposta alle posizioni espresse da alcuni Stati membri, la Commissione europea ha adottato, nel novembre 2013, una Comu-

(*) Università di Bologna.

nicazione sulla libera circolazione dei cittadini dell'Unione (COM (2013) 837). Nel documento, oltre ad evidenziare l'assenza di elementi oggettivi che attestino una «relazione statistica tra la generosità dei sistemi di sicurezza sociale e i flussi di cittadini mobili dell'Unione» (p. 5), la Commissione ha manifestato l'intenzione di adottare misure a sostegno dell'applicazione, su base nazionale, delle norme sulla cittadinanza europea.

La cittadinanza europea ha mostrato, tuttavia, anche un'altra faccia di fronte alla crisi. Non tutti gli Stati membri, infatti, vedono nei diritti connessi alla cittadinanza europea delle potenziali minacce ai loro bilanci. Alcuni di essi, al contrario, ritengono che l'*appeal* di questi diritti sia tale da consentirne una facile monetizzazione. Il ragionamento, sotteso, è semplice: in un momento di forti restrizioni di bilancio, la "vendita" della cittadinanza nazionale, e dunque – in virtù del disposto di cui all'art. 20, par. 1 TFUE – di quella europea, può rappresentare un'entrata significativa (e relativamente sicura) per le casse dello Stato. È infatti abbastanza probabile che vi siano cittadini di Paesi terzi disponibili ad investire anche consistenti somme di denaro per godere dei benefici derivanti dall'appartenenza all'Unione.

A questa logica si ispira, per esempio, il programma *Cyprus Citizenship for Foreign Investors* che è stato lanciato dal governo di Nicosia, fortemente provato dalla crisi bancaria deflagrata nel marzo 2013, tramite una decisione del Consiglio dei Ministri del 24 maggio 2013. Come illustra l'accattivante *flyer* predisposto per pubblicizzare l'offerta, i *benefits* riconosciuti ai sottoscrittori sono evidenti (anche se non tutti, in verità, direttamente correlati alla cittadinanza europea): libera circolazione all'interno dell'Unione europea, libera circolazione dei capitali, libera circolazione dei servizi e delle merci. Senza contare la possibilità di recarsi in 151 paesi senza la necessità di esser muniti di visto. Il prezzo del pacchetto? 3 milioni di euro in depositi bancari presso istituti di credito operanti nell'isola o 5 milioni in investimenti immobiliari. Più recentemente (dicembre 2013), anche Malta aveva annunciato una riforma della normativa sull'acquisto della cittadinanza basata sullo *ius pecuniae*. In questo caso, come precisato dal Primo ministro Muscat, il programma (*Investor Citizens Scheme*) doveva prevedere il versamento *una tantum* di € 650.000 nelle casse dello Stato (di cui il 70% sarebbe stato destinato a finanziare progetti coperti dal Fondo nazionale di sviluppo economico e sociale) e la partecipazione ad investimenti immobiliari od obbligazionari di durata quinquennale per ulteriori 500.000 euro. Come nel caso di Cipro, anche la riforma annunciata

dal governo maltese non prevedeva alcun requisito di residenza.

2. *Cittadinanza dell'Unione in vendita: la reazione degli altri Stati e delle istituzioni UE.* – Contrariamente a quanto avvenuto per il programma cipriota, però, la reazione di altri Stati membri e quella delle istituzioni dell'UE (su tutte, Parlamento europeo e Commissione) hanno portato a ridimensionare il progetto maltese. In particolare, alcuni Stati dell'Unione hanno censurato la logica sottostante alla prospettata riforma che avrebbe, di fatto, garantito solo a Malta vantaggi economici, scaricando sugli altri Paesi dell'Unione i "costi" della mobilità dei nuovi cittadini. Il Parlamento europeo ha espresso la sua posizione con una risoluzione sulla «Cittadinanza dell'Unione in vendita», adottata dalla plenaria il 16 gennaio 2014. Esso, richiamando in particolare il principio di leale cooperazione previsto dall'art. 4, par, 3 TUE (punto 4 della risoluzione), ha osservato che «la cittadinanza dell'UE implica un interesse nell'Unione e dipende dai legami di una persona con l'Europa e i suoi Stati membri o dai legami personali con cittadini dell'Unione» (punto 7); e ha sottolineato che «la cittadinanza dell'UE non dovrebbe mai diventare un prodotto commerciabile» (ivi) e che «che i diritti conferiti dalla cittadinanza dell'UE si fondano sulla dignità umana e non dovrebbero essere acquistati o venduti a nessun prezzo» (punto 8). Basandosi dunque sul valore identitario della cittadinanza dell'Unione – che, come la Corte di giustizia ha ribadito in più occasioni, è destinata a divenire lo *status* fondamentale dei cittadini degli Stati membri (v. per es. la sentenza *Rottmann*, punto 43) – e sulla necessità che i titolari della stessa presentino un genuino attacco con l'Unione e i suoi Stati membri, il Parlamento ha invitato Malta a rivedere il programma e la Commissione a interessarsi della vicenda per verificare il rispetto dei valori dell'Unione. La Commissione ha così avviato un negoziato con le autorità maltesi, paventando la possibilità di aprire una procedura d'infrazione per violazione del principio di leale cooperazione (v. qui). In data 29 gennaio 2014, la Commissione europea e le autorità maltesi sono pervenute ad una composizione amichevole della controversia (MEMO/14/70). In base all'accordo raggiunto, in particolare, il governo della Valletta si è impegnato a modificare il programma prevedendo che i richiedenti non possano ottenere la cittadinanza senza aver risieduto nell'isola per almeno un anno prima del provvedimento di naturalizzazione.

3. *Quali limiti alla vendita della cittadinanza UE?* – Indipendentemente dalla diversa reazione manifestata rispetto ai programmi ci-

priota e maltese (probabilmente dovuta al minor impegno finanziario richiesto da quest'ultimo e, quindi, alla maggior "facilità" nell'acquisto della cittadinanza), è bene domandarsi quali siano effettivamente i limiti imposti dal diritto dell'Unione europea rispetto alla vendita della cittadinanza (la questione è stata affrontata pure qui e qui). Ciò tenuto anche conto del fatto che altri Stati dell'Unione (Portogallo, Spagna e Grecia, per esempio, ma pure la stessa Italia) si sono nel frattempo dotati di normative volte a facilitare l'attribuzione dei permessi di soggiorno nei confronti di cittadini di Paesi terzi disposti ad investire nel loro territorio. E che tali permessi non di rado rappresentano l'anticamera per l'attribuzione della cittadinanza o, quantomeno, dello *status* di soggiornanti di lungo periodo ai sensi della Direttiva 2003/109/CE (la quale, come ben noto, impone una sostanziale parità di trattamento coi cittadini UE).

Ora, il punto di partenza obbligato è ancor oggi rappresentato dalla "formula *Micheletti*" elaborata dalla Corte di giustizia nel 1992. In base ad essa, conformemente al diritto internazionale, le modalità di acquisto e perdita della cittadinanza rientrano nella competenza dei singoli Stati membri, che debbono tuttavia esercitarla *nel rispetto del diritto UE*. Secondo una felice espressione coniata in dottrina (Ballarino), l'ordinamento UE avrebbe così manifestato l'intento di esercitare una funzione tutelare sulle norme internazionali rilevanti. Tale funzione non è stata tuttavia puntualmente precisata dalla Corte, che si è limitata a riconoscere in *Micheletti* che gli Stati non possono esercitare la suddetta competenza limitando l'effetto utile delle norme UE. È evidente però che una simile eventualità è difficilmente ipotizzabile nei casi sopra considerati, dal momento che l'introduzione di uno *ius pecuniae* determina un'estensione (non una limitazione!) dell'ambito di applicazione soggettiva delle norme sulla cittadinanza UE.

Possono invocarsi, allora, altri limiti alla competenza degli Stati membri riguardo alle modalità di acquisto della cittadinanza? Parlamento e Commissione, come visto sopra, hanno richiamato il principio di leale cooperazione, oggi previsto dall'art. 4, par. 3 TUE, lamentandone una possibile violazione alla luce delle ricadute sistemiche che la vendita di cittadinanza può determinare. In effetti, il principio era stato in precedenza evocato anche dall'Avvocato generale Maduro nelle sue conclusioni relative al caso *Rottmann*, un altro *leading case* in tema di cittadinanza. Maduro vi aveva fatto tuttavia riferimento in relazione all'ipotesi in cui uno Stato membro avesse proceduto, senza consultare la Commissione e gli altri Paesi, ad una ingiustificata naturalizzazione di massa di cittadini di Paesi terzi (pun-

to 31 delle conclusioni). Ed effettivamente, l'invocazione del principio di leale cooperazione *in subiecta materia* appare possibile solo rispetto ad un comportamento *unilaterale* e *immotivato* di uno Stato che abbia un impatto *significativo* (e presumibilmente negativo) sugli altri attori dell'Unione. Da un lato, infatti, va tenuto presente che la leale cooperazione imposta dal diritto primario si basa su una relazione di reciprocità, richiedendo una mutua collaborazione e, dunque, la ricerca di una posizione di equilibrio tra le differenti posizioni espresse dai diversi attori dell'UE. Dall'altro, occorre rammentare che l'art. 4 TUE, al par. 2, prevede altresì il rispetto delle identità nazionali degli Stati membri, di cui la cittadinanza è certamente espressione privilegiata. Difficile dunque sostenere che misure quali quelle introdotte dal governo cipriota o ipotizzate dal governo maltese possano comportare *per se* una violazione della leale cooperazione, stante il limitato impatto pratico che, alla luce dell'impegno finanziario da esse richiesto, è lecito attendersi. Ciò a meno di non voler interpretare il principio di leale cooperazione, come sembrano sottintendere Parlamento e Commissione, nel senso di imporre agli Stati membri un obbligo di fedeltà unilaterale all'Unione. Questo approccio, che per la verità è già stato avallato dalla Corte di giustizia in casi in cui si è trattato di verificare la lealtà del comportamento tenuto dagli Stati membri sulla scena internazionale (e che abbiamo avuto modo di criticare in altra sede), rischia però di incrinare seriamente i rapporti sistemici all'interno dell'Unione, non apparendo in linea con l'attuale livello di integrazione raggiunto dall'ordinamento. Non è un caso, da questo punto di vista, che, nel corso del dibattito tenutosi in seno al Parlamento europeo in vista dell'adozione della risoluzione sulla cittadinanza, il rappresentante della Presidenza dell'Unione, Dimitrios Kourkoulas, abbia difeso la posizione maltese, affermandone la piena legittimità alla luce del diritto UE.

Più difficile ancora ipotizzare poi una violazione dei valori dell'Unione (e questo indipendentemente dalla timidezza sin qui dimostrata dalle istituzioni UE rispetto al meccanismo di *enforcement* previsto dall'art. 7 TUE: v. qui e qui). In primo luogo, va ricordato che la cittadinanza UE non è espressamente menzionata tra i valori sui cui l'Unione si basa. Certo, è ragionevole ipotizzare che ad essa si faccia indirettamente rinvio per il tramite del valore della democrazia, dato che – in base all'art. 10, par. 1 TUE – l'Unione risulta fondata sulla democrazia rappresentativa, di cui evidentemente la cittadinanza è un elemento centrale. Sostenere, però, nei casi in esame, una violazione del valore democratico significherebbe necessaria-

mente accedere ad una nozione identitaria della cittadinanza europea che certifica un rapporto di appartenenza politica del singolo all'ordinamento UE basato sull'esistenza di un *genuine link*. Tutto questo appare, francamente, difficilmente ipotizzabile allo stato attuale del processo d'integrazione.

Posto che il diritto UE non pare al momento ostare a normative statali sull'acquisto della cittadinanza basate sullo *ius pecuniae*, resta da vedere se una simile pratica contrasti col diritto internazionale applicabile in materia. In base alla posizione assunta dalla Commissione europea nel corso del dibattito parlamentare sulla vendita della cittadinanza europea, questa eventualità sarebbe tutt'altro che remota. La Commissione, in particolare, ha richiamato la celebre sentenza della Corte internazionale di giustizia nel caso *Nottebohm* (1955), che avrebbe certificato l'esistenza di un principio generale di diritto internazionale che richiede l'esistenza di un legame effettivo – un *genuine link*, appunto – tra l'individuo interessato e lo Stato. È tuttavia noto che la dottrina non è affatto unanime nell'accettare questa lettura della pronuncia. D'altra parte, anche l'eterogeneità della prassi disponibile (i Paesi europei sopra richiamati non sono certo gli unici Stati ad aver introdotto dei sistemi di acquisto della cittadinanza basati sullo *ius pecuniae*: v. qui) suggerisce maggior cautela circa l'esistenza di un principio siffatto. Senza contare poi che la sua applicazione rischierebbe di determinare pericolosi cortocircuiti nei meccanismi interni alla cittadinanza europea: se si fosse applicato questo criterio nel caso *Micheletti* (che riguardava, come noto, un individuo avente cittadinanza italiana ed argentina, ma col centro dei propri interessi nello Stato sudamericano) difficilmente si sarebbe riconosciuta la cittadinanza europea del soggetto interessato…

Insomma, per quanto possa non piacere, o, per mutuare le parole dell'Avvocato generale Tesauro nella causa *Micheletti*, possa apparire poco «romantica» l'idea che un miliardario russo o cinese compri la cittadinanza di un Paese membro dell'Unione e divenga, per tale via, un cittadino europeo, resta difficile affermare in termini assoluti che ciò sia, allo stato attuale, illegittimo.

10 marzo 2014

«Why always me?» (says the European Union). Il referendum svizzero sull'immigrazione, le relazioni con l'UE e le ricadute sull'economia

GIOVANNI ZACCARONI (*)

Sono passati solo pochi giorni dal referendum sull'immigrazione che ha coinvolto la Svizzera, ed il dibattito è passato in secondo piano soltanto per la cronaca politica. Il problema che ha dato fuoco alle polveri è quello della regolamentazione dei flussi migratori all'interno del piccolo Stato alpino. Un sistema che fatica a bilanciare fra l'esigenza di manodopera qualificata e l'arrivo, sicuramente in proporzioni superiori alle aspettative, di lavoratori a basso costo dagli stati limitrofi (Francia e soprattutto Italia).

A questo fragile equilibrio si deve aggiungere un ulteriore fattore: l'integrazione della Svizzera all'interno dello spazio economico e giuridico europeo è avvenuta per la quasi totalità con lo strumento dei negoziati bilaterali, a causa del rifiuto di aderire agli ordinamenti sovranazionali che sono centrali nello scacchiere politico ed economico del vecchio continente. Questo metodo di gestione delle relazioni internazionali ha prodotto benefici per lo sviluppo dell'economia del paese, che è diventato il luogo privilegiato di attrazione dei capitali stranieri, ma ha avuto l'effetto non secondario di escluderlo dai luoghi dove si decidono le politiche sociali e di immigrazione dell'Europa. I rapporti bilaterali fra la Svizzera e l'Unione Europea hanno disposto, oltre alla disciplina sulla circolazione delle

(*) Università di Bologna

persone, l'applicazione delle regole sul mercato interno (eccezion fatta per quelle sull'unione doganale) e l'adesione all'accordo di Schengen. Questi sono solo alcuni esempi degli accordi intercorsi fra i due ordinamenti, fra i quali vi sono anche due pacchetti di misure (i c.d. "Bilaterali I" e i "Bilaterali II", siglati nel 1999 e nel 2004) che stabiliscono regole comuni sugli ostacoli al commercio, sulla normativa sugli appalti pubblici, l'agricoltura, la tassazione del risparmio privato, le frodi, la partecipazione all'Agenzia europea dell'ambiente e quella agli importanti programmi-quadro sulla ricerca scientifica. La figura appena tratteggiata ha originato il paradosso per cui, tramite questi strumenti bilaterali, alla Svizzera si applica una percentuale maggiore di norme europee rispetto a quella che si applica al Regno Unito. Non si può dunque certo dire che questa strategia li abbia portati ad un isolamento improduttivo. Tuttavia, ogni volta che il governo federale ha tentato di includere la Svizzera all'interno di un processo sovranazionale, la risposta del popolo svizzero è sempre stata negativa. L'ultimo esempio importante è stato l'adesione alla European Economic Area (EEA), spazio di integrazione economica di cui fanno parte oltre agli stati dell'Unione anche Norvegia, Lichtenstein e Islanda. La Svizzera ha rifiutato l'adesione proposta dal proprio governo con un referendum popolare del 6 dicembre 1992 contro la partecipazione all'EEA.

Il dovere della confederazione svizzera di sottoporre a referendum obbligatorio la sua partecipazione alle organizzazioni sovranazionali rischia dunque di essere un *handicap* considerevole. È oltretutto un obbligo costituzionale, perché è proprio l'art. 140 della Costituzione federale svizzera che impone al governo di sottoporre a referendum l'adesione alle organizzazioni internazionali. Dunque alla Svizzera si applica la normativa europea in materia di libera circolazione delle persone, delle merci, eccezion fatta per l'unione doganale, sugli appalti pubblici, sull'agricoltura e sulla tassazione del risparmio privato (ambito in cui però vi sono anche bilaterali con le singole nazioni che fanno parte dell'Unione). Ma la Svizzera non può partecipare alla stesura delle regole che le vengono applicate, perché non prende parte all'EEA e neppure all'Unione Europea (e fino al 2002 era persino fuori dalle Nazioni Unite, organizzazione di cui ospita gran parte delle istituzioni).

Alla luce di questa analisi, si può leggere il referendum sulla rinegoziazione degli accordi bilaterali sulla circolazione delle persone come un tentativo di mandare un segnale di rottura nei confronti di politiche che fanno paura. Il timore infatti che attraversa il popolo svizzero è che l'immigrazione esterna, ma soprattutto interna,

all'Unione Europea possa mettersi in competizione con quella nazionale. Gli svizzeri temono la manodopera italiana a basso costo nello stesso modo in cui gli italiani e gli inglesi temono quella rumena ed i francesi quella ungherese.

In realtà, i timori che hanno generato questo referendum non sembrano essere giustificati dai fatti: l'Unione Europea ha stabilito un preciso sistema di controlli dell'immigrazione sia all'esterno che all'interno del suo territorio. Frontex, l'agenzia europea che controlla le frontiere dell'Unione, ha recentemente potenziato il suo impegno verso il confine orientale (la prima fonte di immigrazione all'interno dell'Unione) e verso quello meridionale, attraverso lo stabilimento dello European Patrols Network. La Direttiva 2004/38/CE stabilisce invece le regole in fatto di diritti di circolazione dei cittadini europei all'interno dell'Unione, che per effetto degli accordi bilaterali citati si applicano anche alla Svizzera. Una disciplina simile è offerta dalla Direttiva 2003/109/CE che stabilisce la regolamentazione del diritto di soggiorno di lungo periodo dei cittadini di paesi terzi all'interno dell'Unione. Il principio fondamentale è che il cittadino di un altro paese non può rappresentare un peso (*burden*) per il sistema di assistenza sociale del paese ospite. Da qui discendono le tre regole d'oro che disciplinano la permanenza dei cittadini europei nel territorio degli altri stati membri: il possesso di un documento di identità in corso di validità, un'assicurazione medica e risorse economiche sufficienti alla propria sussistenza (o un rapporto di lavoro). E la giurisprudenza della Corte di Giustizia si è spesa molto negli ultimi anni per chiarire come queste regole debbano essere interpretate in modo rigoroso. Vi sono state sicuramente eccezioni, come le sentenze *Chen* e *Zambrano*, ma non si deve dimenticare che esse erano riferite a casi particolari quali quelli di neonati o bambini in tenera età, che non potevano essere separati dai loro famigliari, fossero anche essi cittadini di paesi terzi senza sufficienti risorse economiche o non in possesso di un permesso di soggiorno.

Certo, si potrebbe argomentare che le Corti sono volubili, e cambiano spesso opinione. Ma vi è ormai da qualche anno una tendenza tenace della Corte di Giustizia all'interpretazione rigorosa delle disposizioni in materia di cittadinanza. A coloro i quali non fossero bastate le già famose *McCarthy* e *Dereci,* si sono aggiunte recentemente due ulteriori sentenze in materia di diritti di residenza e circolazione dei cittadini europei che confermano l'interpretazione attenta della Corte. La prima è *Reyes,* nella quale la Corte ha ricordato come il diritto al ricongiungimento familiare dei cittadini europei sia sottoposto ad un controllo degli stati membri sulla persistenza dei

requisiti di dipendenza economica in capo ai familiari a carico che si vogliono fare entrare nel territorio del paese ospitante. Nella seconda, *Onuekwere,* la Corte ha chiarito l'interpretazione della precedente sentenza *Tsakouridis*, stabilendo che i periodi di detenzione cui è sottoposto il familiare del cittadino europeo non possono essere presi in considerazione per il rilascio del permesso di soggiorno permanente. In entrambi i casi la Corte avrebbe potuto ammantare il proprio ragionamento del principio generale di non discriminazione e del rispetto dei diritti fondamentali, senza dare indicazioni precise alle Corti nazionali. Ha invece deciso di discutere nel dettaglio il contenuto e l'interpretazione della norma comunitaria, proprio per ridurre al minimo i rischi di fraintendimenti. Chiaramente la Corte di Giustizia non ha alcuna giurisdizione sulla Svizzera, ma è innegabile che le sue sentenze siano un indicatore preciso dell'atteggiamento perseguito dall'Unione sui presupposti alla libera circolazione delle persone.

Se dunque il timore che vivono i cittadini elvetici è quello di un controllo lasco sui flussi migratori, che si traduce inevitabilmente in un "affaticamento" del mercato del lavoro e dell'assistenza sociale, è bene specificare che i lavoratori europei che hanno come destinazione finale la Svizzera hanno tutte le carte in regola per non essere un peso sul *welfare* della confederazione. Anzi, sono spesso manodopera altamente qualificata, ed ostacolarla può portare ad un impatto negativo sul quadro generale dell'economia. Gli esperti del Credit Suisse, una delle più importanti banche svizzere, hanno già fatto sapere che il cambiamento delle norme sulla circolazione delle persone modificherebbe al ribasso il prodotto interno lordo della confederazione dello 0,3% all'anno, riducendo dunque di quasi il 20% il tasso di crescita dell'economia svizzera. La questione però non è soltanto economica: probabilmente lo spettro della crisi (ben più concreta nel resto dell'Europa) aumenta in Svizzera la paura di ciò che è straniero ed ignoto. E per quanto questo atteggiamento possa essere comprensibile, è ormai fuori tempo massimo (e forse anche fuori dalla realtà) una soluzione che preveda l'irrigidimento dei confini interni.

Anche questa volta, dunque, le regole stabilite dall'Unione Europea vengono accolte dall'opinione pubblica di un paese europeo come un rischio, piuttosto che come un'opportunità. L'analisi dei fatti, invece, dimostra il contrario. Dunque, l'Unione avrebbe davvero ragione di domandarsi: perché tocca sempre a me fare un passo indietro?

3 marzo 2014

Amministrazione
Editoriale Scientifica srl
80138 Napoli via San Biagio dei Librai, 39 tel./fax 081.5800459
info@editorialescientifica.com
www.editorialescientifica.com

Direttore responsabile
Pasquale De Sena

Legale rappresentante
Edoardo Greppi

Rivista semestrale gratuita pubblicata esclusivamente on-line su
http://www.sidi-isil.org/sidiblog/
www.editorialescientifica.com

Registrazione
Tribunale di Napoli n. 3134/15 del 29 luglio 2015

scritti di

Giacomo Biagioni • Vittoria Bocchetti • Federico Casolari • Francesco Costamagna • Luigi Crema • Zeno Crespi Reghizzi • Salvatore D'Acunto • Eva de Götzen • Angel Espiniella • Gabriele Della Morte • Pasquale De Sena • Ester Di Napoli • Samuel Fulli-Lemaire • Matthias Goldmann • Lorenzo Gradoni • Ivan Ingravallo • Nicole Lazzerini • Marco Longobardo • Marina Mancini • Enrico Milano • Rossana Palladino • Luca Pasquet • Marco Pertile • Cesare Pitea • Harry H.G. Post • Chiara Ragni • Lucia Serena Rossi • Giacomo Rugge • Giorgio Sacerdoti • Francesco Salerno • Simone Vezzani • Anna Viterbo • Matteo Winkler • Chien-Huei Wu • Giovanni Zaccaroni