

VOLUME XCV

2012

FASC. 3

PUBBLICAZIONE TRIMESTRALE

Poste Italiane s.p.a. - Spedizione in a.p. - D.L. 353/2003 (conv. in L. 27/02/2004 n° 46)
art. 1, comma 1, DCB (VARESE)

ISSN 0035-6158

RIVISTA
DI
DIRITTO INTERNAZIONALE



GIUFFRÈ EDITORE

SOMMARIO

	<i>pag.</i>
G.L. TOSATO, <i>prof. emerito Univ. Roma « Sapienza »</i> . — L'integrazione europea ai tempi della crisi dell'euro	681
L. GRADONI, <i>ricercatore Univ. Bologna</i> . — Consuetudine internazionale e caso inconsueto	704
F. LENZERINI, <i>ricercatore Univ. Siena</i> . — Il principio del <i>non-refoulement</i> dopo la sentenza <i>Hirsi</i> della Corte europea dei diritti dell'uomo	721
D. RUSSO, <i>dottore di ricerca</i> . — L'armonizzazione della politica sociale attraverso prescrizioni minime internazionali ed europee	762

Note e commenti

M. E. BARTOLONI, <i>ricercatore Univ. Macerata</i> . — Sulla partecipazione del Parlamento europeo alla formazione di accordi in materia di politica estera e di sicurezza comune	796
A. BUFALINI, <i>dott. giur.</i> — La rilevanza del diritto interno ai fini del rispetto del principio <i>nullum crimen sine lege</i> nel diritto internazionale penale	809

Panorama

<i>L'esistenza di rimedi alternativi ai fini del riconoscimento dell'immunità delle organizzazioni internazionali: la sentenza della Corte suprema olandese nel caso delle Madri di Srebrenica</i> (B.I. Bonafè)	826
<i>La Corte internazionale di giustizia e l'ammissione alle organizzazioni internazionali: la controversia relativa alla Macedonia</i> (M. Evola)	829

Giurisprudenza

GIURISPRUDENZA INTERNAZIONALE

Competenza consultiva della Corte - Parere richiesto dal Fondo internazionale per lo sviluppo agricolo - Carta delle Nazioni Unite, art. 96, par. 1 - Statuto della Corte, art. 65 - Accordo di collegamento tra Nazioni Unite e Fondo internazionale per lo sviluppo agricolo, art. XIII, par. 2 - Annesso allo Statuto del Tribunale amministrativo dell'Organizzazione internazionale del lavoro, art. XII - Potere discrezionale della Corte di decidere se rendere

- il parere - Principio di uguaglianza davanti alla Corte - Competenza del Tribunale amministrativo dell'Organizzazione internazionale del lavoro - Statuto del Tribunale, art. II, par. 5 - *Corte internazionale di giustizia*, 1° febbraio 2012 - Parere relativo alla *sentenza n. 2867 del Tribunale amministrativo dell'Organizzazione internazionale del lavoro sul ricorso presentato contro il Fondo internazionale per lo sviluppo agricolo* 837
- Riparazione dei danni recati a cittadini dello Stato leso - Norme internazionali consuetudinarie in materia di risarcimento del danno - Danni materiali ed immateriali - Spese processuali - *Corte internazionale di giustizia*, 19 giugno 2012 - Sentenza relativa al risarcimento dovuto dalla Repubblica democratica del Congo alla Guinea nell'affare *Abmadou Sadio Diallo (Guinea c. Repubblica democratica del Congo)* 871

GIURISPRUDENZA DELL'UNIONE EUROPEA

- Art. 6 TUE - Art. 267 TFUE - Art. 34 Carta dei diritti fondamentali - Rinvio pregiudiziale - Ricevibilità delle questioni - Questioni di carattere ipotetico - Ambito di applicazione della direttiva 2000/43 sul divieto di discriminazioni in base alla razza e all'origine etnica - Diritti fondamentali - Effetti della Convenzione europea dei diritti dell'uomo negli ordinamenti degli Stati membri - Legge della Provincia di Bolzano che determina una disparità di trattamento a sfavore dei cittadini di Stati terzi rispetto all'ottenimento di sussidi per l'alloggio - Condizioni per il riconoscimento dello *status* di soggiornante di lungo periodo ai sensi della direttiva 2003/109 - Parità di trattamento dei cittadini di Stati terzi che beneficiano di tale *status* - Divieto di discriminazioni per quanto riguarda la previdenza sociale, l'assistenza sociale e la protezione sociale - Discrezionalità degli Stati membri nella definizione di tali materie - Effetto utile delle direttive - Rilevanza nell'esercizio di tale discrezionalità della Carta dei diritti fondamentali - Esclusione delle « prestazioni essenziali » dall'ambito di applicazione delle deroghe al principio di parità di trattamento - *Corte di giustizia* (grande sezione), 24 aprile 2012 - *Servet Kamberaj c. Istituto per l'Edilizia sociale della Provincia autonoma di Bolzano (IPES)* (causa C-571/10) 890

GIURISPRUDENZA ITALIANA

- Danno recato da durata non ragionevole del processo - Processo amministrativo - Equa riparazione - Legge 24 marzo 2001 n. 89, art. 3 - Competenza territoriale della corte d'appello - Articoli 3 e 25 Cost. - Criterio di ragionevolezza - *Corte costituzionale*, 10 maggio 2012 n. 117. 909
- Immunità di Stati esteri dalla giurisdizione - Accertamento della giurisdizione da parte della Cassazione - Sentenza successiva della Corte internazionale di giustizia che accerta l'immunità - Articoli 10 e 11 Cost. - Carta delle Nazioni Unite, art. 94 - Improponibilità della domanda - *Appello Torino*, 3 maggio 2012 - *Repubblica federale di Germania c. De Guglielmo e Presidenza del Consiglio dei ministri* 916

Organizzazioni internazionali

NAZIONI UNITE

<i>Consiglio di sicurezza</i> - Risoluzione 2043 (2012), adottata il 21 aprile 2012, con cui si istituisce la Missione di supervisione delle Nazioni Unite in Siria (UNSMIS)	923
— Risoluzione 2045 (2012), adottata il 26 aprile 2012, concernente misure adottate a carico della Costa d'Avorio	926
— Risoluzione 2046 (2012), adottata il 2 maggio 2012, con cui si chiede al Sudan e al Sudan del Sud di cessare le ostilità, attivare i meccanismi per la sicurezza frontaliere precedentemente istituiti e riprendere i negoziati . .	931
— Risoluzione 2048 (2012), adottata il 18 maggio 2012, con cui si decide l'adozione di misure a carico di esponenti del comando militare che ha rovesciato il governo legittimo in Guinea-Bissau	936
— Risoluzione 2051 (2012), adottata il 12 giugno 2012, sulla situazione in Yemen	941
— Risoluzione 2056 (2012), adottata il 5 luglio 2012, sulla situazione in Mali.	944

Legislazione

LEGISLAZIONE ITALIANA

Decreto legislativo 1° settembre 2011 n. 150: « Disposizioni complementari al codice di procedura civile in materia di riduzione e semplificazione dei procedimenti civili di cognizione, ai sensi dell'art. 54 della legge 18 giugno 2009 n. 69 »	950
Legge 7 agosto 2012 n. 134: « Conversione in legge, con modificazioni, del decreto-legge 22 giugno 2012 n. 83, recante misure urgenti per la crescita del Paese »	951
Direttiva del Ministero dell'interno 7 marzo 2012: « Cittadinanza - trasferimento ai prefetti della competenza ad emanare i provvedimenti di acquisto della cittadinanza per matrimonio »	954

SUMMARY

	<i>page</i>
G.L. Tosato. — European Integration at the Time of the Euro Crisis	681
L. GRADONI. — International Custom and Uncovered Cases	704
F. LENZERINI. — The Principle of <i>Non-Refoulement</i> after the <i>Hirsi</i> Judgment of the European Court of Human Rights	721
D. RUSSO. — Harmonization of Social Policy through Minimum Requirements under International Law and EU Law	762

Notes and Comments

M.E. BARTOLONI. — Participation of the European Parliament in the Conclusion of Agreements on Foreign Policy and Common Security	796
A. BUFALINI. — The Relevance of Municipal Law for Respecting the Principle <i>Nullum Crimen sine Lege</i> under International Criminal Law	809

Panorama

<i>The Existence of Alternative Remedies as a Condition for Recognizing Immunity of International Organizations: The Judgment of the Supreme Court of the Netherlands in the Mothers of Srebrenica Case</i> (B.I. Bonafè)	826
<i>The International Court of Justice on Admission to International Organizations: The Case of Macedonia</i> (M. Evola)	829

Cases

INTERNATIONAL DECISIONS

Advisory jurisdiction of the Court - Opinion requested by the International Fund for Agricultural Development - Article 96, paragraph 1, of the Charter of the United Nations - Article 65 of the Statute of the Court - Article XIII, paragraph 2, of the Relationship Agreement between the United Nations and the International Fund for Agricultural Development - Article XII of the Annex to the Statute of the Administrative Tribunal of the International Labour Organization - Discretion of the Court to decide whether it should give an opinion - Principle of equality before the Court - Jurisdiction of the Administrative Tribunal of the International Labour

- Organization - Article II, paragraph 5, of the Statute of the Tribunal - *International Court of Justice*, 1st February 2012 - Advisory opinion concerning *judgment No. 2867 of the Administrative Tribunal of the International Labour Organization upon a Complaint Filed against the International Fund for Agricultural Development* [text in English]. 837
- Reparation of harm caused to nationals of the injured State - Customary international rules on the reparation of damages - Material and non-material damages - Procedural costs - *International Court of Justice*, 19 June 2012 - Judgment concerning compensation owed by the Democratic Republic of the Congo to Guinea in the case *Ahmadou Sadio Diallo (Republic of Guinea v. Democratic Republic of the Congo)* [text in English]. 871

EU JUDICIAL DECISIONS

- Article 6 of the Treaty of the European Union - Article 267 of the Treaty on the Functioning of the European Union - Article 34 of the Charter of Fundamental Rights - Reference for a preliminary ruling - Admissibility of the questions referred - Hypothetical questions - Scope of application of Directive 2000/43/EC on the principle of equal treatment between persons irrespective of racial or ethnic origin - Fundamental Rights - Effects of the European Convention of Human Rights in the legal systems of the Member States - Law of the Province of Bolzano which provides different treatment for third-country nationals, with regard to the grant of housing benefits - Requirements for the recognition of the status of long-term residents under Directive 2003/109/EC - Equal treatment of third-country nationals who enjoy that status - Right to equal treatment with regard to social security, social assistance and social protection - Discretion of Member States in the definition of these matters - Effectiveness of directives - Relevance of the Charter of Fundamental Rights in the exercise of such discretion - Exclusion of the “core benefits” from the scope of the derogations from the principle of equal treatment - *Court of Justice* (Grand Chamber), 24 April 2012 - *Servet Kamberaj v. Istituto per l’Edilizia sociale della Provincia autonoma di Bolzano (IPES) et al.* (Case C-571/10) 890

ITALIAN JUDICIAL DECISIONS

- Harm which arises out of judicial proceedings extending beyond reasonable time - Administrative proceedings - Just satisfaction - Article 3 of Law 24 March 2001 No. 89 - Territorial competence of the Court of Appeals - Articles 3 and 25 of the Constitution - Reasonableness test - *Constitutional Court*, 10 May 2012 No. 117 909
- State immunity from jurisdiction - Determination of jurisdiction by the Court of Cassation - Subsequent judgment of the International Court of Justice assessing immunity - Articles 10 and 11 of the Constitution - Article 94 of the Charter of the United Nations - Inadmissibility of the claim - *Court of Appeal of Turin*, 3 May 2012 - *Federal Republic of Germany v. De Guglielmo and Presidenza del Consiglio dei ministri* 916

International Organizations

UNITED NATIONS

<i>Security Council</i> - Resolution 2043 (2012), adopted on 21 April 2012, which establishes the United Nations Supervision Mission in Syria (UNSMIS) [text in English]	923
— Resolution 2045 (2012), adopted on 26 April 2012, concerning measures adopted against Côte d’Ivoire [text in English]	926
— Resolution 2046 (2012), adopted on 2 May 2012, deciding that Sudan and South Sudan shall cease hostilities, activate the border security mechanisms previously established and resume negotiations [text in English]	931
— Resolution 2048 (2012), adopted on 18 May 2012, which decides the adoption of targeted sanctions against members of the Military Command that has overthrown the legitimate Government of Guinea-Bissau [text in English]	936
— Resolution 2051 (2012), adopted on 12 June 2012, on the situation in Yemen [text in English].	941
— Resolution 2056 (2012), adopted on 5 July 2012, on the situation in Mali [text in English]	944

Legislation

ITALIAN LEGISLATION

Legislative Decree 1 September 2011 No. 150: “Additional Provisions to the Code of Civil Procedure for Reducing and Simplifying Civil Judicial Proceedings, According to Article 54 of Law 18 June 2009 No. 69” . . .	950
Law 7 August 2012 No. 134: “Conversion into Law, with Amendments, of Decree-Law 22 June 2012 No. 83, Providing for Urgent Measures for National Growth”	951
Directive of the Ministry of Internal Affairs 7 March 2012: “Nationality - Transfer to the prefects of the power to enact measures for the acquisition of nationality by way of marriage”	954

L'INTEGRAZIONE EUROPEA AI TEMPI DELLA CRISI DELL'EURO

SOMMARIO: 1. Considerazioni introduttive. — 2. I difetti strutturali dell'euro. — 3. Una crisi dirompente e contagiosa. — 4. Le misure anti-crisi già adottate. — 5. L'istituzione di fondi di salvataggio. — 6. Le operazioni straordinarie della BCE. — 7. La disciplina delle politiche economiche e di bilancio. — 8. Le nuove misure in gestazione. — 9. Le misure per la crescita. — 10. Verso l'unione bancaria. — 11. Le misure di stabilizzazione dei debiti sovrani. — 12. Considerazioni finali circa l'impatto della crisi sull'integrazione europea.

1. In questi tempi in cui l'euro attraversa una gravissima crisi, e taluni paventano una rottura totale o parziale dell'unione monetaria, con ripercussioni negative sul funzionamento dello stesso mercato interno europeo, sembra opportuno riflettere, in termini giuridico-istituzionali, circa origini, sviluppi e possibili esiti della crisi. In questo quadro, ci soffermeremo a ragionare sui seguenti punti: le cause della crisi e le sue manifestazioni; le misure già adottate per farvi fronte (meccanismi di sostegno, disciplina di bilancio) e quelle in gestazione (relative a crescita, credito, scudo anti-*spread*); infine, ci interrogheremo circa gli effetti della crisi sul processo di integrazione europea ⁽¹⁾.

Testo riveduto e aggiornato della relazione tenuta al Convegno annuale della Società italiana di diritto internazionale (SIDI), svoltosi a Genova il 31 maggio-1° giugno 2012.

⁽¹⁾ Sulla crisi dell'euro la letteratura economica è vastissima; lo è meno, per ora, quella giuridica. Si vedano da ultimo: RUFFERT, *The European Debt Crisis and European Union Law*, *Common Market Law Review*, 2011, p. 1777 ss.; OHLER, *The European Stability Mechanism: The Long Road to Financial Stability in the Euro Area*, *German Yearbook of Int. Law*, 2011, p. 47 ss.; PERONI, *Il Trattato di Lisbona e la crisi dell'euro: considerazioni critiche*, *Il Diritto dell'Unione Europea*, 2011, p. 971 ss.; ATHANASSIOU, *Of Past Measures and Future Plans for Europe's Exit from the Sovereign Debt Crisis: What Is Legally Possible (and What It Is Not)*, *European Law Review*, 2011, p. 2 ss.; OVERBEEK, *Sovereign Debt Crisis in Euroland: Root Causes and Implications for European Integration*, *The Int. Spectator*, 2012, p. 39 ss.; ANTPOEHLER, *Emergenz der europäischen Wirtschaftregierung*, *Zeitschrift für ausländisches öffentliches Recht und Völkerrecht*, 2012, p. 353 ss.; DELLA CANANEA, *L'ordinamento giuridico dell'Unione Europea dopo i nuovi accordi intergovernativi*, *La Comunità int.*, 2012, p. 3 ss.; CHITI, *Le istituzioni europee, la crisi e la trasformazione costituzionale dell'Unione*, *Giornale di diritto amministrativo*, 2012, p. 783 ss.; DRAETTA, *Quale futuro per l'Eurozona e per l'Unione*

2. Secondo l'opinione corrente le cause della crisi sono da ricondursi a difetti genetici del sistema euro. Si è perseguita la creazione di una moneta unica senza preoccuparsi di dotarla delle necessarie strutture di sostegno. Il governo della moneta è rimasto separato da quello dell'economia: centralizzato il primo a livello europeo, riservato il secondo alla competenza degli Stati. La gestione della politica monetaria è stata affidata ad una istituzione, la Banca Centrale Europea (BCE), priva di tutte quelle prerogative in campo monetario e finanziario che caratterizzano tradizionalmente le banche centrali; per il coordinamento delle politiche economiche nazionali sono stati previsti meccanismi di *soft law*, di dubbia efficacia sul piano giuridico e pratico; quanto alla disciplina di bilancio, norme rigorose sono state bensì dettate per prevenire disavanzi eccessivi, ma si è rimessa la loro applicazione alle logiche discrezionali (e poco affidabili) di un organo politico e intergovernativo come il Consiglio. E questo per limitarsi ad alcuni fra i difetti di struttura più frequentemente imputati al sistema di Maastricht ⁽²⁾.

È difficile dubitare della fondatezza di questi rilievi. Giova però ricordare che la creazione dell'euro non è il frutto di un disegno estemporaneo e velleitario. Scaturiva dalle difficoltà di funzionamento del mercato unico (specie una volta esteso ai movimenti di capitale) in presenza di una pluralità di monete nazionali. Il contenimento della fluttuazione dei cambi, a cui era finalizzato il Sistema Monetario Europeo (SME), non aveva dato buona prova. Il progetto euro è stato concepito in queste circostanze ⁽³⁾. Ed è intuitivo che non sarebbe mai partito, se si fosse voluto curare *ex ante* tutte quelle debolezze strutturali di cui si è detto.

A ben vedere, le critiche si riportano all'idea che battere moneta costituisce una prerogativa dello Stato sovrano. E questo assunto viene rovesciato nella proposizione reciproca: non ci può essere moneta senza che dietro vi sia uno Stato. L'Europa non presenta attualmente i connotati propri di una entità statale, né è destinata ad acquisirli in un prossimo futuro. Le sarebbe dunque preclusa, per definizione, l'adozione di una moneta unica, sostitutiva di quella degli Stati membri.

Europea?, *Studi sull'integrazione europea*, 2012, p. 23 ss.; POIARES MADURO, DE WITTE, KUMM, *The Euro Crisis and the Democratic Governance of the Euro: Legal and Political Issues of a Fiscal Crisis*, Policy Report, Robert Schuman Centre for Advanced Studies, 2012, p. 1 ss.

⁽²⁾ Sui difetti originari dell'unione economica e monetaria vedi, da ultimo, MICOSSI, *Unholy Compromise in the Eurozone and How to Mend It*, CEPS Policy Brief No. 277, 16 luglio 2012, disponibile nel sito <http://www.ceps.eu>.

⁽³⁾ Vedi TOSATO, BASSO, *L'unione economica e monetaria*, Torino, 2007, p. 14 ss.

In realtà, i padri dell'euro (leggi: il Comitato Delors) (4) si sono trovati di fronte ad un'alternativa: o sacrificare le esigenze del mercato unico, specie della sua componente finanziaria, che richiedevano il superamento dei rischi di cambio fra monete nazionali autonome; o viceversa tenere conto di queste esigenze ed avviare l'introduzione dell'euro, pur con i difetti strutturali che soli ne avrebbero consentito l'avvio. Nell'alternativa si è scelta l'opzione euro. Da un lato non si volevano pregiudicare i risultati positivi del mercato unico, dall'altro si confidava su di una graduale evoluzione dell'unione monetaria, tale da rimediare in fase applicativa alle sue debolezze genetiche (5).

3. Qualche segno delle disfunzioni dell'euro si è manifestato fin dall'inizio. Lo evidenziano le procedure per disavanzi eccessivi bloccate dal Consiglio, con Francia e Germania in prima fila a dare il cattivo esempio, e altri governi (come il nostro) complici, perché consapevoli della fragilità dei conti pubblici di casa (6). È emersa subito, inoltre, l'inconsistenza dei programmi di coordinamento delle politiche economiche nazionali, affidati a vaghi obiettivi (quelli della strategia di Lisbona 2010) e a meccanismi di *peer review* di problematica efficacia (7).

Tuttavia, per quasi un decennio i mercati finanziari non hanno prestato particolare attenzione a questi segnali (8). Si sono basati piuttosto sulla dichiarata irreversibilità dell'euro e sulla solidità complessiva del blocco economico europeo. E così sono stati tempi propizi per tutta l'eurozona: bassa inflazione, bassi tassi di interesse, *spreads* contenuti fra i debiti pubblici dei vari Paesi, credito bancario abbondante. Ma non tutti hanno utilizzato allo stesso modo questa favorevole

(4) Istituito dal Consiglio europeo di Hannover del 27-28 giugno 1988 con « l'incarico di studiare e proporre le tappe concrete » per la « realizzazione graduale di una unione economica e monetaria ».

(5) Cfr. LAMY, *Setting Up and Governing the Euro*, in *Notre Europe, Tribune*, 2012, disponibile nel sito <http://www.Notre-Europe.eu/uploads/tx.publication/SettingUp>.

(6) Ci si riferisce, in particolare, alla decisione (presa dal Consiglio il 25 novembre 2003) di sospendere l'applicazione del Patto di stabilità e crescita nei confronti di Francia e Germania. Su questa vicenda vedi la sentenza della Corte di giustizia del 13 luglio 2004, causa C-27/04, *Commissione c. Consiglio, Raccolta*, 2004, p. I-6649.

(7) La norma base è costituita dall'art. 121 TFUE (già art. 99 TCE), che si limita a prevedere l'adozione di « indirizzi di massima per il coordinamento delle politiche economiche nazionali ».

(8) Come si legge nel *Rapporto sull'unione economica e monetaria nella Comunità europea* (Comitato Delors, Lussemburgo, 17 aprile 1989, punto n. 30): « I vincoli imposti dalle forze di mercato possono essere o troppo lenti e deboli o troppo repentini e dirompenti ».

congiuntura. C'è chi (*in primis*, la Germania) ne ha approfittato per attuare riforme strutturali, investire nell'innovazione, aumentare la produttività delle proprie imprese, spingere le esportazioni e limitare le spese correnti. E chi invece (fra questi l'Italia) non è stato in grado di praticare una politica analoga; e così, lungi dall'incidere significativamente sul debito pregresso, ha finito per arretrare vistosamente in termini di competitività.

Le asimmetrie della zona euro, inizialmente coperte dallo scudo della moneta comune, sono esplose con l'arrivo della crisi ⁽⁹⁾. Le vicende sono note: la crisi, all'origine di natura finanziaria (2008), ha investito poi l'economia reale (2009) e ha preso quindi di mira il debito sovrano dei Paesi più deboli (2010). Ne hanno fatto le spese una serie di Stati periferici, a partire dalla Grecia, sui quali si è abbattuta la speculazione al ribasso degli operatori. Per questi Stati, gli *spreads* sui titoli pubblici si sono ingigantiti, gli oneri finanziari sono divenuti insostenibili, le fonti di finanziamento si sono improvvisamente esaurite, la prospettiva di insolvenza è divenuta concreta. Non solo: data la stretta interconnessione economica e finanziaria della zona euro, il pericolo di contagio si è rapidamente diffuso. In effetti, l'Europa si è trovata investita da una tempesta economica e finanziaria che ha fatto rianzare con la mente alla grande crisi americana del '29 ⁽¹⁰⁾.

4. L'Unione era del tutto impreparata a fronteggiare una situazione del genere. Il sistema di Maastricht non si dava carico dell'ipotesi « crisi » e delle misure da prendere in una tale eventualità. L'idea di fondo era che ciascuno Stato dovesse rispondere delle proprie politiche economiche e di bilancio; e, nel caso di deviazioni dalle regole convenute, fosse il solo a doverne sopportare le conseguenze. Una norma del Trattato (ora art. 125 TFUE) escludeva in modo esplicito che dei debiti di uno Stato membro potessero essere chiamati a rispondere l'Unione o gli altri Stati membri ⁽¹¹⁾.

⁽⁹⁾ Sulle asimmetrie della zona euro vedi BOLTHO, CARLIN, *The Problems of European Monetary Union - Asymmetric Shocks or Asymmetric Behaviour?*, Vox, 3 marzo 2012, disponibile nel sito <http://www.voxeu.org/article/problems-eurozone>.

⁽¹⁰⁾ Vedi KRUGMAN, *The Return of Depression Economics and the Crisis of 2008*, New York, 2009.

⁽¹¹⁾ Ai sensi dell'art. 125 TFUE: « L'Unione non risponde né si fa carico degli impegni assunti dalle amministrazioni statali ... di qualsiasi Stato membro ... Gli Stati membri non sono responsabili né subentrano agli impegni dell'amministrazione statale ... di un altro Stato membro ». Un articolato commento di questa disposizione si trova in ATHANASSIOU, op. cit., p. 3 ss.

In queste circostanze si sono delineate due opposte strategie. L'una a favore di una rigorosa applicazione del sistema di Maastricht: in pratica, l'abbandono degli Stati in difficoltà al loro destino. Questo comporterebbe, per tali Stati, l'avvio di procedure di insolvenza, l'uscita dall'euro, il ripristino di una moneta nazionale e il ricorso alla leva monetaria (leggi: inflazione) per il riequilibrio dei conti pubblici. L'Unione dovrebbe limitarsi a rendere meno traumatica l'uscita dall'euro. Sul fronte opposto si collocano quanti vedono la via di uscita dalla crisi in un deciso avanzamento delle strutture federali. Occorre passare — è questa la tesi — dall'unione monetaria ad una vera e propria unione economica, con un governo dell'economia ad affiancare il governo della moneta, la comunitarizzazione (in tutto o in parte) dei debiti nazionali e l'emissione di titoli di debito pubblico europei (*Eurobonds*). Naturalmente, questi sviluppi richiedono appropriate riforme istituzionali per garantirne la necessaria legittimazione democratica ⁽¹²⁾.

La soluzione di fatto seguita può considerarsi in qualche modo intermedia tra le due indicate strategie. Dalla seconda viene mutuato l'obiettivo di salvaguardare la stabilità dell'euro e di rafforzare i meccanismi di *governance* economica; dalla prima, l'esclusiva responsabilità degli Stati per i debiti da ciascuno di essi contratti e il conseguente rigetto di una loro condivisione a livello europeo. Più in concreto, le misure anti-crisi adottate tra il 2010 e il 2011 si riconducono a due tipologie: la predisposizione di meccanismi di sostegno per gli Stati in difficoltà e il rafforzamento dei controlli sulle politiche economiche e di bilancio nazionali. Con le misure del primo tipo si è perseguito un obiettivo a breve di contenimento della crisi; con le seconde, si è inteso curare più stabilmente le cause sottostanti ⁽¹³⁾.

È bene tenere presente che le misure in discorso sono il frutto di uno sforzo creativo (e laborioso ad un tempo). Il che ne spiega le carenze in termini di tempestività, linearità e sufficienza. Le difficoltà maggiori sono venute, come è ovvio, da tensioni di natura politica; non sono mancati peraltro anche problemi di ordine giuridico (al traino,

⁽¹²⁾ Per una rassegna delle opzioni in discussione vedi OVERBEEK, op. cit., p. 40 ss.

⁽¹³⁾ Per una puntuale ricostruzione delle misure in discorso e del contesto in cui sono state adottate vedi NELLI FEROCI, *La riforma dell'assetto di governance economica dell'Unione Europea, lectio magistralis* tenuta al Collegio europeo di Parma il 21 maggio 2012, disponibile nel sito <http://www.italiaeu.it>; MESSORI, *La governance economica europea*, in *La finanza pubblica italiana. Rapporto 2012* (a cura di Zanardi), Bologna, 2012, p. 49 ss.

non di rado, o comunque di riflesso, a motivazioni di carattere politico).

5. La creazione di fondi di salvataggio si è scontrata con una lettura rigorosa del già citato art. 125 TFUE. Stando a questa lettura, la norma in discorso non si limiterebbe ad isolare i debiti di uno Stato membro dagli altri Stati membri e dall'Unione. Essa vieterebbe altresì ogni e qualsiasi misura dell'Unione a sostegno dei Paesi in crisi⁽¹⁴⁾. Si può discutere sulla fondatezza di questa tesi, per la verità non giustificata da una interpretazione testuale⁽¹⁵⁾. Ma tant'è: si tratta di una tesi corrente, al punto che l'art. 125 TFUE viene normalmente identificato come la clausola del non salvataggio (*no-bailout*), senza ulteriori qualificazioni.

Il superamento dello scoglio è avvenuto per approssimazioni successive⁽¹⁶⁾. In una prima fase, per varare aiuti urgenti alla Grecia, si è fatto ricorso ad un fascio di accordi bilaterali con quel Paese⁽¹⁷⁾. Si è ragionato che l'art. 125, se esclude aiuti obbligatori o interventi collettivi dell'Unione, non può opporsi ad iniziative volontarie di singoli Stati membri. Ed è su queste basi che si è approntata la soluzione degli accordi bilaterali. Ma si trattava evidentemente di una soluzione precaria, idonea a far fronte a interventi isolati, non di una soluzione istituzionale per una pluralità di situazioni di crisi.

Il passaggio successivo è ancorato all'art. 122 TFUE (già art. 100 TCE). Questa norma autorizza la concessione di assistenza finanziaria ad uno Stato membro che versi in gravi difficoltà a causa di « circostanze eccezionali che sfuggono al suo controllo ». Su queste basi sono stati istituiti due fondi per il sostegno dei Paesi in crisi: lo *European Financial Stabilisation Mechanism* (EFSM) e la *European Financial Stability Facility* (EFSF)⁽¹⁸⁾. Il primo fondo opera all'interno dell'Unione e attinge alle risorse del bilancio di quest'ultima⁽¹⁹⁾; il secondo si avvale di una società di diritto privato lussemburghese, partecipata

(14) In questo senso RUFFERT, op. cit., p. 1785 ss.

(15) Sul punto TOSATO, *Il salvataggio della Grecia rispetta i Trattati, Affari int.*, 21 maggio 2010, disponibile nel sito <http://www.Affarinternazionali.it/Articolo.asp?ID=1458>.

(16) Al riguardo cfr. ATHANASSIOU, op. cit., p. 6 ss.

(17) Vedi la dichiarazione dei Capi di Stato e di Governo della zona euro del 25 marzo 2010, nonché lo *Statement by the Eurogroup* del 2 maggio 2010.

(18) Vedi la decisione dei Rappresentanti dei Governi degli Stati membri della zona euro riuniti in sede di Consiglio Ecofin, adottata il 9 maggio 2010.

(19) Il fondo EFSM è stato istituito con regolamento del Consiglio 407/2010 dell'11 maggio 2010, *G.U.U.E.* 2010 L 118, p. 1.

e finanziata *pro quota* dagli Stati della zona euro ⁽²⁰⁾. L'art. 122 TFUE è stato costruito come norma speciale in deroga all'art. 125 TFUE. In altre parole, misure di salvataggio, in principio vietate, si reputano tuttavia ammesse in presenza di circostanze eccezionali.

Naturalmente è discutibile se le difficoltà degli Stati primi beneficiari dell'EFSM e EFSF (Grecia, Portogallo, Irlanda) potessero rientrare fra quelle previste dalla norma in discorso. Le contestazioni al riguardo non sono mancate, anche se respinte dal Bundesverfassungsgericht nella sentenza sugli aiuti alla Grecia del 7 settembre 2011. Certo è, però, che l'art. 122 TFUE autorizza interventi eccezionali e limitati nel tempo, non strumenti di tipo permanente. E difatti, l'EFSM è soggetto a revisioni semestrali, e all'EFSF si è posta una scadenza triennale ⁽²¹⁾. Bisognava, dunque, andare al di là dell'art. 122, per istituire un meccanismo di sostegno stabile, così come richiesto dalla natura della crisi e dalle aspettative dei mercati finanziari.

Si giunge così ad una terza fase del processo di elaborazione dei meccanismi di sostegno. Questa fase si articola in due momenti, costituiti — il primo — da una modifica dell'art. 136 TFUE e — il secondo — dalla conclusione di un accordo internazionale. Con procedura di revisione semplificata si è inserita una nuova norma nell'art. 136 TFUE, che autorizza la creazione di un meccanismo permanente a tutela della stabilità monetaria ⁽²²⁾. In forza di questa modifica, gli Stati della zona euro hanno sottoscritto il trattato istitutivo dello *European Stability Mechanism* (ESM), un ente finanziario di diritto internazionale destinato a sostituirsi ai fondi precedenti ⁽²³⁾. Anche rispetto a questi ulteriori sviluppi gli interrogativi giuridici non mancano. La necessità di una modifica dell'art. 136 si colloca nel filone argomentativo degli articoli 122 e 125 TFUE. Ma ci si può chiedere se la disciplina dell'Eurogruppo (centrata appunto sull'art. 136) non avrebbe consen-

⁽²⁰⁾ La società EFSF è stata costituita e registrata in Lussemburgo il 7 giugno 2010. Lo statuto della società e il *Framework Agreement* concluso tra l'EFSF e gli Stati membri della zona euro sono disponibili nel sito <http://www.efs.europa.eu/about/legal-documents/index.htm>.

⁽²¹⁾ Vedi l'art. 10 del regolamento istitutivo dell'EFSM, la decisione Ecofin del 9 maggio 2010 e l'art. 11 del *Framework Agreement* relativo all'EFSF.

⁽²²⁾ Decisione del Consiglio europeo del 25 marzo 2011, *G.U.U.E.* 2011 L 91, p. 1.

⁽²³⁾ Il Trattato istitutivo dell'ESM è stato sottoscritto dagli Stati euro il 2 febbraio 2012; entrerà in vigore, ai sensi del suo art. 48, con la ratifica di tanti Stati che rappresentino non meno del 90% del capitale sottoscritto. Il testo del Trattato è disponibile nel sito <http://european-council.europa.eu/eurozone-governance>. Per una analisi del Trattato vedi OHLER, op. loc. cit.; NAPOLITANO, *Il Meccanismo europeo di stabilità e la nuova frontiera costituzionale dell'Unione*, *Giornale di diritto amministrativo*, 2012, p. 461 ss.

tito l'istituzione dell'ESM in forza dei poteri esistenti, senza previa revisione degli stessi. In ogni caso, riesce difficile comprendere il successivo ricorso ad un accordo internazionale piuttosto che ad un atto normativo dell'Unione. È pur vero che la modifica dell'art. 136 contiene un'autorizzazione testualmente limitata agli Stati membri, ma sembra ragionevole estenderla alle istituzioni dell'Unione. Diversamente avrebbe scarso senso: gli Stati della zona euro avrebbero potuto comunque istituire l'ESM con un patto tra di loro, al di fuori del diritto dell'Unione, senza bisogno di un particolare nullaosta da parte di quest'ultimo ⁽²⁴⁾.

6. Il 14 maggio 2010 la BCE ha deliberato un programma di operazioni straordinarie (*Securities Market Programme*) ⁽²⁵⁾. In attuazione di questo programma, la BCE ha acquistato debito sovrano degli Stati euro più esposti sul mercato finanziario; ha effettuato altresì finanziamenti alle banche di importi crescenti e con scadenze via via più estese (fino a tre anni). A giustificazione di queste misure, la BCE ha invocato l'esigenza di rimuovere gli ostacoli ad una regolare trasmissione della sua politica monetaria, ostacoli causati dai differenziali dei tassi sui titoli del debito pubblico e dall'inaridirsi del mercato interbancario a livello transfrontaliero ⁽²⁶⁾.

Queste misure sono state fortemente criticate. Si lamenta che la BCE, eccedendo i limiti del suo mandato, si sarebbe fatta carico di problemi di politica di bilancio che non le competono; avrebbe esposto l'euro a rischi di inflazione, in contrasto con il suo compito primario di assicurare la stabilità dei prezzi; andrebbe incontro a sicure perdite per il deprezzamento dei titoli acquisiti o presi in garanzia, perdite che gli Stati membri dovranno poi ripianare; favorirebbe l'azzardo morale di

⁽²⁴⁾ Non si può dubitare della liceità di accordi *extra*-UE conclusi fra alcuni soltanto degli Stati membri, se non pregiudicano gli obiettivi dei Trattati istitutivi e i diritti degli altri Stati membri (Convenzione di Vienna sul diritto dei trattati del 1969, art. 41). Alle stesse condizioni può dirsi rispettato anche l'obbligo di leale collaborazione che vincola tutti gli Stati membri (art. 4, par. 3, TUE). Esempi di accordi di questo tipo sono gli accordi di Schengen e di Prüm. Sulla relativa tematica vedi DE WITTE, *Old-fashioned Flexibility: International Agreement between Member States of the European Union*, in *Constitutional Change in the EU - From Uniformity to Flexibility?* (a cura di De Burca e Scott), Oxford, 2000, p. 31 ss. Per le ragioni che possono rendere questi accordi preferibili allo strumento delle cooperazioni rafforzate, vedi GAJA, *How Flexible is Flexibility under the Amsterdam Treaty?*, *Common Market Law Review*, 1998, p. 869 s.

⁽²⁵⁾ Decisione della Banca Centrale Europea del 14 maggio 2010, *G.U.U.E.* 2010 L 124, p. 8.

⁽²⁶⁾ Vedi, in particolare, i considerando 2 e 3 della decisione citata nella nota precedente.

governi e banche, forti del soccorso in ultima istanza della BCE. E tutto questo in aperta violazione della fondamentale regola del *no-bailout*, che si oppone a trasferimenti di passività dai singoli Stati membri all'Unione e (tramite quest'ultima) agli altri Stati membri (27).

Che dire? Il nesso con la politica monetaria — a cui si richiama la BCE — indubbiamente esiste, ma può apparire secondario rispetto alla finalità di aiuto degli acquisti di debito sovrano; una finalità che in principio non rientra fra i compiti della BCE. Come pure vi è da chiedersi se nell'erogazione di liquidità alle banche il requisito delle garanzie adeguate sia sempre oggetto di rigorosa verifica (28). Sotto questi profili le critiche agli interventi non convenzionali della BCE non appaiono in principio infondate. Tuttavia, esse trascurano che tali interventi si collocano nel quadro di una situazione di emergenza, in cui è lo stesso sistema euro ad essere in pericolo.

È vero che la difesa dell'euro e della stabilità monetaria dell'eurozona non figurano fra le competenze espressamente conferite alla BCE. Ma anche la temutissima Corte costituzionale tedesca ammette il ricorso ai criteri dell'effetto utile e dei poteri impliciti nell'interpretazione delle norme europee (29). Ora è certo che la stabilità dei prezzi, missione principale della BCE, presuppone la stabilità monetaria; e che, più in generale, la *suprema salus* dell'euro costituisce l'indispensabile premessa della stessa esistenza della BCE. Non mi pare quindi che quest'ultima ecceda dal suo mandato se eccezionalmente si fa carico di una funzione suppletiva, che di regola non le compete. Di fatto, si delinea una sorta di *modus vivendi* o tacito compromesso tra BCE e governi: la prima agisce talora come prestatore di ultima istanza, ma ribadisce la straordinarietà e non ripetitività di certe sue misure; i secondi professano ossequio all'indipendenza della BCE, astenendosi dall'interferire con le sue decisioni anche quando non le condividono (30).

7. La nuova regolamentazione delle politiche economiche e di bilancio — e così passiamo alla seconda tipologia delle misure anti-crisi

(27) È lo spettro delle « Transfer Union » che viene al riguardo evocato, per cui gli Stati disciplinati finirebbero per farsi carico delle passività degli Stati non virtuosi. Sul punto vedi i timori di RUFFERT, op. cit., p. 1791 ss., che si fa interprete di una posizione molto diffusa fra i commentatori di taluni Paesi.

(28) Ai sensi dell'art. 18 dello Statuto, la BCE è abilitata ad erogare prestiti ad istituti creditizi « sulla base di adeguate garanzie ».

(29) Vedi il « *Lissabon Urteil* » del 30 giugno 2009, paragrafi 237 e 242.

(30) Sulla delimitazione di poteri e funzioni della BCE vedi TOSATO, *BCE: cosa può fare e cosa no*, in *Lavoce.info* del 5 dicembre 2011.

— fa capo al *Six Pack* e al *Fiscal Compact*. Il primo è un pacchetto di sei provvedimenti, cinque regolamenti e una direttiva; si tratta, in sintesi, di un insieme di misure volte a modificare e integrare l'originario Patto di stabilità e crescita del 1997 ⁽³¹⁾. Due regolamenti del *Six Pack*, in quanto basati sull'art. 136 TFUE, producono i loro effetti solo per il gruppo euro ⁽³²⁾; gli altri tre regolamenti e la direttiva si applicano invece a tutti gli Stati membri ⁽³³⁾. Quanto al *Fiscal Compact* è un accordo di diritto internazionale che si colloca, come tale, al di fuori del diritto dell'Unione. Il *Fiscal Compact* detta una disciplina di bilancio in gran parte confermativa di quella del *Six Pack* ⁽³⁴⁾.

Una prima novità del *Six Pack* rispetto al Patto di stabilità e crescita riguarda la sorveglianza sulla gestione delle politiche economiche nazionali. Le nuove regole rafforzano i controlli preventivi in materia; predispongono altresì, ma solo per gli Stati euro, una procedura diretta a verificare e, eventualmente, sanzionare squilibri eccessivi di natura macroeconomica ⁽³⁵⁾. Una procedura del genere non è contemplata dalle norme di Lisbona che riproducono al riguardo quelle di Maa-

⁽³¹⁾ Come è noto, il Patto di stabilità e crescita del 1997 si articola in due regolamenti del 7 luglio 1997 (rispettivamente 1466/97 e 1467/97) ed una risoluzione del Consiglio europeo del 17 giugno 1997. I due regolamenti sono stati poi modificati con i regolamenti 1055/2005 e 1056/2005 del 27 giugno 2005. Sul Patto di stabilità e crescita vedi TOSATO, BASSO, op. cit., p. 38 ss.

⁽³²⁾ Vedi i regolamenti 1173 e 1174/2011, G.U.U.E. 2011 L 306, pp. 1 e 8.

⁽³³⁾ Vedi i regolamenti 1175, 1176 e 1177/2011 e la direttiva 2011/85, G.U.U.E. 2011 L 306, pp. 12, 25, 33 e 41.

⁽³⁴⁾ Il *Fiscal Compact* (formalmente Trattato sulla stabilità, sul coordinamento e sulla *governance* nell'unione economica e monetaria) è stato sottoscritto il 3 marzo 2012 da 25 Stati membri, tutti tranne il Regno Unito e la Repubblica ceca; entrerà in vigore con la ratifica di almeno 12 Stati della zona euro. Sul *Fiscal Compact* vedi: *Editorial Comments - Some Thoughts concerning the Draft Treaty on a Reinforced Economic Union*, *Common Market Law Review*, 2012, p. 1 ss.; PEREZ, *Il Trattato di Bruxelles e il Fiscal Compact*, *Giornale di diritto amministrativo*, 2012, p. 469 ss.; PERNICE, *International Agreement on a Reinforced Economic Union - Legal Opinion*, 9 gennaio 2012, disponibile nel sito <http://www.greens-efa.eu/fileadmin/dam/Documents/Backgroundnotes>; DULLIEN, *Reinventing Europe: Explaining the Fiscal Compact*, *European Council on Foreign Relations*, maggio 2012, disponibile nel sito <http://www.ecfr.eu/content/entry/commentary>; AZOULAI, POIARES MADURO, DE WITTE, CREMONA, HYVARINEN, KOCHAROV, ABDALLAT, *Another Legal Monster? An EUI Debate on the Fiscal Compact Treaty*, *EUI Working Papers*, Law 2012/09; CHALTIEL, *Le traité sur la stabilité, la coordination et la gouvernance: du fédéralisme monétaire au fédéralisme budgétaire*, *Revue de l'Union Européenne*, 2012, p. 293 ss.; CRAIG, *The Stability, Coordination and Governance Treaty: Principle, Policy and Pragmatism*, *European Law Review*, 2012, p. 231 ss. Si possono vedere altresì i rapporti presentati al *workshop* del « Gruppo di riflessione CSF - IAI sul *Fiscal Compact* », organizzato dal Centro Studi sul Federalismo e dall'Istituto Affari Internazionali a Torino il 4 maggio 2012; i rapporti, ora disponibili nel sito <http://www.notre-europe.eu/uploads/tx-publication/Workshop>, saranno raccolti in un apposito volume.

⁽³⁵⁾ Regolamento 1174/2012, articoli 1-3 e considerando 6, 7, 8 e 11.

strict (36). Ma la sua introduzione non solleva problemi di legittimità perché si basa sulla disciplina dell'Eurogruppo di cui al già citato art. 136 TFUE. E non par dubbio che il potere normativo ivi attribuito al Consiglio consenta di stabilire per gli Stati euro una regolamentazione più rigorosa di quella generalmente applicabile agli altri Stati membri.

Una seconda novità del *Six Pack* è costituita dal meccanismo del *reverse majority voting*; in forza di tale meccanismo una raccomandazione o proposta della Commissione si intende adottata se non è respinta dal Consiglio a maggioranza qualificata (37). La posizione della Commissione ne risulta fortemente rafforzata. Formalmente, il rapporto con il Consiglio non cambia; è sempre la Commissione a proporre e il Consiglio a decidere. Ma, in realtà chi decide è la Commissione e il Consiglio può solo opporsi, sempre che si coaguli al suo interno una maggioranza qualificata in senso contrario; ipotesi non facile da realizzarsi (38). Il meccanismo in discorso si discosta quindi nella sostanza dalle norme del Trattato in materia di sorveglianza sulle politiche economiche e di bilancio (39). Tuttavia, applicandosi unicamente alle procedure sanzionatorie nei confronti degli Stati euro, vale anche qui l'argomento *ex art. 136 TFUE* di cui si è fatto cenno poco sopra.

Rispetto al *Fiscal Compact*, la tempistica merita di essere segnalata. Il via alla sua elaborazione è stato dato nel vertice del dicembre 2011, meno di un mese dall'entrata in vigore del *Six Pack*. Viene dunque da chiedersi se questo patto fosse effettivamente necessario. Stando alle norme materiali in esso contenute la risposta dovrebbe essere negativa (40). Il *Fiscal Compact* ribadisce la regola del bilancio in pareggio o in attivo, già fissata fin dal Patto di stabilità e crescita del 1997. Per il resto conferma la disciplina del Patto di stabilità e crescita come integrata e modificata dal *Six Pack*. L'unica vera novità è costituita dall'obbligo per gli Stati contraenti di inserire la « regola aurea » del pareggio di bilancio nel proprio diritto interno a livello costituzionale (« preferibilmente ») o quasi costituzionale. Ma è dubbio, a stretti termini giuridici, che ce ne fosse bisogno.

(36) Vedi art. 121 TFUE, che riproduce quasi alla lettera il precedente art. 99 (già art. 103) TCE.

(37) Regolamento 1173/2012, articoli 4, par. 2, e 5, par. 2; regolamento 1174/2012, art. 3, par. 3; regolamento 1175/2011, art. 9.

(38) Specie alla luce dell'art. 7 del *Fiscal Compact*, che rende più difficile il formarsi, in seno al Consiglio, di una maggioranza qualificata contraria alle raccomandazioni della Commissione.

(39) Vedi l'art. 121 TFUE, che riserva al Consiglio il potere di decisione.

(40) Vedi VITORINO, *Le « TSCG »: beaucoup de bruit pour rien?*, *Notre Europe, Tribune*, 23 febbraio 2012.

L'obbligo del pareggio di bilancio era già operante nelle norme dell'Unione; e queste, in base a consolidati principi, hanno valore preminente su quelle interne. Gli Stati membri avrebbero quindi dovuto conformarsi a quell'obbligo, senza che fosse necessario replicarlo in un patto apposito. In verità si è voluto perseguire un « irrigidimento » (costituzionalizzazione) della disciplina di bilancio; e non potendolo fare tramite una revisione del Trattato, causa l'opposizione di due Stati membri, si è fatto ricorso ad un accordo internazionale *extra-UE*. Con l'inserimento nel *Fiscal Compact*, la « regola aurea » può essere modificata solo con il consenso di tutti gli Stati contraenti; in altre parole, a ciascuno di essi è attribuito un diritto di veto. Ed è questo il messaggio politico che si è inteso inviare agli elettori di taluni Paesi (Germania, *in primis*), nel momento in cui si sta chiedendo il loro contributo per aiutare altri Stati euro in crisi ⁽⁴¹⁾.

Il *Fiscal Compact* contiene una pluralità di riferimenti a funzioni e compiti delle istituzioni dell'Unione, la cui portata giuridica va tuttavia chiarita. Il *Fiscal Compact* si colloca al di fuori del diritto dell'Unione. Non può dunque avvalersi delle istituzioni di un sistema ad esso estraneo; né tali istituzioni sono abilitate ad operare al di fuori del sistema a cui appartengono, a meno di esserne debitamente autorizzate. Una previsione del genere si trova nell'art. 273 TFUE in forza del quale la Corte di giustizia è competente a conoscere di qualsiasi controversia fra Stati membri « in connessione con l'oggetto dei Trattati ». Su queste basi, e malgrado qualche dubbio interpretativo ⁽⁴²⁾, l'attribuzione di competenza alla Corte *ex art. 8 del Fiscal Compact* (per la verifica circa la corretta trasposizione della « regola aurea » nel diritto interno) può considerarsi legittima. Ma non esistono altre disposizioni nei Trattati analoghe al citato art. 273, per cui l'utilizzo delle istituzioni europee dovrebbe essere precluso al di là di questo caso.

Il problema è peraltro più formale che sostanziale. Come detto in precedenza, il *Fiscal Compact* ha carattere « confermativo » piuttosto che « innovativo » della disciplina di bilancio già in essere. E non hanno carattere innovativo neanche le funzioni delle istituzioni europee alle quali il nuovo patto si richiama. Ne consegue che le istituzioni

⁽⁴¹⁾ Sulle ragioni del *Fiscal Compact* cfr. TOSATO, *I vincoli europei sulle politiche di bilancio*, relazione tenuta al Convegno ARSAE/LUISS su « Costituzione e "pareggio" di bilancio », svoltosi a Roma il 18 maggio 2012; i lavori del Convegno sono in corso di pubblicazione.

⁽⁴²⁾ In questo senso CRAIG, *Reinforcing the Eurozone*, una nota del 16 febbraio 2012 presentata alla House of Commons; è disponibile nel sito <http://www.publications.parliament.uk/pa/cm201012/cmselect/cmenleg/writer/eurozone/eu05.htm>.

europee possono legittimamente svolgere queste funzioni, con la sola avvertenza che lo fanno sulla base delle norme dell'Unione, non di quelle del *Fiscal Compact*. In altre parole, la Commissione e il Parlamento europeo non possono operare all'interno di un sistema normativo ad esse estraneo, quale quello del nuovo patto. Ma è come se fossero abilitate a farlo; è sufficiente che esse continuino ad esercitare le attribuzioni loro conferite dal diritto UE ⁽⁴³⁾.

8. Le misure fin qui adottate non si sono rivelate sufficienti a superare la crisi. Questa tende anzi pericolosamente ad aggravarsi (Grecia) e ad estendersi ad altri Paesi (Spagna, Italia).

È emerso che il rigore di bilancio, senza la crescita, provoca depressione economica e peggioramento dei conti pubblici; i quali richiedono ulteriori misure di austerità: e così via in un continuo rincorrersi tra rigore e disavanzi pubblici ⁽⁴⁴⁾. Un analogo circolo vizioso si delinea tra debiti delle banche e debiti sovrani. I primi finiscono per traslarsi sui secondi, per effetto dei salvataggi delle banche con denaro pubblico; e il conseguente aggravio dei conti statali si riflette poi su quelli delle banche. Avviene infatti che il deprezzamento dei titoli del debito pubblico detenuti dalle banche ne erode progressivamente gli attivi; nel contempo, il rischio Paese blocca il flusso del credito transfrontaliero o lo rende accessibile solo a condizioni proibitive ⁽⁴⁵⁾.

Un'ulteriore perversa concatenazione si manifesta tra rischio Paese e rischi sistemici relativi all'euro. La sfiducia nei confronti di un singolo Paese si ripercuote sul sistema euro nel suo complesso; a loro volta, i dubbi sulla tenuta del sistema euro aggravano la sfiducia nei confronti dei Paesi più fragili. Ne consegue un insostenibile accentuarsi dei differenziali dei tassi di interessi all'interno della zona euro, a scapito di Paesi pur rispettosi della disciplina di bilancio ⁽⁴⁶⁾.

⁽⁴³⁾ Vedi TOSATO, *Le implicazioni della crisi sulle istituzioni dell'Unione*, rapporto presentato al *workshop* del « Gruppo di riflessione CSF-IAI sul *Fiscal Compact* ». Il testo riveduto del rapporto è in corso di pubblicazione nel volume che raccoglie gli atti del *workshop* (una versione incompleta è disponibile nel sito di *Notre Europe* citato nella precedente nota 5).

⁽⁴⁴⁾ Vedi, per tutti, KRUGMAN, *Europe's Economic Suicide*, *New York Times* del 15 aprile 2012; SCHÖDER, *Austerity is Strangling Europe*, *New York Times*, 3 maggio 2012.

⁽⁴⁵⁾ Sul circolo vizioso tra rischio sovrano e rischio bancario vedi SACCOMANNI, intervento al XXII Congresso delle Fondazioni bancarie e Casse di Risparmio, Palermo 7 giugno 2012, p. 10 s.; BAGLIONI, *Debito sovrano e sistema bancario*, in *Lavoce.info* del 9 settembre 2012.

⁽⁴⁶⁾ L'incidenza dei rischi sistemici dell'euro sui tassi di interesse del debito

In questo quadro ben si comprendono le nuove misure anti-crisi ora in gestazione. Esse riguardano essenzialmente la crescita, l'unione bancaria, la stabilità dei debiti sovrani. Su questi temi si è aperto in Europa (e non solo) un ampio dibattito, sfociato nelle delibere del Consiglio europeo e dell'Eurogruppo di giugno e luglio 2012 ⁽⁴⁷⁾. Si tratta di delibere non ancora operative; per esserlo, richiedono misure di attuazione articolate, che coinvolgono un delicato riassetto di responsabilità e poteri all'interno dell'unione economica e monetaria. Ci limiteremo nel seguito a segnalare taluni dei problemi giuridici connessi alle nuove misure in gestazione.

9. Il tradizionale modo di favorire la crescita economica risiede nel ricorso a programmi pubblici di investimento. Ma come finanziare questi programmi in tempi di rigore di bilancio? È questo il difficile problema che si pone ora in Europa.

Un modo per superarlo per la verità ci sarebbe; consiste nell'escludere la partita degli investimenti dal computo dei debiti pubblici. In effetti questa idea affiora periodicamente nel dibattito europeo; ed è stata riproposta anche di recente per liberare risorse ai fini della crescita ⁽⁴⁸⁾. Ma anche questa volta è stata respinta nell'assunto che è difficile segnare un netto confine tra spese correnti e spese di investimento; e, pertanto, c'è il rischio di far passare fra le seconde quelle che in realtà rientrano fra le prime. Questo rischio potrebbe essere attenuato se l'esenzione fosse limitata ad investimenti nazionali approvati o comunque in linea con le politiche dell'Unione. Ed è in questi termini che gli investimenti assumono un qualche rilievo in materia di bilancio. Fermo restando che essi concorrono alla determinazione del passivo dei conti pubblici, la Commissione deve tuttavia tenerne conto prima

pubblico italiano è sottolineata dal Governatore della Banca d'Italia Visco nell'intervista apparsa sul *Corriere della Sera* dell'8 luglio 2012.

⁽⁴⁷⁾ Vedi le conclusioni del Consiglio europeo del 28/29 giugno 2012, l'*Euro Area Summit Statement* del 29 giugno 2012 e l'*Eurogroup Statement on the following-up of the 29 June Euro Summit* del 9 luglio 2012. Vedi inoltre il rapporto *Towards a Genuine Economic and Monetary Union*, del 26 giugno 2012, predisposto dal Presidente del Consiglio europeo Van Rompuy, insieme ai Presidenti della Commissione, dell'Eurogruppo e della Banca Centrale Europea.

⁽⁴⁸⁾ Lo ha fatto — a quanto sembra — il nostro Presidente del Consiglio Monti al vertice europeo del 23 maggio 2012; al riguardo vedi i commenti su *Il Sole 24 Ore* del 9 maggio 2012 (« *Sulla Golden rule il nodo dei costi produttivi* ») e sul *Corriere della Sera - Economia* del 14 maggio 2012 (« *La moral suasion di Monti sulla golden rule - Così il Premier punta sulla banda larga* »).

di avviare una procedura per disavanzi eccessivi nei confronti di un determinato Paese ⁽⁴⁹⁾.

Resta la via degli investimenti finanziati a livello europeo. Ma anche qui si fa sentire il problema delle risorse. La strada maestra sarebbe di aumentare le entrate dell'Unione. Senonché l'*iter* per arrivarci risulta tutt'altro che agevole; praticamente non si discosta dalla procedura di revisione dei Trattati in forma semplificata ⁽⁵⁰⁾. Ci vuole una decisione all'unanimità del Consiglio, su proposta della Commissione e sentito il Parlamento europeo; e deve intervenire poi l'approvazione di tutti gli Stati membri conformemente alle rispettive norme costituzionali ⁽⁵¹⁾. Un'approvazione non facile da ottenere se — come di regola — l'aumento delle entrate europee finisce per gravare sui bilanci nazionali.

Si dovrebbe allora pensare ad una risorsa propria dell'Unione, sganciata dai contributi degli Stati membri. In effetti, si discute a livello europeo circa l'istituzione di una nuova tassa sulle transazioni finanziarie (c.d. *Tobin Tax*), come pure di una tassa relativa alle emissioni di CO². La Commissione ha fatto circolare nel corso del 2011 delle proposte al riguardo ⁽⁵²⁾. Ma — si noti bene — si tratta di proposte di direttive ai sensi dell'art. 113 TFUE, volte quindi all'introduzione di questi tributi nelle legislazioni nazionali ⁽⁵³⁾. Occorrerebbe poi un meccanismo per convogliare nel bilancio dell'Unione risorse all'origine nazionali; oppure si deve percorrere una via diversa da quella dell'art. 113 TFUE e puntare senz'altro all'istituzione di prelievi propriamente europei. In tal caso, tuttavia, si ripropone l'esigenza della procedura *ex art.* 311 TFUE, con tutte le difficoltà sopra riferite.

Un modo più diretto per reperire risorse a livello europeo si ricollega alla Banca Europea degli Investimenti (BEI) e ai fondi strutturali dell'Unione ⁽⁵⁴⁾. La BEI è istituzionalmente incaricata di promuovere investimenti; si potrebbe dunque rafforzarne le disponibilità

⁽⁴⁹⁾ Rientrano fra i fattori significativi cui si riferiscono l'art. 126, par. 3, TFUE e l'art. 1 del regolamento 1467/97, così come modificato dall'art. 1 del regolamento 1177/2011.

⁽⁵⁰⁾ Art. 48, par. 6, TUE.

⁽⁵¹⁾ Art. 311 TFUE.

⁽⁵²⁾ Vedi proposta di direttiva del Consiglio concernente un sistema comune di imposta sulle transazioni finanziarie e recante modifica della direttiva 2008/7/CE, COM (2011) 594 del 28 novembre 2011; proposta di direttiva del Consiglio recante modifica della direttiva 2003/96/CE sulla tassazione dei prodotti energetici e dell'elettricità, COM (2011) 169 def. del 13 aprile 2011.

⁽⁵³⁾ L'art. 113 TFUE prevede, infatti, l'armonizzazione delle legislazioni nazionali relative alle imposte indirette, non l'istituzione di autonomi tributi europei.

⁽⁵⁴⁾ Per il ricorso a questi due canali di finanziamento, al fine di promuovere l'occupazione, vedi GROS, *Europe's Recurrent Employment Problems*, CEPS Policy Brief No. 271, maggio 2012.

tramite un aumento di capitale, vuoi di quello sottoscritto dagli Stati membri vuoi unicamente di quello versato. In entrambi i casi ci vuole una delibera del Consiglio dei governatori (organo intergovernativo, composto dai rappresentanti degli Stati membri); ma nel primo caso la delibera deve essere adottata all'unanimità, nel secondo a semplice maggioranza ⁽⁵⁵⁾. I fondi aggiuntivi possono essere destinati dalla BEI anche a sostegno dei c.d. *project bonds*, che sono titoli obbligazionari emessi da società private (non dalla BEI o dall'Unione) in vista della realizzazione di opere infrastrutturali ⁽⁵⁶⁾. Il concorso della BEI (tramite finanziamenti o garanzie) rafforza evidentemente l'appetibilità sul mercato dei titoli in discorso.

L'altra possibilità è offerta dai fondi strutturali del bilancio dell'Unione. Per accrescerli, bisogna tuttavia attendere il nuovo Quadro finanziario pluriennale per gli anni 2014-2018: le discussioni al riguardo sono in corso ⁽⁵⁷⁾. Per il momento è dato solo di contare sulle risorse esistenti, che possono peraltro essere meglio indirizzate agli investimenti per la crescita. E potrebbero essere più attentamente sfruttate le sinergie tra fondi strutturali, fondi BEI e fondi complementari dei singoli Stati.

10. La progettata unione bancaria si fonda su tre elementi costitutivi: una vigilanza accentrata, un sistema europeo di garanzia dei depositi, procedure comuni di risoluzione delle crisi ⁽⁵⁸⁾. Qui ci si limita a parlare del primo elemento perché più direttamente connesso con l'esigenza di spezzare il circolo vizioso tra debiti delle banche e debiti dello Stato di cui si è detto in precedenza.

La questione di fondo coinvolge la tematica dei rapporti fra responsabilità e poteri di controllo. In materia bancaria, i due aspetti sono organizzati attualmente su base nazionale. È ciascuno Stato ad esercitare la vigilanza sul proprio sistema bancario, come pure a farsi carico di situazioni di crisi. Di qui la commistione tra banche e Stati con

⁽⁵⁵⁾ Vedi lo Statuto BEI, articoli 4, par. 3, 5, par. 3, e 8.

⁽⁵⁶⁾ Per un esempio del modo di funzionamento dei *project bonds* vedi Commissione europea, *An Illustrative Project Example*, disponibile nel sito http://ec.europa.eu/economy-finance/financial_operations/investment/europe-2020.

⁽⁵⁷⁾ Se ne è parlato, sia pure non diffusamente, al Consiglio europeo del 28/29 luglio scorso, come risulta dalle relative conclusioni.

⁽⁵⁸⁾ Sulla progettata unione bancaria vedi PISANI-FERRY, SAPIR, VERON, WOLFF, *What Kind of European Banking Union?*, Bruegel, 25 giugno 2012, disponibile nel sito <http://www.bruegel.org/publications/publication-detail>; CARMASSI, DI NOIA, MICOSI, *Banking Union in the Eurozone and the European Union*, CEPS Commentary, 12 giugno 2012, disponibile nel sito www.ceps.eu.

gli effetti negativi che ne conseguono. Il rimedio consiste evidentemente nello spostare ad un tempo responsabilità e controlli a livello europeo. I due aspetti vanno necessariamente insieme. Non sarebbero giustificati aiuti alle banche in assenza di un corrispondente potere di controllo, né vi sarebbe il consenso politico per farlo ⁽⁵⁹⁾.

Si badi bene che l'erogazione di aiuti europei per assistere banche in crisi non costituisce di per sé una novità. I due fondi EFSF e ESM sono già abilitati a porre in essere operazioni di questo tipo. Ma il tutto avviene tramite gli Stati: sono gli Stati a ricevere i finanziamenti destinati alle banche, ad assumere gli impegni nei confronti delle autorità europee e ad essere assoggettati ai relativi controlli ⁽⁶⁰⁾. Ed è appunto questa situazione che si intende cambiare all'interno della costituenda unione bancaria. L'obiettivo è di istituire rapporti diretti con le banche beneficiarie degli aiuti, senza passare attraverso gli Stati, e rompere in tal modo il circolo vizioso tra debiti bancari e debiti statali. Ma questo presuppone, come già detto, di trasferire ad una autorità di vigilanza europea poteri ora di competenza nazionale ⁽⁶¹⁾.

Si pone dunque il problema di individuare lo strumento giuridico che consenta di conseguire tale risultato. La soluzione più ovvia è fornita dall'art. 127, par. 6, TFUE, che autorizza il conferimento alla BCE di compiti di vigilanza su banche e altre istituzioni finanziarie. Per la verità questa norma parla di « compiti specifici », non di un'attribuzione di carattere generale e senza limiti. Non mi pare tuttavia che si tratti di un ostacolo insuperabile. Si può pensare ad un sistema europeo di supervisori, che comprenda la BCE e le autorità nazionali (in analogia al Sistema europeo di banche centrali) e nel quale responsabilità e poteri spettino in ultima istanza alla BCE ⁽⁶²⁾. In alternativa, i compiti di vigilanza potrebbero essere suddivisi a seconda della natura e dimensione delle banche, riservando alla BCE poteri di controllo sulle banche di rilievo « transfrontaliero » e mantenendo in capo alle

⁽⁵⁹⁾ Vedi BOERI, *A No-Further-Bailouts Principle*, *Vox*, 20 luglio 2012, disponibile nel sito <http://www.voxeu.org>.

⁽⁶⁰⁾ Vedi art. 2, par. 1, lett. c), del *Framework Agreement* relativo all'EFSF e art. 15 del trattato ESM.

⁽⁶¹⁾ Vedi lo *Euro Area Summit Statement* del 29 giugno 2012 (« When an effective single supervisory mechanism is established ... the ESM could ... have the possibility to recapitalize banks directly »). La medesima condizione è ribadita nel successivo *Eurogroup Statement* del 9 luglio 2012.

⁽⁶²⁾ In questo senso, a quanto sembra, è l'indicazione contenuta nel rapporto *Towards a Genuine Economic and Monetary Union*, cit., p. 4 (« The current architecture should evolve as soon as possible towards a single European banking supervision system with a European and a national level. The European level would have ultimate responsibility »).

autorità nazionali la supervisione di quelle con operatività essenzialmente domestica ⁽⁶³⁾.

Maggiori difficoltà possono derivare dal requisito procedurale dell'art. 127, par. 6, che richiede una delibera unanime del Consiglio e dunque il consenso di tutti i 27 Stati membri. L'eventualità di qualche defezione è tutt'altro che da escludere. In tal caso, soccorre la base giuridica dell'art. 136 TFUE, se la decisione riguarda solo gli Stati euro, ovvero lo strumento della cooperazione rafforzata, se la decisione coinvolge anche Stati non euro. Da ultimo, c'è sempre la possibilità di ricorrere ad un accordo internazionale *extra*-UE, come si è fatto per il *Fiscal Compact*. Ma sarebbe meglio evitare questa via ove fosse praticabile una procedura in base ai Trattati; sono note, infatti, le difficoltà derivanti da un sistema di regole parallelo ed esterno rispetto a quello dell'Unione.

Dubito che una base giuridica ulteriore possa rinvenirsi nell'art. 114 TFUE. È pur vero che la Corte di giustizia, andando al di là della lettera di questa norma, ne ha ammesso un'interpretazione estensiva. In particolare, ha ritenuto che l'art. 114 TFUE consenta l'adozione non solo di direttive di armonizzazione, ma anche di regolamenti volti a creare organismi europei che facilitino l'uniforme applicazione del diritto dell'Unione ⁽⁶⁴⁾. Ed è su queste basi che è stata istituita la European Banking Authority (EBA) ⁽⁶⁵⁾. Ma l'EBA è chiamata solo ad assistere e indirizzare le autorità nazionali non a sostituirsi ad esse nell'esercizio della vigilanza bancaria ⁽⁶⁶⁾. Per contro, è proprio questo il risultato che si vuole ora conseguire. D'altra parte, l'utilizzo dell'art. 114 TFUE urta contro ragioni di coerenza sistematica. In presenza dell'art. 127, par. 6, TFUE, che si riferisce espressamente alla BCE e prescrive una decisione unanime del Consiglio, sarebbe contraddittorio che la vigilanza bancaria potesse essere attribuita ad un'autorità europea diversa dalla BCE e con una procedura che non richiede l'unanimità del Consiglio. E questo sarebbe viceversa il caso se ci si avvallesse dell'art. 114 TFUE ⁽⁶⁷⁾.

⁽⁶³⁾ Per questa soluzione vedi PISANI-FERRY *et alii*, op. cit., p. 9 s.

⁽⁶⁴⁾ Vedi la sentenza della Corte di giustizia del 2 maggio 2006, causa C-217/04, *Regno Unito c. Parlamento europeo e Consiglio*, *Raccolta*, 2006, p. I-3771.

⁽⁶⁵⁾ Vedi il considerando 17 nel regolamento n. 1093/2010 del 24 novembre 2010, *G.U.U.E.* 2010 L 331, p.14.

⁽⁶⁶⁾ Sul punto cfr. FERRAN, *Can Soft-Law Bodies Be Effective? The Special Case of the European Systemic Risk Board*, *European Law Review*, 2010, p. 9 ss.

⁽⁶⁷⁾ La possibilità di accentrare la vigilanza bancaria in capo all'EBA tramite una modifica del regolamento n. 1093/2010 è prospettata da CARMASSI *et alii*, op. cit., p. 3 e nota 3.

11. Le misure di stabilizzazione dei debiti sovrani, correttamente designate come « scudo anti-*spread* », dovrebbero contrastare il formarsi di abnormi differenziali di interesse tra debiti pubblici dell'eurozona. In particolare, dovrebbero servire a mitigare l'impatto pregiudizievole delle carenze strutturali del sistema euro sui titoli del debito pubblico dei Paesi più deboli. Si è detto in precedenza della perversa interazione tra rischi Paese e rischi sistemici; per opporvisi, occorre evidentemente agire sulle due componenti. Il rischio Paese rientra nella responsabilità dei singoli Stati, che devono conformarsi alla disciplina europea di bilancio e ai relativi programmi di consolidamento dei conti pubblici. I rischi sistemici evocano per contro una responsabilità collettiva e, dunque, richiedono adeguati interventi a livello europeo. È chiaro che le misure adottate ai due livelli, quello statale e quello europeo, si integrano a vicenda, nel senso che le une presuppongono logicamente le altre.

I commentatori si sono fin qui concentrati sulle misure del primo tipo, sugli obblighi che gli Stati devono rispettare per conformarsi alle regole del *Six Pack* e del *Fiscal Compact*. Ma ormai anche le misure del secondo tipo sono all'ordine del giorno; e questo sotto la spinta di Stati come l'Italia che, pur essendo in regola con gli obblighi di bilancio, si trovano gravemente esposti ai rischi esterni di contagio. Per la verità, interventi a livello europeo per contrastare questi rischi non sono mancati. Li ha posti in essere la BCE, con gli acquisti di titoli del debito pubblico sul mercato secondario. Tuttavia, come già ricordato, la BCE ha tenuto sempre a precisare che si tratta di misure eccezionali, decise per esigenze di politica monetaria e non di politica « fiscale », essendo quest'ultima non di sua competenza. Misure di assistenza finanziaria diretta agli Stati membri spettano istituzionalmente ai fondi EFSF/ESM e dovrebbero essere invece precluse alla BCE in forza dell'art. 123 TFUE ⁽⁶⁸⁾.

Il problema è che i fondi EFSF/ESM non sono specificamente attrezzati per misure di stabilizzazione del debito sovrano sui mercati finanziari. Lo scopo da essi perseguito è quello tipico del Fondo Monetario Internazionale (FMI): venire in aiuto a Stati in crisi di liquidità e a rischio di insolvenza. Anche la procedura ricalca quella del FMI: richiesta dello Stato interessato, istruttoria di carattere tecnico, *memorandum* di impegni, erogazioni condizionate, monitoraggio con-

⁽⁶⁸⁾ Che peraltro non fa esplicito divieto alla BCE di acquistare titoli di debito pubblico nei mercati secondari.

tinuo degli impegni assunti ⁽⁶⁹⁾. Non a caso il FMI è associato alle operazioni dell'EFSF/ESM ⁽⁷⁰⁾.

Senonché le misure anti-*spread* richiedono procedure diverse. Hanno poco senso « condizionalità » e successivi monitoraggi, perché si assume che gli Stati beneficiari siano rispettosi della disciplina di bilancio e dei programmi di riforme strutturali. Per contro vi è bisogno di interventi flessibili, attuati in modo rapido ed efficiente; inoltre, il sistema EFSF/ESM deve essere dotato di mezzi di dissuasione adeguati. Fino a che questo non si verifichi, è dubbio che i fondi salva-Stati siano in grado di fronteggiare attacchi speculativi ai debiti sovrani; è unicamente la BCE che ha procedure e mezzi per approntare difese adeguate. La circostanza che la BCE operi sui mercati finanziari quale agente dell'EFSF/ESM ⁽⁷¹⁾ va sicuramente nella giusta direzione; tuttavia, di per sé sola non basta, se non si introducono nell'EFSF/ESM i correttivi sopra delineati.

12. Le implicazioni delle misure in precedenza descritte sul processo di integrazione europea sono molteplici. Ci si limita qui ad esporre, in forma schematica, alcune considerazioni di carattere generale (formulate in un momento in cui gli esiti della crisi appaiono ancora incerti).

a) L'Europa procede verso un'unione sempre più stretta, secondo il metodo funzionalista delle tappe successive. Come dall'unione doganale si è passati al mercato unico, e dal mercato unico all'unione monetaria, ora dall'unione monetaria si va verso il completamento di quella economica, attraverso l'unione fiscale, l'unione bancaria e il patto per la crescita. In qualche modo, si stanno colmando le lacune strutturali dell'unione economica e monetaria disegnata a Maastricht. Il metodo funzionalista presenta il vantaggio dell'accrescimento graduale, basato su esigenze concrete, che spingono verso una condivisione sempre più avanzata delle sovranità nazionali. Per contro, c'è il rischio che ogni nuova fase del processo arrivi in ritardo, quando i guasti di quella precedente si sono inesorabilmente prodotti. Il problema si ripropone nelle circostanze presenti. Ci si interroga se le misure già prese e quelle in corso siano sufficienti a far fronte alla crisi dell'euro;

⁽⁶⁹⁾ Vedi il *Framework Agreement* relativo all'EFSF, art. 2, par. 1, lett. a), e il Trattato ESM, art. 13.

⁽⁷⁰⁾ In effetti il FMI ha contribuito con una quota agli interventi in favore di Grecia, Irlanda e Portogallo.

⁽⁷¹⁾ Vedi, al riguardo, lo *Eurogroup Statement* del 9 luglio 2012.

o non sia piuttosto necessario muovere decisamente verso l'unione politica, anche per salvare quella economica.

b) Al metodo funzionalista si affianca quello dell'integrazione differenziata o, come anche si dice, dell'Europa a più velocità. Per il vero, non si tratta di un fenomeno nuovo; la stessa unione monetaria costituisce un esempio di integrazione differenziata. Il fenomeno tende ora ad accentuarsi: c'è l'Europa a 27 del mercato unico, quella a 17 dell'euro, quella a 25 del *Fiscal Compact*, quella a 23 del Patto Europlus e di nuovo quella a 17 dell'ESM; anche l'unione bancaria non sembra destinata a ricomprendere tutti gli Stati membri. In buona sostanza si vanno consolidando due sistemi normativi che fanno capo l'uno all'Europa (a 27) del mercato unico e l'altro all'Europa (a 17 più qualche altro Stato membro) dell'unione economica e monetaria. Nasce quindi un problema di coesistenza fra i due sistemi sotto il profilo sia delle norme materiali sia delle strutture istituzionali. C'è da chiedersi fino a che punto gli sviluppi regolatori dell'unione economica e monetaria si riveleranno compatibili con le norme del mercato unico e della concorrenza. Le assicurazioni nel senso che i primi saranno del tutto rispettosi delle seconde non mancano nei testi rilevanti, ma già questo è indicativo della delicatezza del problema. Ed è facile scorgere potenziali conflitti specie tra le politiche della costituenda unione bancaria e il funzionamento del mercato unico dei servizi finanziari. Non meno delicato appare il problema istituzionale. La struttura di base è quella dell'Europa a 27. Per le istituzioni intergovernative (Consiglio europeo e Consiglio) una loro riproduzione nel sistema euro risulta abbastanza agevole: basta sottrarre agli organi dell'Unione i rappresentanti governativi degli Stati membri che non fanno parte dell'Eurogruppo. Più difficile appare la questione con riguardo alle istituzioni sovranazionali (Parlamento europeo, Commissione, Corte di giustizia), che sono uniche e non scomponibili (salvo, forse, il Parlamento europeo). C'è dunque da chiedersi se e a quali condizioni esse possano essere utilizzate per l'esercizio di funzioni diverse da quelle loro assegnate nel diritto dell'Unione.

c) Il Consiglio europeo e l'omologo Vertice dell'Eurogruppo hanno svolto una funzione centrale nella gestione della crisi dell'euro. Non sembra tuttavia che se ne debba dedurre una sostanziale modifica dell'assetto istituzionale dell'Unione in chiave intergovernativa. Non stupisce che il Consiglio europeo assuma un ruolo preminente in passaggi dell'integrazione europea che comportano limitazioni della sovranità statale e oneri finanziari per il pubblico erario. Ed è questo il caso, come si è visto, delle varie misure adottate per contrastare la crisi

dell'euro. Misure di questo tipo coinvolgono direttamente governi e parlamenti nazionali, delle cui istanze il Consiglio europeo è necessariamente portatore. Già il sistema di Maastricht, puntualmente recepito a Lisbona, attribuiva al Consiglio europeo e al Consiglio la responsabilità principale in materia di politica economica e finanziaria. Gli attuali sviluppi possono considerarsi dunque nel segno della continuità. D'altra parte, non risulta indebolita la posizione degli organi sovranazionali. Il ruolo della Commissione si è piuttosto rafforzato; per effetto del già citato meccanismo del *reverse majority voting*, le proposte della Commissione in materia di deficit eccessivi e squilibri macroeconomici assurgono al livello di quasi-decisioni. Inoltre, dalle valutazioni della Commissione (insieme alla BCE e al FMI) dipende l'erogazione degli aiuti dei fondi salva-Stati. Rilievi analoghi valgono per la Corte di giustizia che, in forza dell'art. 273 TFUE, si è vista estendere la propria competenza a questioni relative al *Fiscal Compact* e all'EFSF/ESM. Più problematico è il discorso riguardo al Parlamento europeo, escluso dalla gestione della disciplina di bilancio e dei fondi di salvataggio. Ma si tratta di funzioni di natura essenzialmente amministrativa, che evocano competenze di organi esecutivi più che legislativi. Né va trascurato che nel Parlamento europeo siedono rappresentanti di tutti gli Stati membri; di qui una certa riluttanza ad attribuire un ruolo decisionale al Parlamento europeo rispetto ad iniziative alle quali taluni Paesi hanno deciso di non partecipare.

d) La crisi dell'euro sta operando una modifica strutturale dell'unione economica e monetaria. Era caratterizzata da un'asimmetria tra governo della moneta e governo dell'economia: il primo accentrato a livello europeo, il secondo decentrato a livello nazionale, con deboli strumenti di coordinamento e controllo da parte dell'Unione. Attraverso l'unione fiscale e l'unione bancaria si sta ora delineando un governo europeo dell'economia che si affianca a quello della moneta. L'unione fiscale comporta la costituzionalizzazione della disciplina di bilancio (in particolare, della regola del pareggio di bilancio) nel diritto interno degli Stati; comporta altresì l'attribuzione alle istituzioni europee di stringenti poteri di controllo onde prevenire e correggere disavanzi eccessivi e squilibri macroeconomici. Con l'unione bancaria si va verso un accentramento a livello europeo della vigilanza sugli enti creditizi. Nell'uno e nell'altro caso si delinea un significativo spostamento di poteri dagli Stati membri all'Unione.

Un fenomeno in qualche modo parallelo e conseguente si verifica in tema di responsabilità. Nel sistema originario, ciascuno Stato era il solo responsabile dell'andamento dei propri conti. C'era anzi una

norma tendente ad escludere qualsiasi soccorso da parte dell'Unione o di altri Stati membri (l'art. 125 TFUE). Ora, allo spostamento di poteri corrisponde anche una condivisione di responsabilità. Lo testimoniano gli interventi straordinari della BCE e quelli, più strutturali, dei fondi salva-Stati. Siamo peraltro ad un avvio, ancora limitato e faticoso, di una sostanziale evoluzione della costituzione economica europea. Questa evoluzione si riconduce a due fondamentali principi del diritto dell'Unione, il principio di leale collaborazione e quello di solidarietà. Dal primo discendono obblighi degli Stati membri verso la collettività, ma anche di quest'ultima verso gli Stati membri. Il principio di solidarietà ne costituisce una logica conseguenza; implica che l'Unione venga in aiuto di Stati membri « virtuosi » (e cioè in regola con la disciplina di bilancio), ma nondimeno pregiudicati da fattori sistemici esterni.

e) La crisi dell'euro pone il tema della legittimazione democratica al centro del dibattito politico-istituzionale nell'Europa. Non si tratta di una novità; il tema è in qualche modo ricorrente, ma ora si pone in termini particolarmente critici. Le azioni o omissioni a livello europeo incidono sulle condizioni di vita dei cittadini dell'Unione come mai in precedenza. E ciò genera un diffuso senso di ostilità verso l'Europa. Le si rimprovera di imporre un regime di austerità, foriero di recessione economica, aggravii fiscali, disoccupazione, crisi di banche e imprese; si lamenta altresì che le decisioni a livello europeo siano prese in sedi prive di legittimazione e controlli democratici, spesso da un direttorio ristretto di Stati dominanti (la contrapposizione è fra gli Stati virtuosi del centro-nord e quelli « cicala » del sud dell'Europa). Se per questi motivi la situazione si presenta assai delicata (e le vicende elettorali e politiche in vari Paesi lo confermano), è anche vero che l'Europa si colloca ormai al centro del dibattito; si sta così formando uno spazio politico europeo, necessaria premessa per lo sviluppo in senso democratico del processo di integrazione. Per superare i sentimenti di ostilità o (quanto meno) di scetticismo nell'opinione pubblica, occorre peraltro che emerga più nettamente che l'Europa significa non solo austerità ma anche crescita, non solo cessione ma anche condivisione di poteri sovrani. Ed è chiaro che la sovranità dei singoli Stati membri (anche dei più forti) è già sostanzialmente compromessa in un mondo globalizzato; l'unico modo per recuperarla è di esercitarla in modo condiviso e solidale a livello europeo.

GIAN LUIGI TOSATO

CONSUETUDINE INTERNAZIONALE E CASO INCONSUETO

SOMMARIO: 1. La consuetudine non si applica a un caso inconsueto. — 2. Come i principi creano « inconsuetudine ». — 3. Interpretare una regola consuetudinaria. — 4. Il carattere non consuetudinario della regola che definisce un caso inconsueto. — 5. I principi come consuetudini *sui generis*.

1. Il diritto consuetudinario non si applica a un caso inconsueto. Questa tautologia solo apparente è qui assunta come ipotesi iniziale di un'indagine sul problema della definizione della sfera di applicazione di una regola consuetudinaria, problema che ne presuppone un altro, particolarmente insidioso, quello dell'interpretazione del diritto non scritto. Affermando che il diritto consuetudinario non si applica a certi casi se ne postula evidentemente l'incompletezza. Ciò equivale a negare l'esistenza di una norma consuetudinaria che « chiuda » il sistema imponendo di considerare permesso tutto ciò che non è vietato da una regola ⁽¹⁾. È infatti possibile sostenere che in mancanza di una regola idonea a definire il caso l'interprete possa costruirne una combinando norme di altra natura, i principi, nell'ambito di un'operazione di bilanciamento ⁽²⁾. Ai fini dell'indagine è dunque necessario tenere

⁽¹⁾ La sentenza della Corte permanente di giustizia internazionale relativa al caso « *Lotus* » è spesso citata per l'esemplare affermazione della regola residuale di libertà che conterrebbe. Ivi, la Corte, muovendo come noto da una concezione rigidamente volontaristica dei modi di produzione del diritto internazionale, affermò che l'esistenza di limiti all'indipendenza degli Stati non si presume (*The Case of the S.S. « Lotus »,* sentenza del 7 settembre 1927, *Permanent Court of International Justice, Publications, Series A, No. 10, p. 18*). Non è chiaro, tuttavia, se con ciò la Corte intendesse suggerire che tale presunzione, indipendentemente dalle circostanze del caso, fosse superabile solo provando l'esistenza di una regola proibitiva e non anche ricorrendo ad altre forme di ragionamento giuridico. Comunque sia, l'esistenza di una simile norma di chiusura non appare attestata da altre pronunce della Corte internazionale (ma v. *infra*, nota successiva *in fine*). In tema v. la recente sintesi di KOLB, *La règle résiduelle de liberté en droit international (tout ce qui n'est pas interdit est permis)*, *Revue belge de droit int.*, 2001, p. 100 ss.

⁽²⁾ Come subito si dirà, con il termine « principio » intendiamo riferirci a un genere di norma e al tipo di ragionamento giuridico che essa supporta (teoria delle norme) e non a un modo di formazione del diritto internazionale più o meno

presente la distinzione tra regole e principi. Mentre le prime, secondo una celebre definizione, sono applicabili «in an all-or-nothing

distinguibile dalla consuetudine (teoria delle fonti). Nel paragrafo che chiude questo scritto, dunque, l'affermazione secondo cui i principi sono norme consuetudinarie *sui generis* non costituisce una ripetizione della nota tesi che considera tali i « principi generali di diritto » di cui all'art. 38, par. 1, lett. c), dello Statuto della Corte internazionale di giustizia (cfr. CONFORTI, *Diritto internazionale*⁸, Napoli, 2010, pp. 47-48). La peculiarità dei principi intesi nell'accezione elaborata dalla teoria delle norme — peculiarità che, come vedremo, produce riflessi anche sul piano della teoria delle fonti — è più marcata e dipende da cause diverse da quelle cui solitamente è ricondotta la distinzione tra consuetudine in senso stretto e principi generali di diritto (v. *infra*, par. 5). Salvo qualche marginale cenno, la presente indagine non affronta invece il tema della maggiore o minore predisposizione delle diverse giurisdizioni internazionali a svolgere operazioni di bilanciamento, le quali evidentemente implicano, in antitesi rispetto all'applicazione della regola residuale di libertà, un elemento di « creatività » che non tutti i giudici sono disposti a riconoscersi o a esibire. È il caso tuttavia di segnalare che il ricorso al bilanciamento e dunque ai principi nell'accezione anzidetta è riscontrabile anche nella giurisprudenza di una delle giurisdizioni forse meno inclini ad assumere le movenze tipiche di un giudice costituzionale, la Corte internazionale di giustizia (cfr. CANNIZZARO, *Corso di diritto internazionale*, Milano, 2011, pp. 97-101). Nel caso dello *stretto di Corfù*, la Corte ha ricavato la regola (l'obbligo dell'Albania di notificare la presenza di un campo minato nelle sue acque territoriali) da « certain general and well-recognized principles » (*Corfu Channel Case (United Kingdom v. Albania)*, sentenza del 9 aprile 1949, *I.C.J. Reports*, 1949, p. 4 ss., p. 22). Anche la « ristrutturazione » del regime delle riserve promossa nel celebre parere del 1951 costituisce l'esito di un'operazione di bilanciamento, in particolare tra l'esigenza di conservare integra e uniforme la disciplina pattizia e quella di incentivare la più larga partecipazione possibile ai trattati per i quali il mantenimento di un « perfetto equilibrio contrattuale » non è essenziale (*Reservations to the Convention on the Prevention and Punishment of Genocide*, parere del 28 maggio 1951, *I.C.J. Reports*, 1951, p. 15 ss., pp. 21, 23, 26). V. altresì *Fisheries Case (United Kingdom v. Norway)*, sentenza del 18 dicembre 1951, *I.C.J. Reports*, 1951, p. 116 ss., p. 133: « certain basic considerations inherent in the nature of the territorial sea, bring to light certain criteria which, though not entirely precise, can provide courts with an adequate basis for their decisions, which can be adapted to the diverse facts in question ». Le sentenze relative ai casi delle *peschiere islandesi* sono attraversate dal motivo del bilanciamento di principi e interessi, benché la Corte vi si rifiuti di spingere l'esercizio alle estreme conseguenze, ossia fino alla formulazione di una precisa definizione degli spazi entro i quali lo Stato costiero avrebbe potuto esercitare diritti preferenziali di sfruttamento delle risorse marine: « the Court, as a court of law, cannot render judgment *sub specie legis ferendae*, or anticipate the law before the legislator has laid it down » (*Fisheries Jurisdiction Case (United Kingdom v. Iceland)*, sentenza del 25 luglio 1974, *I.C.J. Reports*, 1974, p. 3 ss., pp. 23-24, par. 53). Nel caso del *Golfo del Maine* una Camera della Corte ha impiegato la tecnica del bilanciamento in modo più assertivo ma vi era in qualche misura autorizzata dal compromesso stipulato delle parti (*Case Concerning Delimitation of the Maritime Boundary in the Gulf of Maine Area (Canada/United States)*, sentenza del 12 ottobre 1984, *I.C.J. Reports*, 1984, p. 246 ss.). Una certa riluttanza a operare « creativamente » al di fuori del perimetro delle regole (non consuetudinarie in tal caso), sempre con il pretesto della distinzione tra l'ufficio del giudice e le prerogative del legislatore, traspare in *South West Africa Cases (Ethiopia v. South Africa; Liberia v. South Africa) (Second Phase)*, sentenza del 18 luglio 1966, *I.C.J. Reports*, 1966, p. 6 ss., p. 36, par. 57. Tale riluttanza può talvolta dissimularsi nella

fashion », nel senso che definiscono la soluzione dei casi sotto di esse sussumibili, i secondi ispirano « consideration[s] inclining in one direction or another » ⁽³⁾ o, secondo una caratterizzazione forse più pregnante, esprimono « *prima facie* requirements », ossia esigenze che non si pongono in termini assoluti e risolutivi ma richiedono piuttosto di essere temperate in funzione delle caratteristiche del caso concreto ⁽⁴⁾. Ai due tipi di norme corrispondono quindi due diverse modalità di ragionamento giuridico: le regole esigono che si operi una sussunzione mentre i principi richiedono che si effettui un bilanciamento ⁽⁵⁾.

Ma se si ammette, senza per ora concedere, che il diritto consuetudinario comprende sia regole sia principi e che questi trovano applicazione in assenza di quelle, non è forse contraddittorio asserire l'incompletezza della consuetudine, ossia la sua inapplicabilità al caso inconsueto? L'obiezione è superabile in due modi.

Il primo consiste nell'affermare che il diritto consuetudinario è privo delle risorse normative necessarie a risolvere un caso non inscrivibile nel perimetro di una regola, il che equivarrebbe a negare la natura consuetudinaria dei principi. Questa strategia ricostruttiva appare poco promettente per due ragioni. In primo luogo, essa impor-

sovradeterminazione della sfera di applicazione di una regola consuetudinaria, il che avviene, ad avviso di chi scrive, in *Jurisdictional Immunities of the State (Germany v. Italy)*, sentenza del 3 febbraio 2012, <http://www.icj-cij.org> (sul punto si tornerà brevemente *infra*, nota 21 e testo corrispondente). In una dichiarazione allegata al parere relativo alla dichiarazione di indipendenza del Kosovo (*Accordance with International Law of the Unilateral Declaration of Independence in Respect of Kosovo*, parere del 22 luglio 2010, <http://www.icj-cij.org>), il giudice Simma ha polemicamente sostenuto che la Corte, deducendo la « non illiceità » della dichiarazione dall'assenza di divieti a essa applicabili, avrebbe riabilitato la regola residuale di libertà e, con ciò, « an old, tired view of international law » (par. 2), non diversa da quella che quasi un secolo prima aveva ispirato la sentenza relativa al caso « *Lotus* ». Ma l'impostazione della Corte, il cui parere non a caso omette qualsiasi riferimento al famigerato precedente, può spiegarsi altrimenti e la soluzione, implicita nel parere, è del resto evocata nella stessa dichiarazione del giudice Simma, dove si afferma che « the Court could have explored whether international law can be deliberately neutral or silent on a certain issue » (par. 9). È infatti possibile sostenere che il diritto internazionale esprima un fondamentale disinteresse per fatti come le dichiarazioni di indipendenza *in quanto tali* e che esso, pertanto, all'interprete che abbia constatato l'assenza di regole che vietino di formulare tali dichiarazioni, non chieda né di approfondire la questione ragionando sulla base di principi né di giustificare la propria decisione sul fondamento di una presunta norma di chiusura.

⁽³⁾ DWORKIN, *Taking Rights Seriously*, London, 1978, pp. 24, 26.

⁽⁴⁾ ALEXY, *A Theory of Constitutional Rights*, Oxford, 2002, p. 57.

⁽⁵⁾ ALEXY, *On Balancing and Subsumption. A Structural Comparison*, *Ratio Juris*, 2003, p. 433, ricorda che « [t]here are two basic operations in the application of law: subsumption and balancing ».

rebbe di giudicare erroneo l'uso di espressioni quali « principio consuetudinario » o simili, che trova invece ampio riscontro nella dottrina e nella giurisprudenza (6). Inoltre, la recisione del vincolo tra principi e fonte consuetudinaria costringerebbe ad avventurarsi alla ricerca di un'altra e misteriosa « scaturigine » e, infine, ad aderire a una qualche forma di idealismo (7). Una diversa strategia ricostruttiva permette di evitare entrambi gli inconvenienti.

Muovendo dall'ipotesi che il diritto consuetudinario sia in grado di esprimere sia regole che principi, essa consiste nel sostenere che questi, in senso stretto, non si applicano affatto, la loro funzione essendo piuttosto quella di strutturare un ragionamento il cui prodotto finale, la *regola* decisionale che definisce il caso inconsueto, *non* è essa stessa una norma consuetudinaria. Operare un bilanciamento significa infatti ricorrere a un tipo particolare di inferenza che, conducendo dai principi alla regola attraverso percorsi argomentativi dall'esito logicamente indeterminabile, non è in grado di trasferire, alla regola che individua, la « qualità consuetudinaria » dei principi da cui muove (8). In questo senso, dunque, il diritto consuetudinario, ancorché considerato comprensivo di principi, non si applica a un caso inconsueto. Sono anzi proprio i principi a creare « inconsuetudine ».

2. Un caso può apparire inconsueto, ossia presentarsi alla coscienza con caratteristiche atte a sottrarlo dall'ambito di applicazione di qualsiasi regola consuetudinaria vigente, solo se è percepito su uno sfondo normativo costituito interamente da principi. In termini empirico-descrittivi un caso può possedere innumerevoli proprietà inedite ma solo alcune di esse appariranno giuridicamente rilevanti. Il « filtro normativo » che effettua la selezione può essere costituito solo ed esclusivamente da principi perché, se esistesse una regola consuetudinaria le cui condizioni di applicazione coincidono con le proprietà del caso in questione, essa semplicemente si applicherebbe e il caso non potrebbe dirsi inconsueto.

Il modo in cui i principi producono inconsuetudine può essere così descritto. Si è già ricordato che i principi esprimono esigenze in termini

(6) È vero che si tratta, spesso, di un uso « atecnico » o comunque non aderente all'accezione definita dalla teoria generale. Non sembra però questo il caso, per citare un esempio tratto dalla giurisprudenza, della pronuncia relativa all'affare del *Golfo del Maine*, cit., pp. 290 (par. 81), 299 (paragrafi 110-111), 313 (par. 158).

(7) Ad affermare, per esempio, che i principi discendono dall'idea stessa di diritto o che ineriscono alla struttura dell'ordinamento internazionale, che appartengono al diritto naturale o che promanano dallo spirito dei popoli ecc.

(8) La questione è approfondita *infra*, par. 4.

astratti, allo stato puro, in attesa di essere contemperate in vista della risoluzione di un caso concreto. È alla luce di tali esigenze che un caso appare dotato di caratteristiche degne di considerazione. Se, per esempio, nel contesto di un'azione civile promossa da un individuo contro uno Stato davanti ai tribunali di un altro Stato, allorché si tratti di stabilire se l'esercizio della giurisdizione sia impedito dalla regola di immunità, appare significativo che il ricorrente abbia in precedenza esperito invano ogni altro rimedio, è perché sullo sfondo opera un principio che richiede, in termini non assoluti, l'accesso della presunta vittima a una qualche forma di ristoro, altrimenti quella caratteristica del caso non assumerebbe rilievo alcuno ⁽⁹⁾.

Il fatto che una proprietà del caso appaia saliente è condizione necessaria ma non sufficiente affinché si crei uno stato di inconsuetudine. Può darsi, infatti, che nel processo formativo della regola consuetudinaria in rapporto alla quale il caso è valutato si sia già tenuto conto del principio che rende tale caratteristica rilevante. In altri termini, se si può ritenere che la regola abbia assorbito in sé l'esigenza espressa da quel principio, anche in negativo, facendola cioè soccombere in nome di altre e più pressanti considerazioni, allora il caso, che pure propone quell'esigenza, deve reputarsi iscritto nel perimetro della regola e non può dirsi inconsueto. Se, al contrario, si può stabilire che l'*esperienza* da cui è scaturita la regola consuetudinaria si è accumulata rimanendo insensibile all'esigenza espressa da un principio vigente, perché l'esigenza è nuova o avvertita nel presente con maggiore intensità, allora il caso, che in virtù delle sue peculiari caratteristiche entra in risonanza con il principio in questione, fuoriesce dal perimetro della regola e si qualifica come inconsueto.

L'ampiezza della sfera di applicazione di una regola consuetudinaria dipende dunque dal patrimonio di esperienza che la regola incorpora. Il carattere necessariamente limitato di quel patrimonio spiega l'emergere del caso inconsueto; questo, a sua volta, « illumina » un confine della regola.

Partendo da questa considerazione è possibile impostare in modo nuovo il difficile problema dell'interpretazione della consuetudine.

3. Come noto, la letteratura sul tema oscilla tra due opposti tentativi di riduzione, nel senso che da un lato vi è chi ritiene che

⁽⁹⁾ Alludiamo qui alla strategia difensiva incentrata sul c.d. « argomento del *last resort* » sviluppata dal Governo italiano nel già menzionato caso *Jurisdictional Immunities of the State (Germany v. Italy)*, cit.

rilevazione e interpretazione della consuetudine siano indistinguibili⁽¹⁰⁾, dall'altro chi assimila l'ermeneutica dello *ius non scriptum* a quella del diritto scritto, partendo dall'ovvia constatazione dell'impossibilità di concepire una norma senza pensarla in forma verbale⁽¹¹⁾. Sembra invece possibile sostenere che il problema dell'interpretazione degli enunciati normativi intesi a rispecchiare regole consuetudinarie si ponga in termini sostanzialmente autonomi e che non si possa perciò risolverlo mediante una trasposizione più o meno integrale dei canoni propri dell'ermeneutica degli atti scritti, in particolare dei trattati.

Il processo di formazione delle regole consuetudinarie possiede inevitabilmente una dimensione verbale. Con ciò non si allude semplicemente alla necessità che l'*opinio iuris* o l'*animus inducendi consuetudinem* dei partecipanti a tale processo si estrinsechino affinché si possa escludere di essere al cospetto di meri scambi di cortesie⁽¹²⁾. La dimensione verbale non opera solo al margine del processo, distinguendolo da altri fenomeni giuridicamente irrilevanti, ma ne costituisce l'intera trama, attribuendo significato ad atti che altrimenti resterebbero « senza nome »⁽¹³⁾.

Si consideri il seguente esempio.

Una squadriglia di navi militari statunitensi scorta in alto mare un'imbarcazione attrezzata per effettuare prospezioni minerarie nella

⁽¹⁰⁾ Cfr. QUADRI, *Diritto internazionale pubblico*⁵, Napoli, 1968, p. 183: « [m]entre la rilevazione riguarda il *ius non scriptum*, di interpretazione può parlarsi solo rispetto allo *ius scriptum* »; BENTIVOGLIO, *La funzione interpretativa nell'ordinamento internazionale*, Milano, 1958, p. 7: « l'interpretazione giuridica in senso proprio si arresta ai confini del diritto non scritto »; Bos, *Theory and Practice of Treaty Interpretation*, *Netherlands Int. Law Review*, 1980, p. 3 ss., p. 10: « for a custom to exist one merely has to ascertain the existence of the alleged factual aspects of it ... : with regard to custom, content merges with existence » (corsivi omissi).

⁽¹¹⁾ In questo senso DE VISSCHER, *Problèmes d'interprétation judiciaire en droit international public*, Paris, 1963, pp. 16 (« foncière unité » di consuetudine e trattato anche sotto il profilo dell'interpretazione), 225-226 (dove si afferma che la ricostruzione della prassi rilevante presuppone un'attività di tipo interpretativo); KOLB, *Interprétation et création du droit international. Esquisses d'une herméneutique juridique moderne pour le droit international public*, Bruxelles, 2006, pp. 220-221; ORAKHELASHVILI, *The Interpretation of Acts and Rules in Public International Law*, Oxford, 2008, pp. 496-497; TANZI, *Introduzione al diritto internazionale contemporaneo*³, Padova, 2010, pp. 362-364. In un'opinione dissenziente allegata alla sentenza della Corte internazionale di giustizia relativa al caso della *piattaforma continentale del Mare del Nord*, il giudice Tanaka ha asserito che « the method of logical and teleological interpretation can be applied in the case of customary law as in the case of written law » (*North Sea Continental Shelf Cases (Germany/Denmark; Germany/Netherlands)*, sentenza del 20 febbraio 1969, *I.C.J. Reports*, 1969, p. 182).

⁽¹²⁾ Per un esame critico delle nozioni di *opinio* e *animus* v. BOBBIO, *La consuetudine come fatto normativo* [1941], Torino, 2010, pp. 63-70.

⁽¹³⁾ Così POSTEMA, *La consuetudine nel diritto internazionale. Il resoconto di una pratica normativa*, Napoli, 2011, p. 34 (citando *Macbeth*).

piattaforma continentale — uno spazio in ipotesi ancora sconosciuto al diritto internazionale — e, senza fornire spiegazione alcuna, impedisce alle navi di un altro Stato di compiere analoghe operazioni in una vasta area circostante. Il comportamento è giuridicamente rilevante, se non altro perché può essere avvertito dall'altro Stato come una violazione dei propri diritti, ma il suo specifico significato normativo resta avvolto nell'oscurità — potrebbe darsi che la nave statunitense sia legittimamente impegnata nel tentativo di recuperare un velivolo militare inabissatosi in seguito a un incidente, che si tratti di un particolare modo di intendere ed esercitare la libertà di sfruttare una risorsa dell'alto mare e che, dunque, se l'altro Stato fosse giunto per primo nell'area un analogo atteggiamento da parte sua sarebbe stato accettato dal Governo statunitense, ecc. — a meno che quello stesso comportamento non esibisca la propria connessione con un atto verbale recante la pretesa di esercitare diritti esclusivi sulla piattaforma continentale.

Di una regola consuetudinaria, sia essa solo vagheggiata, in formazione o già esistente, esiste necessariamente almeno una versione « scritta », un documento che la traduce in forma verbale, anche se, normalmente, le versioni in circolazione saranno numerose, di eterogenea provenienza e di autorevolezza diseguale, a seconda che compaiano in un progetto di codificazione privato o promosso da un'organizzazione internazionale, in una sentenza di un tribunale nazionale o internazionale, in una nota diplomatica, in un manuale, e così via. La consuetudine, dunque, più che « non scritta », è non *iscritta* — e mai iscrivibile — in un atto formale che la ponga in essere e che con essa si identifichi. Ciò significa che nessuno dei documenti che formano il « testo plurimo » di una regola consuetudinaria può *a priori* pretendere di trascrivere, di quest'ultima, l'esatto contenuto. Anche qualora l'ufficio di rilevare la consuetudine si concentrasse nelle mani di una singola autorità, questa sarebbe comunque costretta, pena vedersi imputata la surrettizia assunzione di un potere legislativo, a riferirsi a un *quid* — la consuetudine — che è ontologicamente distinto dalle rappresentazioni che essa o chiunque altro possa offrirne. Non a caso, la Corte internazionale di giustizia, quando trae spunto da un progetto di codificazione licenziato dalla Commissione di diritto internazionale, realizzando quindi una forte concentrazione di autorità (la propria coniugata con quella della Commissione), non asserisce che il testo preso in considerazione è la regola consuetudinaria ma ricorre alla figura del rispecchiamento: « [t]his rule, which is one of customary

international law, is reflected in Article 4 of the [International Law Commission] Articles on State Responsibility... » (14).

Non si può pensare a una metafora migliore se lo scopo è ispirare fiducia nell'autorità. Ma se il fine è conoscitivo la scelta dovrebbe cadere su un'altra, quella della videoregistrazione, che a differenza della prima permette di introdurre la variabile del livello di risoluzione dell'immagine. Nella stessa pronuncia, la Corte ha affermato che la consuetudine si rispecchia anche nell'art. 8 del medesimo progetto — disposizione che, come noto, enuclea uno dei criteri di attribuzione della condotta illecita allo Stato — avvertendo tuttavia la necessità di chiarire il significato della nozione di « controllo » ivi iscritta e non ulteriormente esplicitata (15). La Corte sembra prendere a oggetto della propria attività ermeneutica la disposizione (« [t]his provision must be understood... ») e non la regola consuetudinaria che essa si assume rispecchi o registri, in tal caso a bassa risoluzione; poi, però, invece di riferirsi al significato ordinario del termine, al contesto in cui questo appare, allo scopo della disposizione ed eventualmente al commento della Commissione e ai lavori preparatori, come sarebbe stato normale qualora l'oggetto dell'interpretazione fosse stato un atto scritto, la Corte prende in considerazione un altro « testo », quello della sua stessa giurisprudenza (« ...in light of the Court's jurisprudence on the subject ») (16), operazione che, pur essendo caratterizzata da una certa autoreferenzialità, rappresenta un chiaro indizio del fatto che il vero oggetto dell'interpretazione non è la disposizione ma la regola consuetudinaria. Per cogliere pienamente il senso di quest'ultima, la Corte (senza con ciò voler escludere che vi sia comunque riuscita) avrebbe dovuto ampliare il ventaglio delle proprie fonti di cognizione. Comprendere una regola consuetudinaria vuol dire infatti cogliere il significato di tutta l'esperienza che essa incorpora, il quale non può essere attinto per via diretta ma solo attraverso la pluralità di rappresentazioni verbali che illustrano, esplicano, concretizzano in vario modo la regola ponendola in relazione con fatti e comportamenti che proprio in virtù di tale connessione costituiscono « prassi rilevante ».

Supponiamo ora che tra le diverse rappresentazioni del contenuto di una regola consuetudinaria si realizzi una convergenza perfetta, esprimibile mediante una formula univoca del seguente tenore: « lo

(14) *Case Concerning Application of the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide*, sentenza del 26 febbraio 2007, *I.C.J Reports*, 2007, p. 43 ss., p. 201, par. 385.

(15) *Ivi*, pp. 207-208, par. 398.

(16) *Ivi*, p. 208, par. 399.

Stato straniero è immune dalla giurisdizione». Se una simile formula fosse inserita nel testo di un trattato senza essere assortita da eccezione alcuna (supponendo l'assenza di altre fonti rilevanti), essa potrebbe intendersi, a partire dal senso ordinario dei termini in essa contenuti, solo come affermazione di una regola di immunità assoluta. Trattandosi invece della rappresentazione verbale di una regola consuetudinaria, l'interprete dovrebbe riconoscerci un limite che, pur rimanendo implicito nella formula, coincide con i confini dell'esperienza da cui la regola è scaturita⁽¹⁷⁾. Oltre quei confini la regola non vige⁽¹⁸⁾.

Benché in un'epoca ormai trascorsa la regola dell'immunità fosse espressa in termini apparentemente perentori, essa era presumibilmente inapplicabile al caso inconsueto, cioè non ancora esperito, di uno Stato che compie atti percepiti come « privati ». L'antica giurisprudenza italiana che, secondo una ricostruzione storica non da tutti accettata⁽¹⁹⁾, avrebbe pionieristicamente contribuito a scardinare la regola consuetudinaria dell'immunità assoluta facendo valere la distinzione tra atti *iure imperii* e atti *iure gestionis*, non ha mai ritenuto se stessa in contrasto con una tale presunta regola⁽²⁰⁾. Analogamente, la

⁽¹⁷⁾ Quando si formula verbalmente una regola consuetudinaria, è pressoché irresistibile la tendenza a generalizzare e quindi a sovradeterminare la portata dell'esperienza da cui la regola è scaturita: si dirà, per esempio, che è immune « lo Stato », non l'ente dotato di certe caratteristiche concretamente esperite in un dato momento storico. Aristotele ha scritto che « ogni volta che la legge parli in universale, ma in quell'ambito si verifichi una circostanza specifica al di fuori dell'universale, allora è cosa corretta, laddove il legislatore presenta un'omissione o ha sbagliato esprimendosi in modo universale, correggere ciò che è stato omesso » (*Etica Nicomachea*, in *Etiche di Aristotele* (a cura di Caiani), Torino, 1996, p. 338). Nelle regole consuetudinarie la « correzione » è in un certo senso automaticamente prodotta dal carattere limitato dell'esperienza che esse racchiudono.

⁽¹⁸⁾ CANNIZZARO, *Customary International Law on the Use of Force: Inductive Approach vs. Value-oriented Approach*, in *Customary International Law on the Use of Force. A Methodological Approach* (a cura di Cannizzaro e Palchetti), Leiden/Boston, 2005, p. 245 ss., p. 253, ha giustamente osservato che la Corte internazionale di giustizia, nei rari casi in cui è ricorsa ai principi e dunque al bilanciamento, « has carefully refrained from relying on previous practice, either because it was scant or because it was inconsistent with the new order which the Court was committed to shaping ». Nei termini della presente indagine, una prassi incompatibile con il « nuovo ordine », cioè con qualcosa di cui essa non ha esperienza, è una prassi che costituisce una regola nel cui perimetro la fattispecie concreta, in quanto inconsueta, non è mai rientrata.

⁽¹⁹⁾ Cfr. PANEBIANCO, *Giurisdizione interna e immunità degli Stati stranieri*, Napoli, 1967, pp. 95-96; MARASINGHE, *The Modern Law of Sovereign Immunity*, *Modern Law Review*, 1991, p. 664 ss.

⁽²⁰⁾ In una storica sentenza del 1886, la Corte di cassazione di Napoli contestò in radice la validità della dottrina dell'immunità assoluta: « cotesto sistema, che assume prestigio di autorità dalla giurisprudenza, sinora proclive il più delle volte a seguirlo, procede da un equivoco originario, da cui derivano tutte le conseguenze contrarie ai

regola dell'immunità ristretta attualmente vigente dovrebbe ritenersi inapplicabile al caso inconsueto di uno Stato che commette un crimine

principii generali del diritto » (Corte di cassazione di Napoli, sentenza del 27 marzo 1886, *Typaldos, console di Grecia a Napoli c. Manicomio di Aversa, Foro it.*, 1886, I, 399 ss., 405). L'impronta giusnaturalistica della decisione basterebbe da sé a spiegare la svalutazione di un'eventuale regola consuetudinaria (cfr. il commento entusiastico contenuto nella nota di LIBERATORE, *ivi*, 403: « era ormai tempo di porre un argine alle assurde conseguenze, cui sinora era arrivata la giurisprudenza, i cui pronunziati debbono valutarsi dal merito intrinseco che hanno e non dal numero ..., e di ricondurre la quistione ai veri principii del diritto e della giustizia »). Ma non appena la si metta da parte, emerge che a spiazzare la concezione assolutista è plausibilmente intervenuta l'esperienza di nuove idee sullo Stato e sulla sovranità: « [i]l principio della sovranità degli Stati ha potuto involvere tutti i possibili aspetti e varcare i limiti del concetto razionale di Stato ... finché la condizione politica delle nazioni e le tradizioni dei popoli e delle scuole hanno fatto concepire la idea di Stato come inseparabile dalla persona del principe, in cui s'incarnava, e la cui sovranità panteistica era impressa in ogni atto che ne derivasse sotto ogni aspetto ed in qualunque rapporto. Ma non è omai chi non veggia la doppia funzione dello Stato, secondoché lo si consideri a capo del movimento politico ed economico, perché si abbia a distinguere quello che vi ha di sovrano come potere al sommo della scala, da ciò che raffigura l'amministratore » (*ivi*, 406). Non si dà, naturalmente, un concetto storico di Stato né si può sostenere che la doppia funzione di quell'ente sia sempre esistita senza essere avvertita. Ancora una volta, se si libera l'argomentazione dall'incrostazione giusnaturalistica, si può vedere come l'inapplicabilità della (presunta) regola consuetudinaria dell'immunità assoluta è dovuta all'emergere di una costellazione di idee di cui essa non ha esperienza. Anche nella coeva pronuncia della Corte di cassazione di Firenze si può intuire, dietro gli appelli a un supposto diritto razionale (« cotesta tesi non può abbracciarsi senza offendere la ragione e la giustizia »), che l'autentica causa del recedere della concezione assolutista risiede nella sua inadeguatezza rispetto a un mutato quadro d'idee: « [v]ero è che in passato, scrittori e tribunali in buon numero si pronunziarono in senso diverso; ma ove si abbia riguardo ai tempi ed ai concetti allora prevalenti intorno alla sovranità, ai modi con cui essa si svolgeva nei vari suoi atti, ed alla confusione delle diverse sue funzioni in un solo e dominante principio di assoluta ed assorbente possanza del sovrano, torna facile rendersi conto di quelle opinioni e di quelle sentenze che più non si confanno alle variate condizioni politiche, civili ed economiche degli Stati moderni » (Corte di Cassazione di Firenze, sentenza del 25 luglio 1886, *Guttieres c. Elmilik, Foro it.*, 1886, I, 913 ss., 918-920). In termini « materialistici » è possibile sostenere che tale mutamento di idee sia stato a sua volta indotto da un sempre più intenso coinvolgimento dello Stato nell'economia e da un parallelo intensificarsi degli scambi internazionali, circostanze che come noto precedono l'« evento-choc » rappresentato dalla realizzazione del monopolio sul commercio con l'estero da parte del neonato Stato sovietico. Annotando una sentenza degli anni Venti (Tribunale di Roma, sentenza del 13 febbraio 1924, *Storelli c. Governo della Repubblica francese, Rivista*, 1925, p. 237 ss.), LIEBMAN scriveva che « [l']esenzione è un privilegio che si spiega e si giustifica finché la possibilità che lo Stato straniero si trovi in rapporti di diritto privato con i cittadini si presenti come eccezionale; diventa inammissibile quando quella possibilità debba considerarsi normale (Stato dei Soviet) » (*ivi*, p. 244). Lo stesso a., in un commento a una sentenza di poco successiva (Cassazione del Regno (sez. un.), sentenza del 13 marzo 1926, *Stato di Romania c. Ditta Gabriele Trutta, Rivista*, 1926, p. 252 ss.) si rammaricava del fatto che, « in mancanza di argomenti migliori », si fosse « arrivati a negare il principio generale della esenzione, tanto era forte la preoccupazione di evitarne l'applicazione alla Russia » (*ivi*, p. 260). Ma già molto tempo prima la

gravissimo per poi eludere i conseguenti obblighi di riparazione a fronte dei ripetuti tentativi della vittima di ottenere un risarcimento. La Corte internazionale di giustizia è di recente pervenuta alla conclusione opposta ⁽²¹⁾, sulla base di una ricostruzione del diritto consuetudinario che appare però compromessa dall'esiguità e dalla dubbia pertinenza della prassi esistente, in particolare se si considera che gran parte della giurisprudenza nazionale menzionata nella motivazione della sentenza non riguardava la commissione di crimini internazionali o affermava l'immunità dello Stato convenuto anche in ragione della circostanza che le vittime avevano a disposizione rimedi alternativi ⁽²²⁾.

A un caso estraneo all'esperienza che costituisce e delimita una regola consuetudinaria non si applica necessariamente una regola di segno opposto. Il caso inconsueto si situa in una regione dello spazio normativo occupato da principi e la sua risoluzione richiede pertanto che si effettui un bilanciamento il cui esito potrebbe consistere, a seconda delle caratteristiche del caso concreto, o nell'« estensione »

giurisprudenza italiana era pervenuta alla conclusione che si potesse legittimamente citare in giudizio uno Stato straniero venuto meno all'obbligo « di pagare il mantenimento di una mentecatta greca ricoverata nel manicomio di Aversa » (Corte di cassazione di Napoli, sentenza del 27 marzo 1886, *Typaldos*, cit., 400). Quando i tribunali italiani hanno cominciato a prestare maggiore attenzione al dato della prassi, lungi dal mutare indirizzo, hanno ritenuto che la pretesa regola dell'immunità assoluta non fosse dalla prassi sufficientemente attestata (« [a]ppare più logico il ritenere che il dissenso tra le autorità giudiziarie dei diversi paesi stia solo a dimostrare che tra i diversi Stati vi siano opinioni diverse, convinzioni giuridiche diverse, e che manchi una norma generalmente riconosciuta, come obbligatoria ») e che pertanto nulla impedisse di seguire la « patria giurisprudenza », la quale anzi andava approvata perché non lesiva della sovranità dello Stato straniero e rispondente a evidenti esigenze di giustizia (Corte d'appello di Genova, sentenza del 4 maggio 1925, *Governo francese c. Serra, Ceretti ed altri*, *Rivista*, 1925, p. 540 ss., pp. 542-543). È il Tribunale di Roma, in una sentenza del 1928, a sintetizzare nel modo migliore il senso dell'intera vicenda: « pur applicando l'antica consuetudine, ma rendendone più esatta l'interpretazione ... » (sentenza del 6 giugno 1928, *Perrucchetti c. Puig y Casauranc*, *Rivista*, 1928, p. 521 ss., p. 522). L'« antica consuetudine », meglio interpretata, si è rivelata inapplicabile. Cfr. ANZILOTTI, *L'esenzione degli Stati stranieri dalla giurisdizione (saggio di critica e di ricostruzione)*, *Rivista*, 1910, p. 477 ss., pp. 504-514 (il quale ritenne di aver dimostrato l'esistenza di una regola consuetudinaria dell'immunità assoluta, senza forse tenere sufficientemente conto dell'emergere di situazioni che evidenziavano i limiti intrinseci di una regola solo apparentemente incondizionata); QUADRI, *La giurisdizione sugli Stati stranieri*, Milano, 1941, p. 19 ss. (dove si parla di estinzione di quella stessa consuetudine, forse mai esistita).

⁽²¹⁾ *Jurisdictional Immunities of the State (Germany v. Italy)*, sentenza del 3 febbraio 2012, cit., par. 107.

⁽²²⁾ Per un'analisi dettagliata si rinvia a 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*, *Comunità int.*, 2012, p. 203 ss.

della regola o nella formulazione di un'eccezione ⁽²³⁾. Né in un caso né nell'altro si assisterebbe tuttavia all'individuazione di una nuova regola consuetudinaria.

4. Quando si tenta di stabilire quale fosse il contenuto del diritto consuetudinario « quel tal giorno », prescelto perché prossimo a un evento-chiave nel processo di formazione di una nuova norma consuetudinaria, come fu, per esempio, la proclamazione statunitense relativa alla piattaforma continentale, può capitare di imbattersi in un « momento magico », dove l'evento in questione non appare né lecito né illecito o simultaneamente lecito e illecito ⁽²⁴⁾. L'analisi più penetrante di questa ineffabile situazione si reperisce non a caso in un libro che si interroga sul « ruolo che la proporzionalità potrebbe assumere nei procedimenti formativi di norme internazionali » ⁽²⁵⁾. La felicità dell'atto originario, ossia il fatto che esso in generale suscita non proteste ma adesioni, attesterebbe la sua corrispondenza a un assetto di « interessi e valori » già esistente « nella coscienza giuridica della comunità internazionale » e riassumibile in una « regola implicita dell'ordinamento », regola che l'atto in questione porterebbe « ad emer-

⁽²³⁾ A questo proposito è degno di nota il contrasto tra le opinioni espresse dai giudici Yusuf e Bennouna a margine del caso *Jurisdictional Immunities of the State (Germany v. Italy)*, sentenza del 3 febbraio 2012, cit. A parere di entrambi la Corte, trovandosi in realtà al cospetto di una prassi inconcludente, avrebbe dovuto decidere bilanciando le esigenze di segno opposto emergenti dal caso concreto alla luce dei principi rilevanti. Per Yusuf, il bilanciamento si sarebbe dovuto risolvere nella dichiarazione della liceità del comportamento tenuto dai tribunali italiani a partire dalla sentenza *Ferrini*: « immunity should not be an obstacle ... in those exceptional circumstances where no other means of redress is available. This is a very limited exception to immunity bounded by the special circumstances arising from the lack of other remedial avenues for the victims » (opinione dissenziente, par. 42). Per Bennouna, al contrario, le circostanze eccezionali che a suo avviso avrebbero giustificato la negazione dell'immunità non erano ancora giunte a maturazione nel caso di specie: « j'ai voté en faveur du dispositif de l'arrêt, en considération de la nature de cette affaire qui date de la seconde guerre mondiale, des efforts consentis par l'Allemagne depuis la fin de ce conflit et de sa volonté d'assumer ses propres responsabilités à cet égard, qui font que les circonstances exceptionnelles, que j'ai évoquées et qui permettent de lever l'immunité, ne me semblent pas réunies » (opinione individuale, par. 26); tuttavia, « si l'Allemagne en vient à fermer toutes les portes à ce règlement, ce que rien ne laisse présager, la question de la levée de son immunité devant les tribunaux étrangers pour les mêmes actes illicites pourrait se poser, de nouveau, légitimement » (ivi, par. 25).

⁽²⁴⁾ CRAWFORD e VILES, *International Law on a Given Day* [1994], in CRAWFORD, *International Law as an Open System. Selected Essays*, London, 2002, p. 69 ss., p. 92, dove la nominale appropriazione della piattaforma continentale da parte degli Stati Uniti è considerata « neither lawful nor unlawful (or perhaps contingently both) ».

⁽²⁵⁾ CANNIZZARO, *Il principio della proporzionalità nell'ordinamento internazionale*, Milano, 2000, p. 440.

sione » (26). Tuttavia, nel momento in cui lo si compie, l'atto non è lecito né illecito, perché « non produce di per sé ... una situazione normativa, ma piuttosto crea uno stato di incertezza, che può evolvere verso il riconoscimento della liceità dell'azione ovvero ... della sua piena proporzionalità » (27). L'autore dell'atto, insomma, determina la regola della sua azione compiendo un bilanciamento alla luce di principi — o, se si vuole, sullo sfondo di un certo assetto di « interessi e valori » — che l'ordinamento già contempla, senza per questo fornire all'agente rassicurazione alcuna circa la correttezza della sua decisione e anzi esponendolo all'alea di un riconoscimento che potrebbe anche non giungere; ma se questo interviene, allora non si potrebbe dubitare che quell'atto, per certi versi rischioso, « risultasse già originariamente lecito e conforme alla norma alla cui formazione ha contribuito » (28).

A margine di questa ricostruzione si può annotare quanto segue.

Se un atto, la cui liceità è per definizione riconosciuta solo dopo il suo compimento, deve ciononostante ritenersi lecito sin dall'inizio, è perché istanzia una regola preesistente ancorché implicita (29). In che senso può allora parlarsi di una situazione di incertezza inaugurata dall'atto in questione e poi dissolta dal riconoscimento? Nel senso, crediamo, che l'inferenza che conduce dai principi alla regola non è deduttiva. Sarebbe altrimenti difficile considerare incerta una conclusione (la regola) già contenuta nelle premesse (i principi), né si capirebbe perché dovrebbe essere decisivo il riconoscimento e non, invece, un sillogismo. In effetti, l'inferenza che collega la regola ai principi non è logicamente calcolabile perché appartiene al più elusivo dominio della saggezza pratica, l'aristotelica *phronesis* (30). La regola non può

(26) Ivi, p. 441 (corsivo nostro).

(27) Ivi, p. 442.

(28) Ivi, p. 443.

(29) La tesi qui riassunta sembra trovare eco in Corte di cassazione (sez. un. civ.), ordinanza n. 14209, *Maietta c. Repubblica Federale di Germania*, *Rivista*, 2009, p. 896 ss., dove le sezioni unite si dicono « consapevoli di contribuire ... alla emersione di una regola [consuetudinaria] comunque già insita nel sistema dell'ordinamento internazionale » (ivi, p. 900). Vi è però un'importante differenza. La Corte di cassazione non individua la regola mediante un'operazione di bilanciamento ma la *deduce* dalla (supposta) inferiorità gerarchica della regola di immunità: « [l'antinomia] non può altrimenti risolversi ... che, sul piano sistematico, dando la prevalenza alle norme di rango più elevato » (*ibid.*, corsivi omessi). In altre parole, la Corte opera un sillogismo e non può quindi porsi seriamente il problema del riconoscimento della bontà della decisione da parte della comunità internazionale. Per osservazioni critiche sull'ordinanza v. FOCARELLI, *Diniego dell'immunità giurisdizionale degli Stati stranieri per crimini, jus cogens e dinamica del diritto internazionale*, *Rivista*, 2008, p. 738 ss.

(30) « La sapienza ... concerne le cose che si accompagnano a dimostrazione e che sono sempre nello stesso modo, mentre la saggezza non ha per oggetto queste,

dunque considerarsi implicita nell'accezione forte o deduttiva del termine e ciò fa venir meno ogni garanzia della sua riferibilità alla consuetudine ⁽³¹⁾.

Quel che si può dire, allora, è che il giudizio espresso *ex post* dalla « coscienza giuridica della comunità internazionale », la quale per ipotesi non si era mai applicata a un caso simile, offre garanzie di saggezza pratica maggiori rispetto alla deliberazione assunta dal singolo soggetto che, pionieristicamente, si è trovato ad affrontare il caso inconsueto. Garanzie maggiori sì, ma non assolute, a meno che non si voglia attribuire a quella coscienza una virtù conoscitiva illimitata, ossia la capacità di *sapere*, non semplicemente di *decidere*, quale regola di condotta di volta in volta s'impone, nell'infinita variabilità e complessità dei casi. La coscienza giuridica della comunità internazionale non è il luogo divino dove logica deduttiva e *phronesis* coincidono. Anch'essa decide, più saggiamente, si può supporre, del singolo soggetto, ma non infallibilmente.

Si può inoltre sostenere che un aspetto della sua saggezza dovrebbe consistere nella disponibilità a riconoscere un certo margine di apprezzamento al soggetto che, non potendo contare sulla sicura guida di una regola già stabilita dalla comunità, deve esso stesso formularla partendo da un ventaglio di principi dal contenuto indeterminato.

Muovendo da queste premesse è possibile distinguere tre situazioni. Può darsi che la comunità riconosca che la regola prospettata dal « *prime mover* » è idonea a disciplinare la fattispecie, circostanza che impone di qualificare come lecito *ex tunc* il comportamento a essa conforme. Diversamente, la comunità potrebbe reagire alla sollecitazione formulando una regola diversa, con cui l'atto originario viene a trovarsi in contrasto, ritenendolo tuttavia lecito perché rientrante nel margine di apprezzamento di cui si è detto, un margine che però si chiude con la formulazione della nuova regola rispetto alla quale il medesimo atto, se continuo, risulta illecito *ex nunc*. Può infine accadere

bensì quelle che si hanno nel mutamento: intendo dire, per esempio, ciò che è diritto, convesso, concavo e le cose di tal genere sono sempre uguali, mentre le cose vantaggiose, diversamente, non si trovano nella condizione di non mutare in qualcos'altro, ma cambiano, ed ora è utile questa cosa, ma domani non più e ad una persona sì mentre ad un'altra no, ed è utile in questo modo ma non in quello. È la saggezza, e non la sapienza, che concerne le cose vantaggiose. Pertanto la sapienza e la saggezza sono cose diverse » (*Grande Etica*, in *Etiche di Aristotele*, cit., p. 545).

⁽³¹⁾ Per questa ragione non sembra da condividere l'affermazione secondo cui « [t]he balancing-of-values approach ... is a positivist methodology of determining customary international law » (CANNIZZARO, *Customary International Law*, cit., p. 260). Lo stesso a. riconosce del resto che l'esito di un'operazione di bilanciamento è caratterizzato da una « inherent indeterminacy » (ivi, p. 268).

che la comunità scorga alla base dell'atto in questione una valutazione arbitraria, che ignora o non dà il giusto peso a uno o più principi rilevanti e dunque alle proprietà del caso da questi rese salienti, e che lo consideri pertanto illecito sin dall'inizio, escludendo al contempo che la massima cui si attiene possa costituire l'embrione di una norma generale.

Se nella terza situazione non emerge alcuna norma, non si può dire che le prime due descrivano la formazione « accelerata » di una regola consuetudinaria. Il *proprium* della consuetudine risiede infatti nella sua consistenza pratica, nell'idoneità, comprovata dal ripetuto confronto con la realtà fattuale, a regolare in modo soddisfacente una determinata classe di condotte materiali. Si potrebbe allora dire che la regola emergente dall'incontro tra la soluzione ideata dal soggetto che per primo si trova al cospetto di un caso inconsueto e il riconoscimento della bontà della medesima da parte della comunità dia luogo a una norma generale « provvisoria », la cui durata può anche essere considerevole, specialmente se si riferisce a situazioni raramente o solo potenzialmente esperibili (si pensi a quanto remoti dall'esperienza sono alcuni aspetti del diritto degli spazi cosmici), ma che resta priva, appunto, della pratica concretezza propria di una regola consuetudinaria⁽³²⁾. Anche ai giudizi espressi dalla comunità internazionale tutta intera o dalla generalità dei suoi componenti sembra insomma potersi applicare il detto comune, che ciò che è vero in teoria, ossia alla luce di una valutazione non informata da un grado di esperienza sufficiente, non vale necessariamente nella pratica.

Ma se la cifra della consuetudine consiste precisamente nel suo « valere nella pratica », allora non è chiaro in che senso i principi, che sono norme astratte e dal contenuto indeterminato, possano esservi ricondotti⁽³³⁾.

5. Stando all'esito del caso delle *immunità giurisdizionali dello Stato*, recentemente risolto dalla Corte internazionale di giustizia, non si può certo dire che la celebre sentenza *Ferrini* della Corte di cassazione italiana abbia segnato uno di quei magici istanti dove l'*opinio juris*

⁽³²⁾ Cfr., in senso contrario, CANNIZZARO, *Corso*, cit., pp. 98-99, che riconduce nell'alveo della consuetudine anche questa classe di regole generali. Si può peraltro notare che queste ultime condividono con le regole consuetudinarie il metodo interpretativo più idoneo a coglierne il significato (cfr. *supra*, par. 3), non essendo esse il frutto di un patto tacito ma costruite attorno a un'istanza della prassi.

⁽³³⁾ A prima vista esiste dunque almeno una ragione per preferire la prima delle due strategie ricostruttive enunciate *supra*, par. 1.

espressa da un singolo Stato entra in perfetta sintonia con la coscienza giuridica della comunità internazionale. Per la verità, la Corte dell'Aja ha persino escluso che si potesse ricorrere alla tecnica del bilanciamento, perché ha ritenuto che il caso fosse sussumibile sotto una regola — lo Stato straniero gode dell'immunità per fatti commessi dalle proprie forze armate sul territorio dello Stato del foro nel contesto di un conflitto armato — ricavabile con sicurezza dalla prassi e dall'*opinio juris* degli Stati, dunque consuetudinaria ⁽³⁴⁾.

Una regola consuetudinaria media il rapporto tra i principi e il caso concreto al quale si applica: si propone come una combinazione concreta di principi, forgiata dal convergere di istanze della prassi che in origine, quando non sono ancora qualificabili come mere applicazioni di una regola già consolidata, emergono da operazioni di bilanciamento effettuate in casi identici o analoghi. Poiché, dunque, la regola « assorbe » i principi, è logico che prevalga: essendo già calibrata, nel senso che rispecchia un equilibrio già individuato e generalmente accettato nell'ambito della comunità, inibisce il ricorso ai principi e dunque al bilanciamento.

Questo vincolo potrebbe desumersi da una lettura non tradizionale dell'art. 38, par. 1, dello Statuto della Corte internazionale di giustizia, il quale, com'è noto, prescrive di attenersi alla consuetudine (in assenza di disposizioni pattizie) e solo in via residuale prevede che si interrogino i principi generali di diritto. L'articolazione tra le due « fonti », e quindi la *ratio* dell'istruzione di dare la precedenza alla consuetudine, potrebbe essere così intesa: la consuetudine è fonte di regole, in mancanza delle quali entrano in gioco i principi ⁽³⁵⁾.

Postulare un parallelismo tra fonti e tipologie di norme non è tuttavia necessario e non corrisponde del resto a un modo diffuso di pensare la distinzione posta dall'art. 38, par. 1, la quale, secondo le tesi che concepiscono i principi generali come consuetudini *sui generis*, è semplicemente riconducibile alla diversa origine della prassi, che è interna nel caso dei principi generali, internazionale nel caso della consuetudine in senso stretto ⁽³⁶⁾. Dalla consuetudine, così come dai

⁽³⁴⁾ *Jurisdictional Immunities of the State (Germany v. Italy)*, sentenza del 3 febbraio 2012, cit., par. 65 ss.

⁽³⁵⁾ Questa lettura dell'art. 38, par. 1, non può essere né esclusa né convalidata dai lavori preparatori dello Statuto (v., per una sintesi, GAJA, *General Principles of Law*, in *Max Planck Encyclopedia of Public Int. Law*, <http://www.mpepil>, paragrafi 3-6), posto che all'epoca cui il testo in questione risale non si era ancora messa a fuoco la distinzione tra regole e principi oggi attribuita a Dworkin (v. *supra*, note 2-5 e testo corrispondente).

⁽³⁶⁾ Cfr., per tutti, CONFORTI, *Diritto*, cit., pp. 46-48.

principi generali, possono dunque scaturire sia regole sia principi. La prassi che interviene nella formazione delle due tipologie di norme è però disomogenea.

Infatti, poiché i principi non pretendono di disciplinare direttamente il comportamento dei soggetti — trattandosi di norme che per definizione omettono indicazioni definitive e sufficienti a tal fine — ma solo di guidarli nell'individuazione della regola di condotta in situazioni concrete, la prassi che contribuisce alla loro formazione non può consistere nella ripetizione di *condotte materiali*, come invece accade nel caso delle regole, bensì nell'uso che di essi si fa nel *ragionamento* giuridico. Un principio diviene consuetudinario non in quanto è messo in pratica, il che è impossibile, ma perché è generalmente preso in considerazione a fini deliberativi. Esiste dunque una « pratica dei principi » ma essa, a differenza di quella che dà luogo alla formazione di regole consuetudinarie, si svolge esclusivamente sul piano ideale. In questo senso, i principi sono norme consuetudinarie *sui generis* e in quanto tali non necessitano di essere ricondotti ad altro fondamento.

LORENZO GRADONI

IL PRINCIPIO DEL *NON-REFOULEMENT* DOPO LA SENTENZA *HIRSI* DELLA CORTE EUROPEA DEI DIRITTI DELL'UOMO

SOMMARIO: 1. Introduzione: il principio del *non-refoulement*. — 2. L'evoluzione del principio del *non-refoulement* dalla Convenzione di Ginevra del 1951 sullo *status* dei rifugiati ai giorni nostri. — 3. Divieto di *refoulement* quale principio di diritto internazionale consuetudinario. — 4. Obbligo di *non-refoulement* quale precetto di carattere imperativo. — 5. Applicabilità *ratione personae* del principio del *non-refoulement*. — 6. Significato della locuzione «ragionevole rischio che la persona interessata possa subire un pregiudizio alla propria vita, libertà o integrità psicofisica». — 7. Respingimento verso un «paese terzo sicuro» e «*refoulement* indiretto». — 8. *Non-refoulement* e respingimento alla frontiera. — 9. *Refoulement* e respingimenti in alto mare: dal caso *Sale v. Haitian Centers Council Inc.* al caso *Hirsi*. — 10. Conclusioni.

1. In termini empirici, il principio del *non-refoulement* si connota quale nucleo essenziale e caratterizzante del diritto d'asilo. Esso costituisce infatti la fattispecie minima nella quale tale diritto trova compimento, in quanto realizza pienamente il fine da esso perseguito fornendo alla persona richiedente asilo la protezione necessaria e sufficiente per prevenire il rischio che essa possa essere soggetta a persecuzioni. Per questo motivo, l'affermazione del principio del *non-refoulement* quale precetto di diritto pattizio e — come si vedrà più avanti — consuetudinario ha determinato effetti dirompenti nel contesto dell'evoluzione dell'ordinamento giuridico internazionale, conducendo all'affermazione di un apparato normativo idoneo a garantire — in modo vincolante per gli Stati — una protezione effettiva a favore di tutte le potenziali vittime di persecuzioni. Il principio del *non-refoulement* ha quindi giocato un ruolo cruciale nell'ambito della regolamentazione internazionale dei diritti umani. Ciò posto, appare evidente come il livello effettivo di tutela contro le persecuzioni sia determinato dall'estensione applicativa del principio in oggetto; qualunque restrizione o eccezione all'applicabilità dello stesso si tradurrebbe infatti in una riduzione delle sue potenzialità in termini di effettività della protezione garantita a favore dei richiedenti asilo.

Il principio del *non-refoulement* ha costituito l'oggetto di una progressiva evoluzione che ne ha gradualmente potenziato l'estensione applicativa, coprendo progressivamente le falle che — nella sua accezione tradizionale — ne rendevano imperfette le potenzialità di assicurare concretamente ed effettivamente la protezione delle persone sulle quali fosse incombente un pericolo di essere sottoposte a persecuzioni. Tale evoluzione può dirsi finalmente compiuta a seguito della sentenza *Hirsi Jamaa e a. c. Italia* ⁽¹⁾ — emanata dalla Corte europea dei diritti dell'uomo il 23 febbraio 2012 — la quale ha fatto chiarezza su un punto in precedenza (apparentemente) controverso, rimuovendo l'ultimo profilo suscettibile di ridurre in modo apprezzabile l'effettivo funzionamento del principio di cui si parla, alla luce della sua *ratio* filosofica e dell'obbiettivo da esso perseguito.

Lo scopo del presente scritto è quello di fissare i diversi elementi che determinano il significato e l'estensione applicativa del principio del *non-refoulement*, in particolare tramite l'esame delle principali criticità che hanno fino ad oggi caratterizzato il dibattito dottrinale e giurisprudenziale in materia.

Sebbene il principio fosse già contemplato in strumenti pattizi precedenti ⁽²⁾, la formulazione classica e generalmente accettata del principio del *non-refoulement* deve essere individuata nell'art. 33 della Convenzione di Ginevra del 1951 sullo statuto dei rifugiati (Convenzione di Ginevra) ⁽³⁾, il quale stabilisce quanto segue:

« 1. No Contracting State shall expel or return ("refouler") a refugee in any manner whatsoever to the frontiers of territories where his life or freedom would be threatened on account of his race, religion, nationality, membership of a particular social group or political opinion.

2. The benefit of the present provision may not, however, be claimed by a refugee whom there are reasonable grounds for regarding as a danger to the security of the country in which he is, or who, having been convicted by a final judgement of a particularly serious crime, constitutes a danger to the community of that country. »

Alcuni aspetti della norma in questione, per essere ben compresi,

⁽¹⁾ *Hirsi Jamaa e a. c. Italia*, Application n. 27765/09, Grande Camera, sentenza del 23 febbraio 2012. La sentenza è commentata da LIGUORI, *La Corte europea dei diritti dell'uomo condanna l'Italia per i respingimenti verso la Libia del 2009: il caso Hirsi*, *supra*, p. 415 ss.

⁽²⁾ Cfr. *Arrangement relatif au Statut Juridique des Réfugiés Russes et Arméniens*, 30 giugno 1928, *League of Nations Treaty Series*, vol. 89, p. 53, punto 7°; *Convention relative au Statut International des Réfugiés*, 28 ottobre 1933, *ivi*, vol. 159, p. 199, art. 3.

⁽³⁾ *Convention Relating to the Status of Refugees*, 28 luglio 1951, *United Nations Treaty Series*, vol. 189, p. 137.

necessitano di essere contestualizzati nel periodo storico in cui essa è stata formulata (come si vedrà, in particolare, per le eccezioni previste dal par. 2). Tale operazione permetterà di comprendere agevolmente come e perché il contenuto dell'accezione contemporanea del principio di *non-refoulement* sia sensibilmente difforme rispetto a ciò che potrebbe desumersi da un'interpretazione asetticamente letterale del testo dell'art. 33 appena riprodotto. In ogni caso, un aspetto in relazione al quale il contenuto del principio in oggetto resta oggi immutato rispetto alla sua accezione originaria riguarda lo scopo da esso perseguito, che è quello di prevenire qualsiasi respingimento, di chiunque si trovi nella *situazione oggettiva* descritta dall'ultima parte del par. 1, verso un paese dove la sua vita o la sua libertà siano a rischio, a prescindere dal fatto che lo *status* di rifugiato della persona interessata — ai sensi dell'art. 1 della Convenzione di Ginevra ⁽⁴⁾ — sia stato o meno ufficialmente riconosciuto.

Al fine di cogliere pienamente il significato del principio in esame e di poter procedere all'analisi degli aspetti di esso più controversi, è preliminarmente opportuno chiarire due punti di carattere interpretativo indotti dalla formulazione dell'art. 33. Anzitutto, occorre precisare che il significato dell'espressione « vita e libertà » non deve essere inteso in termini tassativi. Se così fosse, si dovrebbero infatti escludere dall'ambito di applicazione del divieto di *refoulement* tutte le situazioni pratiche in cui la persecuzione temuta dal richiedente protezione internazionale non sia suscettibile di tradursi in trattamenti che non conducano alla privazione della sua vita o libertà personale, incluse ad esempio le torture o i trattamenti inumani e degradanti. In realtà, come si evince chiaramente dallo scopo e dall'oggetto perseguito dalla Convenzione di Ginevra, dall'analisi comparativa della prassi legislativa e giurisprudenziale degli Stati parti della stessa Convenzione, nonché dalla posizione costantemente assunta dall'Alto Commissariato delle Nazioni Unite per i rifugiati (UNHCR), il principio del *non-refoulement* si estende a tutte le situazioni in cui la persona che invoca

⁽⁴⁾ Ai sensi dell'art. 1A, par. 2, della Convenzione di Ginevra, deve considerarsi rifugiato chiunque, « owing to well-founded fear of being persecuted for reasons of race, religion, nationality, membership of a particular social group or political opinion, is outside the country of his nationality and is unable or, owing to such fear, is unwilling to avail himself of the protection of that country; or who, not having a nationality and being outside the country of his former habitual residence as a result of such events, is unable or, owing to such fear, is unwilling to return to it ».

protezione corra il rischio di subire una lesione dei propri diritti umani fondamentali internazionalmente riconosciuti ⁽⁵⁾.

L'altro aspetto da chiarire è quello relativo alla natura dei provvedimenti statali ai quali si estende l'ambito di applicazione del principio in esame. Nel corso dei *travaux préparatoires* della Convenzione di Ginevra, infatti, alcuni rappresentanti statali avevano palesato l'opinione che l'inserimento nel testo dell'art. 33 non avrebbe comunque pregiudicato la possibilità di procedere all'extradizione di individui — anche rientranti nei parametri oggettivamente stabiliti da tale articolo — sospettati di aver commesso crimini comuni ⁽⁶⁾. Ove tale posizione fosse da reputarsi corretta, ne conseguirebbe che il divieto di *refoulement* dovrebbe considerarsi come limitato ad un mero obbligo di astenersi da respingimenti sommari, il quale potrebbe essere agevolmente aggirato tramite l'emanazione di un atto formale di espulsione o estradizione da parte delle autorità statali competenti. In realtà, tale problematica è oggi ampiamente superata; il principio del *non-refoulement* persegue un obiettivo concreto — quello di prevenire la produzione di effetti pregiudizievoli nei confronti di persone assoggettate ad un pericolo di persecuzione — che prescinde da qualsiasi considerazione legata alla natura giuridica dei provvedimenti adottati per operare i respingimenti, qualora tali provvedimenti siano suscettibili di determinare i suddetti effetti. Il divieto di cui si tratta si estende di conseguenza anche a provvedimenti formali quali l'extradizione e l'espulsione. La correttezza di tale posizione si evince chiaramente anche dalla formulazione del testo dell'art. 33, par. 1; l'utilizzo della locuzione *in any manner whatsoever* dimostra infatti come la norma intenda ricomprendere qualsiasi fattispecie di respingimento di un individuo verso un paese ove sia per esso incombente un rischio effettivo di persecuzione, a prescindere dal fatto che si tratti di provvedimenti formali o di respingimenti sommari ⁽⁷⁾.

2. Come evidenziato nel paragrafo precedente, la qualificazione contemporanea del principio del *non-refoulement* rappresenta il risultato di un processo evolutivo che ne ha determinato un contenuto ed un'estensione applicativa sensibilmente difforni rispetto a quanto potrebbe desumersi dalla formulazione dell'art. 33 della Convenzione di

⁽⁵⁾ Per un'analisi maggiormente approfondita sulla questione si veda LENZERINI, *Asilo e diritti umani*, Milano, 2009, p. 336 ss.

⁽⁶⁾ Cfr. GOODWIN-GILL, McADAM, *The Refugee in International Law*³, Oxford, 2007, p. 257.

⁽⁷⁾ Cfr. LENZERINI, *Asilo e diritti umani*, cit., p. 340 ss.

Ginevra. L'evoluzione in oggetto è stata il risultato non soltanto dell'interpretazione evolutiva delle norme della stessa Convenzione, ma anche e soprattutto della cristallizzazione di una prassi univoca e costante in materia sviluppatasi nell'ambito di regimi pattizi e di *soft law* estranei alla medesima.

Anzitutto, il divieto di *refoulement* è esplicitamente previsto e regolamentato da parte di una serie di strumenti giuridici internazionali adottati posteriormente alla Convenzione di Ginevra — che generalmente adottano un approccio maggiormente avanzato rispetto ad essa — a livello sia « universale » che regionale. In ordine cronologico, i principali tra i suddetti strumenti sono i seguenti: la Dichiarazione delle Nazioni Unite sull'asilo territoriale del 1967 ⁽⁸⁾; la Convenzione americana dei diritti umani del 1969 ⁽⁹⁾; la Convenzione dell'Organizzazione per l'Unità Africana (ora Unione Africana) del 1969 che regola gli aspetti specifici dei problemi inerenti ai rifugiati in Africa ⁽¹⁰⁾; la Convenzione delle Nazioni Unite del 1984 contro la tortura e altri

⁽⁸⁾ *United Nations Declaration on Territorial Asylum*, ris. 2312 (XXII) dell'Assemblea generale del 14 dicembre 1967. L'art. 3 della Dichiarazione vieta di assoggettare i richiedenti asilo a « measures such as rejection at the frontier or, if [the person concerned] has already entered the territory in which he seeks asylum, expulsion or compulsory return to any State where he may be subjected to persecution » (par. 1); è comunque prevista la possibilità di porre in essere eccezioni a tale principio « for overriding reasons of national security or in order to safeguard the population, as in the case of a mass influx of persons » (par. 2).

⁽⁹⁾ *American Convention on Human Rights*, 22 novembre 1969, *OAS Treaty Series* n. 36. L'art. 22, par. 8, dispone che « [i]n no case may an alien be deported or returned to a country, regardless of whether or not it is his country of origin, if in that country his right to life or personal freedom is in danger of being violated because of his race, nationality, religion, social status, or political opinions ». In occasione dell'opinione consultiva resa dalla Corte interamericana dei diritti umani n. OC-18/03 del 17 settembre 2003, *Juridical Condition and Rights of the Undocumented Migrants*, reperibile all'indirizzo http://www.corteidh.or.cr/docs/opiniones/seriea_18_ing.pdf, l'allora presidente della Corte Cançado Trindade nella sua opinione concorrente ha rilevato che « in the ambit of the International Law of Refugees, the basic principle of *non-refoulement* was recognized as being of *jus cogens* » (par. 72, citando ALLAIN, *The jus cogens Nature of non-refoulement*, *Int. Journal of Refugee Law*, 2001, p. 533 ss., pp. 538-558); sulla non derogabilità dell'art. 22, par. 8 (sebbene esso non sia incluso dall'art. 27, par. 2, tra le norme che non possono essere oggetto di sospensione in caso di guerra, pericolo pubblico e altre situazioni di emergenza che mettano a rischio l'indipendenza o la sicurezza dello Stato) si veda STUART, *The Inter-American System of Human Rights and Refugee Protection: Post 11 September 2001*, *Refugee Survey Quarterly*, 2005, p. 67 ss. Si veda anche Commissione interamericana dei diritti umani, *Report on the Situation of Human Rights of Asylum-Seekers within the Canadian Refugee Determination System*, OEA/Ser.L/V/II.106, Doc. 40 rev., 28 febbraio 2000, par. 154.

⁽¹⁰⁾ *OAU Convention on the Specific Aspects of the Refugee Problems in Africa*, 1969, *United Nations Treaty Series*, vol. 1000, p. 46. L'art. 2, par. 3, stabilisce che « [n]o person shall be subjected by a Member State to measures such as rejection at the

trattamenti o punizioni crudeli, inumane o degradanti ⁽¹¹⁾; la Convenzione americana sulla prevenzione e punizione della tortura del 1985 ⁽¹²⁾; la Dichiarazione di Cartagena sui rifugiati del 1984 ⁽¹³⁾; la Carta dei diritti fondamentali dell'Unione Europea, adottata a Nizza nel 2000 ⁽¹⁴⁾; i Principi del 1966 concernenti il trattamento dei rifugiati adottati dall'Organizzazione consultiva afro-asiatica nel 2001 ⁽¹⁵⁾; la

frontier, return or expulsion, which would compel him to return to or remain in a territory where his life, physical integrity or liberty would be threatened [...] ».

⁽¹¹⁾ *Convention against Torture and Other Cruel, Inhuman or Degrading Treatment or Punishment*, 1984, ris. dell'Assemblea generale 39/46 del 10 dicembre 1984. L'art. 3 stabilisce quanto segue: « 1. No State Party shall expel, return ('refouler') or extradite a person to another State where there are substantial grounds for believing that he would be in danger of being subjected to torture. — 2. For the purpose of determining whether there are such grounds, the competent authorities shall take into account all relevant considerations including, where applicable, the existence in the State concerned of a consistent pattern of gross, flagrant or mass violations of human rights ». L'art. 1, par. 1, della Convenzione limita l'ambito applicativo della stessa alle torture e trattamenti ad esse analoghi perpetrati « by or at the instigation of or with the consent or acquiescence of a public official or other person acting in an official capacity ». Tuttavia, il Comitato contro la tortura ha interpretato tale requisito in modo evolutivo, facendovi rientrare i gruppi operanti in uno Stato che, esercitando in modo effettivo attribuzioni del potere di governo in un contesto generale in cui manca un apparato governativo centrale capace di imporre la propria autorità, devono essere considerati alla stregua di organi ufficiali; essi rientrano quindi nell'area applicativa dell'art. 1, in quanto agiscono in veste « quasi-governativa »; cfr. *Sadiq Shek Elmi v. Australia*, comunicazione n. 120/1998, 14 maggio 1999.

⁽¹²⁾ *Inter-American Convention to Prevent and Punish Torture*, 1985, *OAS Treaty Series*, No. 67; l'art. 13, par. 4, sancisce il principio in base al quale « [e]xtradition shall not be granted nor shall the person sought be returned when there are grounds to believe that his life is in danger, that he will be subjected to torture or to cruel, inhuman or degrading treatment, or that he will be tried by special or *ad hoc* courts in the requesting State ».

⁽¹³⁾ *Cartagena Declaration on Refugees*, 1984, disponibile all'indirizzo <http://www.asylumlaw.org/docs/international/CentralAmerica.PDF>; il par. 5 enfatizza « the importance and meaning of the principle of non-refoulement as a corner-stone of the international protection of refugees. This principle is imperative in regard to refugees and in the present state of international law should be acknowledged and observed as a rule of *jus cogens* ». Come rilevato dall'UNHCR in *Note on the Principle of Non-Refoulement*, novembre 1997, disponibile all'indirizzo <http://www.unhcr.org/cgi-bin/texis/vtx/refworld/rwmain?docid=438c6d972>, par. C, « [a]lthough the Declaration itself is not a binding legal instrument, it has repeatedly been endorsed by the Organisation of American States (OAS). The Cartagena Declaration has widely been accepted as the refugee protection basis in Latin America and has been incorporated into the national legislation of several Latin American States ».

⁽¹⁴⁾ In base all'art. 19, par. 2, « [n]essuno può essere allontanato, espulso o estradato verso uno Stato in cui esiste un rischio serio di essere sottoposto alla pena di morte, alla tortura o ad altre pene o trattamenti inumani o degradanti ».

⁽¹⁵⁾ Asian-African Legal Consultative Organization, *Final Text of the AALCO's 1966 Bangkok Principles on Status and Treatment of Refugees as adopted on 24 June 2001 at the AALCO's 40th Session*, New Delhi, disponibile all'indirizzo <http://www.unhcr.org/refworld/publisher,AALCO,,,3de5f2d52,0.html>; l'art. III stabi-

Convenzione per la protezione di tutte le persone contro le sparizioni forzate del 2006 ⁽¹⁶⁾. Può essere inoltre notato che, ancora prima dell'adozione della Convenzione di Ginevra, il divieto in esame era già sancito nell'ambito del diritto internazionale umanitario; esso trova espressione in modo particolare nell'art. 45, par. 4, della Quarta Convenzione di Ginevra del 1949 ⁽¹⁷⁾, ma può essere implicitamente desunto anche da altre disposizioni incluse nei trattati pertinenti ⁽¹⁸⁾.

Particolare significato assume poi la « giurisprudenza » evolutiva degli organismi di controllo istituiti da alcuni trattati sui diritti umani, la cui valenza è ulteriormente accresciuta in ragione del fatto che nella maggior parte dei casi i trattati in questione *non* includono alcun riferimento esplicito al principio del *non-refoulement*. La prassi di tali

lisce: « 1. No one seeking asylum in accordance with these Principles shall be subjected to measures such as rejection at the frontier, return or expulsion which would result in his life or freedom being threatened on account of his race, religion, nationality, ethnic origin, membership of a particular social group or political opinion. The provision as outlined above may not however be claimed by a person when there are reasonable grounds to believe the person's presence is a danger to the national security or public order of the country in which he is, or who, having been convicted by a final judgement of a particularly serious crime, constitutes a danger to the community of that country. — 2. In cases where a State decides to apply any of the above-mentioned measures to a person seeking asylum, it should grant provisional asylum under such conditions as it may deem appropriate, to enable the person thus endangered to seek asylum in another country ».

⁽¹⁶⁾ *International Convention for the Protection of All Persons from Enforced Disappearance*, 2006, disponibile all'indirizzo <http://www.unhcr.org/refworld/docid/47fdfaeb0.html>. L'art. 16 stabilisce quanto segue: « 1. No State Party shall expel, return ('refouler'), surrender or extradite a person to another State where there are substantial grounds for believing that he or she would be in danger of being subjected to enforced disappearance. — 2. For the purpose of determining whether there are such grounds, the competent authorities shall take into account all relevant considerations, including, where applicable, the existence in the State concerned of a consistent pattern of gross, flagrant or mass violations of human rights or of serious violations of international humanitarian law ». Numerosi altri trattati fanno riferimento, più o meno incidentalmente, al principio del *non-refoulement*; cfr., ad esempio, *Protocol to Prevent, Suppress and Punish Trafficking in Persons, Especially Women and Children, supplementing the United Nations Convention against Transnational Organized Crime*, 2000, *Int. Legal Materials*, 2001, p. 353 ss., art. 14; *Protocol Against the Smuggling of Migrants by Land, Sea and Air, supplementing the United Nations Convention against Transnational Organized Crime*, 2000, *Int. Legal Materials*, 2001, p. 384 ss., art. 19.

⁽¹⁷⁾ *Geneva Convention Relative to the Protection of Civilian Persons in Time of War*, 1949, *United Nations Treaty Series*, vol. 75, p. 287. L'art. 45, par. 4, stabilisce che « [i]n no circumstances shall a protected person be transferred to a country where he or she may have reason to fear persecution for his or her political opinions or religious beliefs ».

⁽¹⁸⁾ Sul punto si veda DROEGE, *Transfers of Detainees: Legal Framework, Non-Refoulement and Contemporary Challenges, Review of the Red Cross*, vol. 90, n. 871, settembre 2008, p. 674 ss.

organismi ha condotto anzitutto alla cristallizzazione dell'idea in base alla quale, come sottolineato dal relatore speciale delle Nazioni Unite sulla tortura ed altri trattamenti o punizioni crudeli, inumane o degradanti, il principio del *non-refoulement* costituisce « an inherent part of the overall absolute and imperative nature of the prohibition of torture and other forms of ill-treatment » (19). La giurisprudenza maggiormente avanzata nel senso appena esplicitato è stata senza dubbio sviluppata dalla Corte europea dei diritti dell'uomo. Di alcuni aspetti di tale giurisprudenza si tratterà dettagliatamente anche nei paragrafi successivi; per il momento è sufficiente rilevare che, a partire dal celeberrimo caso *Soering c. Regno Unito* (20), la Corte ha sviluppato una giurisprudenza costante e rigorosa in base alla quale il respingimento (in qualsiasi forma esso sia attuato) di una persona verso un paese dove sussista il rischio che essa sia soggetta a tortura o trattamenti ad essa analoghi si sussume nell'ambito di operatività dell'art. 3 della Convenzione europea dei diritti dell'uomo (21). Sebbene l'articolo in questione non contempli espressamente alcun obbligo di non respingimento a carico degli Stati parti, la Corte ha raggiunto tale conclusione sulla base dell'assunto che la Convenzione necessita di essere interpretata ponendo particolare attenzione « to its special character as a treaty for the collective enforcement of human rights and fundamental freedoms [...] the object and purpose of [which] [...] require that its provisions be interpreted and applied so as to make its safeguards practical and effective [and] [...] consistent with 'the general spirit of the Convention, an instrument designed to maintain and promote the ideals and values of a democratic society' » (22).

Alla luce di ciò, e tenuto conto del carattere fondamentale dell'art. 3 — norma inderogabile in presenza di qualunque circostanza che « enshrines one of the fundamental values of the democratic societies making up the Council of Europe » (23) — il respingimento « of a fugitive to another State where he would be subjected or be likely to be subjected to torture or to inhuman or degrading treatment or punishment would itself engage the responsibility of a Contracting State under Article 3 [...] It would hardly be compatible with the underlying

(19) Si veda *Report of the Special Rapporteur on torture and other cruel, inhuman or degrading treatment or punishment*, doc. A/59/324 del 1° settembre 2004, par. 28.

(20) *Soering c. Regno Unito*, ricorso n. 14038/88, sentenza del 7 luglio 1989.

(21) L'art. 3 della Convenzione europea dei diritti dell'uomo dispone che « [n]o one shall be subjected to torture or to inhuman or degrading treatment or punishment ».

(22) Cfr. *Soering c. Regno Unito*, cit., par. 87.

(23) *Ibid.*, par. 88.

values of the Convention, that ‘common heritage of political traditions, ideals, freedom and the rule of law’ to which the Preamble refers, were a Contracting State knowingly to surrender a fugitive to another State where there were substantial grounds for believing that he would be in danger of being subjected to torture, however heinous the crime allegedly committed. Extradition in such circumstances, while not explicitly referred to in the brief and general wording of Article 3 (art. 3), would plainly be contrary to the spirit and intendment of the Article, and in the Court’s view this inherent obligation not to extradite also extends to cases in which the fugitive would be faced in the receiving State by a real risk of exposure to inhuman or degrading treatment or punishment proscribed by that Article (art. 3) » ⁽²⁴⁾.

La posizione della Corte europea dei diritti dell’uomo è generalmente condivisa. Tra gli altri, il Comitato dei diritti umani ha sottolineato come il divieto di tortura e di trattamenti o punizioni crudeli, inumane o degradanti contemplato dall’art. 7 del Patto sui diritti civili e politici ⁽²⁵⁾ presupponga che « States parties must not expose individuals to the danger of torture or cruel, inhuman or degrading treatment or punishment upon return to another country by way of their extradition, expulsion or refoulement » ⁽²⁶⁾. Ciò implica — tra l’altro — che, « [b]y the nature of refoulement, effective review of a decision to expel to an arguable risk of torture must have an opportunity to take place prior to expulsion, in order to avoid irreparable harm to the individual » ⁽²⁷⁾. In termini più generali, il Comitato ha evidenziato la circostanza in base alla quale « the article 2 obligation requiring that States Parties respect and ensure the Covenant rights for all persons in their territory and all persons under their control entails

⁽²⁴⁾ *Ibid.* È pressoché impossibile dare conto di tutte le sentenze successive al caso *Soering* in cui la Corte ha confermato la stessa posizione, in molti casi in relazione proprio a casi di *refoulement* di richiedenti asilo. Oltre a quelle che saranno citate più avanti nel presente scritto, si vedano, a titolo esemplificativo, *Vilvarajah e a. c. Regno Unito*, ricorsi nn. 13163/87, 13164/87, 13165/87, 13447/87, 13448/87, sentenza del 30 ottobre 1991; *H.L.R. c. Francia*, ricorso n. 24573/94, grande camera, sentenza del 29 aprile 1997; *Salah Sheekh c. Paesi Bassi*, ricorso n. 1948/04, sentenza dell’11 gennaio 2007.

⁽²⁵⁾ *International Covenant on Civil and Political Rights*, 16 dicembre 1966, *United Nations Treaty Series*, vol. 999, p. 171; l’art. 7 dispone che « [n]o one shall be subjected to torture or to cruel, inhuman or degrading treatment or punishment. In particular, no one shall be subjected without his free consent to medical or scientific experimentation ».

⁽²⁶⁾ Cfr. *General Comment n. 20(44) (article 7)*, doc. CCPR/C/21/Rev.1/Add.3 del 7 aprile 1992, par. 9.

⁽²⁷⁾ Cfr. *Alzery v. Sweden*, comunicazione n. 1416/2005, doc. CCPR/C/88/D/1416/2005 del 10 novembre 2006, par. 11.8.

an obligation not to extradite, deport, expel or otherwise remove a person from their territory, where there are substantial grounds for believing that there is a real risk of irreparable harm, such as that contemplated by articles 6 and 7 of the Covenant, either in the country to which removal is to be effected or in any country to which the person may subsequently be removed. The relevant judicial and administrative authorities should be made aware of the need to ensure compliance with the Covenant obligations in such matters » (28).

È importante mettere in risalto come il Comitato dei diritti umani non consideri l'ambito di applicazione del divieto di *refoulement* come limitato al solo caso « classico » della tortura e dei trattamenti ad essa analoghi, bensì lo estenda a tutti i diritti contemplati dal Patto finalizzati a proteggere la persona umana contro un « danno irreparabile » (tra i quali il Comitato fa espresso riferimento al diritto inerente alla vita sancito dall'art. 6). Tale posizione è condivisa anche dalla stessa Corte europea dei diritti dell'uomo, la quale ha rilevato in più occasioni che la costruzione interpretativa operata in relazione all'art. 3 in relazione ai respingimenti si estende ad altre norme del sistema della Convenzione europea dei diritti dell'uomo, in particolare l'art. 8 (diritto alla vita privata e familiare) (29) e l'art. 4 del Protocollo n. 4 (il quale sancisce il divieto di espulsioni collettive) (30).

Sulla stessa lunghezza d'onda della Corte europea dei diritti dell'uomo e del Comitato dei diritti umani si collocano — per limitarci agli organismi di controllo più importanti — il Comitato sui diritti del fanciullo (31) e la Commissione africana dei diritti dell'uomo e dei popoli. Quest'ultima, in particolare, nelle *Robben Island Guidelines* sul divieto e prevenzione della tortura in Africa del 2002, ha sottolineato

(28) Si veda *General Comment n. 31[80], The Nature of the General Legal Obligation Imposed on States Parties to the Covenant*, 29 marzo 2004, doc. CCPR/C/21/Rev.1/Add. 13 del 26 maggio 2004, par. 12.

(29) Su questo punto si veda LENZERINI, *Asilo e diritti umani*, cit., p. 343 ss.

(30) Cfr. *Hirsi Jamaa e a. c. Italia*, cit., par. 177 ss.

(31) Si veda *General Comment No. 6, Treatment of unaccompanied and separated children outside their country of origin*, doc. CRC/GC/2005/16 del 1° settembre 2005, par. 26 ss. Nello specifico, secondo il Comitato, « in fulfilling obligations under the Convention [on the Rights of the Child], States shall not return a child to a country where there are substantial grounds for believing that there is a real risk of irreparable harm to the child, such as, *but by no means limited to*, those contemplated under articles 6 [right to life] and 37 [prohibitions of torture or other cruel, inhuman or degrading treatment or punishment, of capital punishment or life imprisonment without possibility of release as well as of unlawful and arbitrary deprivation of liberty] of the Convention, either in the country to which removal is to be effected or in any country to which the child may subsequently be removed » (*ibid.*, par. 27; corsivo aggiunto).

come gli Stati « should ensure no one is expelled or extradited to a country where he or she is at risk of being subjected to torture »⁽³²⁾; tale posizione è stata recentemente elaborata dalla Commissione, la quale ha precisato che, sebbene « there is nothing in the African Charter [on Human and Peoples' Rights] that requires member states of the African Union to guarantee for non-nationals an absolute right to enter and/or reside in their territories[,] [t]his, however, does not in any way mean that the African Charter gives member states the free hand to unnecessarily and without due process deal with non-nationals to such an extent that they are denied the basic guarantees enshrined under the African Charter for the benefit of everyone. Member states may deny entry to or withdraw residence permits from non-nationals for various reasons including national security, public policy or public health. Even in such extreme circumstances as expulsion, however, the affected individuals should be allowed to challenge the order/decision to expel them before competent authorities, or have their cases reviewed, and have access to legal counsel, among others. Such procedural safeguards aim at making sure that non-nationals enjoy the equal protection of the law in their country of residence, ensure that their daily lives are not arbitrarily interfered with, and that *they are not sent back/deported/expelled to countries or places they are likely to suffer from torture, inhuman or degrading treatment, or death, among others* »⁽³³⁾.

3. La prassi sommariamente descritta nel paragrafo precedente dimostra chiaramente come il divieto di *refoulement* costituisca un principio ormai cristallizzato nell'ambito del diritto internazionale generale. In effetti, il fatto che il divieto in oggetto sia stato incorporato in una regola di diritto internazionale consuetudinario costituisce oggi — in modo pacifico — un assunto indiscusso ed incontrovertibile⁽³⁴⁾.

⁽³²⁾ Cfr. *Guidelines and Measures for the Prohibition and Prevention of Torture, Cruel, Inhuman or Degrading Treatment or Punishment in Africa (The Robben Island Guidelines)*, 32ma Sessione, 17-23 ottobre 2002, disponibili all'indirizzo <http://www1.umn.edu/humanrts/instree/RobbenIslandGuidelines.pdf>, par. 15.

⁽³³⁾ Cfr. *Institute for Human Rights and Development in Africa v. Angola*, Communication 292/2004, 2008, in *African Human Rights Law Reports*, 2008, p. 43, par. 84 (corsivo aggiunto).

⁽³⁴⁾ La dottrina è concorde sulla qualificazione del divieto di *refoulement* quale precetto di diritto internazionale consuetudinario; si vedano, tra gli altri, GRIEG, *The Protection of Refugees and Customary International Law*, *Australian Yearbook of Int. Law*, 1984, p. 108 ss., p. 133 s.; MERON, *Human Rights and Humanitarian Norms as Customary Law*, Oxford, 1989, p. 23; CHOWDHURY, *A Response to the Refugee Problems in Post Cold War Era: Some Existing and Emerging Norms of International Law*, *Int.*

Ciò è confermato non soltanto dalla posizione ufficiale assunta in merito dagli Stati parti della Convenzione di Ginevra ⁽³⁵⁾, ma anche da quella palesata dai pochi paesi che non hanno ancora ratificato tale Convenzione ⁽³⁶⁾. Tale ultima posizione è simboleggiata da una sentenza della Corte suprema dell'India, la quale ha enfatizzato come « [n]o state government worth the name » possa tollerare che una persona — a prescindere dal fatto che abbia o meno la cittadinanza dello Stato in questione — sia vittima di pratiche di espulsione dal suo territorio tali da forzarla a recarsi in paesi in cui sarebbe soggetta al rischio di subire la violazione dei propri diritti fondamentali ⁽³⁷⁾. A tutto ciò si aggiungano la posizione assunta dagli accordi internazionali pertinenti e la prassi degli organismi internazionali deputati al controllo del rispetto dei trattati sui diritti umani, entrambe descritte nel paragrafo precedente, le quali offrono un'ulteriore conferma del fatto che il rispetto del principio di *non-refoulement* è percepito quale precetto essenziale da parte della comunità internazionale complessivamente intesa ⁽³⁸⁾.

Appurata la non sussistenza di ragionevoli dubbi in relazione alla natura consuetudinaria del divieto di *refoulement*, è opportuno aggiun-

Journal of Refugee Law, 1995, p. 101 ss., p. 103 ss.; MATHEW, *Sovereignty and the Right to Seek Asylum: The Case of Cambodian Asylum-Seekers in Australia*, *Australian Yearbook of Int. Law*, 1994, p. 35 ss., p. 56; PERLUSS, HARTMAN, *Temporary Refuge, Emergence of a Customary Norm*, *Virginia Journal of Int. Law*, 1986, p. 551 ss.; PISILLO MAZZESCHI, *Il diritto di asilo 50 anni dopo la Dichiarazione Universale dei Diritti dell'Uomo*, *Rivista int. dei Diritti dell'Uomo*, 1999, p. 694 ss., p. 700; ALLAIN, *The jus cogens Nature of non-refoulement*, cit., p. 538; LAUTERPACHT, BETHLEHEM, *The scope and content of the principle of non-refoulement: Opinion*, in *Refugee Protection in International Law* (a cura di Feller, Türk e Nicholson), Cambridge, 2003, p. 140 ss.; MORRONE, *L'asilo nel diritto internazionale*, in *Il diritto d'asilo* (a cura di Zagato), Padova, 2006, p. 31 ss., p. 68; PEDRAZZI, *Il diritto d'asilo nell'ordinamento internazionale agli albori del terzo millennio*, in *Verso una disciplina comune europea del diritto d'asilo* (a cura di Zagato), Padova, 2006, p. 13 ss., p. 35; GOODWIN-GILL, McADAM, *The Refugee in International Law*, cit., p. 345 ss.

⁽³⁵⁾ Si veda, in particolare, *Declaration of States Parties to the 1951 Convention and/or its 1967 Protocol adopted at the Ministerial Meeting of States Parties of 12-13 Dec. 2001*, doc. HCR/MMSP/2001/09 del 16 gennaio 2002, preambolo, par. 4, in cui è riconosciuta « the continuing relevance and resilience of [the] international regime of rights and principles [concerning asylum], including at its core the principle of *non-refoulement*, whose applicability is embedded in customary international law »; tale dichiarazione è stata successivamente accolta con soddisfazione dall'Assemblea generale delle Nazioni Unite nella ris. 57/187 del 18 dicembre 2002, par. 3.

⁽³⁶⁾ Al momento in cui si scrive la Convenzione di Ginevra è stata ratificata da 144 Stati; si veda <http://www.unhcr.org/3b73b0d63.html>.

⁽³⁷⁾ *National Human Rights Commission v. State of Arunachal Pradesh*, *The Supreme Court Cases*, 1996, vol. 1, p. 742, par. 20.

⁽³⁸⁾ Per un'indagine maggiormente approfondita della prassi pertinente si veda LENZERINI, *Asilo e diritti umani*, cit., p. 378 ss.

gere qualche breve considerazione sul contenuto del divieto in questione quale norma di diritto internazionale generale. È infatti logico sostenere che tale contenuto non rifletta esattamente la definizione del principio del *non-refoulement* offerta dall'art. 33 della Convenzione di Ginevra. Gli stretti limiti entro cui il divieto di *refoulement* è confinato dall'articolo in oggetto possono infatti considerarsi ampiamente valicati alla luce della prassi ad esso successiva, come descritta nel paragrafo precedente. È quindi possibile concludere che, attualmente, la norma di diritto internazionale consuetudinario che proibisce il *refoulement* include *perlomeno* il respingimento verso un paese ove sussista un ragionevole rischio che la persona interessata possa subire una violazione dei propri diritti fondamentali internazionalmente riconosciuti, ovvero un pregiudizio alla propria vita, libertà o integrità psicofisica, in modo particolare (ma non soltanto) nella forma di torture o trattamenti o punizioni crudeli, inumane e degradanti ⁽³⁹⁾.

4. Una volta accertata la natura consuetudinaria del divieto di *refoulement*, nonché l'estensione minima di tale divieto in base al diritto internazionale generale, si pone il problema di verificare se e, in caso positivo, entro quali limiti e in presenza di quali circostanze, il precepto in questione possa essere oggetto di deroghe.

Il problema è assai dibattuto e di non agevole soluzione. Di fatto, sostenere che il divieto di cui si tratta non possa essere sottoposto ad alcuna deroga equivarrebbe a sostenerne la natura cogente; già di per se stessa, questa costruzione non potrebbe fare altro che sollevare delle perplessità, vista la generale cautela con cui si tende ad affrontare la tematica dello *ius cogens*. Si aggiunga che, nella sua configurazione originaria, il principio del *non-refoulement* è espressamente soggetto ad una serie di deroghe, con l'ovvia conseguenza che non se ne può sostenere l'inderogabilità. Il par. 2 dell'art. 33 della Convenzione di Ginevra esclude infatti che il beneficio del *non-refoulement* possa essere invocato « by a refugee whom there are reasonable grounds for regarding as a danger to the security of the country in which he is, or who, having been convicted by a final judgement of a particularly serious crime, constitutes a danger to the community of that country ». La *ratio* di tale disposizione — contestualizzata all'epoca dei negoziati che condussero all'adozione della Convenzione — era evidentemente ispi-

⁽³⁹⁾ Cfr. LAUTERPACHT, BETHLEHEM, *The scope and content of the principle of non-refoulement: Opinion*, cit., p. 163 s.; GOODWIN-GILL, McADAM, *The Refugee in International Law*, cit., p. 354.

rata dalla volontà di sollevare gli Stati parti della Convenzione dall'obbligo di offrire protezione a soggetti che potessero mettere in pericolo la sicurezza del paese o quella dei cittadini, un valore che era percepito come preponderante rispetto alla necessità di garantire protezione a favore degli stranieri che fuggissero dalle persecuzioni.

Posto che anche ai nostri tempi l'esigenza di garantire la sicurezza dello Stato e dei cittadini continua naturalmente a rappresentare un valore di carattere fondamentale, occorre tuttavia valutare se, nel corso dei sessant'anni trascorsi dall'adozione della Convenzione, la percezione della comunità internazionale riguardo alle deroghe a cui può essere sottoposto il principio del *non-refoulement* sia stata interessata da una qualche evoluzione. Partendo dagli strumenti internazionali pertinenti, può essere in primo luogo notato come la Convenzione africana del 1969 che regola gli aspetti specifici dei problemi inerenti ai rifugiati in Africa contempli il divieto di *refoulement* come esente da qualsiasi possibilità di deroga ⁽⁴⁰⁾; lo stesso approccio è adottato dall'art. 3 della Convenzione delle Nazioni Unite del 1984 contro la tortura e altri trattamenti o punizioni crudeli, inumane o degradanti ⁽⁴¹⁾, dall'art. 13 della Convenzione americana sulla prevenzione e punizione della tortura del 1985 ⁽⁴²⁾, dall'art. 19 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione Europea ⁽⁴³⁾ e dall'art. 16 della Convenzione per la protezione di tutte le persone contro le sparizioni forzate del 2006 ⁽⁴⁴⁾. Addirittura, la Dichiarazione di Cartagena sui rifugiati del 1984 sottolinea « the importance and meaning of the principle of non-refoulement as a corner-stone of the international protection of refugees », arrivando ad affermare in modo esplicito che tale principio « in the present state of international law should be acknowledged and observed as a rule of *jus cogens* » ⁽⁴⁵⁾.

A tali riscontri testuali deve aggiungersi la prassi degli organismi di controllo istituiti dai trattati sui diritti umani, nel cui contesto emerge la giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo. Quest'ultima, in particolare, in una sentenza del 1996, ha rilevato che il divieto sancito dall'art. 3 della Convenzione europea dei diritti dell'uomo « enshrines one of the most fundamental values of democratic society [...] The Court is well aware of the immense difficulties faced by States

⁽⁴⁰⁾ Si veda *supra*, nota 10.

⁽⁴¹⁾ Si veda *supra*, nota 11.

⁽⁴²⁾ Si veda *supra*, nota 12.

⁽⁴³⁾ Si veda *supra*, nota 14.

⁽⁴⁴⁾ Si veda *supra*, nota 16.

⁽⁴⁵⁾ Si veda *supra*, nota 13.

in modern times in protecting their communities from terrorist violence. However, even in these circumstances, the Convention prohibits in absolute terms torture or inhuman or degrading treatment or punishment, irrespective of the victim's conduct. [...] The prohibition provided by Article 3 (art. 3) against ill-treatment is equally absolute in expulsion cases. Thus, whenever substantial grounds have been shown for believing that an individual would face a real risk of being subjected to treatment contrary to Article 3 (art. 3) if removed to another State, the responsibility of the Contracting State to safeguard him or her against such treatment is engaged in the event of expulsion [...] In these circumstances, *the activities of the individual in question, however undesirable or dangerous, cannot be a material consideration* »⁽⁴⁶⁾.

La posizione della Corte si sublima in un'espressione assai ricorrente nelle sentenze riguardanti il divieto di *refoulement*, in base alla quale « [t]he protection afforded by article 3 is [...] wider than that provided by article 33 of the United Nations 1951 Convention on the Status of Refugees »⁽⁴⁷⁾. È questa una statuizione di principio assai significativa, che ben simboleggia l'evoluzione avvenuta negli ultimi decenni in materia di non respingimento. La Corte ha avuto modo di precisare la sua posizione in un caso più recente, in cui ha dovuto rintuzzare il tentativo da parte di alcuni Stati membri del Consiglio d'Europa (in particolare, Italia e Regno Unito) di persuaderla a rivedere l'interpretazione del divieto sancito dall'art. 3, concedendo agli Stati la possibilità di porre in essere delle deroghe all'attuazione dello stesso nei casi in cui la persona richiedente protezione, a causa della sua indole terroristica, costituisca una minaccia per la sicurezza del paese. La grande camera — all'unanimità — ha tuttavia fermamente respinto il suddetto tentativo, ribadendo il principio già espresso nelle precedenti sentenze⁽⁴⁸⁾.

È opportuno notare che la posizione espressa in materia dalla Corte di Strasburgo non è affatto isolata; al contrario, essa enuncia un principio largamente condiviso a livello internazionale. Tra gli altri, esso è stato espresso dal Comitato contro la tortura, il quale ha sottolineato che il divieto previsto dall'art. 3 della Convenzione delle Nazioni Unite del 1984 contro la tortura e altri trattamenti o punizioni

⁽⁴⁶⁾ Cfr. *Chahal c. Regno Unito*, ricorso n. 70/1995/576/662, sentenza dell'11 novembre 1996, par. 79 s. (corsivo aggiunto). Si veda anche *Abmed c. Austria*, ricorso n. 71/1995/577/663, sentenza del 17 dicembre 1996, par. 40 s.

⁽⁴⁷⁾ Cfr., tra le altre, *Abmed c. Austria*, cit., par. 41.

⁽⁴⁸⁾ Cfr. *Saadi c. Italia*, ricorso n. 37201/06, grande camera, sentenza dell'8 febbraio 2008, par. 127.

crudeli, inumane o degradanti ha carattere assoluto, al punto che, « [w]henver substantial grounds exist for believing that an individual would be in danger of being subjected to torture upon expulsion to another State, the State party is under an obligation not to return the person concerned to that State. *The nature of the activities in which the person concerned engaged cannot be a material consideration* when making a determination under article 3 of the Convention » (49).

La prassi di cui si è dato sommariamente conto ha condotto a sostenere che il principio del *non-refoulement* non possa essere oggetto di alcuna deroga o limitazione qualora il pericolo corso dalla persona interessata sia suscettibile di tradursi in fattispecie di tortura o di trattamenti ad essa analoghi. Qualora, invece, il trattamento temuto « does not equate to and would not be regarded as being on a par with a danger of torture or cruel, inhuman or degrading treatment or punishment and would not come within the scope of other non-derogable customary principles of human rights », potrebbero essere ammesse deroghe in caso di « [o]verriding reasons of national security or public safety », sempre che vi sia « strict compliance with principles of due process of law » e sia soddisfatto « the requirement that all reasonable steps must first be taken to secure the admission of the individual concerned to a safe third country » (50). Questa posizione appare del tutto ragionevole. In effetti, la risposta al quesito relativo al fatto se il divieto di *refoulement* abbia o meno natura cogente può essere data utilizzando un sillogismo piuttosto lineare: posto che il divieto di tortura costituisce un principio di *jus cogens* e che il *non-refoulement* rappresenta una delle fattispecie in cui si scompone il divieto di tortura, la conclusione logica è quella per cui anche il *non-refoulement* assume al livello di norma cogente, ovviamente nella misura in cui sia funzionale a proteggere la persona da trattamenti riconducibili alla tortura. Lo stesso ragionamento può essere esteso alle altre fattispecie in cui la protezione dal respingimento sia indispensa-

(49) Cfr. *Gorki Ernesto Tapia Paez v. Sweden*, doc. CAT/C/18/D/39/1996, 28 aprile 1997, par. 14.5 (corsivo aggiunto).

(50) Cfr. LAUTERPACHT, BETHLEHEM, *The scope and content of the principle of non-refoulement: Opinion*, cit., p. 163 s. Sulla natura cogente del principio di *non-refoulement* si vedano anche, tra gli altri, KOH, *The Haitian Centers Council Case: Reflections on Refoulement and Haitian Centers Council*, *Harvard Int. Law Journal*, 1994, p. 30 ss.; ALLAIN, *The jus cogens Nature of non-refoulement*, cit., p. 538 ss.; BRUIN, WOUTERS, *Terrorism and the Non-derogability of Non-refoulement*, *Int. Journal of Refugee Law*, 2003, No. 5, p. 26; SHELTON, *Normative Hierarchy in International Law*, *American Journal of Int. Law*, 2006, p. 316; LENZERINI, *Asilo e diritti umani*, cit., p. 384 ss.; GOODWIN-GILL, *The Right to Seek Asylum: Interception at Sea and the Principle of Non-Refoulement*, *Int. Journal of Refugee Law*, 2011, p. 443 ss., p. 444.

bile al fine di proteggere l'individuo da altri trattamenti integranti violazioni di norme di *jus cogens* (ad esempio la riduzione in schiavitù). La conclusione appena raggiunta, oltre a risultare assolutamente ragionevole da un punto di vista di logica giuridica, trova conferma nella prassi internazionale di cui si è dato conto appena sopra ⁽⁵¹⁾. Di conseguenza, può essere sostenuto che, qualora il *refoulement* di una persona che invoca protezione internazionale sia suscettibile di comportare la soggezione della stessa a trattamenti vietati da norme di *jus cogens*, in particolare la tortura o la riduzione in schiavitù, in linea di principio il divieto di cui si tratta non potrà essere soggetto ad alcuna deroga, neppure nel caso in cui la persona interessata costituisca per qualsiasi motivo un pericolo per la sicurezza dello Stato territoriale ⁽⁵²⁾.

⁽⁵¹⁾ La conclusione raggiunta nel testo potrebbe essere apparentemente messa in discussione alla luce di una celebre sentenza della Corte suprema del Canada, *Suresh v. Minister of Citizenship and Immigration*, 11 gennaio 2002, reperibile all'indirizzo <http://scc.lexum.org/en/2002/2002scc1/2002scc1.pdf>. In tale decisione la Corte sostiene che « international law rejects deportation to torture, even where national security interests are at stake » (par. 75) e che « [t]he rejection of state action leading to torture generally, and deportation to torture specifically, is virtually categoric » (par. 76). Tuttavia, la Corte mantiene aperta la possibilità « that in an exceptional case such deportation might be justified » (par. 129), a seguito di un bilanciamento tra la gravità del rischio per la sicurezza dello Stato determinato dalla presenza della persona interessata nel territorio dello stesso e le probabilità che essa sia sottoposta a torture in caso di deportazione, sebbene aggiunga che tale bilanciamento « will rarely be struck in favour of expulsion where there is a serious risk of torture » (par. 78). L'apertura della Corte alla possibilità di procedere alla deportazione in circostanze eccezionali potrebbe essere vista come una manifestazione di prassi incompatibile con la natura cogente del divieto di *refoulement*, anche qualora tale natura sia limitata ai casi in cui il rischio corso dalla persona interessata si traduca in un pericolo di essere soggetta a torture o a trattamenti di equivalente gravità. In realtà, la posizione espressa dalla Corte suprema canadese non deve essere considerata necessariamente in contrasto con la tesi sostenuta nel testo. Infatti, le « circostanze eccezionali » richiamate dalla Corte potrebbero riferirsi a casi in cui sia necessario proteggere un valore — ovvero il diritto dei cittadini dello Stato territoriale alla vita e alla sicurezza, suscettibile di essere messo a rischio in caso di particolare pericolosità sociale dello straniero — ugualmente salvaguardato da una norma di *jus cogens*. In tale caso si andrebbe a configurare un contrasto tra due norme di pari grado che, qualora incompatibili, richiederebbero l'attuazione di una valutazione comparativa degli interessi in gioco al fine di determinare quale delle due dovrebbe essere considerata prevalente sull'altra, in linea con quanto prospettato dal massimo organo giurisdizionale canadese.

⁽⁵²⁾ La conclusione raggiunta nel testo vale per il divieto di *refoulement* secondo l'accezione dello stesso quale norma di diritto internazionale consuetudinario, mentre dovrebbe essere apparentemente esclusa per lo stesso divieto nella sua caratterizzazione determinata dalla Convenzione di Ginevra del 1951, in ragione della presenza nella stessa dell'art. 33, par. 2. Tuttavia, a seguito di un più attento esame si deve ritenere che l'affermazione dell'obbligo di *non-refoulement* quale principio di *jus cogens* (seppure limitatamente alle fattispecie in cui il mancato rispetto del medesimo determini la violazione di norme « primarie » a loro volta cogenti) — successiva all'entrata in vigore della Convenzione di Ginevra — abbia determinato l'inapplicabilità dell'art. 33, par. 2,

Nei paragrafi seguenti saranno analizzati ulteriori aspetti specifici del divieto di *refoulement*, allo scopo di determinarne nel modo più preciso possibile i contorni che ne determinano l'ambito di applicazione e l'efficacia.

5. Un aspetto al quale è opportuno dedicare brevi cenni riguarda il problema dell'applicabilità *ratione personae* del principio del *non-refoulement*. Tale problema è indotto dalla formulazione dell'art. 33 della Convenzione di Ginevra, il quale, nell'individuare i destinatari del diritto scaturente dal principio in oggetto, utilizza il termine « rifugiati ». L'utilizzo di tale termine, considerato nel suo contesto, sembrerebbe far propendere verso un'interpretazione restrittiva, nel senso di ritenere quali beneficiari del divieto di *refoulement* soltanto coloro che soddisfino i requisiti previsti nella definizione di « rifugiato » enucleata dall'art. 1A, par. 2, della Convenzione di Ginevra ⁽⁵³⁾. Il problema in oggetto è stato dibattuto in più occasioni dagli stessi Stati parti della Convenzione di Ginevra, i quali sembrano essere tendenzialmente orientati verso il riconoscimento di un'estensione applicativa del principio del *non-refoulement* sensibilmente più ampia rispetto agli stretti limiti determinati da un'interpretazione puramente testuale dell'art. 33 ⁽⁵⁴⁾.

In realtà, alla luce della qualificazione contemporanea del divieto di *refoulement* quale principio di diritto internazionale consuetudinario — il quale, come precedentemente rilevato ⁽⁵⁵⁾, copre un'area assai più estesa rispetto a quella occupata dall'art. 33 della Convenzione di Ginevra — la tematica in oggetto perde oggi rilevanza. Infatti, ove si esamini la prassi internazionale che ha condotto alla formazione del suddetto principio di diritto consuetudinario, può essere agevolmente notato come essa prescindenda da qualsiasi tipo di qualificazione formalistica delle persone ammesse ad usufruire della protezione contro i respingimenti, preoccupandosi esclusivamente di prevenire il *refoulement* di qualunque essere umano verso un paese dove l'individuo interessato corra un rischio effettivo di subire una violazione dei propri diritti fondamentali internazionalmente riconosciuti. In tal senso, se

della stessa Convenzione nelle situazioni in cui si rientri nell'ambito di applicazione del suddetto principio di carattere imperativo, in applicazione della regola dello *jus cogens superveniens* codificata dall'art. 64 della Convenzione di Vienna del 1969 sul diritto dei trattati.

⁽⁵³⁾ Si veda *supra*, nota 4.

⁽⁵⁴⁾ Cfr. LENZERINI, *Asilo e diritti umani*, cit., p. 389 s.

⁽⁵⁵⁾ Si veda *supra*, par. 3.

prendiamo come esempio la Corte europea dei diritti dell'uomo, possiamo rilevare come il ricorrente protagonista del primo storico caso in cui la Corte ha inaugurato la propria giurisprudenza in materia — il caso *Soering* ⁽⁵⁶⁾ — non potesse in alcun modo essere equiparato ad un rifugiato, trattandosi di una persona condannata alla pena capitale negli Stati Uniti a seguito di un duplice omicidio che aveva perpetrato durante un soggiorno in tale paese; in quel caso — come in tutti quelli che lo hanno seguito — la valutazione da parte della Corte relativamente all'applicabilità o meno del divieto di *refoulement* fu basata in modo esclusivo sulla considerazione inerente all'esistenza di un rischio effettivo che i diritti fondamentali del ricorrente fossero violati in caso di respingimento verso il paese coinvolto nella vicenda ⁽⁵⁷⁾. Osservazioni analoghe possono svolgersi con riguardo agli altri organismi internazionali che hanno adottato lo stesso approccio della Corte di Strasburgo ⁽⁵⁸⁾. Si noti, infine, che il divieto in oggetto è anche contenuto in strumenti internazionali che non hanno nulla a che fare con il diritto d'asilo, come avviene ad esempio con la Quarta Convenzione di Ginevra del 1949 sul diritto umanitario e con la Convenzione del 2006 per la protezione di tutte le persone contro le sparizioni forzate ⁽⁵⁹⁾.

Quanto appena rilevato dimostra chiaramente come il divieto di *refoulement* — nella sua accezione contemporanea quale precetto di diritto internazionale consuetudinario — estenda il suo ambito di operatività non soltanto ai rifugiati propriamente detti, bensì a chiunque si trovi nella situazione oggettiva determinata dalla soggezione ad un rischio di essere vittima di una violazione dei propri diritti fondamentali internazionalmente riconosciuti in caso di respingimento verso il paese di provenienza o verso qualsiasi altro territorio dove tale rischio sia effettivamente sussistente.

6. Un ulteriore aspetto su cui è necessario fare chiarezza riguarda

⁽⁵⁶⁾ Cfr., *supra*, nota 20.

⁽⁵⁷⁾ Nella sentenza *Soering* la Corte ritenne che il periodo che il ricorrente, qualora estradato verso gli Stati Uniti, avrebbe dovuto spendere nel *braccio della morte* di un carcere della Virginia, in attesa che fosse eseguita la pena capitale, integrasse una fattispecie di trattamento vietato dall'art. 3 della Convenzione europea dei diritti dell'uomo.

⁽⁵⁸⁾ Si veda, ad esempio, Commissione africana dei diritti dell'uomo e dei popoli, *Institute for Human Rights and Development in Africa v. Angola*, comunicazione n. 292/2004, cit., par. 84, riprodotto *supra*, testo corrispondente alla nota 33, in cui la Commissione, nell'enucleare il divieto di *refoulement*, non fa alcun riferimento specifico ai rifugiati.

⁽⁵⁹⁾ Si veda *supra*, par. 2.

la questione relativa al significato della locuzione «ragionevole rischio che la persona interessata possa subire un pregiudizio alla propria vita, libertà o integrità psicofisica», con la quale, alla fine del par. 3 del presente scritto, si è spiegato il contenuto del divieto di *refoulement*. Si tratta di un aspetto di non facile definizione, che lascia inevitabilmente un certo margine di manovra alle autorità nazionali chiamate a verificare se il rischio in oggetto sussista nel caso concreto. Il concetto di «ragionevole rischio» può essere assimilato a quello di «timore ben fondato» (*well-founded fear*), utilizzato nella definizione di «rifugiato» enucleata dall'art. 1A, par. 2, della Convenzione di Ginevra⁽⁶⁰⁾. Come esplicitato nel 1999 dalla House of Lords, l'accertamento della sussistenza della condizione in oggetto presuppone la necessità di soddisfare un doppio criterio, consistente nel dimostrare l'esistenza di un timore da parte della persona interessata di essere soggetta ad una persecuzione (*fear test*) e la contestuale assenza di protezione effettiva da parte dello Stato di provenienza (*protection test*)⁽⁶¹⁾. Tale ultima condizione è coerente con il fatto che il divieto di *refoulement* estende la sua operatività non soltanto al caso in cui il pericolo di persecuzione scaturisca direttamente dall'apparato governativo del paese in cui sussiste tale rischio, ma anche a quello in cui i potenziali persecutori appartengano a gruppi privati contro la cui attività le autorità dello Stato non siano in grado di proteggere la persona interessata in modo adeguato. Questa costruzione è stata confermata, tra le altre, dalla Corte europea dei diritti dell'uomo, la quale ha sottolineato che l'obbligo di *non-refoulement* «also appl[ies] where the danger emanates from persons or groups of persons who are not public officials. However, it must be shown that the risk is real and that the authorities of the receiving State are not able to obviate the risk by providing appropriate protection»⁽⁶²⁾.

⁽⁶⁰⁾ Si veda *supra*, nota 4. In relazione all'equivalenza tra il concetto di «timore ben fondato» e quello di «ragionevole rischio» si veda UNHCR, *Handbook on Procedures and Criteria for Determining Refugee Status under the 1951 Convention and 1967 Protocol relating to the Status of Refugees*, Geneva, 1992, par. 42 («[in] general, the applicant's fear should be considered well-founded if he can establish, to a reasonable degree, that his continued stay in his country of origin has become intolerable to him»; corsivo aggiunto).

⁽⁶¹⁾ Cfr. House of Lords, *Adan v. Secretary of State for the Home Department*, 1999, in *Law Reports of Appeal Cases in the House of Lords and Judicial Committee of the Privy Council*, 1999, vol. 1, p. 293 ss., p. 304.

⁽⁶²⁾ Cfr. H.L.R. c. *Francia*, cit., par. 40. Si veda anche, tra le altre, *Salah Sheekh c. Paesi Bassi*, cit., par. 147. È opportuno ricordare che al divieto di *refoulement* non è attribuito un ambito di operatività altrettanto ampio in base all'art. 3 della Convenzione delle Nazioni Unite del 1984 contro la tortura e altri trattamenti o punizioni

Ciò posto, è opportuno sottolineare che non sempre l'accertamento in oggetto condurrà a risultati identici — *anche in presenza di situazioni oggettive equivalenti* — con riguardo alle diverse persone le quali abbiano *prima facie* un timore ben fondato di subire un pregiudizio qualora siano respinte verso il paese di provenienza. Infatti, il concetto di cui si dibatte è determinato dalla contestuale presenza di un elemento oggettivo ed uno soggettivo, l'incidenza di ciascuno dei quali può essere difforme alla luce delle attitudini psicofisiche della persona interessata. Ciò significa che, sebbene la sussistenza del timore ben fondato debba essere verificata in ragione dell'esistenza di un pericolo oggettivo per l'integrità dell'individuo interessato (elemento oggettivo), allo stesso tempo occorre tenere in considerazione la percezione individuale del rischio da parte di tale individuo nel caso concreto nonché il suo grado di vulnerabilità (elemento soggettivo). Da ciò consegue che, qualora un ipotetico pericolo lasci indifferente una persona dotata di una forza interiore particolarmente marcata, esso — a seconda delle circostanze — potrà non configurarsi, in relazione a tale persona, quale ragionevole rischio che essa possa subire un pregiudizio alla propria vita, libertà o integrità psicofisica; lo stesso pericolo, al contrario, può integrare una fattispecie di timore ben fondato con riguardo ad individui il cui grado di vulnerabilità sia più elevato. Naturalmente, è ovvio che l'elemento soggettivo potrà incidere sulla valutazione dell'esistenza di tale timore soltanto entro certi limiti: da un lato sarà quindi necessario che la persona si trovi di fronte ad un pericolo che sia effettivamente tale (e non si tratti di un rischio immaginario o obiettivamente insuscettibile di causare un pregiudizio secondo il significato generalmente attribuito a tale termine); dall'altro, è evidente come la mancata percezione della gravità del pericolo corso e/o la capacità di resistere alle sofferenze siano irrilevanti qualora i trattamenti a cui l'individuo sia sottoposto siano oggettivamente intollerabili, come avviene ad esempio per la tortura o i trattamenti ad essa analoghi ⁽⁶³⁾.

In ogni caso, è indubbio che, come sottolineato in apertura di paragrafo, l'interprete chiamato ad esaminare la richiesta di non respingimento avrà un ruolo fondamentale nell'accertamento dell'esistenza e della ragionevolezza del rischio che la persona interessata

crudeli, inumane o degradanti, il quale richiede — quale condizione di applicabilità — che la persecuzione scaturisca o sia appoggiata da agenti governativi; si veda tuttavia l'interpretazione di tale condizione offerta dal Comitato contro la tortura, *supra*, nota 11.

⁽⁶³⁾ Per un'analisi maggiormente approfondita sul punto discusso nel testo si veda LENZERINI, *Asilo e diritti umani*, cit., p. 227 ss.

possa subire un pregiudizio alla propria vita, libertà o integrità psicofisica. La decisione finale non potrà infatti che essere influenzata dalla formazione giuridica e dalle attitudini delle autorità nazionali deputate al suddetto accertamento, con la conseguenza che situazioni identiche potranno essere trattate in modo difforme nei diversi Stati.

7. Uno dei malintesi più ricorrenti legati alla comprensione dell'esatto significato del principio del *non-refoulement* risiede nel fatto di configurarlo concretamente quale obbligo di consentire l'ingresso della persona interessata nel territorio dello Stato a cui è richiesta protezione. In realtà, quella appena descritta è soltanto una delle alternative disponibili (anche se, probabilmente, quella più frequentemente utilizzata) per non violare il divieto di cui si tratta. Il contenuto di tale divieto è infatti « soltanto » quello di *non respingere* il richiedente asilo verso un paese ove sussista un ragionevole rischio che la persona interessata possa subire un pregiudizio alla propria vita, libertà o integrità psicofisica. Di conseguenza, lo Stato interessato può optare per qualsiasi soluzione che non si traduca in un respingimento verso un tale paese. Naturalmente, l'obbligo in questo senso non si esaurisce in un divieto di respingimento verso lo Stato di provenienza del richiedente asilo, ma si estende a tutti i paesi ove il suddetto rischio sia di fatto esistente, a prescindere dai motivi che l'hanno indotto.

In termini pratici, l'alternativa a garantire l'ingresso nel territorio dello Stato a cui è richiesta protezione consiste nel rinviare il richiedente asilo verso un paese, diverso rispetto a quello di provenienza, in cui la sua integrità psicofisica sia al sicuro. Nella prassi un tale paese è definito come « paese terzo sicuro ». Sebbene il concetto in questione possa apparire di agevole interpretazione, in realtà esso merita di essere brevemente approfondito in relazione ad alcuni aspetti.

È evidente che la fattispecie di cui si tratta verte intorno all'accertamento di una circostanza fattuale, ovvero *se* lo Stato verso cui è dirottato il richiedente asilo sia *sicuro*. Si tratta di un accertamento che in linea di principio non dovrebbe essere condizionato da alcuna considerazione di carattere formale, dovendo limitarsi, come detto, alla verifica di una circostanza di fatto rapportata alla situazione specifica della persona interessata nel momento storico in cui si pone il problema. Secondo il Comitato esecutivo dell'UNHCR, l'esito di tale accertamento potrà essere considerato positivo soltanto qualora permetta di verificare che, nel paese terzo verso cui è operato il rinvio, siano soddisfatte le seguenti condizioni: *a)* al richiedente asilo deve essere permesso di rimanere nel territorio di tale paese; *b)* gli/le deve

essere garantito un trattamento dignitoso nel rispetto dei diritti umani fondamentali internazionalmente riconosciuti; c) gli/le deve essere assicurata protezione contro il *refoulement* ⁽⁶⁴⁾. In realtà, allo stato attuale non può ragionevolmente sostenersi che la posizione dell'UNHCR corrisponda in tutte le sue componenti al principio di *non-refoulement* come operante secondo il diritto internazionale contemporaneo. In particolare, la condizione *sub a)* non trova rispondenza nella prassi degli Stati, i quali non condizionano normalmente il rinvio di un richiedente asilo verso un paese terzo alla verifica che sarà ad esso assicurata protezione all'interno del territorio di tale paese. Ne consegue che, al di fuori dei contesti in cui la materia in oggetto è regolamentata da trattati o da fonti normative derivanti da accordi internazionali ⁽⁶⁵⁾, lo Stato di destinazione della persona interessata può avvalersi della stessa facoltà esercitata da quello da cui l'individuo è stato ad esso rinvio, a condizione naturalmente che il paese terzo verso cui è disposto l'ulteriore rinvio possa considerarsi sicuro. La prassi consistente nell'operare più rinvii di richiedenti asilo tra paesi sicuri, particolarmente diffusa negli anni '70 ed '80 del secolo scorso, produce il fenomeno dei cosiddetti « rifugiati in orbita » ⁽⁶⁶⁾.

Per quanto riguarda invece la condizione enucleata nella lettera *b)*, essa non dà adito a dubbi interpretativi particolari. A tale proposito la Corte europea dei diritti dell'uomo ha sottolineato che « the existence of domestic laws and accession to international treaties guaranteeing respect for fundamental rights in principle are not in themselves sufficient to ensure adequate protection against the risk of ill-treatment where [...] reliable sources have reported practices resorted to or tolerated by the authorities which are manifestly contrary to the principles of the Convention » ⁽⁶⁷⁾. Coerentemente con quanto rilevato poco sopra, è quindi necessario che la verifica della sussistenza di adeguati *standards* di protezione dei diritti fondamentali nel paese di

⁽⁶⁴⁾ Cfr. UNHCR Executive Committee, Conclusion n. 58 (XL) - 1989, *The Problem of Refugees and Asylum Seekers who Move in an Irregular Manner from a Country in which they had already found Protection*, doc. A/AC.96/737 (1989), parte N, par. 23.

⁽⁶⁵⁾ Un esempio di fonte normativa adottata al fine di prevenire la prassi descritta nel testo è rappresentato dal regolamento (CE) n. 343/2003 del Consiglio, del 18 febbraio 2003, che stabilisce i criteri e i meccanismi di determinazione dello Stato membro competente per l'esame di una domanda d'asilo presentata in uno degli Stati membri da un cittadino di un paese terzo (regolamento « Dublino II »), *G.U.C.E. L 50* del 25 febbraio 2003, p. 1 ss.

⁽⁶⁶⁾ Cfr. MELANDER, *Refugees in Orbit*, Geneva, 1978; WEIS, *Refugees in Orbit, Israel Yearbook on Human Rights*, 1980, p. 157 ss.

⁽⁶⁷⁾ Cfr. *Saadi c. Italia*, cit., par. 147.

destinazione del richiedente asilo sia effettuata sulla base della situazione di fatto effettivamente esistente in tale paese. Questa conclusione implica, tra l'altro, che non possano operare presunzioni di natura giuridica basate sul presupposto che un determinato paese sia in ogni caso sicuro, qualora esse siano smentite, appunto, dalla situazione di fatto in esso sussistente. Ciò anche quando una siffatta presunzione sia stabilita per effetto di un trattato o di una fonte da esso derivata. La Corte europea dei diritti dell'uomo ha affrontato tale problema in una recente sentenza ⁽⁶⁸⁾, nella quale, tra l'altro, ha condannato il Belgio per violazione dell'art. 3 della Convenzione europea per aver rinvio un richiedente asilo verso la Grecia in applicazione del regolamento «Dublino II», il quale stabilisce i criteri e i meccanismi di determinazione dello Stato membro competente per l'esame di una domanda d'asilo presentata in uno degli Stati membri da un cittadino di un paese terzo ⁽⁶⁹⁾. La Corte ha raggiunto tale conclusione basandosi sul fatto che le autorità belghe, rinviando il ricorrente verso la Grecia, lo avevano esposto al rischio di subire trattamenti vietati dall'art. 3, determinati dalle deficienze caratterizzanti la procedura di asilo in tale ultimo paese. Secondo la Corte — nonostante che il par. 2 del preambolo del suddetto regolamento stabilisca una presunzione in base alla quale «gli Stati membri [dell'Unione Europea], tutti rispettosi del principio di non respingimento, sono considerati Stati sicuri per i cittadini di paesi terzi» — il Governo belga avrebbe dovuto «not merely to assume that the applicant would be treated in conformity with the Convention standards but, on the contrary, to first verify how the Greek authorities applied their legislation on asylum in practice. Had they done this, they would have seen that the risks the applicant faced were real and individual enough to fall within the scope of Article 3» ⁽⁷⁰⁾. In altre parole, l'elemento che ha integrato la responsabilità del Belgio è stato esattamente quello di basare la decisione di deportare il ricorrente verso la Grecia «solely on the basis of the presumption — by virtue of the tacit acceptance provided for in the Dublin Regulation — that the Greek authorities would honour their obligations» ⁽⁷¹⁾,

⁽⁶⁸⁾ Cfr. M.S.S. c. *Belgio e Grecia*, ricorso n. 30696/09, grande camera, sentenza del 21 gennaio 2011. Per un commento a questa sentenza si veda MAGI, *Protezione dei richiedenti asilo «par ricochet» o protezione «par moitié»?* La Grande Camera ripartisce fra gli Stati contraenti le responsabilità per violazioni della Convenzione europea conseguenti al trasferimento di un richiedente asilo in attuazione del regolamento «Dublino II», *Rivista*, 2011, p. 824 ss.

⁽⁶⁹⁾ Cfr. *supra*, nota 65.

⁽⁷⁰⁾ Cfr. M.S.S. c. *Belgio e Grecia*, cit., par. 359.

⁽⁷¹⁾ *Ibid.*, par. 325.

senza aver effettuato alcun accertamento sulle condizioni effettive dei richiedenti asilo in Grecia nel momento in cui doveva decidere se effettuare il trasferimento della persona interessata verso tale paese. Al contrario, le autorità belghe avrebbero dovuto effettuare tale accertamento e, alla luce delle condizioni effettivamente esistenti in Grecia, considerare la suddetta presunzione come contraddetta. Coerentemente, la Corte ha anche condannato il Belgio, sempre per violazione dell'art. 3, in quanto il trasferimento del ricorrente verso la Grecia lo ha esposto a condizioni di vita e di detenzione corrispondenti ad un trattamento degradante ⁽⁷²⁾.

La decisione della Corte di Strasburgo relativa al caso *M.S.S. c. Belgio e Grecia* si è subito segnalata per il potenziale effetto dirompente che sembrava poter determinare sul regime relativo all'asilo in vigore nell'ambito del diritto dell'Unione Europea, in quanto andava ad intaccare una presunzione fondamentale di tale regolamentazione, ovvero quella relativa alla qualità di tutti gli Stati membri quali paesi sicuri ⁽⁷³⁾. In realtà, lo stesso regolamento «Dublino II» (il quale, tra l'altro, è soggetto ad una proposta di riforma attualmente in discussione ⁽⁷⁴⁾) offre una soluzione all'apparente profilo di incompatibilità tra la disciplina in esso contenuta e la posizione assunta dalla Corte europea dei diritti dell'uomo nel caso appena sommariamente descritto. Si tratta dell'art. 3, par. 2, il quale stabilisce che, in deroga alla regola generale (secondo cui lo Stato membro competente ad esaminare una domanda d'asilo deve essere determinato sulla base dei criteri stabiliti nel capo III del regolamento stesso), «ciascuno Stato membro può esaminare una domanda d'asilo presentata da un cittadino di un paese terzo, anche se tale esame non gli compete in base ai criteri stabiliti nel presente regolamento». In considerazione del fatto che tale disposizione non individua alcuna condizione che uno Stato membro

⁽⁷²⁾ *Ibid.*, par. 367.

⁽⁷³⁾ In tal senso, oltre al citato par. 2 del preambolo del regolamento «Dublino II», si veda il *Protocollo (n. 29) sull'asilo per i cittadini degli Stati membri dell'Unione Europea*, 1997, in Unione Europea, *Raccolta dei trattati*, Lussemburgo, 1999, p. 561, il quale stabilisce che «[g]li Stati membri dell'Unione Europea, dato il livello di tutela dei diritti e delle libertà fondamentali da essi garantito, si considerano reciprocamente paesi d'origine sicuri a tutti i fini giuridici e pratici connessi a questioni inerenti l'asilo».

⁽⁷⁴⁾ Cfr. proposta di regolamento del Parlamento europeo e del Consiglio che stabilisce i criteri e i meccanismi di determinazione dello Stato membro competente per l'esame di una domanda di protezione internazionale presentata in uno degli Stati membri da un cittadino di un paese terzo o da un apolide, 3 dicembre 2008, COM(2008) 820 definitivo, 2008/0243 (COD), disponibile all'indirizzo <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=CELEX:52008PC0820:IT:NOT>.

sia tenuto a rispettare qualora intenda avocare a se stesso la competenza ad esaminare una domanda di asilo che non gli competerebbe ai sensi dei criteri stabiliti dal regolamento, nulla osta a che tale attribuzione di competenza sia posta in essere qualora si accerti che nel paese che sarebbe competente in base ai suddetti criteri gli *standards* di trattamento dei richiedenti asilo non siano in linea con i principi relativi ai diritti umani fondamentali internazionalmente riconosciuti. Sul problema ha avuto modo di pronunciarsi la Corte di giustizia dell'Unione Europea alla fine del 2011 ⁽⁷⁵⁾, stabilendo che — nonostante il fatto che il regolamento « Dublino II » sia improntato sul principio di reciproca fiducia tra gli Stati membri ⁽⁷⁶⁾ — la presunzione in base alla quale gli Stati membri devono essere considerati sicuri non può essere considerata come assoluta ⁽⁷⁷⁾. In particolare, tale presunzione deve essere disattesa nell'ipotesi in cui « si abbia motivo di temere seriamente che sussistono carenze sistemiche nella procedura di asilo e nelle condizioni di accoglienza dei richiedenti asilo nello Stato membro competente, che implicino un trattamento inumano o degradante » ⁽⁷⁸⁾. Di conseguenza, l'art. 4 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione Europea (in base al quale, appunto, « [n]essuno può essere sottoposto a tortura, né a pene o trattamenti inumani o degradanti ») deve essere interpretato « nel senso che gli Stati membri, compresi gli organi giurisdizionali nazionali, sono tenuti a non trasferire un richiedente asilo verso lo 'Stato membro competente' ai sensi del regolamento n. 343/2003 quando non possono ignorare che le carenze sistemiche nella procedura di asilo e nelle condizioni di accoglienza dei richiedenti asilo in tale Stato membro costituiscono motivi seri e comprovati di credere che il richiedente corra un rischio reale di subire trattamenti inumani o degradanti ai sensi di tale disposizione » ⁽⁷⁹⁾.

La stessa conclusione deve essere raggiunta — secondo la Corte — nel caso in cui il rinvio di un richiedente asilo verso uno Stato membro sia suscettibile di tradursi in una violazione degli articoli 1 (inviolabilità della dignità umana), 18 (diritto di asilo) e 47 (diritto a un ricorso

⁽⁷⁵⁾ Cfr. cause riunite C-411/10 e C-493/10, N.S. c. *Secretary of State for the Home Department* e M.E., A.S.M., M.T., K.P., E.H. c. *Refugee Applications Commissioner, Minister for Justice, Equality and Law Reform*, grande sezione, sentenza del 21 dicembre 2011.

⁽⁷⁶⁾ *Ibid.*, par. 79.

⁽⁷⁷⁾ *Ibid.*, par. 103 s.

⁽⁷⁸⁾ *Ibid.*, par. 86. In relazione a tale ipotesi la Corte fa esplicitamente riferimento al caso della Grecia e alla sentenza M.S.S. c. *Belgio e Grecia* sopra descritta (si veda par. 89).

⁽⁷⁹⁾ *Ibid.*, par. 106.

effettivo e a un giudice imparziale) della stessa Carta dei diritti fondamentali ⁽⁸⁰⁾. Di conseguenza, nel caso in cui sia sussistente il rischio che una delle anzidette disposizioni venga violata occorrerà astenersi dal rinviare il richiedente asilo verso un paese membro in cui ciò sia suscettibile di verificarsi. In tale situazione, lo Stato membro presso cui si trova il richiedente asilo, ferma restando la facoltà di esaminare esso stesso la domanda (prevista, come sopra rilevato, dall'art. 3, par. 2, del regolamento «Dublino II»), dovrà proseguire l'esame degli ulteriori criteri enucleati dal regolamento e verificare se essi permettano di identificare un altro Stato membro *sicuro* competente ad esaminare la domanda di asilo ⁽⁸¹⁾, sempre che ciò non conduca ad «aggravare una situazione di violazione dei diritti fondamentali di tale richiedente con una procedura di determinazione dello Stato membro competente che abbia durata irragionevole» ⁽⁸²⁾.

La posizione assunta dalla grande sezione della Corte di giustizia conferma in modo chiaro l'assunto sopra affermato, in base al quale uno Stato non può considerarsi sicuro qualora non offra garanzie adeguate sul rispetto dei diritti fondamentali internazionalmente riconosciuti a favore dei richiedenti asilo.

L'ultima condizione che deve sussistere affinché uno Stato terzo possa essere considerato sicuro risiede nella esigenza che il richiedente asilo, qualora sia rinviato verso tale paese, non sia sottoposto ad un rischio di *refoulement*. Ci riferiamo al cosiddetto «*refoulement* indiretto», sul quale ha avuto modo di pronunciarsi in più di un'occasione la Corte europea dei diritti dell'uomo, affermando che «indirect removal [...] to an intermediary country [...] does not affect the responsibility of the [State] to ensure that the applicant is not, as a result of its decision to expel, exposed to treatment contrary to Article 3 of the Convention» ⁽⁸³⁾. Ciò — anche in questo caso — a prescindere dal fatto che la misura di deportazione sia attuata in applicazione di un accordo internazionale tra gli Stati coinvolti nella fattispecie concreta ⁽⁸⁴⁾. Coerentemente, la Corte ha affermato che, nei casi relativi al

⁽⁸⁰⁾ *Ibid.*, par. 115.

⁽⁸¹⁾ *Ibid.*, par. 107.

⁽⁸²⁾ *Ibid.*, par. 108.

⁽⁸³⁾ Cfr. T.I. c. *Regno Unito*, ricorso n. 43844/98, decisione sull'ammissibilità del 7 marzo 2000, p. 15.

⁽⁸⁴⁾ Nel caso in oggetto si trattava di una fattispecie in cui si intendeva applicare la Convenzione di Dublino sulla determinazione dello Stato competente per l'esame di una domanda di asilo in uno degli Stati membri delle Comunità europee, 15 giugno 1990, G.U.C.E. C 254 del 19 agosto 1997, p. 1. Lo stesso principio è stato recentemente ribadito dalla Corte di Strasburgo in relazione al regolamento «Dublino II»; si veda

possibile respingimento di richiedenti asilo, « [i]ts main concern is whether effective guarantees exist that protect the applicant against arbitrary *refoulement*, be it direct or indirect, to the country from which he or she has fled » (85). Di conseguenza, la deportazione di un richiedente asilo verso un paese di per se stesso sicuro, ma in cui vi sia il rischio che la persona interessata sia rinviata verso uno Stato terzo nel quale sussista un pericolo che essa subisca delle persecuzioni, integra una violazione del divieto di *refoulement*. Quest'ultimo include quindi sia il *refoulement diretto* che quello *indiretto*.

8. Tra le problematiche inerenti al principio del *non-refoulement*, di particolare interesse è quella relativa alla sua estensione applicativa *ratione loci*. In relazione a tale aspetto, per alcuni decenni è andato avanti in dottrina un dibattito sul problema consistente nel determinare se il principio in oggetto limitasse la sua efficacia ai soli rifugiati già presenti sul territorio dello Stato o se, al contrario, presupponesse anche un divieto di *respingimento alla frontiera* nei confronti di coloro che fuggissero da un paese in cui fossero sottoposti ad un rischio di persecuzione (86).

Ai giorni nostri, può essere sostenuto senza tema di smentita che si è affermata l'accezione del divieto di *refoulement* maggiormente estesa, in base alla quale tale divieto include anche il respingimento alla frontiera. Del resto, in termini logico-giuridici, la correttezza di tale posizione può essere dedotta non soltanto dalla *ratio* sottostante al divieto in esame — il quale, perseguendo lo scopo di proteggere i richiedenti asilo da una minaccia alla loro vita o integrità psicofisica, non può essere circoscritto entro limiti eminentemente formali — ma anche dalla stessa formulazione dell'art. 33 della Convenzione di

K.R.S. c. *Regno Unito*, ricorso n. 32733/08, decisione sull'ammissibilità del 2 dicembre 2008, p. 16. La correttezza della posizione della Corte europea è confermata dalla prassi giurisdizionale sviluppatasi in materia a livello nazionale; cfr. LENZERINI, *Asilo e diritti umani*, cit., p. 421 ss.

(85) Cfr. M.S.S. c. *Belgio e Grecia*, cit., par. 286 (corsivo aggiunto).

(86) Tra i sostenitori dell'indirizzo più restrittivo vi erano ROBINSON, *Convention Relating to the Status of Refugee: A Commentary*, New York, 1953, p. 163; AGA KHAN, *Legal Problems relating to Refugees and Displaced Persons*, *Recueil des cours*, t. 149, 1976, p. 287 ss., p. 318 ss.; GRAHL-MADSEN, *Territorial Asylum*, Stockholm, 1980, p. 40. La tesi più estensiva era invece sostenuta, tra gli altri, da WEIS, *Legal Aspects of the Convention of 25 July 1951*, *British Year Book of Int. Law*, 1953, p. 478 ss., p. 482 s.; SCHNYDER, *Les aspects juridiques actuels du problème des réfugiés*, in *Recueil des cours*, t. 114, 1965, p. 335 ss., p. 381; KRENZ, *The Refugee as a Subject of International Law*, *Int. and Comparative Law Quarterly*, 1966, p. 90 ss., p. 104; GRIEG, *The Protection of Refugees and Customary International Law*, cit., p. 134.

Ginevra. La norma in oggetto utilizza infatti l'espressione « shall expel or return ('refouler') »⁽⁸⁷⁾ (nel testo francese, « n'expulsera ou ne refoulera »), la quale, ponendo le azioni indicate dai due verbi che la compongono come fattispecie alternative, presuppone necessariamente che esse facciano riferimento a due situazioni distinte. Ciò posto, considerato che il termine « expel » copre l'ipotesi dell'allontanamento dello straniero già presente sul territorio dello Stato, l'espressione « return » deve riferirsi al non respingimento alla frontiera; tanto più che il significato etimologico sia di « refouler » che di « return » (che tra i suoi sinonimi annovera « rebound » e « bounce back ») è proprio riferito all'azione di « respingere »⁽⁸⁸⁾. Tale interpretazione è rafforzata da un ulteriore elemento testuale incluso nell'art. 33, ovvero la specificazione che la proibizione del *refoulement* ricopre la messa in atto dello stesso « in any manner whatsoever »⁽⁸⁹⁾, confermando quindi che la norma intende occupare la massima estensione applicativa possibile.

Un altro elemento, assai significativo, che conferma la correttezza dell'indirizzo qui perorato risiede nella prassi successiva alla Convenzione di Ginevra, caratterizzata dal fatto che la maggior parte degli strumenti internazionali pertinenti — tra cui, ad esempio, la Dichiarazione delle Nazioni Unite sull'asilo territoriale⁽⁹⁰⁾, la Convenzione africana del 1969 che regola gli aspetti specifici dei problemi inerenti ai rifugiati in Africa⁽⁹¹⁾ e la Dichiarazione di Cartagena sui rifugiati del 1984⁽⁹²⁾ — includono espressamente nel concetto di *non-refoulement* il respingimento alla frontiera, mentre in nessuno degli altri strumenti tale concetto è espresso in modo da persuadere ad appoggiare la tesi opposta. Concordemente, la dottrina più recente ritiene che il divieto

⁽⁸⁷⁾ Corsivo aggiunto.

⁽⁸⁸⁾ In tal senso si veda UNHCR, *Advisory Opinion on the Extraterritorial Application of Non-Refoulement Obligations under the 1951 Convention relating to the Status of Refugees and its 1967 Protocol*, 26 gennaio 2007, disponibile all'indirizzo <http://www.unhcr.org/refworld/pdfid/45f17a1a4.pdf>, par. 27: « [t]he ordinary meaning of 'return' includes 'to send back' or 'to bring, send, or put back to a former or proper place'. The English translations of 'refouler' 'include words like "repulse", "repel", "drive back".' It is difficult to conceive that these words are limited to refugees who have already entered the territory of a Contracting State. The ordinary meaning of the terms 'return' and 'refouler' does not support an interpretation which would restrict its scope to conduct within the territory of the State concerned, nor is there any indication that these terms were understood by the drafters of the 1951 Convention to be limited in this way » (note omesse).

⁽⁸⁹⁾ Cfr. GOODWIN-GILL, McADAM, *The Refugee in International Law*, cit., p. 246.

⁽⁹⁰⁾ Cfr. *supra*, nota 8.

⁽⁹¹⁾ Cfr. *supra*, nota 10.

⁽⁹²⁾ Cfr. *supra*, nota 13.

di *refoulement* includa anche il respingimento alla frontiera ⁽⁹³⁾. Di conseguenza, non sussistono ragionevoli dubbi sul fatto che « [t]he principle of *non-refoulement* [...] encompasses any measure attributable to the State which could have the effect of returning an asylum seeker or refugee to the frontiers of territories where his or her life or freedom would be threatened, or where he or she is at risk of persecution, including interception, rejection at the frontier, or indirect *refoulement* » ⁽⁹⁴⁾.

9. La citazione riprodotta in chiusura del paragrafo precedente — utilizzando il termine *interception* — conduce ad affrontare un'ulteriore questione inerente al divieto di *refoulement*, probabilmente quella che, in assoluto, è risultata fino ad oggi la più controversa. Si tratta della problematica relativa al fatto se il divieto in oggetto includa o meno, nella sua estensione applicativa *ratione loci*, le zone extraterritoriali in cui lo Stato eserciti, *de jure* e/o *de facto*, la propria giurisdizione, particolarmente le zone marittime più o meno adiacenti alle proprie coste. In tal senso, mentre non sembrano sussistere ragionevoli dubbi sul fatto che il principio del *non-refoulement* si applichi pienamente all'interno del mare territoriale e della zona contigua ⁽⁹⁵⁾, la questione risulta essere assai più controversa con riguardo alle intercettazioni e ai respingimenti effettuati nel mare internazionale.

⁽⁹³⁾ Si vedano, tra gli altri, HAILBRONNER, *Non-Refoulement and Humanitarian Refugees: Customary International Law or Wishful Legal Thinking?*, *Virginia Journal of Int. Law*, 1986, p. 857 ss., p. 862; PLENDER, *The Present State of Research Carried Out by the English-Speaking Section of the Centre for Studies and Research*, in *Académie de Droit International de La Haye - Centre d'Etude et de Recherche de Droit International et de Relations Internationales, Le Droit d'Asile/The Right of Asylum*, Dordrecht/Boston/London, 1990, p. 63 ss., p. 89; CARELLA, *Esodi di massa e diritto internazionale*, *Rivista*, 1992, p. 903 ss., p. 909; GOODWIN-GILL, McADAM, *The Refugee in International Law*, cit., p. 207 s.; CHOLEWINSKI, *Enforced Destitution of Asylum Seekers in the United Kingdom: The Denial of Fundamental Human Rights*, *Int. Journal of Refugee Law*, 1998, p. 462 ss., p. 475; ALLAND, TEITGEN-COLLY, *Traité du droit d'asile*, Paris, 2002, p. 229; LAUTERPACHT, BETHLEHEM, *The Scope and Content of the Principle of Non-Refoulement: Opinion*, cit., p. 87 ss.; DROEGE, *Transfers of Detainees: Legal Framework, Non-Refoulement and Contemporary Challenges*, cit., p. 677.

⁽⁹⁴⁾ Cfr. Expert Roundtable organized by the United Nations High Commissioner for Refugees and the Lauterpacht Research Centre for International Law, University of Cambridge, 9-10 July 2001, *Summary Conclusions: the principle of non-refoulement*, documento disponibile all'indirizzo <http://www.unhcr.org/refworld/docid/470a33b00.html>, par. 4.

⁽⁹⁵⁾ Cfr. KLUG, HOWE, *The Concept of State Jurisdiction and the Applicability of the Non-Refoulement Principle to Extraterritorial Interception Measures*, in *Extraterritorial Immigration Control. Legal Challenges* (a cura di Ryan e Mitsilegas), Leiden/Boston, 2010, p. 70 ss., p. 92 ss.

La diatriba innescata da tale problema ha raggiunto i toni più alti negli anni '90 del secolo scorso, in occasione del celebre caso dei profughi di Haiti diretti in massa verso le coste degli Stati Uniti a seguito del colpo di stato che, nel settembre 1991, aveva rovesciato il governo democraticamente eletto del Presidente Aristide. Il 23 maggio 1992, al fine di porre un freno all'ingente flusso di persone che aspiravano a raggiungere le coste statunitensi per invocare la concessione dell'asilo, il Presidente Bush aveva emesso un'ordinanza con la quale disponeva che la marina statunitense intercettasse *in alto mare* le imbarcazioni provenienti da Haiti e « return [them] directly to Haiti without first determining if they qualify as refugees »⁽⁹⁶⁾. In questo modo, si intendeva impedire alle suddette imbarcazioni di raggiungere il limite delle acque territoriali degli Stati Uniti, dove, secondo la posizione assunta dal Governo americano, avrebbe iniziato ad operare il principio del *non-refoulement*. Di conseguenza, non raggiungendo la zona dove il loro diritto poteva essere fatto valere, i profughi provenienti da Haiti non avrebbero potuto invocare il principio in questione e gli Stati Uniti avrebbero evitato di incorrere in qualsiasi forma di responsabilità internazionale per i respingimenti effettuati. Ben presto, il caso raggiunse una corte d'appello, la quale ritenne che l'ordinanza emanata dal Presidente Bush integrasse una violazione del divieto di *refoulement*, ritenendo quest'ultimo applicabile nei confronti di « all refugees, regardless of location »⁽⁹⁷⁾. La sentenza fu però riformata dalla Corte suprema, sulla base dell'assunto che « a treaty cannot impose un contemplated extraterritorial obligations on those who ratify it through no more than its general humanitarian intent. Because the text of Article 33 cannot reasonably be read to say anything at all about a nation's actions toward aliens outside its own territory, it does not prohibit such actions »⁽⁹⁸⁾. In realtà, l'artificiosità dell'interpretazione fornita dalla Corte suprema è evidente, come rilevato nell'unica opinione dissenziente, resa dal giudice Blackmun; in essa è infatti enfatizzata la circostanza oggettiva in base alla quale « [a]rticle 33.1 is clear not only in what it says, but also in what it does not say: it does not include any geographical limitation. It limits only where a refugee may

⁽⁹⁶⁾ Cfr. *Executive Order No. 12.807, Int. Legal Materials*, 1993, p. 1046.

⁽⁹⁷⁾ Cfr. *Haitian Centers Council, Inc. v. McNary*, Court of Appeals, 2nd Cir., 1992, 969 F. 2d 1350, p. 1362. Per un commento a tale caso si veda CASTROGIOVANNI, *Sul refoulement dei profughi haitiani intercettati in acque internazionali*, *Rivista*, 1994, p. 474 ss.; cfr. anche GOODWIN-GILL, *The Haitian Refoulement Case: A Comment*, *Int. Journal of Refugee Law*, 1994, p. 103 ss.

⁽⁹⁸⁾ Cfr. *Sale v. Haitian Centers Council Inc.*, Supreme Court, 21 giugno 1993, 509 U.S. 155, *Int. Legal Materials*, 1993, p. 1039 ss., p. 1055.

be sent 'to', not where he may be sent from. This is not surprising, given that the aim of the provision is to protect refugees against persecution » ⁽⁹⁹⁾.

La condotta degli Stati Uniti con riguardo ai profughi di Haiti catalizzò forti critiche, espresse dagli organismi internazionali competenti in materia di diritto d'asilo. Già il 17 marzo 1993, precedentemente all'emanazione della sentenza da parte della Corte suprema, la Commissione inter-americana dei diritti umani aveva raccomandato al Governo statunitense, quale misura provvisoria, di « review as a matter of urgency its practice of stopping on the seas vessels destined for the USA with Haitians and returning them to Haiti without affording them an opportunity to establish whether they qualify as refugees under the Protocol Relating to the Status of Refugees, or as asylees under the American Declaration on the Rights and Duties of Man » ⁽¹⁰⁰⁾. Successivamente, nella decisione sul merito, resa il 13 marzo 1997, la Commissione concluse che, in conseguenza del fatto che gli Stati Uniti « summarily interdicted and repatriated Haitian refugees to Haiti without making an adequate determination of their status, and without granting them a hearing to ascertain whether they qualified as 'refugees' » ⁽¹⁰¹⁾, essi si erano resi responsabili della violazione di una serie rilevante di diritti previsti dalla Dichiarazione americana dei diritti e doveri dell'uomo, ovvero il diritto alla vita, il diritto alla libertà, il diritto alla sicurezza della persona, il diritto all'uguaglianza di fronte alla legge, il diritto ad un ricorso effettivo e il diritto di asilo ⁽¹⁰²⁾. Anche l'UNHCR non mancò di manifestare la propria critica nei confronti della condotta statunitense; il giorno successivo a quello della pronuncia della Corte suprema l'Alto Commissariato diffuse una dichiarazione in cui faceva presente che « blocking the flight of refugees and summarily repatriating them to a place where their lives or freedom would be threatened is contrary to the applicable international refugee treaties and to the international principle of 'non-return' of refugees [...] the obligation to not return refugees to persecution arises irrespective of whether governments are acting within or outside their borders » ⁽¹⁰³⁾.

⁽⁹⁹⁾ *Ibid.*, p. 1061.

⁽¹⁰⁰⁾ Cfr. *Haitian Interdiction v. United States*, caso n. 10.675, rapporto n. 51/96, 13 marzo 1997, *Int. Human Rights Reports*, 1998, p. 120.

⁽¹⁰¹⁾ Cfr. *Report n. 51/96, Decision of the Commission as to the Merits of Case 10.675, United States*, 13 marzo 1997, disponibile all'indirizzo <http://www.cidh.oas.org/annualrep/96eng/USA10675.htm>, par. 163.

⁽¹⁰²⁾ *Ibid.*, par. 183 ss.

⁽¹⁰³⁾ Cfr. *UN High Commissioner for Refugees Responds to U.S. Supreme Court Decision in Sale v. Haitian Centers Council*, *Int. Legal Materiale*, 1993, p. 1215.

La condotta degli Stati Uniti si poneva quindi in evidente contrasto con la natura e lo scopo del principio del *non-refoulement* ⁽¹⁰⁴⁾. Tuttavia, negli anni successivi, approfittando dell'(apparente) incertezza che governava la materia, nonché — in particolare — della virtuale assenza di conseguenze (al di là delle dichiarazioni di critica da parte dell'UNHCR) a cui sarebbero stati esposti in caso di non rispetto del principio in oggetto, alcuni Stati hanno occasionalmente imitato l'esempio statunitense ⁽¹⁰⁵⁾. Tra i paesi che hanno seguito tale prassi, l'Italia si è recentemente distinta per alcuni trattati stipulati con la Libia, tra il 2007 e il 2009, aventi lo scopo, tra gli altri, di combattere l'immigrazione clandestina. Ad esempio, nell'art. 19 del Trattato di amicizia, partenariato e cooperazione tra la Repubblica italiana e la Grande Giamahiria araba libica popolare socialista, stipulato il 30 agosto 2008 ⁽¹⁰⁶⁾, si legge che, al fine di intensificare « la collaborazione in atto nella lotta [...] all'immigrazione clandestina [...] le due Parti promuovono la realizzazione di un sistema di controllo delle frontiere terrestri libiche, da affidare a società italiane in possesso delle necessarie competenze tecnologiche ». Nel dare esecuzione a tale disposizione, l'Italia aveva sviluppato una politica consistente nell'intercettazione dei migranti (inclusi i richiedenti asilo) che cercavano di attraversare le acque del Mediterraneo e nel respingimento sommario degli stessi — senza alcuna valutazione della loro situazione individuale — verso il territorio libico. Si tenga conto che la Libia non ha mai ratificato la Convenzione di Ginevra del 1951 ⁽¹⁰⁷⁾ e che le garanzie inerenti al rispetto dei diritti umani inserite nei trattati sopra menzionati lasciavano piuttosto a desiderare; ad esempio, nel Trattato del 2008 appena citato era soltanto incluso, all'art. 6, uno scarso riferimento all'impegno delle parti, « di comune accordo », di agire « conformemente [...] agli obiettivi e ai principi della Carta delle Nazioni Unite e della Dichiarazione universale dei diritti dell'uomo ». Ora, volendo pensare maliziosamente (ma in modo corretto in termini giuridici), il fatto che la norma in questione non andasse oltre alla Dichiarazione

⁽¹⁰⁴⁾ Per una recente critica alla sentenza della Corte suprema degli Stati Uniti si veda l'opinione concorrente del giudice Pinto de Albuquerque rispetto alla sentenza della Corte europea dei diritti dell'uomo relativa al caso *Hirsi Jamaa e a. c. Italia, supra*, nota 1.

⁽¹⁰⁵⁾ In tal senso si veda TERRASI, *I respingimenti in mare di migranti alla luce della Convenzione europea dei diritti umani, Diritti umani e diritto int.*, 2009, p. 591 ss., p. 592, il quale fa riferimento al tentativo degli Stati di approfittare di una « zona grigia » nella regolamentazione della materia.

⁽¹⁰⁶⁾ Pubblicato in *G.U.* 18 febbraio 2009 n. 40.

⁽¹⁰⁷⁾ Si veda <http://www.unhcr.org/3b73b0d63.html>.

universale del 1948 sembra tradire la volontà di lasciare fuori dal Trattato tutta l'evoluzione a cui la materia dei diritti umani è stata sottoposta nei sessant'anni ad essa successivi. Ciò assume particolare rilevanza in relazione alla materia del diritto d'asilo, in quanto, sebbene l'art. 14 della Dichiarazione universale contempli espressamente il diritto a favore di chiunque « to seek and to enjoy in other countries asylum from persecution », è pacifico che tale norma dovesse essere interpretata non come fonte di un diritto soggettivo della persona di ottenere asilo, bensì quale diritto dello Stato a cui è richiesta protezione di offrire tale beneficio ⁽¹⁰⁸⁾. Di conseguenza, il Trattato del 2008 — di fatto — non prevedeva alcun impegno da parte degli Stati contraenti di rispettare le norme internazionali sul diritto d'asilo (aggirando quindi anche gli obblighi gravanti sull'Italia in forza della Convenzione di Ginevra del 1951), configurando quest'ultimo secondo la propria concezione tradizionale di mera facoltà degli Stati.

In ogni caso, il 23 febbraio 2012 la grande camera della Corte europea dei diritti dell'uomo si è pronunciata sulla questione, a seguito di un ricorso presentato da alcuni cittadini somali ed eritrei i quali, nel maggio 2009, avevano tentato di raggiungere le coste italiane; le loro imbarcazioni erano state intercettate dalla Guardia costiera italiana e i migranti, a bordo di navi militari italiane, erano stati ricondotti in Libia (da dove erano partiti alla volta dell'Italia) ed affidati alle autorità locali. Il caso — *Hirsi Jamaa e a. c. Italia* ⁽¹⁰⁹⁾ — si è immediatamente segnalato per la sua importanza, proprio perché ha finalmente fatto chiarezza sulla questione dei respingimenti in alto mare. In particolare, la Corte — ribadendo che gli obblighi scaturenti dalla Convenzione europea dei diritti dell'uomo estendono la loro efficacia anche al di fuori del territorio dello Stato propriamente detto, in tutte le zone in cui lo stesso Stato abbia un controllo effettivo e sia in grado di esercitare la propria autorità ⁽¹¹⁰⁾ — ha rilevato come, nel caso di specie, i ricorrenti si trovassero « under the continuous and exclusive *de jure* and *de facto* control of the Italian authorities » dal momento in cui erano stati fatti salire a bordo delle navi italiane. Il fatto che l'Italia esercitasse la propria giurisdizione su di essi — ai sensi dell'art. 1 della Convenzione — era quindi indiscutibile ⁽¹¹¹⁾. La Corte ha poi ribadito

⁽¹⁰⁸⁾ Cfr. LENZERINI, *Asilo e diritti umani*, cit., p. 102 ss.

⁽¹⁰⁹⁾ Cfr. *Hirsi Jamaa e a. c. Italia*, supra, nota 1.

⁽¹¹⁰⁾ *Ibid.*, par. 73 ss. Si tratta di un principio condiviso da tutti gli organismi di controllo istituiti dai trattati sui diritti umani, che può dirsi ormai corrispondente ad una regola di diritto consuetudinario.

⁽¹¹¹⁾ Cfr. *Hirsi Jamaa e a. c. Italia*, cit., par. 81 s.

il carattere assoluto del divieto sancito dall'art. 3 della Convenzione europea ⁽¹¹²⁾ e — avendo accertato che una volta respinti verso la Libia i ricorrenti sarebbero stati esposti a trattamenti rientranti nell'ambito di applicazione di tale articolo ⁽¹¹³⁾ (non potendo quindi la Libia essere considerato un paese sicuro) ⁽¹¹⁴⁾, nonché che le autorità italiane erano al corrente (o avrebbero dovuto esserlo) dell'esistenza di tale pericolo ⁽¹¹⁵⁾ — ha concluso che la condotta dell'Italia ha integrato una violazione dell'art. 3 ⁽¹¹⁶⁾. È interessante notare come la Corte abbia sottolineato il fatto che i vari regimi di diritto internazionale potenzialmente applicabili alla fattispecie in oggetto — incluse le norme relative al salvataggio di persone in mare e quelle che disciplinano la lotta contro il traffico di esseri umani — impongono in ogni caso « to fulfil the obligations arising out of international refugee law, including the “non-refoulement” principle » ⁽¹¹⁷⁾. Altro punto importante evidenziato dalla Corte riguarda un corollario fondamentale del divieto di *refoulement*, ovvero la circostanza in base alla quale, in caso di intercettazioni in mare di migranti, gli Stati sono tenuti in ogni caso ad accertare se tra essi vi siano persone che necessitino di protezione internazionale, a prescindere dal fatto che esse abbiano o meno presentato una domanda d'asilo ⁽¹¹⁸⁾.

Sempre in relazione all'art. 3, la Corte ha individuato un ulteriore profilo di illiceità nella condotta dell'Italia, in quanto essa, respingendo i ricorrenti verso la Libia, li ha esposti al pericolo di *refoulement indiretto* ⁽¹¹⁹⁾. A tale proposito, la Corte ha reiterato il principio in base al quale « removal of an alien leaves the responsibility of the Contracting State intact, and that State is required [...] to ensure that the

⁽¹¹²⁾ *Ibid.*, par. 122.

⁽¹¹³⁾ *Ibid.*, par. 123 ss.

⁽¹¹⁴⁾ *Ibid.*, par. 127.

⁽¹¹⁵⁾ *Ibid.*, par. 131.

⁽¹¹⁶⁾ *Ibid.*, par. 138.

⁽¹¹⁷⁾ *Ibid.*, par. 134.

⁽¹¹⁸⁾ *Ibid.*, par. 133 e par. 157. Cfr. anche *Chahal c. Regno Unito*, cit., par. 104 s.; *Jabari c. Turchia*, ricorso n. 40035/98, sentenza dell'11 luglio 2000, par. 40 s.; *M.S.S. c. Belgio e Grecia*, cit., par. 359; *Report to the Italian Government on the visit to Italy carried out by the European Committee for the Prevention of Torture and Inhuman or Degrading Treatment or Punishment (CPT) from 27 to 31 July 2009*, 28 aprile 2010, disponibile all'indirizzo <http://www.cpt.coe.int/documents/ita/2010-inf-14-eng.htm>, par. 32 (su tale rapporto si vedano: RICCIUTI, *Il Comitato europeo contro la tortura e la prassi italiana dei respingimenti verso la Libia*, *Diritti umani e diritto int.*, 2010, p. 673 ss.; LIGUORI, *La Corte europea dei diritti dell'uomo condanna l'Italia per i respingimenti verso la Libia del 2009: il caso Hirsi*, cit., p. 428).

⁽¹¹⁹⁾ Cfr. *Hirsi Jamaa e a. c. Italia*, cit., par. 158.

person in question would not face a real risk of being subjected to treatment contrary to Article 3 in the event of repatriation » ⁽¹²⁰⁾.

Come è stato notato in dottrina, la posizione assunta dalla Corte con riguardo all'art. 3 è suscettibile di determinare — seppur indirettamente — implicazioni assai rilevanti che vanno oltre alla fattispecie specifica oggetto del caso in discussione. In particolare, i rilievi espressi con riguardo alla sussistenza della giurisdizione dello Stato di bandiera sulla nave che opera i respingimenti potrebbero essere agevolmente estesi, *mutatis mutandis*, alle sedi diplomatiche, nelle quali è indubbio che gli Stati esercitino la propria giurisdizione ad un livello non inferiore a quello che caratterizza l'esercizio della medesima prerogativa sulle proprie imbarcazioni ⁽¹²¹⁾. La possibilità che il divieto di *refoulement* si applichi anche in relazione ad individui che cerchino protezione presso una sede diplomatica (invocando il cosiddetto « asilo diplomatico ») è stata del resto implicitamente ammessa — seppure con molta cautela — dalla stessa Corte di Strasburgo, in un *obiter dictum* pronunciato in occasione della sentenza *Al-Saadoon e Mufdhi c. Regno Unito* del 2010 ⁽¹²²⁾.

Oltre all'art. 3, la Corte ha anche individuato una violazione dell'art. 4 del Protocollo n. 4, il quale proibisce le espulsioni collettive degli stranieri. Si tratta di una posizione inedita da parte dei giudici di Strasburgo, basata sulla considerazione che non vi sono ostacoli alla applicazione extraterritoriale della norma in oggetto ⁽¹²³⁾, né — parallelamente — che la sua estensione debba essere limitata agli stranieri legalmente presenti nel territorio dello Stato ⁽¹²⁴⁾. Ciò posto, alla luce della circostanza che la Convenzione europea « is a living instrument

⁽¹²⁰⁾ *Ibid.*, par. 146.

⁽¹²¹⁾ Cfr. HESSBRUEGGE, *European Court of Human Rights Protects Migrants Against « Push Back » Operations the High Seas*, *ASIL Insights*, vol. 16, n. 14, 17 aprile 2012, disponibile all'indirizzo <http://www.asil.org/pdfs/insights/insight120417.pdf>, p. 3.

⁽¹²²⁾ Cfr. *Al-Saadoon e Mufdhi c. Regno Unito*, ricorso n. 61498/08, sentenza del 2 marzo 2010, par. 139 (« [i]t is not necessary in this judgment for the Court to examine generally the principles of 'diplomatic asylum' or to establish when, if ever, the surrender of an individual by a Contracting State's diplomatic or consular agents could give rise to a violation of the Convention. It merely notes in passing that the Commission in its admissibility decision in *W.M. v. Denmark*, [...] Commission decision of 14 October 1992, [...] appeared to assume, albeit without detailed reasoning, that the *Soering* principle against *refoulement* would apply where an individual sought and was refused refuge in a Contracting State's embassy »). Si veda, nello stesso senso, l'opinione concorrente del giudice Pinto de Albuquerque nella sentenza *Hirsi*.

⁽¹²³⁾ Cfr. *Hirsi Jamaa e a. c. Italia*, cit., par. 173.

⁽¹²⁴⁾ *Ibid.*, par. 174.

which must be interpreted in the light of present-day conditions »⁽¹²⁵⁾, l'interpretazione dell'art. 4 del Protocollo n. 4 deve concentrarsi sullo scopo da esso perseguito, che è quello di « prevent States being able to remove certain aliens without examining their personal circumstances and, consequently, without enabling them to put forward their arguments against the measure taken by the relevant authority »⁽¹²⁶⁾. Di conseguenza, qualora « Article 4 of Protocol No. 4 were to apply only to collective expulsions from the national territory of the States Parties to the Convention, a significant component of contemporary migratory patterns would not fall within the ambit of that provision [...] Article 4 would thus be ineffective in practice with regard to such situations, which, however, are on the increase. The consequence of that would be that migrants having taken to the sea, often risking their lives, and not having managed to reach the borders of a State, would not be entitled to an examination of their personal circumstances before being expelled, unlike those travelling by land »⁽¹²⁷⁾.

La sussistenza di una violazione dell'art. 4 del Protocollo n. 4 appare quindi evidente, in ragione del fatto che « the transfer of the applicants to Libya was carried out without any form of examination of each applicant's individual situation »⁽¹²⁸⁾.

Il *refoulement* in alto mare dei ricorrenti verso la Libia ha infine integrato, secondo la Corte, una violazione del diritto ad un rimedio effettivo sancito dall'art. 13 della Convenzione europea. Ciò in quanto la deportazione sommaria dei ricorrenti ha impedito loro di avere accesso « to a procedure to identify them and to assess their personal circumstances before they were returned to Libya »⁽¹²⁹⁾. Tale circostanza assume particolare rilevanza in quanto, nel contesto del diritto d'asilo, è di vitale importanza che sia garantito a favore di « anyone subject to a removal measure, the consequences of which are potentially irreversible, the right to obtain sufficient information to enable them to gain effective access to the relevant procedures and to substantiate their complaints »⁽¹³⁰⁾. La conclusione della Corte, in connessione con quanto rilevato in relazione al divieto di espulsioni collettive, permette di porre enfasi su un assunto basilare accessorio al

⁽¹²⁵⁾ *Ibid.*, par. 175.

⁽¹²⁶⁾ *Ibid.*, par. 177.

⁽¹²⁷⁾ *Ibid.*

⁽¹²⁸⁾ *Ibid.*, par. 185. Per un'analisi maggiormente approfondita di tale punto si veda LIGUORI, *La Corte europea dei diritti dell'uomo condanna l'Italia per i respingimenti verso la Libia del 2009: il caso Hirsi*, cit., p. 429 ss.

⁽¹²⁹⁾ Cfr. *Hirsi Jamaa e a. c. Italia*, cit., par. 202.

⁽¹³⁰⁾ *Ibid.*, par. 204.

divieto di *refoulement* — complementare all'obbligo dello Stato di accertare se vi sia la necessità di fornire protezione anche in assenza di una specifica domanda d'asilo — ovvero l'esistenza di un dovere giuridico di esaminare nel dettaglio la situazione individuale di ciascun migrante prima di procedere alla deportazione dello stesso. Si tratta di un obbligo procedurale che si pone quale presupposto indispensabile per la concreta attuazione dell'obbligo primario di risultato che caratterizza il principio del *non-refoulement* ⁽¹³¹⁾.

La sentenza *Hirsi* è finalmente giunta a spazzare via i dubbi inerenti all'annosa questione relativa ai respingimenti in alto mare. In realtà, anche prima dell'intervento della Corte di Strasburgo appariva evidente — come sostenuto da una parte della dottrina ⁽¹³²⁾ — che tale fattispecie dovesse sussumersi nell'area applicativa del divieto di *refoulement*. Come sottolineato dalla stessa Corte, « the special nature of the maritime environment cannot justify an area outside the law where individuals are covered by no legal system capable of affording them enjoyment of the [internationally protected human] rights and guarantees » ⁽¹³³⁾. Ciò conferma che l'interpretazione fornita dalla Corte europea dei diritti dell'uomo va al di là — seppure implicitamente — rispetto a quanto espressamente dichiarato nel dispositivo della sentenza appena esaminata. Essa, infatti, oltre a coprire la situazione caratterizzante il caso di specie, in cui i ricorrenti erano stati condotti in Libia da parte di navi militari italiane, all'interno delle quali sussisteva senza alcun dubbio la giurisdizione dello Stato di bandiera, è suscettibile di estendersi fino a ricomprendere le ipotesi in cui una nave militare, sempre in acque internazionali, si limiti ad impedire l'ingresso nelle proprie acque ad un'imbarcazione di richiedenti asilo — ad esempio attraverso la minaccia dell'uso della forza o semplicemente

⁽¹³¹⁾ Cfr. HESSBRUEGGE, *European Court of Human Rights Protects Migrants Against « Push Back » Operations the High Seas*, cit., p. 4. Si vedano anche WOUTERS, *International Legal Standards for the Protection from Refoulement*, Antwerp, 2009, p. 164 ss.; DEN HEIJER, *Europe beyond its Borders: Refugee and Human Rights Protection in Extraterritorial Immigration Control*, in *Extraterritorial Immigration Control. Legal Challenges*, cit., p. 170 ss., p. 190; SALERNO, *L'obbligo internazionale di non-refoulement dei richiedenti asilo, Diritti umani e diritto int.*, 2010, p. 487 ss., p. 507; MORENO-LAX, *Seeking Asylum in the Mediterranean: Against a Fragmentary Reading of EU Member States' Obligations Accruing at Sea*, *Int. Journal of Refugee Law*, 2011, p. 174 ss., p. 219.

⁽¹³²⁾ In tal senso cfr., tra gli altri, HATHAWAY, *The Rights of Refugees under International Law*, Cambridge, 2005, p. 161; LENZERINI, *Asilo e diritti umani*, cit., p. 384 ss.; MORENO-LAX, *Seeking Asylum in the Mediterranean: Against a Fragmentary Reading of EU Member States' Obligations Accruing at Sea*, cit., p. 204 s.; GOODWIN-GILL, *The Right to Seek Asylum: Interception at Sea and the Principle of Non-Refoulement*, cit., p. 452.

⁽¹³³⁾ Cfr. *Hirsi Jamaa e a. c. Italia*, cit., par. 178.

ostacolando la navigazione di tale imbarcazione — o a scortarla coattivamente verso lo Stato di provenienza o altro paese non sicuro, senza far salire a bordo e deportare essa stessa i migranti. In relazione ad un caso del genere potrebbe sorgere il dubbio che non sussista la giurisdizione — e, *a fortiori*, la responsabilità — dello Stato di bandiera della suddetta nave militare, non avendo quest'ultima stabilito un controllo sufficientemente intenso nei confronti dei migranti. In realtà, come si evince dalla posizione assunta dalla Corte nel caso *Medvedyev e a. c. Francia*, affinché il requisito dell'esistenza della giurisdizione sia soddisfatto, è sufficiente che vi sia un « *de facto continued and uninterrupted control* »⁽¹³⁴⁾ nei confronti dell'imbarcazione respinta. L'effettiva sussistenza di una tale situazione fattuale deve essere valutata non sulla base di condizioni rigide e predeterminate, bensì esclusivamente alla luce della verifica del risultato per cui chi esercita il controllo — a prescindere dai mezzi utilizzati — determini una situazione per effetto della quale coloro che sono controllati siano di fatto costretti a rispettare le condizioni loro imposte. È evidente come tale situazione si produca nei casi di *refoulement* in alto mare, anche qualora le persone respinte non siano fatte salire a bordo della nave che opera il respingimento nel caso concreto⁽¹³⁵⁾.

Tale conclusione è confermata dalla stessa natura ed estensione applicativa del divieto di *refoulement*, il quale, per poter essere violato, non richiede necessariamente la sussistenza della giurisdizione nel senso proprio del termine. Ciò discende naturalmente dal fatto che il divieto in oggetto include anche i respingimenti alla frontiera⁽¹³⁶⁾. Si pensi al caso in cui dei richiedenti asilo cerchino di ottenere protezione presso lo Stato confinante con quello in cui sussista il pericolo di persecuzione; affinché le autorità del paese a cui è richiesto asilo violino il divieto di *refoulement* è sufficiente che chiudano le frontiere, impedendo di fatto alle persone interessate di ottenere protezione contro le persecuzioni sofferte o temute. In tale situazione, la violazione si consuma nei confronti di individui che si trovano ancora all'interno di uno spazio sottoposto alla giurisdizione di un paese diverso rispetto a

⁽¹³⁴⁾ Cfr. *Medvedyev e a. c. Francia*, ricorso n. 3394/03, grande camera, sentenza del 29 marzo 2010, par. 67.

⁽¹³⁵⁾ La stessa conclusione è raggiunta da LIGUORI, *La Corte europea dei diritti dell'uomo condanna l'Italia per i respingimenti verso la Libia del 2009: il caso Hirsi*, cit., p. 434; si vedano anche le pagine successive dello stesso scritto, in cui è sviluppata una disamina di fattispecie analoghe a quella descritta nel testo. Cfr. anche, nello stesso senso, KLUG, HOWE, *The Concept of State Jurisdiction and the Applicability of the Non-Refoulement Principle to Extraterritorial Interception Measures*, cit., p. 95.

⁽¹³⁶⁾ Si veda il paragrafo precedente.

quello autore del *refoulement*. Ora, se il *refoulement* include i respingimenti attuati alle frontiere terrestri nel caso appena descritto, non è dato alcun motivo per cui non dovrebbe estendersi anche a quelli che avvengono alle « frontiere » marittime.

Un ultimo punto che resta brevemente da analizzare riguarda le possibili alternative a disposizione di uno Stato in caso di intercettazioni in alto mare di migranti bisognosi di protezione internazionale, diverse da quella di consentire ai migranti stessi l'ingresso nel proprio territorio. Di fatto, tale ingresso può essere legittimamente rifiutato qualora le persone interessate possano usufruire *in modo effettivo e concreto* di alternative che consentano loro di ottenere comunque protezione, ad esempio presso un altro paese (sicuro) verso il quale la nave sia in grado di dirigersi autonomamente ⁽¹³⁷⁾; un'altra valida alternativa è quella consistente nel soccorrere i richiedenti asilo in mare e condurli verso un paese sicuro diverso da quello di bandiera della nave che esegue il soccorso ⁽¹³⁸⁾. Diversamente, tutte le volte in cui l'azione dello Stato di bandiera si risolve nel respingimento dei richiedenti asilo verso spazi dove la loro vita o libertà siano in pericolo, si produce una violazione dell'obbligo di *non-refoulement*. Ciò include anche l'ipotesi in cui un'imbarcazione di richiedenti asilo sia costretta, a seguito del diniego di protezione da parte dello Stato a cui essa era stata richiesta, a vagare in alto mare, senza che vi sia la certezza che possa ottenere protezione presso un luogo sicuro. Anche se in questo caso non è attuato in modo diretto alcun respingimento verso un paese a rischio, non può ovviamente sostenersi che l'alto mare sia un luogo sicuro dove le persone interessate possano usufruire di protezione adeguata; appare infatti lapalissiano come vagare in alto mare non risponda a *standards* di vita in linea con i diritti fondamentali internazionalmente riconosciuti.

10. La sentenza *Hirsi* ha finalmente condotto a compimento la lunga evoluzione del diritto internazionale in materia di *non-refoulement*. Optando per una visione ottimistica è possibile ritenere che essa, in un certo senso, abbia sigillato le falle che in passato connotavano la realizzazione concreta del principio in oggetto. Tali falle — rappresentate in particolare dalla possibilità di assoggettare il divieto di *refoule-*

⁽¹³⁷⁾ Cfr. GOODWIN-GILL, McADAM, *The Refugee in International Law*, cit., p. 268.

⁽¹³⁸⁾ Cfr. TREVISANUT, *The Principle of Non-Refoulement at Sea and the Effectiveness of Asylum Protection*, *Max Planck Yearbook of United Nations Law*, 2008, p. 205 ss., p. 237.

ment a deroghe e dalla limitata estensione applicativa *ratione loci* dello stesso — erano del resto assolutamente incoerenti con la *ratio* sottostante al medesimo divieto e con il fine da esso perseguito, anche se possono apparire comprensibili qualora siano contestualizzate all'epoca storica in cui gli strumenti giuridici internazionali pertinenti hanno visto la luce. Oggi, la rimozione di siffatte lacune, ed il conseguente avanzamento della protezione garantita ai richiedenti asilo tramite il principio del *non-refoulement*, devono essere sicuramente salutati come passaggi fondamentali nel lungo cammino verso l'effettiva umanizzazione del diritto internazionale.

FEDERICO LENZERINI

L'ARMONIZZAZIONE DELLA POLITICA SOCIALE ATTRAVERSO PRESCRIZIONI MINIME INTERNAZIONALI ED EUROPEE

SOMMARIO: 1. Introduzione. — 2. L'incidenza delle clausole di salvaguardia sulla tutela convenzionale dei diritti sociali... — 3. *Segue*: ...e sul bilanciamento dei diritti confliggenti. — 4. Le prescrizioni minime nel titolo X del Trattato sul funzionamento dell'Unione Europea. — 5. Effetti delle clausole di salvaguardia nelle direttive « sociali ». — 6. L'interpretazione della « maggiore protezione ». — 7. La rilevanza delle clausole di « non regresso ». — 8. Considerazioni conclusive.

1. La politica sociale è oggi il risultato della interazione di una pluralità di fonti di livello nazionale, sovranazionale e internazionale. La compresenza di disposizioni fondate su sistemi giuridici caratterizzati da obiettivi parzialmente difformi mette in evidenza l'esigenza di individuare meccanismi di coordinamento che assicurino coerenza negli ordinamenti nazionali. A questa esigenza sembrerebbero preordinate alcune clausole, previste tanto dal titolo X del Trattato sul funzionamento dell'Unione Europea, quanto dalle convenzioni internazionali del lavoro e dalle convenzioni europee per la tutela dei diritti interessati dalle politiche sociali, che in sostanza definiscono « minima » la disciplina predisposta e salvaguardano le disposizioni nazionali o internazionali che garantiscono una « maggiore protezione ».

Non è chiara, tuttavia, l'incidenza di tali clausole negli ordinamenti nazionali perché esse, per un verso, sembrerebbero innescare un meccanismo di rinvio tra i vari ordinamenti giuridici che privilegia il regime giuridico risultante di volta in volta più garantista, mentre, per altro verso, appaiono limitare la disciplina ad una soglia di base riservando agli Stati membri la libertà di elaborare autonomamente le proprie politiche sociali.

È, peraltro, probabile che la funzione delle clausole sulla tutela minima vari a seconda delle finalità dello strumento giuridico che le contiene e dei caratteri del sistema di riferimento. Di conseguenza, potrebbe risultare preponderante, a seconda dei casi, la funzione della « massimizzazione » della protezione sociale in una prospettiva di progresso e di apertura tra gli ordinamenti oppure la funzione della

salvaguardia dei modelli sociali nazionali. Se si ipotizza che la diversità delle finalità cui le clausole sulla tutela minima sono preordinate incida sulla loro efficacia, si rivela utile analizzarne separatamente il fondamento e le implicazioni, facendo riferimento, innanzitutto, ai sistemi convenzionali sulla tutela dei diritti sociali e, di seguito, all'ordinamento dell'Unione Europea, per verificare, da ultimo, se e in quale misura esse perseguono una coerenza complessiva della politica sociale europea. Ciò inevitabilmente comporta che si considerino anche i diritti di libertà che incidono o sono comunque coinvolti nelle politiche sociali.

2. I principali sistemi convenzionali di tutela sociale contengono clausole di salvaguardia delle disposizioni nazionali più favorevoli. La clausola certamente più risalente è quella prevista dall'art. 19, par. 8, dello Statuto dell'Organizzazione internazionale del lavoro (OIL), che stabilisce: « In no case shall the adoption of any Convention or Recommendation by the Conference, or the ratification of any convention by any Member, be deemed to affect any law, award, custom or agreement which ensures more favourable conditions to the workers concerned than those provided for in the Convention or Recommendation ». Si intende così salvaguardare la vigenza o la futura introduzione di norme nazionali o internazionali che assicurino una maggiore tutela sociale, considerando che la normativa convenzionale rilevi quale minimo comune denominatore della politica sociale degli Stati contraenti. Nell'ambito dell'OIL il carattere minimo della disciplina convenzionale sembrerebbe, per certi versi, collegarsi anche all'esigenza, sancita dall'art. 41 dello Statuto dell'OIL, di assicurare una certa flessibilità agli Stati membri in ragione della loro diversa situazione sociale e economica nell'attuazione degli obblighi derivanti dalle convenzioni sul lavoro. Ai sensi di questa disposizione, infatti, gli Stati riconoscono che « differences of climate, habits and customs, of economic opportunities and industrial tradition, make strict uniformity in the conditions of labour difficult of immediate attainment. But, holding as they do, that labour should not be regarded merely as an article of commerce, they think that there are methods and principles for regulating labour conditions which all industrial communities should endeavour to apply, so far as their special circumstances will permit ». Come è noto, l'esigenza di adattare la tutela del lavoro ai diversi gradi di sviluppo si è tradotta nell'utilizzazione di varie tecniche di elaborazione normativa, denominate di *souplesse*, che, in sostanza, consentono agli Stati margini di difformità nel recepimento dei vincoli convenzio-

nali. Tuttavia, l'art. 19, par. 8, dello Statuto dell'OIL diverge dall'obiettivo delle clausole di *souplesse* perché esso non legittima interventi di modulazione del contenuto degli obblighi convenzionali. Esso, peraltro, sostanzialmente corrisponde al contenuto delle clausole di salvaguardia presenti nelle più importanti convenzioni internazionali sulla tutela dei diritti sociali. L'art. 5, par. 2, del Patto sui diritti economici, sociali e culturali contiene, ad esempio, una disposizione analoga, in base alla quale: « There shall be no restriction upon or derogation from any fundamental rights recognized or existing in any State Party to the present Covenant pursuant to law, conventions, regulations or custom on the pretext that the present Covenant does not recognize such rights or that it recognizes them to a lesser extent ».

Anche le convenzioni adottate in seno al Consiglio d'Europa contengono clausole che salvaguardano la maggiore protezione sociale garantita dall'ordinamento nazionale. Una di queste è l'art. 32 della Carta sociale europea (art. H nella nuova versione), secondo il quale: « The provisions of this Charter shall not prejudice the provisions of domestic law or of any bilateral or multilateral treaties, conventions or agreements which are already in force, or may come into force, under which more favourable treatment would be accorded to the persons protected ». Anche questa disposizione, la cui formulazione non è variata in seguito alla revisione della Carta, precisa che il trattamento più favorevole è da riferire alla medesima « persona tutelata ». Risulta formulato in modo più ampio ma sostanzialmente simile l'art. 53 della Convenzione europea dei diritti dell'uomo, in base al quale: « Nothing in this convention shall be construed as limiting or derogating from any of the human rights and fundamental freedoms which may be ensured under the laws of any High Contracting Party or under any other agreement to which it is a Party ».

Al di là di alcune differenze nella formulazione, queste clausole sono espressione di un *favor* per il rafforzamento della tutela delle persone protette, in base al quale il regime convenzionale sarebbe da considerare una garanzia minima e non pregiudicherebbe l'eventuale maggiore protezione accordata dall'ordinamento nazionale ⁽¹⁾. Di conseguenza, qualora un diritto tutelato dalle convenzioni trovi nell'ordinamento interno una protezione maggiore di quella prevista dal sistema internazionale, la norma che accorda la protezione maggiore dovrebbe

⁽¹⁾ Cfr. DE MEYER, *Brèves réflexions à propos de l'article 60 de la Convention européenne des droits de l'homme*, in *Protecting Human Rights: The European Dimension - Studies in Honour of Gerard J. Wiarda* (a cura di Matscher e Petzold), Berlin, 1988, p. 121 ss.

prevalere. Secondo questa opinione, l'effetto di prevalenza costituirebbe espressione del principio per cui « les garanties assurées par le droit positif se complètent les unes les autres, la plus favorable prévalant, en cas de conflit, sur la moins favorable » (2). Alla base di questa interpretazione si è ravvisata una concezione giusnaturalistica che riferisce l'esigenza della clausola di salvaguardia all'ontologica impossibilità di enunciare in modo esaustivo il contenuto dei diritti fondamentali, inerenti per natura all'essere umano e difficilmente trasponibili in testi giuridici, se non mediante una operazione che sintetizzi, in modo inevitabilmente approssimativo e imperfetto, principi che trascendono il diritto positivo (3). In questa prospettiva, le clausole di salvaguardia servirebbero a correggere l'imperfezione insita nella formulazione delle disposizioni che enunciano i diritti, mediante un meccanismo di rinvio alle disposizioni più protettive ricavabili da altre fonti, di modo che si istituirebbe una sorta di complementarità e integrazione tra i vari sistemi di protezione.

La prassi di applicazione dell'OIL e del Consiglio d'Europa, tuttavia, indica che le clausole di salvaguardia non incidono sul funzionamento dei sistemi convenzionali, dando vita ad una integrazione virtuosa tra il livello nazionale e quello internazionale. Al riguardo, è opportuno considerare tanto l'orientamento degli organi di controllo che utilizza le clausole ai fini dell'individuazione del parametro di protezione, quanto quello che le valorizza per la sua interpretazione.

Si deve, innanzitutto, escludere che le clausole estendano il novero dei diritti tutelati nei sistemi convenzionali in virtù di altre fonti di diritto internazionale o nazionale. La Commissione europea dei diritti dell'uomo ha, ad esempio, in varie occasioni escluso che l'art. 53 della Convenzione europea, invocato dai ricorrenti per denunciare la violazione di diritti fondati su altre convenzioni internazionali o sul diritto interno, appresti tutela a situazioni giuridiche prive di una base nella Convenzione europea (4). In queste occasioni la Commissione europea ha affermato l'inammissibilità dei ricorsi, negando che l'art. 53 determini un'estensione *ratione materiae* dell'ambito di applicazione della Convenzione europea.

(2) *Ibidem*, p. 125.

(3) Secondo questa opinione, infatti, « ces textes ne créent pas ces droits, qui sont inhérents à la nature humaine. Ils ne peuvent que constituer l'expression plus ou moins réussie de principes généraux qui transcendent le droit positif et qui s'imposent même à défaut de tout texte de ce genre » (*ibidem*, p. 128).

(4) Si veda, ad esempio, la dec. 1° dicembre 1993, *M.K. et al. v. Greece*, app. n. 20723-24/92, 22213-18 e 22220-27/93.

Si deve, parimenti, escludere che, mediante le clausole di salvaguardia, gli Stati contraenti abbiano inteso obbligarsi sul piano convenzionale a garantire il maggior livello esistente sul piano nazionale, sulla base di un effetto di integrazione del parametro convenzionale uniforme con lo *standard* nazionale più elevato. Gli organi di controllo, del resto, si limitano a verificare la compatibilità delle misure complessivamente operanti negli ordinamenti nazionali con lo *standard* convenzionale e non ricavano dal più elevato trattamento nazionale obblighi ulteriori.

Questo modo di operare è chiaramente descritto nel rapporto recentemente pubblicato dalla Commissione di esperti sull'applicazione delle convenzioni dell'OIL. In particolare, il rapporto precisa come la Commissione di esperti, nell'esercizio delle funzioni di controllo dei rapporti statali abbia, tra l'altro, il compito di segnalare i cosiddetti « cases of progress » in presenza di misure legislative e prassi amministrative o giudiziarie così avanzate da costituire modelli positivi per lo sviluppo degli ordinamenti nazionali. Esso include in questa categoria le prassi nazionali che manifestano il superamento dello *standard* minimo convenzionale poiché, secondo il rapporto: « Recognising that Conventions lay down minimum standards, the practice may offer an example of a country extending the application or coverage of the Convention to enhance the achievement of its objectives, particularly in cases where the Convention contains flexibility clauses » (5). Il rapporto, tuttavia, sottolinea: « The Committee wishes to point out that the identification of a case of good practice does not in any way imply additional obligations for member states under the Conventions that they have ratified (...). Cases of good practice are therefore of an informative rather than prescriptive nature » (6). In sintesi, la prassi della Commissione di esperti, per un verso, indica l'importanza del rilevamento delle buone prassi nella prospettiva dell'instaurazione di un dialogo tra le parti sociali e gli organi di controllo finalizzato a favorire il progresso dei sistemi nazionali nelle modalità e nel livello della protezione accordata ai diritti sociali (7) e, per altro verso, esclude l'operatività di obblighi aggiuntivi rispetto a quelli stabiliti dalle convenzioni.

(5) *Ibidem*, p. 30.

(6) Doc. ILC.101/III1A, 101^a sessione della Conferenza internazionale del lavoro, 2012, p. 29, reperibile nel sito ufficiale dell'Organizzazione internazionale del lavoro.

(7) Cfr. ADAM, *Attività normative e di controllo dell'O.I.L. e evoluzione della comunità internazionale*, Milano, 1993, p. 10.

Un vero e proprio effetto di integrazione della normativa nazionale si produce soltanto in relazione alle convenzioni dell'OIL che espressamente lasciano agli Stati contraenti la definizione di alcuni elementi essenziali della disciplina convenzionale ⁽⁸⁾. Le clausole di questo tipo impongono agli Stati contraenti di esprimere sin dalla ratifica precise determinazioni integrative a completamento della disciplina convenzionale ⁽⁹⁾. Esse, dunque, non svolgono una funzione di salvaguardia del miglior trattamento nazionale ma presuppongono una co-definizione della disciplina convenzionale da parte degli Stati membri, la quale diviene nel suo complesso oggetto dell'attività di controllo. È evidente, quindi, che esse determinano un effetto ulteriore e non riferibile *sic et simpliciter* all'art. 19, par. 8, dello Statuto dell'OIL. Piuttosto, è la disciplina complessiva, risultante dal testo convenzionale e dalle misure nazionali di completamento, che forma quel regime minimo sul quale potrà ancora incidere l'art. 19, par. 8, dello Statuto dell'OIL, lasciando spazio ad interventi migliorativi.

Una volta accertato che le clausole di salvaguardia non determinano di per sé effetti integrativi degli obblighi convenzionali, ci si deve chiedere se esse implicino l'obbligo di interpretare le norme convenzionali in modo conforme al livello nazionale di tutela. Questa possibilità è stata espressamente esclusa dal giudice Verdross nell'opinione separata alla sentenza *Golder* nella quale, come è noto, la Corte europea dei diritti dell'uomo ha per la prima volta ricavato, in base ad un'interpretazione evolutiva dell'art. 6 della Convenzione europea, il diritto di accesso alla giustizia dalla garanzia del giusto processo. Sebbene la Corte europea non avesse basato la propria interpretazione sull'art. 53 della Convenzione europea, il giudice Verdross vi ha fatto riferimento per richiamare la distinzione che il sistema convenzionale stabilisce tra i diritti tutelati dalla Convenzione europea (di cui all'art. 1) e quelli che hanno fondamento negli ordinamenti nazionali degli Stati contraenti (di cui all'art. 53) e per dedurne l'impossibilità di utilizzare lo strumento interpretativo per superare tale distinzione ed eludere i limiti della giurisdizione della Corte ⁽¹⁰⁾.

⁽⁸⁾ Si veda, ad esempio, l'art. 2 della Convenzione n. 138 del 1973 che riserva agli Stati la fissazione dell'età minima di ammissione all'impiego.

⁽⁹⁾ Cfr. ADAM, *Attività normative e di controllo dell'O.I.L. e evoluzione della comunità internazionale*, cit., p. 77.

⁽¹⁰⁾ In particolare, secondo il giudice Verdross l'interpretazione dell'art. 6 della Convenzione europea prospettata dalla Corte europea nel caso *Golder* « runs counter, in my opinion, to the fact that the provisions of the Convention relating to rights and freedoms guaranteed by that instrument constitute also limits on the jurisdiction of the Court...The norms delimiting the bounds of that jurisdiction must therefore be

È pur vero che, secondo la prassi prevalente della Corte europea dei diritti dell'uomo, del Comitato europeo dei diritti sociali e della Commissione di esperti dell'OIL, le disposizioni convenzionali a tutela dei diritti sociali esigono una interpretazione che tenga conto, tra l'altro, del livello di sviluppo dei sistemi sociali nazionali. Il metodo seguito dagli organi di controllo non evidenzia, tuttavia, un rilievo specifico dello *standard* previsto dall'ordinamento nazionale oggetto del controllo. Piuttosto, gli organi di controllo del Consiglio d'Europa considerano quale parametro di riferimento dell'interpretazione evolutiva uno *standard* comune ricavabile dalla prassi della maggioranza degli Stati contraenti⁽¹¹⁾. Essi, inoltre, ricostruiscono tale *standard* sulla base di un'interpretazione sistematica delle disposizioni convenzionali che tenga conto del contenuto di altre disposizioni internazionali rilevanti e applicabili alle Parti contraenti. Nel caso *Defence for Children International*, ad esempio, il Comitato europeo dei diritti sociali ha affermato l'esigenza che le disposizioni della Carta sociale europea siano interpretate « in harmony with other rules of international law of which it forms part », secondo quanto è disposto dall'art. 31, par. 3, lett. c), della Convenzione di Vienna sul diritto dei trattati, nonché in modo da privilegiare il significato « most appropriate in order to realise the aim and achieve the object of the treaty »⁽¹²⁾. Pertanto, la rilevanza del livello di tutela nazionale non è da collegare alla presenza delle clausole di salvaguardia ma all'operatività delle regole generali sull'in-

interpreted strictly. In consequence, I do not consider it permissible to extend, by means of interpretation depending on clues, the framework of the clearly stated rights and freedoms » (opinione separata rispetto alla sent. 21 febbraio 1975, *Golder c. Regno Unito*, reperibile su <http://cmiskp.echr.coe.int>).

⁽¹¹⁾ Indicativa di questo orientamento è, ad esempio, una recentissima sentenza resa dalla Corte europea dei diritti dell'uomo in un caso concernente la pretesa violazione dell'art. 4 della Convenzione europea da parte dello Stato convenuto per non aver garantito al ricorrente i contributi necessari alla pensione di vecchiaia in relazione al lavoro prestato in carcere. La Corte europea ha in questo caso affermato l'esigenza di valutare se gli Stati contraenti siano obbligati a garantire un regime pensionistico ai lavoratori carcerati in base all'art. 4 della Convenzione europea facendo riferimento « to the standards prevailing in member states ». In applicazione di questo principio essa ha ritenuto: « However, having regard to the current practice of the member States, the Court does not find a basis for the interpretation of Article 4 advocated by the applicant. According to the information available to the Court, while an absolute majority of Contracting States affiliate prisoners in some way to the national security system or provide them with some specific insurance scheme, only a small majority affiliate working prisoners to the old-age pension system. (...) In sum, it appears that there is no sufficient consensus on the issue of the affiliation of working prisoners to the old-age pension system » (sent. 7 luglio 2011, *Stummer c. Austria*, paragrafi 128-132).

⁽¹²⁾ Dec. 20 ottobre 2009, *Defence for Children International v. The Netherlands*, n. 47/2008, paragrafi 35-36.

interpretazione dei trattati che valorizzano l'evoluzione sistemica e la considerazione dell'oggetto e dello scopo del trattato.

La stessa conclusione si raggiunge, peraltro, se si esamina la prassi dell'OIL, nell'ambito della quale, come è noto, l'Ufficio internazionale del lavoro ha assunto il compito di rendere, su richiesta degli Stati contraenti, pareri sul significato da attribuire alle disposizioni convenzionali oscure o ambigue. Nell'ambito dei pareri dell'Ufficio, le normative nazionali concernenti l'applicazione delle convenzioni internazionali del lavoro sono talora valorizzate al fine di assicurare un'interpretazione coerente con quella risultante dalla prassi di controllo della Commissione di esperti ⁽¹³⁾. Non vi sono elementi che indicano che l'adempimento convenzionale debba essere parametrato al livello di sviluppo raggiunto dagli ordinamenti nazionali, secondo una logica di integrazione dello *standard* minimo convenzionale con quello interno più favorevole. Al riguardo, la Commissione di esperti ha, invece, sempre ribadito l'esigenza dell'uniformità dei criteri che devono ispirare l'azione di controllo, sostenendo che essa consiste nel « déterminer si les prescriptions d'une convention donnée sont remplies, quelles que soient les conditions économiques et sociales existant dans un pays donné », per cui la Commissione deve farsi guidare soltanto « par les normes contenues dans la convention, sans toutefois perdre de vue le fait que les modalités de leur mise an œuvre peuvent différer suivant les Etats. Il s'agit de normes internationales et la manière dont leur application est évaluée doit être uniforme et ne doit pas être affectée par des conceptions dérivées d'aucun système social ou économique particulier » ⁽¹⁴⁾.

3. Una questione diversa concerne l'incidenza delle clausole di salvaguardia nel bilanciamento tra diritti diversi e attiene alla possibilità di attribuire a tali clausole un effetto di deroga delle disposizioni convenzionali per consentire la tutela di interessi aventi un « peso »

⁽¹³⁾ Si può trarre un esempio con riferimento alla Convenzione n. 102 sulla sicurezza sociale del 1959. L'Ufficio internazionale del lavoro ha affermato: « Of the countries which have so far ratified the Convention in respect of Part X, two (Greece and Mexico) apparently have no age limit; one (Israel) has fixed the limit at 40 years; two (Federal Republic of Germany and Yugoslavia) have fixed the limit at 50 years; one (UK) has fixed the limit at 50 years. No observations have been made on the subject by the Committee of Experts in respect of these countries » (*ILO Official Bulletin*, 45 (1962), p. 240). Cfr. MC MAHON, *The Legislative Techniques of the International Labour Organisation*, *The British Year Book of Int. Law*, 1965/1966, p. 87.

⁽¹⁴⁾ Rapporto 1977, par. 31, cit. in ADAM, *Attività normative e di controllo dell'O.I.L. e evoluzione della comunità internazionale*, cit., p. 178.

maggiore negli ordinamenti nazionali. Essa è venuta in rilievo, anche in relazione alla tutela dei diritti sociali, con riferimento all'art. 53 della Convenzione europea e potrebbe proporsi altresì rispetto alla Carta sociale europea e alle convenzioni internazionali del lavoro.

In alcuni casi, l'art. 53 della Convenzione europea è stato invocato dagli Stati parte nel tentativo di legittimare deroghe degli *standards* convenzionali per la tutela di interessi confliggenti contemplati nell'ordinamento nazionale. Nel caso *Open Door*, ad esempio, l'Irlanda, accusata della violazione dell'art. 10 della Convenzione europea in ragione dell'imposizione di limitazioni alla facoltà di fornire informazioni sulla possibilità e sulle condizioni dell'aborto in altri Stati, ha invocato l'art. 53 per l'esigenza di salvaguardare la tutela del diritto alla vita del nascituro predisposta dall'ordinamento costituzionale⁽¹⁵⁾. La Corte europea, tuttavia, non ha considerato l'art. 53 della Convenzione e, nel constatare la violazione dell'art. 10 della Convenzione europea, ha fatto riferimento al carattere sproporzionato e irragionevole delle restrizioni imposte rispetto all'obiettivo perseguito⁽¹⁶⁾.

In altri casi, il fondamento convenzionale di un interesse fatto valere dinanzi alla Corte europea è risultato controverso, dipendendo essenzialmente dalle potenzialità insite nel potere di interpretazione delle disposizioni della Convenzione europea. Un esempio è rappresentato dal caso *Gustafsson* che ha posto l'esigenza di bilanciare la tutela della libertà negativa di associazione dell'imprenditore con quella positiva dei sindacati alla difesa degli interessi occupazionali mediante la contrattazione collettiva, entrambi potenzialmente ricavabili dall'art.

⁽¹⁵⁾ Sent. 29 ottobre 1992, *Open Door and Dublin Well Woman v. Ireland*, par. 78.

⁽¹⁶⁾ Essa ha, infatti, affermato: « Without calling into question under the Convention the regime of protection of unborn life that exists under Irish law, the Court recalls that the injunction did not prevent Irish women from having abortions abroad and that the information it sought to restrain was available from other sources » (*ibidem*, par. 79). In un caso analogo il Governo danese ha valorizzato l'art. 53 della Convenzione europea nel tentativo di difendersi dall'accusa di aver violato l'art. 10 della Convenzione europea a causa delle sanzioni inflitte al ricorrente per un'intervista giornalistica che aveva diffuso le posizioni razziste espresse da un gruppo estremista locale (sent. 22 agosto 1994, *Jersild v. Denmark*, par. 21 ss.). Secondo lo Stato convenuto, infatti, l'art. 53 avrebbe impedito di interpretare l'art. 10 della Convenzione in modo limitativo della tutela garantita dall'art. 4 della Convenzione sulla eliminazione della discriminazione razziale, che vieta, in particolare, la propaganda di idee e di teorie discriminatorie in ragione della razza. Anche in questo caso, la Corte ha riscontrato la violazione dell'art. 10 senza riferirsi all'art. 53 della Convenzione europea e ha considerato che la condanna del giornalista esulasse dal margine di apprezzamento riconosciuto dall'art. 10 della Convenzione europea e fosse sproporzionata rispetto all'obiettivo di tutelare l'altrui reputazione.

11 della Convenzione europea ⁽¹⁷⁾. Anche in questo caso, lo Stato convenuto ha invocato l'art. 53 della Convenzione europea per giustificare la tutela riconosciuta dall'ordinamento nazionale alla libertà positiva di associazione sindacale e al diritto alla contrattazione collettiva. Ancora una volta, questo punto non è stato colto dalla Corte europea. Essa ha, infatti, escluso che la particolare tutela riconosciuta al diritto alla contrattazione collettiva nell'ordinamento svedese implicasse una illegittima interferenza nell'esercizio della libertà negativa di associazione per il fatto di aver cagionato all'imprenditore un pregiudizio economico. La Corte ha considerato che la libertà delle organizzazioni sindacali di perseguire la tutela degli interessi occupazionali discende dallo stesso art. 11 della Convenzione europea, se letto alla luce dell'art. 6 della Carta sociale europea e delle Convenzioni n. 87 e n. 98 dell'OIL. La rilevanza della posizione giuridica riconosciuta alle organizzazioni sindacali non è, tuttavia, ricollegata dalla Corte alla salvaguardia di diritti aventi fondamento « esterno » alla Convenzione ma è fondata sullo stesso art. 11 che, nel riconoscere agli Stati contraenti un ampio margine di apprezzamento, giustifica le restrizioni della libertà negativa di associazione necessarie al conseguimento di alcuni obiettivi legittimi e essenziali in una società democratica. La tutela del diritto alla contrattazione collettiva è stata, dunque, ricompresa nel legittimo perseguimento da parte dello Stato di obiettivi essenziali in una società democratica e suscettibili di limitare la portata della tutela dell'interesse contrapposto dell'imprenditore ⁽¹⁸⁾.

Non vi sono elementi nella giurisprudenza della Corte europea che indicano la rilevanza dell'art. 53 per la salvaguardia di diritti confliggenti con quelli tutelati dalla Convenzione. Infatti, gli interessi confliggenti sono stati generalmente considerati soltanto ai fini della delimitazione del margine di apprezzamento eventualmente riconosciuto agli Stati contraenti e dunque sulla base di un bilanciamento già effettuato a livello di Convenzione. In questo contesto, la Corte europea, lungi dall'affermare che l'interesse contrapposto tutelato dalle costituzioni o da altre convenzioni internazionali sia oggetto di una generale salvaguardia, attribuisce ad esso un rilievo nella valutazione della necessità e della proporzionalità delle misure nazionali di deroga eventualmente consentite dalle specifiche disposizioni convenzionali. La Corte europea tende, dunque, ad accertare che lo Stato abbia effettivamente e pienamente rispettato il livello di tutela stabilito dalle disposizioni

⁽¹⁷⁾ Sent. 25 aprile 1996, *Gustafsson v. Sweden*, par. 53.

⁽¹⁸⁾ *Ibidem*, par. 54.

convenzionali e che l'eventuale tutela di altri interessi non infici tale nucleo essenziale di protezione.

Non vi sono, peraltro, indicazioni nella prassi degli altri organi di controllo che prospettino l'incidenza delle clausole di salvaguardia nella protezione di interessi confliggenti accordata dagli ordinamenti nazionali o da altri sistemi convenzionali. Nel sistema dell'OIL la configurabilità di una facoltà di deroga degli obblighi convenzionali potrebbe, semmai, essere ricollegata alla presenza di clausole convenzionali dirette a consentire espressamente agli Stati contraenti la possibilità di limitare l'applicazione di specifiche parti della disciplina convenzionale alla condizione dell'equivalenza del regime nazionale con quello convenzionale. Le clausole di quest'ultimo tipo, in sostanza, permettono agli Stati contraenti una variazione nell'applicazione di parti della convenzione se ad essa corrispondono vantaggi almeno equivalenti a quelli che deriverebbero dalla piena applicazione delle sue disposizioni ⁽¹⁹⁾. È certo che tali clausole svolgono in una certa misura una funzione di « salvaguardia » della normativa nazionale « equivalente » ma, a differenza dell'art. 19, par. 8, dello Statuto, esse perseguono l'ulteriore finalità di rendere più flessibile l'attuazione degli obblighi convenzionali e sono infatti formulate in modo da precisare l'effetto di deroga.

Secondo la prassi, dunque, le clausole di salvaguardia non incidono di regola sui sistemi convenzionali di protezione dei diritti fondamentali, ai fini dell'integrazione, dell'interpretazione evolutiva o della derogabilità degli obblighi assunti dalle Parti contraenti. Per il corretto adempimento è, infatti, richiesto che lo *standard* di protezione previsto dal trattato risulti pienamente rispettato, a prescindere dall'eventuale maggiore protezione concessa a quei diritti, o a diritti con essi confliggenti, dal diritto nazionale.

Pertanto, le clausole di salvaguardia sembrano svolgere una funzione meramente permissiva nei confronti degli Stati contraenti, finalizzata a legittimare l'adozione di misure nazionali che elevano il livello di protezione dei diritti riconosciuti a livello convenzionale. Di conseguenza, le clausole di salvaguardia stabiliscono la facoltà degli Stati di prevedere, in aggiunta — ma non in deroga — a quello *standard*, un

⁽¹⁹⁾ Si veda, ad esempio, l'art. 1, par. 7, della Convenzione sulla sistemazione a bordo dei pescherecci, secondo il quale: « The provisions of part III of this convention may be varied in the case of any vessel if the competent authority is satisfied, after consultation with the fishing-vessel owners' and fishermen's organisations where such exist, that the variations to be made provide corresponding advantages as a result of which the over-all conditions are no less favourable than those that would result from the full application of the provisions of the Convention ».

trattamento più garantista. Se questa ricostruzione è corretta, è legittimo dubitare della efficacia costitutiva di tali clausole posto che esse, in sostanza, si limitano a ribadire ciò che normalmente consegue alla assunzione di vincoli convenzionali, ovvero la libertà degli Stati di stabilire obblighi aggiuntivi o rafforzativi della tutela ⁽²⁰⁾.

Semmai, dalla prassi degli organi di controllo esaminata in precedenza è desumibile, come si è già rilevato, l'importanza della promozione dello sviluppo e del progresso della tutela sociale anche al di là delle prescrizioni minime codificate.

4. Nel sistema dell'Unione Europea l'adozione di norme minime è prevista dai Trattati o da atti normativi in vari settori di competenza delle istituzioni europee, tendenzialmente caratterizzati da modelli nazionali particolarmente differenziati. Quello della politica sociale ha costituito, invero, uno dei primi settori nei quali una disciplina minima è stata prevista dal Trattato CEE, venendo, poi, progressivamente estesa a numerosi ambiti, tra i quali quelli della cooperazione giudiziaria in materia penale, delle politiche relative all'asilo e all'immigrazione, della protezione dei consumatori e della tutela dell'ambiente. Nel settore della politica sociale, già l'Atto unico europeo aveva introdotto il fondamento giuridico per l'adozione di direttive volte a realizzare un'armonizzazione minima finalizzata al miglioramento dell'ambiente di lavoro e della salute dei lavoratori ⁽²¹⁾. Il Trattato di Amsterdam ha,

⁽²⁰⁾ Questo principio, considerato appunto di portata generale, ha trovato, ad esempio, espressa enunciazione in una sentenza della Corte di cassazione in tema di disciplina dell'esecuzione dei provvedimenti stranieri secondo le regole interne se più favorevoli al perseguimento dell'oggetto e dello scopo delle convenzioni internazionali. La Corte ha affermato che opera « un principio generale secondo cui gli ordini di esecuzione dei trattati e delle convenzioni internazionali apportano all'ordinamento giuridico dello Stato che li ha emessi soltanto le modificazioni necessarie ad assicurare l'adempimento degli obblighi da esso assunti nell'ambito dell'ordinamento giuridico internazionale, ma non escludono, di regola, l'applicazione delle norme generali interne le quali risultino in concreto più favorevoli » (Cass. 27 febbraio 1979 n. 1273, *Rivista*, 1980, p. 533).

⁽²¹⁾ Alcune direttive in materia sociale erano già state adottate negli anni settanta, sfruttando, in assenza di una più specifica base giuridica, l'art. 100 TCE che consentiva al Consiglio di adottare direttive volte al ravvicinamento delle disposizioni legislative, regolamentari e amministrative degli Stati membri che avessero una incidenza sul mercato comune. Si possono ricordare, ad esempio, le direttive 75/129 sui licenziamenti collettivi, 77/187 sul mantenimento dei diritti dei lavoratori subordinati nei casi di trasferimenti di imprese, 80/987 sulla tutela dei lavoratori subordinati in caso di insolvenza del datore di lavoro. Altre direttive concernenti la parità di trattamento tra lavoratori e lavoratrici sono state adottate dal Consiglio sulla base dell'art. 235 TCE che consentiva al Consiglio di prevedere le disposizioni necessarie per raggiungere, nel

poi, esteso questa competenza a nuovi settori, quali la sicurezza sociale e la protezione sociale dei lavoratori, la rappresentanza e la difesa collettiva degli interessi dei lavoratori, le condizioni di impiego dei cittadini dei paesi terzi, l'integrazione delle persone escluse dal mercato del lavoro e la parità tra uomini e donne per quanto riguarda le opportunità nel mercato del lavoro ed il trattamento sul lavoro ⁽²²⁾. In base a questa disciplina, le direttive avrebbero garantito una tutela minima, riservando agli Stati membri la facoltà di mantenere o stabilire misure maggiormente protettive ⁽²³⁾.

Come è noto, le innovazioni introdotte dal Trattato di Amsterdam hanno segnato una significativa modifica dell'impostazione originaria, accolta dal Trattato di Roma, che considerava l'integrazione sociale quale mera ricaduta consequenziale all'integrazione dei mercati e tutelava i diritti sociali in modo funzionale alla realizzazione delle finalità economiche ⁽²⁴⁾. Il Trattato di Amsterdam ha, infatti, stabilito alcuni obiettivi sociali, ponendo specifici fondamenti normativi per l'azione delle istituzioni europee ⁽²⁵⁾.

L'entrata in vigore del Trattato di Lisbona ha ulteriormente accentuato questa tendenza, estendendo il novero delle finalità sociali che

funzionamento del mercato comune, una finalità della Comunità nel caso in cui il Trattato non avesse previsto i relativi poteri di azione (ad esempio, la direttiva 76/206 sulla parità di trattamento tra uomini e donne nell'accesso al lavoro, nella formazione e alla promozione professionale e nelle condizioni di lavoro).

⁽²²⁾ L'art. 137, par. 2, TCE ha, infatti, conferito al Consiglio la competenza ad « adottare, mediante direttive, le prescrizioni minime applicabili progressivamente, tenendo conto delle condizioni e delle normative tecniche esistenti in ciascuno Stato membro » per conseguire gli obiettivi della promozione dell'occupazione, del miglioramento delle condizioni di vita e di lavoro, della protezione sociale adeguata, del dialogo sociale, dell'inclusione sociale e della lotta contro l'emarginazione.

⁽²³⁾ Per un commento della disposizione cfr.: CORTESE PINTO, *Disposizioni sociali*, in *Trattati dell'Unione Europea e della Comunità europea* (a cura di Tizzano), Milano, 2004, p. 768 ss. Più in generale, sulle modifiche introdotte dal Trattato di Amsterdam in materia sociale si veda: ADINOLFI, *Le innovazioni previste dal Trattato di Amsterdam in tema di politica sociale*, *Il Diritto dell'Unione Europea*, 1998, p. 563 ss.; BETTEN, *The Amsterdam Treaty: Some General Comments on The New Social Dimension*, *Int. Journal of Comparative Labour Law and Industrial Relations*, 1997, p. 188 ss.; MAGNO, *Diritti sociali nell'ordinamento dell'Unione Europea dopo Amsterdam*, *Rivista di diritto del lavoro*, 1998, p. 17 ss.

⁽²⁴⁾ L'art. 151, par. 3, TFUE esprime questa impostazione allorché stabilisce che il perseguimento degli obiettivi sociali enunciati nel par. 1 risulterà dal funzionamento del mercato interno che favorirà l'armonizzarsi dei sistemi sociali oltre che dalle procedure previste dai Trattati e dal ravvicinamento delle disposizioni legislative, regolamentari e amministrative.

⁽²⁵⁾ Cfr. ADINOLFI, *Le innovazioni previste dal Trattato di Amsterdam in tema di politica sociale*, cit., p. 563.

l'art. 3 TUE ha attribuito all'Unione ⁽²⁶⁾. La tendenza all'approfondimento della dimensione sociale risulta anche dall'introduzione, nell'art. 9 TFUE, di una clausola sociale orizzontale e dall'attribuzione di forza vincolante e di rango primario alla Carta dei diritti fondamentali ⁽²⁷⁾. Nonostante queste innovazioni, l'ambito della competenza normativa per l'attuazione della politica sociale è rimasto sostanzialmente invariato e, infatti, è definito dall'art. 153 TFUE in termini del tutto analoghi alla disciplina previgente. Questa disposizione prevede che l'Unione sostiene e completa l'azione degli Stati membri nei settori già individuati dal Trattato di Amsterdam e, a tal fine, può adottare « le prescrizioni minime applicabili progressivamente, tenendo conto delle condizioni e delle normative tecniche esistenti in ciascuno Stato membro ». L'art. 153, par. 4, inoltre, precisa che le disposizioni sociali adottate non compromettono la facoltà riconosciuta agli Stati membri di definire i principi fondamentali del loro sistema di sicurezza sociale e « non ostano a che uno Stato membro mantenga o stabilisca misure compatibili con i trattati, che prevedano una maggiore protezione ».

La previsione delle prescrizioni minime si colloca in questa disposizione in un contesto in cui l'azione dell'Unione deve svolgersi nel rispetto di alcune prerogative nazionali, quali le condizioni e le normative tecniche, i principi fondamentali dei sistemi di sicurezza sociale, l'equilibrio finanziario, le questioni inerenti la retribuzione dei lavoratori e i diritti di associazione, di sciopero e di serrata. L'esigenza del rispetto dei sistemi nazionali risulta anche nella progressività nell'applicazione delle prescrizioni minime. Questa esigenza è evidentemente connessa alla notevole differenziazione dei modelli economici e sociali nazionali e alla circostanza che l'intento politico originario, ancora riflesso nelle disposizioni relative alla politica sociale, non tendeva all'elaborazione di un sistema sociale europeo uniforme ma alla predisposizione di condizioni di base per la realizzazione di un mercato unico concorrenziale e la prevenzione del *dumping* sociale.

Questo, infatti, non poteva essere realizzato imponendo una piena armonizzazione delle condizioni del lavoro secondo gli *standards* di tutela imposti dagli Stati membri economicamente più forti (e dotati di

⁽²⁶⁾ Cfr. BARATTA, *Le principali novità del Trattato di Lisbona, Il Diritto dell'Unione Europea*, 2008, p. 20 ss.; BERCUSSON, *The Lisbon Treaty and Social Europe, ERA Forum: scripta iuris europaei*, 2009, p. 87 ss.

⁽²⁷⁾ In base all'art. 9 TFUE l'Unione deve tener conto delle esigenze connesse con la promozione di un elevato livello di occupazione, la garanzia di un'adeguata protezione sociale, la lotta contro l'esclusione sociale e un elevato livello di istruzione, formazione e tutela della salute umana, nella definizione e nell'attuazione delle sue politiche ed azioni.

sistemi sociali più garantisti) perché ciò avrebbe determinato il collasso degli Stati membri caratterizzati da economie più deboli e pregiudicato irrimediabilmente il progetto europeo. Allo stesso tempo, una armonizzazione « verso il basso » avrebbe minacciato le garanzie sociali assicurate in alcuni Stati membri e sarebbe, dunque, risultata politicamente inaccettabile.

In queste circostanze, l'armonizzazione minima ha costituito il compromesso per una regolazione di base delle condizioni sociali nel mercato comune nel rispetto degli *standards* più garantisti previsti dalle normative nazionali. Il meccanismo che innesca tende, infatti, a scongiurare il rischio che la creazione del mercato comune e la ricerca della competitività ad ogni costo determini una corsa al ribasso della tutela sociale. Peraltro, la circostanza che lo stesso art. 153, par. 4, TFUE faccia riferimento all'applicazione progressiva delle disposizioni sociali indica anche l'esigenza di una visione dinamica della politica sociale europea, in virtù della quale lo *standard* minimo è concepito come situazione di partenza (per gli Stati membri ma anche per l'Unione) nella prospettiva di un avvicinamento crescente delle garanzie sociali. Se questa indicazione traspare dall'art. 153 TFUE, essa emerge chiaramente dall'art. 151 TFUE che enuncia tra gli obiettivi della politica sociale europea la promozione dell'occupazione e del miglioramento delle condizioni di vita e di lavoro che consenta la « parificazione » degli Stati membri « nel progresso ». Essa è, inoltre, implicita nell'obiettivo generale dell'integrazione sempre più stretta a livello politico e sociale tra gli Stati e i popoli dell'Unione.

5. Le direttive dell'Unione Europea in materia di politica sociale sono oramai numerose e tutte ribadiscono il carattere minimo della disciplina, salvaguardando la facoltà degli Stati membri di mantenere o prevedere una maggiore tutela.

Così disponendo, le direttive ammettono una certa difformità della tutela se questa è funzionale al mantenimento o al perseguimento di un livello di protezione sociale maggiore, da parte degli Stati membri o dell'Unione, in materie regolate dalle prescrizioni minime. Esse, in sostanza, salvaguardano le misure nazionali che prevedano una disciplina più garantista per la realizzazione degli obiettivi dell'Unione. Se si prende, ad esempio, l'art. 1, par. 3, della direttiva 89/391 concernente l'attuazione di misure volte a promuovere il miglioramento della sicurezza e della salute dei lavoratori durante il lavoro, esso dispone: « La presente direttiva non pregiudica le disposizioni nazionali e

comunitarie, vigenti o future, che sono più favorevoli alla protezione della sicurezza e della salute dei lavoratori durante il lavoro ».

La salvaguardia della successiva azione dell'Unione che accorda un migliore trattamento non determina un effetto innovativo del sistema se si considera che discende dalle norme del Trattato la competenza delle istituzioni ad adottare disposizioni che modificano il contenuto di precedenti direttive in senso più favorevole alla tutela sociale.

Secondo un orientamento, il carattere minimo della disciplina contenuta nelle direttive implicherebbe una maggiore discrezionalità degli Stati membri in sede di attuazione della direttiva, giacché essi sarebbero liberi di mantenere in vigore o di introdurre una disciplina più rigida e protettiva di quella stabilita dalla direttiva ⁽²⁸⁾. Tale discrezionalità rifletterebbe l'intento di preservare i modelli sociali nazionali e, dunque, indicherebbe un'inferiore efficacia dispositiva della direttiva. L'armonizzazione minima, in sostanza, indicherebbe una minore incidenza della normativa dell'Unione negli ordinamenti degli Stati membri in favore della tutela di interessi sensibili e connessi a valori costituzionali essenziali.

Questo orientamento, tuttavia, non sembra trovare riscontro nella giurisprudenza della Corte di giustizia la cui interpretazione tende, piuttosto, a valorizzare l'interesse degli Stati membri e dell'Unione alla progressiva armonizzazione delle politiche sociali nazionali; la disciplina sarebbe, dunque, minima per perseguire il progresso della regolazione sociale comune. In questa prospettiva, l'idea dell'« armonizzazione nel progresso », enunciata all'art. 151 TFUE, implicherebbe tanto l'obiettivo di favorire il rafforzamento della tutela sociale, quanto quello di perseguire l'evoluzione della regolazione sociale comune, secondo una linea di sviluppo già seguita in altri settori caratterizzati dal conferimento alle istituzioni europee del potere di agire mediante prescrizioni minime. Nel caso della politica di asilo, ad esempio, la disciplina dell'art. 63 TCE concernente la competenza ad adottare norme minime sul riconoscimento dello *status* di rifugiato e della protezione temporanea nonché sulle relative procedure, ha caratterizzato uno stadio di armonizzazione prodromica allo sviluppo, ora sancito dall'art. 78 TFUE, di una politica comune dell'Unione. Analogamente, la prospettiva del progresso nel settore della politica sociale dovrebbe coinvolgere, per un verso, la dimensione relativa al contenuto

⁽²⁸⁾ Cfr. DOUGAN, *Minimum Harmonization and the Internal Market*, *Common Market Law Review*, 2000, p. 853 ss.; SLOT, *Harmonization*, *European Law Review*, 1996, p. 378 ss.

della tutela e, per altro verso, quella dello sviluppo dell'integrazione europea.

Nel parere 2/91, la Corte ha affermato che la finalità sottesa alle prescrizioni minime corrisponde all'interesse degli Stati membri di perseguire l'armonizzazione delle condizioni esistenti nel settore della tutela della sicurezza dell'ambiente di lavoro e della salute dei lavoratori « in una prospettiva di progresso delle condizioni esistenti in questo settore »⁽²⁹⁾. Successivamente, la Corte ha avuto modo di precisare come le nozioni di « ambiente di lavoro », « sicurezza » e « salute » richiedono, ai sensi dell'art. 118A TCE, un'interpretazione ampia della competenza dell'Unione e necessariamente comprensiva di tutti i fattori, fisici o di altra natura, in grado di incidere sulla salute e sulla sicurezza del lavoratore, inclusi quelli relativi all'orario o ad altri aspetti dell'organizzazione del lavoro⁽³⁰⁾. Secondo la Corte, la circostanza che il potere normativo conferito al Consiglio avesse riguardato l'adozione di prescrizioni minime non avrebbe pregiudicato l'intensità dell'azione necessaria al perseguimento degli obiettivi assegnati dal Trattato. In sostanza, l'espressione « prescrizioni minime » nel settore della politica sociale non implicherebbe nulla di più della facoltà riconosciuta agli Stati membri « di adottare norme più rigorose di quelle che sono oggetto dell'intervento comunitario » per la piena realizzazione delle finalità dell'Unione e non implicherebbe una limitazione delle competenze attribuite alle istituzioni europee o del campo di applicazione della direttiva⁽³¹⁾.

(29) Parere 2/91 del 19 marzo 1993, *Raccolta*, 1993, p. I-1061 ss., par. 16.

(30) Sent. 12 novembre 1996, *Regno Unito c. Consiglio*, C-84/94, *Raccolta*, 1996, p. I-5793 ss., par. 15.

(31) *Ibidem*, par. 17. In una sentenza più recente la Corte ha condannato l'Italia per non aver trasposto in modo corretto l'art. 3, par. 1, della direttiva 92/57/CEE riguardante le prescrizioni minime di sicurezza e di salute da attuare nei cantieri temporanei o mobili, che richiedeva la designazione di uno o più coordinatori in materia di sicurezza dei lavoratori nei cantieri. L'Italia si era difesa sostenendo che la designazione del coordinatore avrebbe comportato un aggravio degli adempimenti burocratici e degli oneri finanziari per le piccole e medie imprese e avrebbe denotato, dunque, una violazione dell'art. 137 TCE da parte della direttiva nella misura in cui tale disposizione prescrive che le direttive « evitano di imporre vincoli amministrativi, finanziari e giuridici di natura tale da ostacolare la creazione e lo sviluppo di piccole e medie imprese ». La Corte ha respinto tale argomento rilevando come la designazione del coordinatore, lungi dal costituire una mera formalità amministrativa, fosse necessaria per assicurare la sicurezza e la salute dei lavoratori in un settore che li espone a rischi particolarmente elevati e dovesse dunque ritenersi indispensabile per il conseguimento dell'obiettivo, perseguito dalla direttiva, di combattere l'aumento del numero degli infortuni sul lavoro nei cantieri temporanei o mobili. Essa ha, inoltre, sottolineato come l'art. 137 TCE, nell'attribuire al Consiglio il potere di adottare prescrizioni minime, non ha affatto pregiudicato l'intensità dell'azione che questa istituzione può

Nello stesso parere, la Corte ha, inoltre, desunto dal conferimento del potere di adottare norme minime nel settore della politica sociale l'esistenza di una competenza dell'Unione nel versante delle relazioni esterne, che si traduce principalmente nella facoltà di adottare accordi internazionali con Stati terzi e organizzazioni internazionali ⁽³²⁾. Peraltro, nel caso della Convenzione n. 170 dell'OIL oggetto del parere in questione, così come rispetto alle altre convenzioni internazionali del lavoro, mancando, almeno allo stato attuale, il presupposto per la stipulazione di esse da parte dell'Unione Europea, tale competenza è, in concreto, esercitata « tramite » gli Stati membri e comporta l'esigenza di una stretta collaborazione tra essi e l'Unione tanto nella fase della negoziazione e della ratifica, quanto in quella dell'adempimento degli obblighi convenzionali ⁽³³⁾. In questo caso, la Corte ha, inoltre, escluso che la competenza dell'Unione fosse esclusiva, poiché il carattere minimo tanto della normativa dell'Unione (ai sensi dell'art. 153, par. 4, TFUE) quanto di quella convenzionale (ai sensi dell'art. 19, par. 8, dello Statuto dell'OIL), vanificherebbe il rischio che gli Stati membri contraggano obblighi incompatibili con le disposizioni contenute nelle direttive sociali, essendo loro in ogni caso riservata la facoltà di derogare « verso l'alto » ⁽³⁴⁾. L'interpretazione fornita dalla Corte non tiene conto, tuttavia, della possibilità che gli Stati membri contraggano obblighi convenzionali incompatibili con il parametro minimo delle direttive sociali, in particolare qualora il rispetto dello *standard* convenzionale minimo pregiudichi il pieno conseguimento di quello dell'Unione. In generale, tuttavia, dal ragionamento della Corte si desume che il carattere minimo della normativa dell'Unione non esclude di per

ritenere necessaria per assolvere il compito assegnatole e implica soltanto che gli Stati membri possono adottare norme più rigorose di quelle oggetto dell'intervento comunitario (sent. 25 luglio 2008, *Commissione c. Italia*, C-504/06, <http://curia.euroopa.eu>).

⁽³²⁾ Parere 2/91 del 19 marzo 1993, par. 17.

⁽³³⁾ *Ibidem*, paragrafi 37-38.

⁽³⁴⁾ La Corte ha, infatti, affermato: « Al fine di accertare l'eventuale natura esclusiva di questa competenza, va osservato che le norme della Convenzione n. 170 non sono atte ad incidere su disposizioni adottate in forza dell'art. 118A. Qualora, infatti, la Comunità decida di emanare norme meno rigorose di quelle dettate da una convenzione dell'OIL, gli Stati membri possono, in conformità all'art. 118A, n. 3, adottare misure per una maggiore protezione nelle condizioni di lavoro, ovvero applicare a tale scopo le disposizioni della convenzione dell'OIL. Nell'ipotesi in cui, invece, la Comunità decida di emanare norme più severe di quelle previste da una convenzione dell'OIL, nulla osta alla piena applicazione del diritto comunitario da parte degli Stati membri in forza dell'art. 19, n. 8, della Costituzione dell'OIL, che consente agli Stati aderenti di adottare provvedimenti più rigorosi di quelli previsti dalle convenzioni e dalle raccomandazioni adottate nell'ambito di detta organizzazione » (*ibidem*, par. 18).

sé la configurazione di una competenza esclusiva dell'Unione sul versante delle relazioni esterne, in particolare nel caso in cui la conclusione di accordi internazionali da parte degli Stati membri incidesse sulle disposizioni adottate dalle direttive sociali dell'Unione in modo da ostacolarne la realizzazione degli obiettivi.

Peraltro, in un caso relativo alla stipulazione in forma mista della Convenzione di Montego Bay sul diritto del mare, la Corte di giustizia ha considerato, facendo riferimento alla dichiarazione delle competenze della Comunità allegata all'adesione, che le parti della disciplina convenzionale dedicate alla prevenzione dell'inquinamento marino appartenessero alla competenza concorrente dell'Unione per la presenza di norme comunitarie minime (contenute nelle direttive 85/337 e 90/313) e a prescindere dalla circostanza che esse fossero « interessate in maniera diretta » dalla disciplina convenzionale ⁽³⁵⁾. Questo principio può essere applicato anche alle prescrizioni minime in materia sociale, considerando che l'esistenza di norme minime implica il potere dell'Unione di stipulare accordi internazionali anche in relazione ad aspetti non specificamente regolati dalle direttive dell'Unione. La disciplina convenzionale in queste materie diverrebbe, allora, parte dell'ordinamento giuridico dell'Unione con la conseguente competenza della Corte di giustizia a giudicare sulle questioni relative alla sua interpretazione e applicazione. Questa ricostruzione non vale per le convenzioni internazionali del lavoro, posto che, come si è già ricordato, l'Unione non è legittimata a divenirne parte. Tuttavia, in virtù del particolare ruolo di « intermediari » che gli Stati membri assumono quali parti delle convenzioni internazionali del lavoro negli ambiti regolati da prescrizioni minime, essi dovrebbero impegnarsi a riconoscere la competenza della Corte di giustizia per le questioni di interpretazione e di applicazione delle disposizioni convenzionali, almeno nei casi in cui l'esercizio di tale competenza non incida in modo diretto sugli obblighi gravanti sugli Stati terzi.

Come risulta da costante giurisprudenza, qualora una direttiva in materia sociale non sia stata trasposta nel diritto nazionale o non sia stata correttamente recepita, essa può produrre effetti diretti che i singoli possono invocare nei riguardi dello Stato dinanzi agli organi giurisdizionali e amministrativi qualora le sue disposizioni presentino un contenuto chiaro, preciso e incondizionato. A questa conclusione è, ad esempio, giunta la Corte di giustizia in una recente sentenza resa in

⁽³⁵⁾ Sent. 30 maggio 2006, *Commissione c. Regno Unito di Gran Bretagna e Irlanda del Nord*, C-459/03, *Raccolta*, 2006, p. I-4635 ss., par. 108.

via pregiudiziale sull'interpretazione dell'art. 7 della direttiva 2003/88/CE, che, nel prevedere che il lavoratore benefici di un periodo minimo di ferie annuali retribuite, pone a carico degli Stati membri «un obbligo di risultato preciso e assolutamente incondizionato quanto all'applicazione della regola da esso enunciata» e, pertanto, risponde ai criteri richiesti per la produzione di effetti diretti ⁽³⁶⁾.

6. Che la *ratio* «progressista» delle clausole di salvaguardia operanti nel settore della politica sociale dell'Unione non sia finalizzata alla difesa dei modelli sociali nazionali è evidente, innanzitutto, nell'interpretazione del parametro della «maggiore protezione».

Si può considerare, ad esempio, una decisione resa in via pregiudiziale dalla Corte di giustizia sull'interpretazione della direttiva 93/104/CE su taluni aspetti dell'organizzazione dell'orario del lavoro. In questo caso il giudice del rinvio chiedeva se la disciplina nazionale più favorevole quanto alla durata massima settimanale del lavoro (fissata in 44 ore su dodici settimane consecutive contro le 48 ore su quattro mesi consecutivi) fosse compatibile con le prescrizioni dettate dalla direttiva nonostante l'orario di lavoro fosse quantificato sulla base di un regime di equivalenza tra le ore di presenza e le ore di lavoro effettivamente computate (su un rapporto di 3 a 1 per le prime nove ore e di 2 a 1 per le ore seguenti) in modo da tener conto del carattere intermittente dell'attività. Di conseguenza, in applicazione del regime di equivalenza previsto dall'ordinamento nazionale, le ore di presenza sul luogo di lavoro venivano interamente conteggiate ai fini del riconoscimento del diritto al riposo giornaliero e settimanale ma non ai fini della quantificazione dell'orario complessivo di lavoro che, in talune circostanze, poteva raggiungere le sessanta ore settimanali, eccedendo la durata massima fissata dalla direttiva. Pertanto, il trattamento riservato ai lavoratori risultava più favorevole nel contesto della normativa nazionale quanto alla definizione del tetto massimo settimanale del lavoratore sulla base di una qualificazione dell'orario del lavoro meno vantaggiosa per il lavoratore. La Corte di giustizia ha ritenuto che, in

⁽³⁶⁾ Sent. 24 gennaio 2012, *Dominguez*, C-282/10, non ancora pubblicata in *Raccolta*. La Corte ha inoltre affermato la possibilità di estendere la giurisprudenza sugli effetti diretti verticali delle direttive agli accordi adottati in base all'art. 139 TCE (ora art. 155 TFUE) che derivano da un dialogo condotto tra le parti sociali a livello comunitario e che vengono attuati da direttive di cui costituiscono parte integrante, purché ovviamente le disposizioni di tali accordi appaiano chiare, precise e incondizionate (si veda, ad esempio, la sent. 16 luglio 2009, C-537/07, *Raccolta*, 2009, p. I-6525 ss., concernente l'efficacia diretta di alcune disposizioni dell'accordo-quadro sul congedo parentale allegato alla direttiva del Consiglio 3 giugno 1996, 96/34/CE).

casi del genere, il rispetto delle norme stabilite dalla direttiva deve essere verificato rispetto ai soli limiti fissati dalla stessa, ad esclusione delle disposizioni nazionali più favorevoli per il lavoratore ⁽³⁷⁾. In particolare, le nozioni di « orario di lavoro » e di « periodo di riposo » non devono essere interpretate, nell'ambito di applicazione della direttiva, in funzione delle varie normative degli Stati membri, ma costituiscono nozioni di diritto comunitario che occorre definire secondo criteri oggettivi autonomi, facendo riferimento al sistema e alla finalità della direttiva, di modo che le prescrizioni minime risultino integralmente rispettate secondo una valutazione che prescindere dal contesto, eventualmente più favorevole, se considerato nel suo complesso, del regime nazionale ⁽³⁸⁾.

In sostanza, sebbene la definizione del carattere maggiormente favorevole della tutela non sia univoca (se si considera, ad esempio, una disposizione che riduca il periodo di riposo calcolato su base settimanale a fronte di una maggiore flessibilità della possibilità di goderne nell'arco mensile o annuale), essa comunque risulta da quanto stabilito dal legislatore dell'Unione. Difatti, gli Stati membri perdono il potere di valutare autonomamente gli obiettivi di protezione e conservano soltanto un margine di discrezionalità in relazione alle modalità del loro perseguimento, che ben potrebbero risultare più rigorose di quelle stabilite dalla direttiva.

L'efficacia delle clausole di salvaguardia in materia sociale è, in sostanza, strettamente subordinata ad una considerazione delle finalità perseguite dall'azione dell'Unione, cosicché le misure nazionali più protettive risultano ammissibili solo se sono con esse compatibili. Per questa ragione, ad esempio, in una sentenza resa in un procedimento di infrazione nei confronti dell'Italia, la Corte, per un verso, ha escluso l'applicabilità della clausola di salvaguardia contenuta nella direttiva 2001/23/CE alla normativa nazionale che regolava l'apertura del mercato dei servizi aeroportuali di assistenza a terra mediante disposizioni più protettive dei lavoratori, sostenendo che essa trovi applicazione soltanto sulla base della « nozione comunitaria » di trasferimento d'azienda; per altro verso, la Corte ha escluso che l'art. 18 della direttiva 96/67/CE, secondo il quale, « fatta salva l'applicazione delle disposizioni della direttiva e nel rispetto delle altre disposizioni di diritto comunitario, gli Stati membri possono adottare le misure necessarie per garantire la tutela dei lavoratori e la protezione dell'am-

⁽³⁷⁾ Sent. 1° dicembre 2005, *Dellas e a.*, C-14/04, *Raccolta*, 2005, p. I-10253 ss., par. 52.

⁽³⁸⁾ *Ibidem*, par. 44.

biente », giustificasse la normativa nazionale in questione, risultando essa contraria alle finalità di apertura dei mercati e concorrenzialità perseguite dalla stessa direttiva ⁽³⁹⁾.

Questa pronuncia mette in evidenza come la salvaguardia delle misure nazionali più protettive sia significativamente condizionata dalla valutazione, operata dall'interprete e, particolarmente, dalla Corte di giustizia, delle finalità degli atti normativi dell'Unione e dall'interpretazione europea delle nozioni essenziali per la loro applicazione. Sulla base della stessa logica, la Corte ha, invece, giudicato compatibile con la direttiva 90/394/CE recante certi requisiti minimi di tutela della salute dei lavoratori la normativa italiana che prevedeva norme più rigorose ma pienamente conformi alle finalità della direttiva e anzi rafforzative di esse ⁽⁴⁰⁾. Secondo la Corte, infatti, le misure nazionali in questione non avrebbero messo in discussione la coerenza dell'intervento comunitario nell'ambito della protezione della salute e della sicurezza dei lavoratori e avrebbero garantito una applicazione non discriminatoria né pregiudizievole delle libertà fondamentali garantite dai Trattati ⁽⁴¹⁾.

Dalla giurisprudenza richiamata risulta come la legittimità delle misure nazionali più garantiste e « collegate » alla disciplina della direttiva sia generalmente subordinata dalla Corte non soltanto alla verifica della piena realizzazione degli obiettivi stabiliti dalle direttive, ma anche al rispetto del principio di non discriminazione e delle libertà fondamentali garantite dai Trattati ⁽⁴²⁾. Questa esigenza trova fondamento nell'art. 153, par. 4, TFUE che, più in generale, richiede che le misure nazionali più rigorose siano compatibili con le disposizioni dei Trattati. La normativa nazionale è, dunque, salvaguardata se rispetta il complesso delle disposizioni ricavabili dai Trattati e dalla Carta dei diritti fondamentali. Occorre pertanto effettuare un bilanciamento tra le istanze di protezione sociale e altri interessi in ipotesi confliggenti sanciti dal diritto primario.

⁽³⁹⁾ Sent. 9 dicembre 2004, *Commissione c. Repubblica italiana*, C-460/02, *Raccolta*, 2004, p. I-11547 ss., paragrafi 33-35.

⁽⁴⁰⁾ Sent. 17 dicembre 1998, *Società italiana Petroli SpA (IP) c. Borsana Srl*, C-2/97, *Raccolta*, 1998, p. I-8597 ss., par. 37. Le norme nazionali in questione risultavano più rigorose nel non subordinare ad una valutazione di rischio l'obbligo del datore di lavoro di ridurre l'esposizione dei lavoratori agli agenti cancerogeni e nel prevedere l'operatività di tale obbligo a prescindere dalla presenza di indici del rischio per la salute.

⁽⁴¹⁾ *Ibidem*, par. 38.

⁽⁴²⁾ Cfr. sent. 19 gennaio 2010, *Küçükdeveci*, C-555/07, *Raccolta*, 2010, p. I-365 ss.

La necessità del bilanciamento indica, ancora una volta, come l'armonizzazione minima in materia sociale non escluda ma anzi valorizzi la prospettiva europea se si considera che spetta, in ultima analisi, alla Corte di giustizia ponderare gli interessi in gioco nel caso concreto. Il giudizio della Corte deve essere condotto principalmente alla luce della scala di valori e priorità risultanti dall'ordinamento dell'Unione. Se è vero che le basi politiche e sociali dell'Unione si sono notevolmente sviluppate, ci si deve attendere una consequenziale evoluzione della giurisprudenza. Tale evoluzione dovrebbe tenere conto dell'impossibilità di rinvenire nell'attuale quadro normativo europeo una gerarchia di valori e obiettivi che, come un tempo, assegni priorità alla realizzazione delle libertà economiche. Un esempio è rappresentato dal noto caso *Laval* nel quale la Corte ha subordinato il margine di discrezionalità riservato ad uno Stato membro nell'applicazione delle prescrizioni concernenti la retribuzione dei lavoratori distaccati dettate dalla direttiva 96/71/CE all'esigenza che le misure nazionali più protettive dei lavoratori non costituissero un ostacolo alla libertà della prestazione dei servizi tra gli Stati membri ⁽⁴³⁾. La Corte ha ritenuto di bilanciare il diritto di intraprendere un'azione collettiva, considerato parte dei principi generali dell'Unione, con il diritto alla libera prestazione dei servizi, disciplinato dall'art. 49 TCE (oggi art. 56 TFUE) e riconosciuto dall'art. 15, par. 2, della Carta dei diritti fondamentali. Nel bilanciamento tra i due diritti la Corte ha accordato prevalenza alla libera circolazione dei servizi, sostenendo che « l'abolizione tra gli Stati membri degli ostacoli alla libera prestazione dei servizi sarebbe compromessa se l'abolizione delle barriere stabilite dalle norme statali potesse essere neutralizzata da ostacoli derivanti dall'esercizio dell'autonomia giuridica di associazioni o enti di natura non pubblicistica » e che eventuali restrizioni potrebbero essere ammesse soltanto per il perseguimento di un obiettivo legittimo compatibile con il Trattato e per ragioni imperative di interesse generale nel pieno rispetto del principio della proporzionalità ⁽⁴⁴⁾.

Quest'orientamento della Corte ha suscitato varie critiche in ragione delle implicazioni che ne sarebbero potute derivare riguardo alla preservazione dei modelli sociali nazionali ⁽⁴⁵⁾. Difatti, se quest'orien-

⁽⁴³⁾ Sent. 18 dicembre 2007, *Laval*, C-341/05, *Raccolta*, 2007, p. I-11767 ss., par. 68. Si veda, anche, sent. 11 dicembre 2007, *Viking Line*, C-438/05, *Raccolta*, 2007, p. I-10779 ss.

⁽⁴⁴⁾ Sent. *Laval*, cit., paragrafi 100 e 101.

⁽⁴⁵⁾ Si vedano, ad esempio, tra i molti contributi: BALLESTRERO, *Le sentenze Viking e Laval: la Corte di giustizia « bilancia » il diritto di sciopero, Lavoro e Diritto*,

tamento dovesse consolidarsi, l'adozione delle prescrizioni minime sociali e l'attrazione delle normative nazionali collegate nella sfera del diritto dell'Unione che ne deriverebbe, provocherebbero un livellamento verso il basso della tutela dei diritti dei lavoratori, riducendo sensibilmente il margine di intervento riservato agli Stati membri.

Si può, tuttavia, ritenere che tale orientamento sia destinato a evolvere in modo da valorizzare maggiormente le finalità sociali eventualmente poste alla base dell'intervento normativo dell'Unione nel loro contemperamento con l'esigenza di mantenere la competitività e la libera circolazione nel mercato comune. La salvaguardia delle misure nazionali più garantiste dovrebbe infatti essere valorizzata nonostante il possibile pregiudizio alla libera circolazione e alla concorrenza nel mercato comune sulla base di una complessiva considerazione delle finalità attribuite all'Unione Europea dalla nuova formulazione dell'art. 3 TUE, quali la promozione dell'economia sociale di mercato, lo sviluppo sostenibile e altri obiettivi sociali.

L'esigenza dell'interpretazione conforme ai diritti fondamentali sanciti dalla Carta e ai principi generali dell'Unione dovrebbe tendere a un rafforzamento complessivo della tutela ⁽⁴⁶⁾. In un caso recente, ad esempio, la Corte di giustizia ha ricavato dall'art. 7 della direttiva 2003/88 concernente taluni aspetti dell'organizzazione dell'orario del lavoro, letto alla luce dell'art. 31, par. 2, della Carta dei diritti fondamentali, il diritto del lavoratore a godere, durante le sue ferie annuali, non solo del mantenimento del suo stipendio di base bensì anche, da un lato, di tutti gli elementi connessi all'espletamento delle mansioni che gli incombono in forza del suo contratto di lavoro e che sono retribuiti tramite un importo pecuniario incluso nel calcolo della sua retribuzione complessiva e, dall'altro, di tutti gli elementi collegati al suo *status* personale e professionale ⁽⁴⁷⁾. Ciò benché, come la Corte ha precisato, tali indicazioni non risultassero in modo esplicito dalla

2008, p. 371 ss.; CARABELLI, *Una sfida determinante per la tutela dei diritti sociali in Europa: la tutela dei lavoratori di fronte alla libertà di prestazione di servizi nella « CE »*, *Rivista giuridica del lavoro*, 2007, p. 33; LO FARO, *Diritti sociali e libertà economiche del mercato interno: considerazioni minime in margine ai casi Laval e Viking*, *Lavoro e Diritto*, 2008, p. 63.

⁽⁴⁶⁾ È stato sostenuto che la Corte di giustizia non potrebbe estendere il potere di controllo del rispetto dei diritti fondamentali alle misure nazionali più severe se non nei casi in cui esse pregiudichino l'effettività di una specifica politica dell'Unione (cfr. DE CECCO, *Room to Move? Minimum Harmonization and Fundamental Rights*, *Common Market Law Review*, 2006, p. 29).

⁽⁴⁷⁾ Sent. 15 settembre 2011, *Williams e a.*, C-155/10, non ancora pubblicata in *Raccolta*, par. 18.

formulazione della disposizione oggetto dell'interpretazione o di altre disposizioni della medesima direttiva ⁽⁴⁸⁾.

In una prospettiva analoga, la Corte ha affermato l'esigenza che la nozione di « prestazioni essenziali » di cui all'art. 11, par. 4, della direttiva 2003/109/CE, che limita la facoltà degli Stati membri di derogare al principio della parità di trattamento dei cittadini degli Stati terzi in materia di assistenza e protezione sociale, sia interpretata conformemente all'art. 34 della Carta dei diritti fondamentali che impone, tra l'altro, il rispetto del diritto all'assistenza abitativa per la garanzia di un'esistenza dignitosa di coloro che non dispongono di risorse sufficienti ⁽⁴⁹⁾. Questo principio deve essere valorizzato anche nell'interpretazione del parametro sociale minimo contenuto nelle direttive in materia di politica sociale, il quale non può che essere quello che soddisfa almeno il contenuto dei diritti fondamentali tutelati nell'ordinamento dell'Unione.

Un limite dell'interpretazione evolutiva è, tuttavia, posto dall'esigenza di rispettare la facoltà degli Stati membri di definire i principi fondamentali del loro sistema di sicurezza sociale, il loro equilibrio finanziario e, in ogni caso, di stabilire le proprie regole in materia di retribuzioni, diritto di associazione, diritto di sciopero e di serrata ⁽⁵⁰⁾. Del resto, l'art. 51, par. 2, della Carta esclude la possibilità che le sue disposizioni estendano l'ambito di applicazione del diritto dell'Unione al di là delle competenze attribuite dal Trattato o introducano competenze nuove per l'Unione. L'ambito dell'azione dell'Unione nel settore della politica sociale sconta ancora, invero, una situazione di asimmetria tra l'enunciazione di obiettivi di sempre maggiore portata (soprattutto alla luce delle recenti modifiche apportate dal Trattato di Lisbona) e la limitatezza degli strumenti normativi a disposizione ⁽⁵¹⁾. Una maggiore omogenità tra gli ordinamenti nazionali potrà essere realizzata attraverso il progresso dell'integrazione politica, economica e sociale degli Stati guidato da un'azione decisa della Commissione

⁽⁴⁸⁾ *Ibidem*, par. 17.

⁽⁴⁹⁾ Sent. 24 aprile 2012, *Kamberaj*, C-571/10, non ancora pubblicata in *Raccolta*, par. 92, riprodotta *infra*, p. 890 ss.

⁽⁵⁰⁾ Questi principi sono stabiliti dall'art. 153, par. 4, TFUE. Cfr. LEIBFRIED, PIERSON, *European Social Policy. Between Fragmentation and Integration*, Washington, 1995; GRAHL, TEAGUE, *Is the European Social Model Fragmenting?*, *New Political Economy*, 1997, p. 405 ss.; SCIARRA, *European Social Policy and Labour Law. Challenges and Perspectives*, *Collected Courses of the Academy of European Law*, 1995, p. 301 ss.; STREECK, *Neo-Voluntarism: A New European Social Policy Regime?*, *European Law Journal*, 1995, p. 32 ss.

⁽⁵¹⁾ Cfr. LEVI SANDRI, *L'evoluzione sociale nel quadro comunitario*, *Corso di diritto e di economia delle Comunità europee*, Milano, 1966, p. 389.

europea nel coordinamento e nella promozione della collaborazione tra gli Stati. Non a caso nel sistema del Trattato l'azione dell'Unione è posta a sostegno e a completamento dell'azione degli Stati membri secondo una strategia a duplice binario che prevede tanto l'adozione di « misure destinate a incoraggiare la cooperazione tra Stati membri » quanto, in alcuni settori, l'emanazione di prescrizioni minime.

In conclusione, l'esame della prassi e della giurisprudenza collegata indica che le clausole sulla tutela minima contenute nella legislazione sociale dell'Unione non alterano l'ordinaria struttura degli obblighi di attuazione in capo agli Stati membri. Questi non sono, infatti, esonerati dal perseguire la piena realizzazione degli obiettivi prefissati dalle direttive salva la possibilità di rafforzarne la realizzazione mediante misure nazionali più rigorose nel rispetto dei Trattati e della Carta dei diritti fondamentali.

7. Alcune direttive in materia di politica sociale contengono clausole che affermano che l'attuazione della direttiva non può costituire una giustificazione per il regresso del livello generale di protezione garantito dall'ordinamento nazionale. Emblematico è il caso della già citata direttiva 2003/88/CE, il cui art. 23 prevede: « Fatto salvo il diritto degli Stati membri di fissare, alla luce dell'evoluzione della situazione, disposizioni legislative, regolamentari, amministrative e convenzionali diverse nel campo dell'orario di lavoro, a condizione che i requisiti minimi previsti dalla presente direttiva siano rispettati l'attuazione di quest'ultima non costituisce una giustificazione per il regresso del livello generale di protezione dei lavoratori »⁽⁵²⁾. Secondo un orientamento, tali clausole imporrebbero agli Stati membri un « obbligo di non regresso » per scongiurare il rischio che l'intervento dell'Unione determini in alcuni Stati membri una corsa al ribasso della tutela, frustrando l'obiettivo generale dell'armonizzazione nel progresso⁽⁵³⁾. Esse comporterebbero, dunque, un effetto di « standstill »,

⁽⁵²⁾ Le clausole di non regresso sono spesso previste anche dagli accordi recanti prescrizioni minime adottati in base all'art. 139 TCE (ora art. 155 TFUE). Un esempio è costituito dall'art. 8, par. 2, della direttiva 2010/18/UE attuativa dell'accordo-quadro in materia di congedo parentale, che prevede: « L'attuazione delle disposizioni del presente accordo non costituisce una giustificazione valida per la riduzione del livello generale di protezione dei lavoratori nel settore disciplinato dal presente accordo. Resta impregiudicato il diritto degli Stati membri e/o delle parti sociali di stabilire con l'evolversi della situazione disposizioni legislative, regolamentari o contrattuali diverse, purché le prescrizioni minime previste dal presente accordo siano rispettate ».

⁽⁵³⁾ Cfr. MENGHINI, *Directive sociali e clausole di non regresso: il variabile ruolo del diritto comunitario nelle decisioni delle Corti superiori*, *Rivista giuridica del lavoro e della previdenza sociale*, 2009, p. 476 ss.

ovvero di « immodificabilità *in peius* » delle normative nazionali esistenti in materia ⁽⁵⁴⁾ cosicché l'eventuale abbassamento del livello della tutela in occasione dell'attuazione della direttiva o comunque in collegamento ad essa, renderebbe in ogni caso lo Stato membro responsabile di inadempimento.

Secondo un diverso orientamento, esse imporrebbero un mero obbligo di trasparenza nei motivi fatti valere per giustificare una modifica legislativa, piuttosto che un vincolo al mantenimento dello *status quo ante*, cosicché gli Stati membri conserverebbero la libertà di abbassare il livello generale di tutela nel perseguimento di finalità diverse da quelle della mera attuazione della direttiva, senza che la Corte abbia il potere di sindacare le ragioni di politica nazionale che abbiano determinato il nuovo assetto regolativo ⁽⁵⁵⁾.

Un'interpretazione ancora diversa, e sostanzialmente intermedia rispetto alle precedenti, considera che agli Stati membri dotati di una normativa già conforme agli obiettivi della direttiva e caratterizzata da *standards* più protettivi sarebbe vietata l'adozione di misure che peggiorano la condizione dei lavoratori, a meno che forniscano una adeguata giustificazione delle ragioni economico-sociali dell'abbassamento. Secondo questa interpretazione, sarebbe, dunque, configurabile a carico degli Stati una sorta di obbligo di motivazione delle misure regressive rispetto allo *standard* nazionale esistente al momento dell'entrata in vigore della direttiva, sostanzialmente sindacabile dalla Corte di giustizia, mentre eventuali trattamenti migliorativi adottati successivamente non sarebbero dotati di tale « maggiore forza di resistenza » ⁽⁵⁶⁾. Inoltre, le clausole di non regresso determinerebbero un effetto « riflettente » della normativa nazionale più garantista, consentendone l'invocazione da parte del privato nelle controversie nei confronti dello Stato, nonché l'obbligo del giudice nazionale di interpretazione conforme nelle controversie orizzontali ⁽⁵⁷⁾.

Vi è comunque generale concordia sulla circostanza che le direttive contenenti clausole di non regresso producano un effetto ulteriore rispetto a quello ricavabile dalle altre direttive in materia di politica sociale, dalle quali deriverebbe esclusivamente l'obbligo di assicurare il

⁽⁵⁴⁾ Così GAROFALO, *Le clausole di « non regresso » nelle direttive comunitarie in materia di politica sociale*, *Rivista giuridica del lavoro*, 2004, p. 47.

⁽⁵⁵⁾ Cfr. conclusioni dell'avvocato generale Jääskinen presentate il 15 settembre 2011 nella causa *Land Nordrhein-Westfalen c. Sylvia Jansen*, C-313/10, par. 82.

⁽⁵⁶⁾ CARABELLI, VITO, *Libertà di concorrenza e protezione sociale a confronto: le clausole di favor e di non regresso nelle direttive sociali*, *Contratto e impresa. Europa*, 2005, p. 597.

⁽⁵⁷⁾ *Ibidem*, p. 617.

livello minimo indicato dalla direttiva, senza altra limitazione della libertà degli Stati di modificare la propria disciplina interna. Ciò sebbene il non regresso dovrebbe costituire espressione della finalità, generalmente perseguita dalle direttive e ricavabile dalle stesse disposizioni del Trattato in materia di politica sociale, dell'armonizzazione « verso l'alto ».

Alla luce dell'attuale orientamento giurisprudenziale, non sarebbe, tuttavia, ravvisabile un principio generale di non regresso e le stesse clausole che lo prevedono non risultano particolarmente valorizzate. Nella sentenza *Mangold*, ad esempio, la Corte di giustizia ha interpretato l'art. 8, punto 3, dell'accordo-quadro sul lavoro a tempo determinato ⁽⁵⁸⁾ nel senso che il divieto della *reformatio in peius* della protezione offerta ai lavoratori nel settore dei contratti a tempo determinato non opererebbe rispetto a misure nazionali che non sono in alcun modo collegate con l'applicazione dell'accordo ⁽⁵⁹⁾. Sebbene la Corte abbia in una certa misura valorizzato gli obiettivi della direttiva sul lavoro a tempo determinato, affermando che l'espressione « applicazione » contenuta nell'art. 8, punto 3, dell'accordo-quadro « utilizzata senza ulteriori precisazioni » coprirebbe « ogni misura nazionale intesa a garantire che l'obiettivo da questa perseguito possa essere raggiunto, comprese le misure che, successivamente alla trasposizione propriamente detta, completano o modificano le norme nazionali già adottate », la sua interpretazione risulta comunque restrittiva perché gli Stati potrebbero aggirare il divieto mediante interventi normativi formalmente non collegati all'attuazione o, comunque, pretestuosamente motivati da finalità diverse ma contrastanti con quelle della direttiva ⁽⁶⁰⁾.

Più recentemente, questa interpretazione è stata confermata e precisata dalla Corte di giustizia che, pur avendo considerato che le

⁽⁵⁸⁾ Secondo questa disposizione: « l'applicazione del presente accordo non costituisce motivo valido per ridurre il livello generale di tutela offerto ai lavoratori nell'ambito coperto dall'accordo stesso ».

⁽⁵⁹⁾ Sent. 22 novembre 2005, *Mangold*, C-144/04, *Raccolta*, 2005, p. I-9981 ss., par. 52. Da questa pronuncia sembrerebbe evincersi che il divieto di « reformatio in peius » riguardi esclusivamente le misure nazionali volte all'attuazione della direttiva e non altre misure nazionali che, con una diversa motivazione, comportino un abbassamento del livello di tutela garantito in precedenza (si vedano, in questo senso: ADINOLFI, *Tecniche legislative e rispetto di obblighi comunitari nei recenti interventi normativi in materia di immigrazione*, Osservatorio sulle fonti, 2008, p. 10; BONARDI, *Le clausole di non regresso e le discriminazioni per motivi di età secondo la Corte di giustizia*, *Rivista italiana di diritto del lavoro*, 2006, p. 251 ss.; CALAFÀ, *Clausole di non regresso e divieti di discriminazione per età: il caso Mangold e i limiti alla discrezionalità del legislatore nazionale in materia di lavoro*, *Rivista giuridica del lavoro*, 2006, p. 266 ss.).

⁽⁶⁰⁾ *Ibidem*, par. 51.

clausole di non regresso non devono essere interpretate in modo restrittivo e richiedono un'interpretazione da effettuarsi in rapporto all'insieme delle disposizioni di diritto interno di uno Stato membro nella materia coperta dalla direttiva, ha affermato che gli Stati non risulterebbero inadempienti qualora l'abbassamento del livello della tutela fosse stato disposto nel perseguimento di un obiettivo diverso da quello dell'attuazione della direttiva e, in ogni caso, qualora la *reformatio in peius* non incidesse sul livello generale della tutela riservata ai beneficiari, influenzando complessivamente il livello di tutela applicabile nell'ordinamento nazionale ⁽⁶¹⁾. Quest'interpretazione è sostanzialmente ribadita nella successiva sentenza *Bulicke* il cui aspetto innovativo concerne, invece, la rilevanza delle clausole di non regresso quale limite al potere degli Stati membri di modificare la disciplina processuale nazionale in modo da ridurre il livello di tutela già predisposto nei settori di applicazione della direttiva ⁽⁶²⁾. Nel caso in questione, peraltro, la Corte ha escluso che la previsione di un termine di decadenza per l'azione di risarcimento del danno di durata inferiore a quello precedentemente operante per il caso delle discriminazioni fondate sul sesso costituisca un peggioramento intervenuto nell'ambito di applicazione della direttiva 2000/78/CE, posto che questa non considera il sesso come motivo di discriminazione ⁽⁶³⁾. Questa ricostruzione conferma la tendenza giurisprudenziale a interpretare in modo rigido e formalistico la nozione di « ambito di applicazione » della direttiva. Una interpretazione più elastica di tale nozione permetterebbe di considerare coperte dal divieto di regresso non soltanto le riduzioni di tutela che investono profili specificamente disciplinati dalla direttiva ma, più in generale, il complessivo assetto regolativo nazionale previgente, a prescindere dalla circostanza che uno specifico aspetto sia effettivamente previsto dalla direttiva.

Il requisito, da ultimo valorizzato in queste sentenze, per cui le clausole di non regresso incidono nel caso in cui l'abbassamento della tutela sia disposto attraverso misure nazionali generali, ovvero destinate

⁽⁶¹⁾ Sent. 24 giugno 2010, *Sorge*, C-98/09, *Raccolta*, 2010, p. I-5837 ss., paragrafi 36-48.

⁽⁶²⁾ Sent. 8 luglio 2010, *Bulicke*, C-246/09, *Raccolta*, 2010, p. I-7003 ss., par. 43 ss. Cfr. FALSONE, *Effettività, equivalenza e clausola di non regresso: la prima applicazione in un caso di discriminazione per età*, *Rivista italiana di diritto del lavoro*, 2011, p. 505 ss.

⁽⁶³⁾ La direttiva 2000/78/CE mira a stabilire un quadro generale per la lotta alle discriminazioni fondate sulla religione o le convinzioni personali, gli handicap, l'età o le tendenze sessuali, per quanto concerne l'occupazione e le condizioni di lavoro al fine di rendere effettivo negli Stati membri il principio della parità di trattamento.

ad una porzione rilevante del complesso dei soggetti beneficiari della tutela prevista dalla direttiva, ne limita ulteriormente l'operatività ⁽⁶⁴⁾. Probabilmente questa interpretazione, basata sulla lettera di alcune clausole, riflette l'esigenza di non limitare il potere di azione degli Stati membri oltre quanto risulti necessario a impedire effetti su vasta scala e, dunque, suscettibili di incidere sulla regolazione del mercato comune. Essa desta, tuttavia, qualche perplessità se valutata sotto il profilo del *favor* del progresso della tutela dei diritti del lavoratore. Difatti, la limitazione dell'operatività del divieto ai casi in cui determini un peggioramento generale dello *standard* nazionale sembra una soluzione non sufficientemente garantista dei diritti dei lavoratori coinvolti, la cui tutela è soggetta a variare a seconda dell'ambito di incidenza della misura nazionale.

La diffusione delle clausole di non regresso nelle nuove direttive in materia sociale, induce, peraltro, a chiedersi se esse non siano da considerare espressione di un principio generale verso il progresso della tutela, operante in tutte le direttive in materia di politica sociale a prescindere da un espresso richiamo. Difatti, l'effetto di salvaguardia non è mai funzionale al rispetto di un margine di discrezionalità degli Stati in sé e per sé considerato ma soltanto in quanto finalizzato al progresso della tutela. Se tale finalità si imponesse a prescindere dalla presenza delle clausole di non regresso, trovando fondamento nelle stesse disposizioni del Trattato sulla politica sociale europea, essa meriterebbe una maggiore considerazione da parte degli interpreti in occasione di politiche nazionali regressive ⁽⁶⁵⁾. Ai giudici nazionali,

⁽⁶⁴⁾ La Corte ha, ad esempio, esplicitato questo requisito nel brano che segue: « Per quanto concerne, in secondo luogo, la condizione secondo cui la *reformatio in peius* deve riguardare il "livello generale di tutela" dei lavoratori a tempo determinato, essa implica che soltanto una *reformatio in peius* di ampiezza tale da influenzare complessivamente la normativa nazionale in materia di contratti di lavoro a tempo determinato può rientrare nell'ambito applicativo della clausola 8, n. 3, dell'accordo-quadro. (...) Fintanto che questi ultimi lavoratori non rappresentano una porzione significativa dei lavoratori impiegati a tempo determinato nello Stato membro in questione, circostanza che spetta al giudice del rinvio verificare, la riduzione della tutela di cui gode una siffatta, ristretta, categoria di lavoratori non è di per sé tale da influenzare complessivamente il livello di tutela applicabile nell'ordinamento giuridico interno ai lavoratori con un contratto di lavoro a tempo determinato » (sent. 23 aprile 2009, *Angelidaki*, C-378/07, *Raccolta*, 2009, p. I-3071 ss.).

⁽⁶⁵⁾ Secondo una interpretazione la lettura restrittiva delle clausole di non regresso fornita dalla Corte di giustizia sarebbe indispensabile per evitare il consolidamento delle disparità di trattamento degli operatori economici dei diversi Stati membri esistenti al momento dell'entrata in vigore della direttiva. Una maggiore valorizzazione delle clausole di non regresso, infatti, precluderebbe agli Stati la possibilità di adottare misure di difesa contro il *dumping* sociale da parte degli altri Stati membri dotati di tutele meno forti, con conseguente penalizzazione di tutti gli

guidati dalla funzione nomofilattica della Corte di giustizia, spetterebbe, infatti, il potere di sindacare, alla luce dei criteri dell'adeguatezza, necessità e proporzionalità, le ragioni economico-sociali che hanno indotto all'abbassamento della tutela nelle materie regolate dalla direttiva per valutare se l'intervento normativo statale, in sé contrario alle finalità del progresso della tutela, possa trovare giustificazione in altre finalità.

8. In conclusione, il carattere minimo delle prescrizioni in materia di politica sociale incide in modo diverso negli ordinamenti nazionali a seconda che esse derivino da convenzioni internazionali o da direttive dell'Unione Europea. Come si è visto, infatti, nel primo caso, l'effetto è quello di salvaguardare la politica sociale nazionale limitando la rilevanza della disciplina convenzionale alla garanzia « esterna » e di carattere sussidiario. In questa prospettiva, le clausole di salvaguardia incidono non sul contenuto della tutela convenzionale nel senso di orientarla alla massima protezione ma sulle ricadute che ne derivano nell'ordinamento nazionale; esse, infatti, tendono a preservare il potere degli Stati contraenti di incrementare in senso quantitativo e qualitativo lo *standard* di tutela previsto dalle convenzioni nei rispettivi ordinamenti e a limitare l'intervento del meccanismo di protezione convenzionale ai soli casi in cui l'ordinamento nazionale sia carente nel garantire la tutela minima del trattato.

Diversa è, invece, la funzione delle clausole di salvaguardia che regolano il rapporto tra le competenze normative dell'Unione e quelle degli Stati membri nell'ambito della politica sociale europea. Come si è evidenziato, infatti, la loro utilizzazione ha costituito, almeno originariamente, il risultato del compromesso politico tra, da una parte,

operatori economici nazionali. La lettura « debole » delle clausole di non regresso è stata, dunque, considerata opportuna per evitare che l'imposizione di un divieto di peggioramento faccia cadere l'ordinamento europeo in una situazione di contraddizione dovuta all'imposizione dell'obbligo di conservare discipline più onerose in relazione al costo del lavoro e, dunque, pregiudizievoli rispetto all'esercizio delle libertà di circolazione e della concorrenza degli operatori economici nazionali. Secondo questa opinione, una interpretazione estensiva delle clausole di non regresso determinerebbe l'invalidità delle direttive che le contengono per violazione delle disposizioni del Trattato sulle libertà economiche (cfr. CARABELLI, *Europa dei mercati e conflitto sociale*, Bari, 2009, p. 178). Si tratta di una tesi che non convince non soltanto perché tenterebbe di estendere la tutela della concorrenza tra imprese prevista dai Trattati a quella tra ordinamenti giuridici nazionali, ma soprattutto perché la pretesa situazione di svantaggio a carico degli operatori economici nazionali deriva da una situazione di « discriminazione a rovescio » causata dal modo di essere del diritto nazionale del lavoro e non certo dall'entrata in vigore della direttiva, il cui scopo sarebbe invece proprio quello di limitare il *dumping* sociale.

l'esigenza di armonizzare alcune condizioni sociali per prevenire gli effetti nefasti del *dumping* sociale e della concorrenza di Stati dotati di sistemi di protezione sociale più deboli nel mercato comune e, dall'altra, la necessità di evitare che l'armonizzazione determinasse una riduzione delle garanzie sociali negli ordinamenti nazionali più garantisti. La loro funzione deve essere, inoltre, interpretata alla luce dell'evoluzione del processo d'integrazione politica europea e delle finalità sociali che sono state progressivamente attribuite all'Unione, e va dunque colta nella prospettiva di una crescente armonizzazione piuttosto che della preservazione dei modelli sociali nazionali. A differenza delle clausole di salvaguardia contenute nelle convenzioni internazionali, le disposizioni che sanciscono il carattere minimo della disciplina dell'Unione in materia di politica sociale realizzano una integrazione della normativa nazionale con quella sovranazionale. Di conseguenza, per effetto dell'adozione di direttive in materia di politica sociale, le finalità stabilite dalle norme dell'Unione prevalgono su quelle della normativa nazionale che sopravvive soltanto se pienamente funzionale al conseguimento o al rafforzamento di essi e pur sempre nel contesto di un regime sostanzialmente predeterminato dalle direttive. In questo ambito, il potere di interpretazione e di bilanciamento tra diritti confliggenti è assunto dalla Corte di giustizia che potrebbe estendere il proprio sindacato, almeno in presenza di clausole di non regresso, persino sulla ragionevolezza delle finalità politico-economiche che hanno determinato uno Stato membro all'adozione di una normativa regressiva della tutela e sulla congruità delle misure nazionali ad esse preordinate. Il miglior trattamento nazionale, inoltre, è sottoposto al diritto primario dell'Unione, dato che l'art. 153, par. 4, TFUE ne impone la compatibilità con il Trattato e, implicitamente, con la Carta dei diritti fondamentali. È pertanto illusorio riferire alle clausole sul carattere minimo dell'armonizzazione la funzione di salvaguardare i modelli costituzionali degli Stati membri in misura maggiore di quanto non avvenga in altri ambiti di applicazione del diritto dell'Unione o di assicurare il coordinamento delle norme dell'Unione con quelle derivanti da altre fonti.

Se questa impostazione è corretta, la coesistenza di prescrizioni minime a livello convenzionale e sovranazionale, lungi dal generare un sistema che risolve qualsiasi potenziale conflitto mediante il rinvio alla fonte da considerare in concreto più garantista, incrementa la possibilità che gli Stati membri assumano obblighi incompatibili. Come è noto, questa situazione si è già verificata negli anni novanta in relazione all'obbligo posto dall'art. 5 della direttiva 76/207/CE sulla parità tra

uomini e donne nell'accesso al lavoro, nella formazione e promozione professionale e nelle condizioni di lavoro in relazione al lavoro notturno femminile, vietato dalla Convenzione n. 89 dell'OIL⁽⁶⁶⁾. L'Italia, che era parte della Convenzione, fu oggetto di una procedura di infrazione e di una conseguente condanna in ragione del mantenimento in vigore della disciplina posta dalla legge n. 1305 del 1952, esecutiva di quella Convenzione⁽⁶⁷⁾. Secondo la Corte di giustizia, infatti, gli obblighi posti dalla direttiva 76/207/CE avrebbero tollerato, in conformità all'art. 351 TFUE (già art. 307 TCE), soltanto deroghe di natura temporanea necessarie all'esecuzione degli obblighi convenzionali assunti prima dell'adesione all'Unione e avrebbero richiesto da parte degli Stati membri il ricorso a tutti i mezzi necessari a eliminare gli obblighi incompatibili. In esecuzione della sentenza della Corte di giustizia, l'Italia, come già altri Stati membri, ha dovuto denunciare la Convenzione n. 89 dell'OIL. Nella prassi più recente, la Commissione di esperti dell'OIL ha messo in evidenza altre situazioni di incompatibilità in materie regolate da direttive dell'Unione Europea e da convenzioni dell'OIL, sottolineando l'esigenza che gli Stati attuino correttamente gli obblighi convenzionali, a prescindere dalla circostanza che la normativa nazionale « insista » sul campo di applicazione del diritto dell'Unione Europea⁽⁶⁸⁾. È, del resto, inevitabile che l'esercizio della competenza dell'Unione Europea in materia di politica sociale comporti sempre più spesso l'esigenza di conciliare gli obblighi dell'Unione con quelli posti dalle convenzioni internazionali, rendendo, innanzitutto, urgente il rafforzamento di meccanismi di coordinamento. In questa prospettiva, sembra opportuno che la tutela derivante dalla Carta sociale europea e dalle convenzioni dell'OIL acquisisca rilevanza per le istituzioni europee; ciò potrebbe avvenire sia nell'ambito della fase dell'iniziativa legislativa europea, mediante una valutazione da parte della Commissione europea dell'incidenza degli *standards* sociali internazionali rilevanti nella materia da disciplinare, sia nel contesto dell'interpretazione delle direttive, considerando che le norme interna-

⁽⁶⁶⁾ Cfr. VIVOLI, *La denuncia italiana della Convenzione dell'OIL sul lavoro notturno femminile*, *Rivista*, 1992, p. 131 ss.

⁽⁶⁷⁾ Si vedano, in relazione a questa vicenda, le sentenze 2 agosto 1993, *Levy*, C-158/91, *Raccolta*, 1993, p. I-4287 ss., par. 22, e 4 dicembre 1997, *Commissione c. Italia*, C-207/96, *Raccolta*, 1997, p. I-6869 ss., par. 10.

⁽⁶⁸⁾ Si può fare riferimento, ad esempio, alle osservazioni della Commissione di esperti dell'OIL sul rapporto presentato dalla Romania in relazione all'adempimento della Convenzione n. 1 sull'orario del lavoro e dell'art. 6 della Convenzione sulla retribuzione per il lavoro straordinario (ILC.101/III1A *Report of the Committee of Experts on the Application of Conventions and Recommendations*, 2012 101th session-parte I/A Romania).

zionali sul lavoro potrebbero rilevare come base per la configurazione di principi generali dell'Unione. Una maggiore valorizzazione delle clausole di non regresso potrebbe, in alcuni casi, consentire alla Corte di giustizia di rafforzare le istanze del progresso della tutela sociale in una direzione che le armonizza con gli obblighi convenzionali esistenti.

Se si considera, inoltre, che l'adozione delle prescrizioni minime sociali determina un trasferimento di competenze dagli Stati all'Unione Europea nelle relazioni esterne, anche nei casi in cui gli obblighi convenzionali non investano direttamente aspetti regolati dalle direttive, ne risulta la competenza dell'Unione a concludere accordi internazionali che incidono in vari ambiti delle politiche sociali. In questo caso, la Corte di giustizia può esercitare la propria competenza sulle questioni di interpretazione e di applicazione della disciplina convenzionale nelle materie di competenza europea, assicurando una interpretazione uniforme. Come si è già avuto occasione di sottolineare, ciò potrebbe valere anche per le convenzioni internazionali del lavoro in virtù del ruolo di intermediari e garanti degli interessi dell'Unione che gli Stati membri dovrebbero assumere in relazione alle materie di sua competenza.

DEBORAH RUSSO

NOTE E COMMENTI

SULLA PARTECIPAZIONE DEL PARLAMENTO EUROPEO ALLA FORMAZIONE DI ACCORDI IN MATERIA DI POLITICA ESTERA E DI SICUREZZA COMUNE

SOMMARIO: 1. La partecipazione del Parlamento all'accordo fra Unione europea e Repubblica di Mauritius sul trasferimento di persone sospettate di atti di pirateria. — 2. Gli accordi *interpiliers* nell'assetto normativo del Trattato di Lisbona. — 3. Il contenuto dell'art. 218, par. 6, del Trattato sul funzionamento dell'Unione. — 4. Procedure decisionali e competenze nell'art. 218, par. 6, del Trattato sul funzionamento dell'Unione. — 5. Qualche ipotesi di soluzione.

1. Con ricorso del 21 dicembre 2011 ⁽¹⁾, il Parlamento europeo ha impugnato la decisione 2011/640/PESC del Consiglio, del 12 luglio 2011, relativa alla firma e alla conclusione dell'Accordo tra l'Unione Europea e la Repubblica di Mauritius sulle condizioni in presenza delle quali le persone catturate dalla forza navale diretta dall'Unione Europea, in quanto sospettate di atti di pirateria, possano essere trasferite alla Repubblica di Mauritius per essere sottoposte a processo ⁽²⁾.

Ad avviso del Parlamento, la decisione di conclusione avrebbe leso le prerogative parlamentari nella conclusione di accordi internazionali. L'art. 218, par. 6, 2° comma, TFUE, prevede infatti che il Consiglio possa adottare una decisione di conclusione di un accordo senza la partecipazione del Parlamento allorché questo riguardi « esclusivamente » la politica estera e di sicurezza comune. Ad avviso del Parlamento, però, l'Accordo con la Repubblica di Mauritius rileverebbe altresì della cooperazione giudiziaria in materia penale, della cooperazione di polizia e della cooperazione allo sviluppo. Ne dovrebbe

⁽¹⁾ Causa C-658/11, *Parlamento c. Consiglio*, G.U.U.E. 2012 C 58, p. 6.

⁽²⁾ Decisione 2011/640/PESC del Consiglio, del 12 luglio 2011, relativa alla firma e alla conclusione dell'Accordo tra l'Unione Europea e la Repubblica di Mauritius sulle condizioni del trasferimento delle persone sospettate di atti di pirateria e dei relativi beni sequestrati da parte della forza navale diretta dall'Unione Europea alla Repubblica di Mauritius e sulle condizioni delle persone sospettate di atti di pirateria dopo il trasferimento, G.U.U.E. 2011 L 254, p. 1.

conseguire che esso « avrebbe dovuto essere concluso previa approvazione del Parlamento europeo ai sensi dell'art. 218, par. 6, lett. a), v), TFUE ».

La posizione del Parlamento appare senz'altro comprensibile alla luce dell'Accordo: le sue disposizioni non sono tese esclusivamente a stabilire vincoli di politica estera, ma dispongono anche obblighi ricadenti nell'ambito di altre politiche materiali dell'Unione⁽³⁾. L'Accordo non si limita infatti a disciplinare le condizioni generali sulla base delle quali le persone, che sono arrestate dall'EUNAVFOR in quanto sospettate di aver commesso atti di pirateria nelle acque territoriali della Somalia, possano essere trasferite sul territorio di Mauritius e sottoposte ad azione giudiziaria. L'Accordo prevede altresì obblighi per l'Unione Europea di prestare misure d'assistenza finanziaria, tecnica e di altro genere a favore della Repubblica di Mauritius. La presenza di tali clausole sembra quindi indicare che l'Accordo non attenga « esclusivamente » alla politica estera e che la sua conclusione, di conseguenza, comporta l'approvazione del Parlamento europeo.

L'Accordo fra l'Unione Europea e la Repubblica di Mauritius esemplifica peraltro le difficoltà di interpretazione dell'art. 218, par. 6, 2° comma, TFUE, e le difficoltà di inquadramento sistematico della disposizione. Nell'imporre la partecipazione del Parlamento alla conclusione di accordi che non attengano « esclusivamente » alla politica estera — nella forma impegnativa dell'approvazione nei casi previsti dalla lett. a), ovvero della consultazione nei casi previsti dalla lett. b) — questa disposizione dà rilievo alla mera presenza di disposizioni che ricadono in altre politiche materiali, indipendentemente dal rilievo che ad esse spetta nel sistema dell'accordo. Mentre però appare ragionevole prevedere la partecipazione del Parlamento qualora tali clausole rilevino al medesimo titolo di quelle di carattere politico, si da configurare un accordo che, nella fase antecedente al Trattato di Lisbona sarebbe stato definito come *interpilier*, la partecipazione del Parlamento appare meno comprensibile allorché tali clausole abbiano un ruolo meramente secondario, e tale da non intaccare quindi la prevalente caratterizzazione dell'accordo sul piano della politica estera.

2. La determinazione del regime giuridico di accordi che riguardino in egual misura sia la politica estera che altre politiche dell'Unione costituisce un problema in gran parte irrisolto nel sistema dei Trattati istitutivi. In applicazione dei principi elaborati dalla giurisprudenza

(3) V., in particolare, l'art. 7 dell'Accordo, cit.

della Corte di giustizia, essi dovrebbero essere adottati sulla base di un cumulo di basi giuridiche. Peraltro, nella sentenza *Ecovas* (4) la Corte di giustizia, operando nel quadro normativo antecedente il Trattato di Lisbona, aveva escluso tale possibilità allorché una di queste basi fosse data dalla politica estera e di sicurezza comune dell'Unione. La Corte, come si ricorderà, aveva stabilito che un atto, ancorché persegua più obiettivi o presenti più componenti principali rientranti, rispettivamente, nelle competenze materiali e nella politica estera, non possa fondarsi sulle diverse basi giuridiche corrispondenti, ma debba necessariamente fondarsi unicamente sulla base giuridica materiale (5).

La Corte aveva fondato questa conclusione sull'art. 47 TUE (6), nella versione allora in vigore, al quale, nella precedente struttura a pilastri, era assegnata la funzione di preservare integralmente l'ambito delle competenze comunitarie da possibili interferenze ad opera di atti adottati sulla base del secondo o terzo pilastro (7).

Il Trattato di Lisbona parrebbe però rimettere in discussione la soluzione accolta dalla Corte nel caso *Ecovas*. Il nuovo art. 40 TUE (che si sostituisce al 47), così si esprime: « L'attuazione della politica estera e di sicurezza comune lascia impregiudicata l'applicazione delle procedure e la rispettiva portata delle attribuzioni delle istituzioni previste dai Trattati per l'esercizio delle competenze dell'Unione di cui agli articoli da 3 a 6 del Trattato sul funzionamento dell'Unione europea. L'attuazione delle politiche previste in tali articoli lascia parimenti impregiudicata l'applicazione delle procedure e la rispettiva portata delle attribuzioni delle istituzioni previste dai Trattati per l'esercizio delle competenze dell'Unione a titolo del presente capo ».

L'art. 40 TUE parrebbe dunque aver perduto la funzione di salvaguardare le politiche materiali per trasformarsi in una *mutual non-affectation clause*. In altre parole, l'art. 40, a seguito della sua nuova formulazione, non sarebbe più preordinato a garantire una posizione di prevalenza alla base giuridica che trova il suo fondamento giuridico nelle disposizioni relative alle politiche materiali, rispetto ad una base giuridica concorrente che si fonda sulla politica estera e di sicurezza comune dell'Unione. Questa disposizione avrebbe ora la funzione di

(4) Sent. 20 maggio 2008, causa C-91/05, *Commissione c. Consiglio*, *Raccolta*, 2008, p. I-3651. La sentenza, peraltro, non concerneva direttamente la conclusione di accordi *interpilier*.

(5) *Ibidem*, par. 76.

(6) L'art. 47 TUE così recitava: « [...] nessuna disposizione del presente Trattato pregiudica i Trattati che istituiscono le Comunità europee né i Trattati e atti successivi che li hanno modificati o completati ».

(7) V. par. 77 della sentenza *Ecovas*, cit.

assicurare che sia le competenze di politica estera e di sicurezza comune che quelle di carattere materiale vengano esercitate senza arrecarsi reciprocamente pregiudizi. Essa, quindi, si limiterebbe a garantire l'equilibrio dei poteri stabilito nei Trattati ⁽⁸⁾.

In conseguenza di tali modifiche, sembra logico ritenere che i principi generali relativi alla base giuridica debbano ora trovare integrale applicazione anche rispetto ad atti o ad accordi rilevanti della politica estera ⁽⁹⁾. Da una parte, essi andrebbero adottati sulla base della politica « prevalente » qualora sia possibile accertare in maniera obiettiva che le finalità e il contenuto dell'accordo appartengano in maniera principale ad una sola politica, sia essa la politica estera ovvero la politica materiale. Questa ipotesi non si discosta peraltro dalla soluzione indicata dalla Corte nel caso *Ecovas* di utilizzare un'unica base giuridica fondata sulle disposizioni della politica estera allorché la componente o la finalità di politica estera sia preponderante, mentre i profili relativi alle politiche materiali rivestano un ruolo meramente ancillare ⁽¹⁰⁾. Dall'altra, il concorso paritetico nello stesso accordo di disposizioni relative a diverse politiche dovrebbe invece imporre — e questa soluzione determina, a differenza di quella precedente, un palese superamento della giurisprudenza *Ecovas* — il cumulo delle relative basi giuridiche pur qualora fra esse vi sia quella relativa alla politica estera e di sicurezza comune dell'Unione.

Anzi, è proprio un'applicazione rigida del criterio della competenza, criterio che sembrerebbe esser fatto proprio dal nuovo art. 40 TUE, ad imporre che ad un atto debbano corrispondere tante basi giuridiche quante sono le componenti principali di cui si caratterizza. Si determinerebbe, infatti, una violazione del principio della competenza d'attribuzione, e quindi indirettamente dell'art. 40 TUE, se un atto che persegue più obiettivi o presenta più componenti principali rientranti rispettivamente nelle politiche materiali e nella politica estera e di sicurezza comune, dovesse in principio fondarsi esclusivamente su

⁽⁸⁾ Ampiamente su questo punto v. VAN ELSUWEGE, *EU External Action after the Collapse of the Pillar Structure: in Search of New Balance between Delimitation and Consistency*, *Common Market Law Review*, 2010, p. 987 ss. V., inoltre, VAN VOOREN, *The Small Arms Judgment in an Age of Constitutional Turmoil*, *European Foreign Affairs Review*, 2009, p. 243.

⁽⁹⁾ V., nella stessa prospettiva, KLAMERT, *Conflicts of Legal Basis: No Legality and No Basis but a Bright Future under the Lisbon Treaty?*, *European Law Review*, 2010, p. 497, in part. p. 500.

⁽¹⁰⁾ V. par. 72 della sentenza *Ecovas*, cit., nella quale si specifica espressamente che non rientra nell'ambito della cooperazione allo sviluppo, bensì della politica estera, « una misura che, pur contribuendo allo sviluppo economico e sociale di paesi in via di sviluppo, abbia la finalità primaria di attuare la PESC ».

un'unica base giuridica ⁽¹¹⁾. In tal caso, l'utilizzo di un unico fondamento giuridico che si fonda sulle disposizioni del Trattato sul funzionamento andrebbe verosimilmente a pregiudicare « l'applicazione delle procedure e la rispettiva portata delle attribuzioni delle istituzioni » ⁽¹²⁾ nell'ambito della politica estera dell'Unione.

L'applicazione di questi principi dovrebbe quindi condurre a concludere che la partecipazione del Parlamento si imponga solo qualora un accordo di politica estera contenga clausole rilevanti di un'altra delle politiche materiali dell'Unione aventi un rilievo tale da imporre l'utilizzo di una base giuridica congiunta. Essa non dovrebbe invece costituire un elemento necessario della procedura di conclusione allorché l'accordo attenga in maniera prevalente alla politica estera, di modo che eventuali clausole proprie di altre politiche dell'Unione abbiano carattere meramente secondario.

3. Alla luce di tali principi, il contenuto prescrittivo dell'art. 218, par. 6, TFUE, può apparire sorprendente.

Esso è incluso in una disposizione volta ad imporre il principio del parallelismo nella conclusione degli accordi internazionali rispetto alle procedure di formazione di atti interni ma sembra rispondere ad esigenze del tutto diverse.

L'esigenza del parallelismo si riflette nell'art. 218, par. 6, lettere *a*) e *b*). Tali disposizioni prevedono che le forme di partecipazione del Parlamento alla formazione di un accordo si modellino sulle prerogative assegnate al Parlamento dai Trattati istitutivi per la formazione di atti interni. Le medesime esigenze di simmetria tra la procedura di adozione degli atti e quella di conclusione degli accordi — solo parzialmente realizzato dal precedente art. 300 TCE ⁽¹³⁾ — avrebbe quindi suggerito di prevedere la previa approvazione parlamentare nella conclusione di accordi che attengano alla politica estera solo qualora il loro contenuto avrebbe richiesto, sul piano interno, l'adozione attraverso la procedura legislativa ordinaria o, a seconda dei casi, speciale. Secondo l'interpretazione dell'art. 40 del Trattato sull'Unione prospettata nel paragrafo precedente, ciò si verificherebbe, in partico-

⁽¹¹⁾ Analogamente VAN VOOREN, op. cit., pp. 246-247.

⁽¹²⁾ Art. 40 TUE.

⁽¹³⁾ Ai sensi dell'art. 300, par. 3, TCE, soltanto gli accordi che avessero implicato la modifica di un atto adottato secondo la procedura di cui all'art. 251 TCE (procedura di codecisione) avrebbero dovuto essere conclusi previo parere conforme del Parlamento europeo. Nel caso in cui l'accordo si fosse limitato a riguardare un settore per il quale fosse stata richiesta sul piano interno la procedura di codecisione, il Parlamento sarebbe stato soltanto consultato.

lare, rispetto ad accordi che attengano in egual misura alla politica estera e di sicurezza comune e ad un'altra politica materiale dell'Unione.

Tuttavia, nel campo specifico della politica estera, le esigenze di parallelismo sembrano paradossalmente venir meno per modo che la partecipazione parlamentare viene imposta anche rispetto ad accordi aventi un contenuto prevalente di politica estera, pur se, come è noto, nella formazione di atti interni di politica estera il ruolo parlamentare è assolutamente marginale. Dato che la politica estera si concreta, nella massima parte dei casi, in atti che hanno qualche contenuto materiale, ancorché di rilievo funzionale alla realizzazione di obiettivi politici, la disposizione ha l'effetto di imporre la partecipazione parlamentare per accordi il cui contenuto ricada, sia pure in maniera marginale, in una qualsiasi politica materiale interna ⁽¹⁴⁾. In questa prospettiva, il Parlamento si troverebbe dunque ad esercitare sul piano esterno funzioni che, in ambito della politica estera e di sicurezza comune, gli sono invece precluse sul piano interno. Questa ipotesi è ben esemplificata nel ricorso del Parlamento: ancorché la componente preponderante dell'accordo debba essere ravvisata nella politica estera, la pretesa del Parlamento di partecipare alla sua conclusione si giustifica con la presenza di clausole che, pur avendo un carattere incidentale nel tenore complessivo dell'accordo, ricadono nell'ambito di alcune politiche materiali.

L'applicazione rigorosa dell'art. 218, par. 6, TFUE potrebbe avere come conseguenza la tendenza a limitare il ricorso ad accordi di politica estera e di privilegiare l'utilizzazione di atti interni.

4. Il ricorso del Parlamento pone in luce quindi l'evidente distanza fra la norma dell'art. 40 del Trattato sull'Unione, che configura una rigorosa applicazione dei principi giurisprudenziali sulla base giuridica anche alla politica estera e di sicurezza comune dell'Unione, e la norma

⁽¹⁴⁾ Qualche dubbio sull'esito complessivo cui verosimilmente potrà condurre la disciplina delineata all'art. 218, par. 6, TFUE è prospettato da WESSEL, *Cross-pillar Mixture: Combining Competences in the Conclusion of EU International Agreements*, in *Mixed Agreements in EU Law Revisited* (a cura di Hillion, Koutrakos), Oxford, 2010. Secondo l'a.: « [B]ut what if an agreement covers both CFSP and other policies? Obviously, the general procedure (including the role of the Parliament) would be the one to follow, but would this also be acceptable for an agreement which would principally address CFSP or CSDP issues? Time will tell, but it seems fair to conclude that the Union may still be in need of "cross-sector" agreements that are to be based on two separate Council Decisions when agreements cover issues that principally, but not exclusively, relate to CFSP » (p. 52).

dell'art. 218 del Trattato sul funzionamento dell'Unione, la quale impone, al par. 6, 2° comma, la partecipazione del Parlamento alla formazione di accordi attinenti alla politica estera, a meno che essi non abbiano esclusivo contenuto politico.

Da una parte, l'art. 40 TUE, nel presidiare da reciproche interferenze settori che sono e devono continuare a rimanere distinti, dovrebbe esigere che un accordo che consta di più componenti principali che attengono alla politica estera e di sicurezza comune e di una o più delle politiche materiali dell'Unione si fondi sulle corrispondenti basi giuridiche.

D'altra parte, l'art. 218 TFUE sembra invece imporre sul piano procedurale che accordi aventi rilievo prevalente di politica estera, ma contenenti disposizioni che riguardino seppure marginalmente una delle politiche materiali dell'Unione, siano adottati attraverso la procedura sostanzialmente corrispondente a quella prevista per l'adozione di atti di quest'ultima.

Le due disposizioni sembrano quindi ispirate da una concezione diametralmente opposta: da un lato, l'art. 40 TUE è espressione della rigida distribuzione di competenze normative operata dal Trattato e riflette l'esigenza di mantenere inalterata la separazione tra la politica estera e le altre politiche di rilievo esterno. Dall'altro lato, l'art. 218, par. 6, TFUE, esprime l'esigenza opposta: quella cioè di far prevalere, rispetto alle dinamiche intergovernative proprie della politica estera e di sicurezza comune, le dinamiche sovranazionali non appena vi sia una minima interferenza fra le due dimensioni dell'integrazione europea.

Vero è che le due disposizioni hanno natura giuridica ben diversa. Mentre l'art. 40 TUE è una regola tesa a disciplinare il rapporto fra diverse competenze attribuite all'Unione, l'art. 218, par. 6, TFUE, non è una norma attributiva di competenza. Ancorché vi sia una tendenza delle istituzioni a menzionare tale disposizione come unica base giuridica per la conclusione di accordi, essa in effetti si limita, come già la precedente disposizione dell'art. 300 TCE, a stabilire la procedura per l'esercizio delle competenze sul piano esterno. Ne consegue che ben difficilmente la previsione dell'art. 218, par. 6, TFUE, potrà sovvertire l'ordine delle competenze stabilite dai Trattati istitutivi.

Si potrebbe quindi ipotizzare che l'art. 218, par. 6, abbia meramente l'effetto di imporre un adempimento procedurale aggiuntivo per la conclusione di accordi che non attengono esclusivamente alla politica estera, senza però incidere sulla identificazione della loro base giuridica. Di conseguenza, accordi aventi un contenuto prevalente, ma non esclusivo, di politica estera andrebbero conclusi sulla sola base giuri-

dica dell'art. 37 del Trattato sull'Unione, ma per mezzo di una procedura che preveda altresì l'approvazione del Parlamento europeo.

Questa soluzione non è però convincente. L'art. 218 TFUE avrebbe infatti la paradossale funzione di imporre una sorta di asimmetria « alla rovescia », stabilendo una procedura *ad hoc* per l'esercizio della competenza esterna dell'Unione nel campo della politica estera e di sicurezza comune che riconosca al Parlamento europeo un ruolo che gli è invece precluso nell'adozione di atti interni. Questa soluzione sarebbe smentita anche sulla base dell'interpretazione testuale dell'art. 218, par. 6, lettere *a*) e *b*). La disposizione richiede infatti l'approvazione del Parlamento qualora l'accordo di politica estera contenga clausole relative a « settori ai quali si applica la procedura legislativa ordinaria oppure la procedura legislativa speciale qualora sia necessaria l'approvazione del Parlamento europeo ». Negli altri casi, invece, la partecipazione parlamentare si dovrà esprimere nella forma della consultazione.

È difficile sostenere che l'art. 218, par. 6, TFUE, stabilisca dei requisiti speciali per la conclusione di accordi da adottare sulla base della politica estera quando tali requisiti dipendano, a loro volta, dalle procedure stabilite per l'adozione di atti interni nelle altre politiche materiali dell'Unione.

Non resta che concludere, quindi, che l'art. 218, par. 6, stabilisca bensì una procedura speciale per la conclusione di accordi che attengono alla politica estera e di sicurezza comune. Tale procedura, tuttavia, riflette il più generale assetto di competenze che emerge implicitamente dai Trattati secondo il quale la presenza di clausole che attengano ad altre politiche dell'Unione è sufficiente a far perdere all'accordo la sua qualificazione esclusiva di accordo di politica estera. L'art. 218, par. 6, è quindi espressione di un principio generale di prevalenza delle politiche materiali rispetto alla politica estera che risente dell'influenza della sentenza *Ecovas* e che non è facilmente compatibile con il regime stabilito dall'art. 40 TUE.

5. In una prospettiva di sistema ci si può tuttavia chiedere se le due norme, in apparenza inconciliabili, possano invece essere interpretate in maniera coerente. Sarebbe infatti una soluzione eccessivamente rigida pensare che l'art. 40 TUE venga spogliato del suo ruolo di *mutual non-affectation clause* in conseguenza dell'esistenza dell'art. 218, par. 6, TFUE e che, corrispondentemente, il Parlamento sia sistematicamente abilitato ad intervenire nel procedimento decisionale allorché

un accordo avente carattere prevalente di politica estera tocchi marginalmente anche aspetti di politica materiale.

Una prima soluzione potrebbe essere individuata valorizzando il carattere particolare di certi accordi. Vi sarebbero cioè accordi che comportano obblighi di una specificità e portata tali che la presenza di clausole accessorie relative alle politiche materiali non sarebbe un elemento sufficiente per escluderne o attenuarne il carattere di strumenti di politica estera. Un riferimento all'esistenza di accordi siffatti, di non agevole inquadramento teorico, può essere rintracciato in un brano poco valorizzato della sentenza sul caso *Ecowas*. In quella decisione, la Corte, nell'affermare che certe misure potrebbero, in principio, indifferentemente rientrare nella politica estera come nelle altre politiche di rilievo esterno, ha indicato che misure specifiche « come la concessione di un sostegno politico all'attuazione di una moratoria oppure la raccolta e la distruzione di armi rientrerebbero piuttosto fra le operazioni di mantenimento della pace, di rafforzamento della sicurezza internazionale o di promozione della cooperazione internazionale, iscrivendosi negli obiettivi della PESC enunciati all'art. 11, n. 1, UE »⁽¹⁵⁾. Sebbene l'indicazione sia meramente esemplificativa, si tratta evidentemente di misure che *in re ipsa* perseguono obiettivi di politica estera e che, in conseguenza di questa loro intrinseca connotazione, difficilmente potrebbero essere distolte dall'ambito della politica estera e di sicurezza comune dell'Unione. Seguendo questa linea argomentativa, si potrebbe prospettare l'esistenza di accordi dal contenuto specifico i quali, pur in presenza di clausole relative a politiche materiali, sarebbero nel loro complesso ascrivibili esclusivamente alla politica estera in conseguenza della loro marcata caratterizzazione politica. In quest'ottica, accordi siffatti non potrebbero essere distolti dalla base giuridica che si fonda su disposizioni di politica estera, e assoggettati ad una eventuale approvazione o parere del Parlamento, pur se constassero di clausole relative alle politiche materiali. Ancorché non sia agevole stabilire *a priori* quando un accordo, in conseguenza del suo contenuto, ricada *in re ipsa* nella politica estera e di sicurezza comune, appare ragionevole pensare che, al fine di non svuotare di significato l'art. 218, par. 6, lettere *a*) e *b*), TFUE, solo un limitatissimo numero di accordi possa essere considerato idoneo a rientrare in questa categoria. Tra questi vi sarebbero, ad esempio, gli accordi relativi all'organizzazione delle missioni e delle operazioni di

⁽¹⁵⁾ Par. 105 della sentenza *Ecowas*, cit.

gestione delle crisi ⁽¹⁶⁾, allo *status* delle forze dirette dall'Unione Europea ⁽¹⁷⁾, alla partecipazione di Stati terzi alle missioni di polizia dell'Unione Europea ⁽¹⁸⁾. Siffatti accordi, infatti, dispongono obblighi così peculiari da poter rientrare *in re ipsa* «fra le operazioni di mantenimento della pace, di rafforzamento della sicurezza internazionale o di promozione della cooperazione internazionale» ⁽¹⁹⁾ anche se constassero di disposizioni ricadenti nelle politiche materiali.

Una seconda soluzione potrebbe essere individuata partendo proprio dalla *ratio* sottesa all'art. 218, par. 6, 2° comma, TFUE. È ragionevole pensare che questa disposizione, nel prevedere che il Parlamento partecipi all'*iter* decisionale tranne quando l'accordo riguardi esclusivamente la politica estera e di sicurezza comune, sia volta ad evitare che, nell'ambito del procedimento di conclusione di un accordo che vede coinvolte sia la politica estera e di sicurezza comune che le politiche materiali, la procedura maggiormente garantista del ruolo del Parlamento europeo venga svuotata della sua stessa sostanza in conseguenza del contestuale utilizzo di una procedura con questa incompatibile. Se la *ratio* che ispira la previsione può dunque essere ravvisata nell'esigenza di preservare le prerogative del Parlamento europeo, l'art. 218, par. 6, non si pone necessariamente in conflitto con l'art. 40 TUE e con l'esigenza di una rigorosa salvaguardia delle rispettive attribuzioni della politica estera e delle politiche materiali. In principio, infatti, nell'ambito di una procedura volta alla conclusione di un accordo complesso, non vi è alcuna correlazione tra le prerogative del Parlamento europeo e le esigenze della politica estera tale che al rafforzamento della tutela delle une si determini necessariamente un pregiudizio per le altre e viceversa. Al contrario, proprio una lettura

⁽¹⁶⁾ V., ad es., l'Accordo tra l'Unione Europea e la Repubblica federale di Jugoslavia sulle attività della missione di vigilanza dell'Unione Europea (EUMM) nella Repubblica federale di Jugoslavia, *G.U.C.E.* 2001 *L* 125, p. 2; l'Accordo tra l'Unione Europea e la Bosnia-Erzegovina relativo alle attività della missione di polizia dell'Unione Europea (EUPM) in Bosnia-Erzegovina, *G.U.C.E.* 2002 *L* 293, p. 2.

⁽¹⁷⁾ V., ad es., l'Accordo tra l'Unione Europea e la Repubblica islamica di Afghanistan sullo *status* della missione di polizia dell'Unione Europea in Afghanistan, EUPOL AFGHANISTAN, *G.U.U.E.* 2010 *L* 221, p. 2; l'Accordo tra l'Unione Europea e la Repubblica dell'Uganda sullo *status* della missione diretta dall'Unione Europea in Uganda, *G.U.U.E.* 2010 *L* 221, p. 2.

⁽¹⁸⁾ V. l'Accordo tra l'Unione Europea e la Repubblica di Croazia sulla partecipazione della Repubblica di Croazia alla missione dell'Unione Europea sullo stato di diritto in Kosovo, EULEX KOSOVO, *G.U.U.E.* 2008 *L* 317, p. 20; l'Accordo tra l'Unione Europea e il Montenegro che istituisce un quadro per la partecipazione del Montenegro alle operazioni dell'Unione Europea di gestione delle crisi, *G.U.U.E.* 2011 *L* 57, p. 2.

⁽¹⁹⁾ Par. 105 della sentenza *Ecovas*, cit.

sistematica degli articoli 40 TUE e 218, par. 6, TFUE dovrebbe imporre un'interpretazione tesa ad evitare che l'esigenza di salvaguardare le competenze del Parlamento sia garantita a discapito delle attribuzioni assegnate alla politica estera. Da questa impostazione dovrebbe conseguire che, allorché l'ordinamento metta a disposizione strumenti alternativi di salvaguardia delle prerogative del Parlamento parimenti efficaci, ma meno lesivi rispetto a quelli che invece determinano una compressione delle attribuzioni della politica estera, i primi debbano essere preferiti rispetto ai secondi.

Se questa ricostruzione è plausibile, una soluzione alternativa — parimenti efficace per la salvaguardia delle competenze del Parlamento, ma rispettosa delle attribuzioni della politica estera e di sicurezza comune — potrebbe consistere nell'adottare due distinti atti di conclusione dell'accordo, fondati rispettivamente su disposizioni di una delle politiche materiali e sulle disposizione relative alla politica estera e di sicurezza comune dell'Unione, i quali autorizzino, secondo le rispettive procedure, la conclusione dell'accordo per i settori di rispettiva competenza. Questa soluzione, già utilizzata per la conclusione di accordi *interpiliers* nell'ambito del primo e del terzo pilastro ⁽²⁰⁾, sembra felicemente tradurre sul piano normativo la netta ripartizione di competenze tra la politica estera e le altre politiche materiali operata dai Trattati: gli aspetti di politica estera sarebbero espressi da un atto fondato sulle disposizioni proprie di tale politica; quelli attinenti alle altre politiche di rilievo esterno dovrebbero essere espressi da un atto che attiene ad una delle altre politiche materiali ⁽²¹⁾.

⁽²⁰⁾ Ad es., la conclusione dell'accordo tra l'Unione Europea, la Comunità europea e la Confederazione svizzera riguardante l'associazione della Confederazione svizzera all'attuazione, all'applicazione e allo sviluppo dell'*acquis* di Schengen sono state autorizzate con l'adozione di due decisioni separate del Consiglio: una basata sugli articoli 62, 63, 66, 95 TCE in combinato disposto con l'art. 300 TCE (v. decisione del Consiglio 2008/146/CE, del 28 gennaio 2008, in *G.U.U.E.* 2008 *L* 53, p. 1); l'altra fondata sugli articoli 24 e 38 TUE (v. decisione del Consiglio 2008/149/GAI, del 28 febbraio 2008, in *G.U.U.E.* 2008 *L* 53, p. 50). Mentre la prima decisione precisa che essa si applica « ai settori disciplinati dalle disposizioni elencate negli allegati A e B dell'accordo e al loro sviluppo, nella misura in cui queste disposizioni abbiano una base giuridica nell'ambito del Trattato che istituisce la Comunità europea », la decisione 2008/262/CE prevede che essa sarà applicata « ai settori disciplinati dalle disposizioni elencate negli allegati A e B dell'accordo e al loro sviluppo, nella misura in cui queste disposizioni abbiano una base giuridica nell'ambito del Trattato sull'Unione Europea ».

⁽²¹⁾ Per questa soluzione sembrerebbero orientati anche HILLION, WESSEL, *Competence distribution in EU External Relations after ECOWAS: Clarification or Continued Fuzziness?*, *Common Market Law Review*, 2009, p. 575, secondo i quali: « [I]t may however be wondered, (...), whether the Council should, where possible in practice, extract the non-EC elements from the rest of the dual instrument and include them in

Una tale soluzione, che avrebbe il pregio di assicurare una equilibrata composizione degli interessi in gioco, non è tuttavia priva di inconvenienti: essa, infatti, potrebbe essere realizzata nella misura in cui un accordo sia scindibile, presenti cioè un contenuto suscettibile di essere riformulato in due decisioni autonome, benché coordinate ⁽²²⁾. Se un accordo non potesse essere scomposto perché le sue componenti relative alla politica estera e alle altre politiche sono intrinsecamente non frazionabili, in quanto inscindibilmente connesse tra loro ⁽²³⁾, il ricorso all'adozione di due atti paralleli risulterebbe inattuabile. In

a measure to be adopted as an EU act. Hence in the Ship Source Pollution case, the Court found that the provisions related to the harmonization of criminal sanctions could not be included in an EC instrument, thereby protecting the powers of the EU on the basis of the third pillar». V., inoltre, KLAMERT, op. cit., p. 515.

⁽²²⁾ Questa soluzione è accolta anche da VAN OOIK, *Cross-pillar Litigation Before the ECJ: Demarcation of Community and Union Competences*, *European Constitutional Law Review*, 2008, p. 399, in part. p. 413. Secondo l'a., nella sentenza resa sul caso *Ecowas*, la Corte avrebbe escluso la soluzione dell'adozione contestuale di due atti fondati rispettivamente sul TCE e su disposizioni PESC: « [P]robably [...] because the aims of the decision were regarded as being *inextricably connected* and could not be separated. Indeed, one and the same instrument (the EU's financial contribution to ECOWAS) served two purposes at the same time (development co-operation policy and international peace and security) ». In generale, per la giurisprudenza relativa all'inscindibilità di un atto, v., tra le altre, sent. 10 gennaio 2006, causa C-178/03, *Commissione c. Parlamento europeo e Consiglio*, *Raccolta*, 2006, p. I-107, par. 43; sent. 11 settembre 2003, causa C-211/01, *Commissione c. Consiglio*, *Raccolta*, 2003, p. I-8913, par. 40; sent. 10 gennaio 2006, causa C-94/03, *Commissione c. Consiglio*, *Raccolta*, 2006, p. I-1, par. 36; sent. 8 settembre 2009, causa C-411/06, *Commissione c. Parlamento europeo e Consiglio*, *Raccolta*, 2009, p. I-7585, par. 48. Occorre peraltro osservare che, nella sua complessiva giurisprudenza, la Corte si è astenuta dall'individuare la nozione di « atto inscindibile », limitandosi ad affermare tautologicamente che una doppia base giuridica è necessaria allorché le sue componenti sono « connesse in modo ... indissociabile » (causa C-178/03, cit.).

⁽²³⁾ Questa ipotesi sembra realizzarsi, in un contesto invero diverso dalla conclusione di un accordo internazionale, nel caso relativo alla *Repressione dell'inquinamento provocato da navi* (sent. 23 ottobre 2007, causa C-440/05, *Commissione delle Comunità europee c. Consiglio*, *Raccolta*, 2007, p. I-9097). Si ricorderà che la Corte, benché avesse riconosciuto che alcune disposizioni della decisione-quadro impugnata esulassero dalla competenza comunitaria in quanto volte a disciplinare il tipo e il livello delle sanzioni penali applicabili (v. il par. 71 della sentenza), aveva tuttavia rilevato l'esistenza di « legami inscindibili » tra queste e quelle relative ai reati cui si riferiscono (v. par. 72). Sulla base di queste premesse, la Corte aveva quindi annullato la decisione-quadro « nel suo insieme a motivo della sua indivisibilità » (v. par. 74). A seguito della sentenza della Corte, è stato quindi adottato un unico atto: la direttiva 2009/123/CE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 21 ottobre 2009, che modifica la direttiva 2005/35/CE relativa all'inquinamento provocato dalle navi e all'introduzione di sanzioni per violazioni (G.U.U.E. 2009 L 280, p. 52) dalla quale sono state espunte le previsioni concernenti la necessaria natura detentiva delle pene per le violazioni ambientali più gravi, i livelli minimi dei massimi edittali delle pene e delle sanzioni pecuniarie per le violazioni commesse con il concorso di circostanze aggravanti, le circostanze aggravanti stesse e le sanzioni accessorie.

relazione ad un'ipotesi del genere, che appare d'altro canto assai frequente nell'ambito di accordi complessi, se le prerogative del Parlamento non potessero essere tutelate altrimenti, sarebbe allora inevitabile un'applicazione rigorosa della previsione disciplinata nell'art. 218, par. 6, lettere *a*) e *b*): gli aspetti di politica estera, anche nel caso in cui rappresentassero una componente essenziale, sarebbero soggetti alla partecipazione del Parlamento allorché l'accordo incidesse anche su una o più politiche materiali.

In conclusione, entrambe le soluzioni prospettate presentano evidenti limiti di applicazione. La prima si fonda sul paradigma, di incerta stabilità, che vi sia la possibilità di determinare il carattere intrinsecamente, e dunque esclusivamente, politico di un accordo a prescindere dalla presenza di eventuali clausole relative a politiche materiali; la seconda presuppone che un accordo in materia di politica estera per essere sottratto ad una decisione di autorizzazione che veda coinvolto il Parlamento europeo risulti scindibile.

Gli incerti esiti cui conducono entrambe le soluzioni sono dunque evidenti; esse tuttavia costituiscono l'effetto inevitabile del difficile coordinamento fra la politica estera e di sicurezza comune ed altre politiche materiali che si riflette nel sistema dei Trattati istitutivi.

M. EUGENIA BARTOLONI

LA RILEVANZA DEL DIRITTO INTERNO AI FINI
DEL RISPETTO DEL PRINCIPIO *NULLUM CRIMEN SINE LEGE*
NEL DIRITTO INTERNAZIONALE PENALE

SOMMARIO: 1. Introduzione. — 2. L'evoluzione del principio *nullum crimen sine lege* nel diritto internazionale penale. — 3. Il rispetto del principio *nullum crimen* in caso di applicazione di norme di diritto internazionale penale non scritte. — 4. Differenti concezioni del principio di legalità nella giurisprudenza del Tribunale internazionale penale per la *ex* Jugoslavia e delle Camere straordinarie per la Cambogia. — 5. Considerazioni conclusive sulla rilevanza del diritto interno.

1. Il principio di legalità è riconosciuto come principio cardine degli ordinamenti statali liberali. La sua affermazione nella maggior parte delle costituzioni nazionali come diritto fondamentale dell'individuo deriva dalla Dichiarazione dei diritti dell'uomo e del cittadino del 1789, elaborata durante la Rivoluzione francese. D'altronde, se il diritto penale è stato definito come « the legally limited punitive power of the State » ⁽¹⁾, il principio di legalità costituisce uno dei capisaldi, forse il più importante, dei limiti all'esercizio di quel potere. Ricopre inoltre un ruolo fondamentale nel concretare l'effettiva separazione dei poteri tra legislativo e giudiziario, tra chi ha il compito di determinare in modo chiaro le condotte punibili e chi ha il dovere di punire quelle e solo quelle. Si può dire, insomma, che il principio di legalità riveste due diverse, ma strettamente connesse, funzioni.

Nell'ordinamento internazionale, come è noto, il principio di legalità opera essenzialmente in quanto diritto fondamentale volto a tutelare l'individuo attraverso la determinatezza e la prevedibilità del dato giuridico. Tuttavia, a livello internazionale, l'applicazione del principio di legalità solleva problemi in parte diversi da quelli che esso pone all'interno degli ordinamenti nazionali ⁽²⁾. Come osservato dal Tribunale internazionale penale per la *ex* Jugoslavia, « the principles of legality in international criminal law are different from their related

⁽¹⁾ VON LISZT, *The Rationale for the Nullum Crimen Principle*, *Journal of Int. Criminal Justice*, 2007, p. 1009.

⁽²⁾ CASSESE, *International Criminal Law*², Oxford, 2008, p. 36 ss.

national legal systems with respect to their applications and standards »⁽³⁾. Uno dei problemi sollevati dall'applicazione del principio di legalità in relazione alla repressione di crimini internazionali da parte di tribunali internazionali è legato alla natura non scritta di alcune fonti del diritto internazionale penale. Norme incriminatrici aventi la loro fonte in consuetudini internazionali o in principi generali di diritto, infatti, hanno talora confini incerti e sono il risultato di un processo di formazione in cui è difficile stabilire il momento preciso di affermazione definitiva della regola. L'incertezza che ne consegue può apparire, a prima vista, difficilmente compatibile con un pieno rispetto del principio di legalità. Proprio in considerazione di questo dato, alcuni tribunali internazionali penali si sono interrogati intorno alla possibilità di fare riferimento, accanto alla norma internazionale, anche al diritto interno dello Stato che ha uno stretto collegamento con l'evento criminoso — sia esso lo Stato ove è stato commesso il crimine o quello di nazionalità dell'imputato — al fine di determinare l'effettiva prevedibilità ed accessibilità della norma incriminatrice da parte dell'individuo nei confronti del quale questa deve trovare applicazione. In particolare, tale questione è stata affrontata in una recente decisione delle Camere straordinarie per la Cambogia; in precedenza, alcuni spunti rilevanti in proposito erano stati sviluppati nella giurisprudenza del Tribunale internazionale penale per la *ex* Jugoslavia.

La presente indagine si propone di chiarire quale possa essere la rilevanza del diritto interno dello Stato ove è stato commesso un crimine o di quello di nazionalità dell'imputato ai fini del rispetto del principio *nullum crimen sine lege* nel diritto internazionale penale. Prima di entrare nel merito della questione, si ripercorrerà, seppur brevemente, l'evoluzione storica del principio *nullum crimen* nel diritto internazionale penale, sottolineando la crescente importanza che esso ha assunto di fronte alle giurisdizioni internazionali penali. Metteremo poi in risalto gli aspetti che più condizionano il rispetto del principio nell'ordinamento internazionale, insistendo in particolare sui problemi derivanti dall'applicazione di norme internazionali non scritte e dal decisivo ruolo dei giudici nello sviluppo e nella determinazione del contenuto delle stesse. Infine, analizzeremo la giurisprudenza rilevante, individuando le diverse impostazioni che sembrano sottendere le soluzioni giudiziali accolte, al fine di metterne criticamente in luce pregi e ambiguità.

⁽³⁾ *The Prosecutor v. Delalić*, IT-96-21, Trial Chamber, sentenza del 16 novembre 1998, par. 431.

2. In quanto garanzia fondamentale dell'individuo all'interno di un processo penale, il principio di legalità si sostanzia in due distinti divieti: il divieto di condannare un individuo per un crimine che tale non era al tempo della commissione del fatto (*nullum crimen sine lege*) e il divieto di applicare una sanzione non prevista dalla legge (*nulla poena sine lege*). In ambito internazionale, tale principio, nelle sue due componenti, è riconosciuto espressamente sia in trattati a portata universale (per esempio, nell'art. 15, par. 1, del Patto internazionale sui diritti civili e politici del 1966) sia in trattati regionali (tra gli altri, nell'art. 7, par. 1, della Convenzione europea dei diritti dell'uomo del 1950) (4).

Oggi sembra possibile sostenere che il principio di legalità non costituisca un diritto fondamentale dell'individuo riconosciuto come tale da una norma internazionale di natura consuetudinaria (5). Il Tribunale per il Libano ha recentemente affermato che « it is warranted to hold that by now it has the status of a peremptory norm (*jus cogens*), imposing its observance both within domestic legal orders and at the international level » (6). Nella giurisprudenza dei tribunali internazionali penali, tuttavia, il principio di legalità non ha sempre avuto la centralità che, come vedremo, attualmente riveste all'interno dello Statuto della Corte penale internazionale (7).

(4) È stato osservato, più in generale, che il principio di legalità « is one of the rare provisions set out as a non-derogable norm in all of the major human rights conventions ». Così SCHABAS, *The International Criminal Court. A Commentary to the Rome Statute*, New York, 2010, p. 403. Il contenuto della disposizione sul principio di legalità è identico per i due trattati e riprende quanto già previsto nell'art. 11, par. 2, della Dichiarazione universale dei diritti umani del 1948, che così recita: « No one shall be held guilty of any criminal offence on account of any act or omission which did not constitute a criminal offence under national or international law at the time when it was committed. Nor shall a heavier penalty be imposed than the one that was applicable at the time the criminal offence was committed ».

(5) Per un accurato studio del principio di legalità nel diritto internazionale penale, si vedano in generale GALLANT, *The principle of legality in international and comparative criminal law*, Cambridge-New York, 2009, e BOOT, *Genocide, Crimes Against Humanity, War Crimes. Nullum Crimen Sine Lege and the Subject Matter Jurisdiction of the International Criminal Court*, Antwerpen-Oxford-New York, 2002.

(6) Tribunale speciale per il Libano, *Interlocutory Decision on the Applicable Law: Terrorism, Conspiracy, Homicide, Perpetration, Cumulative Charging*, STL-11-01/I, Appeals Chamber, 16 febbraio 2011, par. 76.

(7) Cfr. su questo punto KRESS, *The International Criminal Court as a Turning Point in the History of International Criminal Justice*, in *The Oxford Companion to International Criminal Justice* (a cura di Cassese), Oxford, 2009, p. 145, e OLASOLO, *A Note on the Evolution of the Principle of Legality in International Criminal Law*, *Criminal Law Forum*, 2007, p. 301 ss. Alcuni autori, pur apprezzando la progressiva affermazione del principio di legalità anche a livello internazionale, mettono in evidenza il rischio che una sua applicazione rigorosa possa impedire che i giudici

Da parte del Tribunale militare internazionale di Norimberga, la massima *nullum crimen sine lege* fu espressamente qualificata come « a principle of justice » (8). Non è chiaro, tuttavia, quale rilevanza fosse in definitiva attribuita dal Tribunale a tale principio di giustizia (9). È stato osservato che il riferimento ad un generico concetto di giustizia, presente nella versione inglese della sentenza del Tribunale, non corrisponde alla versione francese dove al principio di legalità viene riconosciuta piuttosto la natura di « règle généralement suivie ». Inoltre, sempre nella versione francese, scompare interamente la successiva frase inclusa nei testi inglese e russo ove chiaramente si statuiva che « the maxim has no application to the present facts ». Queste divergenze sottolineano probabilmente una sensibilità diversa del giudice francese con riguardo al principio di legalità (10). In definitiva, però, la posizione del Tribunale appariva orientata nel senso che, a causa della gravità ed atrocità dei crimini perpetrati, altri e più importanti principi di giustizia rispetto a quello di legalità dovessero prevalere per condurre alla punizione dei colpevoli. Al riguardo sono note le critiche e le problematiche sollevate dal fatto che i Tribunali militari internazionali di Norimberga e di Tokyo punirono condotte che non potevano certamente dirsi ricomprese nella categoria dei crimini internazionali al tempo della commissione dei fatti di causa. Tuttavia, la necessità di non lasciare impunte condotte ritenute inaccettabili anche se non previste dal diritto internazionale al momento della loro commissione imponeva ai giudici di ritenere il principio di legalità cedevole di fronte ad esigenze repressive ritenute superiori. È peraltro noto che, nell'esercizio della propria competenza giurisdizionale, il Tribunale non diede alcuna rilevanza al diritto interno della Germania nazista.

Per quel che concerne il Tribunale per la *ex* Jugoslavia, il principio *nullum crimen* non trova alcun riferimento esplicito nello Statuto.

internazionali favoriscano una evoluzione in via interpretativa delle norme internazionali in materia penale. Cfr. CASSESE, *The Statute of the International Criminal Court: Some Preliminary Reflections*, *European Journal of Int. Law*, 1999, pp. 157-158.

(8) Tribunale militare internazionale, *Göring et al.*, 1 ottobre 1946, in *Trial of the Major War Criminals Before the International Military Tribunal*, 14 November 1945 - 1 October 1946, Nuremberg, 1947, pp. 171 e 219.

(9) ACQUAVIVA, *At the Origins of Crimes Against Humanity. Clues to a Proper Understanding of the Nullum Crimen Principle in the Nuremberg Judgement*, *Journal of Int. Criminal Justice*, 2011, p. 1 ss.

(10) CASSESE, *Crimes Against Humanity: Comments on Some Problematic Aspects*, in *The international legal system in quest of equity and universality: L'ordre juridique international, un système en quête d'équité et d'universalité: Liber Amicorum G. Abi-Saab* (a cura di Boisson de Chazournes e Gowlland-Debbas), The Hague, 2001, pp. 432-435.

Tuttavia, il rapporto del Segretario generale, cui è allegato lo Statuto e alla luce del quale questo deve essere letto e interpretato, ne individua chiaramente la funzione in relazione all'applicazione di norme internazionali aventi natura consuetudinaria. Nel rapporto si rileva più in generale, in riferimento al rispetto dei diritti umani da parte del Tribunale, che « it is axiomatic that the International Tribunal must fully respect internationally recognized standards regarding the rights of the accused at all stages of its proceedings »⁽¹¹⁾. In particolare, si osserva che « the application of the principle *nullum crimen sine lege* requires that the international tribunal should apply rules of international humanitarian law which are beyond any doubt part of customary law »⁽¹²⁾. Su questi riferimenti al diritto applicabile e al rispetto del principio di legalità si possono compiere due considerazioni. Da un lato si può notare che non vi è alcun riferimento al diritto interno. Dall'altro è degno di rilievo il fatto che, secondo quanto indicato nel rapporto, il pieno rispetto del principio *nullum crimen sine lege* impone che si applichino norme che siano « beyond any doubt » parte del diritto internazionale consuetudinario. Quest'ultima considerazione lascerebbe intendere che, laddove la norma in questione sia in via di formazione o non chiara in tutti i suoi elementi costitutivi, questa non dovrebbe essere applicata per garantire il rispetto del principio di legalità.

Lo Statuto della Corte penale internazionale contiene invece un espresso riferimento al principio di legalità. Nell'elenco dei principi generali del diritto penale che la Corte deve rispettare nell'esercizio della sua attività, contenuto nella parte III dello Statuto, il rispetto del *nullum crimen sine lege* è indicato per primo all'art. 22. Gli articoli 23 e 24 prevedono invece le altre due fondamentali manifestazioni del principio di legalità: il principio *nulla poena sine lege* e della non-retroattività della legge penale⁽¹³⁾. Quanto al ruolo più in generale del *corpus* dei diritti umani, l'art. 21, par. 3, prevede chiaramente che l'applicazione e interpretazione del diritto « must be consistent with internationally recognized human rights ». La centralità che il principio di legalità avrebbe assunto emergeva già dai lavori del Comitato *ad hoc* per l'istituzione della Corte penale internazionale, ove si ribadiva

⁽¹¹⁾ Rapporto del Segretario generale, UN Doc. S/25704, 3 maggio 1993, approvato dal Consiglio di sicurezza con la ris. 827/1993, 25 maggio 1993, par. 103.

⁽¹²⁾ *Ibid.*, par. 34.

⁽¹³⁾ Per un'analisi si veda, tra gli altri, CATENACCI, *The Principle of Legality*, in *Essays on the Rome Statute of the International Criminal Court* (a cura di Lattanzi e Schabas), vol. 2, L'Aquila, 1999, p. 85 ss.

l'esigenza di definire con chiarezza e precisione i crimini oggetto di giurisdizione ⁽¹⁴⁾. Sul punto si può affermare, per inciso, che proprio l'esigenza di garantire al meglio il rispetto del principio di legalità ha fortemente incoraggiato lo sforzo di codificazione avvenuto con lo Statuto della Corte. Infine, ai fini della nostra indagine, occorre sottolineare che la Corte penale internazionale esercita la propria giurisdizione su condotte penalmente rilevanti enunciate in norme internazionali anche nel caso in cui la legislazione interna dello Stato dove è stato commesso il crimine o dello Stato di nazionalità dell'imputato non preveda quella particolare fattispecie criminosa o sia in contrasto con la regola internazionale.

3. Come già osservato, uno dei principali problemi che solleva l'applicazione del principio di legalità a livello internazionale riguarda la questione come tale principio possa essere conciliato con la natura per lo più consuetudinaria delle norme di diritto internazionale penale e con l'importante ruolo svolto dai giudici nel determinarne il contenuto ⁽¹⁵⁾. Il principio *nullum crimen sine lege*, per come è stato tradizionalmente inteso nei sistemi di *civil law*, si compone di quattro distinti corollari: *a)* la forma scritta della norma penale; *b)* la sua determinatezza; *c)* il divieto di analogia; *d)* la non-retroattività nell'applicazione della stessa. È opportuno sottolineare che il requisito per cui la norma che prevede la condotta criminosa deve essere certa e determinata è stato recentemente riaffermato in modo chiaro anche dalla Corte penale internazionale, secondo la quale le norme penali non devono solo essere *praeviae*, ma anche *certae* e *strictae* ⁽¹⁶⁾.

⁽¹⁴⁾ *Report of the ad hoc Committee on the Establishment of an International Criminal Court*, General Assembly, Fiftieth Session, Supplement No. 22 (A/50/22), 1995, par. 57: « As regards the specification of crimes, the view was expressed that a procedural instrument enumerating rather than defining the crimes would not meet the requirements of the principle of legality (*nullum crimen sine lege* and *nulla poena sine lege*) and that the constituent elements of each crime should be specified to avoid any ambiguity and to ensure full respect for the rights of the accused ».

⁽¹⁵⁾ Su questo problema, si veda, tra gli altri, LAMB, *Nullum Crimen, Nulla Poena Sine Lege in International Criminal Law*, in *The Rome Statute of the International Criminal Court: A Commentary* (a cura di Cassese, Gaeta, Jones), vol. I, Oxford, 2002, p. 733 ss.

⁽¹⁶⁾ Corte penale internazionale, *The Prosecutor v. Thomas Lubanga Dyilo, Decision on the Confirmation of the Charges*, ICC-01/04-01/06, Pre-Trial Chamber I, 29 gennaio 2007, par. 303. Nel caso di specie la Corte ha sottolineato che la norma incriminatrice, relativa al reclutamento di bambini soldato, rispetta anche il requisito di essere *scripta*. Per quanto concerne gli altri elementi, già il Tribunale per la ex Jugoslavia aveva chiaramente evidenziato l'importanza fondamentale del « requirement of specificity and the prohibition of ambiguity in criminal legislation ». Cfr. *The*

Le difficoltà inerenti al processo di identificazione delle norme internazionali consuetudinarie o dei principi generali in materia penale sembrano potere influire sul rispetto del principio di legalità. Il requisito della prevedibilità, infatti, non concerne soltanto la norma incriminatrice applicabile, ma riguarda anche il metodo di individuazione di tali norme. In altre parole, un certo grado di determinatezza è richiesto anche sul modo attraverso il quale i giudici procedono ad identificare il contenuto della norma applicabile. Come è noto, il riconoscimento di una consuetudine internazionale o di un principio generale di diritto internazionale, e del preciso contenuto di questi, costituisce un'operazione che può rivelarsi assai problematica. Inoltre, possono sorgere difficoltà nel garantire il rispetto del *nullum crimen* a livello di diritto internazionale penale anche in relazione ad un'altra delle caratteristiche intrinseche al principio stesso: la concreta accessibilità della norma da parte dell'individuo. Non occorre soffermarsi più di tanto sulle ragioni di tale criticità: una norma non scritta e che si forma a livello interstatale si presenta come meno accessibile da parte di un individuo rispetto ad una norma scritta e consacrata nel dato legislativo nazionale.

Inoltre, proprio a causa della particolare natura delle fonti non scritte, il ruolo svolto dai giudici nella determinazione delle norme internazionali penali di natura consuetudinaria e dei principi generali di diritto è stato fondamentale e ancor più decisivo forse che in qualsiasi altro ramo del diritto internazionale⁽¹⁷⁾. Lo spazio lasciato alla attività ricostruttiva dei giudici, peraltro, non può essere visto come automaticamente in contrasto con il principio di legalità. Al contrario, e ciò risulta più evidente nei sistemi di *common law*, un certo margine di « creatività » è inevitabilmente « delegato » all'organo giudiziario sia per la necessaria opera interpretativa e ricostruttiva che ogni dato normativo richiede sia per evitare che una concezione eccessivamente restrittiva del principio di legalità impedisca lo sviluppo progressivo del diritto in sede giudiziale⁽¹⁸⁾. D'altronde, già da tempo la Corte europea

Prosecutor v. Delalić et al., IT-96-21, Trial Chamber, sentenza del 16 novembre 1998, par. 402.

⁽¹⁷⁾ Sul punto si veda ZAPPALÀ, *Judicial Activism v. Judicial Restraint in International Criminal Justice*, in *The Oxford Companion to International Justice*, cit., p. 221.

⁽¹⁸⁾ Cfr. SHAHABUDEEN, *Does the Principle of Legality Stand in the Way of Progressive Development of Law?*, *Journal of Int. Criminal Justice*, 2004, p. 1007 ss. e la giurisprudenza ivi citata. Si ricordano, in particolare, il celebre caso *C.R. v. The United Kingdom*, ove la Corte europea dei diritti dell'uomo ha osservato che « the time has now arrived » per cui uno stupro venga considerato tale indipendentemente dalla relazione coniugale intercorrente tra imputato e vittima (Corte europea dei diritti dell'uomo, *C.R. v. The United Kingdom*, ricorso n. 20190/92, 22 novembre 1995). E ancora la parimenti nota decisione del Tribunale per la ex Jugoslavia dove si riconobbe

dei diritti dell'uomo ha affermato, in un'evidente ottica di conciliazione tra sistemi di *civil law* e di *common law* e proprio per lasciare spazio al diritto di formazione giurisprudenziale, che « the word 'law' in the expression 'prescribed by law' covered unwritten law as well as statute law »⁽¹⁹⁾. L'opera per certi versi « creativa » dei giudici si rivela poi imprescindibile in un contesto come quello del diritto internazionale penale non solo per la particolarità delle sue fonti (in termini di natura, di chiarezza del contenuto e di rapporti tra le stesse) ma anche per lo stato ancora « primitivo » del suo sviluppo⁽²⁰⁾.

Un'interpretazione estensiva del contenuto di una norma penale può risultare in taluni casi necessaria allo scopo di adattare il dato normativo ai cambiamenti e alle trasformazioni della realtà sociale di riferimento che il diritto ha in qualche modo l'ambizione di rispecchiare. A questo proposito, la Corte europea dei diritti dell'uomo ha osservato come, al fine di rispettare il principio *nullum crimen*, l'operazione interpretativa che si proponga di segnare uno sviluppo progressivo del dato normativo possa avvenire soltanto se « the resultant development is consistent with the essence of the offence and could reasonably be foreseen »⁽²¹⁾. Vero è tuttavia che non è semplice stabilire se e fino a che punto uno sviluppo progressivo del diritto si conformi all'essenza del reato e sia ragionevolmente prevedibile.

Sulla valutazione in merito alla prevedibilità di uno sviluppo progressivo del dato normativo incide in maniera particolare un elemento che, unitamente al divieto di analogia (*lex stricta*) e alla non retroattività della legge penale (*lex praevia*), sostanzia e concretizza il principio di legalità. Si tratta del principio di tassatività o di sufficiente determinatezza della norma (*lex certa*). In astratto, tale principio sem-

che crimini di guerra potevano essere commessi anche nel corso di un conflitto armato non internazionale (*The Prosecutor v. Tadić, Decision on the Defence Motion for Interlocutory Appeal on Jurisdiction*, IT-94-1-AR72, Appeals Chamber, 2 ottobre 1995). Si vedano anche MERON, *The Continuing Role of Custom in the Formation of International Humanitarian Law*, *American Journal of Int. Law*, 1996, p. 238 ss.; CONDORELLI, *Présentation de la IIème partie*, in *Droit International Pénal* (a cura di Ascensio, Decaux, Pellet), Paris, 2000, p. 247, e PELLET, *Applicable Law*, in *The Rome Statute of the International Criminal Court* (a cura di Cassese, Gaeta, Jones), vol. 2, Oxford, 2002, pp. 1056-1059.

⁽¹⁹⁾ Corte europea dei diritti dell'uomo, *Sunday Times v. The United Kingdom*, ricorso n. 6538/74, 26 aprile 1979, par. 48. L'interpretazione della Corte riguardava l'art. 10, par. 2, della Convenzione concernente la libertà di espressione.

⁽²⁰⁾ DE HEMPTINNE, *Réflexion sur l'évolution des rôles normatif et judiciaire du juge pénal international*, *Revue trimestrielle des droits de l'homme*, 2011, p. 532.

⁽²¹⁾ Corte europea dei diritti dell'uomo, *SW. v. The United Kingdom*, ricorso n. 20166/92, 22 novembre 1995; *CR v. The United Kingdom*, cit. Più recentemente si veda *Jorgic v. Germany*, ricorso n. 74613/01, 12 luglio 2007, par. 101.

bra poter essere soddisfatto, almeno in parte e con l'inevitabile margine di indeterminatezza dato dalle possibili divergenti interpretazioni di un medesimo dato testuale, solo da un testo scritto. È stato invece osservato che nel caso delle norme internazionali consuetudinarie, dei principi generali di diritto internazionali e delle decisioni giudiziarie il principio di tassatività « can only serve as a guiding doctrine, to be observed when interpreting the rules produced by these sources of law » (22).

4. Conviene ora esaminare, attraverso l'analisi della giurisprudenza di diversi tribunali penali internazionali o internazionalizzati, ed in particolare del Tribunale per la ex Jugoslavia e delle Camere straordinarie per la Cambogia, i diversi approcci adottati nel valutare eventuali violazioni del principio di legalità. Ciò verrà fatto considerando la giurisprudenza relativa alla *Joint Criminal Enterprise* (di seguito *JCE*). Un'analisi di alcune delle pronunce concernenti tale meccanismo di attribuzione della responsabilità assume un certo rilievo non solo per illustrare la complessità e le difficoltà inerenti alla valutazione del rispetto del principio *nullum crimen* nel diritto internazionale penale ma anche per il ruolo che a tal fine può essere assunto dal diritto interno dello Stato di nazionalità dell'imputato o dello Stato dove è stato commesso il crimine.

La *JCE* è stata riconosciuta dal Tribunale per la ex Jugoslavia nella sentenza *Tadić* come meccanismo ascrittivo « firmly established in customary international law » (23). Nonostante le critiche dottrinali a questo assunto (24) e diversi tentativi giudiziali di modificare la figura rivisitandone il contenuto (25), questo istituto è stato costantemente applicato anche da numerosi altri tribunali penali internazionali o

(22) JESCHECK, *The General Principles of International Criminal Law Set Out in Nuremberg, as Mirrored in the ICC Statute*, *Journal of Int. Criminal Justice*, 2004, p. 41.

(23) *The Prosecutor v. Tadić*, 15 July 1999, IT-94-1, Appeals Chamber, par. 220.

(24) Tra i tanti si vedano POWELS, *Joint Criminal Enterprise*, cit.; AMBOS, *Internationales Strafrecht*, München, 2006, p. 136 ss., e BOGDAN, *Individual Criminal Responsibility in the Execution of a "Joint Criminal Enterprise" in the Jurisprudence of the Ad Hoc International Tribunal for the Former Yugoslavia*, *Int. Criminal Law Review*, 2006, p. 63 ss. Pur non procedendo ad un'analisi della giurisprudenza dei tribunali *ad hoc*, in questo senso pure WERLE, *Individual Criminal Responsibility in Article 25 ICC Statute*, *Journal of Int. Criminal Justice*, 2007, p. 953 ss.

(25) Tra i più rilevanti si veda ad esempio *The Prosecutor v. Kvočka*, Judgment, Trial Chamber, IT-98-30/1-T, paragrafi 282-284, e *The Prosecutor v. Stakić*, Judgment, Trial chamber, IT-97-24, 31 luglio 2003, par. 441.

misti ⁽²⁶⁾. Tuttavia, come vedremo, recentemente le Camere straordinarie per la Cambogia hanno negato l'applicabilità della terza categoria di *JCE*, *JCE III* ⁽²⁷⁾, escludendo che una forma di attribuzione della responsabilità per un reato diverso da quello voluto dal preteso coautore facesse parte del diritto internazionale consuetudinario all'epoca dei fatti oggetto del giudizio.

La natura consuetudinaria della *JCE III* è stata contestata una prima volta davanti al Tribunale per la ex Jugoslavia nel caso *Milutinović et al.* attraverso una mozione difensiva dell'imputato Dragoljub Ojdanić ⁽²⁸⁾. In particolare, la difesa di Ojdanić, oltre a negare lo *status* di norma consuetudinaria della *JCE III*, sosteneva, tra l'altro, che tale forma di attribuzione della responsabilità non era prevista dallo Statuto del Tribunale e la sua applicazione rappresentava quindi una violazione del principio *nullum crimen sine lege* ⁽²⁹⁾.

Nella decisione del 21 maggio 2003, la Camera d'appello del Tribunale ha concluso che lo Statuto non è « a meticulously detailed code » che prevede ogni possibile scenario e soluzione normativa. La Camera d'appello non ha proceduto dunque ad un riesame della soluzione accolta nella sentenza *Tadić*, ma ha semplicemente ribadito di ritenersi « satisfied that the state practice and *opinio juris* reviewed in that decision was sufficient to permit the conclusion that such norm existed in customary international law in 1992 » ⁽³⁰⁾.

In questa pronuncia, il Tribunale, precisando il proprio orientamento rispetto alla precedente giurisprudenza ⁽³¹⁾, ha riconosciuto

⁽²⁶⁾ In particolare, la *JCE* ha trovato applicazione davanti al Tribunale internazionale penale per il Ruanda, alla Corte speciale per la Sierra Leone, ai *Panels* speciali per crimini gravi a Timor Orientale e alle Camere straordinarie per la Cambogia.

⁽²⁷⁾ La terza forma di *JCE* potrebbe corrispondere per approssimazione al c.d. concorso anomalo contenuto nell'ordinamento italiano all'art. 116 cod. pen., che prevede la responsabilità per il reato diverso da quello voluto da taluno dei concorrenti. In dottrina sono molti ad aver criticato l'applicazione di un tale meccanismo di attribuzione della responsabilità in quanto in contrasto con altro principio fondamentale del diritto penale, quello di colpevolezza (*nullum crimen sine culpa*). Si veda, in particolare, tra gli altri AMBOS, *Joint Criminal Enterprise and Command Responsibility*, *Journal of Int. Criminal Justice*, 2007, p. 167 ss.

⁽²⁸⁾ *The Prosecutor v. Milutinović et al., General Ojdanić's Preliminary Motion Challenging Jurisdiction: Indirect Co-Perpetration*, IT-05-87, Trial Chamber, 7 ottobre 2005.

⁽²⁹⁾ *Ibid.*

⁽³⁰⁾ *The Prosecutor v. Milutinović et al., Decision on Dragoljub Ojdanić's Motion Challenging Jurisdiction - Joint Criminal Enterprise*, IT-99-37-AR72, Appeals Chamber, 21 maggio 2003.

⁽³¹⁾ Si veda *The Prosecutor v. Tadić, Decision on the Defence Motion for Interlocutory Appeal on Jurisdiction*, IT-94-1-T, Appeals Chambers, 2 ottobre 1995, par. 143. Secondo tale decisione, un qualche ruolo nel determinare il diritto applicabile

espressamente il ruolo di assoluta centralità delle norme internazionali consuetudinarie nell'esercizio della propria funzione. In questo contesto, esso compie alcune importanti affermazioni in merito al rispetto del principio di legalità ed in particolare al ruolo che il diritto interno può avere in questo contesto. La Camera d'appello, infatti, assegna una funzione rilevante, ancorché non decisiva, al diritto interno nella determinazione del contenuto della norma applicabile. Più in generale i giudici individuano le seguenti quattro condizioni affinché una forma di attribuzione della responsabilità penale internazionale possa essere da esso applicata: « the form of liability in question must be explicitly or implicitly envisaged by the ICTY Statute; it must have existed in customary international law; the law providing for that form of liability must have been sufficiently accessible at the relevant time to anyone who acted in such a way; the accused person must have been able to foresee that his or her conduct was a penal offence »⁽³²⁾. Interessano in particolare le ultime due condizioni, relative alla accessibilità e prevedibilità della norma. Dal ragionamento compiuto nell'individuare queste quattro condizioni risulta che, ad avviso del Tribunale, gli elementi dell'accessibilità e prevedibilità della norma internazionale consuetudinaria sono meglio garantiti laddove sia dato rinvenire una corrispondenza tra la norma in questione e una norma di diritto interno. L'indicazione della Camera d'appello è piuttosto chiara in merito. Come è detto nella sentenza, essa « does, as pointed out above, apply customary international law in relation to its jurisdiction *ratione materiae*. It may, however, have recourse to domestic law for the purpose of establishing that the accused could reasonably have known that the offence in question or the offence committed in the way charged in the indictment was prohibited and punishable »⁽³³⁾. Si

poteva essere svolto anche dai trattati conclusi tra le parti purché non contrastanti con le norme internazionali consuetudinarie esistenti. Con riguardo alla decisione *Ojdanić* è stato osservato che il Tribunale intraprende una strada in parte diversa, « limiting to customary international law the *nullum crimen sine lege* analysis ». Cfr. OLASOLO, *International Criminal Court and International Tribunals: Substantive and Procedural Aspects*, in *The Legal Practice in International Law and European Community Law, A Spanish Perspective* (a cura di Jiménez Piernas), Leiden, 2007, pp. 174 e ss.

⁽³²⁾ *Ibid.*, 21 maggio 2003, par. 21. Queste quattro condizioni trovarono poi conferma poco dopo in una decisione concernente la responsabilità del superiore. Si veda *The Prosecutor v. Hadzibasanović, Decision on Interlocutory Appeal Challenging Jurisdiction in Relation to Command Responsibility*, IT-01-47-AR72, Appeals Chamber, 16 luglio 2003, par. 32. Un rinvio a queste condizioni si è avuto anche nel caso *Stakić* dove la Camera d'appello ha escluso che il meccanismo ascrittivo di « co-perpetration » facesse parte del diritto internazionale consuetudinario. *The Prosecutor v. Stakić*, IT-97-24-A Appeals Chamber, 22 marzo 2006, par. 62.

⁽³³⁾ *The Prosecutor v. Mlutinović et al.*, cit., par. 40.

tratta di quello che è stato efficacemente definito « proximity factor »⁽³⁴⁾. Secondo la Camera d'appello, ai fini del rispetto del principio di legalità, si deve dunque prestare una certa attenzione al diritto interno. E, si badi, non solo al diritto dello Stato dove il crimine è stato commesso ma soprattutto al diritto dello Stato di nazionalità dell'imputato⁽³⁵⁾. L'idea è fondata appunto sull'assunto che tale diritto sia più « vicino » all'individuo rispetto alla norma internazionale consuetudinaria. Come è stato altrimenti osservato, quanto sembra emergere da questa giurisprudenza è che « the principle of legality [...] compels the judge to look at custom from the standpoint of the individual »⁽³⁶⁾.

Nella medesima decisione del 2003, la Camera d'appello ha ritenuto che la *JCE* rispetti le quattro condizioni menzionate e sia « beyond any doubt » parte del diritto internazionale consuetudinario⁽³⁷⁾. Tuttavia, ad avviso della Camera, il riconoscimento « beyond any doubt » della sua natura consuetudinaria non esclude una possibile rilevanza del diritto interno al fine di verificare l'accessibilità e la prevedibilità per l'imputato di questa forma di attribuzione della responsabilità. Nel ragionamento del Tribunale, l'esistenza di tale meccanismo ascrittivo nel diritto interno e la gravità dei crimini in oggetto⁽³⁸⁾ sono elementi che contribuiscono a far ritenere che l'imputato fosse a conoscenza della possibilità che gli venissero imputati i crimini commessi a causa della propria partecipazione al piano criminale comune.

⁽³⁴⁾ GRADONI, *Nullum Crimen Sine Consuetudine - A few Observations on How the International Criminal Tribunal for the Former Yugoslavia Has Been Identifying Custom*, *Agorae Paper of the European Society of International Law*, 2004, p. 15. Ad avviso di METTRAUX, *International Crimes and the ad hoc Tribunals*, Oxford, 2005, p. 13, « even where the Tribunal is satisfied that a particular prohibition exists under customary international law, it must still establish that this prohibition applies to individuals (and not only to States), that the standard that it sets out is sufficiently foreseeable and accessible to meet the requirements of the principle of legality ».

⁽³⁵⁾ *The Prosecutor v. Milutinović et al.*, cit., par. 40.

⁽³⁶⁾ GRADONI, *Nullum Crimen*, cit., p. 15.

⁽³⁷⁾ Da notare, tuttavia, l'opinione separata sul punto del giudice Shahabuddeen, *The Prosecutor v. Tadić*, IT-94-1, Appeals Chamber, 15 luglio 1999, p. 150 ss.

⁽³⁸⁾ Nelle parole del Tribunale per la ex Jugoslavia, l'elemento della gravità degli atti commessi può avere rilevanza nel determinare la prevedibilità da parte del soggetto agente della criminalità della propria condotta: « Once it is satisfied that a certain act or set of acts is indeed criminal under customary international law, the Trial Chamber must satisfy that this offence with which the accused is charged was defined with sufficient clarity under customary international law for its general nature, its criminal character and its approximate gravity to have been sufficiently foreseeable and accessible ». *The Prosecutor v. Vasiljević*, IT-99-32, Trial Chamber, 29 dicembre 2002, par. 201. Nel determinare, inoltre, la natura consuetudinaria di una certa norma incriminatrice non sono mancati i riferimenti alla clausola Martens e quindi agli imperativi derivanti dalle leggi di umanità e dalle esigenze della coscienza pubblica; cfr. *The Prosecutor v. Kupreskić et al.*, IT-95-16-T, Trial Chamber, 14 gennaio 2000, par. 527.

La rilevanza del diritto interno ai fini dell'accertamento del rispetto del principio di legalità sembra essere stata riconosciuta anche dalle Camere straordinarie per la repressione dei crimini commessi dai Khmer rossi in Cambogia. In una recente decisione, confermata nel 2011 dalla Camera di primo grado ⁽³⁹⁾, la Camera preliminare ha statuito che la regola relativa alla *JCE III* non corrispondeva ad una norma internazionale consuetudinaria all'epoca della commissione dei crimini in giudizio. Inoltre, la Camera non ha ritenuto di dover determinare se la particolare componente soggettiva della *JCE III* sia prevista nella maggior parte dei sistemi giuridici rappresentativi degli Stati della comunità internazionale, dal momento che una siffatta forma di *mens rea* non trova alcun fondamento nel diritto interno cambogiano. In sostanza, la Camera preliminare, avendo constatato che non era dato « to identify in the Cambodian law, applicable at the relevant time, any provision that could have given notice to the Charged Persons that such extended form of responsibility was punishable », ha escluso di potere applicare la *JCE III* per garantire il rispetto del principio di legalità ⁽⁴⁰⁾.

Secondo l'impostazione seguita dalla Camera preliminare sembrerebbe, dunque, che il rispetto del principio di legalità imponga una qualche corrispondenza tra la norma internazionale, sia essa una consuetudine o un principio generale di diritto (la Camera, in realtà, sembra riferirsi solo ad un principio generale) e il diritto interno.

Tale tesi, come vedremo meglio nel prossimo paragrafo, non sembra condivisibile. Ci limitiamo qui a notare come questa impostazione appare divergere dall'orientamento seguito dalla Corte europea dei diritti dell'uomo in ordine alle condizioni per il rispetto del principio di legalità. Alcune recenti pronunce della Corte europea, infatti, sembrano essersi spinte ad affermare che, anche in assenza di un riferimento al diritto internazionale nella normativa interna, l'esistenza stessa di norme internazionali, siano esse pattizie o consuetudinarie, implica una loro conoscibilità da parte dell'individuo. Nella sentenza del 17 maggio 2010, resa nel caso *Kononov v. Latvia*, ad esempio, la Grande Camera, pur riconoscendo l'assenza nella legislazione interna in vigore all'epoca dei fatti di ogni riferimento alle regole e usi di

⁽³⁹⁾ Camere straordinarie per la Cambogia, *Decision on the Applicability of Joint Criminal Enterprise*, 002/19-09-2007/ECCC/TC, Trial Chamber, 12 settembre 2011.

⁽⁴⁰⁾ Camere straordinarie per la Cambogia, *Decision on the Appeals Against the Co-investigating Judges Order on Joint Criminal Enterprise*, 002/19-09-2007-ECCC/OCIJ, Pre-Trial Chamber, 20 maggio 2010, par. 87, ove si rileva che il principio di legalità « requires the ECCC to refrain from relying on the extended form of JCE in its proceedings ».

guerra, ha ritenuto che « this cannot be decisive » poiché « international laws and customs of war were in 1944 sufficient, of themselves, to found individual criminal responsibility »⁽⁴¹⁾.

Nonostante anche nella giurisprudenza della Corte di Strasburgo alcune pronunce abbiano dato maggior rilevanza alla normativa interna nel determinare il rispetto delle condizioni di accessibilità e prevedibilità della norma internazionale⁽⁴²⁾, è stato osservato come l'orientamento volto a ritenere sufficiente, ai fini del rispetto del principio di legalità, l'esistenza di norme internazionali consuetudinarie, finanche in casi nei quali queste abbiano un contenuto difforme da corrispondenti norme interne, troverebbe conferma nel tenore letterale delle disposizioni concernenti il principio di legalità contenute nei trattati sui diritti umani. Queste stabiliscono chiaramente che la punizione di una determinata condotta possa essere contenuta sia in una norma interna che in una norma di diritto internazionale⁽⁴³⁾. Si è così giunti ad affermare che, « when only international criminal rules are at stake, or when those rules conflict with national criminal law, the requirements of accessibility and foreseeability may legitimately diminish to the point of fading away »⁽⁴⁴⁾.

5. Occorre dunque interrogarsi, alla luce anche delle diverse posizioni che emergono dalla giurisprudenza ora esaminata, su quale possa essere la rilevanza del diritto interno ai fini di stabilire il rispetto del principio di legalità.

Come si è visto, l'impostazione prevalente è quella di ritenere in ogni caso sufficiente ai fini del rispetto del *nullum crimen* da parte di un tribunale internazionale penale l'esistenza di una norma internazionale consuetudinaria o di un principio generale di diritto internazionale, senza che vi sia la necessità della presenza di una norma corrispondente negli ordinamenti dello Stato dove il crimine è stato commesso o dello Stato di nazionalità dell'imputato. Questo orientamento è certamente condivisibile. Non sembra infatti corretto sostenere, come paiono

(41) Corte europea dei diritti dell'uomo, *Kononov v. Latvia*, cit., par. 237.

(42) Corte europea dei diritti dell'uomo, *Cantoni v. France*, ricorso n. 17862/91, 15 novembre 2006, paragrafi 33-35.

(43) JESCHECK, *International Crimes*, in *Encyclopedia of Public International Law* (a cura di Bernhardt), vol. 8, Amsterdam, 1985, p. 333. Ad avviso dell'a., « international declarations and treaties protecting human rights contain an express reference in relation to the principle of legality that criminal liability for an act may follow not only from the provisions of national law but also from international law ».

(44) CASSESE, *Balancing the Prosecution of Crimes against Humanity and Non-Retroactivity of Criminal Law*, *Journal of Int. Criminal Justice*, 2006, p. 417.

invece fare le Camere cambogiane, che la presenza di una norma corrispondente nel diritto interno sia sempre necessaria ai fini dell'accessibilità e prevedibilità della norma internazionale non scritta. Siffatta impostazione chiaramente priverebbe di ogni valore e rilevanza le norme di diritto internazionale penale non scritto. Si tratta di una concezione troppo rigorosa delle condizioni necessarie per il rispetto del principio di legalità. Come abbiamo visto, una tale concezione non trova riscontro neppure nella giurisprudenza della Corte europea dei diritti umani.

Ciò detto, la concezione secondo cui, ai fini di valutare il pieno rispetto del principio di legalità, è sufficiente fare riferimento all'esistenza della norma internazionale non scritta merita tuttavia, alla luce della giurisprudenza analizzata, qualche precisazione. Per soddisfare i requisiti della prevedibilità ed accessibilità, infatti, la norma internazionale consuetudinaria non deve solo essere riconosciuta come tale, ma deve anche garantire un certo grado di certezza e determinatezza del suo contenuto. La mutevolezza e la flessibilità delle norme consuetudinarie sono elementi che non si possono non tenere in considerazione poiché influiscono direttamente sul rispetto del principio *nullum crimen*. Come già osservato, la natura stessa delle norme consuetudinarie implica, per certi aspetti, un margine di incertezza sia riguardo al momento della loro formazione che in merito agli elementi costitutivi delle stesse, nonché al loro esatto contenuto. Ai fini del pieno rispetto del principio di legalità, occorrerebbe quindi verificare anche quale sia lo stato di formazione e di consolidamento della consuetudine ed il grado di tassatività del suo contenuto. La certezza riguardo al contenuto della norma, e dunque la sua prevedibilità ed accessibilità, è connessa al livello di attestazione della stessa in quanto consuetudine e a quello di specificazione raggiunto dai suoi elementi costitutivi. Considerazioni per molti versi analoghe valgono rispetto all'altra fonte di diritto internazionale penale non scritto, vale a dire i principi generali di diritto.

È sulla base di queste considerazioni che si può riconoscere una rilevanza, più o meno accentuata, al diritto interno ai fini del rispetto del principio di legalità. Si può affermare che il riferimento al diritto interno, pur non essendo determinante, neppure può essere considerato del tutto irrilevante. Non è decisivo, come detto, poiché una norma incriminatrice ben può essere contenuta in una consuetudine o in un principio generale, se questi sono chiari e pienamente affermati nel diritto internazionale. Il diritto interno può invece svolgere un ruolo di garanzia importante allorché la norma internazionale non scritta si

presenti come non pienamente certa e consolidata, per esempio perché in via di formazione o soggetta ad un processo di modifica ⁽⁴⁵⁾.

È significativo notare come un riconoscimento della possibile rilevanza del diritto interno dello Stato dove il crimine è stato commesso o dello Stato di nazionalità dell'imputato può essere rintracciato anche nello Statuto della Corte penale internazionale con riguardo alla ricostruzione dei principi generali di diritto. In modo esplicito, infatti, lo Statuto prevede all'art. 21, par. 1, lett. c), che nell'individuazione dei principi generali, il giudice possa, « as appropriate », tenere conto delle « national laws of States that would normally exercise jurisdiction over the crime ». La disposizione, in sé piuttosto ambigua, è il risultato di un compromesso durante i lavori preparatori tra chi intendeva escludere ogni riferimento al diritto interno e chi, invece, al posto del generico « as appropriate » avrebbe preferito un più incisivo « especially » ⁽⁴⁶⁾. Interessa qui notare come questo particolare riferimento non possa che essere ricondotto all'esigenza di garantire il rispetto del principio di legalità e all'opportunità in tal senso di applicare norme che garantiscano una certa « vicinanza » all'imputato ⁽⁴⁷⁾.

In conclusione, se non si può certamente sostenere che l'esistenza nel diritto interno di una norma incriminatrice avente un contenuto simile a quello della norma internazionale non scritta sia in ogni caso necessaria per garantire il rispetto del principio *nullum crimen sine lege*, nemmeno si può negare che quando vi sia incertezza sullo stato di formazione della norma o quanto meno su alcuni elementi costitutivi della stessa, un certo grado di corrispondenza della norma internazionale con il diritto nazionale possa costituire un elemento importante ai fini di una più piena garanzia dell'accessibilità e prevedibilità della regola internazionale non scritta.

Più in generale, ci sembra si possa affermare che un elevato grado di attestazione di una norma internazionale consuetudinaria o di un

⁽⁴⁵⁾ Un accenno in tal senso, seppur fugace, lo troviamo nella opinione dissidente del giudice Cassese nel caso *Erdemović*: « Were *ex hypothesi* international criminal law really ambiguous on duress or were it even to contain a gap, it would therefore be appropriate and judicious to have recourse — as a last resort — to the national legislation of the accused, rather than to moral considerations or policy-oriented principles ». Cfr. Tribunale penale internazionale per la ex Jugoslavia, *The Prosecutor v. Erdemović*, IT-96-22, *Separate and dissenting Opinion of Judge Cassese*, Appeals Chamber, 7 ottobre 1997, par. 49.

⁽⁴⁶⁾ *Report of the Working Group on Applicable Law*, UN Doc. A/CONF.183/C.1/WGAL/L.2, p. 2. Si veda SCHABAS, *The International Criminal Court. A Commentary on the Rome Statute*, cit., pp. 393-394.

⁽⁴⁷⁾ Sul punto, si veda CALIGIURI, *La ricostruzione di principi generali di diritto da parte dei tribunali penali internazionali*, *Rivista*, 2004, pp. 1091-1092.

principio generale di diritto e un livello accettabile di certezza e determinatezza riguardo ai loro elementi costitutivi possono rappresentare sufficiente garanzia del rispetto del principio di legalità. In mancanza, ovvero quando la natura e i confini della regola internazionale non sono del tutto chiari o appaiono in via di modificazione, il rispetto del *nullum crimen* potrebbe richiedere ulteriori e diversi parametri di garanzia, rispetto ai quali il diritto interno può assumere un ruolo rilevante.

ALESSANDRO BUFALINI

L'esistenza di rimedi alternativi ai fini del riconoscimento dell'immunità delle organizzazioni internazionali: la sentenza della Corte suprema olandese nel caso delle *Madri di Srebrenica*. — Fra gli argomenti sostenuti dall'Italia nella controversia che la opponeva alla Repubblica federale di Germania nel caso delle *Immunità giurisdizionali dello Stato (Germania c. Italia: Grecia interveniente)*, vi era la circostanza che le vittime di gravi violazioni del diritto umanitario e dei diritti dell'uomo, commesse dal regime nazista nel corso della seconda guerra mondiale, non avessero a loro disposizione altro mezzo, per far valere le conseguenze dell'illecito nei confronti dello Stato tedesco, che il ricorso al giudice italiano. Ad avviso dell'Italia, l'assenza di rimedi alternativi a disposizione delle vittime concorreva a determinare, insieme ad altri elementi, una situazione del tutto particolare che avrebbe giustificato un'eccezione alla regola dell'immunità dello Stato dalla giurisdizione straniera. Nella sentenza del 3 febbraio 2012 la Corte internazionale di giustizia (*supra*, p. 475 ss.), nel respingere la tesi italiana, ha negato rilevanza al fatto che il ricorso al giudice italiano costituisse per le vittime l'unico rimedio giurisdizionale esperibile. In particolare, nel par. 101 della sentenza si legge: « The Court can find no basis in the State practice from which customary international law is derived that international law makes the entitlement of a State to immunity dependent upon the existence of effective alternative means of securing redress ».

Se pure nel paragrafo successivo la Corte non ha del tutto escluso che, in linea di principio, l'esistenza di rimedi alternativi possa avere una qualche rilevanza nell'applicazione della regola sull'immunità dello Stato, ma ha osservato solo come il giudice italiano non fosse il foro appropriato nel caso particolare in cui la controversia sia oggetto di « extensive intergovernmental discussion ... [having] a prospect of achieving a successful outcome » (par. 102), la pronuncia della Corte tende indubbiamente a ridurre il ruolo che l'esistenza di rimedi alternativi potrebbe svolgere nel riconoscimento dell'immunità dello Stato dalla giurisdizione.

È noto, peraltro, che la Corte europea dei diritti dell'uomo, con giurisprudenza ormai consolidata, considera l'esistenza di rimedi alternativi uno dei criteri principali in base ai quali determinare se sia lecito il riconoscimento dell'immunità a favore di organizzazioni internazionali. Nella pronuncia del 18 febbraio 1999 relativa al caso *Waite and Kennedy* (ricorso n. 26083/94, *Rivista*, 2000, p. 168 ss.) la Corte europea ha affermato: « a material factor in determining whether granting [...] immunity [to an international organization] from [municipal] jurisdiction is permissible under the Convention is whether the applicants had available to them reasonable alternative means to protect effectively their rights under the Convention » (par. 68).

Ci si potrebbe pertanto chiedere se le conclusioni a cui è giunta la Corte

internazionale di giustizia nel caso delle *Immunità giurisdizionali dello Stato* possano essere trasposte al regime delle organizzazioni internazionali e, in particolare, se si possa desumere da esse l'irrilevanza dell'esistenza di rimedi alternativi nel riconoscimento di immunità alle organizzazioni internazionali.

Questa impressione potrebbe essere ingenerata dalla lettura di un passo della recente decisione della Corte suprema olandese nel caso delle *Madri di Srebrenica* (sentenza del 13 aprile 2012, n. 10/04437). La pronuncia ha confermato il riconoscimento dell'immunità delle Nazioni Unite in un caso in cui le forze di mantenimento della pace erano accusate di aver concorso nella commissione di crimini internazionali. Tra gli argomenti addotti per giungere a tale conclusione, la Corte suprema olandese ha incluso nella sua motivazione un riferimento al par. 101 della sentenza della Corte internazionale di giustizia: « And finally, in paragraph 101 of its judgment the ICJ held that it could find no basis in the State practice from which customary international law is derived that international law makes the entitlement of a State to immunity dependent upon the existence of effective alternative means of securing redress » (par. 4.3.13).

Vi sono però argomenti che inducono a ritenere che le conclusioni della sentenza olandese vadano riferite esclusivamente all'organizzazione delle Nazioni Unite. Esse, quindi, non escludono che nei confronti di altre organizzazioni internazionali il riconoscimento dell'immunità possa essere condizionato all'esistenza di forme alternative di rimedi.

Innanzitutto, la sentenza ha trattato della questione al fine specifico di escludere che l'esigenza di perseguire illeciti di « extreme seriousness » potesse comportare il diniego di immunità a favore delle Nazioni Unite (v. il par. 4.3.14). In tale contesto, il riferimento al par. 101 della sentenza della Corte internazionale di giustizia sembra assumere carattere meramente confermativo di una soluzione che la Corte suprema olandese avrebbe raggiunto sulla base di altri e più pregnanti argomenti. Non risulta pertanto agevole ricavare ulteriori conseguenze da questo richiamo e, in particolare, la conseguenza che la decisione olandese abbia inteso estendere l'irrilevanza dei rimedi alternativi, affermata in un caso specifico relativo all'immunità di uno Stato, alla determinazione in via generale dell'immunità di qualsiasi organizzazione internazionale.

Un ulteriore, e decisivo, argomento deriva dal fatto che la Corte suprema olandese ha formulato tali conclusioni in riferimento al regime speciale delle immunità assicurate alle Nazioni Unite dall'art. 105 della Carta delle Nazioni Unite e dall'art. II, par. 2, della Convenzione sui privilegi e le immunità delle Nazioni Unite. Proprio valorizzando tali disposizioni, la sentenza afferma che l'organizzazione « enjoys the most far-reaching immunity from jurisdiction » (par. 4.2) e qualifica l'immunità delle Nazioni Unite come un caso speciale di immunità « assoluta » (par. 4.3.6).

Sembra quindi che l'esclusione del limite dell'esistenza di rimedi alternativi sia stata fondata sulla speciale natura del regime delle immunità delle Nazioni Unite, funzionale alla particolare missione di tale organizzazione. Infatti la Corte suprema olandese ha ritenuto che il riferimento alle « organizzazioni internazionali » nella sentenza *Waite and Kennedy* non includesse necessariamente le Nazioni Unite (par. 4.3.3) e che la particolarità delle funzioni svolte dalle Nazioni Unite in base al capitolo VII della Carta, già riconosciuta, se pure ad altri fini, dalla stessa Corte europea, nel caso *Behrami*

e *Saramati* (Corte europea dei diritti dell'uomo, sentenza del 2 maggio 2007, ricorsi nn. 71412/01 e 78166/01, *Rivista*, 2007, p. 807 ss.), fosse tale da escludere qualsiasi sindacato giurisdizionale (par. 4.3.4). In altri termini, la Corte suprema olandese sembra aver affermato che la natura « imperativa » delle funzioni svolte dalle Nazioni Unite (par. 4.3.6) esige che l'immunità, assicurata all'organizzazione al fine di non interferire con tali funzioni, deve essere incondizionata, svincolata cioè da qualsiasi condizione o limite. In virtù di tali funzioni, l'immunità dell'organizzazione sarebbe dunque necessariamente « assoluta » e il suo funzionamento non dipenderebbe dall'esistenza di forme alternative di rimedi interni.

L'argomento utilizzato dalla Corte suprema olandese non appare convincente. Esso sembra fondato sull'art. 103 della Carta delle Nazioni Unite, il quale, tuttavia, si limita ad imporre agli Stati membri delle Nazioni Unite di dare preferenza, in caso di conflitto con altri obblighi internazionali, agli obblighi derivanti dalla Carta delle Nazioni Unite. Pur considerando che l'obbligo di concedere l'immunità alle Nazioni Unite rientri nell'ambito di applicazione dell'art. 103 della Carta, e prevalga quindi sugli obblighi degli Stati derivanti dalla normativa internazionale dei diritti dell'uomo, sarebbe difficile desumere da tale disposizione l'irrelevanza di un possibile limite interno al funzionamento del regime delle immunità dato, appunto, dall'esistenza di forme alternative di rimedi. Conviene osservare che l'obbligo di dotarsi di un sistema di rimedi alternativi è previsto per le Nazioni Unite dall'art. VIII, par. 29, della Convenzione sui privilegi e le immunità delle Nazioni Unite. Non è irragionevole prospettare che l'esigenza di dotare l'ordinamento interno delle Nazioni Unite di un sistema di rimedi alternativi costituisca un presupposto per l'applicazione delle regole sull'immunità volto a temperare gli effetti di tali regole ed evitare che i soggetti danneggiati siano privati di ogni forma di rimedio. Secondo questa disposizione, che la Corte suprema olandese non si è curata di menzionare, le Nazioni Unite « shall make provisions for appropriate modes of settlement of: (a) disputes arising out of contracts or other disputes of a private law character to which the United Nations is a party; (b) disputes involving any official of the United Nations who by reason of his official position enjoys immunity, if immunity has not been waived by the Secretary-General ». È ben difficile ipotizzare che l'art. 103 della Carta svolga altresì una funzione interna e prevalga anche sugli obblighi imposti a carico delle Nazioni Unite dal *medesimo* sistema normativo dell'organizzazione. In presenza di un obbligo di questo tipo, appare anzi controvertibile il medesimo assunto dal quale la Corte olandese è partita, e cioè che l'espletamento delle funzioni assegnate alle Nazioni Unite dal capitolo VII esigerebbe un carattere assoluto dell'immunità, tale, quindi, da vanificare addirittura l'obbligo di istituire un sistema di rimedi formulato nell'ambito del medesimo sistema.

Indipendentemente dalla correttezza dell'argomentazione della sentenza, comunque, sembra indubbio che la Corte olandese abbia inteso ritagliare una posizione speciale per le Nazioni Unite nel panorama delle altre organizzazioni internazionali. Non svolgendo esse alcuna funzione paragonabile a quella assicurata dalle Nazioni Unite ai sensi del capitolo VII, il regime delle immunità a loro favore non avrebbe il carattere di assoluta richiesta invece dal sistema delle Nazioni Unite. Ne consegue che tali immunità ben potrebbero venire subordinate al requisito dell'esistenza di rimedi alternativi.

Anche sul piano sistematico, d'altra parte, l'automatica trasposizione di questa soluzione alla generalità delle organizzazioni internazionali apparirebbe incongrua. Ammettere che l'esistenza di rimedi alternativi non abbia alcun peso nel riconoscimento dell'immunità delle organizzazioni internazionali avrebbe infatti conseguenze assai problematiche. Ciò potrebbe privare di qualsiasi rimedio le vittime di illeciti internazionali commessi da organizzazioni internazionali, anche quando si tratta di crimini internazionali (si veda REINISCH, WEBER, *In the Shadow of Waite and Kennedy, Int. Organizations Law Review*, 2004, pp. 88-89), qualora l'applicazione della regola sull'immunità dell'organizzazione, che preclude l'accesso al giudice statale, vada ad aggiungersi all'assenza di specifici rimedi predisposti in seno all'organizzazione medesima. Conviene ricordare come il requisito dei rimedi alternativi sia stato originariamente elaborato dalla Corte europea dei diritti dell'uomo nei confronti delle organizzazioni internazionali in un quadro convenzionale, quello europeo, in cui si poteva ragionevolmente presumere che gli Stati parti della Convenzione avessero predisposto al proprio interno rimedi effettivi nel caso di violazioni dei diritti fondamentali (si veda, in generale, VERHOEVEN, *Les immunités propres aux organes ou autres agents des sujets du droit international*, in *Le droit international des immunités: contestation ou consolidation?* (a cura di Verhoeven), Bruxelles, 2004, pp. 81 e 89).

L'esistenza di rimedi alternativi, sebbene possa avere una portata più ampia e applicarsi anche alla regola dell'immunità degli Stati, sembra comunque rivestire una particolare importanza nell'applicazione del regime di immunità delle organizzazioni internazionali. (*Beatrice I. Bonafè*)

La Corte internazionale di giustizia e l'ammissione alle organizzazioni internazionali: la controversia relativa alla Macedonia. — Nella recente sentenza resa il 5 dicembre 2011 nella controversia *Repubblica di Macedonia della ex-Iugoslavia c. Grecia* (pubblicata in *Rivista*, *supra*, p. 167 ss.) la Corte internazionale di giustizia ha dovuto affrontare diverse questioni giuridiche (cfr. GIANELLI, *L'incerto destino dell'eccezione di non adempimento dell'accordo*, *supra*, p. 151 ss.; TZANAKOPOULOS, *Legality of Veto to NATO Accession: Comment on the ICJ's Decision in the Dispute between FYR Macedonia and Greece*, reperibile nel sito www.ejiltalk.org/legality-of-veto-to-nato-accession/) tra le quali il tema dei diritti e degli obblighi degli Stati membri in sede di decisione sulle domande di ammissione. La Corte è tornata, dunque, sulla questione dell'ammissione alle organizzazioni internazionali ad oltre sessant'anni di distanza dal celebre parere reso sulle condizioni di ammissione all'ONU (*Admission d'un État aux Nations Unies (Charte, art. 4)*, parere del 28 maggio 1948, *C.I.J. Recueil*, 1948, p. 57 ss.). Dobbiamo dire subito che una delle ragioni di interesse della sentenza deve essere individuata, a nostro avviso, nel fatto che in essa la Corte sembra profilare dei principi diversi da quelli enucleabili dal parere del 1948, anche se, come vedremo, la pronunzia appare destinata a lasciare aperte diverse questioni nella ricostruzione di un sistema di principi che governano la materia dell'ammissione nelle organizzazioni internazionali.

Prima di procedere alla disamina delle considerazioni svolte dalla Corte è opportuno ricordare brevemente i fatti all'origine del giudizio, che si inserisce nel più ampio contenzioso che esiste tra lo Stato formatosi nella Repubblica di

Macedonia dell'ex-Iugoslavia (d'ora in poi FYROM) e la Grecia in ordine all'uso del nome Macedonia da parte del primo Stato. Uno degli strumenti ai quali la Grecia ha fatto ricorso è costituito dall'opposizione all'ammissione della FYROM nelle organizzazioni internazionali. Così, nel vertice NATO di Bucarest del 2 e 3 aprile del 2008, per effetto delle pressioni greche, è stata assunta la decisione di non avviare i negoziati preliminari all'ammissione della FYROM nell'organizzazione militare ed è stato altresì stabilito che al procedimento di ammissione sarà dato inizio « as soon as a mutually acceptable solution to the name issue has been reached ». La FYROM ha promosso il giudizio innanzi la Corte internazionale di giustizia sul presupposto che la Grecia abbia violato l'obbligo, previsto dall'art. 11, par. 1, dell'*Interim Accord* concluso tra i due Paesi il 13 settembre 1995 (*United Nations Treaty Series*, vol. 1981, p. 7) di non opporsi all'ammissione della prima nelle organizzazioni internazionali di cui è parte. La Corte ha accolto la domanda proposta. Secondo la Corte, infatti, la Grecia non si è limitata a formulare delle osservazioni in ordine alla capacità della FYROM di soddisfare le condizioni di ammissione richieste, ma ha espresso una vera e propria opposizione nel senso dell'art. 11, par. 1, dell'Accordo.

Per meglio comprendere la rilevanza delle affermazioni contenute nella sentenza in rapporto alle considerazioni svolte nel parere del 1948 occorre subito precisare che, così come la Carta delle Nazioni Unite all'art. 4, par. 1, anche il Trattato dell'Atlantico del Nord configura una forma di ammissione condizionata (in questo senso SCHERMERS, BLOKKER, *International Institutional Law: Unity within Diversity*, Boston, 2003, p. 76). L'art. 10 del Trattato prevede, infatti, che con il consenso di tutti gli Stati che di questo siano parte venga rivolto un invito ad ogni altro Stato europeo « in a position to further the principles of this Treaty and to contribute to the security of the North Atlantic area ». In entrambi gli statuti è dunque prevalsa la scelta di utilizzare il sistema dell'ammissione condizionata; tuttavia, mentre nell'ambito dell'ONU la decisione sull'ingresso di nuovi membri è affidata agli organi di questa secondo le regole decisionali che disciplinano il Consiglio di sicurezza e l'Assemblea generale, nel Trattato dell'Atlantico del Nord l'ammissione può avvenire solo sulla base di una decisione unanime degli Stati membri e si perfeziona con il deposito da parte dello Stato ammesso dell'apposito strumento presso il Governo degli Stati Uniti. Il procedimento per l'ingresso di nuovi Stati nell'ambito della NATO, peraltro, si presenta oggi articolato in una serie di fasi (per una sommaria descrizione cfr. *Enhancing security and extending stability through NATO enlargement*, reperibile nel sito della NATO all'indirizzo <http://www.nato.int>). In particolare, nella prospettiva dell'allargamento ai Paesi dell'Europa centro-orientale la NATO ha individuato nello *Study on NATO Enlargement* del 1995 alcuni criteri che i Paesi aspiranti alla *membership* devono soddisfare, tra i quali: « providing evidence that each represented a functioning democratic political system based on a market economy; that they treated minority populations in accordance with OSCE guidelines; had resolved outstanding disputes with neighbours and had made an overall commitment to the peaceful settlement of disputes; had the ability and willingness to make a military contribution to the Alliance and to achieve interoperability with other members' forces; and were committed to democratic civil-military relations and institutional structures » (cfr. *Enhancing*, cit., nonché il comunicato stampa dal titolo *Membership Action Plan*

(MAP) adottato dai Capi di Stato e di Governo a conclusione del vertice di Washington del 24 aprile 1999, reperibile nel sito http://www.nato.int/cps/en/natolive/official_texts_27444.htm).

La Corte non doveva né poteva pronunziarsi sul rispetto da parte della Grecia delle norme sull'ammissione dettate dal Trattato dell'Atlantico del Nord, ma è stata chiamata a confrontarsi con i problemi connessi alla posizione degli Stati rispetto alle domande di ammissione. Secondo lo Stato greco la violazione dell'art. 11, par. 1, dell'Accordo bilaterale doveva essere esclusa in virtù di quanto previsto dall'art. 22 dello stesso Accordo. Tale ultima disposizione stabilisce che « this Interim Accord is not directed against any other State or entity and it does not infringe on the rights and duties resulting from bilateral or multilateral agreements already in force that the parties have concluded with other States or international organizations ». Secondo la Grecia la norma le avrebbe permesso di opporsi legittimamente alla domanda di ammissione alla NATO presentata dalla FYROM in ragione della prevalenza dei diritti e degli obblighi derivanti dal Trattato dell'Atlantico del Nord sugli obblighi nascenti dall'art. 11, par. 1, dell'*Interim Accord*. In particolare, lo Stato greco ha sostenuto che, per un verso, in base all'art. 10 del Trattato NATO esso ha il diritto di esprimere il proprio dissenso su ogni ammissione richiesta e che, per altro verso, ha anche un obbligo, in ragione del carattere non universale della NATO e dello scopo di mutua difesa degli Stati che ne fanno parte, di « exercise plenary judgment in each membership decision » e di « raise its concerns if it believes that an applicant does not fulfil the organization's accession criteria » (par. 107).

La sentenza ha ritenuto non fondata la tesi difensiva articolata dalla Grecia. Muovendo dall'esame della questione della prevalenza del diritto invocato dallo Stato greco *ex* Trattato NATO sull'obbligo nascente dall'art. 11, par. 1, dell'*Interim Accord*, la Corte ha osservato che l'interpretazione dell'art. 22 proposta non può essere accolta perché priverebbe di ogni valore la previsione contenuta nell'art. 11, par. 1, in quanto « the Respondent [ossia la Grecia] normally can be expected to have a "right" under prior agreements with third States to express a view on membership decisions » (par. 109). A sostegno delle proprie conclusioni — e in particolare del fatto che l'art. 22 non poteva intendere far salvi i diritti derivanti alla Grecia da precedenti trattati, ma quelli degli altri Stati parti a tali trattati — la pronunzia richiama anche la giurisprudenza della Corte di giustizia dell'Unione Europea (sent. 27 febbraio 1962, causa 10/61, *Commissione c. Italia*, *Raccolta*, 1962, p. 1 ss.; sent. 3 marzo 2009, causa C-249/06, *Commissione c. Svezia*, *Raccolta*, 2009, p. I-1335 ss.) che, con riguardo alla previsione dell'attuale art. 351 TFUE (già art. 234 del Trattato istitutivo della Comunità economica europea e successivamente art. 307 del Trattato CE nella versione risultante dal Trattato di Nizza), analoga a quella dell'art. 22 dell'*Interim Accord*, ha ritenuto che i diritti ai quali si fa riferimento sono quelli degli Stati terzi, mentre gli obblighi sono quelli degli Stati membri dell'organizzazione (par. 109).

La Corte internazionale di giustizia prospetta, dunque, l'esistenza in linea astratta di un diritto degli Stati membri di un'organizzazione internazionale, nascente dal trattato istitutivo di questa, di esprimere la propria opinione in ordine alle candidature alla *membership*.

La medesima affermazione di un generale diritto degli Stati di esprimersi in ordine alle domande di ammissione costituisce il presupposto argomenta-

tivo sulla cui base la Corte giunge alla conclusione secondo la quale non esiste l'obbligo di opporsi all'ammissione della FYROM. La Corte ritiene, infatti, che la Grecia non ha dimostrato l'esistenza nel Trattato dell'Atlantico del Nord di una norma che configuri siffatto obbligo, ma ha piuttosto tentato di convertire « a general "right" to take position on membership decisions into a "duty" by asserting a "duty" to exercise judgment as to membership decision » (par. 111) che la liberi dall'obbligo assunto. L'impostazione prospettata dalla Grecia ad avviso della Corte non è condivisibile in quanto essa « would erase the value of the first clause of Article 11, paragraph 1 » (par. 111).

Da quest'ultima affermazione sembrerebbe che la Corte proceda alla ricostruzione del contenuto di un trattato multilaterale sulla base di un trattato successivo che una delle parti del primo abbia concluso con uno Stato terzo (cfr. in proposito le osservazioni del giudice *ad hoc* Roucounas, il quale nella sua opinione dissenziente, reperibile nel sito www.icj-cij.org, ha sostenuto che la funzione dell'art. 22 è evitare i dubbi che possano risultare dall'art. 30 della Convenzione di Vienna sul diritto dei trattati, che la disposizione dell'art. 22 dell'Accordo bilaterale si applichi anche all'art. 11, par. 1, e che la sua previsione debba essere letta in rapporto al disposto dell'art. 8 del Trattato dell'Atlantico del Nord in base al quale le Parti si obbligano « not to enter into any international engagement in conflict with this treaty »).

Al di là delle perplessità che può suscitare il metodo interpretativo utilizzato dalla Corte, ciò che qui interessa sottolineare è che la sentenza afferma una generale libertà degli Stati membri rispetto all'ammissione di altri Stati nelle organizzazioni internazionali, ancorché, come nel caso del Trattato dell'Atlantico del Nord, la *membership* sia subordinata al verificarsi di alcune condizioni.

Se questa interpretazione è corretta, le affermazioni della Corte sembrano ribaltare le conclusioni alle quali essa era giunta nel parere del 1948, reso sulla questione posta dall'Assemblea generale della possibilità per uno Stato membro del Consiglio di sicurezza o dell'Assemblea generale di subordinare il proprio voto favorevole in ordine all'ingresso di uno Stato nell'ONU a condizioni ulteriori rispetto a quelle previste dall'art. 4, par. 1, della Carta e, in particolare, alla condizione della contemporanea ammissione di altri Stati.

La Corte, com'è noto, aveva risposto negativamente ad entrambi i quesiti, giungendo all'enucleazione di alcuni principi che buona parte della dottrina ha considerato come principi generali della materia (in questo senso AMERASINGHE, *Principles of the Institutional Law of International Organizations*², Cambridge, 2005, p. 107). Il ragionamento della Corte si basava sulla considerazione che la valutazione della condotta degli Stati deve essere fatta alla luce delle regole che l'art. 4 della Carta detta con riguardo agli organi, Consiglio di sicurezza e Assemblea generale, che intervengono nella procedura di ammissione in quanto « le jugement de l'Organisation signifie le jugement des deux organes mentionnés dans le paragraphe 2 de l'article 4, et, en dernière analyse, celui de ses membres » (p. 62). Così precisato il criterio di giudizio, la Corte aveva risolto la questione interpretativa sottoposta affermando che le condizioni stabilite dall'art. 4, par. 1, sono non solo necessarie, ma anche sufficienti ai fini dell'ammissione, sicché questa non può essere subordinata a condizioni ulteriori rispetto a quelle previste dalla Carta. In particolare, agli Stati è vietato sovrapporre valutazioni di natura politica alle previsioni statu-

tarie in sede di esame della domanda di ammissione. Il parere configurava, dunque, l'esistenza di un obbligo positivo di ammissione degli Stati che soddisfano le condizioni prescritte dallo statuto di un'organizzazione internazionale, in quanto l'esito positivo della verifica non può non condurre all'ingresso del richiedente nell'organizzazione, in ragione dell'impossibilità di ancorare a valutazioni e criteri di carattere diverso la decisione in ordine all'ammissione.

La conseguenza ulteriore del profilarsi di siffatto obbligo positivo di ammissione è che gli Stati non hanno la libertà di prendere posizione rispetto alle richieste di *membership* presentate, se non nei limiti in cui le loro valutazioni siano funzionali all'accertamento delle condizioni richieste. Il contenuto politico della decisione degli Stati membri in ordine all'ammissione si risolve nella verifica della sussistenza delle condizioni prescritte, le quali definiscono il perimetro all'interno del quale può trovare espressione la discrezionalità valutativa statale. Il parere affermava in proposito che « l'article 4 n'interdit la prise en considération d'aucun élément de fait qui, raisonnablement et en toute bonne foi, peut être ramené aux conditions de cet article. Cette prise en considération est impliquée dans le caractère à la fois très large et très souple des conditions énoncées; elle n'écarte aucun élément politique pertinent, c'est-à-dire se rattachant aux conditions d'admission » (p. 63).

Dal rovesciamento di prospettiva che la sentenza sembra operare rispetto al parere si potrebbe ricavare la conclusione che la Corte abbia inteso affermare l'esistenza nel diritto internazionale di un principio generale di libertà degli Stati membri nell'esame della domanda di ammissione nelle organizzazioni internazionali.

Questa chiave di lettura della pronuncia che si commenta trova conforto in diverse considerazioni.

Innanzitutto si deve ricordare che il parere è stato adottato a maggioranza e che una parte della Corte ha ritenuto, invece, che gli Stati in linea di principio, e salvo espressa eccezione contenuta nello statuto dell'organizzazione, hanno la libertà di scegliere le ragioni delle proprie determinazioni in relazione alla domanda di ammissione, nonché di esprimere, in sede di discussione sull'istanza presentata, le proprie valutazioni, anche formulando considerazioni estranee alle condizioni di ammissione (cfr. le opinioni dissidenti dei giudici Zorčić, *C.I.J. Recueil*, 1948, p. 97 s., e dei giudici Basdevant, Winiarski, McNair e Read, *ibidem*, p. 82 s.).

Le conclusioni alle quali la Corte è giunta nel parere del 1948 sono state, inoltre, oggetto di critica da parte della dottrina. In particolare, è stata contestata sia l'assimilazione della posizione degli Stati a quella degli organi sotto il profilo delle regole che ne governano il comportamento in materia di esame delle domande di ammissione, sia l'affermazione dell'esistenza di un obbligo positivo di ammissione qualora il richiedente soddisfi le condizioni stabilite dalla Carta. La prima delle indicate critiche si fonda sul fatto che l'art. 4, par. 1, si riferisce esclusivamente al Consiglio di sicurezza e all'Assemblea generale e non offre alcun elemento a sostegno dell'opzione ermeneutica della Corte. Il secondo cennato ordine di critiche trae, invece, origine dalla considerazione che nel sistema delle Nazioni Unite non sono concepibili obblighi positivi che gravino sull'Assemblea generale e sul Consiglio di sicurezza, non sussistendo alcun rimedio nel caso di loro inerzia (per queste critiche cfr. CONFORTI, FOCARELLI, *Le Nazioni Unite*⁸, Padova, 2010, p. 43 s.).

Peraltro, il parere non ha trovato alcuno sviluppo nella prassi delle Nazioni Unite, che si è, invece, orientata, sia nell'immediatezza della pronunzia, sia successivamente, nel senso della subordinazione dell'ammissione a condizioni non previste dall'art. 4, par. 1 (sull'art. 4 della Carta dell'ONU e sulla prassi in materia di ammissione cfr. GINTHER, *Article 4*, in *The Charter of the United Nations. A Commentary*² (a cura di Simma), Oxford, 2002, p. 177 s.; FEUER, OURAGA, *Article 4*, in *La Charte des Nations Unies. Commentaire article par article*² (a cura di Cot, Pellet e Forteau), Paris, 2005, p. 517 s.). L'Unione sovietica, infatti, ha mantenuto ferma la posizione che aveva assunto prima del parere di subordinare il voto favorevole all'ammissione di alcuni Stati alla condizione della contemporanea ammissione di altri Paesi e solo nel 1955 la questione ha trovato una soluzione grazie al cosiddetto *package deal*, l'accordo con il quale si è proceduto in blocco all'ammissione contestuale di diversi Paesi richiedenti.

In epoca più recente all'uso del veto hanno fatto ricorso gli Stati Uniti che nel 1975 e nel 1976 si opposero all'ammissione del Vietnam, subordinandola a quella della Corea del Sud. Sempre nell'ambito di questa prassi distonica rispetto alle indicazioni che emergono dal parere si segnala proprio l'ingresso nell'ONU della FYROM, la cui ammissione è avvenuta sulla base di condizioni non previste dall'art. 4, par. 1, della Carta. Infatti, le risoluzioni rispettivamente adottate dal Consiglio di sicurezza (risoluzione 817 del 7 aprile 1993) e dall'Assemblea generale (risoluzione dell'8 aprile 1993, UN Doc. A/RES/47/225) sull'istanza di ammissione presentata dalla Repubblica di Macedonia prevedono che « this State [be] provisionally referred to for all purposes within the United Nations as "the former Yugoslav Republic of Macedonia" pending settlement of the difference that has arisen over the name of the State ».

Nella sentenza che si commenta la Corte non fa riferimento alla prassi che si è sviluppata dopo l'adozione del parere; tuttavia l'affermazione di una generale libertà degli Stati e la connessa sottrazione della discrezionalità valutativa statale ai limiti che derivano dalla previsione nel trattato istitutivo dell'organizzazione di un elenco di condizioni ai fini dell'ammissione sono in linea con quella prassi.

Tuttavia, potrebbe anche ritenersi che la Corte non abbia voluto modificare la precedente giurisprudenza e che l'affermazione dell'esistenza di un generale diritto di prendere posizione sulle domande di ammissione nasca dalla valorizzazione di una serie di elementi che differenziano la NATO dall'ONU e delle procedure di ammissione relative alle due organizzazioni.

Un primo elemento deve essere individuato nel fatto che, a differenza delle Nazioni Unite, la NATO non ha vocazione universalistica, ma si presenta come una organizzazione l'accesso alla quale è ristretto ad un numero limitato di Stati, come emerge dalla disciplina posta dall'art. 10 del Trattato. In proposito è opportuno ricordare che i giudici Basdevant, Winiarski, McNair e Read nella loro opinione dissidente relativa al parere del 1948 hanno addotto a sostegno della tesi dell'esistenza di una generale libertà degli Stati di esaminare gli aspetti politici connessi all'ammissione di un nuovo Paese membro l'intento dei redattori della Carta di non consacrare il principio di universalità dell'organizzazione (cfr. *C.I.J. Recueil*, 1948, pp. 90-91; sull'originaria concezione dell'ONU quale club a *membership* limitata cfr. KOLB, *Introduction au droit des Nations Unies*, Bâle-Bruxelles, 2008, p. 124).

Deve anzi essere sottolineato che la natura essenzialmente militare dell'alleanza costituita dal Trattato con l'intento di dare vita ad un sistema di difesa collettiva degli Stati membri si riverbera necessariamente in senso restrittivo sulla materia dell'ammissione di nuovi *partners*. Se è vero che nel Trattato istitutivo della NATO si fa riferimento anche alla realizzazione di obiettivi di benessere e stabilità e alla coerenza con i principi della democrazia liberale dell'organizzazione politica degli Stati membri, tuttavia « la finalità principale (...) appare quella di assicurare il mantenimento della pace e della sicurezza degli Stati membri attraverso la costituzione di un sistema di sicurezza che operi in via sussidiaria rispetto a quello della Carta » (così CANNIZZARO, *N.A.T.O.*, in *Digesto delle discipline pubblicistiche*, vol. X, Torino, 1995, p. 54). I fini perseguiti comportano, per un verso, che la NATO si fonda sull'*intuitus personae* e, per altro verso, che la decisione in ordine alla *membership* presenta un elevato grado di politicità, elemento, quest'ultimo, la cui importanza è stata sottolineata nell'opinione dissidente dei giudici Basdevant, Winiarski, Mc Nair e Read (cfr. *C.I.J. Recueil*, 1948, p. 85). La natura politica dell'ammissione esige in questa prospettiva un'ampia libertà di apprezzamento delle domande di *membership*.

Un ultimo elemento è dato dalla procedura che il Trattato dell'Atlantico del Nord ha previsto ai fini dell'ammissione. L'ingresso di nuovi Stati nell'organizzazione non è oggetto della delibera di organi, ma dipende dal consenso degli Stati che, operando nell'ambito di una conferenza intergovernativa, decidono all'unanimità di invitare un Paese che appaia in grado di consolidare i principi del Trattato e contribuire alla sicurezza collettiva dell'area dell'Atlantico del Nord.

In questa diversa ipotesi ricostruttiva, la sentenza della Corte non conterebbe l'affermazione di un principio generale, ma enucleerebbe dei principi di interpretazione delle norme sulla *membership* contenute nel Trattato istitutivo della NATO alla luce delle caratteristiche di questo e dell'organizzazione che da esso prende vita. Il diritto di prendere posizione sulla domanda di ammissione rappresenterebbe, cioè, un principio di interpretazione delle regole sulla *membership*. Se si accede a questa ricostruzione si potrebbe pensare che il principio interpretativo individuato dalla Corte sia utilizzabile in sede di ricostruzione del sistema di ammissione configurato dai trattati istitutivi di altre organizzazioni internazionali qualora ricorrano, integralmente o parzialmente, gli elementi sopra indicati della natura politica dell'organizzazione, dell'elemento fiduciario nei rapporti tra gli Stati, della decisione all'unanimità, aspetto quest'ultimo che caratterizza diverse organizzazioni internazionali quali l'Unione Europea (art. 49 TUE), l'EFTA (art. 43), l'OECD (art. 16), l'OMC, in cui la regola della decisione da parte del Consiglio generale per consenso si è affermata nella prassi, nonostante quanto stabilito all'art. XII, par. 2 (cfr. GARCIA, CHAUMONT, *Le processus d'accession à l'Organisation mondiale du commerce (OMC): logique relationnelle contre logique institutionnelle?*, *Revue générale de droit int. public*, 2007, p. 659 s.).

Infine, deve dirsi che in entrambe le prospettive ricostruttive sopra profilate rimane aperta la questione della possibilità di configurare nel principio di buona fede un limite al diritto dello Stato di esprimersi sulle domande di ammissione. Come visto, la Corte nel parere del 1948 aveva ritenuto che i principi di buona fede e ragionevolezza operassero nell'ambito dell'apprezzamento sulla capacità del richiedente di soddisfare le condizioni stabilite

dall'art. 4, par. 1, della Carta dell'ONU. È stato ritenuto che nell'ambito delle Nazioni Unite gli Stati devono rispettare il principio di buona fede nell'esercizio della libertà di voto, in ragione del generale obbligo stabilito dall'art. 2, par. 2, della Carta (in questo senso CONFORTI, FOCARELLI, *Le Nazioni Unite*, cit., p. 44). Qualora lo statuto dell'organizzazione non preveda un siffatto obbligo si potrebbe profilare, al fine di circoscrivere la libertà degli Stati, il ricorso alla buona fede quale principio generale del diritto internazionale. (*Marco Evola*)

GIURISPRUDENZA

GIURISPRUDENZA INTERNAZIONALE

Competenza consultiva della Corte - Parere richiesto dal Fondo internazionale per lo sviluppo agricolo - Carta delle Nazioni Unite, art. 96, par. 1 - Statuto della Corte, art. 65 - Accordo di collegamento tra Nazioni Unite e Fondo internazionale per lo sviluppo agricolo, art. XIII, par. 2 - Annesso allo Statuto del Tribunale amministrativo dell'Organizzazione internazionale del lavoro, art. XII - Potere discrezionale della Corte di decidere se rendere il parere - Principio di uguaglianza davanti alla Corte.

Competenza del Tribunale amministrativo dell'Organizzazione internazionale del lavoro - Statuto del Tribunale, art. II, par. 5.

Il potere della Corte di rendere il parere richiesto dal Fondo internazionale per lo sviluppo agricolo trova fondamento nella Carta delle Nazioni Unite e nello Statuto della Corte, e non soltanto, come allegato dal Fondo, nell'art. XII dell'Annesso allo Statuto del Tribunale amministrativo dell'Organizzazione internazionale del lavoro.

L'art. 96, par. 2, della Carta conferisce all'Assemblea generale delle Nazioni Unite il ruolo di guardiano dell'accesso alla Corte, in quanto è solo in forza dell'autorizzazione prevista da tale disposizione che organi diversi dall'Assemblea o dal Consiglio di sicurezza possono chiedere un parere. Nel caso di specie, la richiesta di parere riguarda questioni giuridiche rientranti nelle funzioni del Fondo, dal momento che questo chiede il riesame di una sentenza del Tribunale amministrativo avente ad oggetto la propria qualità di ente ospitante il Meccanismo mondiale istituito dalla Convenzione delle Nazioni Unite sulla lotta contro la desertificazione, nonché la questione se il Fondo fosse il datore di lavoro dell'individuo ricorrente nella causa che ha portato alla sentenza in questione.

Il fatto che, in forza dello Statuto del Tribunale amministrativo dell'Organizzazione internazionale del lavoro e dell'Annesso a tale Statuto, il parere reso dalla Corte abbia effetto vincolante non incide sul modo di funzionamento della Corte, che continua ad essere regolato dal suo Statuto e dal suo regolamento.

La Corte è competente a riesaminare le sentenze rese dal Tribunale amministrativo dell'Organizzazione internazionale del lavoro solo in

relazione a due profili: incompetenza del Tribunale e vizio essenziale nella procedura. Il fatto che la procedura di riesame riguardi solo l'incompetenza del Tribunale comporta che questa non possa essere trasformata in una procedura concernente il modo in cui la competenza è stata esercitata o il merito della sentenza del Tribunale. Egualmente, l'altro motivo di contestazione riguarda la procedura e non il merito della sentenza. Un errore procedurale è essenziale se esso porta a violare il diritto del funzionario ad un processo imparziale ed impedisce che gli venga resa giustizia.

Nell'esercitare il proprio potere discrezionale di rispondere o meno ad una richiesta di parere la Corte deve tenere conto della propria duplice qualità di organo giudiziario principale delle Nazioni Unite e di istanza giudiziaria. Come la Corte ha già osservato, l'esercizio della competenza consultiva rappresenta una forma di partecipazione della Corte all'attività delle Nazioni Unite e, in via di principio, non dovrebbe essere rifiutata se non in presenza di "ragioni stringenti". Nell'esercitare tale competenza, la Corte deve peraltro preservare la propria integrità in quanto istanza giudiziaria; in particolare, anche quando rende pareri, la Corte, in quanto corte di giustizia, non può venir meno alle regole essenziali che guidano la sua attività giudiziaria.

Le richieste di pareri aventi ad oggetto il riesame delle sentenze del Tribunale amministrativo dell'Organizzazione internazionale del lavoro sollevano la questione dell'eguaglianza davanti alla Corte tra organizzazione e funzionario sotto il profilo dell'accesso alla Corte e della partecipazione alla procedura. Quanto al primo profilo, ci si può oggi domandare se questa procedura di riesame, in quanto consente l'accesso alla Corte solo all'organizzazione e non al funzionario, soddisfi effettivamente il moderno principio dell'eguaglianza delle parti nell'accesso ad un giudice. Ciò anche in considerazione dello scarso ricorso a queste procedure di riesame ai fini della soluzione delle controversie tra organizzazione e funzionari, nonché dell'evoluzione che ha subito il principio di eguaglianza di accesso al giudice dal 1946, data di istituzione della procedura relativa alle sentenze rese nel 2007 dal Tribunale, ad oggi, come è attestato anche dalle osservazioni generali rese dal Comitato dei diritti umani in ordine all'interpretazione dell'art. 14, par. 1, del Patto sui diritti civili e politici. Né si può sostenere che la procedura di riesame concerne una questione che riguarda solo i rapporti tra il Fondo e l'Organizzazione internazionale del lavoro, dal momento che la reale controversia che ha dato luogo alla richiesta di parere è quella tra il Fondo e l'individuo che ha presentato ricorso davanti al Tribunale, e perché in ogni caso il Fondo

non potrebbe portare davanti alla Corte una questione concernente i propri rapporti con l'Organizzazione internazionale del lavoro.

Se non spetta alla Corte riformare questo meccanismo di riesame, essa può tuttavia cercare di assicurare, per quanto possibile, l'eguaglianza tra l'organizzazione e il funzionario nella procedura che si svolge davanti ad essa, prendendo decisioni che attenuino l'ineguaglianza che può derivare dalle disposizioni del proprio Statuto.

Nonostante la preoccupazione per la disuguaglianza nell'accesso alla Corte che caratterizza la procedura di riesame, nonché le difficoltà procedurali nell'assicurare l'eguaglianza nel quadro della procedura davanti alla Corte, considerando nell'insieme le circostanze del caso non vi sono ragioni sufficientemente stringenti da giustificare un rifiuto a rendere il parere.

Il Meccanismo mondiale non ha una propria personalità giuridica in quanto né la Convenzione per la lotta contro la desertificazione né il memorandum d'intesa tra la Conferenza degli Stati parti alla Convenzione e il Fondo attribuiscono espressamente una tale personalità al Meccanismo o gli riconoscono, in un modo o nell'altro, la capacità di concludere intese giuridiche; inoltre, alla luce degli strumenti giuridici pertinenti e della prassi rilevante, il Meccanismo non ha il potere né ha preteso esercitare alcun potere di stipulare contratti, accordi o intese, a livello internazionale o interno.

La firma di un contratto di impiego tra un individuo e un'organizzazione internazionale crea diritti ed obblighi tra le parti a questo contratto. Nel caso di specie, il fatto che l'offerta di impiego sia stata presentata da un organo del Fondo abilitato ad agire per conto di questo, che questa offerta fosse conforme alle disposizioni generali applicate ai funzionari del Fondo, e che l'individuo in questione abbia utilizzato le procedure di ricorso interno messe a disposizione dal Fondo per i ricorsi dei propri funzionari senza che questo si fosse opposto all'utilizzazione di tali procedure, sono tutti elementi che attestano come tale individuo avesse la qualità di funzionario del Fondo. Peraltro, la circostanza che l'individuo in questione sia stato reclutato dal Fondo per esercitare funzioni che ricadono nel mandato del Meccanismo mondiale non significa che questo non possa essere un funzionario del Fondo.

Il ricorso presentato al Tribunale rientrava nella competenza ratione materiae di questo in quanto il direttore generale del Meccanismo mondiale, nella sua qualità di funzionario del Fondo, agiva per conto di questo quando ha preso la decisione di non rinnovare il contratto dell'individuo ricorrente. Inoltre, il ricorso aveva ad oggetto la mancata osservanza delle « condizioni del contratto di impiego dei funzionari », ai

sensi dell'art. II, par. 5, dello Statuto del Tribunale, dal momento che, come la Corte ha già avuto modo di osservare, esiste un legame giuridico tra il rinnovo del contratto e l'assunzione iniziale, per cui il ricorrente, nel contestare che era stato violato il proprio diritto al rinnovo del contratto, aveva posto la questione nell'ambito dell'inosservanza delle condizioni di assunzione.

Per determinare la propria competenza a pronunciarsi sul ricorso, il Tribunale aveva competenza ad esaminare, a titolo di questione preliminare, le intese giuridiche che disciplinano i rapporti tra il Meccanismo mondiale e il Fondo, nonché lo statuto del direttore generale del Meccanismo mondiale e dell'autorità alla quale egli rispondeva.

L'art. XII dell'Annesso allo Statuto del Tribunale non dà alla Corte un potere di controllo sulle motivazioni del Tribunale o sul merito delle sue sentenze. Peraltro, come la Corte ha già avuto modo di osservare, le motivazioni fornite dal Tribunale a fondamento della decisione sul merito non possono costituire la base per contestare la competenza del Tribunale.

CORTE INTERNAZIONALE DI GIUSTIZIA, 1° febbraio 2012 - Pres. OWADA; vice-pres. TOMKA; giudici KOROMA, ABRAHAM, KEITH, SEPÚLVEDA-AMOR, BENNOUNA, SKOTNIKOV, CANÇADO TRINDADE, YUSUF, GREENWOOD, XUE, DONOGHUE - Parere relativo alla sentenza n. 2867 del Tribunale amministrativo dell'Organizzazione internazionale del lavoro sul ricorso presentato contro il Fondo internazionale per lo sviluppo agricolo (1).

1. By a letter dated 23 April 2010, which reached the Registry on 26 April 2010, the President of the International Fund for Agricultural Development (hereinafter "IFAD" or the "Fund") informed the Court that the Executive Board of IFAD, acting within the framework of Article XII of the Annex to the Statute of the Administrative Tribunal of the International Labour Organization (hereinafter the "ILOAT" or the "Tribunal"), had decided to challenge the decision rendered by the Tribunal on 3 February 2010 in Judgment No. 2867, and to refer the question of the validity of that Judgment to the Court. Certified true copies of the English and French versions of the resolution adopted by the Executive Board of IFAD for that purpose at its ninety-ninth session, on 22 April 2010, were enclosed with the letter. The resolution reads as follows:

"The Executive Board of the International Fund for Agricultural Development, at its ninety-ninth session held on 21-22 April 2010:

(1) Il parere è accompagnato dalla dichiarazione del giudice Greenwood e dalla opinione separata del giudice Cançado Trindade.

Whereas, by its Judgment No. 2867 of 3 February 2010, the Administrative Tribunal of the International Labour Organization (ILOAT) confirmed its jurisdiction in the complaint introduced by Ms A.T.S.G. against the International Fund for Agricultural Development,

Whereas Article XII of the Annex [to] the Statute of the Administrative Tribunal of the International Labour Organization provides as follows:

‘1. In any case in which the Executive Board of an international organization which has made the declaration specified in Article II, paragraph 5, of the Statute of the Tribunal challenges a decision of the Tribunal confirming its jurisdiction, or considers that a decision of the Tribunal is vitiated by a fundamental fault in the procedure followed, the question of the validity of the decision given by the Tribunal shall be submitted by the Executive Board concerned, for an advisory opinion, to the International Court of Justice.

2. The opinion given by the Court shall be binding.’⁽¹⁾,

Whereas the Executive Board, after consideration, wishes to avail itself of the provisions of the said Article,

Decides to submit the following legal questions to the International Court of Justice for an advisory opinion:

I. Was the ILOAT competent, under Article II of its Statute, to hear the complaint introduced against the International Fund for Agricultural Development (hereby the Fund) on 8 July 2008 by Ms A.T.S.G., an individual who was a member of the staff of the Global Mechanism of the United Nations Convention to Combat Desertification in Those Countries Experiencing Serious Drought and/or Desertification, Particularly in Africa (hereby the Convention) for which the Fund acts merely as housing organization?

II. Given that the record shows that the parties to the dispute underlying the ILOAT’s Judgment No. 2867 were in agreement that the Fund and the Global Mechanism are separate legal entities and that the Complainant was a member of the staff of the Global Mechanism, and considering all the relevant documents, rules and principles, was the ILOAT’s statement, made in support of its decision confirming its jurisdiction, that ‘the Global Mechanism is to be assimilated to the various administrative units of the Fund for all administrative purposes’ and that the ‘effect of this is that administrative decisions taken by the Managing Director in relation to staff in the Global Mechanism are, in law, decisions of the Fund’ outside its

⁽¹⁾ Note of the Court: According to the preamble of the Annex to the Statute of the ILOAT, that Statute “applies in its entirety to . . . international organizations [having made the declaration specified in Article II, paragraph 5, of the Statute of the Tribunal] subject to . . . provisions which, in cases affecting any one of these organizations, are applicable as [set out in this Annex]”. With respect to Article XII of the Statute, it should be noted that only its first paragraph is modified by the Annex. Its second paragraph is not set out in the Annex and thus remains unchanged as applicable to those organizations. In this regard, the text of Article XII of the Annex to the Statute quoted by IFAD contains both paragraphs. When the Court in the present Advisory Opinion refers to Article XII of the Annex to the Statute of the ILOAT, it is understood that this includes both the modified paragraph 1 and the original paragraph 2 of Article XII of the Statute.

jurisdiction and/or did it constitute a fundamental fault in the procedure followed by the ILOAT?

III. Was the ILOAT's general statement, made in support of its decision confirming its jurisdiction, that 'the personnel of the Global Mechanism are staff members of the Fund' outside its jurisdiction and/or did it constitute a fundamental fault in the procedure followed by the ILOAT?

IV. Was the ILOAT's decision confirming its jurisdiction to entertain the Complainant's plea alleging an abuse of authority by the Global Mechanism's Managing Director outside its jurisdiction and/or did it constitute a fundamental fault in the procedure followed by the ILOAT?

V. Was the ILOAT's decision confirming its jurisdiction to entertain the Complainant's plea that the Managing Director's decision not to renew the Complainant's contract constituted an error of law outside its jurisdiction and/or did it constitute a fundamental fault in the procedure followed by the ILOAT?

VI. Was the ILOAT's decision confirming its jurisdiction to interpret the Memorandum of Understanding between the Conference of the Parties to the United Nations Convention to Combat Desertification in Those Countries Experiencing Serious Drought and/or Desertification, Particularly in Africa and IFAD (hereby the MoU), the Convention, and the Agreement Establishing IFAD beyond its jurisdiction and/or did it constitute a fundamental fault in the procedure followed by the ILOAT?

VII. Was the ILOAT's decision confirming its jurisdiction to determine that by discharging an intermediary and supporting role under the MoU, the President was acting on behalf of IFAD outside its jurisdiction and/or did it constitute a fundamental fault in the procedure followed by the ILOAT?

VIII. Was the ILOAT's decision confirming its jurisdiction to substitute the discretionary decision of the Managing Director of the Global Mechanism with its own outside its jurisdiction and/or did it constitute a fundamental fault in the procedure followed by the ILOAT?

IX. What is the validity of the decision given by the ILOAT in its Judgment No. 2867?"

2. On 26 April 2010, in accordance with Article 66, paragraph 1, of the Statute of the Court, notice of the request for an advisory opinion was given to all States entitled to appear before the Court.

3. By an Order dated 29 April 2010, in accordance with Article 66, paragraph 2, of its Statute, the Court decided that IFAD and its member States entitled to appear before the Court, the States parties to the United Nations Convention to Combat Desertification in those Countries Experiencing Serious Drought and/or Desertification, particularly in Africa (hereinafter the "UNCCD" or the "Convention") entitled to appear before the Court and those specialized agencies of the United Nations which had made a declaration recognizing the jurisdiction of the ILOAT pursuant to Article II, paragraph 5, of the Statute of the Tribunal were likely to be able to furnish information on the questions submitted to the Court for an advisory opinion. By that same Order, the Court fixed, respectively, 29 October 2010 as the time-limit within which written statements might be presented to it on the questions, and 31 January 2011 as the time-limit within which States and organizations having presented written

statements might submit written comments on the other written statements, in accordance with Article 66, paragraph 4, of the Statute of the Court.

The Court also decided that the President of IFAD should transmit to the Court, within the same time-limits, any statement setting forth the views of Ms Ana Teresa Saez García, the complainant in the proceedings against the Fund before the ILOAT, which she might wish to bring to the attention of the Court, as well as any possible comments she might have on the other written statements.

4. By letters dated 3 May 2010, pursuant to Article 66, paragraph 2, of the Statute of the Court, the Registrar notified the above-mentioned States and organizations of the Court's decisions and transmitted to them a copy of the Order.

5. Pursuant to Article 65, paragraph 2, of the Statute of the Court, IFAD communicated to the Court a dossier of documents likely to throw light upon the questions; these documents reached the Registry on 2 August 2010. The dossier was subsequently placed on the Court's website.

6. Within the time-limit fixed by the Court for that purpose, written statements were presented, in order of their receipt, by IFAD and by the Plurinational State of Bolivia. Also within that time-limit, the General Counsel of IFAD transmitted a statement setting forth the views of Ms Saez García. On 1 November 2010, the Registrar communicated to IFAD a copy of the written statement of the Plurinational State of Bolivia, a second copy of which was included to be provided to Ms Saez García. On the same date, the Registrar communicated to the Plurinational State of Bolivia copies of the written statement of IFAD and of the statement of Ms Saez García.

7. By a letter dated 21 January 2011 and received in the Registry on the same day, the General Counsel of IFAD, referring to forthcoming consultations between the Fund and the Bureau of the Conference of the Parties of the UNCCD (hereinafter the "COP") relating to the very subject-matter of the proceedings before the Court, requested that the time-limit for the submission of written comments be extended, in order that comments on behalf of the Fund might be submitted "immediately following such consultations and after the thirty-fourth session of the IFAD Governing Council . . . and the first session of the Consultation for the Ninth Replenishment of the Resources of the Fund . . .". Accordingly, the President of the Court, by Order of 24 January 2011, extended to 11 March 2011 the time-limit within which written comments might be submitted on the other written statements, in accordance with Article 66, paragraph 4, of the Statute of the Court, and within which any possible comments by Ms Saez García might be presented to the Court.

8. Within the time-limit so extended, the General Counsel of IFAD communicated to the Court the written comments of IFAD and transmitted to the Court the comments of Ms Saez García. In the letter dated 9 March 2011 accompanying the first of these documents, the General Counsel also requested that the Court make the written statements and comments accessible to the public, that the Court seek the views of the COP and that the Court hold oral proceedings.

On 14 March 2011, the Registrar transmitted to the Plurinational State of Bolivia a copy of the written comments of IFAD and of Ms Saez García.

9. In a letter dated 24 March 2011 addressed to the Registrar, the counsel for Ms Saez García stated, with respect to the requests made by the General Counsel of IFAD in his above-mentioned letter dated 9 March 2011 (see paragraph 8), that his client had no objection to the Court making the written statements and comments accessible to the public, but that she wished to express her disagreement with the other two requests expressed by the General Counsel in that letter.

10. By a letter dated 30 March 2011, the Registrar informed counsel for Ms Saez García that, in proceedings concerning the review of judgments of administrative tribunals, it was not possible for the complainant before such a tribunal to address directly to the Court communications for its consideration, and that any communication coming from Ms Saez García in the case should be transmitted to the Court through IFAD.

11. By letters from the Registrar dated 13 April 2011, the General Counsel of IFAD and counsel for Ms Saez García were informed that, in accordance with normal practice in such cases, the Court did not intend to hold public hearings. In the letter to the General Counsel of IFAD, the Registrar, on the instructions of the Court, also requested the former to transmit to him documents that were attached both to the complaint of Ms Saez García submitted to the ILOAT on 8 July 2008 and to IFAD's Reply dated 12 September 2008, and which had not already been transmitted to the Court. The Registrar further requested the General Counsel to provide the Court with a copy of the employment contract of the Managing Director of the Global Mechanism of the UNCCD (hereinafter the "Global Mechanism") for the years 2005 and 2006.

12. By another letter dated 13 April 2011, on the instructions of the Court, the Registrar also requested that the General Counsel of IFAD duly provide to the Court, without any control being exercised over their content, any communications from Ms Saez García relating to the request for an advisory opinion that she might wish to submit to it. In his letter to counsel for Ms Saez García, mentioned in the previous paragraph, the Registrar reiterated that any further communications directed to the Court were to be transmitted to it through IFAD.

13. By a letter dated 6 May 2011, the General Counsel of IFAD communicated to the Court a set of documents, attesting that those documents, combined with the documents which had been submitted by IFAD on 2 August 2010 (see paragraph 5 above), "comprise[d] the entire procedure before the Administrative Tribunal of the International Labour Organization". The employment contract of the Managing Director of the Global Mechanism for the years 2005 and 2006 was not transmitted as requested by the Court, the General Counsel stating in his letter that IFAD, as the housing entity of the Global Mechanism, was not authorized to disclose the employment contract of the latter's Managing Director, and that even if IFAD had such authority, it could not disclose such a document without the authorization of the person concerned.

14. By a letter of 28 June 2011 to the General Counsel of IFAD, the Registrar indicated that, after an examination of the materials received relating to the procedure before the ILOAT, it appeared that 24 documents were still missing. Under cover of a letter dated 7 July 2011, the General Counsel of IFAD provided these 24 documents.

15. By a letter dated 20 July 2011, the Registrar informed the General Counsel of IFAD that the Court, in application of its powers under Article 49 of its Statute, called upon the Fund to produce copies of the employment contract for the years 2005 and 2006 of the Managing Director of the Global Mechanism. Under cover of a letter dated 29 July 2011, the General Counsel of IFAD communicated to the Court that employment contract, as well as subsequent employment contracts of the Managing Director, accompanied by a letter from the Managing Director authorizing the disclosure of those employment contracts for use by the Court. By this same letter, the General Counsel requested the Court to authorize IFAD to present additional observations and documents to the Court relating to those contracts.

16. By letter dated 21 July 2011, on the instructions of the President, the Registrar communicated to the General Counsel of IFAD a question addressed by a Member of the Court to the Fund and, through it, to Ms Saez García. By letters dated 26 August 2011, the General Counsel of IFAD communicated to the Court the response of the Fund to that question, transmitted to the Court the response of Ms Saez García to that question and reiterated the Fund's request that the Court hold oral proceedings in the case. Under cover of a letter also dated 26 August 2011, the General Counsel of IFAD communicated to the Court a copy of Judgment No. 3003 of the ILOAT, delivered on 6 July 2011, whereby the Tribunal dismissed IFAD's application for suspension of the execution of Judgment No. 2867 pending the delivery of the advisory opinion of the Court.

17. By a letter dated 1 September 2011, the General Counsel of IFAD requested the Court to authorize the Fund to produce other additional documents.

18. By a letter dated 23 September 2011, the Registrar informed the General Counsel of IFAD that, with regard to the requests made on behalf of IFAD in his letter dated 9 March 2011 accompanying the written comments of the Fund (see paragraph 8 above) and in his letters dated 29 July 2011 (see paragraph 15 above), 26 August 2011 (see paragraph 16 above), and 1 September 2011 (see paragraph 17 above), the Court had reconfirmed that no oral proceedings would be held, had decided that IFAD should not be authorized to present additional observations or documents to the Court, and had decided to make the written statements and comments, with annexed documents, accessible to the public, with immediate effect. Accordingly, under cover of letters dated 28 September 2011, electronic copies (on CD-ROM) of those documents were provided to all States and international organizations having been considered by the Court likely to be able to furnish information on the questions submitted to it. The written statements and comments (without annexes) were also placed on the website of the Court.

I. THE COURT'S JURISDICTION

19. The resolution of the Executive Board of IFAD requesting an advisory opinion in this case quotes Article XII of the Annex to the Statute of the ILOAT and states that it "wishes to avail itself of the provisions of the said Article". That Article is in the following terms:

“1. In any case in which the Executive Board of an international organization which has made the declaration specified in article II, paragraph 5, of the Statute of the Tribunal challenges a decision of the Tribunal confirming its jurisdiction, or considers that a decision of the Tribunal is vitiated by a fundamental fault in the procedure followed, the question of the validity of the decision given by the Tribunal shall be submitted by the Executive Board concerned, for an advisory opinion, to the International Court of Justice.

2. The Opinion given by the Court shall be binding.”

20. The Court recalls that, by a letter dated 4 October 1988, the President of IFAD informed the Director General of the International Labour Organization (hereinafter the “ILO”) that the Executive Board of IFAD had made the declaration required by Article II, paragraph 5, of the Statute of the Tribunal recognizing the jurisdiction of the Tribunal. The Governing Body of the International Labour Office (the Office is the secretariat of the ILO) approved the declaration on 18 November 1988, and the Fund’s acceptance of jurisdiction took effect from 1 January 1989.

21. The Court first considers whether it has jurisdiction to reply to the request. While its jurisdiction was not challenged, the Court notes that Ms Saez García contended that some of the questions posed by IFAD in its request do not fall within the scope of Article XII of the Annex to the Statute of the ILOAT. The Court observes that the power of the Executive Board to request an advisory opinion and the jurisdiction of the Court to give the opinion are founded on the Charter of the United Nations and the Statute of the Court and not on Article XII of the Annex to the Statute of the ILOAT alone. Under Article 65, paragraph 1, of its Statute,

“[t]he Court may give an advisory opinion on any legal question at the request of whatever body may be authorized by or in accordance with the Charter of the United Nations to make such a request”.

The General Assembly and the Security Council are authorized by Article 96, paragraph 1, of the Charter to request an advisory opinion on “any legal question”; and, under Article 96, paragraph 2,

“[o]ther organs of the United Nations and specialized agencies, which may at any time be so authorized by the General Assembly, may also request advisory opinions of the Court on legal questions arising within the scope of their activities”.

22. That is to say, the General Assembly is given a gatekeeping role. It is only in terms of its authorization, given under Article 96, paragraph 2, that requests can be made by organs other than the Assembly itself and the Security Council, as the Court has already pointed out in its Advisory Opinion of 23 October 1956 (see *Judgments of the Administrative Tribunal of the ILO upon Complaints Made against Unesco*, Advisory Opinion (hereinafter the “1956 Advisory Opinion”), *I.C.J. Reports 1956*, pp. 83-84; see also *Application for Review of Judgement No. 273 of the United Nations Administrative Tribunal, Advisory Opinion*, *I.C.J. Reports 1982*, pp. 333-334, para. 21).

23. The General Assembly, by resolution 32/107 of 15 December 1977, approved the Relationship Agreement between the United Nations and the International

Fund for Agricultural Development (hereinafter the “Relationship Agreement”). Under Article I of the Relationship Agreement, the United Nations recognized the Fund as a specialized agency in accordance with Articles 57 and 63 of the Charter and Article 8 of the Agreement of 13 June 1976 establishing IFAD (hereinafter the “Agreement establishing IFAD”). In Article XIII, paragraph 2, of the Relationship Agreement, the General Assembly authorized the Fund to request advisory opinions:

“The General Assembly of the United Nations authorizes the Fund to request advisory opinions of the International Court of Justice on legal questions arising within the scope of the Fund’s activities, other than questions concerning the mutual relationships of the Fund and the United Nations or other specialized agencies. Such requests may be addressed to the Court by the Governing Council of the Fund, or by its Executive Board acting pursuant to an authorization by the Governing Council. The Fund shall inform the Economic and Social Council of any such request it addresses to the Court.”

The Relationship Agreement came into force on 15 December 1977, the date of its approval by the General Assembly. The Court notes that the record before it does not include any communication from IFAD informing the Economic and Social Council of its request for an advisory opinion.

24. On the following day, 16 December 1977, the Governing Council of the Fund, in exercise of the power conferred on it by Article 6, Section 2 (c), of the Agreement establishing IFAD, by resolution 77/2, “[a]uthorize[d] the Executive Board to exercise all the powers of the Council”, with the exception of certain specified powers and those reserved by the Agreement to the Council. That delegation was amended by Council resolution 86/XVIII of 26 January 1995 with effect from 20 February 1997. The power to request advisory opinions was not excluded from the delegation. No issue arises in respect of the delegation of that power by the Council to the Board.

25. As already noted (see paragraph 19), the Executive Board of IFAD, in its resolution requesting an advisory opinion in this case, expresses its wish to avail itself of Article XII of the Annex to the Statute of the ILOAT. While the resolution does not also refer to the authorization granted by the General Assembly under Article 96, paragraph 2, of the Charter, that authorization, as the Court has already stated, is a necessary condition to the making of such a request. The Court takes the opportunity to emphasize that the ILO could not, when it adopted the Tribunal’s Statute, give its organs, or other institutions, the authority to challenge decisions of the Tribunal by way of a request for an advisory opinion.

26. The terms of Article 96, paragraph 2, of the Charter, Article 65, paragraph 1, of the Statute of the Court and the authorization given to the Fund by Article XIII, paragraph 2, of the Relationship Agreement state certain requirements which are to be met if an opinion is to be requested. In terms of those requirements, the Fund’s request for review of a judgment concerning its hosting of the Global Mechanism and the question of whether it employed Ms Saez García do present “legal questions” which “arise within the scope of the Fund’s activities”. The authorization given to IFAD by Article XIII, paragraph 2, of the Relationship Agreement excludes “questions concerning the mutual relationships of the Fund and the United Nations or other specialized

agencies”. That exclusion, which is included in all authorizations given by the General Assembly to specialized agencies, reflects the co-ordinating role of the Economic and Social Council under Chapter X of the Charter. That role was expressly mentioned by the General Assembly in the authorization it gave to the Council to request advisory opinions (resolution 89 (I) of 11 December 1946). The exclusion does not prevent the Court from considering the relationships between the Fund and the Global Mechanism or the COP, which are not specialized agencies, so far as these relationships are raised by the questions put to the Court by IFAD.

27. Accordingly, the Court concludes that, in terms of the relevant provisions of the Charter, the Statute of the Court and the authorization given under the Relationship Agreement, the Fund has the power to submit for an advisory opinion the question of the validity of the decision given by the ILOAT in its Judgment No. 2867 and that the Court has jurisdiction to consider the request for an advisory opinion. The scope of that jurisdiction is however subject to the effect in the present case of Article XII of the Annex to the Statute of the ILOAT, a matter to which the Court now turns.

**

II. SCOPE OF THE COURT’S JURISDICTION

28. Under Article VI, paragraph 1, of the Statute of the ILOAT, the judgment of the Tribunal relating to a complaint brought by an official is final and without appeal. However, pursuant to Article XII, paragraph 1, of the Statute of the ILOAT and Article XII, paragraph 1, of its Annex, respectively, the ILO and international organizations having made the declaration recognizing the jurisdiction of the ILOAT may nonetheless challenge the ILOAT judgment within the terms of these provisions. Under Article XII, paragraph 2, of the Statute of the ILOAT and of its Annex, the opinion of this Court given in terms of those provisions is “binding”. As the Court said in the 1956 Advisory Opinion, that effect goes beyond the scope attributed by the Charter and the Statute of the Court to an advisory opinion. It does not affect the way in which the Court functions; that continues to be determined by its Statute and Rules (*I.C.J. Reports 1956*, p. 84; see also *Difference Relating to Immunity from Legal Process of a Special Rapporteur of the Commission on Human Rights, Advisory Opinion, I.C.J. Reports 1999 (I)*, pp. 76-77, paras. 24-25).

29. The power of the Court to review a judgment of the ILOAT by reference to Article XII of the Annex to the Statute of the ILOAT at the request of the relevant specialized agency is limited to two grounds: that the Tribunal wrongly confirmed its jurisdiction or the decision is vitiated by a fundamental fault in the procedure followed. In the 1956 Advisory Opinion, the Court emphasized the limits of the first of these grounds:

“The circumstance that the Tribunal may have rightly or wrongly adjudicated on the merits or that it may have rightly or wrongly interpreted and applied the law for the purposes of determining the merits, in no way affects its jurisdiction. The latter is to be judged in the light of the answer to the question whether the complaint was one the merits of which fell to be determined by the Administrative Tribunal in accordance with the provi-

sions governing its jurisdiction. That distinction between jurisdiction and merits is of great importance in the legal régime of the Administrative Tribunal. Any mistakes which it may make with regard to its jurisdiction are capable of being corrected by the Court on a Request for an Advisory Opinion emanating from the Executive Board. Errors of fact or of law on the part of the Administrative Tribunal in its Judgments on the merits cannot give rise to that procedure. The only provision which refers to its decisions on the merits is Article VI of the Statute of the Tribunal which provides that its judgments shall be ‘final and without appeal’.” (*I.C.J. Reports 1956*, p. 87.)

The review, the Court said later in the same Opinion, is not in the nature of an appeal on the merits of the judgment; the challenge cannot properly be transformed into a procedure against the manner in which jurisdiction has been exercised or against the substance of the decision (*ibid.*, pp. 98-99).

30. The other ground for challenge — a fundamental fault in the procedure followed — concerns the procedure and not the substance of the judgment. When the Court was asked to review a judgment of the United Nations Administrative Tribunal (hereinafter the “UNAT”) in 1973, where the grounds for review included “a fundamental error in procedure which ha[d] occasioned a failure of justice”, it stated that the essence of the concept,

“in the cases before the Administrative Tribunal, may be found in the fundamental right of a staff member to present his case, either orally or in writing, and to have it considered by the Tribunal before it determines his rights. An error in procedure is fundamental and constitutes ‘a failure of justice’ when it is of such a kind as to violate the official’s right to a fair hearing . . . and in that sense to deprive him of justice. To put the matter in that way does not provide a complete answer to the problem of determining precisely what errors in procedure are covered by the words of Article 11. But certain elements of the right to a fair hearing are well recognized and provide criteria helpful in identifying fundamental errors in procedure which have occasioned a failure of justice: for instance, the right to an independent and impartial tribunal established by law; the right to have the case heard and determined within a reasonable time; the right to a reasonable opportunity to present the case to the tribunal and to comment upon the opponent’s case; the right to equality in the proceedings vis-à-vis the opponent; and the right to a reasoned decision.” (*Application for Review of Judgement No. 158 of the United Nations Administrative Tribunal, Advisory Opinion, I.C.J. Reports 1973*, p. 209, para. 92.)

31. The Court observes at this stage that the procedural grounds in the two Statutes are stated differently. The ILOAT provision speaks of a decision “vitiating by a fundamental fault in the procedure followed” by the Tribunal while that in the UNAT Statute required a finding of “a fundamental error in procedure which has occasioned a failure of justice”. That difference in wording, however, does not “alter the scope of this ground of challenge” (*ibid.*, p. 209, para. 91). The Court returns to this ground which is invoked in Questions II-VIII later in this Opinion (see paragraph 98 below).

32. Having determined that it has jurisdiction to answer the present request for an advisory opinion and indicated in a preliminary way the limits on the scope of its power of review in terms of Article XII of the Annex to the Statute of the ILOAT, the Court now considers whether in exercise of its discretion there is reason to refuse to answer that request.

**

III. THE COURT'S DISCRETION

33. Article 65 of the Statute of the Court makes it clear that it has a discretion whether to reply to a request for an advisory opinion: "The Court may give an advisory opinion on any legal question . . ." That discretion exists for good reasons. In exercising that discretion, the Court has to have regard to its character, both as a principal organ of the United Nations and as a judicial body. The Court early declared that the exercise of its advisory jurisdiction represents its participation in the activities of the Organization and, in principle, a request should not be refused (*Interpretation of Peace Treaties with Bulgaria, Hungary and Romania, First Phase, Advisory Opinion*, I.C.J. Reports 1950, pp. 71-72). That indication of a strong inclination to reply is also reflected in the Court's later statement, in the only other challenge to a decision of the ILOAT brought to it, that "compelling reasons" would be required to justify a refusal (1956 Advisory Opinion, I.C.J. Reports 1956, p. 86).

34. The Court and its predecessor have emphasized that, in their advisory jurisdiction, they must maintain their integrity as judicial bodies. The Permanent Court of International Justice as long ago as 1923, in recognizing that it had discretion to refuse a request, made an important statement of principle: "The Court, being a Court of Justice, cannot, even in giving advisory opinions, depart from the essential rules guiding [its] activity as a Court." (*Status of Eastern Carelia, Advisory Opinion*, 1923, P.C.I.J. Series B, No. 5, p. 29; for the most recent statement on this matter see *Accordance with International Law of the Unilateral Declaration of Independence in respect of Kosovo*, Advisory Opinion of 22 July 2010, para. 29, and the authorities referred to there.)

35. In the particular context of the four requests (i.e., the 1956 Advisory Opinion; *Application for Review of Judgement No. 158 of the United Nations Administrative Tribunal, Advisory Opinion*, I.C.J. Reports 1973, p. 166; *Application for Review of Judgement No. 273 of the United Nations Administrative Tribunal, Advisory Opinion*, I.C.J. Reports 1982, p. 325; *Application for Review of Judgement No. 333 of the United Nations Administrative Tribunal, Advisory Opinion*, I.C.J. Reports 1987, p. 18) brought to this Court by way of applications for review of judgments of the UNAT and the ILOAT, concerns have been raised about a central aspect of the good administration of justice: the principle of equality before the Court of the organization on the one hand and the official on the other.

36. Two issues arising from Article XII of the Tribunal's Statute and its Annex providing for review of the ILOAT judgments were addressed by the Court in its 1956 Advisory Opinion: inequality of access to the Court and inequalities in the proceedings before the Court. With regard to the first point, it is only the employing agencies which

have access to the Court. By contrast, the provisions for the review by the Court of judgments of the UNAT, in force from 1955 to 1995, gave officials, along with the employer and Member States of the United Nations, access to the process which could lead to a request to the Court for review. When that review procedure was being established, the Secretary-General identified as a fundamental principle that the staff member should have the right to initiate the review and to participate in it. Further, any review procedure should enable the staff member to participate on an equitable basis in such procedure, which should ensure substantial equality (United Nations document A/2909 of 10 June 1955, paras. 13 and 17).

37. In its 1956 Advisory Opinion, the Court said this about equality of access:

“According to generally accepted practice, legal remedies against a judgment are equally open to either party. In this respect each possesses equal rights for the submission of its case to the tribunal called upon to examine the matter . . . However, the advisory proceedings which have been instituted in the present case involve a certain absence of equality between Unesco and the officials both in the origin and in the progress of those proceedings . . . [T]he Executive Board availed itself of a legal remedy which was open to it alone. Officials have no such remedy against the Judgments of the Administrative Tribunal . . . However, the inequality thus stated does not in fact constitute an inequality before the Court. It is antecedent to the examination of the question by the Court. It does not affect the manner in which the Court undertakes that examination. Also, in the present case, that absence of equality between the parties to the Judgments is somewhat nominal since the officials were successful in the proceedings before the Administrative Tribunal and there was accordingly no question of any complaint on their part.” (*I.C.J. Reports 1956*, p. 85.)

38. After considering inequality before the Court, it concluded that not to respond to the request for an advisory opinion “would imperil the working of the régime established by the Statute of the Administrative Tribunal for the judicial protection of officials” (*ibid.*, p. 86). The Court, addressing this matter 50 years later, has two observations to make, one particular, about the use actually made of the review processes in respect of the two Tribunals — that of the United Nations and that of the ILO — and one general, about the development of the concept of equality before courts and tribunals over that period. On the review process, the critical element for the judicial protection of officials was the creation of the right of officials to challenge decisions taken against them by their employer before an independent judicial body which follows fair procedures. Next, reviews have been sought in only a handful of cases; and when the General Assembly decided in 1995 to remove the provision for review of UNAT decisions by this Court, it stated that the procedure that had existed since 1955 had “not proved to be a constructive or useful element in the adjudication of staff disputes within the Organization” (resolution 50/54 of 11 December 1995, preamble). The Court also notes that between 1995 and 2009 the United Nations system contained no provision at all for review of, or appeal against, the judgments of the UNAT.

39. To turn to the general question of the concept of equality, the development of the principle of equality of access to courts and tribunals since 1946, when the review procedure was established, may be seen in the significant differences between

the two General Comments by the Human Rights Committee on Article 14, paragraph 1, of the International Covenant on Civil and Political Rights of 1966. That provision requires that “[a]ll persons shall be equal before the courts and tribunals”. The first Comment, adopted in 1984, just seven years after the Covenant came into force, did no more than repeat the terms of the provision and call on States to report more fully on steps taken to ensure equality before the courts, including equal access to the courts (*Human Rights Committee, General Comment No. 13: Article 14 (Administration of Justice)*, paras. 2-3). The later Comment, one adopted in 2007 on the basis of 30 years of experience in the application of the above-mentioned Article 14, gives detailed attention to equality before domestic courts and tribunals. According to the Committee, that right to equality guarantees equal access and equality of arms. While in non-criminal matters the right of equal access does not address the issue of the right of appeal, if procedural rights are accorded they must be provided to all the parties unless distinctions can be justified on objective and reasonable grounds (*Human Rights Committee, General Comment No. 32: Right to equality before courts and tribunals and to a fair trial*, paras. 8, 9, 12 and 13). In the case of the ILOAT, the Court is unable to see any such justification for the provision for review of the Tribunal’s decisions which favours the employer to the disadvantage of the staff member.

40. The Fund and Ms Saez García answered a question from a Member of the Court (see paragraph 16 above) about the significance, if any, of the developments relating to the equality of the parties before courts and tribunals since 1946. In her response, Ms Saez García calls attention to the relevant guarantees included in global and regional instruments over those 65 years and their further elaboration by international and national courts. She sets out how, in her view, the present proceedings illustrate the contradiction between the procedure set out in Article XII of the Annex to the Statute of the ILOAT and more modern concepts of the equality of arms. She contrasts, on the one hand, the application which the Fund made to the Tribunal for the suspension of the execution of the Judgment, an application which was rejected on the ground that the Tribunal had no power to do so (see paragraph 16 above), and, on the other hand, the power of the newly established United Nations Appeals Tribunal to order interim measures for the protection of either party. The lack of such a power, in her view, provides a compelling reason for this Court to refuse to exercise its advisory jurisdiction to review judgments of the ILOAT. Ms Saez García also refers to problems, as she sees it, in the equality of the parties in the present proceedings before the Court, considered later in this Opinion (see paragraphs 45-46). She concludes, in the light of the developments relating to the requirement of equality in the administration of justice and the abolition of the review of UNAT judgments, that “the many defects that the Court has remarked upon in the review procedure constitute a compelling reason to reject the . . . request for an advisory opinion”.

41. In its reply, IFAD for its part first emphasizes that “the sole function” of Article XII of the Annex to the Statute of the ILOAT, when a specialized agency is invoking it, is to interpret the agreement between the ILO and that specialized agency; the questions submitted to the Court, it maintains, “deal exclusively with the application and the interpretation of the agreement between the ILO and IFAD in the context of Article XII”. Individuals, says the Fund, stand outside the institutional relationship that forms the subject-matter of Article XII procedures. It concludes this part of its answer in the following terms:

“The Fund respectfully submits that, given that the Complainant in ILOAT Judgment No. 2867 is not a party to the agreement between the ILO and the Fund, which accords jurisdiction to the ILOAT, it would be a mistake to consider that the inability of third parties to invoke Article 96, paragraph 2, of the UN Charter in order to apply Article XII of the ILOAT Statute constitutes a breach of the principle of equality of the parties in judicial proceedings. Accordingly, it would not be appropriate for the Court to decline to perform the function envisaged by Article 96, paragraph 2, of the UN Charter on account of a third party that stands outside the relationship that forms the subject-matter of the proceedings before the Court.”

Further, IFAD states that:

“the Fund’s request for an advisory opinion pertains, not to any dispute between the Fund and Ms Saez García, but to the relationship between the Fund and the ILO as it relates to the ILOAT, a subsidiary body of the ILO”.

42. In the Court’s Opinion, this argument faces two insurmountable hurdles. In the first place, the real dispute underlying the request for an advisory opinion was between Ms Saez García and the Fund. She brought proceedings before the Tribunal against a decision attributed to the Fund and was successful. The Fund then invoked the procedure under the Statute of the ILOAT, supported by the General Assembly’s authorization given under Article 96, paragraph 2, of the Charter, to challenge that decision in her favour. In that regard, the Court cannot see that a question arises between the Fund and the ILO. The record before the Court provides no evidence of any such matter. In the second place, the Fund in any event would not be able to bring a matter about its relationship with the ILO before the Court: when the General Assembly authorized IFAD to seek advisory opinions, under Article 96, paragraph 2, of the Charter, it expressly excluded from the authorization “questions concerning the mutual relationships of the Fund and the United Nations or other specialized agencies”; a similar exclusion is to be found in all the authorizations given by the General Assembly to specialized agencies (see paragraph 26 above).

43. In replying to the question about equality of access, the Fund emphasized what it saw as a parallel with investor-State arbitration. First, it pointed out that in such arbitrations, it is only the investor that may initiate the dispute settlement process. But that process is initiated in response to the conduct of the host State, alleged to be in breach of the investor’s rights, and is a first instance process. It is comparable to the proceeding brought in the ILOAT by the staff member against the agency. In the case of investment arbitrations brought under the Convention on the Settlement of Investment Disputes between States and Nationals of Other States (*United Nations Treaty Series (UNTS)*, Vol. 575, p. 159), both parties — and not just one — are able to seek interpretation, revision or annulment of the award: it is that situation which is analogous to the present one. The Fund, secondly, refers to a number of provisions in bilateral free trade and investment treaties which enable the State parties to those treaties, by joint decision, at the request of one of them, to declare their interpretation of a provision of the treaty. That interpretation is binding on the tribunal hearing an investment dispute including those brought by the investor. That situation bears little resemblance to the present one: parties to treaties are in general free to agree on their

interpretation, while in the present case the Court is concerned with the initiation of a review process to be carried out by an independent tribunal.

44. As the Court said, on the only other occasion in which a specialized agency sought an opinion in terms of Article XII of the Annex to the Statute of the ILOAT, “[t]he principle of equality of the parties follows from the requirements of good administration of justice” (1956 Advisory Opinion, *I.C.J. Reports 1956*, p. 86). That principle must now be understood as including access on an equal basis to available appellate or similar remedies unless an exception can be justified on objective and reasonable grounds (see paragraph 39 above). For the reasons given, questions may now properly be asked whether the system established in 1946 meets the present-day principle of equality of access to courts and tribunals. While the Court is not in a position to reform this system, it can attempt to ensure, so far as possible, that there is equality in the proceedings before it. The Court now turns to that question.

45. In the present case, as in the four earlier applications for review of judgments of administrative tribunals, the unequal position before the Court of the employing institution and its official, arising from provisions of the Court’s Statute, has been substantially alleviated by two decisions of the Court. First, in its Order of 29 April 2010, the Court decided that the President of the Fund was to transmit to the Court any statement setting forth the views of Ms Saez García which she might wish to bring to the attention of the Court and fixed the same time-limits for her as for the Fund for the filing of written statements in the first round of written argument and comments in the second round. The second step the Court took was to decide that there would be no oral proceedings; when the Fund reiterated its request that the Court should hold hearings, it confirmed its previous decision of principle. As has been clear since 1956 when the Court first addressed the matter of procedure in cases involving reviews of judgments of administrative tribunals, the Court’s Statute does not allow individuals to appear in hearings in such cases, by contrast to international organizations concerned (1956 Advisory Opinion, *I.C.J. Reports 1956*, p. 86; see also *Application for Review of Judgement No. 158 of the United Nations Administrative Tribunal, Advisory Opinion, I.C.J. Reports 1973*, para. 34).

46. The process was not without its difficulties. The Court mentions three matters. The first relates to the documentary record: the filing of “all documents likely to throw light upon the question” in terms of Article 65, paragraph 2, of the Court’s Statute was not completed until July 2011 and following three requests from the Court — that is, fully 15 months after the submission of the request for the Advisory Opinion (see paragraphs 13-15 above). The second is the failure of IFAD to inform Ms Saez García in a timely way of the procedural requests it was making to the Court. And the third is IFAD’s initial failure to transmit to the Court certain communications from Ms Saez García. That last position was based on the proposition that the matter before the Court was not a matter between the Fund and Ms Saez García but between the Fund and the ILO. The Court has already commented on this proposition (see paragraphs 41-42 above).

47. Notwithstanding these difficulties, the Court concludes that, by the end of the process, it does have the information it requires to decide on the questions submitted; that both the Fund and Ms Saez García have had adequate and in large measure equal opportunities to present their case and to answer that made by the other;

and that, in essence, the principle of equality in the proceedings before the Court, required by its inherent judicial character and by the good administration of justice, has been met.

*

48. In light of the analysis above, the Court maintains its concern about the inequality of access to the Court arising from the review process under Article XII of the Annex to the Statute of the ILOAT. In addition, the Court remains concerned about the length of time it took the Fund to comply with the procedures aimed at ensuring equality in the present proceedings. Nevertheless, taking the circumstances of the case as a whole, and in particular the steps it has taken to reduce the inequality in the proceedings before it, the Court considers that the reasons that could lead it to decline to give an advisory opinion are not sufficiently compelling to require it to do so.

**

IV. MERITS

49. The request for an advisory opinion from the Court concerns the validity of the Judgment given by the ILOAT relating to Ms Saez García's contract of employment. The Court notes that that contract of employment, as extended, was governed by the Personnel Policies Manual (hereinafter "PPM") and the Human Resources Handbook, until 22 July 2005. From that date, the PPM and Human Resources Handbook were replaced by a document entitled "IFAD Human Resources Policy" and the Human Resources Procedures Manual (hereinafter "HRPM"), respectively. Accordingly, subsequent events, such as the facilitation process and the convening of the Joint Appeals Board referred to in paragraphs 70 and 77 below, were governed by the latter documents. The Court will refer hereinafter to the titles of the documents in force at the time of events being considered.

50. In December 2005, a decision was made not to renew Ms Saez García's contract of employment as from March 2006 on the alleged basis that her post was being abolished. She challenged that decision by filing an appeal with the Joint Appeals Board of the Fund (hereinafter the "JAB") under the HRPM. On 13 December 2007 the JAB unanimously recommended that Ms Saez García be reinstated and that she be awarded a payment of lost salaries, allowances and entitlements. On 4 April 2008 the President of the Fund rejected the recommendations. Ms Saez García then filed on 8 July 2008 a complaint with the Tribunal requesting it to "quash the decision of the President of IFAD rejecting the complainant's appeal", order her reinstatement and make various monetary awards. Following two rounds of written submissions (oral hearings were not sought), the Tribunal, in its Judgment of 3 February 2010, decided that "[t]he President's decision of 4 April 2008 is set aside" and made orders for the payment of damages and costs.

51. The Fund contends, as it did before the Tribunal, that Ms Saez García was a staff member of the Global Mechanism and not of IFAD and that her employment status has to be assessed in the context of the arrangement for the housing of the Global Mechanism made between the Fund and the COP.

The Court first considers the powers of, and relationships between, those various bodies. It will then turn to the documents relating specifically to Ms Saez García's employment.

52. Part III of the UNCCD, which came into force in 1996, is entitled "Action Programmes, Scientific and Technical Cooperation and Supporting Measures" and contains three sections addressed to each of those matters. The section on "Supporting Measures" imposes obligations on the State parties to the Convention relating to capacity building, financial resources and financial mechanisms (Arts. 19-21). Under Article 21, paragraph 4, a "Global Mechanism" is established "[i]n order to increase the effectiveness and efficiency of existing financial mechanisms". It is "to promote actions leading to the mobilization and channelling of substantial financial resources . . . to affected developing country Parties". It is to function under the authority and guidance of the COP and to be accountable to it. Under paragraph 5, the COP was to identify, at its first ordinary session, an organization to house the Global Mechanism. Paragraph 6 provides this elaboration: the COP was to make appropriate arrangements with the housing organization "for the administrative operations of such Mechanism, drawing to the extent possible on existing budgetary and human resources". According to paragraph 5, the COP was to agree with the organization upon modalities to ensure, among other things, that the mechanism (a) prepares an inventory of co-operation programmes that are available to implement the UNCCD, (b) provides advice, on request, to parties on innovative methods of financing and related matters, (c) provides interested parties and organizations with information on sources of funds and funding patterns to facilitate co-ordination between them, and (d) reports to the COP on its activities.

Before the Court sets out the terms of the agreement between the COP and IFAD, it refers to relevant provisions of the Convention concerning the COP and its Permanent Secretariat.

53. Part IV of the Convention, entitled "Institutions", follows immediately the provisions of Article 21 which have just been discussed. It provides for the establishment of the COP, a Permanent Secretariat (replacing an interim Secretariat established by United Nations General Assembly resolution 47/188 of 22 December 1992 and referred to in Article 35 of the UNCCD) and a Committee on Science and Technology as a subsidiary body of the COP (Arts. 22, 23 and 24). The Conference's powers include the power to establish subsidiary bodies, to approve a programme and a budget, and to make arrangements, at its first session, for a Permanent Secretariat (Art. 22, paras. 2 (c) and (g), and Art. 23, para. 3). The Permanent Secretariat's functions include: to enter, under the guidance of the Conference of the Parties, into such administrative and contractual arrangements as may be required for the effective discharge of its functions (Art. 23, para. 2 (e)).

54. So far as the arrangement for the housing of the Global Mechanism is concerned, the COP, at its first session, held in 1997, decided to select IFAD for that purpose. In 1999 the Conference and the Fund signed a "Memorandum of Understanding . . . regarding the Modalities and Administrative Operations of the Global

Mechanism” (hereinafter the “MOU”). The MOU provides, under Section II A, that “[w]hile the Global Mechanism will have a separate identity within the Fund, it will be an organic part of the structure of the Fund directly under the President of the Fund”. It also provides, under Section II D, that the Managing Director of the Global Mechanism shall be nominated by the Administrator of the United Nations Development Programme and appointed by the President of the Fund and that, in discharging his or her responsibilities, the Managing Director shall report directly to the President of IFAD. Under paragraph (1) of Section III A, headed “Relationship of the Global Mechanism to the Conference”, the Global Mechanism functions under the authority of the COP and is fully accountable to it. Under paragraph (2) of the same section, the chain of accountability runs directly from the Managing Director to the President of the Fund to the COP, and the Managing Director submits reports to the COP on behalf of the President of the Fund. Under Section III A, paragraph (4), the Global Mechanism’s work programme and budget, including proposed staffing, are prepared by the Managing Director, reviewed and approved by the Fund’s President and forwarded to the Executive Secretary of the Convention for consideration in the preparation of the budget estimates of the Convention. Under Section II B, the resources of the Global Mechanism are held by the Fund in various accounts. Under Section IV B, the Managing Director, on behalf of the President, submits reports on the Global Mechanism’s activities to each ordinary session of the COP. The Fund and Convention Secretariat are to co-operate in various ways. The final substantive provision of the MOU, Section VI, entitled “Administrative Infrastructure”, provides that the Global Mechanism shall be located at the headquarters of the Fund in Rome where it “shall enjoy full access to all of the administrative infrastructure available to the Fund offices, including appropriate office space, as well as personnel, financial, communications and information management services”. The terms of that provision reflect those of paragraph 6 of Article 21 of the UNCCD set out above (see paragraph 52 above).

55. For its Permanent Secretariat, the COP made an arrangement with the United Nations. The General Assembly approved the institutional linkage between the Secretariat of the Convention and the United Nations in accordance with the offer made by the Secretary-General and accepted by the COP (General Assembly resolution 52/198 of 18 December 1997 and COP decision No. 3/COP.1). Under the arrangement, the Secretariat functions under the authority of the Secretary-General as chief administrative officer of the organization (United Nations document A/52/549 of 11 November 1997, para. 25). While institutionally linked to the United Nations, the Secretariat is not fully integrated in the work programme and management structure of any particular department or programme (*ibid.*, para. 26; COP decision No. 3/COP.1 and General Assembly resolution 52/198 of 18 December 1997, eighth preambular paragraph).

56. The General Assembly also noted that the COP had decided to accept the offer of the Government of Germany to host the Convention Secretariat in Bonn (General Assembly resolution 52/198 of 18 December 1997, para. 3). In 1998, the Secretariat of the Convention, the Government of the Federal Republic of Germany and the United Nations concluded an Agreement concerning the Headquarters of the Convention’s Permanent Secretariat (UNTS, Vol. 2029, p. 316). Under the Agreement, the Convention Secretariat possesses, in the host country, the legal capacity to contract, to acquire and dispose of movable and immovable property, and to institute legal

proceedings (*ibid.*, Art. 4; see also Arts. 3 and 4 of the Agreement between the United Nations and the Federal Republic of Germany relating to the Headquarters of the United Nations Volunteers Programme, 10 November 1995 (*UNTS*, Vol. 1895, p. 103), which is applicable, *mutatis mutandis*, to the Permanent Secretariat).

57. The Court observes that, under Part IV of the Convention entitled “Institutions”, the COP and the Permanent Secretariat are expressly established as such. These institutions are given the following powers: in the case of the COP, it is given the power to “make appropriate arrangements” to house the Global Mechanism, to “undertake necessary arrangements” for the financing of its subsidiary bodies and to “make arrangements” for the functioning of the Permanent Secretariat (Arts. 21 (6), 22 (2) (g) and 23 (3), respectively); in the case of the Permanent Secretariat, it is given the general power “to enter, under the guidance of the Conference of the Parties, into such administrative and contractual arrangements as may be required for the effective discharge of its functions” (Art. 23 (2) (e)).

As the above account indicates, both have exercised those powers. By contrast, the Global Mechanism is not included in Part IV of the Convention. It is not given any express powers of contracting or entering into any agreements by the Convention nor by a headquarters agreement such as that relating to the Permanent Secretariat. Moreover, the record before the Court does not include any instances of it entering into contracts or agreements. IFAD, on 14 May 2010, during the period when the first round of written statements was being prepared, wrote to the Managing Director of the Global Mechanism seeking information on that matter in the following terms:

“In order to help us prepare our submission to the ICJ, IFAD kindly requests that your Office supply a comprehensive list of all agreements and legal documents signed between the Global Mechanism and other entities, including international organisations and private entities. We intend to provide this list as part of our submission to the ICJ in order to show that the GM is recognized as having the capacity to enter into agreements.” (United Nations document ICCD/COP(10)/INF.3 of 11 August 2011, p. 30.)

The written statement of IFAD submitted five months later includes no such list.

58. The position of the Global Mechanism may also be contrasted with that of IFAD, its housing body. The Agreement establishing IFAD expressly provides that “[t]he Fund shall possess international legal personality” (Art. 10, Sec. 1). Its privileges and immunities are defined by reference to the Convention on the Privileges and the Immunities of the Specialized Agencies of 21 November 1947 (Art. 10, Sec. 2, of the Agreement establishing IFAD). Under Article II, Section 3, of that Convention, specialized agencies subject to it, which include IFAD, are given the express capacity to contract, to acquire and dispose of movable and immovable property, and to institute legal proceedings in those States, including Italy, which are parties to the Convention.

59. The Court recalls a point made by the Fund in its response to a question put by a Member of the Court to IFAD and through it to Ms Saez García. According to the Fund, should the Court decline to provide an advisory opinion, it would forsake the opportunity to “assist the international community by clarifying how the rules concerning the ILOAT’s jurisdiction should operate in respect of entities hosted by interna-

tional organizations". The Fund contends that this phenomenon of "hosting" arrangements is "one of the most significant developments since the adoption of Article XII of the ILOAT Statute in 1946".

60. The Court is aware that there exists a range of hosting arrangements between international organizations which are concluded for a variety of reasons. Each arrangement is distinct and has different characteristics. There are hosting arrangements between two entities having separate legal personalities, and there are others concluded for the benefit of an entity without legal personality. An example of the former is the arrangement between the World Intellectual Property Organization — as the hosting organization — and the International Union for the Protection of New Varieties of Plants — as the hosted organization — which has legal personality under Article 24, paragraph 1, of its constituent instrument, the International Convention for the Protection of New Varieties of Plants of 2 December 1961.

61. By contrast, with regard to the Global Mechanism, the Court notes that the Convention directs the COP to identify an organization to house it and to make appropriate arrangements with such an organization for its administrative operations. It was for this reason that a Memorandum of Understanding was concluded between the COP and IFAD in 1999 as described in paragraph 54 above. Neither the Convention nor the MOU expressly confer legal personality on the Global Mechanism or otherwise endow it with the capacity to enter into legal arrangements. Further, in light of the different instruments setting up IFAD, the COP, the Global Mechanism and the Permanent Secretariat, and of the practice included in the record before the Court, the Global Mechanism had no power and has not purported to exercise any power to enter into contracts, agreements or "arrangements", internationally or nationally.

*

A. *Response to Question I*

62. The Court now turns to the questions put to it for an advisory opinion and notes that such questions should be asked in neutral terms rather than assuming conclusions of law that are in dispute. They should not include reasoning or argument. The questions asked in this case depart from that standard as reflected in normal practice. The Court will nevertheless address them.

63. The first question put to the Court is formulated as follows:

"Was the ILOAT competent, under Article II of its Statute, to hear the complaint introduced against the International Fund for Agricultural Development (hereby the Fund) on 8 July 2008 by Ms A.T.S.G., an individual who was a member of the staff of the Global Mechanism of the United Nations Convention to combat Desertification in Those Countries Experiencing Serious Drought and/or Desertification, Particularly in Africa (hereby the Convention) for which the Fund acts merely as housing organization?"

64. The Court is requested to give its opinion on the competence of the ILOAT to hear the complaint brought against the Fund by Ms Saez García on 8 July 2008. The competence of the Tribunal regarding complaints filed by staff members of organizations other than the ILO is based on Article II, paragraph 5, of its Statute, according to which

“[t]he Tribunal shall also be competent to hear complaints alleging non-observance, in substance or in form, of the terms of appointment of officials and of provisions of the Staff Regulations of any other international organization meeting the standards set out in the Annex”

to the Statute of the ILOAT and having made a declaration recognizing the jurisdiction of the Tribunal.

65. The Fund recognized the jurisdiction of the Tribunal and accepted its Rules of Procedure with effect from 1 January 1989 (see paragraph 20 above). However, as implied in the formulation of its first question to the Court, the Fund considers Ms Saez García

“a member of the staff of the Global Mechanism of the United Nations Convention to combat Desertification in Those Countries Experiencing Serious Drought and/or Desertification, Particularly in Africa (hereby the Convention) for which the Fund acts merely as housing organization”.

The Fund therefore objected to the jurisdiction of the Tribunal with respect to the complaint filed by Ms Saez García, and in particular her pleas alleging that the Managing Director of the Global Mechanism exceeded his authority in deciding not to renew her contract and that the approved core budget of the Global Mechanism did not require the elimination of her post.

66. Before the Tribunal, the Fund contended that its acceptance of the jurisdiction of the ILOAT did not extend to entities that are hosted by it pursuant to international agreements. It maintained that the Global Mechanism was not an organ of the Fund, and that, even if the Fund administered the Global Mechanism, this did not make the complainant a staff member of the Fund; nor did it make the actions of the Managing Director of the Global Mechanism attributable to the Fund. According to the Fund, despite the fact that the staff regulations, rules and policies of IFAD were applied to the complainant, she was not a staff member of the Fund. Conversely, the complainant submitted that she was a staff member of IFAD throughout the relevant period until her separation on 15 March 2006, and that her letters of appointment and renewal of contract all offered her an appointment with the Fund.

67. In its Judgment No. 2867 of 3 February 2010, the Tribunal rejected the jurisdictional objections made by the Fund and declared itself competent to entertain all the pleas set out in the complaint submitted by Ms Saez García. After examining the Fund’s argument that the Tribunal did not have jurisdiction because the Fund and the Global Mechanism had separate legal identities, the Tribunal observed that:

“The fact that the Global Mechanism is an integral part of the Convention and is accountable to the Conference does not necessitate the conclusion that it has its own legal identity . . . Nor does the stipulation in the MOU that the Global Mechanism is to have a ‘separate identity’ indicate

that it has a separate legal identity, or more precisely for present purposes, that it has separate legal personality.” (Judgment No. 2867, p. 11, para. 6.)

The Tribunal then referred to the provisions of the MOU, and stated that:

“[I]t is clear that the words ‘an organic part of the structure of the Fund’ indicate that the Global Mechanism is to be assimilated to the various administrative units of the Fund for all administrative purposes. The effect of this is that administrative decisions taken by the Managing Director in relation to staff in the Global Mechanism are, in law, decisions of the Fund.” (*Ibid.*, p. 12, para. 7.)

Following this analysis, the Tribunal concluded as follows:

“Given that the personnel of the Global Mechanism are staff members of the Fund and that the decisions of the Managing Director relating to them are, in law, decisions of the Fund, adverse administrative decisions affecting them are subject to internal review and appeal in the same way and on the same grounds as are decisions relating to other staff members of the Fund. So too, they may be the subject of a complaint to this Tribunal in the same way and on the same grounds as decisions relating to other staff members.” (*Ibid.*, p. 14, para. 11.)

68. It is this confirmation by the Tribunal of its “competence to hear” the complaint filed by Ms Saez García that is challenged by the Executive Board of the Fund, under Article XII of the Annex to the Statute of the ILOAT and is the object of the first question put to the Court as reproduced in paragraph 63 above. To answer this question, the Court has to consider whether the Tribunal had the competence to hear the complaint submitted by Ms Saez García in accordance with Article II, paragraph 5, of its Statute. According to this provision, for the Tribunal to exercise its jurisdiction it is necessary that there should be a complaint alleging non-observance of the “terms of appointment of officials” of an organization that has accepted its jurisdiction or “of provisions of the Staff Regulations” of such an organization. It follows from this that the Tribunal could hear the complaint only if the complainant was an official of an organization that has recognized the jurisdiction of the Tribunal, and if the complaint related to the non-observance of the terms of appointment of such an official or the provisions of the staff regulations of the organization. The first set of conditions has to be examined with reference to the competence *ratione personae* of the Tribunal, while the second has to be considered within the context of its competence *ratione materiae*.

69. The Court will examine these two sets of conditions below. However, before doing so, a brief overview of the factual background to the case decided by the Tribunal is warranted.

1. *Factual background*

70. Ms Saez García, a national of Venezuela, was offered by IFAD on 1 March 2000 a two-year fixed-term contract at P-4 level to serve as a Programme Officer in the Global Mechanism. She accepted this offer on 17 March 2000. Subsequently, her contract was twice extended, to 15 March 2004 and 15 March 2006, respectively. In

addition, her title changed to “Programme Manager, Latin America Region”, from 22 March 2002, and is subsequently referred to, in the notice of non-renewal of her contract from the Managing Director of the Global Mechanism, as “[P]rogramme [M]anager for GM’s regional desk for Latin America and the Caribbean”. By a memorandum of 15 December 2005, the Managing Director of the Global Mechanism informed her that the COP had decided to cut the Global Mechanism’s budget for 2006-2007 by 15 per cent. As a result, the number of staff paid through the core budget had to be reduced. Her post would therefore be abolished and her contract would not be renewed upon expiry on 15 March 2006. He offered her a six-month contract as consultant from 26 March to 15 September 2006 as “an attempt to relocate her and find a suitable alternative employment”. Ms Saez García did not accept that contract.

On 10 May 2006, Ms Saez García requested a facilitation process, which ended with no settlement on 22 May 2007. She then filed an appeal with the JAB on 27 June 2007, challenging the Managing Director’s decision of 15 December 2005. In its report of 13 December 2007, the JAB unanimously recommended that Ms Saez García be reinstated within the Global Mechanism under a two-year fixed-term contract and that the Global Mechanism pay her an amount equivalent to all the salaries, allowances and entitlements she had lost since March 2006.

By a memorandum of 4 April 2008, the President of the Fund informed Ms Saez García that he had decided to reject the recommendations of the JAB. It is this decision of the President of the Fund that was impugned before ILOAT and set aside by it (see paragraph 50 above).

2. *Jurisdiction ratione personae of the Tribunal in relation to the complaint submitted by Ms Saez García*

71. Since recourse to the ILOAT is open to staff members of IFAD, the Court will now consider whether Ms Saez García was an official of the Fund, or of some other entity that did not recognize the jurisdiction of the Tribunal. The Court notes that the word “official”, used in the ILO Staff Regulations, as well as in the Statute of the Tribunal, and the words “staff member”, used in the staff regulations and rules of many other organizations, may be considered to have the same meaning in the present context; the Court thus will use both terms interchangeably. The document entitled “IFAD Human Resources Policy” defines a staff member as “a person or persons holding a regular, career, fixed-term, temporary or indefinite contract with the Fund”. To qualify as a staff member of the Fund, Ms Saez García would have to hold one of the above-mentioned contracts with the Fund.

72. The Court notes that on 1 March 2000, Ms Saez García received an offer of employment, written on the Fund letterhead, for “a fixed-term appointment for a period of two years with the International Fund for Agricultural Development (IFAD)”. The letter stated that the appointment “[would] be made in accordance with the general provisions of the IFAD Personnel Policies Manual . . . [and] with such Administrative Instructions as may be issued . . . regarding the application of the Manual”. The offer of appointment also noted that her contract might be terminated by IFAD with one month’s written notice and that she was subject to a probationary period as prescribed in Section 4.8.2 of the PPM. Moreover, under the terms of the offer, she was required to give written notice of at least one month to IFAD of any desire to terminate her contract. The renewals of her contract to March 2004 and to March 2006, respectively, referred to an “extension of [her] appointment with the

International Fund for Agricultural Development”. It was also said in the letters of renewal that all other conditions of her employment would remain unchanged and that her appointment would “continue to be governed by the Personnel Policies Manual, together with the provisions of the Human Resources Handbook regarding the application of the Manual”.

73. The above-mentioned facts are not contested by the Fund. In its Written Statement to the Court, the Fund makes the following observations:

“It is true that the offer and extension letters in the case of the Complainant were all issued on IFAD letterhead by IFAD officials and all of them refer to an ‘appointment with the International Fund for Agricultural Development’. The initial offer letter dated 1 March 2000, which was signed by the Director of the Fund’s Personnel Division, also stated that the Complainant’s ‘employment may be terminated by IFAD’ and that she ‘will be required to give written notice of at least one month to IFAD’ should she wish to terminate her employment during the probationary period. While the two extension letters are silent on termination and resignation, both state that ‘[a]ll other conditions of employment will remain unchanged’.”

74. Notwithstanding the above, the Fund maintains that Ms Saez García was not an IFAD official, but a staff member of the Global Mechanism which has not recognized the jurisdiction of the Tribunal. In this connection, it refers to the fact that the 1 March 2000 contract also contained the following statement: “The position you are being offered is that of Programme Officer in the Global Mechanism of the Convention to Combat Desertification, Office of the President (OP), in which capacity you would be responsible to the Managing Director of the Global Mechanism.” It also argues that throughout her employment with the Global Mechanism, Ms Saez García “was never charged with performing any of the functions of the Fund, nor had she been employed by the Fund or performed functions for the Fund prior to being employed by the Global Mechanism”. Moreover, the Fund contends that IFAD and the Global Mechanism are separate legal entities, and that the Tribunal should have taken into account the consequences of this separation for its jurisdiction with respect to the complaint filed by Ms Saez García.

75. Ms Saez García submits that she was a staff member of the Fund and that the staff regulations and rules of the Fund applied to her. She further contends that the Managing Director of the Global Mechanism was an officer of the Fund and that his actions were, in law, the actions of the Fund.

76. The Court observes that a contract of employment entered into between an individual and an international organization is a source of rights and duties for the parties to it. In this context, the Court notes that the offer of appointment accepted by Ms Saez García on 17 March 2000 was made on behalf of the Fund by the Director of its Personnel Division, and that the subsequent renewals of this contract were signed by personnel officers of the same Division of the Fund. The Fund does not question the authority vested in these officials to act on its behalf on personnel matters. These offers were made in accordance with the general provisions of the PPM, which then contained the general conditions and terms of employment with the Fund, as well as the respective duties and obligations of the Fund and the staff. As the Court stated in its 1956 Advisory Opinion, staff regulations and rules of the organization in question

“constitute the legal basis on which the interpretation of the contract must rest” (*I.C.J. Reports 1956*, p. 94). It follows from this that an employment relationship, based on the above-mentioned contractual and statutory elements, was established between Ms Saez García and the Fund. This relationship qualified her as a staff member of the Fund. The fact that she was assigned to perform functions related to the mandate of the Global Mechanism does not mean that she could not be a staff member of the Fund. The one does not exclude the other. In this context, reference may also be made to the fact that IFAD included Ms Saez García’s name on the list of IFAD officials for whom the Organization claimed privileges and immunities in the host country in accordance with the Convention on the Privileges and Immunities of the Specialized Agencies.

77. Ms Saez García’s legal relationship with the Fund as a staff member is further evidenced by the facts surrounding her appeal against the decision to abolish the post of Programme Manager for the Global Mechanism’s regional desk for Latin America and the Caribbean, and the consequent non-renewal of her fixed-term appointment. Her appeals were initially lodged with the internal machinery established by the Fund for handling staff grievances, namely the facilitation process and the JAB. The record before the Court includes no evidence that the Fund objected to the use of these procedures by Ms Saez García. The facilitation process was conducted by a facilitator appointed by the IFAD administration and in accordance with Chapter 10 of the HRP. That process was terminated in accordance with paragraph 10.21.1 (b) of the HRP. Similarly, the JAB was convened under the terms of the HRP and its report and recommendations were submitted to the President of IFAD for consideration in accordance with the procedures established by Chapter 10 (Sec. 10.38) of the HRP. In a memorandum dated 4 April 2008, the President of IFAD rejected the recommendations of the JAB to reinstate Ms Saez García to a position in the Global Mechanism with a two-year fixed-term contract from the date of reinstatement. However, the President’s memorandum does not contain any indication that Ms Saez García was not a staff member of the Fund. On the contrary, it is stated in the memorandum that “the non-renewal of your fixed-term contract was in accordance with section 1.21.1 of the IFAD HRP”. There is also nothing to suggest that, in rejecting the recommendation of the JAB, the President was acting otherwise than in his capacity as the President of IFAD.

78. The Court turns now to the other arguments submitted by the Fund to support its contention that Ms Saez García was not a staff member of the Fund. First, the Fund refers to an administrative instruction issued by IFAD in the form of a President’s Bulletin on 21 January 2004 which, according to the Fund, was meant “to refine and clarify the legal position of the personnel working for the Global Mechanism”, and quotes paragraph 11 (c) of the Bulletin in which it is stated that:

“IFAD’s rules and regulations on the provision of career contracts for fixed-term staff shall not apply to the staff of the Global Mechanism, except for those that have already received a career contract as a result of their earlier employment with IFAD.”

For the Fund, this stipulation makes clear that “while Global Mechanism staff are not IFAD staff, some of IFAD’s rules and regulations apply *mutatis mutandis* to Global Mechanism staff”.

Secondly, the Fund asserts that, although the Tribunal acknowledged that IFAD took the position that “neither the COP nor the GM has recognized the jurisdiction of the Tribunal”, it did not address this point explicitly in its ruling and proceeded to exercise jurisdiction. Therefore, the Fund invites the Court to take note of the fact that neither the Global Mechanism nor the COP has recognized the jurisdiction of the Tribunal, and that consequently the Tribunal lacked jurisdiction.

Thirdly, the Fund argues that the Tribunal did not have jurisdiction to review the decision not to renew Ms Saez García’s contract which was taken by the Managing Director of the Global Mechanism as he was not “a member of IFAD’s staff in his dealings with the complainant” (*ibid.*, para. 189). According to the Fund, the Tribunal had, therefore, no jurisdiction to examine the decision of the Managing Director to abolish the post of Ms Saez García or the budgetary reasons underlying that decision.

79. The Court first notes that staff members of the Global Mechanism are not eligible, under the terms of the IFAD President’s Bulletin mentioned above, for career appointments under the staff regulations and rules of the Fund. This does not however put them outside the purview of such provisions, nor deprive them of the possibility of being appointed on the basis of renewable fixed-term contracts. In this connection, the Court recalls that the complaint filed by Ms Saez García with the ILOAT was not about the alleged failure of IFAD to grant her a career contract, but about the non-renewal of her fixed-term contract. The Court also recalls that paragraph 10 of the same Bulletin provides that:

“As a matter of principle and where there is an absence of a specific provision to the contrary, as specified below, the Global Mechanism shall be subject to all provisions of IFAD’s Personnel Policies Manual (PPM) and Human Resources Handbook (HRH), as they may be amended.”

It is the Court’s view that the provisions of the IFAD President’s Bulletin constitute further evidence of the applicability of the staff regulations and rules of IFAD to the fixed-term contracts of Ms Saez García, and provide additional indication of the existence of an employment relationship between her and the Fund.

80. The Court next takes note of the fact that, as underlined by the Fund and based on the record before it, neither the COP nor the Global Mechanism has accepted the jurisdiction of the ILOAT. The Tribunal did not however base its jurisdiction with respect to the complaint filed by Ms Saez García on such acceptance. The judgment rendered by the Tribunal shows that it decided to exercise its jurisdiction after having concluded that Ms Saez García and other staff members of the Global Mechanism were staff members of the Fund and, as such, were entitled to submit complaints to the Tribunal in the same way and on the same grounds as other staff members of the Fund.

81. Finally, with respect to the Fund’s contention that the Managing Director of the Global Mechanism was not a staff member of IFAD, the Court considers that the status of the Managing Director has no relevance to the Tribunal’s jurisdiction *ratione personae*, which depends solely on the status of Ms Saez García. The Court will examine the status of the Managing Director, rather, in its treatment of the Tribunal’s jurisdiction *ratione materiae* below.

82. In light of the above, the Court concludes that the Tribunal was competent *ratione personae* to consider the complaint brought by Ms Saez García against IFAD on 8 July 2008.

3. *Jurisdiction ratione materiae of the Tribunal*

83. As a staff member of the Fund, Ms Saez García had the right to submit her complaint to the ILOAT. The HRPM provides in Section 10.40.1 as follows:

“Staff members have the right to appeal to the ILOAT, under the procedures prescribed in its Statute and Rules, against: (a) final decisions taken by the President; and (b) after the expiration of the period prescribed in para. 10.39.2 above, the failure of the President to take a final decision.”

84. The Fund, however, argues that, even if it were to be assumed that the Tribunal had jurisdiction *ratione personae* over the complainant because of her being a staff member of the Fund, the Tribunal would still not have jurisdiction *ratione materiae* over the complaint. The Fund emphasizes that, under the terms of Article II, paragraph 5, of the Statute of the ILOAT, there are only two classes of complaints that the Tribunal is competent to hear, namely: (1) complaints alleging “non-observance, in substance or form, of the terms of appointment of officials”; and (2) complaints alleging non-observance “of provisions of the Staff Regulations”. The Fund argues that, based on the text of the complainant’s pleadings submitted to the Tribunal, it is clearly not possible to fit her complaints under the two classes of complaints set forth in Article II, paragraph 5, of the Tribunal’s Statute. It asserts that the complainant’s case was placed entirely on a different basis, namely, paragraphs 4 and 6 of Section III A of the MOU, which the complainant used to argue, first, that the Managing Director exceeded his authority in deciding not to renew her contract and, secondly, that the “core budget” approved by the Conference did not require the abolition of her post. The reliance by the complainant on these provisions of the MOU was acknowledged and described by the Tribunal in paragraph 4 of its Judgment (p. 10). The Fund further argues that the Tribunal lacked jurisdiction to entertain these submissions, which did not contain allegations of non-observance of IFAD staff regulations and rules, and erred by nonetheless proceeding to adjudicate the complainant’s claims on this basis.

85. The Fund also contends that the Tribunal was not competent to entertain the complainant’s arguments as derived from the MOU, the UNCCD or the COP’s decisions, as these are outside the scope of Article II, paragraph 5, of the Tribunal’s Statute. According to the Fund, the Tribunal, in reaching its conclusions, examined the internal decision-making process established by the Convention, even though neither the COP nor any other organ or agent of the Convention is subject to the Tribunal’s jurisdiction. Thus, for the Fund, the Tribunal treated the dispute as one concerning the interpretation and application of the MOU and the COP’s decisions, instead of as a dispute concerning the interpretation and application of the staff regulations and rules of the defendant Organization. In IFAD’s view, given that the Tribunal chose this treatment, it was not justified in confirming its jurisdiction and therefore its decision is invalid.

86. Ms Saez García asserts that the large number of jurisdictional questions raised by the Fund in its request for an advisory opinion suggest that it is indeed going beyond the rulings on jurisdiction made by the Tribunal, to question either the manner in which the Tribunal has exercised its jurisdiction or the breadth of its considerations in hearing the complaint.

87. The Court reiterates that the decision impugned before the Administrative Tribunal was that of the President of IFAD contained in a memorandum to Ms Saez García dated 4 April 2008 in which he rejected the recommendations of the JAB to reinstate Ms Saez García. The JAB unanimously found that:

“the Managing Director’s decision not to renew the Appellant’s fixed-term contract was beyond his authority and contrary to the rules and spirit of the HRP. In addition, no evidence was presented or found to support the Respondent’s claim that the decision was made in consultation with IFAD’s Management, specifically the President who is ultimately responsible for the GM.” (JAB, Recommendations, para. 31.)

In the notice of non-renewal of Ms Saez García’s contract dated 15 December 2005, the Managing Director of the Global Mechanism informed her that due to the decrease in the core budget of the Global Mechanism, it was decided to abolish the post of Programme Manager for the Global Mechanism’s regional desk for Latin America and the Caribbean, which she had hitherto occupied. Ms Saez García challenged, among other things, the decision of the Managing Director, in her complaint to the Tribunal, and alleged that it was tainted with abuse of authority and that he was not entitled to determine the Global Mechanism’s programme of work independently of the COP and of the President of IFAD. The Fund objected to the Tribunal’s competence to examine these allegations since they would involve the examination by the Tribunal of the decision-making process of the Global Mechanism for which it had no jurisdiction. The Tribunal rejected these objections on the ground that “decisions of the Managing Director relating to [staff in the Global Mechanism] are, in law, decisions of the Fund”.

88. The Court cannot agree with the arguments of the Fund that the Tribunal did not have competence to examine the decision of the Managing Director of the Global Mechanism. First, the Managing Director of the Global Mechanism was a staff member of the Fund when the decision of non-renewal of Ms Saez García’s contract was taken. The letter of appointment of the Managing Director of the Global Mechanism, which was signed by the President of the Fund on 13 January 2005, provides that the Managing Director was offered “a fixed-term appointment for a period of two years with the International Fund for Agricultural Development (IFAD)”. In this capacity he was to be “directly responsible to the President of IFAD”. His appointment was “governed by the general provisions of the IFAD Personnel Policies Manual . . . together with the provisions of the Human Resources Handbook”. The Managing Director was appointed at the D-2 level and provided with a copy of IFAD’s Information Circular IC/PE/03/11, which described the various components of salaries, allowances and other benefits “to which IFAD staff members in the professional category and above are entitled”. In addition, the Managing Director was required to participate in the Fund’s medical insurance schemes. Moreover, the report of the JAB concerning the appeal of Ms Saez García, while showing the Managing Director as the respondent, indicates that he acted as such on behalf of IFAD, following designation by the IFAD President. Thus, the record before the Court clearly indicates that the Managing Director of the Global Mechanism, in his capacity as an IFAD official, acted on behalf of IFAD at the time the decision was taken not to renew the fixed-term contract of Ms Saez García.

89. Secondly, the allegation by Ms Saez García in her complaint to the Tribunal, according to which the non-renewal of her appointment was not based on valid reasons, or that it suffered from other substantive or procedural flaws, falls within the category of allegations of non-observance of the “terms of appointment of an official” as specified in Article II, paragraph 5, of the Statute of the Tribunal. As was emphasized by the Court in its 1956 Advisory Opinion:

“there is a relationship, a legal relationship, between the renewal and the original appointment and, consequently, between the renewal and the legal position of an official at the moment when his claim to renewal is granted or denied . . . Thus the complainant, in claiming to possess a right to renewal of his contract and in claiming that that right had been infringed, was placing himself on the ground of non-observance of the terms of appointment.” (*I.C.J. Reports 1956*, p. 94.)

90. Thirdly, the letters of appointment and renewal of contract of Ms Saez García clearly stipulate that her appointment was made in accordance with the general provisions of the PPM and any amendments thereto, as well as such administrative instructions as may be issued from time to time regarding the application of the Manual. The non-observance of the provisions of these instruments, or those adopted subsequently to replace them (see paragraph 49 above), could be impugned before the Tribunal in accordance with Article II, paragraph 5, of its Statute. In this connection, the Court observes that Ms Saez García alleged violations of the HRPM before the Tribunal, notably violations of Sections 1.21.1 and 11.3.9 (*b*) (Judgment No. 2867, p. 4, para. B). Moreover, the fact that the President of IFAD stated, in his memorandum rejecting the JAB recommendations, that the non-renewal of her contract “was in accordance with the Human Resources Procedures Manual (HRPM), section 1.21.1” is further evidence of the link between her complaint to the Tribunal and the staff regulations and rules of the Fund.

91. The Court, therefore, concludes that Ms Saez García’s complaint to the ILOAT, following the decision of the Fund not to renew her contract, falls within the scope of allegations of non-observance of her terms of appointment and of the provisions of the staff regulations and rules of the Fund, as prescribed by Article II, paragraph 5, of the Statute of the Tribunal. Consequently, the Court is of the view that the Tribunal was competent *ratione materiae* to consider the complaint brought before it by Ms Saez García in respect of the non-renewal of her contract by IFAD.

92. With regard to the Fund’s contention that the Tribunal lacked jurisdiction to examine the provisions of the MOU and the decision-making process of the COP in reaching its key decisions, as those matters are outside the scope of Article II, paragraph 5, of its Statute, the Court notes that the Tribunal first examined the MOU, as a preliminary question regarding its jurisdiction in the context of the arguments of the parties, and in connection with the extent to which it could legally review the decision of the Managing Director of the Global Mechanism. In this context, the Tribunal stated that the arguments of the Parties “[went] to the powers and jurisdiction of the Tribunal and, on that account, must be dealt with even though raised for the first time in [the] proceedings [before the Tribunal]” (Judgment No. 2867, p. 9, para. 1). The Tribunal then analysed various provisions of the MOU, in particular paragraphs 4 and 6 of Section III A, which deal with the accountability of the Global Mechanism and its Managing Director to the COP.

93. The Court accepts that these matters are not directly related to the provisions of the staff regulations and rules of IFAD, the alleged non-observance of which confers jurisdiction on the Tribunal to hear complaints from the Fund's staff members. The Court, however, recognizes their relevance for the Tribunal's determination of its own jurisdiction in a case in which the complainant's status as a staff member of the Fund was contested by the Fund itself on the basis of the arrangements made between the COP and IFAD. In this context, the Court recalls that the Fund, in its written submissions to the Tribunal in response to the complaint filed by Ms Saez García, contended that the Fund and the Global Mechanism were separate legal entities, and that the acts of the Global Mechanism or those of its Managing Director were not attributable to IFAD. Moreover, the Fund challenged the competence of the Tribunal to review alleged flaws in the decision-making of the Global Mechanism and its Managing Director, since neither the COP nor the Global Mechanism had accepted the jurisdiction of the ILOAT. In these circumstances, the Court is of the opinion that the Tribunal could not avoid determining whether it had jurisdiction to hear the complaint, and examining the legal arrangements governing the relationship between the Global Mechanism and the Fund, as well as the status and accountability of the Managing Director of the Global Mechanism.

94. In light of the above, it is not necessary for the Court to give detailed consideration to the arguments put forward by the Fund, in its submissions to the Tribunal and to the Court, that the Tribunal lacked jurisdiction to entertain the complaint because the Fund and the Global Mechanism were separate legal entities, and the latter had never accepted the jurisdiction of the Tribunal. Even if, contrary to the observation that the Court has made in paragraph 61 above, the Global Mechanism did have a separate legal personality and the capacity to conclude contracts, the conclusions arrived at above would still be warranted, essentially on the basis of the contractual documents examined and the provisions of the IFAD staff regulations and rules.

95. The Court, therefore, finds, in response to the first question put to it by IFAD, that the ILOAT was competent to hear the complaint introduced against IFAD, in accordance with Article II of its Statute, in view of the fact that Ms Saez García was a staff member of the Fund, and her appointment was governed by the provisions of the staff regulations and rules of the Fund.

*

B. *Response to Questions II to VIII*

96. The Court, having decided to give an affirmative answer to the first question, and having concluded that the Tribunal was justified in confirming its jurisdiction, is of the view that its answer to the first question put to it by the Fund covers also all the issues on jurisdiction raised by the Fund in Questions II to VIII of its request for an advisory opinion from the Court. In addition to the issues of jurisdiction, two sets of other issues are raised in these questions. First, Questions II to VIII are framed in such a manner as to seek the opinion of the Court on the reasoning underlying the conclusions reached by the Tribunal either on its jurisdiction or on the merits of the complaint brought before it. Secondly, they contain references to the possible existence

of a fundamental fault in the procedure followed by the Tribunal. The Court will briefly address these two sets of issues.

97. The Court reiterates that, under the terms of Article XII of the Annex to the Statute of the ILOAT, a request for an advisory opinion seeking review of a judgment of the Tribunal is limited to cases where a decision of the Tribunal confirming its jurisdiction is challenged or where a fundamental fault in the procedure is alleged (see paragraph 29 above). The Court has already addressed the IFAD Executive Board's challenge to the decision of the Tribunal confirming its jurisdiction. Not having a power of review with regard to the reasoning of the Tribunal or the merits of its judgments under Article XII of the Annex to the Statute of the ILOAT, the Court cannot give its opinion on those matters. As the Court observed in its 1956 Advisory Opinion, "the reasons given by the Tribunal for its decision on the merits, after it confirmed its jurisdiction, cannot properly form the basis of a challenge to the jurisdiction of the Tribunal" (*I.C.J. Reports 1956*, p. 99).

98. Regarding the "fundamental fault in the procedure followed", the Court recalls that this concept was explained by the Court in its Advisory Opinion of 1973 on the *Application for Review of Judgement No. 158 of the United Nations Administrative Tribunal* as set out in paragraphs 30 to 31 above.

Questions II to VIII of IFAD do not identify any fundamental fault in the procedure which may have been committed by the Tribunal in its consideration of the complaint against the Fund. Neither the information made available to the Court by the Fund, nor an analysis of the judgment of the Tribunal, demonstrate a fundamental fault in its procedure. Thus, in the view of the Court, these questions constitute either a repetition of the question on jurisdiction, which the Court has already answered, or have an object which concerns wider issues falling outside the scope of Article XII of the Annex to the Statute of the ILOAT which was invoked by the Fund as the basis of its request for an advisory opinion.

*

C. *Response to Question IX*

99. Question IX put by the IFAD Executive Board in its request for an advisory opinion is formulated as follows: "What is the validity of the decision given by the ILOAT in its Judgment No. 2867?"

The Court, having answered in the affirmative the first question of IFAD, and having therefore decided that the Tribunal was entirely justified in confirming its jurisdiction, and not having found any fundamental fault in the procedure committed by the Tribunal, finds that the decision given by the ILOAT in its Judgment No. 2867 is valid.

100. For these reasons,
THE COURT,

- (1) Unanimously,
Finds that it has jurisdiction to give the advisory opinion requested;
- (2) Unanimously,
Decides to comply with the request for an advisory opinion;
- (3) *Is of the opinion:*
 - (a) with regard to Question I,
Unanimously,
That the Administrative Tribunal of the International Labour Organization was competent, under Article II of its Statute, to hear the complaint introduced against the International Fund for Agricultural Development on 8 July 2008 by Ms Ana Teresa Saez García;
 - (b) with regard to Questions II to VIII,
Unanimously,
That these questions do not require further answers from the Court;
 - (c) with regard to Question IX,
Unanimously,
That the decision given by the Administrative Tribunal of the International Labour Organization in its Judgment No. 2867 is valid.

Riparazione dei danni recati a cittadini dello Stato leso - Norme internazionali consuetudinarie in materia di risarcimento del danno - Danni materiali ed immateriali - Spese processuali.

Come è stato osservato dalla Corte permanente di giustizia internazionale nella sentenza resa nel caso della fabbrica a Chorzów, « è un principio di diritto internazionale quello in forza del quale la riparazione di un illecito può consistere in un indennizzo corrispondente al danno che i cittadini dello Stato leso hanno subito in conseguenza del fatto contrario all'obbligo internazionale ». Nell'affrontare la questione del risarcimento dovuto per l'illecita detenzione ed espulsione di un cittadino della Guinea dalla Repubblica democratica del Congo, la Corte terrà conto della prassi di altre corti, tribunali e commissioni internazionali che hanno fatto applicazione di principi generali in materia di risarcimento per determinarne l'ammontare, ivi inclusa la prassi relativa a danni derivanti da illecita detenzione ed espulsione.

In relazione a ciascun danno allegato dallo Stato attore, la Corte accerterà se il danno si è verificato e se, e in quale misura, tale danno sia una conseguenza della condotta illecita dello Stato convenuto, tenendo conto dell'effettiva esistenza di un nesso causale sufficientemente certo e diretto tra l'illecito e il danno subito dall'attore. Se l'esistenza del danno e del nesso causale è accertata, la Corte procederà ad una sua valutazione.

La regola generale è che spetta allo Stato che allega un fatto provarne l'esistenza ma in casi come quello di specie questa regola deve essere

applicata in modo flessibile, tenendo conto, in particolare, del fatto che lo Stato convenuto può trovarsi in una posizione più vantaggiosa nel provare certi fatti.

Per « danni immateriali » o « danni psicologici e morali » si intendono i danni diversi da quelli materiali subiti dall'ente o dall'individuo che è stato leso dall'illecito commesso dallo Stato. I danni immateriali suscettibili di essere riconosciuti dal diritto internazionale possono assumere forme diverse. Nel caso di specie, la condotta illecita della Repubblica democratica del Congo è stata per l'individuo leso una fonte significativa di sofferenza psicologica e di perdita di reputazione. L'esistenza di un danno immateriale può essere accertata anche senza bisogno di prove particolari e può essere considerata come una conseguenza inevitabile del tipo di illecito che è stato commesso dallo Stato. Possono ricorrere circostanze che aggravano il danno immateriale causato ad un individuo, come, nel caso di specie, il contesto nel quale ha avuto luogo l'illecita detenzione ed espulsione dell'individuo leso. La quantificazione del risarcimento per danni immateriali si fonda necessariamente su considerazioni di equità, come si ricava anche da un esame della prassi di tribunali, corti o commissioni internazionali.

Sebbene lo Stato attore non abbia fornito prove complete circa i danni materiali derivanti dalla perdita di beni di proprietà personale dell'individuo leso, l'esistenza di tali danni può essere ricavata dal fatto che tale individuo ha vissuto e lavorato nel territorio dello Stato autore dell'illecito per più di 30 anni, nel corso dei quali ha sicuramente accumulato beni personali. Date le circostanze, la Corte ritiene appropriato accordare un risarcimento che sarà calcolato sulla base di considerazioni di equità.

Come è attestato dalla prassi internazionale, in generale, quando è investita di una domanda di risarcimento, la Corte può conoscere di una pretesa concernente le perdite subite per mancata remunerazione a seguito di illecita detenzione. Con riguardo a tale pretesa, si può procedere ad una stima se il montante complessivo delle perdite subite non può essere calcolato con precisione. Se l'allocazione di indennizzi a titolo di risarcimento per la perdita di guadagni futuri comporta inevitabilmente un certo grado di incertezza, una pretesa in proposito non può essere fondata su pure speculazioni.

La Corte non può pronunciarsi sulla pretesa dello Stato attore ad ottenere un indennizzo a titolo di risarcimento per la perdita di valore delle società possedute dall'individuo leso, dal momento che, in una precedente pronuncia resa, la Corte ha ritenuto irricevibile la pretesa dello Stato attore relativa ai danni causati alle società in questione.

Sebbene non vi siano motivi per ritenere che il pagamento della somma indicata a titolo di risarcimento non sarà effettuato nei tempi indicati, la Corte, conformemente alla prassi seguita da altri tribunali e corti internazionali, provvede a fissare gli interessi moratori che dovranno essere pagati in caso di ritardato pagamento. Il tasso di questi interessi è calcolato tenendo conto dei tassi in vigore sui mercati finanziari internazionali e dell'importanza attribuita alla pronta esecuzione della sentenza.

La somma accordata a titolo di risarcimento allo Stato attore, il quale agisce in protezione diplomatica dell'individuo leso, è destinata a riparare i danni subiti da tale individuo.

L'art. 64 dello Statuto, nello stabilire che, « a meno che la Corte non decida altrimenti, ciascuna parte si accolla le proprie spese processuali », implica che vi possono essere circostanze in presenza delle quali la Corte può considerare appropriato mettere le spese a carico di una delle parti, ma nessuna sussiste nel caso di specie.

CORTE INTERNAZIONALE DI GIUSTIZIA, 19 giugno 2012 - Pres. TOMKA; vice-pres. SEPÚLVEDA-AMOR; giudici OWADA, ABRAHAM, KEITH, BENNOUNA, SKOTNIKOV, CAÑADO TRINDADE, YUSUF, GREENWOOD, XUE, DONOGHUE, GAJA, SEBUTINDE; giudici *ad hoc* MAHIOU, MAMPUYA - Sentenza relativa al risarcimento dovuto dalla Repubblica democratica del Congo alla Guinea nell'affare *Ahmadou Sadio Diallo (Guinea c. Repubblica democratica del Congo)* (1).

1. On 28 December 1998, the Government of the Republic of Guinea (hereinafter "Guinea") filed in the Registry of the Court an Application instituting proceedings against the Democratic Republic of the Congo (hereinafter the "DRC", named Zaire between 1971 and 1997) in respect of a dispute concerning "serious violations of international law" alleged to have been committed upon the person of Mr. Ahmadou Sadio Diallo, a Guinean national.

In the Application, Guinea maintained that:

"Mr. Ahmadou Sadio Diallo, a businessman of Guinean nationality, was unjustly imprisoned by the authorities of the Democratic Republic of the Congo, after being resident in that State for thirty-two (32) years, despoiled of his sizable investments, businesses, movable and immovable property and bank accounts, and then expelled."

Guinea added: "[t]his expulsion came at a time when Mr. Ahmadou Sadio Diallo was pursuing recovery of substantial debts owed to his businesses [Africom-Zaire and Africontainers-Zaire] by the [Congolese] State and by oil companies established in its

(1) La sentenza è accompagnata dalle dichiarazioni dei giudici Yusuf e Greenwood, dalla opinione separata del giudice Cañado Trindade, e dalle opinioni separate dei giudici *ad hoc* Mahiou e Mampuya.

territory and of which the State is a shareholder”. According to Guinea, Mr. Diallo’s arrests, detentions and expulsion constituted, *inter alia*, violations of

“the principle that aliens should be treated in accordance with ‘a minimum standard of civilization’, [of] the obligation to respect the freedom and property of aliens, [and of] the right of aliens accused of an offence to a fair trial on adversarial principles by an impartial court”.

To found the jurisdiction of the Court, Guinea invoked in the Application the declarations whereby the two States have recognized the compulsory jurisdiction of the Court under Article 36, paragraph 2, of the Statute of the Court.

2. On 3 October 2002, the DRC raised preliminary objections in respect of the admissibility of Guinea’s Application. In its Judgment of 24 May 2007 on these preliminary objections, the Court declared the Application of the Republic of Guinea to be admissible “in so far as it concerns protection of Mr. Diallo’s rights as an individual” and “in so far as it concerns protection of [his] direct rights as *associé* in Africom-Zaire and Africontainers-Zaire”. However, the Court declared the Application of the Republic of Guinea to be inadmissible “in so far as it concerns protection of Mr. Diallo in respect of alleged violations of rights of Africom-Zaire and Africontainers-Zaire” (*Ahmadou Sadio Diallo (Republic of Guinea v. Democratic Republic of the Congo), Preliminary Objections, Judgment, I.C.J. Reports 2007 (II)*, pp. 617-618, para. 98, subparas. 3 (a), (b), and (c) of the operative part).

3. In its Judgment of 30 November 2010 on the merits, the Court found that, in respect of the circumstances in which Mr. Diallo had been expelled on 31 January 1996, the DRC had violated Article 13 of the International Covenant on Civil and Political Rights (hereinafter the “Covenant”) and Article 12, paragraph 4, of the African Charter on Human and Peoples’ Rights (hereinafter the “African Charter”) (*Ahmadou Sadio Diallo (Republic of Guinea v. Democratic Republic of the Congo), Merits, Judgment, I.C.J. Reports 2010 (II)*, p. 692, para. 165, subpara. (2) of the operative part). The Court also found that, in respect of the circumstances in which Mr. Diallo had been arrested and detained in 1995-1996 with a view to his expulsion, the DRC had violated Article 9, paragraphs 1 and 2, of the Covenant and Article 6 of the African Charter (*ibid.*, p. 692, para. 165, subpara. (3) of the operative part).

4. The Court further decided that “the Democratic Republic of the Congo [was] under obligation to make appropriate reparation, in the form of compensation, to the Republic of Guinea for the injurious consequences of the violations of international obligations referred to in subparagraphs (2) and (3) [of the operative part]” (*ibid.*, p. 693, para. 165, subpara. (7) of the operative part), namely the unlawful arrests, detentions and expulsion of Mr. Diallo.

5. In addition, the Court found that the DRC had violated Mr. Diallo’s rights under Article 36, paragraph 1 (b), of the Vienna Convention on Consular Relations (*ibid.*, p. 692, para. 165, subpara. (4) of the operative part). It did not however order the DRC to pay compensation for this violation (*ibid.*, p. 693, para. 165, subpara. (7) of the operative part).

6. In the same Judgment, the Court rejected all other submissions by Guinea relating to the arrests and detentions of Mr. Diallo, including the contention that he

was subjected to treatment prohibited by Article 10, paragraph 1, of the Covenant during his detentions (*ibid.*, p. 693, para. 165, subpara. (5) of the operative part). Furthermore, the Court found that the DRC had not violated Mr. Diallo's direct rights as an *associé* in the companies Africom-Zaire and Africontainers-Zaire (*ibid.*, p. 693, para. 165, subpara. (6) of the operative part).

7. Finally, the Court decided, with respect to the question of compensation owed by the DRC to Guinea, that "failing agreement between the Parties on this matter within six months from the date of [the said] Judgment, [this] question . . . shall be settled by the Court" (*ibid.*, p. 693, para. 165, subpara. (8) of the operative part). Considering itself to have been "sufficiently informed of the facts of the . . . case", the Court found that "a single exchange of written pleadings by the Parties would then be sufficient in order for it to decide on the amount of compensation" (*Ahmadou Sadio Diallo (Republic of Guinea v. Democratic Republic of the Congo), Merits, Judgment, I.C.J. Reports 2010 (II)*, p. 692, para. 164).

8. The time-limit of six months thus fixed by the Court having expired on 30 May 2011 without an agreement being reached between the Parties on the question of compensation due to Guinea, the President of the Court held a meeting with the representatives of the Parties on 14 September 2011 in order to ascertain their views on the time-limits to be fixed for the filing of the two pleadings envisaged by the Court.

9. By an Order of 20 September 2011, the Court fixed 6 December 2011 and 21 February 2012 as the respective time-limits for the filing of the Memorial of Guinea and the Counter-Memorial of the DRC on the question of compensation due to Guinea. The Memorial and the Counter-Memorial were duly filed within the time-limits thus prescribed.

10. In the written proceedings relating to compensation, the following submissions were presented by the Parties:

On behalf of the Government of Guinea,
in the Memorial:

"In compensation for the damage suffered by Mr. Ahmadou Sadio Diallo as a result of his arbitrary detentions and expulsion, the Republic of Guinea begs the Court to order the Democratic Republic of the Congo to pay it (on behalf of its national) the following sums:

— US\$250,000 for mental and moral damage, including injury to his reputation;

— US\$6,430,148 for loss of earnings during his detention and following his expulsion;

— US\$550,000 for other material damage; and

— US\$4,360,000 for loss of potential earnings;

amounting to a total of eleven million five hundred and ninety thousand one hundred and forty-eight American dollars (US\$11,590,148), not including statutory default interest.

Furthermore, as a result of having been forced to institute the present proceedings, the Guinean State has incurred unrecoverable costs which it should not, in equity, be required to bear and which are assessed at

US\$500,000. The Republic of Guinea also begs the Court to order the DRC to pay it that sum.

The Democratic Republic of the Congo should also be ordered to pay all the costs.”

On behalf of the Government of the DRC,
in the Counter-Memorial:

“Having regard to all of the arguments of fact and law set out above, the Democratic Republic of the Congo asks the Court to adjudge and declare that:

(1) compensation in an amount of US\$30,000 is due to Guinea to make good the non-pecuniary injury suffered by Mr. Diallo as a result of his wrongful detentions and expulsion in 1995-1996;

(2) no default interest is due on the amount of compensation as fixed above;

(3) the DRC shall have a time-limit of six months from the date of the Court’s judgment in which to pay to Guinea the above amount of compensation;

(4) no compensation is due in respect of the other material damage claimed by Guinea;

(5) each Party shall bear its own costs of the proceedings, including costs and fees of its counsel, advocates, advisers, assistants and others.”

I. INTRODUCTORY OBSERVATIONS

11. It falls to the Court at this stage of the proceedings to determine the amount of compensation to be awarded to Guinea as a consequence of the unlawful arrests, detentions and expulsion of Mr. Diallo by the DRC, pursuant to the findings of the Court set out in its Judgment of 30 November 2010 and recalled above. In that Judgment, the Court indicated that the amount of compensation was to be based on “the injury flowing from the wrongful detentions and expulsion of Mr. Diallo in 1995-96, including the resulting loss of his personal belongings” (*I.C.J. Reports 2010 (II)*, p. 691, para. 163).

12. The Court begins by recalling certain of the facts on which it based its Judgment of 30 November 2010. Mr. Diallo was continuously detained for 66 days, from 5 November 1995 until 10 January 1996 (*ibid.*, p. 662, para. 59), and was detained for a second time between 25 and 31 January 1996 (*ibid.*, p. 662, para. 60), that is, for a total of 72 days. The Court also observed that Guinea failed to demonstrate that Mr. Diallo was subjected to inhuman or degrading treatment during his detentions (*ibid.*, p. 671, paras. 88-89). In addition, the Court found that Mr. Diallo was expelled by the DRC on 31 January 1996 and that he received notice of his expulsion on the same day (*ibid.*, p. 659, para. 50, and p. 668, para. 78).

13. The Court turns to the question of compensation for the violations of Mr. Diallo’s human rights established in its Judgment of 30 November 2010. It recalls that

it has fixed an amount of compensation once, in the *Corfu Channel case* ((*United Kingdom v. Albania*), *Assessment of Amount of Compensation, Judgment*, I.C.J. Reports 1949, p. 244). In the present case, Guinea is exercising diplomatic protection with respect to one of its nationals, Mr. Diallo, and is seeking compensation for the injury caused to him. As the Permanent Court of International Justice stated in the *Factory of Chorzów case* (*Merits, Judgment No. 13, 1928, P.C.I.J., Series A, No. 17*, pp. 27-28), “[i]t is a principle of international law that the reparation of a wrong may consist in an indemnity corresponding to the damage which the nationals of the injured State have suffered as a result of the act which is contrary to international law”. The Court has taken into account the practice in other international courts, tribunals and commissions (such as the International Tribunal for the Law of the Sea, the European Court of Human Rights (ECHR), the Inter-American Court of Human Rights (IACHR), the Iran-United States Claims Tribunal, the Eritrea-Ethiopia Claims Commission, and the United Nations Compensation Commission), which have applied general principles governing compensation when fixing its amount, including in respect of injury resulting from unlawful detention and expulsion.

14. Guinea seeks compensation under four heads of damage: non-material injury (referred to by Guinea as “mental and moral damage”); and three heads of material damage: alleged loss of personal property; alleged loss of professional remuneration (referred to by Guinea as “loss of earnings”) during Mr. Diallo’s detentions and after his expulsion; and alleged deprivation of “potential earnings”. As to each head of damage, the Court will consider whether an injury is established. It will then “ascertain whether, and to what extent, the injury asserted by the Applicant is the consequence of wrongful conduct by the Respondent”, taking into account “whether there is a sufficiently direct and certain causal nexus between the wrongful act . . . and the injury suffered by the Applicant” (*Application of the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide (Bosnia and Herzegovina v. Serbia and Montenegro)*, *Judgment*, I.C.J. Reports 2007 (I), pp. 233-234, para. 462). If the existence of injury and causation is established, the Court will then determine the valuation.

15. The assessment of compensation owed to Guinea in this case will require the Court to weigh the Parties’ factual contentions. The Court recalled in its Judgment of 30 November 2010 that, as a general rule, it is for the party which alleges a particular fact in support of its claims to prove the existence of that fact (*I.C.J. Reports 2010 (II)*, p. 660, para. 54; see also *Application of the Interim Accord of 13 September 1995 (the former Yugoslav Republic of Macedonia v. Greece)*, Judgment of 5 December 2011, para. 72; *Pulp Mills on the River Uruguay (Argentina v. Uruguay)*, *Judgment*, I.C.J. Reports 2010 (I), p. 71, para. 162). The Court also recognized that this general rule would have to be applied flexibly in this case and, in particular, that the Respondent may be in a better position to establish certain facts (*I.C.J. Reports 2010 (II)*, pp. 660-661, paras. 54-56).

16. In the present stage of the proceedings, the Court once again will be guided by the approach summarized in the preceding paragraph. Thus, the starting point in the Court’s inquiry will be the evidence adduced by Guinea to support its claim under each head of damage, which the Court will assess in light of evidence introduced by the DRC. The Court also recognizes that the abruptness of Mr. Diallo’s expulsion may have diminished the ability of Mr. Diallo and Guinea to locate certain documents, calling for some flexibility by the Court in considering the record before it.

17. Before turning to the various heads of damage, the Court also recalls that the scope of the present proceedings is determined in important respects by the Court's Judgments of 24 May 2007 and of 30 November 2010. Having declared Guinea's Application inadmissible as to alleged violations of the rights of Africom-Zaire and Africontainers-Zaire (*I.C.J. Reports 2007 (II)*, p. 616, para. 94), the Court will not take account of any claim for injury sustained by the two companies, rather than by Mr. Diallo himself. Moreover, the Court will award no compensation in respect of Guinea's claim that the DRC violated Mr. Diallo's direct rights as an *associé* in Africom-Zaire and Africontainers-Zaire, because the Court found that there was no such violation in its Judgment of 30 November 2010 (*I.C.J. Reports 2010 (II)*, p. 690, para. 157, and pp. 690-691, para. 159). The Court's inquiry will be limited to the injury resulting from the breach of Mr. Diallo's rights as an individual, that is, "the injury flowing from the wrongful detentions and expulsion of Mr. Diallo in 1995-96, including the resulting loss of his personal belongings" (*ibid.*, p. 691, para. 163).

II. HEADS OF DAMAGE IN RESPECT OF WHICH COMPENSATION IS REQUESTED

A. *Claim for compensation for non-material injury suffered by Mr. Diallo*

18. "Mental and moral damage", referred to by Guinea, or "non-pecuniary injury", referred to by the DRC, covers harm other than material injury which is suffered by an injured entity or individual. Non-material injury to a person which is cognizable under international law may take various forms. For instance, the umpire in the *Lusitania* cases before the Mixed Claims Commission (United States/Germany) mentioned "mental suffering, injury to [a claimant's] feelings, humiliation, shame, degradation, loss of social position or injury to his credit or to his reputation" (Opinion in the *Lusitania* Cases, 1 November 1923, United Nations, *Reports of International Arbitral Awards (RIAA)*, Vol. VII, p. 40). The Inter-American Court of Human Rights observed in *Gutiérrez-Soler v. Colombia* that "[n]on pecuniary damage may include distress, suffering, tampering with the victim's core values, and changes of a non pecuniary nature in the person's everyday life" (Judgment of 12 September 2005 (Merits, Reparations and Costs), IACHR, Series C, No. 132, para. 82).

19. In the present case, Guinea contends that

"Mr. Diallo suffered moral and mental harm, including emotional pain, suffering and shock, as well as the loss of his position in society and injury to his reputation as a result of his arrests, detentions and expulsion by the DRC."

No specific evidence regarding this head of damage is submitted by Guinea.

20. The DRC, for its part, does not contest the fact that Mr. Diallo suffered "non-pecuniary injury". However, the DRC requests the Court to

"take into account the specific circumstances of this case, the brevity of the detention complained of, the absence of any mistreatment of Mr. Diallo, [and] the fact that Mr. Diallo was expelled to his country of origin, with which he had been able to maintain ongoing and high-level contacts throughout his lengthy stay in the Congo".

*

21. In the view of the Court, non-material injury can be established even without specific evidence. In the case of Mr. Diallo, the fact that he suffered non-material injury is an inevitable consequence of the wrongful acts of the DRC already ascertained by the Court. In its Judgment on the merits, the Court found that Mr. Diallo had been arrested without being informed of the reasons for his arrest and without being given the possibility to seek a remedy (*I.C.J. Reports 2010 (II)*, p. 666, para. 74, and p. 670, para. 84); that he was detained for an unjustifiably long period pending expulsion (*ibid.*, pp. 668-669, para. 79); that he was made the object of accusations that were not substantiated (*ibid.*, p. 669, para. 82); and that he was wrongfully expelled from the country where he had resided for 32 years and where he had engaged in significant business activities (*ibid.*, pp. 666-667, paras. 73 and 74). Thus, it is reasonable to conclude that the DRC's wrongful conduct caused Mr. Diallo significant psychological suffering and loss of reputation.

22. The Court has taken into account the number of days for which Mr. Diallo was detained and its earlier conclusion that it had not been demonstrated that Mr. Diallo was mistreated in violation of Article 10, paragraph 1, of the Covenant (*ibid.*, p. 671, para. 89).

23. The circumstances of the case point to the existence of certain factors which aggravate Mr. Diallo's non-material injury. One is the context in which the wrongful detentions and expulsion occurred. As the Court noted in its Judgment on the merits,

“it is difficult not to discern a link between Mr. Diallo's expulsion and the fact that he had attempted to recover debts which he believed were owed to his companies by, amongst others, the Zairean State or companies in which the State holds a substantial portion of the capital” (*I.C.J. Reports 2010 (II)*, p. 669, para. 82).

In addition, Mr. Diallo's

“arrest and detention aimed at allowing such an expulsion measure, one without any defensible basis, to be effected can only be characterized as arbitrary within the meaning of Article 9, paragraph 1, of the Covenant and Article 6 of the African Charter” (*ibid.*).

24. Quantification of compensation for non-material injury necessarily rests on equitable considerations. As the umpire noted in the *Lusitania* cases, non-material injuries “are very real, and the mere fact that they are difficult to measure or estimate by money standards makes them none the less real and affords no reason why the injured person should not be compensated therefore as compensatory damages” (*RIAA*, Vol. VII, p. 40). When considering compensation for material or non-material injury caused by violations of the Covenant or the African Charter, respectively, the Human Rights Committee and the African Commission on Human and Peoples' Rights recommended “adequate compensation” without specifying the sum to be paid (see, for example, *A. v. Australia*, HRC, 3 April 1997, communication No. 560/1993, United Nations doc. CCPR/C/59/D/560/1993, para. 11; *Kenneth Good v. Republic of Botswana*, ACHPR, 26 May 2010, communication No. 313/05, 28th Activity Report, Ann. IV, p. 110, para. 244). Arbitral tribunals and regional human rights courts have been

more specific, given the power to assess compensation granted by their respective constitutive instruments. Equitable considerations have guided their quantification of compensation for non-material harm. For instance, in *Al-Jedda v. the United Kingdom*, the Grand Chamber of the European Court of Human Rights stated that, for determining damage,

“[i]ts guiding principle is equity, which above all involves flexibility and an objective consideration of what is just, fair and reasonable in all the circumstances of the case, including not only the position of the applicant but the overall context in which the breach occurred” (Application No. 27021/08, Judgment of 7 July 2011, *ECHR Reports* 2011, para. 114).

Similarly, the Inter-American Court of Human Rights has said that the payment of a sum of money as compensation for non-pecuniary damages may be determined by that court “in reasonable exercise of its judicial authority and on the basis of equity” (*Cantoral Benavides v. Peru*, Judgment of 3 December 2001 (Reparations and Costs), IACHR, Series C, No. 88, para. 53).

*

25. With regard to the non-material injury suffered by Mr. Diallo, the circumstances outlined in paragraphs 21 to 23 lead the Court to consider that the amount of US\$85,000 would provide appropriate compensation. The sum is expressed in the currency to which both Parties referred in their written pleadings on compensation.

B. *Claim for compensation for material injury suffered by Mr. Diallo*

26. As previously noted (see paragraph 14), Guinea claims compensation for three heads of material damage. The Court will begin by addressing Guinea’s claim relating to the loss of Mr. Diallo’s personal property; it will then consider Guinea’s claims concerning loss of professional remuneration during Mr. Diallo’s unlawful detentions and following his unlawful expulsion from the DRC; and, finally, it will turn to Guinea’s claim in respect of “potential earnings”.

1. *Alleged loss of Mr. Diallo’s personal property (including assets in bank accounts)*

27. Guinea claims that Mr. Diallo’s abrupt expulsion prevented him from making arrangements for the transfer or disposal of personal property that was in his apartment and also caused the loss of certain assets in bank accounts. Guinea refers to an inventory of items in Mr. Diallo’s apartment that was prepared 12 days after he was expelled, claiming that the inventory understated his personal property because it failed to include a number of high-value items that were in the apartment. It states that all of these assets have been irretrievably lost and estimates the value of lost tangible and intangible assets (including bank accounts) at US\$550,000.

28. The DRC contends that Guinea was responsible for having produced the inventory in question as evidence before the Court, only later to declare it incomplete. Citing Guinea’s role in preparing the inventory, the DRC characterizes that inventory as “credible” and “serious”, and contends that Guinea cannot now claim that Mr.

Diallo owned additional assets not reflected in it. The DRC further asserts that it cannot be held responsible for the alleged loss of any property that was in the apartment because the DRC did not order Mr. Diallo's eviction from the apartment and because Mr. Diallo's personal property was under the control of officials from the Guinean embassy and of Mr. Diallo's friends and relatives. Further, the DRC states that Guinea has provided no evidence regarding bank assets.

*

29. The Court here addresses Guinea's claim for the loss of Mr. Diallo's personal property, without taking into account property of the two companies (to which Guinea also refers), given the Court's prior decision that Guinea's claims relating to the companies were inadmissible (see paragraph 17 above). The personal property at issue in Guinea's claim may be divided into three categories: furnishings of Mr. Diallo's apartment that appear on the above-referenced inventory; certain high-value items alleged to have been in Mr. Diallo's apartment, which are not specified on that inventory; and assets in bank accounts.

30. As to personal property that was located in Mr. Diallo's apartment, it appears that the inventory of the property in Mr. Diallo's apartment, which both Parties have submitted to the Court, was prepared approximately 12 days after Mr. Diallo's expulsion from the DRC. While Guinea complains about omissions from the inventory (the high-value items discussed below), both Parties appear to accept that the items that are listed on the inventory were in the apartment at the time the inventory was prepared.

31. There is, however, uncertainty about what happened to the property listed on the inventory. Guinea does not point to any evidence that Mr. Diallo attempted to transport or to dispose of the property in the apartment, and there is no evidence before the Court that the DRC barred him from doing so. The DRC states that it did not take possession of the apartment and that it did not evict Mr. Diallo from the apartment. Mr. Diallo himself stated in 2008 that the company from which the apartment was leased took possession of it soon after his expulsion and that, as a result, he had lost all of his personal effects. Therefore, taken as a whole, Guinea has failed to prove the extent of the loss of Mr. Diallo's personal property listed on the inventory and the extent to which any such loss was caused by the DRC's unlawful conduct.

32. Even assuming that it could be established that the personal property on the inventory was lost and that any such loss was caused by the DRC's unlawful conduct, Guinea offers no evidence regarding the value of the items on the inventory (either with respect to individual items or in the aggregate).

33. Despite the shortcomings in the evidence related to the property listed on the inventory, the Court recalls that Mr. Diallo lived and worked in the territory of the DRC for over thirty years, during which time he surely accumulated personal property. Even assuming that the DRC is correct in its contention that Guinean officials and Mr. Diallo's relatives were in a position to dispose of that personal property after Mr. Diallo's expulsion, the Court considers that, at a minimum, Mr. Diallo would have had to transport his personal property to Guinea or to arrange for its disposition in the

DRC. Thus, the Court is satisfied that the DRC's unlawful conduct caused some material injury to Mr. Diallo with respect to personal property that had been in the apartment in which he lived, although it would not be reasonable to accept the very large sum claimed by Guinea for this head of damage. In such a situation, the Court considers it appropriate to award an amount of compensation based on equitable considerations (see paragraph 36 below). Other courts, including the European Court of Human Rights and the Inter-American Court of Human Rights, have followed this approach where warranted (see, e.g., *Lupsa v. Romania*, Application No. 10337/04, Judgment of 8 June 2006, *ECHR Reports* 2006-VII, paras. 70-72; *Chaparro Álvarez and Lapo Íñiguez v. Ecuador*, Judgment of 21 November 2007 (Preliminary Objections, Merits, Reparations and Costs), IACHR, Series C, No. 170, paras. 240 and 242).

34. The Court next considers Guinea's contention that Mr. Diallo's apartment contained certain high-value items not specified on the inventory described above. Guinea mentions several items in its Memorial (e.g., a diamond-studded watch and two paintings by a renowned artist), but offers few details and provides no evidence to support the assertion that the items were located in Mr. Diallo's apartment at the time of his detentions and expulsion. There is no statement by Mr. Diallo describing these goods. There are no records of purchase, even as to items allegedly purchased from well-known establishments selling high-value luxury items that can be expected to keep records of sales, and which are located outside the territory of the DRC, thus making them accessible to Mr. Diallo. Guinea has put forward no evidence whatsoever that Mr. Diallo owned these items at the time of his expulsion, that they were in his apartment if he did own them, or that they were lost as a result of his treatment by the DRC. For these reasons, the Court rejects Guinea's claims as to the loss of high-value items not specified on the inventory.

35. As to assets alleged to have been contained in bank accounts, Guinea offers no details and no evidence to support its claim. There is no information about the total sum held in bank accounts, the amount of any particular account or the name(s) of the bank(s) in which the account(s) were held. Further, there is no evidence demonstrating that the unlawful detentions and expulsion of Mr. Diallo caused the loss of any assets held in bank accounts. For example, Guinea does not explain why Mr. Diallo could not access any such accounts after leaving the DRC. Thus, it has not been established that Mr. Diallo lost any assets held in his bank accounts in the DRC or that the DRC's unlawful acts caused Mr. Diallo to lose any such financial assets. Accordingly, the Court rejects Guinea's claim as to the loss of bank account assets.

*

36. The Court therefore awards no compensation in respect of the high-value items and bank account assets described in paragraphs 34 and 35 above. However, in view of the Court's conclusions above (see paragraph 33) regarding the personal property of Mr. Diallo and on the basis of equitable considerations, the Court awards the sum of US\$10,000 under this head of damage.

2. *Alleged loss of remuneration during Mr. Diallo's unlawful detentions and following his unlawful expulsion*

37. At the outset, the Court notes that, in its submissions at the conclusion of its Memorial, Guinea claims US\$6,430,148 for Mr. Diallo's loss of earnings during his detentions and following his expulsion. However, Guinea makes reference elsewhere in its Memorial to a sum of US\$80,000 for Mr. Diallo's loss of earnings during his detentions. As presented by Guinea, this claim for US\$80,000, although not reflected as a separate submission, is clearly distinct from its claim for US\$6,430,148 which, in the reasoning of the Memorial, only concerns the alleged "loss of earnings" following Mr. Diallo's expulsion. The Court will interpret Guinea's submissions in light of the reasoning of its Memorial, as it is entitled to do (see, e.g., *Nuclear Tests (Australia v. France)*, Judgment, I.C.J. Reports 1974, p. 262, para. 29; *Nuclear Tests (New Zealand v. France)*, Judgment, I.C.J. Reports 1974, p. 466, para. 30). Therefore, in the present Judgment, it will first consider the claim of US\$80,000 for loss of professional remuneration during Mr. Diallo's detentions (see paragraphs 38-46) and then will examine the claim of US\$6,430,148 for loss of professional remuneration following his expulsion (see paragraphs 47-49).

38. Guinea asserts that, prior to his arrest on 5 November 1995, Mr. Diallo received monthly remuneration of US\$25,000 in his capacity as *gérant* of Africom-Zaire and Africontainers-Zaire. Based on that figure, Guinea estimates that Mr. Diallo suffered a loss totalling US\$80,000 during the 72 days he was detained, an amount that, according to Guinea, takes account of inflation. Guinea states that remuneration from the two companies was Mr. Diallo's "main source of income" and does not ask the Court to award compensation in respect of any other income relating to the period of Mr. Diallo's detentions. Guinea further asserts that Mr. Diallo was unable to carry out his "normal management activities" while in detention and thus to ensure that his companies were being properly run.

39. In response, the DRC contends that Guinea has not produced any documentary evidence to support the claim for loss of remuneration. The DRC also takes the view that Guinea has failed to show that Mr. Diallo's detentions caused a loss of remuneration that he otherwise would have received. In particular, the DRC asserts that Guinea has failed to explain why Mr. Diallo, as the sole *gérant* and *associé* of the two companies, could not have directed that payments be made to him. According to the DRC, no compensation for loss of remuneration during the period of Mr. Diallo's detention is warranted.

*

40. The Court observes that, in general, a claim for income lost as a result of unlawful detention is cognizable as a component of compensation. This approach has been followed, for example, by the European Court of Human Rights (see, e.g., *Teixeira de Castro v. Portugal*, Application No. 44/1997/828/1034, Judgment of 9 June 1998, ECHR Reports 1998-IV, paras. 46-49), by the Inter-American Court of Human Rights (see, e.g., *Suárez-Rosero v. Ecuador*, Judgment of 20 January 1999 (Reparations and Costs), IACHR, Series C, No. 44, para. 60), and by the Governing Council of the United Nations Compensation Commission (see United Nations Compensation Com-

mission Governing Council, *Report and Recommendations Made by the Panel of Commissioners Concerning the Fourteenth Instalment of "E3" Claims*, United Nations doc. S/AC.26/2000/19, 29 September 2000, para. 126). Moreover, if the amount of the lost income cannot be calculated precisely, estimation may be appropriate (see, e.g., *Elci and Others v. Turkey*, Application Nos. 23145/93 and 25091/94, Judgment of 13 November 2003, ECHR, para. 721; *Case of the "Street Children" (Villagrán-Morales et al.) v. Guatemala*, Judgment of 26 May 2001 (Reparations and Costs), IACHR, Series C, No. 77, para. 79). Thus, the Court must first consider whether Guinea has established that Mr. Diallo was receiving remuneration prior to his detentions and that such remuneration was in the amount of US\$25,000 per month.

41. The claim that Mr. Diallo was earning US\$25,000 per month as *gérant* of the two companies is made for the first time in the present phase of the proceedings, devoted to compensation. Guinea offers no evidence to support the claim. There are no bank account or tax records. There are no accounting records of either company showing that it had made such payments. It is plausible, of course, that Mr. Diallo's abrupt expulsion impeded or precluded his access to such records. That said, the absence of any evidence in support of the claim for loss of remuneration at issue here stands in stark contrast to the evidence adduced by Guinea at an earlier stage of this case in support of the claims relating to the two companies, which included various documents from the records of the companies.

42. Moreover, there is evidence suggesting that Mr. Diallo was not receiving US\$25,000 per month in remuneration from the two companies prior to his detentions. First, the evidence regarding Africom-Zaire and Africontainers-Zaire strongly indicates that neither of the companies was conducting business — apart from the attempts to collect debts allegedly owed to each company — during the years immediately prior to Mr. Diallo's detentions. In particular, the record indicates that the operations of Africontainers-Zaire had, even according to Guinea, experienced a serious decline by 1990. In addition, as the Court noted previously, the DRC asserted that Africom-Zaire had ceased all commercial activities by the end of the 1980s and for that reason had been struck from the Trade Register (*I.C.J. Reports 2007 (II)*, p. 593, para. 22; *I.C.J. Reports 2010 (II)*, p. 677, para. 108); this assertion was not challenged by Guinea. It appears that disputes about the amounts payable by various entities to Africom-Zaire and Africontainers-Zaire continued into the 1990s, in some cases even after Mr. Diallo's expulsion in 1996. But there is no evidence of operating activity that would have generated a flow of income during the years just prior to Mr. Diallo's detentions.

43. Secondly, in contrast to Guinea's claim in the present phase of the proceedings devoted to compensation that Mr. Diallo was receiving monthly remuneration of US\$25,000, Guinea told the Court, during the preliminary objections phase, that Mr. Diallo was "already impoverished in 1995". This statement to the Court is consistent with the fact that, on 12 July 1995, Mr. Diallo obtained in the DRC, at his request, a "Certificate of Indigency" declaring him "temporarily destitute" and thus permitting him to avoid payments that would otherwise have been required in order to register a judgment in favour of one of the companies.

44. The Court therefore concludes that Guinea has failed to establish that Mr. Diallo was receiving remuneration from Africom-Zaire and Africontainers-Zaire on a

monthly basis in the period immediately prior to his detentions in 1995-1996 or that such remuneration was at the rate of US\$25,000 per month.

45. Guinea also does not explain to the satisfaction of the Court how Mr. Diallo's detentions caused an interruption in any remuneration that Mr. Diallo might have been receiving in his capacity as *gérant* of the two companies. If the companies were in fact in a position to pay Mr. Diallo as of the time that he was detained, it is reasonable to expect that employees could have continued to make the necessary payments to the *gérant* (their managing director and the owner of the companies). Moreover, as noted above (see paragraph 12), Mr. Diallo was detained from 5 November 1995 to 10 January 1996, then released and then detained again from 25 January 1996 to 31 January 1996. Thus, there was a period of two weeks during which there was an opportunity for Mr. Diallo to make arrangements to receive any remuneration that the companies allegedly had failed to pay him during the initial 66-day period of detention.

*

46. Under these circumstances, Guinea has not proven to the satisfaction of the Court that Mr. Diallo suffered a loss of professional remuneration as a result of his unlawful detentions.

**

47. In addition to the claim for loss of remuneration during his unlawful detentions, Guinea asserts that the unlawful expulsion of Mr. Diallo by the DRC deprived him of the ability to continue receiving remuneration as the *gérant* of Africom-Zaire and Africontainers-Zaire. Based on its claim (described above) that Mr. Diallo received remuneration of US\$25,000 per month prior to his detentions in 1995-1996, Guinea asserts that, during the period that has elapsed since Mr. Diallo's expulsion on 31 January 1996, he has lost additional "professional income" in the amount of US\$4,755,500. Guinea further asserts that this amount should be adjusted upward to account for inflation, such that its estimate of Mr. Diallo's loss of professional remuneration since his expulsion is US\$6,430,148.

48. The DRC reiterates its position regarding the claim for unpaid remuneration from the period of Mr. Diallo's detentions, in particular the lack of evidence to support the claim that Mr. Diallo was receiving remuneration of US\$25,000 per month prior to his detentions and expulsion.

*

49. For the reasons indicated above, the Court has already rejected the claim for loss of professional remuneration during the period of Mr. Diallo's detentions (see paragraphs 38-46). Those reasons also apply with respect to Guinea's claim relating to the period following Mr. Diallo's expulsion. Moreover, Guinea's claim with respect to

Mr. Diallo's post-expulsion remuneration is highly speculative and assumes that Mr. Diallo would have continued to receive US\$25,000 per month had he not been unlawfully expelled. While an award of compensation relating to loss of future earnings inevitably involves some uncertainty, such a claim cannot be purely speculative (cf. *Khamidov v. Russia*, Application No. 72118/01, Judgment of 15 November 2007 (Merits and Just Satisfaction), ECHR, para. 197; *Chaparro Álvarez and Lapo Íñiguez v. Ecuador*, Judgment of 21 November 2007 (Preliminary Objections, Merits, Reparations and Costs), IACHR, Series C, No. 170, paras. 235-236; see also Commentary to Article 36, Draft Articles on Responsibility of States for Internationally Wrongful Acts, *Yearbook of the International Law Commission*, 2001, Vol. II (2), pp. 104-105 (concerning "lost profits" claims)). Thus, the Court concludes that no compensation can be awarded for Guinea's claim relating to unpaid remuneration following Mr. Diallo's expulsion.

**

50. The Court therefore awards no compensation for remuneration that Mr. Diallo allegedly lost during his detentions and following his expulsion.

3. *Alleged deprivation of potential earnings*

51. Guinea makes an additional claim that it describes as relating to Mr. Diallo's "potential earnings". Specifically, Guinea states that Mr. Diallo's unlawful detentions and subsequent expulsion resulted in a decline in the value of the two companies and the dispersal of their assets. Guinea also asserts that Mr. Diallo was unable to assign his holdings (*parts sociales*) in these companies to third parties and that his loss of potential earnings can be valued at 50 per cent of the "exchange value of the holdings", a sum that, according to Guinea, totals US\$4,360,000.

52. The DRC points out that Guinea's calculation of the alleged loss to Mr. Diallo is based on assets belonging to the two companies, and not assets that belong to Mr. Diallo in his individual capacity. Furthermore, the DRC contends that Guinea provides no proof that the companies' assets have, in fact, been lost or that specific assets of Africom-Zaire or Africontainers-Zaire to which Guinea refers could not be sold on the open market.

*

53. The Court considers that Guinea's claim concerning "potential earnings" amounts to a claim for a loss in the value of the companies allegedly resulting from Mr. Diallo's detentions and expulsion. Such a claim is beyond the scope of these proceedings, given this Court's prior decision that Guinea's claims relating to the injuries alleged to have been caused to the companies are inadmissible (*I.C.J. Reports 2007 (II)*, p. 617, para. 98, subpara. (1) (b) of the operative part).

*

54. For these reasons, the Court awards no compensation to Guinea in respect of its claim relating to the “potential earnings” of Mr. Diallo.

**

55. Having analysed the components of Guinea’s claim in respect of material injury caused to Mr. Diallo as a result of the DRC’s unlawful conduct, the Court awards compensation to Guinea in the amount of US\$10,000.

III. TOTAL SUM AWARDED AND POST-JUDGMENT INTEREST

56. The total sum awarded to Guinea is US\$95,000 to be paid by 31 August 2012. The Court expects timely payment and has no reason to assume that the DRC will not act accordingly. Nevertheless, considering that the award of post-judgment interest is consistent with the practice of other international courts and tribunals (see, for example, *The M/V “Saiga” (No. 2) (Saint Vincent and the Grenadines v. Guinea)*, Judgment of 1 July 1999, ITLOS, para. 175; *Bámaca-Velásquez v. Guatemala (Reparations and Costs)*, Judgment of 22 February 2002, IACHR, Series C, No. 91, para. 103; *Papamichalopoulos and Others v. Greece (Article 50)*, Application No. 33808/02, Judgment of 31 October 1995, ECHR, Series A, No. 330-B, para. 39; *Lordos and Others v. Turkey (just satisfaction)*, Application No. 15973/90, Judgment of 10 January 2012, ECHR, para. 76 and *dispositif*, para. 1 (b)), the Court decides that, should payment be delayed, post-judgment interest on the principal sum due will accrue as from 1 September 2012 at an annual rate of 6 per cent. This rate has been fixed taking into account the prevailing interest rates on the international market and the importance of prompt compliance.

57. The Court recalls that the sum awarded to Guinea in the exercise of diplomatic protection of Mr. Diallo is intended to provide reparation for the latter’s injury.

IV. PROCEDURAL COSTS

58. Guinea requests the Court to award costs in its favour, in the amount of US\$500,000, because, “as a result of having been forced to institute the present proceedings, the Guinean State has incurred unrecoverable costs which it should not, in equity, be required to bear”.

59. The DRC asks the Court “to dismiss the request for the reimbursement of costs submitted by Guinea and to leave each State to bear its own costs of the proceedings, including the costs of its counsel, advocates and others”. The DRC contends that Guinea lost the major part of the case and that, moreover, the amount claimed “represents an arbitrary, lump-sum determination, unsupported by any serious and credible evidence”.

*

60. The Court recalls that Article 64 of the Statute provides that, “[u]nless otherwise decided by the Court, each party shall bear its own costs”. While the general rule has so far always been followed by the Court, Article 64 implies that there may be circumstances which would make it appropriate for the Court to allocate costs in favour of one of the parties. However, the Court does not consider that any such circumstances exist in the present case. Accordingly, each party shall bear its own costs.

61. For these reasons,
THE COURT,

(1) By fifteen votes to one,
Fixes the amount of compensation due from the Democratic Republic of the Congo to the Republic of Guinea for the non-material injury suffered by Mr. Diallo at US\$85,000;

IN FAVOUR: *President* Tomka; *Vice-President* Sepúlveda-Amor; *Judges* Owada, Abraham, Keith, Bennouna, Skotnikov, Cañado Trindade, Yusuf, Greenwood, Xue, Donoghue, Gaja, Sebutinde; *Judge ad hoc* Mahiou;
AGAINST: *Judge ad hoc* Mampuya;

(2) By fifteen votes to one,
Fixes the amount of compensation due from the Democratic Republic of the Congo to the Republic of Guinea for the material injury suffered by Mr. Diallo in relation to his personal property at US\$10,000;

IN FAVOUR: *President* Tomka; *Vice-President* Sepúlveda-Amor; *Judges* Owada, Abraham, Keith, Bennouna, Skotnikov, Cañado Trindade, Yusuf, Greenwood, Xue, Donoghue, Gaja, Sebutinde; *Judge ad hoc* Mahiou;
AGAINST: *Judge ad hoc* Mampuya;

(3) By fourteen votes to two,
Finds that no compensation is due from the Democratic Republic of the Congo to the Republic of Guinea with regard to the claim concerning material injury allegedly suffered by Mr. Diallo as a result of a loss of professional remuneration during his unlawful detentions and following his unlawful expulsion;

IN FAVOUR: *President* Tomka; *Vice-President* Sepúlveda-Amor; *Judges* Owada, Abraham, Keith, Bennouna, Skotnikov, Cañado Trindade, Greenwood, Xue, Donoghue, Gaja, Sebutinde; *Judge ad hoc* Mampuya;
AGAINST: *Judge* Yusuf; *Judge ad hoc* Mahiou;

(4) Unanimously,
Finds that no compensation is due from the Democratic Republic of the Congo to the Republic of Guinea with regard to the claim concerning material injury allegedly suffered by Mr. Diallo as a result of a deprivation of potential earnings;

(5) Unanimously,

Decides that the total amount of compensation due under points 1 and 2 above shall be paid by 31 August 2012 and that, in case it has not been paid by this date, interest on the principal sum due from the Democratic Republic of the Congo to the Republic of Guinea will accrue as from 1 September 2012 at an annual rate of 6 per cent;

(6) By fifteen votes to one,

Rejects the claim of the Republic of Guinea concerning the costs incurred in the proceedings.

IN FAVOUR: *President* Tomka; *Vice-President* Sepúlveda-Amor; *Judges* Owada, Abraham, Keith, Bennouna, Skotnikov, Cançado Trindade, Yusuf, Greenwood, Xue, Donoghue, Gaja, Sebutinde; *Judge ad hoc* Mampuya;

AGAINST: *Judge ad hoc* Mahiou.

GIURISPRUDENZA DELL'UNIONE EUROPEA

Art. 6 TUE - Art. 267 TFUE - Art. 34 Carta dei diritti fondamentali - Rinvio pregiudiziale - Ricevibilità delle questioni - Questioni di carattere ipotetico - Ambito di applicazione della direttiva 2000/43 sul divieto di discriminazioni in base alla razza e all'origine etnica - Diritti fondamentali - Effetti della Convenzione europea dei diritti dell'uomo negli ordinamenti degli Stati membri - Legge della Provincia di Bolzano che determina una disparità di trattamento a sfavore dei cittadini di Stati terzi rispetto all'ottenimento di sussidi per l'alloggio - Condizioni per il riconoscimento dello *status* di soggiornante di lungo periodo ai sensi della direttiva 2003/109 - Parità di trattamento dei cittadini di Stati terzi che beneficiano di tale *status* - Divieto di discriminazioni per quanto riguarda la previdenza sociale, l'assistenza sociale e la protezione sociale - Discrezionalità degli Stati membri nella definizione di tali materie - Effetto utile delle direttive - Rilevanza nell'esercizio di tale discrezionalità della Carta dei diritti fondamentali - Esclusione delle « prestazioni essenziali » dall'ambito di applicazione delle deroghe al principio di parità di trattamento.

Secondo una giurisprudenza consolidata, spetta al giudice nazionale valutare sia la necessità di ottenere una pronuncia in via pregiudiziale sia la rilevanza delle questioni oggetto del rinvio; la Corte di giustizia può, tuttavia, esaminare le condizioni in presenza delle quali essa viene adita al fine di verificare la propria competenza.

La Corte non è competente ad esaminare questioni che intendono indurla a formulare un parere a carattere consultivo su questioni generali relative a situazioni non aventi alcun rapporto con la realtà effettiva o con l'oggetto della controversia pendente dinanzi al giudice del rinvio.

Una discriminazione nei confronti di un cittadino di uno Stato terzo fondata sulla sua cittadinanza non rientra nell'ambito di applicazione della direttiva 2000/43 la quale vieta unicamente le discriminazioni dirette o indirette fondate sulla razza o sull'origine etnica.

L'art. 6, par. 3, TUE, codifica la giurisprudenza della Corte secondo la quale i diritti fondamentali, come garantiti dalla Convenzione europea dei diritti dell'uomo e dalle tradizioni costituzionali comuni degli Stati membri, sono parte integrante dei principi generali del diritto dei quali la Corte garantisce l'osservanza. Tuttavia tale disposizione non disciplina il rapporto tra la Convenzione europea e gli ordinamenti nazionali; essa non impone, quindi, al giudice nazionale, in caso di contrasto tra una

norma interna e tale Convenzione, di applicare direttamente le disposizioni di quest'ultima disapplicando la norma nazionale confliggente.

Spetta al giudice del rinvio accertare se il cittadino di uno Stato terzo soddisfi le condizioni previste dalla direttiva 2003/109 al fine di beneficiare dello status di residente di lungo periodo da questa previsto; qualora tali condizioni sussistano, al cittadino di uno Stato terzo deve applicarsi, ai sensi dell'art. 11, par. 1, di tale direttiva, il principio della parità di trattamento rispetto ai cittadini dello Stato di residenza.

La legge della Provincia di Bolzano rilevante nel giudizio a quo stabilisce un diverso metodo di calcolo per la determinazione della quota di finanziamenti concessi, quale sussidio per l'alloggio, rispettivamente, ai cittadini dell'Unione e a quelli di Stati terzi. Ciò determina tra tali due categorie una disparità di trattamento che, in relazione a coloro i quali ai sensi della direttiva 2003/109 abbiano ottenuto lo status di residente di lungo periodo, non appare giustificata.

Occorre accertare se tale disparità di trattamento rientri nell'ambito di applicazione dell'art. 11, par. 1, lett. d), della direttiva che, nell'includere la previdenza, l'assistenza e la protezione sociale tra gli aspetti per i quali al soggiornante di lungo periodo deve essere riservato lo stesso trattamento dei nazionali, rinvia, ai fini della determinazione del contenuto di tali materie, alle nozioni previste negli ordinamenti interni.

Qualora il legislatore dell'Unione abbia espressamente rinviato alla legislazione nazionale, come nel caso dell'art. 11, par. 1, lett. d), della direttiva, non spetta alla Corte di giustizia enunciare una definizione autonoma ed uniforme ai sensi del diritto dell'Unione giacché tale richiamo implica la volontà del legislatore dell'Unione di rispettare le differenze che sussistono tra gli ordinamenti nazionali riguardo alle nozioni di cui trattasi.

Tuttavia, il rinvio agli ordinamenti nazionali non può portare a pregiudicare l'effetto utile della direttiva.

Inoltre, nel definire tali nozioni gli Stati membri devono rispettare la Carta dei diritti fondamentali e, per quanto rileva in questo caso, l'art. 34 della stessa che richiede che sia riconosciuto e rispettato il diritto all'assistenza abitativa al fine di garantire un'esistenza dignitosa a coloro che siano privi di risorse sufficienti.

Considerato che sia l'art. 11 della direttiva sia l'art. 34 della Carta si riferiscono agli ordinamenti nazionali, spetta al giudice a quo valutare, tenendo conto dell'obiettivo di integrazione perseguito dalla direttiva, se un sussidio per l'alloggio come quello previsto dalla legge della Provincia autonoma di Bolzano rientri in una delle categorie elencate dall'art. 11, par. 1, lett. d), della direttiva.

Considerato che il giudice a quo potrebbe ritenere che il sussidio controverso rientri nell'ambito di applicazione della direttiva, occorre esaminare se, come sostiene la Provincia di Bolzano, il principio di non discriminazione possa essere limitato in base all'art. 11, par. 4, della direttiva ai sensi del quale agli Stati membri è consentito riconoscere la parità di trattamento in materia di assistenza e protezione sociale in relazione alle sole « prestazioni essenziali ».

Allorché il sussidio controverso risponda alla finalità enunciata dall'art. 34 della Carta dei diritti fondamentali esso deve essere considerato come compreso tra le prestazioni essenziali ai sensi dell'art. 11, par. 4, della direttiva.

Pertanto, il diritto dell'Unione osta all'applicazione nei confronti dei cittadini di Stati terzi soggiornanti di lungo periodo di una normativa quale quella della Provincia di Bolzano, a condizione che il giudice del rinvio accerti che il sussidio rientri, secondo l'ordinamento italiano, tra le materie indicate dall'art. 11, par. 1, della direttiva 2003/109 e che esso sia necessario al fine di soddisfare il diritto fondamentale enunciato dall'art. 34 della Carta.

CORTE DI GIUSTIZIA (grande sezione), 24 aprile 2012 - Pres. SKOURIS, avv. gen. BOT - *Servet Kamberaj c. Istituto per l'Edilizia sociale della Provincia autonoma di Bolzano (IPES)* (causa C-571/10).

1. La domanda di pronuncia pregiudiziale verte sull'interpretazione degli articoli 2 TUE, 6 TUE, 18 TFUE, 45 TFUE e 49 TFUE, 21 e 34 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea (in prosieguo: la « Carta »), nonché delle disposizioni delle direttive 2000/43/CE del Consiglio, del 29 giugno 2000, che attua il principio della parità di trattamento fra le persone indipendentemente dalla razza e dall'origine etnica (G.U.U.E. 2000 L 180, p. 22), e 2003/109/CE del Consiglio, del 25 novembre 2003, relativa allo *status* dei cittadini di paesi terzi che siano soggiornanti di lungo periodo (G.U.U.E. 2004 L 16, p. 44). Il giudice del rinvio solleva altresì questioni relative all'art. 14 della Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali, firmata a Roma il 4 novembre 1950 (in prosieguo: la « CEDU »), e all'art. 1 del Protocollo n. 12 annesso alla Convenzione per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali, firmato a Roma il 4 novembre 2000 (in prosieguo: il « Protocollo n. 12 »).

2. Tale domanda è stata presentata nell'ambito di una controversia insorta tra il sig. Kamberaj, da un lato, e l'Istituto per l'Edilizia sociale della Provincia autonoma di Bolzano (in prosieguo: l'« IPES »), la Giunta della Provincia autonoma di Bolzano (in prosieguo: la « Giunta »), nonché la Provincia autonoma di Bolzano, dall'altro, a seguito del rigetto opposto dall'IPES alla richiesta di detto interessato diretta ad ottenere un sussidio per l'alloggio (cosiddetto « sussidio casa ») per l'anno 2009, e motivato con il fatto che lo stanziamento della Provincia autonoma di Bolzano previsto per la concessione di tale sussidio ai cittadini di paesi terzi era esaurito.

*Contesto normativo**La normativa dell'Unione**La direttiva 2000/43*

3. Ai sensi del suo art. 1, la direttiva 2000/43 « mira a stabilire un quadro per la lotta alle discriminazioni fondate sulla razza o l'origine etnica, al fine di rendere effettivo negli Stati membri il principio della parità di trattamento ».

4. L'art. 2, paragrafi 1 e 2, di tale direttiva prevede quanto segue:

« 1. Ai fini della presente direttiva, il principio della parità di trattamento comporta che non sia praticata alcuna discriminazione diretta o indiretta a causa della razza o dell'origine etnica.

2. Ai fini del par. 1:

a) sussiste discriminazione diretta quando, a causa della sua razza od origine etnica, una persona è trattata meno favorevolmente di quanto sia, sia stata o sarebbe trattata un'altra in una situazione analoga;

b) sussiste discriminazione indiretta quando una disposizione, un criterio o una prassi apparentemente neutri possono mettere persone di una determinata razza od origine etnica in una posizione di particolare svantaggio rispetto ad altre persone, a meno che tale disposizione, criterio o prassi siano oggettivamente giustificati da una finalità legittima e i mezzi impiegati per il suo conseguimento siano appropriati e necessari. »

5. L'art. 3, par. 2, della direttiva 2000/43 dispone che essa « non riguarda le differenze di trattamento basate sulla nazionalità e non pregiudica le disposizioni e le condizioni relative all'ingresso e alla residenza di cittadini di paesi terzi e di apolidi nel territorio degli Stati membri, né qualsiasi trattamento derivante dalla condizione giuridica dei cittadini dei paesi terzi o degli apolidi interessati ».

6. L'art. 15 della medesima direttiva è redatto come segue:

« Gli Stati membri determinano le sanzioni da irrogare in caso di violazione delle norme nazionali di attuazione della presente direttiva e prendono tutti i provvedimenti necessari per la loro applicazione. Le sanzioni[,] che possono prevedere un risarcimento dei danni [a favore della vittima,] devono essere effettive, proporzionate e dissuasive. Gli Stati membri notificano le relative disposizioni alla Commissione entro [il] 19 luglio 2003 e provvedono poi a notificare immediatamente le eventuali modificazioni successive. »

La direttiva 2003/109

7. Il secondo, il terzo, il quarto, il sesto, il dodicesimo ed il tredicesimo considerando della direttiva 2003/109 sono così redatti:

« (2) Nella riunione straordinaria di Tampere del 15 e del 16 ottobre 1999, il Consiglio europeo ha affermato che occorre ravvicinare lo *status* giuridico dei cittadini di paesi terzi a quello dei cittadini degli Stati membri e che, alle persone che soggiornano regolarmente in un determinato Stato

membro per un periodo da definirsi e sono in possesso di un permesso di soggiorno di lunga durata, lo Stato membro dovrebbe garantire una serie di diritti uniformi e quanto più simili a quelli di cui beneficiano i cittadini dell'Unione europea.

(3) La presente direttiva rispetta i diritti fondamentali e osserva i principi riconosciuti segnatamente nella [CEDU] e nella Carta (...)

(4) L'integrazione dei cittadini di paesi terzi stabilitisi a titolo duraturo negli Stati membri costituisce un elemento cardine per la promozione della coesione economica e sociale, obiettivo fondamentale della Comunità enunciato nel [T]rattato [CE].

(...)

(6) La condizione principale per ottenere lo *status* di soggiornante di lungo periodo dovrebbe essere la durata del soggiorno nel territorio di uno Stato membro. Dovrebbe trattarsi di un soggiorno legale ed ininterrotto, a testimonianza del radicamento del richiedente nel paese in questione (...)

(...)

(12) Per costituire un autentico strumento di integrazione sociale, lo *status* di soggiornante di lungo periodo dovrebbe valere al suo titolare la parità di trattamento con i cittadini dello Stato membro in una vasta gamma di settori economici e sociali[, in conformità alle] pertinenti condizioni definite dalla presente direttiva.

(13) Con riferimento all'assistenza sociale, la possibilità di limitare le prestazioni per soggiornanti di lungo periodo a quelle essenziali deve intendersi nel senso che queste ultime comprendono almeno un sostegno di reddito minimo, l'assistenza in caso di malattia, di gravidanza, l'assistenza parentale e l'assistenza a lungo termine. Le modalità di concessione di queste prestazioni dovrebbero essere determinate dalla legislazione nazionale. »

8. Il capo II della direttiva 2003/109 riguarda il conferimento dello *status* di soggiornante di lungo periodo in uno Stato membro.

9. Conformemente all'art. 4, par. 1, della medesima direttiva, incluso nel citato capo II, gli Stati membri conferiscono lo *status* di soggiornante di lungo periodo ai cittadini di paesi terzi che abbiano soggiornato legalmente e ininterrottamente nel loro territorio nei cinque anni immediatamente precedenti la presentazione della relativa domanda.

10. L'art. 5 della direttiva 2003/109 stabilisce le condizioni per ottenere lo *status* di soggiornante di lungo periodo. Conformemente al par. 1, lettere *a*) e *b*), di tale articolo, gli Stati membri devono richiedere al cittadino di un paese terzo di comprovare che egli dispone, per sé e per i familiari a carico, da un lato, di risorse stabili, regolari e sufficienti al suo sostentamento e a quello dei suoi familiari, senza fare ricorso al sistema di assistenza sociale dello Stato membro interessato, e, dall'altro, di un'assicurazione malattia contro tutti i rischi solitamente coperti per i cittadini nazionali nello Stato membro interessato.

11. Il par. 2 dello stesso art. 5 dispone che gli Stati membri possono esigere altresì che i cittadini di paesi terzi soddisfino condizioni di integrazione conformemente al loro diritto nazionale.

12. Anche se gli Stati membri possono negare il conferimento dello *status* di soggiornante di lungo periodo per ragioni di ordine pubblico o di pubblica sicurezza, ai sensi dell'art. 6, par. 1, della direttiva 2003/109, il par. 2 del medesimo articolo stabilisce che un simile diniego non può essere motivato da ragioni economiche.

13. In forza dell'art. 7, par. 1, della direttiva 2003/109, per ottenere lo *status* di soggiornante di lungo periodo, il cittadino del paese terzo interessato deve presentare una domanda alle autorità competenti dello Stato membro in cui risiede, corredata dei documenti giustificativi, come determinati dal diritto nazionale, e comprovanti che egli soddisfa le condizioni indicate agli articoli 4 e 5 di questa stessa direttiva.

14. L'art. 11, par. 1, di detta direttiva è così redatto:

« Il soggiornante di lungo periodo gode dello stesso trattamento dei cittadini nazionali per quanto riguarda:

(...)

d) [la previdenza sociale], l'assistenza sociale e la protezione sociale[, come definite dalla] legislazione nazionale;

(...)

f) l'accesso a beni e servizi [e l'erogazione di beni e servizi] a disposizione del pubblico (...), nonché [l'accesso] all[e] procedur[e] per l'ottenimento di un alloggio;

(...). »

15. L'art. 11, par. 4, della medesima direttiva dispone che « [g]li Stati membri possono limitare la parità di trattamento in materia di assistenza sociale e protezione sociale alle prestazioni essenziali ».

16. L'art. 12, par. 1, della direttiva 2003/109 dispone che gli Stati membri possono adottare una decisione di allontanamento nei confronti di un soggiornante di lungo periodo soltanto qualora egli costituisca una minaccia effettiva e sufficientemente grave per l'ordine pubblico o la pubblica sicurezza. Il par. 2 del medesimo articolo precisa che una decisione di allontanamento non può essere motivata da ragioni economiche.

17. Conformemente all'art. 26, 1° comma, della direttiva 2003/109, gli Stati membri dovevano mettere in vigore le disposizioni legislative, regolamentari e amministrative necessarie per conformarsi a tale direttiva entro il 23 gennaio 2006.

La normativa nazionale

La Costituzione italiana

18. In forza dell'art. 117 della Costituzione italiana, lo Stato ha potestà legislativa esclusiva, in materia di assistenza sociale, solo ai fini della determinazione dei livelli essenziali delle prestazioni concernenti i diritti civili e sociali che devono essere garantiti su tutto il territorio nazionale. Al di là di tale obiettivo, la competenza spetta alle Regioni.

Il decreto legislativo n. 286/1998

19. Il decreto legislativo n. 3, dell'8 gennaio 2007, recante attuazione della direttiva 2003/109/CE relativa allo *status* di cittadini di paesi terzi soggiornanti di lungo periodo (*G.U.R.I.* n. 24, del 30 gennaio 2007, p. 4), ha incorporato le disposizioni di tale direttiva nel testo del decreto legislativo n. 286, del 25 luglio 1998, recante il testo unico delle disposizioni concernenti la disciplina dell'immigrazione e norme sulla condizione dello straniero (supplemento ordinario alla *G.U.R.I.* n. 191, del 18 agosto 1998; in prosieguo: il « decreto legislativo n. 286/1998 »).

20. L'art. 9, 1° comma, del decreto legislativo n. 286/1998 così dispone:

« Lo straniero in possesso, da almeno cinque anni, di un permesso di soggiorno in corso di validità, che dimostra la disponibilità di un reddito non inferiore all'importo annuo dell'assegno sociale e, nel caso di richiesta relativa ai familiari, di un reddito sufficiente (...) e di un alloggio idoneo che rientri nei parametri minimi previsti dall[e pertinenti disposizioni del diritto nazionale], può chiedere al questore il rilascio del permesso di soggiorno CE per soggiornanti di lungo periodo, per sé e per i [suoi] familiari (...). »

21. L'art. 9, 12° comma, del decreto legislativo n. 286/1998 così dispone:

« Oltre a quanto previsto per lo straniero regolarmente soggiornante nel territorio dello Stato, il titolare del permesso di soggiorno CE per soggiornanti di lungo periodo può:

(...)

c) usufruire delle prestazioni di assistenza sociale, di previdenza sociale, di quelle relative ad erogazioni in materia sanitaria, scolastica e sociale, di quelle relative all'accesso a beni e servizi a disposizione del pubblico, compreso l'accesso alla procedura per l'ottenimento di alloggi di edilizia residenziale pubblica, salvo che sia diversamente disposto e sempre che sia dimostrata l'effettiva residenza dello straniero sul territorio nazionale (...). »

Il decreto del Presidente della Repubblica n. 670/1972

22. In forza dell'art. 3, 3° comma, del decreto del Presidente della Repubblica n. 670, del 31 agosto 1972, relativo allo Statuto speciale per la Regione Trentino-Alto Adige (*G.U.R.I.* n. 301, del 20 novembre 1972; in prosieguo: il « decreto del Presidente della Repubblica n. 670/1972 »), che costituisce un decreto di rango costituzionale, la Provincia autonoma di Bolzano, a causa della composizione particolare della sua popolazione, che è suddivisa in tre gruppi linguistici, ossia i gruppi che si esprimono in italiano, in tedesco e in ladino (in prosieguo: i « tre gruppi linguistici »), beneficia di condizioni di autonomia particolari.

23. Ai sensi dell'art. 8, punto 25, del decreto del Presidente della Repubblica n. 670/1972, tale autonomia comprende in particolare la potestà di adottare disposizioni a livello legislativo in materia di assistenza e beneficenza pubblica.

24. L'art. 15, 2° comma, del decreto del Presidente della Repubblica n. 670/1972 dispone che, salvo casi straordinari, la Provincia autonoma di Bolzano utilizza i propri stanziamenti destinati a scopi assistenziali nonché a finalità sociali e

culturali in proporzione diretta alla consistenza di ciascuno dei tre gruppi linguistici e in riferimento all'entità del bisogno di ciascuno di essi.

La legge provinciale

25. Un sussidio per l'alloggio è previsto all'art. 2, 1° comma, lett. *k*), della legge provinciale n. 13, del 17 dicembre 1998, nella versione vigente all'epoca dei fatti del procedimento principale (in prosieguo: la « legge provinciale »). Tale sussidio, che rappresenta un contributo al pagamento del canone di locazione dei conduttori meno abbienti per consentire loro di farvi fronte, è ripartito tra i tre gruppi linguistici conformemente all'art. 15, 2° comma, del decreto del Presidente della Repubblica n. 670/1972.

26. L'art. 5, 1° comma, della legge provinciale dispone che i fondi destinati agli interventi di cui all'art. 2, 1° comma, lett. *k*), della medesima legge devono essere ripartiti tra i richiedenti dei tre gruppi linguistici in proporzione alla media ponderata tra la loro consistenza numerica ed il fabbisogno di ciascun gruppo. Ai sensi del 2° comma del medesimo articolo, il fabbisogno di ciascun gruppo linguistico è determinato annualmente in base alle domande presentate negli ultimi dieci anni.

27. Dall'ordinanza di rinvio risulta che il calcolo della consistenza numerica di ciascun gruppo linguistico è effettuato in base all'ultimo censimento generale della popolazione, nonché alle dichiarazioni di appartenenza ad uno dei tre gruppi linguistici che ogni cittadino italiano di età superiore ad anni quattordici e residente nella Provincia autonoma di Bolzano è tenuto a rendere.

28. I cittadini dell'Unione che risiedono nel territorio provinciale, ivi svolgono un'attività lavorativa e possiedono gli altri requisiti cui è subordinata la concessione dei sussidi in materia di alloggio, devono presentare una dichiarazione di appartenenza o di aggregazione ad uno dei tre gruppi linguistici, conformemente all'art. 5, 6° comma, della legge provinciale.

29. In forza dell'art. 5, 7° comma, della legge provinciale, la Giunta determina annualmente l'entità dei fondi da riservare ai cittadini di paesi terzi e agli apolidi soggiornanti, alla data della presentazione della loro domanda, continuativamente e regolarmente da almeno cinque anni nel territorio provinciale e che abbiano ivi svolto un'attività lavorativa per almeno tre anni. Il numero delle abitazioni in locazione che possono essere assegnate ai suddetti cittadini ed apolidi è del pari determinato in proporzione alla media ponderata tra, da un lato, la consistenza numerica di tali persone, in quanto rispondenti alle condizioni summenzionate, e, dall'altro, il loro fabbisogno.

La delibera n. 1885

30. Dalla delibera n. 1885 della Giunta, del 20 luglio 2009, relativa all'entità dei fondi da destinare per l'anno 2009 ai cittadini di paesi terzi e agli apolidi (in prosieguo: la « delibera n. 1885 »), risulta che, nella media ponderata, alla consistenza numerica di tali persone è stato attribuito il coefficiente 5, mentre al loro fabbisogno è stato assegnato il coefficiente 1.

Procedimento principale e questioni pregiudiziali

31. Il sig. Kamberaj è un cittadino albanese, residente e stabilmente occupato nella Provincia autonoma di Bolzano dall'anno 1994. Risulta dall'ordinanza di rinvio che egli è titolare di un permesso di soggiorno a tempo indeterminato.

32. Il ricorrente nel procedimento principale ha beneficiato, per gli anni 1998-2008, del sussidio per l'alloggio previsto dall'art. 2, 1° comma, lett. k), della legge provinciale.

33. Con lettera del 22 marzo 2010 l'IPES ha comunicato al ricorrente nel procedimento principale il rigetto della sua domanda di sussidio per l'anno 2009, a motivo che lo stanziamento destinato ai cittadini di paesi terzi, determinato conformemente alla delibera n. 1885, era esaurito.

34. Con ricorso proposto l'8 ottobre 2010, il ricorrente nel procedimento principale ha chiesto al Tribunale di Bolzano di accertare che detta decisione di rigetto costituiva una discriminazione attuata nei suoi confronti dalle parti convenute. A suo avviso, una normativa nazionale come quella contenuta nella legge provinciale e nella delibera n. 1885 è in contrasto, in particolare, con le direttive 2000/43 e 2003/109, in quanto riserva ai cittadini di paesi terzi che sono soggiornanti di lungo periodo un trattamento meno favorevole rispetto a quello previsto per i cittadini dell'Unione in materia di sussidio per l'alloggio.

35. Dinanzi al giudice del rinvio, la Provincia autonoma di Bolzano sostiene che è necessario prevedere una distribuzione dei sussidi che sia proporzionale ai gruppi linguistici presenti in tale Provincia, al fine di preservare la pace sociale fra le persone richiedenti un sostegno sociale.

36. Il giudice del rinvio fa presente che, in forza della legge provinciale, la popolazione residente della Provincia autonoma di Bolzano è ripartita in due categorie, vale a dire i cittadini dell'Unione, siano essi italiani o no, per i quali l'accesso al sussidio per l'alloggio è indistintamente subordinato alla produzione della dichiarazione di appartenenza ad uno dei tre gruppi linguistici, e i cittadini di paesi terzi, per i quali non è richiesta tale dichiarazione.

37. Detto giudice indica che, per soddisfare nell'anno 2009 le esigenze complessive dell'accesso alle abitazioni in locazione o in proprietà, sono stati approvati a favore della prima categoria summenzionata, vale a dire i cittadini dell'Unione, siano essi italiani o no, stanziamenti per un importo totale di EUR 90 812 321,57, di cui EUR 21 546 197,57 a titolo di sussidi per l'alloggio e EUR 69 266 124 a titolo di contributi per l'acquisto, la costruzione e il recupero di alloggi destinati a soddisfare il fabbisogno abitativo primario, mentre a favore della seconda categoria, ossia quella composta dai cittadini di paesi terzi, sono state approvate erogazioni per un importo totale di EUR 11 604 595, di cui EUR 10 200 000 a titolo di sussidi per l'alloggio e EUR 1 404 595 a titolo di contributi per l'acquisto, la costruzione e il recupero di alloggi destinati a soddisfare il fabbisogno abitativo primario.

38. Risulta dall'ordinanza di rinvio che il Tribunale di Bolzano ha riconosciuto al ricorrente nel procedimento principale, in via cautelare, il beneficio del sussidio per

l'alloggio richiesto per i mesi da ottobre 2009 a giugno 2010, per un importo mensile di EUR 453,62.

39. Ritenendo che la soluzione della controversia dinanzi ad esso pendente dipendesse dall'interpretazione del diritto dell'Unione, il Tribunale di Bolzano ha deciso di sospendere il procedimento e di sottoporre alla Corte le seguenti questioni pregiudiziali:

« 1) Se il principio di primazia (*principe de primauté*) del diritto dell'Unione impon[ga] al giudice nazionale di dare piena ed immediata attuazione alle norme dell'Unione provviste di efficacia diretta, disapplicando norme interne in conflitto con il diritto dell'Unione anche se adottate in attuazione di principi fondamentali dell'assetto costituzionale dello Stato membro.

2) Se in caso di conflitto fra norma interna e CEDU il richiamo operato dall'art. 6 TUE alla CEDU impon[ga] al giudice nazionale di dare diretta applicazione all'art. 14 della CEDU ed all'art. 1 del [Protocollo n. 12], disapplicando la fonte interna incompatibile, senza dovere previamente sollevare questione di costituzionalità innanzi alla Corte costituzionale nazionale.

3) Se il diritto dell'Unione — e, in particolare, gli articoli 2 [TUE] e 6 TUE, gli articoli 21 e 34 della Carta e le direttive 2000/43 (...) e 2003/109 (...) — ost[i] ad una normativa nazionale (*rectius*: provinciale) quale quella contenuta nel combinato disposto degli articoli 15, [2°] comma, del [decreto del Presidente della Repubblica] n. 670/1972, degli articoli 1 e 5 della [legge provinciale] (...), nonché nella [delibera n. 1885], nella parte in cui per i benefici considerati ed in particolare per il c.d. “sussidio casa” attribuisce rilevanza alla nazionalità riservando ai lavoratori residenti soggiornanti di lungo periodo non appartenenti all'Unione ovvero agli apolidi un trattamento peggiorativo rispetto ai cittadini residenti comunitari (italiani e non).

Nel caso in cui le precedenti questioni vengano risolte affermativamente:

4) Se in caso di violazione di principi generali dell'Unione quali il divieto di discriminazione e l'esigenza di certezza del diritto, in presenza di una normativa nazionale attuativa che permette al giudice di “ordinare la cessazione del comportamento pregiudizievole e adottare ogni altro provvedimento idoneo, secondo le circostanze[, a rimuovere] gli effetti della discriminazione” nonché impone di “ordinare la cessazione del comportamento, della condotta o dell'atto discriminatorio, ove ancora sussistente, nonché la rimozione degli effetti” e consente di ordinare “al fine di impedirne la ripetizione, entro il termine fissato nel provvedimento, un piano di rimozione delle discriminazioni accertate”, l'art. 15 della direttiva 2000/43 (...), nella parte in cui prevede che le sanzioni devono essere effettive, proporzionate e dissuasive, de[bba] essere interpretato nel senso di ricomprendere, fra le discriminazioni accertate e gli effetti da rimuovere, anche al fine di evitare ingiustificate discriminazioni alla rovescia, tutte le violazioni incidenti sui destinatari della discriminazione, anche se non siano parti della controversia.

Nel caso in cui la precedente questione venga risolta affermativamente:

5) Se il diritto dell'Unione — e, in particolare, gli articoli 2 [TUE] e 6 TUE, gli articoli 21 e 34 della Carta e le direttive 2000/43 (...) e 2003/109 (...) — ost[i] ad una normativa nazionale (*rectius*: provinciale) che richiede ai soli cittadini extracomunitari e non anche ai cittadini comunitari (italiani e non), parificati solo in ordine all'obbligo di residenza nel territorio della Provincia superiore a 5 anni, il possesso dell'ulteriore requisito di 3 anni di attività lavorativa per accedere al beneficio del sussidio casa.

6) Se il diritto dell'Unione — e, in particolare, gli articoli 2 [TUE] e 6 TUE e gli articoli 18 [TFUE], 45 [TFUE], 49 TFUE in combinato disposto con gli articoli 1, 21, 34 della Carta — ost[i] ad una normativa nazionale (*rectius*: provinciale) che prevede per i cittadini comunitari (italiani e non) l'obbligo di rendere dichiarazione [di appartenenza] ovvero [di aggregazione etnica ad uno dei tre gruppi linguistici presenti in Alto Adige/Südtirol per accedere al beneficio del sussidio casa.

7) Se il diritto dell'Unione — e, in particolare, gli articoli 2 [TUE] e 6 TUE e gli articoli 18 [TFUE], 45 [TFUE], 49 TFUE in combinato disposto con gli articoli 21 e 34 della Carta — ost[i] ad una normativa nazionale (*rectius*: provinciale) che impone ai cittadini comunitari (italiani e non) l'obbligo di residenza ovvero di lavoro nel territorio provinciale da almeno 5 anni per accedere al beneficio del sussidio casa. »

Sulle questioni pregiudiziali

Sulla ricevibilità delle questioni prima, quarta, quinta, sesta e settima

40. Occorre, *in limine*, rammentare che, secondo costante giurisprudenza, nell'ambito della cooperazione tra la Corte e i giudici nazionali istituita dall'art. 267 TFUE, spetta esclusivamente al giudice nazionale, cui è stata sottoposta la controversia e che deve assumersi la responsabilità dell'emananda decisione giurisdizionale, valutare, alla luce delle particolarità del caso, sia la necessità di una pronuncia pregiudiziale per essere in grado di emettere la propria decisione, sia la rilevanza delle questioni che sottopone alla Corte. Di conseguenza, allorché le questioni sollevate riguardano l'interpretazione del diritto dell'Unione, la Corte, in via di principio, è tenuta a statuire (v., segnatamente, sentenza del 4 luglio 2006, *Adeneler e a.*, C-212/04, *Raccolta*, p. I-6057, punto 41 e la giurisprudenza ivi citata).

41. Tuttavia, spetta alla Corte esaminare le condizioni in presenza delle quali essa viene adita dal giudice nazionale, al fine di verificare la propria competenza. Infatti, lo spirito di collaborazione che deve presiedere al funzionamento del rinvio pregiudiziale implica che il giudice nazionale, dal canto suo, tenga presente il compito affidato alla Corte, che è quello di contribuire all'amministrazione della giustizia negli Stati membri e non di esprimere pareri a carattere consultivo su questioni generali o ipotetiche (v. sentenza *Adeneler e a.*, cit., punto 42).

42. Al riguardo, il rigetto di una domanda proposta da un giudice nazionale è possibile soltanto qualora appaia in modo manifesto che l'interpretazione richiesta del diritto dell'Unione non ha alcun rapporto con la realtà effettiva o con l'oggetto del procedimento principale, oppure qualora la questione sia di natura ipotetica, o anche quando la Corte non disponga degli elementi di fatto e di diritto necessari per rispondere in modo utile alle questioni che le sono sottoposte (v. sentenza del 23

novembre 2006, *Asnef-Equifax e Administración del Estado*, C-238/05, *Raccolta*, p. I-11125, punto 17).

43. È alla luce di tali principi che la Corte deve esaminare la ricevibilità di alcune delle questioni sollevate dal giudice del rinvio.

Sulla prima questione

44. Con la sua prima questione, il giudice del rinvio chiede se il principio di primazia del diritto dell'Unione imponga al giudice nazionale di applicare le disposizioni del diritto dell'Unione dotate di efficacia diretta, disapplicando qualsiasi norma di diritto interno che sia in contrasto con esse, anche se tale norma nazionale sia stata adottata in attuazione dei principi fondamentali dell'assetto costituzionale dello Stato membro interessato.

45. Tale questione si ricollega al principio di tutela delle minoranze linguistiche, il quale rappresenta, secondo il giudice nazionale, un principio fondamentale dell'assetto costituzionale di detto Stato membro. Orbene, detto principio è rilevante nel procedimento principale unicamente per quanto riguarda i cittadini italiani ed i cittadini dell'Unione, per i quali, come risulta dai punti 26-28 della presente sentenza, l'accesso al sussidio per l'alloggio è indistintamente subordinato alla presentazione di una semplice dichiarazione di appartenenza ad uno dei tre gruppi linguistici, mentre una dichiarazione siffatta non viene richiesta ai cittadini di paesi terzi, come il ricorrente nel procedimento principale.

46. Dal momento che la prima questione mira, in realtà, a indurre la Corte a formulare un parere a carattere consultivo su una questione generale relativa ad una situazione che non ha alcun rapporto con la realtà effettiva o con l'oggetto della controversia pendente dinanzi al giudice del rinvio, occorre considerare tale questione irricevibile.

Sulla quarta questione

47. Con la sua quarta questione, il giudice del rinvio chiede, in sostanza, se l'art. 15 della direttiva 2000/43 — il quale prevede che le sanzioni per le violazioni del principio di non discriminazione fondate sulla razza o sull'origine etnica devono essere effettive, proporzionate e dissuasive — imponga al giudice nazionale, ove accerti una simile violazione, di porre fine a tutte le violazioni incidenti sulle vittime della discriminazione, anche se queste ultime non sono parti della controversia.

48. Nel caso di specie, risulta chiaramente sia dall'ordinanza di rinvio sia dalle osservazioni presentate alla Corte che la differenza di trattamento di cui il ricorrente nel procedimento principale asserisce di essere vittima rispetto ai cittadini italiani si basa sul suo *status* di cittadino di un paese terzo.

49. Orbene, conformemente agli articoli 1 e 2, paragrafi 1 e 2, della direttiva 2000/43, quest'ultima si applica unicamente alle discriminazioni dirette o indirette fondate sulla razza o sull'origine etnica. L'art. 3, par. 2, di tale direttiva precisa che essa non riguarda le differenze di trattamento basate sulla nazionalità e non pregiudica le disposizioni e le condizioni relative all'ingresso nonché alla residenza dei cittadini di

paesi terzi e degli apolidi nel territorio degli Stati membri, né qualsiasi trattamento derivante dalla condizione giuridica dei cittadini dei paesi terzi e degli apolidi.

50. Ne deriva che la discriminazione asserita dal ricorrente nel procedimento principale non rientra nell'ambito di applicazione della direttiva 2000/43 e che la quarta questione è irricevibile.

Sulla quinta questione

51. Con la sua quinta questione, il giudice del rinvio chiede, in sostanza, se le disposizioni del diritto dell'Unione, e segnatamente quelle delle direttive 2000/43 e 2003/109, ostino ad una normativa nazionale o regionale che impone ai soli cittadini di paesi terzi, e non anche ai cittadini dell'Unione, siano essi italiani o no, un requisito ulteriore rispetto a quello relativo all'obbligo di residenza nel territorio della Provincia autonoma di Bolzano per oltre cinque anni, e cioè il requisito secondo cui i suddetti cittadini di paesi terzi devono esercitare un'attività lavorativa da tre anni per poter accedere al beneficio del sussidio per l'alloggio.

52. Occorre rammentare che, come risulta dall'ordinanza di rinvio, il procedimento principale riguarda la discriminazione asserita dal ricorrente in tale procedimento che deriverebbe dal meccanismo di distribuzione dei fondi destinati ai sussidi per l'alloggio previsto dalla legge provinciale e dalla delibera n. 1885.

53. È pacifico che, nel procedimento principale, il requisito imposto ai cittadini di paesi terzi dall'art. 5, 7° comma, della legge provinciale, ossia quello relativo al necessario esercizio di un'attività lavorativa nella Provincia autonoma di Bolzano per almeno tre anni, era soddisfatto dal ricorrente nel medesimo procedimento e che la domanda di sussidio per l'alloggio da costui presentata non è stata respinta a motivo del mancato soddisfacimento di tale requisito.

54. Alla luce di tali considerazioni, occorre constatare che la quinta questione, che non ha alcun rapporto con la realtà effettiva o con l'oggetto della controversia pendente dinanzi al giudice del rinvio, deve essere respinta in quanto irricevibile.

Sulle questioni sesta e settima

55. Con le sue questioni sesta e settima, che occorre esaminare congiuntamente, il giudice del rinvio chiede, in sostanza, se il diritto dell'Unione, e segnatamente gli articoli 2 TUE, 6 TUE, 18 TFUE, 45 TFUE nonché 49 TFUE, letti in combinato disposto con gli articoli 21 e 34 della Carta, debbano essere interpretati nel senso che ostano ad una normativa nazionale o regionale la quale imponga ai cittadini dell'Unione, per beneficiare del sussidio per l'alloggio previsto da tale normativa, da un lato, l'obbligo di residenza o di lavoro nel territorio della Provincia autonoma di Bolzano da almeno cinque anni e, dall'altro, l'obbligo di rilascio di una dichiarazione di appartenenza o di aggregazione ad uno dei tre gruppi linguistici presenti in tale territorio.

56. Al riguardo occorre rammentare che, come risulta dai punti 31 e 52 della presente sentenza, il ricorrente nel procedimento principale è un cittadino di un paese terzo che risiede, da diversi anni, nel territorio della Provincia autonoma di Bolzano, e che il procedimento principale riguarda il rigetto opposto alla sua domanda di sussidio

per l'alloggio a motivo dell'esaurimento degli stanziamenti previsti per i cittadini di paesi terzi e del fatto che i fondi necessari alla corresponsione di tale sussidio a detti cittadini non sono più disponibili.

57. Il giudice del rinvio non ha dimostrato la ragione per la quale l'invalidazione, sulla base del diritto dell'Unione, dei requisiti di residenza o linguistici imposti ai cittadini dell'Unione per poter beneficiare del sussidio per l'alloggio previsto dalla normativa adottata dalla Provincia autonoma di Bolzano potrebbe avere un rapporto con la realtà effettiva e con l'oggetto della controversia pendente dinanzi ad esso.

58. Alla luce di tali considerazioni, occorre considerare che le questioni sesta e settima sollevate da detto giudice sono irricevibili.

Nel merito

Sulla seconda questione

59. Con la sua seconda questione, il giudice del rinvio chiede in sostanza se, in caso di conflitto tra una norma di diritto nazionale e la CEDU, il richiamo a quest'ultima effettuato dall'art. 6 TUE imponga al giudice nazionale di dare diretta attuazione alle disposizioni di tale Convenzione, nella fattispecie all'art. 14 della medesima nonché all'art. 1 del Protocollo n. 12, disapplicando la norma di diritto nazionale in conflitto, senza dovere previamente sollevare una questione di costituzionalità dinanzi alla Corte costituzionale.

60. Ai sensi dell'art. 6, par. 3, TUE, i diritti fondamentali, così come garantiti dalla CEDU e quali risultanti dalle tradizioni costituzionali comuni degli Stati membri, fanno parte del diritto dell'Unione in quanto principi generali.

61. Tale disposizione del Trattato UE consacra la giurisprudenza costante della Corte secondo la quale i diritti fondamentali sono parte integrante dei principi generali del diritto dei quali la Corte garantisce l'osservanza (v., segnatamente, sentenza del 29 settembre 2011, *Elf Aquitaine c. Commissione*, C-521/09 P, non ancora pubblicata nella *Raccolta*, punto 112).

62. Tuttavia, l'art. 6, par. 3, TUE non disciplina il rapporto tra la CEDU e gli ordinamenti giuridici degli Stati membri e nemmeno determina le conseguenze che un giudice nazionale deve trarre nell'ipotesi di conflitto tra i diritti garantiti da tale Convenzione ed una norma di diritto nazionale.

63. Si deve pertanto rispondere alla seconda questione dichiarando che il rinvio operato dall'art. 6, par. 3, TUE alla CEDU non impone al giudice nazionale, in caso di conflitto tra una norma di diritto nazionale e detta Convenzione, di applicare direttamente le disposizioni di quest'ultima, disapplicando la norma di diritto nazionale in contrasto con essa.

Sulla terza questione

64. Con la sua terza questione, il giudice del rinvio chiede, in sostanza, se il diritto dell'Unione, in particolare le direttive 2000/43 e 2003/109, debba essere interpretato nel senso che esso osta ad una normativa nazionale o regionale, come

quella di cui trattasi nel procedimento principale, la quale, per quanto riguarda la concessione di un sussidio per l'alloggio, riservi ai cittadini di paesi terzi soggiornanti di lungo periodo un trattamento diverso da quello riservato ai cittadini dell'Unione, siano essi cittadini italiani o no, residenti nel territorio della Provincia autonoma di Bolzano.

65. Per i motivi già esposti ai punti 48-50 della presente sentenza, la discriminazione asserita dal ricorrente nel procedimento principale non rientra nell'ambito di applicazione della direttiva 2000/43.

66. Quanto alla direttiva 2003/109, occorre rammentare, *in limine*, che il sistema istituito da quest'ultima indica chiaramente che l'ottenimento dello *status* di soggiornante di lungo periodo conferito in forza di tale direttiva è subordinato ad una procedura particolare e soggiace inoltre all'obbligo di soddisfare le condizioni precisate nel capo II della direttiva medesima.

67. L'art. 4 della direttiva 2003/109 prevede infatti che gli Stati membri riservino il conferimento dello *status* di soggiornante di lungo periodo ai cittadini di paesi terzi che abbiano soggiornato legalmente e ininterrottamente nel loro territorio nei cinque anni immediatamente precedenti la presentazione della relativa domanda. L'art. 5 della medesima direttiva subordina l'ottenimento dello *status* suddetto alla prova che il cittadino di un paese terzo che chiede il beneficio di tale *status* dispone di risorse sufficienti nonché di un'assicurazione malattia. Infine, l'art. 7 della citata direttiva precisa i requisiti procedurali per il conseguimento dello *status* in questione.

68. Date tali circostanze, spetta al giudice del rinvio accertare se il ricorrente nel procedimento principale sia titolare dello *status* di soggiornante di lungo periodo, cosicché egli possa pretendere, in forza della menzionata direttiva, il beneficio della parità di trattamento con i cittadini dello Stato membro interessato, ai sensi dell'art. 11, par. 1, della direttiva medesima.

69. Occorre ora esaminare se un meccanismo di distribuzione dei fondi destinati ai sussidi per l'alloggio, come quello di cui trattasi nel procedimento principale, sia conforme al principio di parità di trattamento sancito dall'art. 11 della direttiva 2003/109.

Sulla differenza di trattamento e sulla comparabilità delle situazioni in esame

70. Occorre in primo luogo osservare che, nel procedimento principale, sia per i cittadini dell'Unione, siano essi italiani o no, sia per i cittadini di paesi terzi, la legge provinciale distribuisce i fondi destinati ai sussidi per l'alloggio in proporzione alla media ponderata tra la consistenza numerica ed il fabbisogno di ciascuna categoria.

71. Tuttavia, mentre per i cittadini italiani ed i cittadini dell'Unione, per i quali, come risulta dai punti 26-28 della presente sentenza, l'accesso al sussidio per l'alloggio è indistintamente subordinato alla presentazione di una dichiarazione di appartenenza ad uno dei tre gruppi linguistici, è stato attribuito un medesimo coefficiente ai due elementi presi in considerazione nel calcolo della media ponderata, ossia un coefficiente 1, per i cittadini di paesi terzi, in forza della delibera n. 1885, all'elemento

relativo alla loro consistenza numerica è stato attribuito un coefficiente 5, mentre al loro fabbisogno è stato assegnato un coefficiente 1.

72. Dunque, come risulta dall'ordinanza di rinvio, a partire dall'anno 2009 la determinazione della quota di fondi concessi, a titolo di sussidio per l'alloggio, ai cittadini dell'Unione, da un lato, ed ai cittadini di paesi terzi, dall'altro, è stata oggetto di un metodo di calcolo diverso. L'applicazione di coefficienti diversi ha l'effetto di sfavorire la categoria composta da cittadini di paesi terzi, in quanto lo stanziamento disponibile per soddisfare le loro domande di sussidio per l'alloggio è più esiguo, e rischia pertanto di essere esaurito più rapidamente, rispetto a quello attribuito a detti cittadini dell'Unione.

73. Di conseguenza, occorre rilevare che la differenza tra i coefficienti relativi alla consistenza numerica dei cittadini di paesi terzi, da un lato, e dei cittadini dell'Unione, siano essi italiani o no, appartenenti ai tre gruppi linguistici, dall'altro, crea una disparità di trattamento tra queste due categorie di beneficiari.

74. Quanto al confronto tra i cittadini dell'Unione, siano essi italiani o no, ed i cittadini di paesi terzi, la Provincia autonoma di Bolzano sostiene che il ricorso a metodi diversi per accertare la consistenza numerica di queste due categorie o per quantificare il loro fabbisogno dimostra che esse non si trovano in una situazione comparabile.

75. Tuttavia, anche a supporre che esistano — come affermato dalla Provincia autonoma di Bolzano — difficoltà statistiche o amministrative per gestire le domande di sussidio per l'alloggio presentate in particolare dai cittadini di paesi terzi, tali difficoltà non spiegano la ragione per la quale tali cittadini, qualora abbiano acquisito lo *status* riconosciuto dalla direttiva 2003/109, abbiano soddisfatto sia la procedura sia le condizioni prescritte da tale direttiva e non dispongano di risorse sufficienti per far fronte alle spese relative all'alloggio, si trovino in una situazione che non è comparabile a quella di un cittadino dell'Unione avente il medesimo bisogno economico.

Sulla differenza di trattamento alla luce dell'art. 11, par. 1, della direttiva 2003/109

76. Occorre, in secondo luogo, verificare se la disparità di trattamento così accertata rientri — ciò che la Provincia autonoma di Bolzano contesta — nell'ambito di applicazione della direttiva 2003/109, in particolare dell'art. 11, par. 1, lett. *d*), di quest'ultima, il quale prevede per i soggiornanti di lunga durata il beneficio della parità di trattamento per quanto riguarda la previdenza sociale, l'assistenza sociale e la protezione sociale, così come tali nozioni sono definite dalla legislazione nazionale.

77. Al riguardo occorre rammentare che, qualora il legislatore dell'Unione abbia espressamente rinviato alla legislazione nazionale, come avvenuto all'art. 11, par. 1, lett. *d*), della direttiva 2003/109, non spetta alla Corte dare delle parole di cui trattasi una definizione autonoma ed uniforme ai sensi del diritto dell'Unione (v., in tal senso, sentenza del 18 gennaio 1984, *Ekro*, 327/82, *Raccolta*, p. 107, punto 14). Infatti, un rinvio siffatto implica che il legislatore dell'Unione abbia inteso rispettare le differenze che sussistono tra gli Stati membri riguardo alla definizione ed alla portata esatta delle nozioni di cui trattasi.

78. Tuttavia, l'assenza di una definizione autonoma ed uniforme, ai sensi del diritto dell'Unione, delle nozioni di previdenza sociale, di assistenza sociale e di protezione sociale, ed il rinvio al diritto nazionale, contenuto all'art. 11, par. 1, lett. *d*), della direttiva 2003/109, relativamente a dette nozioni, non implicano che gli Stati membri possano pregiudicare l'effetto utile della direttiva 2003/109 al momento dell'applicazione del principio della parità di trattamento previsto da tale disposizione.

79. Risulta dal terzo considerando della direttiva 2003/109 che quest'ultima rispetta i diritti fondamentali ed osserva i principi che sono riconosciuti, segnatamente, dalla Carta, la quale ha, ai sensi dell'art. 6, par. 1, 1° comma, TUE, lo stesso valore giuridico dei Trattati. In forza dell'art. 51, par. 1, della Carta, le sue disposizioni si rivolgono agli Stati membri allorché essi attuano il diritto dell'Unione.

80. Ne consegue che, allorché stabiliscono le misure di previdenza sociale, di assistenza sociale e di protezione sociale definite dalla loro legislazione nazionale e soggiacenti al principio della parità di trattamento sancito all'art. 11, par. 1, lett. *d*), della direttiva 2003/109, gli Stati membri devono rispettare i diritti ed osservare i principi previsti dalla Carta, segnatamente quelli enunciati all'art. 34 di quest'ultima. Ai sensi del par. 3 di tale art. 34, al fine di lottare contro l'esclusione sociale e la povertà, l'Unione — e dunque gli Stati membri quando attuano il diritto di quest'ultima — « riconosce e rispetta il diritto all'assistenza sociale e all'assistenza abitativa volte a garantire un'esistenza dignitosa a tutti coloro che non dispongano di risorse sufficienti, secondo le modalità stabilite dal diritto dell'Unione e le legislazioni e prassi nazionali ».

81. Dal momento che sia l'art. 11, par. 1, lett. *d*), della direttiva 2003/109, sia l'art. 34, par. 3, della Carta si riferiscono al diritto nazionale, spetta al giudice del rinvio, tenendo conto dell'obiettivo di integrazione perseguito da tale direttiva, valutare se un sussidio per l'alloggio, come quello previsto dalla legge provinciale, rientri in una delle categorie contemplate da detto art. 11, par. 1, lett. *d*), ciò che viene contestato dalla Provincia autonoma di Bolzano.

Sull'art. 11, par. 4, della direttiva 2003/109

82. Poiché il giudice del rinvio potrebbe ritenere che il sussidio per l'alloggio di cui trattasi nel procedimento principale rientri nell'ambito dell'art. 11, par. 1, lett. *d*), della direttiva 2003/109, occorre esaminare, in terzo luogo, se la Provincia autonoma di Bolzano sia legittimata, come sostiene, a limitare l'applicazione del principio della parità di trattamento sancito in detto art. 11, par. 1, avvalendosi del par. 4 del medesimo articolo.

83. Al riguardo occorre rammentare che quest'ultima disposizione dispone che, in materia di assistenza sociale e di protezione sociale, gli Stati membri possono limitare l'applicazione di detto principio alle prestazioni essenziali. L'art. 11, par. 4, della direttiva 2003/109 non consente, per contro, una deroga a detto principio per quanto riguarda le prestazioni rientranti nella previdenza sociale come definita dalla legislazione nazionale.

84. Risulta dal tredicesimo considerando di detta direttiva che la nozione di benefici o di prestazioni essenziali comprende almeno il sostegno di reddito minimo, l'assistenza in caso di malattia o di gravidanza, l'assistenza parentale e l'assistenza a

lungo termine. Le modalità di concessione di tali benefici o prestazioni devono essere determinate, a mente di detto considerando, dalla legislazione nazionale.

85. Occorre anzitutto osservare che l'elenco contenuto in tale tredicesimo considerando e che illustra la nozione di « prestazioni essenziali » di cui all'art. 11, par. 4, della direttiva 2003/109 non è esaustivo, come confermato dall'impiego del termine « almeno ». Pertanto, il fatto che in tale considerando non venga effettuato alcun riferimento espresso ai sussidi per l'alloggio non implica che questi ultimi non costituiscano prestazioni essenziali alle quali il principio della parità di trattamento deve necessariamente essere applicato.

86. Inoltre, occorre rilevare che, dal momento che l'integrazione dei cittadini di paesi terzi stabilitisi a titolo duraturo negli Stati membri ed il diritto di tali cittadini al beneficio della parità di trattamento nei settori elencati all'art. 11, par. 1, della direttiva 2003/109 costituiscono la regola generale, la deroga prevista dal par. 4 di tale articolo deve essere interpretata restrittivamente (v., per analogia, sentenza del 4 marzo 2010, *Chakroun*, C-578/08, *Raccolta*, p. I-1839, punto 43).

87. Al riguardo occorre rilevare che un'autorità pubblica, sia essa di livello nazionale, regionale o locale, può invocare la deroga prevista all'art. 11, par. 4, della direttiva 2003/109 unicamente qualora gli organi competenti nello Stato membro interessato per l'attuazione di tale direttiva abbiano chiaramente espresso l'intenzione di avvalersi della deroga suddetta.

88. Dal fascicolo di causa a disposizione della Corte non risulta che la Repubblica italiana abbia manifestato la propria intenzione di ricorrere alla deroga al principio della parità di trattamento prevista dall'art. 11, par. 4, della direttiva 2003/109.

89. Infine, occorre rilevare che il rinvio al diritto nazionale effettuato dal tredicesimo considerando di detta direttiva è limitato alle modalità di concessione delle prestazioni di cui trattasi, vale a dire alla determinazione delle condizioni di accesso e del livello di tali prestazioni nonché delle relative procedure.

90. Il senso e la portata della nozione di « prestazioni essenziali » di cui all'art. 11, par. 4, della direttiva 2003/109 devono pertanto essere ricercati tenendo conto del contesto in cui s'iscrive tale articolo e della finalità perseguita da detta direttiva, ossia l'integrazione dei cittadini di paesi terzi che abbiano soggiornato legalmente e a titolo duraturo negli Stati membri.

91. L'art. 11, par. 4, della direttiva 2003/109 deve essere interpretato nel senso che consente agli Stati membri di limitare la parità di trattamento della quale beneficiano i titolari dello *status* conferito dalla direttiva medesima, ad eccezione delle prestazioni di assistenza sociale o di protezione sociale concesse dalle autorità pubbliche, a livello nazionale, regionale o locale, che contribuiscono a permettere all'individuo di soddisfare le sue necessità elementari, come il vitto, l'alloggio e la salute.

92. Al riguardo occorre rammentare che, conformemente all'art. 34 della Carta, l'Unione riconosce e rispetta il diritto all'assistenza sociale e all'assistenza abitativa volte a garantire un'esistenza dignitosa a tutti coloro che non dispongono di risorse suffi-

cienti. Ne consegue che, nei limiti in cui il sussidio di cui trattasi nel procedimento principale risponde alla finalità enunciata nel citato articolo della Carta, esso non può essere considerato, nell'ambito del diritto dell'Unione, come non compreso tra le prestazioni essenziali ai sensi dell'art. 11, par. 4, della direttiva 2003/109. Spetta al giudice nazionale procedere agli accertamenti necessari, prendendo in considerazione la finalità di tale sussidio, il suo ammontare, i requisiti per la sua attribuzione e la posizione da esso occupata nel sistema di assistenza sociale italiano.

93. Alla luce delle considerazioni che precedono, occorre rispondere alla terza questione dichiarando che l'art. 11, par. 1, lett. *d*), della direttiva 2003/109 deve essere interpretato nel senso che esso osta ad una normativa nazionale o regionale, come quella di cui trattasi nel procedimento principale, la quale, per quanto riguarda la concessione di un sussidio per l'alloggio, riservi ad un cittadino di un paese terzo, beneficiario dello *status* di soggiornante di lungo periodo conferito conformemente alle disposizioni di detta direttiva, un trattamento diverso da quello riservato ai cittadini nazionali residenti nella medesima provincia o regione nell'ambito della distribuzione dei fondi destinati al sussidio summenzionato, a condizione che tale sussidio rientri in una delle tre categorie contemplate dalla disposizione sopra citata e che il par. 4 del medesimo art. 11 non trovi applicazione.

Sulle spese

94. Nei confronti delle parti nel procedimento principale la presente causa costituisce un incidente sollevato dinanzi al giudice nazionale, cui spetta quindi statuire sulle spese. Le spese sostenute da altri soggetti per presentare osservazioni alla Corte non possono dar luogo a rifusione.

Per questi motivi, la Corte (grande sezione) dichiara:

1) Le questioni prima, quarta, quinta, sesta e settima sollevate dal Tribunale di Bolzano nella causa C-571/10 sono irricevibili.

2) Il rinvio operato dall'art. 6, par. 3, TUE alla Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali, firmata a Roma il 4 novembre 1950, non impone al giudice nazionale, in caso di conflitto tra una norma di diritto nazionale e detta Convenzione, di applicare direttamente le disposizioni di quest'ultima, disapplicando la norma di diritto nazionale in contrasto con essa.

3) L'art. 11, par. 1, lett. *d*), della direttiva 2003/109/CE del Consiglio, del 25 novembre 2003, relativa allo *status* dei cittadini di paesi terzi che siano soggiornanti di lungo periodo, deve essere interpretato nel senso che esso osta ad una normativa nazionale o regionale, come quella di cui trattasi nel procedimento principale, la quale, per quanto riguarda la concessione di un sussidio per l'alloggio, riservi ad un cittadino di un paese terzo, beneficiario dello *status* di soggiornante di lungo periodo conferito conformemente alle disposizioni di detta direttiva, un trattamento diverso da quello riservato ai cittadini nazionali residenti nella medesima provincia o regione nell'ambito della distribuzione dei fondi destinati al sussidio summenzionato, a condizione che tale sussidio rientri in una delle tre categorie contemplate dalla disposizione sopra citata e che il par. 4 del medesimo art. 11 non trovi applicazione.

GIURISPRUDENZA ITALIANA

Danno recato da durata non ragionevole del processo - Processo amministrativo - Equa riparazione - Legge 24 marzo 2001 n. 89, art. 3 - Competenza territoriale della corte d'appello - Articoli 3 e 25 Cost. - Criterio di ragionevolezza.

Secondo l'interpretazione, che costituisce regola di diritto vivente, data dalle sezioni unite della Corte di cassazione, il criterio di competenza territoriale della corte d'appello, stabilito nell'art. 3, 1° comma, della l. 24 marzo 2001 n. 89 per i giudizi relativi all'equa riparazione dei danni recati dalla durata non ragionevole del processo, vale anche per i processi amministrativi.

Il principio del giudice naturale enunciato dall'art. 25 Cost. deve ritenersi osservato quando l'organo giudicante sia stato istituito dalla legge sulla base di criteri generali fissati in anticipo e la regola per la determinazione della competenza sia stabilita in via generale e preventiva, con il solo limite della manifesta irragionevolezza delle scelte compiute.

La scelta adottata dalla disposizione in questione non è manifestamente irragionevole (ed è quindi conforme anche al principio di eguaglianza enunciato nell'art. 3 Cost.) dal momento che essa consente la concentrazione davanti ad uno stesso giudice dei giudizi concernenti tutti i processi celebrati in una stessa sede. Asseriti inconvenienti di puro fatto non rilevano ai fini del controllo di costituzionalità.

CORTE COSTITUZIONALE, 10 maggio 2012 n. 117 - Pres. QUARANTA, red. TESAURO (1).

Ritenuto in fatto. — 1. La Corte di appello di Caltanissetta, con ordinanza del 20 aprile 2011, ha sollevato, in riferimento agli articoli 3, 1° comma, 24, 25, 1° comma, e 111, 2° comma, della Costituzione, questione di legittimità costituzionale dell'art. 3, 1° comma, della legge 24 marzo 2001 n. 89 (Previsione di equa riparazione in caso di violazione del termine ragionevole del processo e modifica dell'articolo 375 del codice di procedura civile), nella parte in cui, secondo l'interpretazione assunta come diritto

(1) Il testo della legge 24 marzo 2001 n. 89 è riprodotto in *Rivista*, 2001, p. 615 ss.

vivente, « dispone che la competenza territoriale funzionale della Corte di appello determinata ai sensi dell'art. 11 cod. proc. pen. si estende anche ai procedimenti iniziati avanti alla Corte dei conti ed alle altre giurisdizioni di cui all'art. 103 Cost. ».

2. L'ordinanza di rimessione premette che il processo principale ha ad oggetto una domanda diretta ad ottenere l'equa riparazione per l'irragionevole durata di un processo in corso davanti al Tribunale amministrativo regionale per la Sicilia, proposta inizialmente davanti alla Corte di appello di Palermo; i ricorrenti, avendo quest'ultima dichiarato la propria incompetenza per territorio, hanno riassunto il giudizio davanti alla Corte rimettente.

Secondo il giudice *a quo*, la giurisprudenza prevalente, di legittimità e di merito, aveva ritenuto che la regola dettata dal citato art. 3, 1° comma, concernesse esclusivamente le domande di equa riparazione relative ai processi celebrati davanti alla magistratura ordinaria; per le domande aventi ad oggetto l'irragionevole ritardo dei giudizi amministrativi e contabili la competenza per territorio doveva, invece, essere stabilita ai sensi dell'art. 25 del codice di procedura civile. Siffatto orientamento è stato rimeditato dalle sezioni unite civili della Corte di cassazione che, con ordinanza del 16 marzo 2010 n. 6306, hanno ritenuto riferibile detta disposizione anche ai giudizi di equa riparazione concernenti l'irragionevole ritardo dei processi amministrativi e contabili, enunciando un principio divenuto diritto vivente.

Ad avviso del rimettente, siffatta norma violerebbe anzitutto l'art. 25, 1° comma, Cost. La disciplina della competenza per territorio, secondo la giurisprudenza di questa Corte, attiene, infatti, alla nozione di giudice naturale precostituito per legge (sentenza n. 41 del 2006) e le disposizioni che introducono eccezioni alle regole generali di tale criterio di competenza dovrebbero essere ragionevoli, soprattutto qualora rendano più gravoso l'esercizio dell'azione. Il principio di precostituzione del giudice esige, poi, che l'organo giudicante non sia istituito sulla base di criteri fissati in vista di singole controversie e « la nozione di giudice naturale non si cristallizza soltanto nella determinazione di una competenza generale, ma si forma anche a seguito di tutte le disposizioni di legge che possano derogare a tale competenza in base a criteri che ragionevolmente valutino i disparati interessi coinvolti nel processo » (sentenza n. 452 del 1997).

La norma censurata violerebbe il suindicato parametro costituzionale, in quanto prevede anche per i giudizi *ex lege* n. 89 del 2001 concernenti i processi amministrativi e contabili una deroga della generale disciplina della competenza per territorio che sarebbe priva di ragionevole giustificazione, non apparendo tale al giudice *a quo* « la ricostruzione teorica ontologicamente unitaria della competenza operata dalle sezioni unite ».

Siffatta deroga non sarebbe, infatti, giustificata dall'esigenza di garantire « l'imparzialità e terzietà del giudice », poiché, in relazione a detti giudizi, non può « verificarsi alcuna interferenza tra giudici ordinari e le altre giurisdizioni » e l'art. 11 cod. proc. pen. riguarda « solo i magistrati operanti nell'ambito della giurisdizione ordinaria » (Cass., sez. un. penali, del 15 dicembre 2004, depositata il 13 gennaio 2005 n. 292). Inoltre, questa Corte, con la sentenza n. 287 del 2007, avrebbe fatto proprio l'orientamento contrario all'applicabilità dell'art. 11 cod. proc. pen. ai giudizi di equa riparazione concernenti processi non celebrati davanti ai giudici ordinari. Ad avviso del giudice *a quo*, detta sentenza avrebbe negato l'ammissibilità dell'estensione dell'art. 11 cod. proc. pen. ed escluso che essa sia costituzionalmente obbligata; comunque, avrebbe affermato che detta disposizione non può comportare « una deroga generalizzata a plurime specifiche regole di competenza, ciascuna adeguata a garantire il pieno

esercizio del diritto delle parti di agire e di difendersi in un singolo tipo di controversia». Peraltro, la precedente esegesi del citato art. 3, 1° comma, sarebbe stata giustificata dalla considerazione che « il pericolo per l'imparzialità del giudice è talmente ipotetico che è giustificato rimetterne comunque la valutazione alla discrezionalità del legislatore ».

L'esigenza di evitare che i giudici ordinari chiamati a decidere le domande di equa riparazione siano prossimi a quelli speciali che hanno definito i processi presupposti neppure sarebbe, poi, garantita dalla norma censurata. L'organizzazione territoriale degli uffici dei giudici non ordinari comporta, infatti, che — come accade, ad esempio, nella Regione siciliana — la sezione regionale della Corte dei conti « copre territorialmente tutti i distretti di corte di appello ordinari, qualunque corte d'appello decida sul ritardo »; quindi, i giudici che fanno parte di quest'ultima, « in ipotesi di apertura di procedimenti di responsabilità, saranno soggetti al giudice contabile », con la conseguenza che « nessuno spostamento di competenza, entro il territorio regionale, evita astrattamente l'interferenza stessa », ma incrementa la durata del giudizio. Quest'ultimo risultato si verificherebbe nel caso in esame, poiché la deroga della competenza per territorio della Corte di appello di Palermo in favore della Corte di appello di Caltanissetta comporterebbe, in primo luogo, che la facoltà delle parti di chiedere l'acquisizione degli atti del giudizio presupposto cagionerebbe un ritardo nello svolgimento di tale adempimento, a causa della distanza geografica tra dette sedi giudiziarie; in secondo luogo, determinerebbe la concentrazione dei giudizi di equa riparazione « presso una piccola Corte di appello come quella di Caltanissetta », dato che la gran parte dei giudizi presupposti sono celebrati davanti ad uffici giudiziari (amministrativi e contabili) ubicati nel distretto della Corte di appello di Palermo. L'interpretazione divenuta regola di diritto vivente provocherebbe, quindi, una « disfunzione dello stesso giudizio che deve riparare all'irragionevole durata del processo presupposto », in violazione sia dei principi di ragionevolezza e di ragionevole durata del processo, sia dell'art. 3, 6° comma, della legge n. 89 del 2001, poiché l'elevato numero dei giudizi di equa riparazione non permetterebbe alla Corte rimettente di definirli entro il termine stabilito da quest'ultima disposizione.

Ad avviso del giudice *a quo*, la norma in esame neppure « favorirebbe l'intera diffusione del contenzioso presso tutte le corti d'appello, alleggerendo il distretto di Roma ove si trovano gli organi di vertice ». La circostanza che il T.a.r. per la Sicilia « ha giurisdizione per l'intero territorio regionale » comporta, infatti, la concentrazione di tutte le domande di equa riparazione concernenti processi celebrati da tale ufficio giudiziario davanti alla Corte d'appello di Caltanissetta. Inoltre, detta interpretazione neanche garantirebbe una riduzione del carico di lavoro della Corte di appello di Roma, in riferimento ai giudizi per i quali « un segmento del ritardo sia relativo al giudizio di cassazione » ed a quello definito dagli altri organi giurisdizionali di vertice.

2.1. La norma censurata violerebbe anche l'art. 3, 1° comma, Cost., poiché la deroga della competenza per territorio stabilita dall'art. 11 cod. proc. pen. non è applicabile neppure ai processi penali concernenti i magistrati amministrativi e contabili e neanche sono stabilite eccezioni alle ordinarie regole di competenza concernenti i giudizi civili dei quali questi siano parte, sicché non sarebbe ragionevole la previsione di una deroga per il solo giudizio di equa riparazione.

Inoltre, essa recherebbe *vulnus* all'art. 111, 2° comma, Cost. ed al principio di ragionevole durata del processo, dato che la Corte rimettente non sarebbe in condizione di decidere le domande di equa riparazione entro il termine stabilito dall'art. 3, 6° comma, della legge n. 89 del 2001 e ciò rischierebbe di dare vita ad un ulteriore

contenzioso, influenzando negativamente l'elevato numero di detti processi sulla ragionevole durata di tutti gli altri giudizi attribuiti alla medesima.

La norma censurata violerebbe, poi, l'art. 24 Cost., poiché la pregressa esegesi del citato art. 3, 1° comma, non ledeva il principio di imparzialità e terzietà del giudice, garantito dall'« appartenenza dei giudici controllori e controllati ad ordini giurisdizionali diversi » (sentenza n. 287 del 2007) e dagli istituti dell'astensione e della ricusazione. Inoltre, essa determinerebbe « uno sbilanciamento, non necessario, in favore dell'interesse garantito dall'art. 108, 2° comma, Cost. » ed una « non giustificata compressione del diritto di difesa sancito dall'art. 24 Cost. », dato che, nei giudizi *ex lege* n. 89 del 2001, la parte attrice sarebbe costretta ad adire la Corte di appello geograficamente più distante, individuata ai sensi dell'art. 11 cod. proc. pen.

La questione, conclude il rimettente, sarebbe, infine, rilevante, poiché il suo eventuale accoglimento comporterebbe l'incompetenza per territorio della Corte di appello di Caltanissetta a decidere la domanda proposta nel giudizio principale.

3. Nel giudizio davanti a questa Corte è intervenuto il Presidente del Consiglio dei ministri, rappresentato e difeso dall'Avvocatura generale dello Stato, chiedendo che la questione sia dichiarata manifestamente infondata.

La norma censurata non violerebbe, infatti, l'art. 25, 1° comma, Cost., poiché la scelta con essa realizzata sarebbe ragionevole, tenuto conto delle argomentazioni svolte dalle sezioni unite civili della Corte di cassazione nell'ordinanza n. 6306 del 2010, in larga misura riprodotte nell'atto di intervento. La considerazione unitaria del giudizio presupposto sotto il profilo della competenza garantirebbe, inoltre, un'uniforme applicazione del citato art. 3, 1° comma, a tutti i giudizi di equa riparazione e l'esigenza di un giudice terzo ed imparziale. L'interpretazione in esame non sarebbe, inoltre, irragionevole e non si porrebbe in contrasto con l'art. 3 Cost. anche perché le situazioni poste a confronto dal rimettente non sarebbero omologhe.

L'art. 111, 2° comma, Cost. non sarebbe leso, in quanto tale parametro « concepisce un giusto processo come canone "oggettivo" », in virtù del quale ciò che è « imprescindibile è la possibilità di esercizio della giurisdizione a tutela di situazioni meritevoli, ma non l'imposizione di un modello unico e valido in assoluto ». La garanzia di imparzialità del giudice, tutelata dalla disciplina della competenza per territorio stabilita dalla norma censurata, sarebbe rispettosa di detto canone e favorirebbe la diffusione del contenzioso, evitandone la concentrazione presso la Corte di appello di Roma ed assicurando in tal modo la durata ragionevole dei giudizi.

Secondo l'Avvocatura generale, sarebbe, infine, infondata la censura riferita all'art. 24 Cost., poiché è « irrazionale ritenere che la violazione del diritto di difesa sussista o meno a seconda che il giudizio presupposto sia [celebrato] dinanzi al giudice ordinario oppure dinanzi a quello amministrativo ». L'applicazione di uno stesso criterio di competenza a tutti i giudizi di equa riparazione permetterebbe, invece, « di razionalizzare ed uniformare il riparto, senza in alcun modo comprimere la tutela giurisdizionale del cittadino ».

Considerato in diritto. — 1. La Corte di appello di Caltanissetta dubita, in riferimento agli articoli 3, 1° comma, 24, 25, 1° comma, e 111, 2° comma, della Costituzione, della legittimità costituzionale dell'art. 3, 1° comma, della legge 24 marzo 2001 n. 89 (Previsione di equa riparazione in caso di violazione del termine ragionevole del processo e modifica dell'art. 375 del codice di procedura civile), nella parte in cui, secondo l'interpretazione assunta come diritto vivente, « dispone che la competenza territoriale funzionale della Corte di appello determinata ai sensi dell'art. 11 cod. proc.

pen. si estende anche ai procedimenti iniziati avanti alla Corte dei conti ed alle altre giurisdizioni di cui all'art. 103 Cost. ».

2. Ad avviso del rimettente, detta norma violerebbe l'art. 25, 1° comma, Cost., in quanto la disciplina della competenza per territorio sarebbe preordinata a garantire il principio del giudice naturale precostituito per legge, il quale esige che l'organo giudicante non sia istituito sulla base di criteri fissati in vista di singole controversie. Siffatto parametro costituzionale sarebbe leso, poiché la norma censurata, per i giudizi di equa riparazione concernenti l'irragionevole ritardo dei processi amministrativi e contabili, prevede una deroga dell'ordinaria disciplina della competenza per territorio non sorretta da una ragionevole giustificazione, dato che per essi l'esigenza di garantire « l'imparzialità e terzietà del giudice » non renderebbe necessaria l'applicabilità della regola stabilita dal citato art. 3, 1° comma, come, peraltro, sarebbe stato affermato da questa Corte con la sentenza n. 287 del 2007. Inoltre, essa provocherebbe un incremento della durata di detti giudizi, in contrasto con la finalità degli stessi, sia a causa della maggiore difficoltà di acquisire gli atti del processo presupposto, sia perché determinerebbe la concentrazione di un elevato numero di processi presso una corte di appello di ridotte dimensioni qual è quella di Caltanissetta.

La norma in esame recherebbe *vulnus* anche all'art. 3, 1° comma, Cost., poiché la deroga della competenza per territorio stabilita dall'art. 11 cod. proc. pen. non è applicabile neppure ai processi penali che concernono i magistrati amministrativi e contabili e neanche sono previste eccezioni all'ordinaria disciplina di tale criterio di competenza per i processi civili dei quali questi sono parte e, quindi, non sarebbe ragionevole la previsione di una deroga per il giudizio di equa riparazione.

Inoltre, essa si porrebbe in contrasto con l'art. 111, 2° comma, Cost. e con il principio di ragionevole durata del processo, dato che determinerebbe l'impossibilità per la Corte rimettente di decidere le domande di equa riparazione entro il termine stabilito dall'art. 3, 6° comma, della legge n. 89 del 2001, e ciò rischierebbe di dare luogo ad un ulteriore contenzioso, mentre l'elevato numero di tali processi influirebbe negativamente anche sulla ragionevole durata di tutti gli altri giudizi ad essa attribuiti.

La norma censurata violerebbe, infine, l'art. 24 Cost., in quanto il principio di imparzialità e terzietà del giudice sarebbe garantito dall'« appartenenza dei giudici controllori e controllati ad ordini giurisdizionali diversi » e dagli istituti dell'astensione e della ricusazione. Inoltre, essa determinerebbe « uno sbilanciamento, non necessario, in favore dell'interesse garantito dall'art. 108, 2° comma, Cost. » ed una « non giustificata compressione del diritto di difesa sancito dall'art. 24 Cost. », dato che, nei giudizi in esame, la parte attrice sarebbe costretta ad adire la corte di appello geograficamente più distante, individuata ai sensi dell'art. 11 cod. proc. pen.

3. In linea preliminare, va precisato che il giudizio principale ha ad oggetto una domanda diretta ad ottenere l'equa riparazione per l'irragionevole durata di un processo in corso davanti al T.a.r. per la Sicilia; la questione di legittimità costituzionale è, dunque, rilevante esclusivamente nella parte concernente l'applicabilità della norma censurata ai giudizi *ex lege* n. 89 del 2001 relativi a processi celebrati davanti al giudice amministrativo.

Inoltre, occorre osservare che le sezioni unite civili della Corte di cassazione, investite della questione dell'interpretazione del citato art. 3, 1° comma, hanno ritenuto che il criterio di collegamento stabilito da questa disposizione concerne anche detti giudizi (ordinanza 16 marzo 2010 n. 6307; le ordinanze n. 6306 — richiamata dal giudice *a quo* — e n. 6308, rese nella stessa data, hanno, invece, deciso la questione

della riferibilità di detto criterio alle domande relative all'irragionevole ritardo dei giudizi ordinari definiti in sede di legittimità, benché abbiano anche confermato il principio enunciato dalla prima ordinanza). Siffatta interpretazione costituisce regola di diritto vivente, in quanto enunciata dalle sezioni unite nell'esercizio della propria funzione nomofilattica (sentenza n. 338 del 2011) e, in seguito, costantemente ribadita dalla stessa Corte (*ex plurimis*, ordinanze 30 dicembre 2011 n. 30111; 31 agosto 2011 n. 17908; 29 novembre 2010 n. 24171). La premessa interpretativa dalla quale muove il rimettente è, dunque, corretta e, costituendo la valutazione se uniformarsi o meno a tale orientamento una facoltà del medesimo (sentenza n. 91 del 2004), la questione di legittimità costituzionale è ammissibile. Essa non mira, infatti, ad ottenere un avallo dell'interpretazione ritenuta preferibile dal giudice *a quo*, ma consiste nella denuncia del contrasto della stessa con i parametri costituzionali sopra richiamati (tra le più recenti, sentenze n. 293, n. 236 e n. 3 del 2010).

4. Nel merito, la questione non è fondata.

4.1. In relazione alle censure riferite all'art. 25, 1° comma, Cost., occorre premettere che il principio del giudice naturale deve ritenersi osservato quando « l'organo giudicante sia stato istituito dalla legge sulla base di criteri generali fissati in anticipo e non in vista di singole controversie » (da ultimo, sentenza n. 30 del 2011) e la competenza venga determinata attraverso atti di soggetti ai quali sia attribuito il relativo potere, nel rispetto della riserva di legge esistente in tale materia (ordinanze n. 417 e n. 112 del 2002), come accade nella specie. La regola di determinazione della competenza per territorio relativa ai giudizi in esame è, infatti, stabilita in via generale e preventiva dall'art. 3, 1° comma, della legge n. 89 del 2001, disposizione questa che, evidentemente, può e deve costituire oggetto di interpretazione da parte dei giudici; l'eventuale sussistenza di un contrasto in ordine al significato da attribuire alla medesima non può, per ciò solo, farla ritenere lesiva del suindicato principio, come, invece, adombra il rimettente.

Secondo la costante giurisprudenza costituzionale, il legislatore dispone, inoltre, di ampia discrezionalità nella conformazione degli istituti processuali (tra le più recenti, sentenza n. 304 del 2011) e, quindi, anche nella fissazione dei criteri attributivi della competenza, con il solo limite della manifesta irragionevolezza delle scelte compiute (*ex plurimis*, sentenze n. 52 del 2010; n. 237 del 2007; n. 341 del 2006), che non è violato dalla norma censurata.

La tesi contraria è stata argomentata dal rimettente essenzialmente richiamando la sentenza di questa Corte n. 287 del 2007, della quale ha, tuttavia, offerto una lettura non corretta. Questa pronuncia ha, infatti, deciso la questione di legittimità costituzionale del citato art. 3, 1° comma, proposta in riferimento agli articoli 97, 1° comma, e 108, 1° e 2° comma, Cost., nella parte in cui, secondo l'interpretazione sostenuta dal precedente (allora prevalente) orientamento della giurisprudenza, il criterio di determinazione della competenza per territorio dallo stesso stabilito non era applicabile ai giudizi di equa riparazione concernenti i processi celebrati davanti ai giudici non ordinari. La sentenza, nel dichiarare infondata la questione, ha escluso che detta esegesi recasse *vulnus* alla « garanzia della terzietà e imparzialità del giudice », ma non ha affatto affermato che essa fosse la sola compatibile con le norme della Costituzione (tanto meno con quelle richiamate dal giudice *a quo*).

L'interpretazione ora divenuta regola di diritto vivente — censurata dalla Corte di appello di Caltanissetta — è stata, quindi, motivata, sottolineando, tra l'altro, che essa non è impedita, « sul piano lessicale », dall'utilizzo nel citato art. 3, 1° comma, « di un

termine (distretto) che è proprio della distribuzione sul territorio delle corti di appello », non dei giudici amministrativi. Detto termine può, infatti, « funzionare in modo identico » in relazione a questi ultimi, venendo « in rilievo la sede e non l'ambito territoriale di competenza ». Il legislatore ha, quindi, inteso « regolare gli effetti del fenomeno della durata non ragionevole del processo, quale che sia il giudice davanti al quale si svolge », esprimendo la volontà di stabilire una specifica disciplina della competenza per territorio, mediante l'impiego della parola « distretto ». La *ratio* della norma censurata è stata, conseguentemente, identificata in quella di stabilire un'unica regola di disciplina della competenza per territorio, valida in relazione a tutti i processi dei quali si denuncia l'irragionevole durata e, a questo scopo, è stato recepito il criterio di collegamento stabilito dall'art. 11 cod. proc. pen. È stata in tal modo realizzata la concentrazione davanti ad uno stesso giudice dei giudizi *ex lege* n. 89 del 2001 concernenti tutti i processi celebrati in una stessa sede, favorendo una tendenziale omogeneità di valutazioni in ordine alle ragioni del ritardo ed alla liquidazione dei danni (specie, tra l'altro, nel caso di giudizi seriali, ovvero con pluralità di parti, non infrequenti in materia amministrativa), al fine di soddisfare un'esigenza non garantita dalla pregressa esegesi, divenuta particolarmente pressante anche a causa dell'elevato numero dei giudizi di equa riparazione, « che fa ricadere sul bilancio dello Stato un onere sempre più gravoso ».

A conforto della regola di diritto vivente in esame sono stati, quindi, adottati argomenti ulteriori rispetto a quello di garantire l'imparzialità e la terzietà del giudice dell'equa riparazione, idonei a fare escludere la manifesta irragionevolezza della scelta con essa realizzata, anche perché la fissazione di una determinata regola di competenza territoriale bene può essere giustificata dall'esigenza di assicurare l'uniformità della giurisprudenza in relazione a determinate controversie (sentenza n. 189 del 1992).

Le deduzioni del rimettente, secondo le quali la norma provocherebbe « un abnorme allungamento dei tempi di definizione del processo », sia in quanto renderebbe meno agevole l'acquisizione degli atti del processo presupposto da parte di un ufficio giudiziario ubicato in una località diversa da quella dell'ufficio davanti al quale esso è stato celebrato, sia perché determinerebbe un aumento del numero di affari giudiziari attribuiti ad « una piccola Corte di appello come quella di Caltanissetta », sono manifestamente incongrue ed inconferenti rispetto alla censura diretta a denunciare la violazione dell'art. 25, 1° comma, Cost. In ogni caso, si risolvono nella denuncia di asseriti (ed eventuali) inconvenienti di mero fatto, che, secondo la consolidata giurisprudenza di questa Corte, non rilevano ai fini del controllo di costituzionalità (per tutte, sentenze n. 303 del 2011 e n. 230 del 2010; ordinanze n. 290 e n. 102 del 2011).

4.2. Quest'ultima considerazione conduce a ritenere non fondata anche la questione proposta in relazione all'art. 111, 2° comma, Cost., sostenendo che la norma in esame porrebbe la Corte rimettente nell'impossibilità di definire i giudizi di equa riparazione entro il termine fissato dall'art. 3, 6° comma, della legge n. 89 del 2001, con il rischio di alimentare un ulteriore contenzioso e di incidere sulla durata degli ulteriori affari alla stessa assegnati.

Siffatta argomentazione consiste, infatti, nella prospettazione di asserite difficoltà che non discendono in via diretta ed immediata dalla norma in esame, ma deriverebbero da una situazione e da inconvenienti di fatto, irrilevanti in quanto tali ai fini del giudizio di legittimità costituzionale, ai quali va eventualmente posto rimedio (qualora effettivamente sussistano), approntando le idonee ed opportune misure organizzative.

4.3. Le censure riferite all'art. 3 Cost. non sono fondate, anzitutto perché le considerazioni dianzi svolte hanno permesso di negare la manifesta irragionevolezza della scelta realizzata dalla norma. Inoltre, il giudice che ha celebrato il processo presupposto non è parte del giudizio (civile) di equa riparazione e, quindi, è chiara la diversità (e non comparabilità) di detta situazione con quella costituita sia dal giudizio penale, sia dal giudizio civile avente diverso oggetto, del quale sia, invece, parte il giudice amministrativo. La disciplina dell'art. 11 cod. proc. pen. è, poi, richiamata dalla norma in esame per stabilire una regola di individuazione della competenza per territorio unica per tutti i giudizi *ex lege* n. 89 del 2001, valida indipendentemente dalla giurisdizione davanti alla quale è stato celebrato il processo presupposto, allo scopo di assicurare, all'esito di un non irragionevole bilanciamento degli interessi in gioco, il soddisfacimento anche delle rilevanti esigenze sopra richiamate, ulteriori rispetto a quella di garantire l'imparzialità e la terzietà del giudice.

4.4. Infine, anche la censura proposta in relazione all'art. 24 Cost. non è fondata.

Secondo la costante giurisprudenza di questa Corte, siffatto parametro costituzionale è vulnerato quando le norme processuali pongano « condizioni "di sostanziale impedimento all'esercizio del diritto di azione" » (tra le più recenti, sentenza n. 30 del 2011), ovvero prevedano deroghe non ragionevoli della regolamentazione della competenza per territorio (sentenza n. 231 del 1994). Nella specie, la disciplina in esame, all'evidenza, non integra un impedimento di tale natura, e ciò anche alla luce sia della non irragionevolezza delle motivazioni costituenti la *ratio* della regola divenuta diritto vivente e delle esigenze che essa mira a garantire, dianzi esaminate, sia dei caratteri di semplicità e rapidità che improntano il giudizio di equa riparazione (tenuto conto, altresì, delle agevolazioni previste per il ricorrente in ordine all'acquisizione degli atti del processo presupposto, art. 3, 5° comma, della legge n. 89 del 2001).

Per questi motivi la Corte costituzionale dichiara non fondata la questione di legittimità costituzionale dell'art. 3, 1° comma, della legge 24 marzo 2001 n. 89 (Previsione di equa riparazione in caso di violazione del termine ragionevole del processo e modifica dell'art. 375 del codice di procedura civile), sollevata, in riferimento agli articoli 3, 1° comma, 24, 25, 1° comma, e 111, 2° comma, della Costituzione, dalla Corte di appello di Caltanissetta, con l'ordinanza indicata in epigrafe.

Immunità di Stati esteri dalla giurisdizione - Accertamento della giurisdizione da parte della Cassazione - Sentenza successiva della Corte internazionale di giustizia che accerta l'immunità - Articoli 10 e 11 Cost. - Carta delle Nazioni Unite, art. 94 - Improprietà della domanda.

La pronuncia della Cassazione che, in sede di regolamento di giurisdizione, riconosce la sussistenza della giurisdizione del giudice italiano in una causa promossa nei confronti di uno Stato estero è sicuramente vincolante nel giudizio e comporta l'impossibilità di rimettere in discussione la giurisdizione così riconosciuta con riferimento alle questioni già esaminate e decise.

Tale pronuncia non comporta tuttavia di per sé alcuna valutazione positiva rispetto all'ammissibilità della domanda e all'esistenza effettiva del diritto fatto valere. Nella valutazione del merito della causa non si può prescindere dalla successiva sentenza della Corte internazionale di giustizia che ha affermato l'immunità dalla giurisdizione dello Stato estero convenuto in relazione alle domande proposte nei suoi confronti. Il giudice deve conformarsi in base agli articoli 10 e 11 Cost. al diritto internazionale generale e ai trattati che promuovono e favoriscono le organizzazioni internazionali volte alla formazione di un ordinamento che assicuri la pace e la giustizia fra le nazioni: fra tali trattati rientra la Carta delle Nazioni Unite, il cui art. 94 vincola l'Italia ad adeguarsi alla decisione resa dalla Corte internazionale di giustizia.

Ne segue l'improponibilità della domanda proposta nei confronti dello Stato estero.

APPELLO TORINO, 3 maggio 2012 - Pres. SILVA, red. MACCARONE - *Repubblica federale di Germania c. De Guglielmo e Presidenza del Consiglio dei ministri.*

Svolgimento del processo. — Con atto di citazione ritualmente notificato la Repubblica federale di Germania, in persona dell'Ambasciatore *pro tempore*, ha proposto impugnazione avverso la sentenza del Tribunale di Torino del 19-20 maggio 2010, convenendo in giudizio Roberto De Guglielmi, quale erede di Vincenzo De Guglielmi, e la Presidenza del Consiglio dei ministri, in persona del Presidente del Consiglio *pro tempore*, e ha chiesto la riforma integrale del provvedimento impugnato, che la ha condannata a risarcire i danni subiti da Vincenzo De Guglielmi per la deportazione in Germania e la sottoposizione a lavori forzati in condizioni di schiavitù nel periodo dal 9 settembre 1943 al settembre del 1945: lo Stato appellante ha insistito per la declaratoria di carenza di giurisdizione del giudice italiano, o di improcedibilità o inammissibilità della domanda, o di intervenuta prescrizione del diritto fatto valere o, in estremo subordine, di manleva a carico della Repubblica italiana.

Vincenzo De Guglielmi aveva adito il Tribunale di Torino convenendo in giudizio la Repubblica federale di Germania e chiedendo il risarcimento sia dei danni patrimoniali, consistenti nel mancato guadagno per i lavori cui venne adibito durante la prigionia, sia dei danni non patrimoniali, per le sofferenze psichiche e fisiche dell'ingiusta privazione della libertà e dell'assoggettamento a condizioni servili, subiti a causa della deportazione in Germania dal 9 settembre 1943 al settembre del 1945 per essere avviato ai lavori forzati. La Repubblica federale di Germania si era costituita e aveva sollevato diverse eccezioni di carattere pregiudiziale e preliminare, contestando in particolare la sussistenza della giurisdizione del giudice italiano, chiedendo comunque nel merito il rigetto delle domande e chiamato in causa, per la manleva, la Presidenza del Consiglio dei ministri della Repubblica italiana. La questione sulla sussistenza della giurisdizione del giudice italiano, contestata dallo Stato convenuto sia in virtù del principio di immunità degli Stati per gli atti espressione della loro sovranità, sia in base all'art. 77 del Trattato di pace del 10 febbraio 1947, era stata subito sottoposta alla Corte di cassazione, che si era pronunciata in senso positivo in sede di regolamento di

giurisdizione: escludendo l'immunità dalla giurisdizione civile della Repubblica federale di Germania per il caso in esame, la Suprema Corte, con l'ordinanza n. 14210/2008, ha tra l'altro evidenziato che per gravi violazioni, « quali quelle costituenti crimini addirittura contro l'umanità » che segnano anche il punto di rottura dell'esercizio tollerabile della sovranità, sarebbe incongruo affermare l'esclusione dalla giurisdizione civile dello Stato straniero, che ben potrebbe essere, invece, pacificamente convenuto, secondo la dottrina internazionalistica, per la violazione ad esso addebitabile di obbligazioni negoziali. Riassunto il processo, all'esito dell'istruttoria, documentale, il Tribunale di Torino si era adeguato alla pronuncia sulla giurisdizione della Suprema Corte e aveva respinto tutte le eccezioni pregiudiziali e preliminari proposte dalla Germania, accogliendo nel merito la domanda proposta. Per i profili che ancora rilevano in questo secondo grado di giudizio, i motivi sui quali il primo giudice aveva fondato la sua decisione sono i seguenti: — la questione sulla sussistenza della giurisdizione italiana per conoscere della controversia è stata definitivamente risolta, con riferimento alla posizione dell'attore, dalla Suprema Corte in sede di regolamento di giurisdizione, e non se ne può più discutere in questo processo, poiché neanche l'eventuale sentenza della Corte internazionale di giustizia favorevole allo Stato convenuto, che ad essa si è rivolto lamentando la violazione del diritto internazionale da parte dell'Italia, potrebbe superarla. In base alla pronuncia della Corte vi è quindi giurisdizione italiana nei confronti della Germania in relazione alle domande di risarcimento dei danni causati dalla deportazione e dall'assoggettamento al lavoro forzato; — sussiste la competenza del Tribunale di Torino a conoscere della controversia perché l'eccezione di incompetenza territoriale è stata formulata in modo incompleto, in base al solo criterio del *locus commissi delicti* e non anche a quello del luogo in cui l'obbligazione risarcitoria dedotta in giudizio dovrebbe essere eseguita; — la legge applicabile è quella italiana, poiché è quella del luogo in cui si verificò, nel caso di specie, l'evento dannoso essendo stato Vincenzo De Guglielmi catturato in Italia; — le eccezioni sollevate dalla Repubblica federale di Germania riguardanti la rinuncia dell'Italia e dei suoi cittadini a qualsiasi domanda di risarcimento nei confronti della Germania in base al Trattato di pace del 1947 e alla Convenzione di Bonn del 1961 riguardano il merito, ma non incidono sulla procedibilità delle domande; sia il Trattato che la Convenzione si riferiscono esclusivamente ai risarcimenti per danni al patrimonio senza coprire gli illeciti extracontrattuali aventi titolo in crimini contro l'umanità, e comunque hanno un ambito di applicazione limitato alle controversie pendenti al momento della stipula; dalle considerazioni svolte consegue pure, come diretta conseguenza, l'infondatezza della domanda di manleva rivolta verso la Repubblica italiana, perché i rapporti relativamente ai quali il Governo italiano si è impegnato a tenere indenne la Repubblica federale di Germania sono diversi da quelli oggetto del presente giudizio; — i diritti risarcitori azionati non sono prescritti: non si discute dell'applicazione di una sanzione penale ma del risarcimento dei danni per un illecito civile; non valgono quindi i principi di tassatività e di irretroattività sanciti dall'art. 25 Cost.; in ambito civile il principio di irretroattività, previsto da una legge ordinaria, è derogabile da una legge dello stesso rango; — occorre quindi verificare se esista una norma di diritto internazionale che sancisca l'imprescrittibilità dei crimini contro l'umanità, verificando altresì quando e con quali caratteristiche una tale norma sia venuta ad esistere; una chiara tendenza verso il riconoscimento del principio dell'imprescrittibilità si è manifestata a partire dagli anni '60, quando il rischio che non potessero essere più perseguiti i crimini commessi dalle forze di occupazione naziste nei paesi assoggettati durante il secondo conflitto mondiale ha indotto numerosi di questi paesi a dotarsi di leggi *ad hoc*, escludenti l'applicabilità della prescrizione, anche in deroga alla

disciplina interna; in sostanza, l'esistenza di una norma di diritto internazionale consuetudinario sancente l'imprescrittibilità dei crimini contro l'umanità si è resa manifesta nella comunità internazionale nel momento stesso in cui si è prospettato il rischio che i crimini in questione potessero essere prescritti, ed è stata affermata dalla grande maggioranza delle corti dei diversi Paesi; nessun rilievo assume quindi la mancata ratifica delle convenzioni ONU del 1968 ed europea del 1974 su questo profilo; — quanto al contenuto della norma consuetudinaria e, in particolare, alla sua retroattività, il principio della imprescrittibilità dei crimini contro l'umanità venne applicato a fatti commessi in epoca precedente al suo formarsi, in deroga al principio di irretroattività, essendo possibile, per norma internazionale comunemente accettata e condivisa, sanzionare penalmente fatti che, pur non previsti da una legge vigente all'epoca in cui furono commessi, erano considerati criminosi in base ai principi generali riconosciuti dalle nazioni civili; — secondo l'art. 10 della Costituzione, l'ordinamento giuridico italiano si conforma alle norme di diritto internazionale generalmente riconosciute, con la conseguenza che, se il fatto illecito civile per il quale si agisce consiste in un crimine contro l'umanità, esso si deve considerare imprescrittibile; l'eccezione di prescrizione sollevata dalla Repubblica federale di Germania deve pertanto essere respinta; — nel merito, i fatti illeciti su cui l'attore ha fondato la domanda sono pienamente provati, e il danno complessivo, patrimoniale e non patrimoniale, si liquida equitativamente in € 28.000 (€ 8000,00 per il danno patrimoniale ed € 20.000,00 per quello non patrimoniale), oltre accessori; — la particolarità delle questioni trattate giustifica integrale compensazione delle spese di causa.

Avverso la sentenza del Tribunale di Torino ha proposto appello la Repubblica federale di Germania, dolendosi per i seguenti motivi: — 1. avrebbe dovuto essere accolta l'eccezione di carenza di giurisdizione del giudice italiano, in base al cd. principio dell'immunità ristretta degli Stati stranieri o in base al combinato disposto dell'art. 77 del Trattato di pace del 1947 e dell'Accordo italo-tedesco di Bonn del 1961; — 2. richiesta di declaratoria, comunque, di improcedibilità o inammissibilità delle domande in base al Trattato e all'Accordo richiamati; — 3. incompetenza territoriale del Tribunale di Torino, non sussistendo alcuno dei criteri previsti dagli articoli 18, 19 e 20 cod. proc. civ., a favore del Tribunale di Bolzano specificamente indicato; — 4. declaratoria di intervenuta prescrizione della domanda risarcitoria, con ampia esposizione delle ragioni in diritto giustificanti la fondatezza dell'eccezione proposta fin dalla costituzione nel giudizio di primo grado; — 5. condanna, per il caso di accoglimento nel merito della domanda risarcitoria, della Presidenza del Consiglio dei ministri della Repubblica italiana alla manleva, in base al Trattato e all'Accordo sopra richiamati. Per giustificare la fondatezza dell'appello proposto dalla Repubblica federale di Germania ha richiamato tutte le difese e argomentazioni già proposte in primo grado e disattese dal Tribunale di Torino, evidenziando altresì di aver proposto un giudizio contro l'Italia avanti alla Corte internazionale di giustizia, avente ad oggetto la stessa questione di giurisdizione sollevata del presente giudizio, del quale apparirebbe giustificata quindi, secondo l'appellante, la sospensione, perché l'Italia dovrà conformarsi alla decisione della Corte *ex art. 94* dello Statuto delle Nazioni Unite.

Si è ritualmente costituito Roberto De Guglielmi, quale erede di Vincenzo De Guglielmi, chiedendo il rigetto dell'appello proposto, con piena adesione alle argomentazioni del primo giudice su tutte le questioni controverse e con richiamo alle difese già svolte nel giudizio di primo grado.

Si è costituita pure la Presidenza del Consiglio dei ministri della Repubblica italiana, instando per la declaratoria di inammissibilità, e comunque per il rigetto, della

domanda di manleva proposta nei suoi confronti, attraverso la conferma della sentenza del Tribunale di Torino, sottoposta ad impugnazione.

Precisate le conclusioni definitive come in premessa, all'udienza del 16 dicembre 2011 la causa è stata trattenuta in decisione, con termini di giorni sessanta per il deposito di comparse conclusionali e di ulteriori giorni venti per il deposito di memorie di replica.

Motivi della decisione. — Occorre sottolineare che, in pendenza dei termini concessi per il deposito delle comparse conclusionali e delle memorie di replica, è intervenuta la sentenza della Corte internazionale di giustizia, adita dalla Repubblica federale di Germania che lamentava la violazione da parte dell'Italia del diritto internazionale consuetudinario in ordine all'immunità degli Stati esteri dalla giurisdizione civile per gli atti *jure imperii*, che ha statuito in modo favorevole all'appellante.

La Corte internazionale di giustizia, con sentenza del 3 febbraio 2012, ha stabilito che, per lo stato attuale del diritto internazionale consuetudinario, uno Stato non è privo dell'immunità dalla giurisdizione per gli atti che sono espressione della sua sovranità, per la sola ragione di essere accusato di violazioni gravi del diritto internazionale sia in relazione ai diritti inviolabili dell'uomo, sia in relazione alla disciplina normativa da rispettare in tempo di guerra; permettendo che fossero intentate avanti ai suoi giudici azioni civili contro la Germania, fondate su violazioni del diritto internazionale umanitario commesse dal Reich tedesco tra il 1943 e il 1945, lo Stato italiano ha, secondo la Corte, violato l'immunità dalla giurisdizione riconosciuta alla Germania dal diritto internazionale e dovrà fare in modo, ricorrendo alla promulgazione di una legislazione appropriata o a qualsiasi altro mezzo a sua scelta, che le decisioni dei suoi giudicanti, in contrasto con l'immunità riconosciuta alla Repubblica federale di Germania, non esplicino effetti; la Corte ha peraltro sottolineato come la sua pronuncia riguardi solo il profilo della sussistenza dell'immunità della Germania dalla giurisdizione di altro Stato, avanti ai cui giudici sia convenuta in relazione ad attività espressione della sua sovranità, senza alcuna implicazione nel merito delle questioni controverse, rispetto alle quali ha sollevato dubbi sull'adeguatezza della risposta risarcitoria — da risolvere nell'ambito di trattative tra Stati — della Repubblica federale di Germania appellante rispetto ai diritti militari italiani prigionieri di guerra, sottoposti a lavori forzati in condizioni di schiavitù.

Ai fini della decisione la Corte ha esaminato gli argomenti offerti dallo Stato italiano a sostegno della sua posizione contro quella dello Stato ricorrente, argomenti che ripercorrevano i punti fondamentali della motivazione attraverso cui la Suprema Corte, a sezioni unite, aveva riconosciuto la sussistenza della giurisdizione del giudice italiano anche con specifico riferimento a questo giudizio, con l'ordinanza n. 14210/08 sopra richiamata.

La sentenza della Corte internazionale di giustizia è sicuramente vincolante per l'Italia, che vi si dovrà conformare, sia ai sensi dell'art. 59 dello Statuto della Corte, sia ai sensi dell'art. 94, par. 1, dello Statuto delle Nazioni Unite (secondo cui « Ciascun membro si impegna a conformarsi alla decisione della Corte internazionale di giustizia in ogni controversia di cui esso sia parte »).

Nel presente giudizio si è peraltro già pronunciata la Suprema Corte, a sezioni unite, in sede di regolamento di giurisdizione sollevato *ex art.* 41 cod. proc. civ., riconoscendo la sussistenza della giurisdizione del giudice italiano nei riguardi della Repubblica federale di Germania — per violazione dello *jus cogens*, ritenuto principio prevalente su quello consuetudinario internazionale dell'immunità ristretta, con argomenti disattesi, come si è detto, dalla Corte internazionale di giustizia — per la

domanda risarcitoria proposta: nell'ambito del presente giudizio la pronuncia del Supremo Collegio è sicuramente vincolante e comporta l'impossibilità di rimettere in discussione la giurisdizione riconosciuta, con riferimento alle questioni già esaminate e decise con essa.

Si deve peraltro rilevare che, come emerge dal disposto dell'art. 386 cod. proc. civ., la pronuncia sulla giurisdizione, anche se fondata su una qualificazione del rapporto controverso che assume efficacia vincolante per il giudice di merito, ha un valore puramente in ipotesi perché fa riferimento ai soli elementi di fatto presenti in giudizio al momento della decisione, non implicando, di per sé, alcuna valutazione positiva sull'ammissibilità della domanda e sull'esistenza effettiva del diritto fatto valere — cfr., per tutte, Cass. n. 12607/2004, che prende posizione anche su questo profilo —: si legge, del resto, nella stessa ordinanza n. 14210/08 che « ogni questione relativa all'esistenza del diritto fatto valere in causa e alla stessa proponibilità della domanda rimane naturalmente impregiudicata (art. 386 cod. proc. civ.) ».

Se quindi la pronuncia della Corte internazionale di giustizia non può comportare, nel caso di specie, una consequenziale declaratoria di carenza di giurisdizione del giudice italiano per l'immunità che assiste la Repubblica federale di Germania per gli atti compiuti *jure imperii* e in tempo di guerra, tra i quali si deve ricomprendere l'illecito *sub judice*, in base al diritto consuetudinario internazionale, per essere già stata definitivamente decisa in senso opposto la questione relativa da una specifica pronuncia della Corte Suprema italiana nell'ambito del presente giudizio, da essa e dal suo contenuto non si può invece prescindere nella valutazione del merito della controversia.

L'intervento della sentenza della Corte internazionale di giustizia costituisce senz'altro una novità rilevante che modifica sensibilmente il quadro valutativo di riferimento della Corte d'appello rispetto a quello tenuto presente dalla Corte di cassazione in sede di regolamento di giurisdizione, e che rappresenta un vincolo non solo per lo Stato italiano ma anche, attraverso gli articoli 10 e 11 Cost. per il giudice, che deve conformarsi, nelle sue decisioni, alla normativa vigente, di cui fanno parte « le norme del diritto internazionale generalmente riconosciute » — art. 10 Cost. —, e quelle dei trattati, conclusi in condizioni di parità e vincolanti per l'Italia — art. 11 Cost. —, e quindi anche, tramite l'art. 94 dello Statuto delle Nazioni Unite nell'ambito di convenzioni internazionali di cui al Repubblica italiana è volontariamente parte, le decisioni della Corte internazionale di giustizia cui il nostro Paese si è impegnato ad adeguarsi — si sottolinea che, a mente dell'art. 11 Cost., l'Italia « promuove e favorisce le organizzazioni internazionali » volte alla formazione di un ordinamento che assicuri la pace e la giustizia tra le nazioni, consentendo a tal fine, in condizioni di parità con gli altri Stati, alle limitazioni di sovranità necessarie, e che l'ONU, e la Corte internazionale di giustizia che ne fa parte, è un'organizzazione sicuramente congruente con l'indicazione costituzionale —.

Nel contesto descritto, non appare possibile l'esame nel merito della controversia, che sarebbe in violazione della pronuncia della Corte internazionale di giustizia, affermativa della posizione di immunità della Repubblica federale di Germania rispetto alle domande risarcitorie svolte da cittadini di uno Stato estero avanti ai giudici di questo per far valere illeciti commessi ai loro danni, pur con grave violazione dei loro diritti umani, da militari tedeschi in tempo di guerra, e che imporrebbe alla Repubblica italiana un intervento per neutralizzare gli effetti della pronuncia pregiudizievole per lo Stato estero appellante. Sotto quest'ultimo profilo, è evidente che l'onere di attivazione da parte dello Stato italiano non ha nulla a che vedere con la domanda di manleva proposta nei suoi confronti, in questa sede, dalla Repubblica federale di Germania,

fondata solo sull'interpretazione del contenuto del Trattato di pace del 1947 e dell'Accordo di Bonn del 1961, comportante, secondo lo Stato estero, la rinuncia dell'Italia e dei suoi cittadini a far valere qualsiasi pretesa risarcitoria verso la Germania per fatti successivi al 1° settembre 1939 fino al 9 maggio 1945. La necessità di escludere qualsiasi conseguenza a carico dell'appellante per l'esecuzione di pronunce ad essa sfavorevoli emesse in violazione della sua immunità deriverebbe in tal caso, per l'Italia, solo dall'obbligo di uniformarsi al deciso della Corte internazionale di giustizia, e non da altri vincoli in ipotesi fatti derivare da specifici accordi tra le parti sul riconoscimento di indennità per i gravi fatti occorsi durante la seconda guerra mondiale — accordi che si inseriscono in un contesto di indennità da riconoscere alle vittime del nazismo ritenuto, quanto ai militari italiani prigionieri in Germania e adibiti ai lavori forzati in condizioni disumane, non del tutto adeguato dalla stessa Corte internazionale di giustizia —.

L'azione risarcitoria dell'erede di Vincenzo Di Guglielmi a carico della Repubblica federale di Germania deve pertanto essere dichiarata improponibile avanti al giudice italiano, con assorbimento dell'esame di tutte le questioni ulteriori, evidenziate dallo Stato appellante nei motivi di doglianza specificamente formulati nell'atto introduttivo del giudizio di impugnazione.

Sussistono giustificati motivi per l'integrale compensazione tra le parti in causa anche delle spese del presente grado di giudizio, tenuto conto della delicatezza in fatto e della complessità e articolazione in diritto delle questioni trattate — basti solo considerare come sia diverso l'intendimento della Corte di cassazione e della Corte internazionale di giustizia sulla sussistenza della giurisdizione del giudice italiano su fatti tra i quali quello *sub judice* deve sicuramente essere compreso —.

ORGANIZZAZIONI INTERNAZIONALI

NAZIONI UNITE

CONSIGLIO DI SICUREZZA

Risoluzione 2043 (2012), adottata il 21 aprile 2012, con cui si istituisce la Missione di supervisione delle Nazioni Unite in Siria (UNSMIS) ⁽¹⁾

The Security Council,

Recalling its Resolution 2042 (2012), as well as its Presidential Statements of 3 August 2011, 21 March 2012 and 5 April 2012, and *also recalling* all relevant resolutions of the General Assembly,

Reaffirming its support to the Joint Special Envoy for the United Nations and the League of Arab States, Kofi Annan, and his work, following General Assembly resolution A/RES/66/253 of 16 February 2012 and relevant resolutions of the League of Arab States,

Reaffirming its strong commitment to the sovereignty, independence, unity and territorial integrity of Syria, and to the purposes and principles of the Charter,

Condemning the widespread violations of human rights by the Syrian authorities, as well as any human rights abuses by armed groups, *recalling* that those responsible shall be held accountable, and *expressing* its profound regret at the death of many thousands of people in Syria,

Expressing its appreciation of the significant efforts that have been made by the States bordering Syria to assist Syrians who have fled across Syria's borders as a consequence of the violence, and *requesting* UNHCR to provide assistance as requested by member States receiving these displaced persons,

Expressing also its appreciation of the humanitarian assistance that has been provided to Syria by other States,

Noting the Syrian Government's commitment on 25 March 2012 to implement the six-point proposal of the Joint Special Envoy of the United Nations and the League of Arab States, and to implement urgently and visibly its commitments, as it agreed to do in its communication to the Envoy of 1 April 2012, to (a) cease troop movements towards population centres, (b) cease all use of heavy weapons

⁽¹⁾ La risoluzione è stata adottata all'unanimità. La risoluzione 2042 (2012), citata nel testo, è riprodotta *supra*, p. 636 ss.

in such centres, and (c) begin pullback of military concentrations in and around population centres, and to implement these in their entirety by no later than 10 April 2012, and *noting also* the Syrian opposition's expressed commitment to respect the cessation of violence, provided the Government does so,

Expressing concern over ongoing violence and reports of casualties which have escalated again in recent days, following the Envoy's assessment of 12 April 2012 that the parties appeared to be observing a cessation of fire and that the Syrian government had started to implement its commitments, and *noting* that the cessation of armed violence in all its forms is therefore clearly incomplete,

Supporting the Envoy's call for an immediate and visible implementation by the Syrian Government of all elements of the Envoy's six-point proposal in their entirety to achieve a sustained cessation of armed violence in all its forms by all parties,

Taking note of the assessment by the Secretary-General that a United Nations monitoring mission deployed quickly when the conditions are conducive with a clear mandate, the requisite capacities, and the appropriate conditions of operation would greatly contribute to observing and upholding the commitment of the parties to a cessation of armed violence in all its forms and to supporting the implementation of the six-point plan,

Noting the 19 April 2012 Preliminary Understanding (S/2012/250) agreed between the Syrian Arab Republic and the United Nations which provides a basis for a protocol governing the Advance Team and, upon its deployment, the UN supervision mechanism,

Having considered the Secretary-General's letter addressed to the President of Security Council (S/2012/238),

1. *Reaffirms* its full support for and *calls for* the urgent, comprehensive, and immediate implementation of all elements of the Envoy's six-point proposal as annexed to resolution 2042 (2012) aimed at bringing an immediate end to all violence and human rights violations, securing humanitarian access and facilitating a Syrian-led political transition leading to a democratic, plural political system, in which citizens are equal regardless of their affiliations, ethnicities or beliefs, including through commencing a comprehensive political dialogue between the Syrian government and the whole spectrum of the Syrian opposition;

2. *Calls upon* the Syrian Government to implement visibly its commitments in their entirety, as it agreed to do in the Preliminary Understanding and as stipulated in resolution 2042 (2012), to (a) cease troop movements towards population centres, (b) cease all use of heavy weapons in such centres, (c) complete pullback of military concentrations in and around population centres, as well as to withdraw its troops and heavy weapons from population centres to their barracks or temporary deployment places to facilitate a sustained cessation of violence;

3. *Calls upon* all parties in Syria, including the opposition, immediately to cease all armed violence in all its forms;

4. *Calls upon* the Syrian armed opposition groups and relevant elements to respect relevant provisions of the Preliminary Understanding;

5. *Decides* to establish for an initial period of 90 days a United Nations Supervision Mission in Syria (UNSMIS) under the command of a Chief Military Observer, comprising an initial deployment of up to 300 unarmed military observers as well as an appropriate civilian component as required by the Mission to fulfil its mandate, and *decides further* that the Mission shall be deployed expeditiously subject to assessment by the Secretary-General of relevant developments on the ground, including the consolidation of the cessation of violence;

6. *Decides also* that the mandate of the Mission shall be to monitor a cessation of armed violence in all its forms by all parties and to monitor and support the full implementation of the Envoy's six-point proposal;

7. *Requests* that the Secretary-General and the Syrian Government without delay conclude a Status of Mission Agreement (SOMA), taking into consideration General Assembly resolution 58/82 on the scope of legal protection under the Convention on the Safety of United Nations and Associated Personnel, and *notes* the agreement between the Syrian Government and the United Nations that, pending the conclusion of such an agreement, the model SOFA agreement of 9 October 1990 (A/45/594) shall apply provisionally;

8. *Calls upon* the Syrian Government to ensure the effective operation of UNSMIS by: facilitating the expeditious and unhindered deployment of its personnel and capabilities as required to fulfil its mandate; ensuring its full, unimpeded, and immediate freedom of movement and access as necessary to fulfil its mandate, underlining in this regard the need for the Syrian Government and the United Nations to agree rapidly on appropriate air transportation assets for UNSMIS; allowing its unobstructed communications; and allowing it to freely and privately communicate with individuals throughout Syria without retaliation against any person as a result of interaction with UNSMIS;

9. *Calls upon* the parties to guarantee the safety of UNSMIS personnel without prejudice to its freedom of movement and access, and *stresses* that the primary responsibility in this regard lies with the Syrian authorities;

10. *Requests* the Secretary-General to report immediately to the Security Council any obstructions to the effective operation of UNSMIS by any party;

11. *Reiterates* its call for the Syrian authorities to allow immediate, full and unimpeded access of humanitarian personnel to all populations in need of assistance, in accordance with international law and guiding principles of humanitarian assistance and *calls upon* all parties in Syria, in particular the Syrian authorities, to cooperate fully with the United Nations and relevant humanitarian organizations to facilitate the provision of humanitarian assistance;

12. *Invites* all Member States to consider making appropriate contributions to UNSMIS as requested by the Secretary-General;

13. *Requests* the Secretary-General to report to the Council on the implementation of this resolution within 15 days of its adoption and every 15 days thereafter, and also to submit, as necessary, to the Council proposals for possible adjustments to the UNSMIS mandate;

14. *Expresses* its intention to assess the implementation of this resolution and to consider further steps as appropriate;

15. *Decides* to remain seized of the matter.

Risoluzione 2045 (2012), adottata il 26 aprile 2012, concernente misure adottate a carico della Costa d'Avorio ⁽¹⁾

The Security Council,

Recalling its previous resolutions and the statements of its President relating to the situation in Côte d'Ivoire, in particular resolutions 1880 (2009), 1893 (2009), 1911 (2010), 1933 (2010), 1946 (2010), 1962 (2010), 1975 (2011), 1980 (2011), 2000 (2011),

Reaffirming its strong commitment to the sovereignty, independence, territorial integrity and unity of Côte d'Ivoire, and recalling the importance of the principles of good-neighbourliness, non-interference and regional cooperation,

Taking note of the special report of the Secretary-General dated 29 March 2012 (S/2012/186), of the 2011 midterm report (S/2011/642) and of the Final 2012 report (S/2012/196) of the United Nations Group of Experts,

Recognizing the continued contribution to the stability in Côte d'Ivoire of the measures imposed by resolutions 1572 (2004), 1643 (2005), 1975 (2011) and 1980 (2011) and stressing that these measures aim at supporting the peace process in Côte d'Ivoire,

Welcoming the steady progress and achievements Côte d'Ivoire has made in the past months in returning to stabilization, notably by holding parliamentary elections as certified by the Special Representative of the Secretary-General, addressing immediate security challenges, advancing economic recovery and strengthening international and regional cooperation,

Acknowledging the efforts by all the Ivorians to promote national reconciliation and consolidation of peace through dialogue and consultation, *encouraging* the Dialogue, Truth and Reconciliation Commission to make further progress in this direction and *welcoming* the assistance of the African Union (AU) and the Economic Community of West African States (ECOWAS) in this regard,

Remaining concerned about the unresolved challenge of security sector reform (SSR) and disarmament, demobilization and reintegration (DDR), as well as the circulation of weapons, which continue to be significant risks to the stability of the country, and *welcoming* the creation of a DDR and SSR working group by the Ivorian Government and other efforts to address seriously these challenges,

⁽¹⁾ La risoluzione è stata adottata all'unanimità. Le risoluzioni 1325 (2000), 1572 (2004), 1584 (2004), 1612 (2005), 1674 (2006), 1739 (2007), 1820 (2008), 1888 (2009), 1933 (2010), 1946 (2010), 1962 (2010), 1975 (2011) e 1980 (2011), citate nel testo, sono riprodotte in *Rivista*, rispettivamente, 2001, p. 229 ss., 2005, pp. 253 ss., 528 ss. e 1165 ss., 2006, p. 600 ss., 2007, p. 298 ss., 2008, p. 916 ss., 2010, pp. 213 ss. e 1283 ss., 2011, pp. 316 ss., 334 ss., 650 ss. e 985 ss.

Welcoming the enhanced cooperation of the Ivorian Government with the Group of Experts, originally established pursuant to paragraph 7 of resolution 1584 (2004), during the course of its last mandate renewed by resolution 1980 (2011),

Acknowledging the urgent need for the Ivorian Government to train and equip its security forces, especially the police and gendarmerie with standard policing weapons and ammunition,

Emphasizing the importance of the Ivorian Government to be able to respond proportionately to threats to the security of all citizens in Côte d'Ivoire and *calling on* the Ivorian Government to ensure that its security forces remain committed to upholding human rights and applicable international law,

Calling on the Ivorian Government to ratify and implement the ECOWAS Convention on Small Arms and Light Weapons, Their Ammunition and Other Associated Materials,

Expressing concern on the findings of the Group of Experts on the illegal taxations system put in place, increasing criminality throughout the territory and the lack of capacity and resources available for the control of borders,

Recalling its resolutions 1325 (2000), 1820 (2008), 1888 (2009), 1889 (2009) and 1960 (2010) on women, peace and security, its resolutions 1612 (2005), 1882 (2009) and 1998 (2011) on children and armed conflict and its resolutions 1674 (2006) and 1894 (2009) on the protection of civilians in armed conflicts,

Reiterating its firm condemnation of all violations of human rights and international humanitarian law in Côte d'Ivoire, *condemning* all violence committed against civilians, including women, children, internally displaced persons and foreign nationals, and other violations and abuses of human rights, and *stressing* that the perpetrators must be brought to justice, whether in domestic or international courts, and *welcoming* the close cooperation of the Ivorian Government with the International Criminal Court in this regard,

Stressing the importance for the Group of Experts to be provided with the sufficient resources for the implementation of its mandate,

Determining that the situation in Côte d'Ivoire continues to pose a threat to international peace and security in the region,

Acting under Chapter VII of the Charter of the United Nations,

1. *Decides* that the measures on arms and related materiel, previously imposed by paragraphs 7 and 8 of resolution 1572 (2004), are replaced by paragraphs 2, 3 and 4 below and shall no longer apply to the provision of training, advice and expertise related to security and military activities, as well as to the supplies of civilian vehicles to the Ivorian security forces;

2. *Decides*, for a period ending on 30 April 2013, that all States shall take the necessary measures to prevent the direct or indirect supply, sale or transfer to Côte d'Ivoire, from their territories or by their nationals, or using their flag vessels or aircraft, of arms and any related materiel, whether or not originating in their territories;

3. *Decides* that the measures imposed by paragraph 2 above shall not apply to:

(a) supplies intended solely for the support of or use by the United Nations Operation in Côte d'Ivoire (UNOCI) and the French forces who support them;

(b) supplies of non-lethal military equipment intended solely for humanitarian or protective use, as notified in advance to the Committee established by paragraph 14 of resolution 1572 (2004);

(c) supplies of protective clothing, including flak jackets and military helmets, temporarily exported to Côte d'Ivoire by United Nations personnel, representatives of the media and humanitarian and development workers and associated personnel, for their personal use only;

(d) supplies temporarily exported to Côte d'Ivoire to the forces of a State which is taking action, in accordance with international law, solely and directly to facilitate the evacuation of its nationals and those for whom it has consular responsibility in Côte d'Ivoire, as notified in advance to the Committee established by paragraph 14 of resolution 1572 (2004);

(e) supplies of non-lethal law enforcement equipment intended to enable the Ivorian security forces to use only appropriate and proportionate force while maintaining public order, as notified in advance to the Committee established by paragraph 14 of resolution 1572 (2004);

(f) supplies of arms and other related lethal equipment to the Ivorian security forces, intended solely for support of or use in the Ivorian process of SSR, as approved in advance by the Committee established by paragraph 14 of resolution 1572 (2004);

4. *Decides*, for the period referred to in paragraph 2 above, that the Ivorian authorities shall notify in advance to the Committee any shipment of items referred to in paragraph 3 (e) or shall request an approval in advance to the Committee for any shipment of items referred to in paragraph 3 (f) above, *stresses* the importance that such notifications or requests contain all relevant information, including the purpose of the use and end user, the technical specifications and quantity of the equipment to be shipped and, when applicable, the supplier, the proposed date of delivery, mode of transportation and itinerary of shipments;

5. *Urges* the Ivorian Government to allow the Group of Experts and UNOCI access to the exempted materiel at the time of import and before the transfer to the end user takes place, *stresses* that the Ivorian Government shall mark the arms and related materiel when received in the territory of Côte d'Ivoire and maintain a registry of them and *expresses* its willingness to consider an extension of the notification procedure to all embargo exemptions at the midterm review referred to below in paragraph 7, in accordance with progress achieved in relation to DDR and SSR;

6. *Decides* to renew until 30 April 2013 the financial and travel measures imposed by paragraphs 9 to 12 of resolution 1572 (2004) and paragraph 12 of resolution 1975 (2011) and *further decides* to renew until 30 April 2013 the measures preventing the importation by any State of all rough diamonds from Côte d'Ivoire imposed by paragraph 6 of resolution 1643 (2005);

7. *Decides* to review the measures decided in paragraphs 2, 3, 4 above, in light of the progress achieved in the stabilization throughout the country, by the end of the period mentioned in paragraph 2, and *decides further* to carry out a midterm review of the measures decided in paragraphs 2, 3, 4 above no later than 31 October 2012, with a view to possibly further modifying all or part of the remaining measures of the sanctions regime, in accordance with progress achieved in relation to DDR and SSR, national reconciliation and the fight against impunity;

8. *Calls upon* all Member States, in particular those in the subregion, to fully implement the measures mentioned in paragraphs 2 and 6 above, *calls also upon* UNOCI to lend its full support within its capacities and mandate and *further calls upon* the French forces to support UNOCI in this regard, within the limits of their deployment and their capabilities;

9. *Urges* all illegal Ivorian armed combatants, including in neighbouring countries, to lay down their arms immediately, *encourages* UNOCI, within its mandate and limits of capabilities and areas of deployment, to continue to assist the Ivorian Government in collecting and storing the arms and registering all relevant information related to those arms and *further calls upon* the Ivorian Government, including the National Commission to fight against the Proliferation and Illicit Traffic of Small Arms and Light Weapons, to ensure that those arms are neutralized or not illegally disseminated, in accordance with the ECOWAS Convention on Small Arms and Light Weapons, Their Ammunition and Other Associated Materials;

10. *Recalls* that UNOCI, within the monitoring of the arms embargo, is mandated to collect, as appropriate, arms and any related materiel brought into Côte d'Ivoire in violation of the measures imposed by paragraph 7 of resolution 1572 (2004) as amended by paragraphs 1, 2 above, and to dispose of such arms and related materiel as appropriate;

11. *Expresses* its deep concern about the presence of mercenaries in Côte d'Ivoire, notably from neighbouring countries, and *calls upon* the authorities of Côte d'Ivoire and Liberia to coordinate their action to solve this issue, *encourages* UNOCI and the United Nations Mission in Liberia (UNMIL), within their respective mandates, capabilities and areas of deployment, to continue to coordinate closely in assisting respectively the Governments of Côte d'Ivoire and Liberia in monitoring their border, with particular attention to any cross-border movement of combatants or transfer of arms and *welcomes* further cooperation between the Group of Experts and the Panel of Experts on Liberia appointed pursuant to paragraph 4 of resolution 1854 (2008);

12. *Reiterates* the necessity for the Ivorian authorities to provide unhindered access to the Group of Experts, as well as UNOCI and the French forces which support it, to equipment, sites and installations referred to in paragraph 2 (a) of resolution 1584 (2005), and to all weapons, ammunition and related materiel of all armed security forces, regardless of location, including the arms issued from the collection referred to in paragraph 9 above, when appropriate without notice, as set out in its resolutions 1739 (2007), 1880 (2009), 1933 (2010), 1962 (2010) and 1980 (2011);

13. *Reiterating* its commitment to impose targeted measures as expressed in paragraph 10 of resolution 1980 (2011);

14. *Requests* all States concerned, in particular those in the subregion, to cooperate fully with the Committee, and *authorizes* the Committee to request whatever further information it may consider necessary;

15. *Decides* to extend the mandate of the Group of Experts as set out in paragraph 7 of resolution 1727 (2006) until 30 April 2013 and *requests* the Secretary-General to take the necessary measures to support its action;

16. *Requests* the Group of Experts to submit a midterm report to the Committee by 15 October 2012 and to submit a final report as well as recommendations to the Security Council through the Committee 15 days before the end of its mandated period, on the implementation of the measures imposed by paragraph 2 above, paragraphs 9 and 11 of resolution 1572 (2004), paragraph 6 of resolution 1643 (2005), paragraph 12 of resolution 1975 (2011) and paragraph 10 of resolution 1980 (2011);

17. *Decides* that the report of the Group of Experts, as referred to in paragraph 7 (e) of resolution 1727 (2006) may include, as appropriate, any information and recommendations relevant to the Committee's possible additional designation of the individuals and entities described in paragraphs 9 and 11 of resolution 1572 (2004) and paragraph 10 of resolution 1980 (2011) and *further recalls* the Informal Working Group on General Issues of Sanctions report (S/2006/997) on best practices and methods, including paragraphs 21, 22 and 23 that discuss possible steps for clarifying methodological standards for monitoring mechanisms;

18. *Requests* the Secretary-General to communicate as appropriate to the Security Council, through the Committee, information gathered by UNOCI and, where possible, reviewed by the Group of Experts, concerning the supply of arms and related materiel to Côte d'Ivoire;

19. *Requests also* the French Government to communicate as appropriate to the Security Council, through the Committee, information gathered by the French forces and, where possible, reviewed by the Group of Experts, concerning the supply of arms and related materiel to Côte d'Ivoire;

20. *Requests also* the Kimberley Process Certification Scheme to communicate as appropriate to the Security Council, through the Committee, information which, where possible, has been reviewed by the Group of Experts, concerning the production and illicit export of diamonds from Côte d'Ivoire and *further decides* to renew the exemptions set out by paragraphs 16 and 17 of resolution 1893 (2009) with regard to the securing of samples of rough diamonds for scientific research purposes coordinated by the Kimberley Process;

21. *Urges* the Ivorian authorities to create and implement an action plan to enforce the Kimberley Process rules in Côte d'Ivoire and *further encourages* them to closely work with the Kimberley Process Certification Scheme to conduct a review and assessment of Côte d'Ivoire's internal controls system for trade in rough diamonds and a comprehensive geologic study of Côte d'Ivoire's potential diamond

resources and production capacity, with a view to possibly modifying or lifting, as appropriate, the measures imposed by paragraph 6 of resolution 1643 (2005);

22. *Calls upon* the Ivorian authorities to combat the illegal taxation systems that remain in place, to take the necessary steps to continue to re-establish and reinforce relevant institutions and to continue to deploy customs and border control officials throughout the country, in the North, West and East of the country, *asks* the Group of Experts to assess the effectiveness of these border measures and control in the region, *encourages* all neighbouring States to be aware of Ivorian efforts in that regard and *encourages* UNOCI, within its mandate, to assist the Ivorian authorities in the re-establishment of normal customs and border control operation;

23. *Urges* all States, relevant United Nations bodies and other organizations and interested parties, to cooperate fully with the Committee, the Group of Experts, UNOCI and the French forces, in particular by supplying any information at their disposal on possible violations of the measures imposed by paragraphs 2 and 5 above, paragraphs 9 and 11 of resolution 1572 (2004), paragraph 6 of resolution 1643 (2005) and paragraph 12 of resolution 1975 (2011), and *further requests* the Group of Experts to coordinate its activities as appropriate with all political actors;

24. *Recalls* paragraph 7 of 1960 (2010) and paragraph 9 of 1998 (2011), regarding sexual and gender-based violence and children in armed conflict and *welcomes* the information-sharing between the Committee and the Special Representative of the Secretary-General for Children and Armed Conflict and for Sexual Violence in Conflict, in accordance with their respective mandates and as appropriate;

25. *Decides* that the Committee should update its guidelines taking into account paragraphs 1, 2, 3, 4, 5 above, within three months from the date of adoption of this resolution, in order to facilitate the implementation of the measures imposed by this resolution, and keep them under active review as may be necessary;

26. *Urges further* in this context that all Ivorian parties and all States, particularly those in the region, ensure:

- the safety of the members of the Group of Experts;
- unhindered access by the Group of Experts, in particular to persons, documents and sites in order for the Group of Experts to execute its mandate;

27. *Decides* to remain actively seized of the matter.

Risoluzione 2046 (2012), adottata il 2 maggio 2012, con cui si chiede al Sudan e al Sudan del Sud di cessare le ostilità, attivare i meccanismi per la sicurezza frontaliere precedentemente istituiti e riprendere i negoziati ⁽¹⁾

The Security Council,

⁽¹⁾ La risoluzione è stata adottata all'unanimità. Le risoluzioni 1325 (2000), 1502 (2003), 1612 (2005), 1674 (2006), 1820 (2008), 1888 (2009), 1990 (2011), 2024 (2011)

Recalling its previous resolutions and statements on the situation in Sudan and South Sudan, in particular resolutions 1990 (2011), 2024 (2011) and 2032 (2011), and its Presidential Statements of 6 March 2012 and 12 April 2012, and *further recalling* the priority it attaches to the full and urgent advancement of all outstanding issues from the Comprehensive Peace Agreement,

Reaffirming its strong commitment to the sovereignty, independence, unity, and territorial integrity of Sudan and South Sudan, and to the purposes and the principles of the United Nations Charter,

Noting paragraph 7 of the 24 April 2012 decision of the Peace and Security Council of the African Union at its 319th meeting, and *reiterating* that the territorial boundaries of states shall not be altered by force, and that any territorial disputes shall be settled exclusively by peaceful means,

Recalling the importance of the principles of the peaceful settlement of international disputes, good neighbourliness, non-interference and regional cooperation,

Deeply committed to seeing Sudan and South Sudan become two economically prosperous states living side-by-side in peace, security, and stability, and *underlining* the importance of building mutual trust, confidence and an environment conducive to long-term stability and economic development,

Condemning the repeated incidents of cross-border violence between Sudan and South Sudan, including troop movements, the seizure and occupation of Heglig, support to proxy forces, and Sudanese Armed Forces aerial bombardments,

Condemning actions by any armed group aimed at the forced overthrow of the government of either Sudan or South Sudan,

Expressing deep concern at the humanitarian situation created by the fighting between Sudan and South Sudan, and the continued fighting in the states of Southern Kordofan and Blue Nile, in Sudan,

Strongly condemning all acts of violence committed against civilians in violation of international humanitarian law and human rights law,

Welcoming the withdrawal from Heglig of the army of South Sudan and *calling* for the immediate cessation of aerial bombardments by the Sudanese Armed Forces against South Sudan,

Strongly condemning the violations of human rights of non-combatants in the affected area, the damage to economic infrastructure, in particular oil installations, and all inflammatory statements, which result in mutual demonization and the threat of hostile action by extremist elements, including xenophobic attacks,

Calling for an impartial fact finding effort to assess the losses and economic

e 2032 (2011), citate nel testo, sono riprodotte in *Rivista*, rispettivamente, 2001, p. 229 ss., 2003, p. 1185 ss., 2005, p. 1165 ss., 2006, p. 600 ss., 2008, p. 916 ss., 2010, p. 213 ss., 2011, p. 1267 ss., e *supra*, pp. 596 ss. e 598 ss.

and humanitarian damage, including to oil facilities and other key infrastructure, in and around Heglig,

Expressing deep concern at the fate of the nationals of both countries resident in each other's territory, following the end of the transition period that occurred on 8 April 2012,

Recalling the June 29, 2011 Agreement Between the Government of the Sudan and the Government of Southern Sudan on Border Security and the Joint Political and Security Mechanism, taking note of the commitment in paragraph 2 to create a safe demilitarized border zone (SDBZ), and the July 30, 2011 Agreement on the Border Monitoring Support Mission Between the Government of Sudan and the Government of South Sudan, which elaborates on the establishment of a Joint Border Verification and Monitoring Mechanism (JBVMM) with an area of responsibility corresponding to the SDBZ, and a Joint Political and Security Mechanism (JPSM),

Recognizing the urgent need for Sudan and South Sudan to commence the process of border demilitarization,

Deploring the failure of Sudan and South Sudan security forces to redeploy from the Abyei Area in accordance with their Agreement of June 20, 2011 and resolution 1990 (2011),

Convinced that there can be no military solution to the conflict in Southern Kordofan and Blue Nile, and *stressing* the urgent need for a political and negotiated solution, based on respect for diversity in unity,

Reaffirming its previous resolutions 1674 (2006) and 1894 (2009) on the protection of civilians in armed conflict, 1612 (2005), 1882 (2009), and 1998 (2011) on children and armed conflict, 1502 (2003) on the protection of humanitarian and United Nations personnel, and 1325 (2000), 1820 (2008), 1888 (2009), 1889 (2009) and 1960 (2010) on women, peace and security,

Welcoming the continuing efforts of the African Union to support Sudan and South Sudan in addressing the legacy of conflict and bitterness in Sudan, notably through the conclusion of the January 2005 Comprehensive Peace Agreement (CPA), its implementation, in particular the holding of the referendum on self-determination of South Sudan, and the negotiations on post-secession relations,

Commending the efforts of the AU High-level Implementation Panel, including its Chairman President Thabo Mbeki, former Presidents Abdulsalami Abubakar and Pierre Buyoya, the Chairperson of the Intergovernmental Authority on Development, Ethiopian Prime Minister Meles Zenawi, the Special Envoy of the Secretary-General for Sudan and South Sudan, Haile Menkerios, and the United Nations Interim Security Force for Abyei (UNISFA) under the leadership of Lieutenant General Tesfay Tadesse,

Expressing its full support for the 24 April 2012 decision of the Peace and Security Council of the African Union at its 319th meeting on the situation between the Republic of Sudan and the Republic of South Sudan, in order to ease the current tension, facilitate the resumption of negotiations on post-secession

relations and the normalization of their relations, including, in particular the Roadmap outlined in that decision,

Determining that the prevailing situation along the border between Sudan and South Sudan constitutes a serious threat to international peace and security,

Acting under Chapter VII of the Charter of the United Nations,

1. *Decides* that Sudan and South Sudan shall take the following actions with immediate effect unless otherwise specified below:

(i) Immediately cease all hostilities, including aerial bombardments, with the parties formally conveying their commitment in this respect to the Chairperson of the African Union Commission and the President of the Security Council not later than 48 hours from the adoption of this resolution;

(ii) Unconditionally withdraw all of their armed forces to their side of the border, in accordance with previously adopted Agreements, including the Agreement on the Border Monitoring Support Mission of 30 July 2011;

(iii) Activate, within no more than a week of the adoption of this resolution, the necessary border security mechanisms, namely the Joint Border Verification and Monitoring Mechanism (JBVMM) and the Safe Demilitarized Border Zone (SDBZ), in accordance with the administrative and security map presented to the Parties by the AUHIP in November 2011, it being understood that this map in no way prejudices ongoing negotiations on the disputed areas and demarcation of the border;

(iv) Cease the harbouring of, or support to, rebel groups against the other State;

(v) Activate the *ad hoc* Committee, under the Joint Political and Security Mechanism, to receive and investigate complaints and allegations made by one party against the other;

(vi) Immediately cease hostile propaganda and inflammatory statements in the media, as well as any attacks against the property, religious and cultural symbols belonging to the nationals of the other State, with the two governments assuming full responsibility for the protection of each other's nationals in line with international principles, consistent with the Framework Agreement on the Status of Nationals of the Other State and Related Matters initialled in March 2012;

(vii) Implement pending aspects of the 20 June 2011 Agreement on Temporary Security and Administrative Arrangements for the Abyei Area, in particular the redeployment, within no more than two weeks of the adoption of this resolution, of all Sudanese and South Sudanese forces out of the Abyei Area;

2. *Decides* that Sudan and South Sudan shall unconditionally resume negotiations, under the auspices of the AUHIP and with the support of the Chairman of IGAD, at a time to be set by the AUHIP in consultation with relevant international partners, but within no more than two weeks from the time of adoption of this resolution, to reach agreement on the following critical issues:

(i) Arrangements concerning oil and associated payments;

(ii) The status of nationals of one country resident in the other, consistent with the Framework Agreement on the Status of Nationals of the Other State and Related Matters initialled in March 2012;

(iii) Resolution of the status of the disputed and claimed border areas and the demarcation of the border; and

(iv) The final status of the Abyei Area;

3. *Decides* that the Government of Sudan and the SPLM-North shall extend full cooperation to the AUHIP and the Chair of IGAD, to reach a negotiated settlement on the basis of the June 28, 2011 Framework Agreement on Political Partnership between NCP and SPLM-N and Political and Security Arrangements in Blue Nile and Southern Kordofan States;

4. *Strongly urges* Sudan and the SPLM-N to accept the tripartite proposal submitted by the African Union, the United Nations and the League of Arab States, to permit humanitarian access to the affected population in the two areas, ensuring in accordance with applicable international law, including applicable international humanitarian law, and guiding principles of emergency humanitarian assistance, the safe, unhindered and immediate access of United Nations and other humanitarian personnel, as well as the delivery of supplies and equipment, in order to allow such personnel to efficiently perform their task of assisting the conflict-affected civilian population;

5. *Decides* that the negotiations referred to in paragraph 2 above shall be concluded within three months of the adoption of this resolution, and in the event these negotiations fail to result in an agreement on any or all of the issues within the allotted timeframe of three months, *requests* the Secretary-General, in consultation with the AUHIP, the Chair of IGAD, and the Chairman of the AU Commission, to report within four months of the date of this resolution to the Security Council on the status of the negotiations, including detailed proposals on all outstanding issues;

6. *Requests* the Secretary-General to consult with the African Union on the implementation of this resolution and the decisions of the AU PSC, to work closely with the AUHIP in support of its facilitation efforts, and to inform the Security Council within 15 days and in two week intervals thereafter on the status of compliance by Sudan, South Sudan, and the SPLM-N with the decisions set forth in this resolution, and *expresses its intention*, in the event that any or all of the parties have not complied with the decisions set forth in this resolution, to take appropriate additional measures under Article 41 of the Charter as necessary;

7. *Calls upon* all parties to promote and protect human rights, including those of women and people belonging to vulnerable groups, to comply with their obligations under international law, including international humanitarian and international human rights law, and *calls for* those responsible for serious violations of such law, including sexual violence, to be held accountable;

8. *Commends* the efforts by UNISFA in carrying out its mandate, *expresses* its deep appreciation for the work of the Force Commander and the troop-contributing countries, and *expresses its intention* to evaluate the mandate of UNISFA in the context of compliance by Sudan and South Sudan with the decisions set forth

in this resolution, and with the fulfilment of their commitments as set out in the June 20, June 29, and July 30, 2011 Agreements;

9. *Stresses* the importance of, and the need to restore, a comprehensive, just and lasting peace between Sudan and South Sudan;

10. *Decides* to remain actively seized of this matter.

Risoluzione 2048 (2012), adottata il 18 maggio 2012, con cui si decide l'adozione di misure a carico di esponenti del comando militare che ha rovesciato il governo legittimo in Guinea-Bissau ⁽¹⁾

The Security Council,

Recalling the Statement of its President of 21 April 2012 (S/PRST/2012/15) and the press statements of 12 April and 8 May on the situation in Guinea-Bissau,

Reiterating its strong condemnation of the military coup on 12 April by the military leadership, which undermined the conclusion of the democratic electoral process in Guinea-Bissau, and of the establishment by the coup perpetrators of a "Military Command",

Recalling the unanimous condemnation of the military coup by the international community, including by the African Union (AU), the Economic Community of West African States (ECOWAS), the Community of Portuguese Speaking Countries (CPLP), the European Union (EU) and the Peacebuilding Commission (PBC),

Taking note of the efforts by the AU, ECOWAS, CPLP and the EU in response to the current crisis and the mediation efforts led by ECOWAS in response to the recent military coup,

Underlining the need for active and close coordination among international partners in order to restore constitutional order and develop a comprehensive strategy of stabilization to support Guinea-Bissau address its political, security and development challenges,

Taking note of the calls by the Government of Guinea-Bissau for a response of the Security Council to the current crisis,

Taking note of the release of interim President Raimundo Pereira, Prime Minister Carlos Gomes Júnior and other detained officials,

Deploring the continued refusal of the "Military Command" to heed the Council's demands, for the immediate restoration of the constitutional order, the reinstatement of the legitimate democratic Government of Guinea-Bissau and the resumption of the electoral process interrupted by the military coup,

Expressing concern about reports of cases of looting, including of State assets, human rights violations and abuses, including arbitrary detentions, ill treatment

⁽¹⁾ La risoluzione è stata adottata all'unanimità.

during detention, the repression of peaceful demonstrations and the restrictions on the freedom of movement imposed by the “Military Command” on a number of individuals, as noted in the Special Report of the Secretary-General on the situation in Guinea-Bissau (S/2012/280), and underlining that those responsible for such violations and abuses must be held accountable,

Affirming its condemnation of all acts of violence, including against women and children, and stressing the need to prevent violence,

Noting with deep concern the worrying humanitarian situation caused by the coup d'état and its negative impact on the economic activity in the country,

Stressing the importance of Security Sector Reform implementation, including effective and responsible civilian control over the security forces, as a crucial element for long-term stability in Guinea-Bissau, as envisaged in the Guinea-Bissau/ECOWAS/CPLP Roadmap and underlining the responsibility of police forces in Guinea-Bissau to protect state institutions and the civilian population,

Deploring the recurrent illegal interference of the military leadership in the political process in Guinea-Bissau and *expressing concern* that interference of the military in politics and the impact of illicit drug trafficking and organized crime in Guinea-Bissau have significantly hampered efforts to establish rule of law and good governance and tackle impunity and corruption,

Expressing grave concern over the negative impacts of illicit drug trafficking and organized crime on Guinea-Bissau and the subregion,

Expressing deep concern about the possible increase in illicit drug trafficking as a result of the military coup,

Underlining that any lasting solution to instability in Guinea-Bissau should include concrete actions to fight impunity and ensure that those responsible for politically-motivated assassinations and other serious crimes such as illicit drug-trafficking-related activities and breaches of constitutional order are brought to justice,

Further underlining the importance of stability and good governance for durable social and economic development in Guinea-Bissau,

Reaffirming the need to uphold and respect the sovereignty, unity and territorial integrity of Guinea-Bissau,

Mindful of its primary responsibility for the maintenance of international peace and security under the Charter of the United Nations,

Acting under article 41 of Chapter VII of the Charter of the United Nations,

1. *Demands* that the Military Command takes immediate steps to restore and respect constitutional order, including a democratic electoral process, by ensuring that all soldiers return to the barracks, and that members of the “Military Command” relinquish their positions of authority;

2. *Stresses* the need for all national stakeholders and Guinea-Bissau's international bilateral and multilateral partners to remain committed to the restoration of constitutional order, as affirmed in paragraph 1 above and, in this context,

encourages ECOWAS to continue its mediation efforts aimed at the restoration of constitutional order, in close coordination with the United Nations, the AU and CPLP;

3. *Requests* the Secretary-General to be actively engaged in this process, in order to harmonize the respective positions of international bilateral and multi-lateral partners, particularly the AU, ECOWAS, CPLP and the EU, and ensure maximum coordination and complementarity of international efforts, with a view to developing a comprehensive integrated strategy with concrete measures aimed at implementing security sector reform, political and economic reforms, combating drug-trafficking and fighting impunity;

Travel ban

4. *Decides* that all Member States shall take the necessary measures to prevent the entry into or transit through their territories of individuals listed in the annex of this resolution or designated by the Committee established pursuant to paragraph 9 below, provided that nothing in this paragraph shall oblige a State to refuse its own nationals entry into its territory;

5. *Decides* that the measures imposed by paragraph 4 above shall not apply:

(a) Where the Committee determines on a case-by-case basis that such travel is justified on the grounds of humanitarian need, including religious obligation;

(b) Where entry or transit is necessary for the fulfilment of a judicial process;

(c) Where the Committee determines on a case-by-case basis that an exemption would further the objectives of peace and national reconciliation in Guinea-Bissau and stability in the region;

Designation criteria

6. *Decides* that the measures contained in paragraph 4 shall apply to the individuals designated by the Committee, pursuant to paragraph 9 (b):

(a) Seeking to prevent the restoration of the constitutional order or taking action that undermines stability in Guinea-Bissau, in particular those who played a leading role in the coup d'état of 12 April 2012 and who aim, through their actions, at undermining the rule of law, curtailing the primacy of civilian power and furthering impunity and instability in the country;

(b) Acting for or on behalf of or at the direction of or otherwise supporting or financing individuals identified in subparagraph (a);

7. *Notes* that such means of support or financing include, but are not limited to, the proceeds from organized crime, including the illicit cultivation, production and trafficking of narcotic drugs and their precursors originating in and transiting through Guinea-Bissau;

8. *Strongly encourages* Member States to submit to the Committee names of individuals who meet the criteria set out in paragraph 6 above;

New Sanctions Committee

9. *Decides* to establish, in accordance with rule 28 of its provisional rules of

procedure, a Committee of the Security Council consisting of all the members of the Council (herein “the Committee”), to undertake to following tasks:

- (a) To monitor implementation of the measures imposed in paragraph 4;
- (b) To designate those individuals subject to the measures imposed by paragraph 4 and to consider requests for exemptions in accordance with paragraph 5 above;
- (c) To establish such guidelines as may be necessary to facilitate the implementation of the measures imposed above;
- (d) To report within thirty days to the Security Council on its work for the first report and thereafter to report as deemed necessary by the Committee;
- (e) To encourage a dialogue between the Committee and interested Member States and international, regional and subregional organizations, in particular those in the region, including by inviting representatives of such States or organizations to meet with the Committee to discuss implementation of the measures;
- (f) To seek from all States and international, regional and subregional organizations whatever information it may consider useful regarding the actions taken by them to implement effectively the measures imposed above;
- (g) To examine and take appropriate action on information regarding alleged violations or non-compliance with the measures contained in this resolution;

10. *Calls upon* all Member States to report to the Committee within 120 days of the adoption of this resolution on the steps they have taken with a view to implementing effectively paragraph 4;

11. *Requests* the Secretary-General to submit to the Council an initial report on the implementation of paragraph 1 above within 15 days of the adoption of this resolution, and regular reports, every 90 days thereafter, on the implementation of all its elements, as well as on the humanitarian situation in Guinea-Bissau;

Commitment to review

12. *Affirms* that it shall keep the situation in Guinea-Bissau under continuous review and that it shall be prepared to review the appropriateness of the measures contained in this resolution, including the strengthening through additional measures, such as an embargo on arms and financial measures, modification, suspension or lifting of the measures, as may be needed at any time in light of the progress achieved in the stabilization of the country, the restoration of the constitutional order, in compliance with this resolution;

13. *Decides* to remain actively seized of the matter.

ANNEX

Travel ban

1. General António INJAI (a.k.a António INDJAI)

Nationality: Guinea-Bissau

Date of birth: 20 January 1955

Place of birth: Encheia, Sector de Bissorá, Região de Oio, Guinea-Bissau

Parentage: Wasna Injai and Quiritche Cofte

Official function: Lieutenant General - Chief of Staff of the Armed Forces

Passport: Diplomatic passport AAID00435

Date of issue: 18.02.2010

Place of issue: Guinea-Bissau

Date of expiry: 18.02.2013

António Injai was personally involved in planning and leading the mutiny of 1 April 2010, culminating with the illegal apprehension of the Prime Minister, Carlo Gomes Junior, and the then Chief of Staff of the Armed Forces, José Zamora Induta; during the 2012 electoral period, in his capacity as Chief of Staff of the Armed Forces, Injai made statements threatening to overthrow the elected authorities and to put an end to the electoral process; António Injai has been involved in the operational planning of the coup d'état of 12 April 2012. In the aftermath of the coup, the first communiqué by the "Military Command" was issued by the Armed Forces General Staff, which is led by General Injai.

2. Major General Mamadu TURE (a.k.a. N'KRUMAH)

Nationality: Guinea-Bissau

Date of birth: 26 April 1947

Official function: Deputy Chief of Staff of the Armed Forces

Passport: Diplomatic passport DA0002186

Date of issue: 30.03.2007

Place of issue: Guinea-Bissau

Date of expiry: 26.08.2013

Member of the "Military Command" which has assumed responsibility for the coup d'état of 12 April 2012.

3. General Estêvão NA MENA

Nationality: Guinea-Bissau

Date of birth: 7 March 1956

Official function: Inspector-General of the Armed Forces

Member of the "Military Command" which has assumed responsibility for the coup d'état of 12 April 2012.

4. Brigadier General Ibraima CAMARÁ (a.k.a. "Papa Camará")

Nationality: Guinea-Bissau

Date of birth: 11 May 1964

Parentage: Suareba Camará and Sale Queita

Official function: Chief of Staff of the Air Force

Passport: Diplomatic passport AAID00437

Date of issue: 18.02.2010

Place of issue: Guinea-Bissau

Date of expiry: 18.02.2013

Member of the “Military Command” which has assumed responsibility for the coup d’état of 12 April 2012.

5. Lieutenant colonel Daba NAUALNA (a.k.a. Daba Na Walna)

Nationality: Guinea-Bissau

Date of birth: 6 June 1966

Parentage: Samba Nualna and In-Uasne Nanfafe

Official function: Spokesperson of the “Military Command”

Passport: Passport SA000417

Date of issue: 29.10.2003

Place of issue: Guinea-Bissau

Date of expiry: 10.03.2013

Spokesperson of the “Military Command” which has assumed responsibility for the coup d’état of 12 April 2012.

Risoluzione 2051 (2012), adottata il 12 giugno 2012, sulla situazione in Yemen ⁽¹⁾

The Security Council,

Recalling its resolution 2014 (2011) and presidential statement of 29 March 2012,

Expressing grave concern at the political, security, economic and humanitarian situation in Yemen,

Reaffirming its strong commitment to the unity, sovereignty, political independence and territorial integrity of Yemen,

Welcoming the Secretary-General’s statement of 21 May 2012 encouraging all

⁽¹⁾ La risoluzione è stata adottata all’unanimità. La risoluzione 2014 (2011), citata nel testo, è riprodotta *supra*, p. 275 ss.

sides to play a full and constructive role in implementing Yemen's political Transition Agreement in accordance with Security Council resolution 2014,

Noting the co-chairs' statement following the Friends of Yemen Ministerial meeting in Riyadh on 23 May 2012 and the support expressed for the political Transition Agreement in accordance with the Gulf Cooperation Council Initiative and Implementation Mechanism, including the proposal by the Kingdom of Saudi Arabia to host a donor meeting in late June 2012,

Expressing grave concern at the security situation and continuing terrorist attacks, in particular by Al-Qaida in the Arabian Peninsula, within Yemen, and *reaffirming* that terrorism in all its forms and manifestations constitutes one of the most serious threats to international peace and security and that any acts of terrorism are criminal and unjustifiable regardless of their motivations,

Condemning all terrorist, and other, attacks against civilians, oil, gas and electricity infrastructure and against the legitimate authorities, including those aimed at undermining the political process in Yemen, including the attack in Sana'a on 21 May 2012,

Noting the formidable economic and social challenges confronting Yemen, which have left many Yemenis in acute need of humanitarian assistance,

Welcoming the Government of National Unity's focus on short-term stabilisation of the economy through implementation of the IMF Rapid Credit Facility programme,

Stressing that the best solution to the situation in Yemen is through a peaceful, inclusive, orderly and Yemeni-led political transition process that meets the legitimate demands and aspirations of the Yemeni people for peaceful change and meaningful political, economic and social reform, as set forth in the GCC Initiative and Implementation Mechanism and in resolution 2014 (2011),

Recalling that the transition process requires the involvement and cooperation of all sides in Yemen, including groups that were not party to the GCC Initiative and its Implementation Mechanism,

Expressing concern at the recent deterioration of cooperation among some political actors and actions that could adversely affect or delay the political transition process,

Reiterating the need for comprehensive, independent and impartial investigations consistent with international standards into alleged human rights violations and abuses, to ensure full accountability,

Welcoming the continuing engagement of the Secretary-General's good offices including the visits to Yemen by his Special Adviser, Mr. Jamal Benomar,

Mindful of its primary responsibility for the maintenance of international peace and security under the Charter of the United Nations, and *emphasizing* the need for progress in the implementation of the GCC Initiative and Implementation Mechanism to avoid further deterioration of the humanitarian and security situation in Yemen that threatens peace and security in the region,

1. *Reaffirms* the need for the full and timely implementation of the GCC Initiative and Implementation Mechanism in accordance with resolution 2014 (2011);

2. *Calls upon* all sides in Yemen immediately to reject the use of violence to achieve political goals;

3. *Notes* that in line with the Implementation Mechanism the second phase of the transition process should focus on:

(a) convening an all-inclusive National Dialogue Conference,

(b) restructuring of the security and armed forces under a unified professional national leadership structure and the ending of all armed conflicts,

(c) steps to address transitional justice and to support national reconciliation,

(d) constitutional and electoral reform and the holding of general elections by February 2014;

4. *Supports* the efforts of President Abd Rabbuh Mansour Hadi and the Government of National Unity to move the transition process forward, including through security sector reform and changes in senior appointments in the security and armed forces, and the launch of the preparatory process for convening the National Dialogue Conference;

5. *Emphasizes* the importance of conducting a fully-inclusive, participatory, transparent and meaningful National Dialogue Conference including with the youth and women's groups and calls upon all stakeholders in Yemen to participate actively and constructively in this process;

6. *Demands* the cessation of all actions aimed at undermining the Government of National Unity and the political transition, including continued attacks on oil, gas and electricity infrastructure, and interference with decisions relating to the restructuring of the armed and security forces, and obstructing the implementation of the Presidential Decrees of 6 April 2012 concerning military and civilian appointments, and *expresses its readiness* to consider further measures, including under Article 41 of the United Nations Charter if such actions continue;

7. *Stresses* that all those responsible for human rights violations and abuses must be held accountable, and *underlines* the need for a comprehensive, independent and impartial investigation consistent with international standards into alleged human rights abuses and violations, to prevent impunity and ensure full accountability;

8. *Notes with concern* that children continue to be recruited and used by armed groups and certain elements of the military, and *calls for* continued national efforts to discourage the use and recruitment of child soldiers;

9. *Reminds* the Yemeni Government and other actors of the need to release immediately those protesters unlawfully detained during the crisis;

10. *Urges* the Yemeni Government to pass legislation on transitional justice to support reconciliation without further delay;

11. *Calls on* all parties to comply with applicable international law including international humanitarian law and human rights law;

12. *Calls for* the international community, including the United Nations and GCC, in particular through the Friends of Yemen, to provide active and increasing support to help the Yemeni government meet the forthcoming political, security, economic and humanitarian challenges;

13. *Encourages* the international community to provide humanitarian assistance to Yemen and *calls for* the full funding of the 2012 Humanitarian Response Plan, and in this regard *requests* all parties in Yemen to facilitate safe and unimpeded humanitarian access to ensure the delivery of assistance to populations in need;

14. *Emphasizes* the importance of Government of National Unity finalising and agreeing their two-year development plan to set out priority policy areas and funding modalities, as well as to identify key areas for reform, and *requests* all donors to support the development plan through established funding modalities and to contribute to the forthcoming donor conference;

15. *Expresses its concern* over the growing number of attacks carried out or sponsored by Al-Qaida in the Arabian Peninsula, and its determination to address this threat in accordance with the Charter of the United Nations and international law including applicable human rights, refugee and humanitarian law;

16. *Requests* the Secretary-General to continue his good offices role, including through the efforts of his Special Adviser, Jamal Benomar, *stresses* the importance of their close co-ordination with international partners in order to contribute to the successful transition in Yemen, and in this regard *welcomes* the political engagement of the United Nations through a small presence in Yemen consisting of a team of experts to support the implementation of the transition process, and to provide advice to the parties in conjunction with the government of Yemen, in particular in support of the National Dialogue process;

17. *Requests* the Secretary-General to continue to coordinate assistance from the international community in support of the National Dialogue and transition, as stipulated in the Implementation Mechanism of the GCC Initiative;

18. *Requests* the Secretary-General to continue to report on developments in Yemen every 60 days;

19. *Decides* to remain actively seized of the matter.

Risoluzione 2056 (2012), adottata il 5 luglio 2012, sulla situazione in Mali ⁽¹⁾

The Security Council,

Recalling its Presidential Statements of 26 March 2012 (S/PRST/2012/7) and

⁽¹⁾ La risoluzione è stata adottata all'unanimità. Le risoluzioni 1267 (1999), 1989 (2011) e 2017 (2011), citate nel testo, sono riprodotte in *Rivista*, rispettivamente, 1999, p. 1165, 2011, p. 1000 ss., e *supra*, p. 284 ss.

of 4 April 2012 (S/PRST/2012/9) as well as its Press Statements on Mali of 22 March 2012, 9 April 2012 and of 18 June 2012,

Reaffirming its strong commitment to the sovereignty, unity and territorial integrity of Mali,

Condemning the forcible seizure of power from the democratically elected Government of Mali by some members of the Armed Forces of Mali on 22 March 2012 and *commending* the efforts of the Economic Community of West African States (ECOWAS) and of the African Union (AU), and the cooperation of neighbouring countries and other countries in the region, in assisting with the restoration of the constitutional order in Mali,

Acknowledging the positive steps taken by Mali towards the restoration of constitutional rule, including by the signing on 6 April 2012 of a Framework Agreement for the restoration of constitutional order under the auspices of the ECOWAS mediator, President Blaise Compaoré of Burkina Faso,

Reiterating its full support to the mediation efforts of ECOWAS and the AU and *welcoming* the continued good offices of the Secretary-General including through his Special Representative for West Africa,

Stressing the need for close and continued dialogue between the Transitional authorities and the different political actors and civil society in Mali on the various challenges faced by the country,

Underscoring the need to reinforce civilian control of the Malian armed forces,

Reiterating its strong condemnation of the attacks initiated and carried out by rebel groups against Malian armed forces and civilians,

Reiterating its categorical rejection of statements made by the National Movement for the Liberation of Azawad (MNLA) regarding the so-called “independence” of Northern Mali, and *further reiterating* that it considers such announcements as null and void,

Expressing serious concern about the insecurity and rapidly deteriorating humanitarian situation in the Sahel region, which is further complicated by the presence of armed groups and terrorist groups and their activities, as well as by the proliferation of weapons, from within and outside the region, that threaten the peace, security and stability of regional States,

Expressing deep concern at the increased terrorist threat in the North of Mali and the region due to the presence of members of Al-Qaida in the Islamic Maghreb (AQIM), *reaffirming* that terrorism in all its forms and manifestations constitutes one of the most serious threats to peace and security and that any acts of terrorism are criminal and unjustifiable regardless of their motivations, whenever and by whomsoever committed,

Expressing concern at the increase in incidents of kidnapping and hostage-taking by terrorist groups with the aim of raising funds, or gaining political concessions, and expressing the need for this issue to be addressed,

Expressing grave concern at the worsening of the humanitarian situation in Mali and at the increasing number of displaced persons and refugees, *acknowledging* the humanitarian support provided by countries in the region and international partners to Mali and its neighbouring countries and *renewing* its call for increased mobilization of the international community to support humanitarian efforts, and for all parties in Mali to allow for impartial, neutral, full and unimpeded access for humanitarian aid,

Condemning strongly the desecration, damage and destruction of sites of holy, historic and cultural significance, especially but not exclusively those designated UNESCO World Heritage sites, including in the city of Timbuktu,

Taking note of the Conclusions of the meeting of the Support and Follow-up Group on the Situation in Mali held on 7 June 2012 in Abidjan, of the Communiqué of the Peace and Security Council of the AU of 12 June 2012 and of the Communiqués of ECOWAS of 3 May 2012 and 29 June 2012,

Determining that the situation in Mali constitutes a threat to international peace and security in the region,

Acting under Chapter VII of the Charter of the United Nations,

Restoration of the constitutional order

1. *Expresses* its full support to the efforts of ECOWAS and the AU in Mali, with the support of the United Nations, and encourages them to continue to coordinate closely with the Transitional authorities of Mali for the restoration of constitutional order;

2. *Calls upon* all national stakeholders in Mali to create the necessary conditions for enabling the Transitional authorities to fully exercise their primary responsibilities and to ensure the full restoration and preservation of constitutional order;

3. *Takes note* of the ECOWAS non-recognition of the National Council for the Recovery of Democracy and the Restoration of the State (CNRDRE) as a legal entity in the transition, *decides* that the said CNRDRE shall be dissolved and *further demands* that its members refrain from any interference in political matters and in the work of the Transitional authorities;

4. *Urges* all members of the Malian armed forces to respect constitutional order, civilian rule and human rights;

5. *Condemns* in the strongest terms the physical assault against the *Interim* President of Mali, Mr. Dioncounda Traoré, on 21 May 2012, *calls for* the perpetrators to be brought to justice and supports in this regard the announced establishment of a Malian investigation commission, and *calls upon* all Malian stakeholders to desist from unlawful conduct, harassments and acts of violence and to support the work of the Transitional authorities;

6. *Takes note* of the decisions of ECOWAS and AU to adopt targeted sanctions in Mali and *reserves* the right to consider appropriate measures as necessary;

7. *Calls* for the safe return to Bamako as soon as possible of *Interim* President Dioncounda Traoré and for his security to be assured;

8. *Expresses its support* to the Transitional authorities in Mali led by the *Interim* President and the Prime Minister of the Transition, and *decides* that the Transitional authorities shall develop, within the framework of an inclusive national dialogue with the political forces and civil society including legitimate representatives of the northern regions and with the support of ECOWAS and other international partners, a road map setting out the tasks to be carried out peacefully during the Transition so as to ensure the consolidation of the institutions of the Republic of Mali, especially the reorganization and restructuring of the Malian defence and security forces, the restoration of State authority throughout the territory of Mali, and the organization of free, transparent and fair presidential elections within 12 months of the signing of the Framework Agreement for the restoration of constitutional order;

Territorial integrity of Mali

9. *Demands* the full, immediate and unconditional cessation of hostilities by rebel groups in the North of Mali;

10. *Calls upon* all groups in northern Mali, including the MNLA, Ansar Dine and foreign combatants on Malian soil, to renounce all affiliations incompatible with peace, security, the rule of law and the territorial integrity of Mali;

11. *Expresses* its support to all efforts made by the Transitional authorities of Mali, with the support of ECOWAS, the AU, neighbouring and other countries in the region, and the United Nations, aimed at seeking a peaceful solution to the situation in the North of Mali mindful of the sovereignty, unity and territorial integrity of Mali, and *calls upon* Malian rebel groups to enter into an appropriate political dialogue with the Transitional authorities of Mali to this end;

12. *Requests* the Secretary-General to provide support to ongoing mediation efforts, including through the good offices of his Special Representative for West Africa;

13. *Calls upon* all parties in the North of Mali to cease all abuses of human rights and violations of international humanitarian law, *condemns* in particular the targeted attacks against the civilian population, sexual violence, recruitment and use of child soldiers and forced displacement, *recalls* in this regard all its relevant resolutions on women and peace and security, on children and armed conflict, and on the protection of civilians in armed conflicts, and *stresses* that the perpetrators shall be brought to justice;

14. *Demands* that all parties in Mali ensure full, safe and unhindered access for the timely delivery of humanitarian aid to persons in need of assistance and *further demands* that all parties and armed groups take appropriate steps to ensure the safety and security of humanitarian personnel, equipment and supplies, in accordance with international law, including applicable international humanitarian, human rights and refugee law;

15. *Acknowledges* the cooperative policy of neighbouring States, including Algeria, Burkina Faso, Mauritania and Niger in keeping their borders open for

refugees and in facilitating the passage of humanitarian personnel, equipment and supplies, and *encourages* these States to continue this policy and contribute to a stabilization of the situation wherever possible;

16. *Stresses* that attacks against buildings dedicated to religion or historic monuments can constitute violations of international law which may fall under Additional Protocol II to the 1949 Geneva Conventions and the Rome Statute of the International Criminal Court, to which Mali is a State Party, and *further urges* all parties in Mali to immediately take appropriate steps to ensure the protection of Mali's World Heritage sites;

ECOWAS security support

17. *Takes note* of the request of ECOWAS and the African Union for a United Nations Security Council mandate authorizing the deployment of an ECOWAS stabilization force in order to support the political process in Mali and assist in upholding the territorial integrity of Mali and in combating terrorism;

18. *Expresses its readiness* to further examine the request of ECOWAS once additional information has been provided regarding the objectives, means and modalities of the envisaged deployment and other possible measures, *encourages* in this regard a close cooperation between Malian Transitional authorities, the Commission of ECOWAS, the Commission of the African Union, and countries in the region in order to prepare detailed options and *further requests* the Secretary-General to support the Commission of ECOWAS and the Commission of the African Union in preparing such detailed options;

Fight against terrorism

19. *Reiterates* its unequivocal condemnation of Al-Qaida and other individuals, groups, undertakings and entities associated with it, for criminal acts of kidnapping, ongoing and multiple criminal terrorist acts aimed at causing the deaths of innocent civilians and other victims, destruction of property and greatly undermining stability, including in the North of Mali and the Sahel region;

20. *Urges* all rebel groups in Mali to refrain from any form of association with AQIM and to combat the threat posed by terrorist groups in Mali, and *recalls* in this regard that acts or activities indicating that an individual, group, undertaking or entity is associated with Al-Qaida include: participating in the financing, planning, facilitating, preparing, or perpetrating of acts or activities by, in conjunction with, under the name of, on behalf of, or in support of; supplying, selling or transferring arms and related materiel to; recruiting for or otherwise supporting acts or activities of Al-Qaida or any cell, affiliate, splinter group or derivative thereof and *further calls upon* all Member States to implement robustly their obligations pursuant to resolution 1989 (2011);

21. *Calls upon* Member States to consider and undertake measures to prevent the proliferation of all arms and related material of all types in the Sahel region, in particular man-portable surface-to-air missiles, consistent with resolution 2017 (2011);

22. *Urges* Member States to assist efforts to undertake reform and capacity-building of the Malian security forces in order to reinforce democratic control of

the armed forces, restore the authority of the State of Mali over its entire national territory, to uphold the unity and territorial integrity of Mali and to reduce the threat posed by AQIM and affiliated groups;

23. *Urges* Sahel and Maghreb States to enhance interregional cooperation and coordination in order to take all necessary measures to develop strategies to combat AQIM activities and to contain further progress of AQIM elements and affiliated groups in the Sahel and Maghreb regions, including the interdiction of smuggling of arms, vehicle, fuel and other commodities that support AQIM and affiliated groups;

24. *Emphasizes* that sanctions are an important tool under the Charter of the United Nations in the maintenance and restoration of international peace and security, *stresses* in this regard the need for robust implementation of the measures in paragraph 1 of resolution 1989 (2011) as a significant tool in combating terrorist activity and *calls on* all Member States to submit to the Committee pursuant to resolutions 1267 (1999) and 1989 (2011) names of individuals, groups, undertakings and entities that are associated with Al-Qaida, including in the Sahel region and notably in the North of Mali;

United Nations support to efforts of mediation

25. *Requests* the Secretary-General to contribute to efforts of regional and international actors on Mali, including through the good offices of his Special Representative for West Africa, especially by supporting the work of the Support and Follow-up Group on the Situation in Mali;

26. *Acknowledges* the significant contribution that women can have in conflict prevention, peacebuilding and mediation efforts, *calls upon* all actors in the crisis in Mali to take measures to increase the number of women involved in mediation efforts and *stresses* the importance of creating enabling conditions for women's participation and empowerment during all stages of the mediation process;

Reporting

27. *Requests* the Secretary-General to report, by 31 July 2012, on the situation in Mali and the implementation of this resolution, possible steps to ensure the effective full restoration of constitutional order and of the territorial integrity in Mali, including the detailed options referred to in paragraph 18 above and prepared through the cooperation between the Commission of ECOWAS, the Commission of the AU, and countries in the region, with the support of the United Nations, and ways of improving international coordination;

Integrated United Nations strategy for Sahel

28. *Requests* the Secretary-General to develop and implement, in consultation with regional organizations, a United Nations integrated strategy for the Sahel region encompassing security, governance, development, human rights and humanitarian issues, including through the involvement of the United Nations Office for West Africa, and *requests* the Secretary-General to inform the Council on progress made by 15 September 2012;

29. *Decides* to remain actively seized of the matter.

LEGISLAZIONE

LEGISLAZIONE ITALIANA

Decreto legislativo 1° settembre 2011 n. 150: « Disposizioni complementari al codice di procedura civile in materia di riduzione e semplificazione dei procedimenti civili di cognizione, ai sensi dell'art. 54 della legge 18 giugno 2009 n. 69 »

(G.U. 21 settembre 2011 n. 220) ⁽¹⁾

Articolo 30

Delle controversie in materia di attuazione delle sentenze e provvedimenti stranieri di giurisdizione volontaria e contestazione del riconoscimento

1. Le controversie aventi ad oggetto l'attuazione di sentenze e provvedimenti stranieri di giurisdizione volontaria di cui all'art. 67 della legge 31 maggio 1995 n. 218, sono regolate dal rito sommario di cognizione.
2. È competente la corte di appello del luogo di attuazione del provvedimento.

⁽¹⁾ Il decreto legislativo è in vigore dal 6 ottobre 2011 ed è applicabile ai procedimenti di cui all'art. 67 della legge 31 maggio 1995 n. 218 instaurati successivamente a tale data (art. 36). Ai sensi dell'art. 34, 38° comma, del decreto l'art. 67 risulta così modificato:

Articolo 67

Attuazione di sentenze e provvedimenti stranieri di giurisdizione volontaria e contestazione del riconoscimento

1. In caso di mancata ottemperanza o di contestazione del riconoscimento della sentenza straniera o del provvedimento straniero di volontaria giurisdizione, ovvero quando sia necessario procedere ad esecuzione forzata, chiunque vi abbia interesse può chiedere all'autorità giudiziaria ordinaria l'accertamento dei requisiti del riconoscimento.

1-bis. Le controversie di cui al 1° comma sono disciplinate dall'art. 30 del decreto legislativo 1° settembre 2011 n. 150.

2. La sentenza straniera o il provvedimento straniero di volontaria giurisdizione, unitamente al provvedimento che accoglie la domanda di cui al 1° comma, costituiscono titolo per l'attuazione e per l'esecuzione forzata.

3. Se la contestazione ha luogo nel corso di un processo, il giudice adito pronuncia con efficacia limitata al giudizio.

Legge 7 agosto 2012 n. 134: « Conversione in legge, con modificazioni, del decreto-legge 22 giugno 2012 n. 83, recante misure urgenti per la crescita del Paese »

(G.U. 11 agosto 2012 n.187, suppl. ord. n. 171) ⁽¹⁾

Articolo 55

Modifiche alla legge 24 marzo 2001 n. 89

1. Alla legge 24 marzo 2001 n. 89, sono apportate le seguenti modificazioni:

a) all'art. 2:

1) il 2° comma è sostituito dal seguente: « Nell'accertare la violazione il giudice valuta la complessità del caso, l'oggetto del procedimento, il comportamento delle parti e del giudice durante il procedimento, nonché quello di ogni altro soggetto chiamato a concorrervi o a contribuire alla sua definizione »;

2) dopo il 2° comma sono aggiunti i seguenti:

« 2-bis. Si considera rispettato il termine ragionevole di cui al 1° comma se il processo non eccede la durata di tre anni in primo grado, di due anni in secondo grado, di un anno nel giudizio di legittimità. Ai fini del computo della durata il processo si considera iniziato con il deposito del ricorso introduttivo del giudizio ovvero con la notificazione dell'atto di citazione. Si considera rispettato il termine ragionevole se il procedimento di esecuzione forzata si è concluso in tre anni, e se la procedura concorsuale si è conclusa in sei anni. Il processo penale si considera iniziato con l'assunzione della qualità di imputato, di parte civile o di responsabile civile, ovvero quando l'indagato ha avuto legale conoscenza della chiusura delle indagini preliminari.

2-ter. Si considera comunque rispettato il termine ragionevole se il giudizio viene definito in modo irrevocabile in un tempo non superiore a sei anni.

2-quater. Ai fini del computo non si tiene conto del tempo in cui il processo è sospeso e di quello intercorso tra il giorno in cui inizia a decorrere il termine per proporre l'impugnazione e la proposizione della stessa.

2-quinquies. Non è riconosciuto alcun indennizzo:

a) in favore della parte soccombente condannata a norma dell'art. 96 del codice di procedura civile;

b) nel caso di cui all'art. 91, 1° comma, secondo periodo, del codice di procedura civile;

c) nel caso di cui all'art. 13, 1° comma, primo periodo, del decreto legislativo 4 marzo 2010 n. 28;

d) nel caso di estinzione del reato per intervenuta prescrizione connessa a condotte dilatorie della parte;

⁽¹⁾ È qui riprodotto il testo del decreto-legge (pubblicato in G.U. 26 giugno n. 147, suppl. ord. n. 129) coordinato con la legge di conversione, come pubblicato nella G.U. 11 agosto 2012 n. 187, suppl. ord. n. 171.

La legge 24 marzo 2012 n. 89 (c.d. legge Pinto) è riprodotta in *Rivista*, 2001, p. 615 ss.

e) quando l'imputato non ha depositato istanza di accelerazione del processo penale nei trenta giorni successivi al superamento dei termini di cui all'art. 2-*bis*.

f) in ogni altro caso di abuso dei poteri processuali che abbia determinato una ingiustificata dilazione dei tempi del procedimento;

3) il 3° comma è abrogato;

b) dopo l'art. 2 è aggiunto il seguente:

« Art. 2-*bis* (*Misura dell'indennizzo*). — 1. Il giudice liquida a titolo di equa riparazione una somma di denaro, non inferiore a 500 euro e non superiore a 1.500 euro, per ciascun anno, o frazione di anno superiore a sei mesi, che eccede il termine ragionevole di durata del processo.

2. L'indennizzo è determinato a norma dell'art. 2056 del codice civile, tenendo conto:

a) dell'esito del processo nel quale si è verificata la violazione di cui al 1° comma dell'art. 2;

b) del comportamento del giudice e delle parti;

c) della natura degli interessi coinvolti;

d) del valore e della rilevanza della causa, valutati anche in relazione alle condizioni personali della parte.

3. La misura dell'indennizzo, anche in deroga al 1° comma, non può in ogni caso essere superiore al valore della causa o, se inferiore, a quello del diritto accertato dal giudice. »;

c) l'art. 3 è sostituito dal seguente:

« Art. 3 (*Procedimento*). — 1. La domanda di equa riparazione si propone con ricorso al presidente della corte d'appello del distretto in cui ha sede il giudice competente ai sensi dell'art. 11 del codice di procedura penale a giudicare nei procedimenti riguardanti i magistrati nel cui distretto è concluso o estinto relativamente ai gradi di merito il procedimento nel cui ambito la violazione si assume verificata. Si applica l'art. 125 del codice di procedura civile.

2. Il ricorso è proposto nei confronti del Ministro della giustizia quando si tratta di procedimenti del giudice ordinario, del Ministro della difesa quando si tratta di procedimenti del giudice militare. Negli altri casi è proposto nei confronti del Ministro dell'economia e delle finanze.

3. Unitamente al ricorso deve essere depositata copia autentica dei seguenti atti:

a) l'atto di citazione, il ricorso, le comparse e le memorie relativi al procedimento nel cui ambito la violazione si assume verificata;

b) i verbali di causa e i provvedimenti del giudice;

c) il provvedimento che ha definito il giudizio, ove questo si sia concluso con sentenza od ordinanza irrevocabili.

4. Il presidente della corte d'appello, o un magistrato della corte a tal fine designato, provvede sulla domanda di equa riparazione con decreto motivato da emettere entro trenta giorni dal deposito del ricorso. Si applicano i primi due commi dell'art. 640 del codice di procedura civile.

5. Se accoglie il ricorso, il giudice ingiunge all'amministrazione contro cui è stata proposta la domanda di pagare senza dilazione la somma liquidata a titolo di equa riparazione, autorizzando in mancanza la provvisoria esecuzione. Nel decreto il giudice liquida le spese del procedimento e ne ingiunge il pagamento.

6. Se il ricorso è in tutto o in parte respinto la domanda non può essere riproposta, ma la parte può fare opposizione a norma dell'art. 5-ter.

7. L'erogazione degli indennizzi agli aventi diritto avviene nei limiti delle risorse disponibili. »;

d) l'art. 4 è sostituito dal seguente:

« Art. 4 (*Termine di proponibilità*). — 1. La domanda di riparazione può essere proposta, a pena di decadenza, entro sei mesi dal momento in cui la decisione che conclude il procedimento è divenuta definitiva. »;

e) l'art. 5 è sostituito dal seguente:

« Art. 5 (*Notificazioni e comunicazioni*). — 1. Il ricorso, unitamente al decreto che accoglie la domanda di equa riparazione, è notificato per copia autentica al soggetto nei cui confronti la domanda è proposta.

2. Il decreto diventa inefficace qualora la notificazione non sia eseguita nel termine di trenta giorni dal deposito in cancelleria del provvedimento e la domanda di equa riparazione non può essere più proposta.

3. La notificazione ai sensi del 1° comma rende improponibile l'opposizione e comporta acquiescenza al decreto da parte del ricorrente.

4. Il decreto che accoglie la domanda è altresì comunicato al procuratore generale della Corte dei conti, ai fini dell'eventuale avvio del procedimento di responsabilità, nonché ai titolari dell'azione disciplinare dei dipendenti pubblici comunque interessati dal procedimento. »;

f) dopo l'art. 5-bis sono inseriti i seguenti:

« Art. 5-ter (*Opposizione*). — 1. Contro il decreto che ha deciso sulla domanda di equa riparazione può essere proposta opposizione nel termine perentorio di trenta giorni dalla comunicazione del provvedimento ovvero dalla sua notificazione.

2. L'opposizione si propone con ricorso davanti all'ufficio giudiziario al quale appartiene il giudice che ha emesso il decreto. Si applica l'art. 125 del codice di procedura civile.

3. La corte d'appello provvede ai sensi degli articoli 737 e seguenti del codice di procedura civile. Del collegio non può far parte il giudice che ha emanato il provvedimento impugnato.

4. L'opposizione non sospende l'esecuzione del provvedimento. Il collegio, tuttavia, quando ricorrono gravi motivi, può, con ordinanza non impugnabile, sospendere l'efficacia esecutiva del decreto opposto.

5. La corte pronuncia, entro quattro mesi dal deposito del ricorso, decreto impugnabile per cassazione. Il decreto è immediatamente esecutivo.

Art. 5-quater (*Sanzioni processuali*). — 1. Con il decreto di cui all'art. 3, 4° comma, ovvero con il provvedimento che definisce il giudizio di opposizione, il giudice, quando la domanda per equa riparazione è dichiarata inammissibile ovvero manifestamente infondata, può condannare il ricorrente al pagamento in favore della cassa delle ammende di una somma di denaro non inferiore ad euro 1.000 e non superiore ad euro 10.000. ».

2. Le disposizioni di cui al 1° comma si applicano ai ricorsi depositati a decorrere dal trentesimo giorno successivo a quello di entrata in vigore della legge di conversione del presente decreto.

2-bis. L'art. 1, 1225° comma, della legge 27 dicembre 2006 n. 296, si

interpreta nel senso che il Ministero dell'economia e delle finanze procede comunque ai pagamenti degli indennizzi in caso di pronunce emesse nei suoi confronti e nei confronti della Presidenza del Consiglio dei ministri.

Direttiva del Ministero dell'interno 7 marzo 2012: « Cittadinanza - trasferimento ai prefetti della competenza ad emanare i provvedimenti di acquisto della cittadinanza per matrimonio »

(G.U. 24 aprile 2012 n. 96)

Ai sigg.ri prefetti

Al sig. Commissario del Governo per la
Provincia autonoma di Trento

Al sig. Commissario del Governo per la
Provincia autonoma di Bolzano

Al sig. Presidente della Regione autonoma
Valle D'Aosta

Il consistente e perdurante afflusso di cittadini stranieri nel territorio nazionale ha prodotto, tra gli altri effetti, un sensibile incremento dei procedimenti di conferimento della cittadinanza, sia per matrimonio che per residenza, assegnati dalla legge alla competenza dello Stato e, per esso, del Ministero dell'interno, a motivo della rilevanza degli interessi pubblici da tutelare, inerenti anche alla sicurezza nazionale, e della conseguenziale peculiarità degli adempimenti istruttori.

È ragionevole presumere che negli anni a venire il fenomeno tornerà a crescere, atteso che gli indicatori demografici e socio-economici relativi alla popolazione straniera residente nel territorio nazionale prefigurano uno scenario di rapido ampliamento della platea dei soggetti in possesso dei requisiti di legge necessari all'acquisto della cittadinanza italiana.

In altri termini, sono in aumento sia i nuclei familiari interamente composti da immigrati che presentano istanze di cittadinanza e sia i figli delle prime generazioni di immigrati giunti in Italia che, in questi anni, stanno conseguendo la maggiore età dopo un periodo ininterrotto di permanenza nel nostro Paese di 18 anni.

Al fine di migliorare l'efficacia della azione amministrativa, è giocoforza per l'Amministrazione dell'interno continuare a percorrere la strada della razionalizzazione delle risorse umane, strumentali e finanziarie a disposizione e dei massicci investimenti sulla tecnologia informatica e telematica, senza trascurare ogni altra innovazione possibile sotto il profilo organizzativo e delle procedure.

Nel quadro delle misure da attivare nell'immediato, sono da considerare oramai maturi i tempi perché la competenza ad emanare i provvedimenti in questione, finora concentrata nell'autorità politica, transiti alla dirigenza, in conformità alle disposizioni che regolano la separazione tra compiti di direzione politica e di direzione amministrativa.

Nessuna variazione di competenza è ipotizzabile in ordine ai decreti di concessione di cui all'art. 9 della legge 5 febbraio 1992 n. 91, caratterizzati da

una valutazione discrezionale di opportunità che implica l'accertamento di un interesse pubblico accanto al riconoscimento dell'interesse privato del richiedente allo *status civitatis*. A tal punto il legislatore ha ravvisato in questo tipo di atti un'espressione della funzione politico-amministrativa da inserirli nel ristretto novero di quelli che, ai sensi dell'art. 1 della legge 12 gennaio 1991 n. 13, debbono assumere la forma del decreto del Presidente della Repubblica.

Nulla osta, invece, a che i provvedimenti di acquisto o di diniego della cittadinanza *iure matrimonii* di cui agli articoli 7 e 8 della legge n. 91 siano trasferiti alla competenza della dirigenza amministrativa, trattandosi, con l'eccezione di cui si dirà in seguito, di atti privi di valutazione discrezionale e tanto più di valenza « politica », da emanarsi una volta accertate la sussistenza o meno dei requisiti prescritti (art. 5 della legge n. 91) e l'assenza o meno di determinati pregiudizi penali (art. 6, lettere *a*) e *b*), della medesima legge).

La competenza rimarrà in capo al Ministro dell'interno nella sola ipotesi in cui, durante l'istruttoria, vengano in considerazione ragioni inerenti alla sicurezza della Repubblica (art. 6, lett. *c*), della legge n. 91). E ciò innanzitutto perché, nella fattispecie, la preclusione all'acquisto della cittadinanza non è ancorata all'oggettività di una sentenza di condanna, come avviene per le altre cause preclusive della cittadinanza *iure matrimonii*, ma ad un giudizio latamente discrezionale circa la compatibilità di atti, comportamenti ecc. dell'aspirante cittadino con interessi vitali della Nazione. In secondo luogo perché durante l'istruttoria occorre chiamare in causa il Consiglio di Stato in sede consultiva. Come noto, a termini di legge, il parere dell'Alto Consesso deve essere richiesto dal Ministro dell'interno, ragion per cui il provvedimento finale, non importa se di accoglimento o di diniego, non può che ricadere nella sfera del Ministro medesimo. Sarebbe improprio, infatti, che fosse il dirigente ad adottare l'atto finale, quando nella fase istruttoria è intervenuto il Ministro con atto rientrante nelle funzioni di indirizzo politico-amministrativo.

Tale orientamento è conforme alle posizioni già espresse dal Consiglio di Stato in adunanza plenaria e confermate in sede consultiva; lo si ritiene valido anche alla luce delle modifiche apportate dalla legge n. 94/2009 all'art. 5 della legge n. 91.

Tanto premesso, si dirama la seguente direttiva:

A) sono attribuiti alla competenza del Prefetto l'accoglimento dell'istanza di acquisto della cittadinanza *iure matrimonii* presentata dal coniuge straniero legalmente residente in Italia e la sua reiezione per i motivi ostativi di cui alle lettere *a*) e *b*) dell'art. 6 della legge n. 91/1992.

Qualora il coniuge straniero abbia la residenza all'estero, l'organo competente a conferire o denegare la cittadinanza è, invece, il capo del Dipartimento per le libertà civili e l'immigrazione.

Il nuovo assetto di competenze opererà a decorrere dal 1° giugno 2012, in modo da dare il tempo alle SS.LL. e al Dipartimento per le libertà civili e l'immigrazione di apportare le necessarie rimodulazioni all'organizzazione degli uffici e alle procedure in uso;

B) con riferimento alle medesime istanze di cui al punto A), resta ferma la competenza del Ministro dell'interno a denegare l'acquisto della cittadinanza per ragioni inerenti alla sicurezza della Repubblica ai sensi della lett. *c*) dell'art. 6 della legge n. 91 o ad accogliere l'istanza se il Consiglio di Stato ritiene che le dette ragioni non sussistono;

C) il Dipartimento per le libertà civili e l'immigrazione sovrintenderà

alla fase di transizione al nuovo assetto di competenze e costituirà il referente delle SS.LL. per qualsiasi esigenza. In tale veste, emanerà le necessarie disposizioni attuative della presente direttiva e fornirà, anche attraverso incontri sul territorio o in sede centrale, tutta la necessaria collaborazione per l'aggiornamento del personale delle Prefetture-Uffici territoriali del Governo.

La presente direttiva ha come *ratio* l'ulteriore snellimento dei procedimenti di acquisto della cittadinanza *iure matrimonii* attraverso l'accorpamento nel Prefetto della responsabilità procedimentale e di quella provvedimentale dei medesimi.

Sotto un altro angolo visuale, essa costituisce parte sostanziale delle politiche di integrazione di quegli stranieri che, attraverso il vincolo coniugale, entrano a far parte a pieno titolo della comunità nazionale, con ciò assumendo l'impegno al rispetto, all'adesione e alla promozione dei valori posti a fondamento della Repubblica italiana.

In tal senso, rafforzare la responsabilità complessiva del Prefetto nei procedimenti in questione è circostanza che qualifica ulteriormente tale figura e il suo ruolo di rappresentante dello Stato sul territorio. Si confida, quindi, che le SS.LL. dedichino particolare cura alla puntuale applicazione della direttiva e alla sua diffusione ai sindaci dei comuni ricadenti nell'ambito territoriale di competenza.