

SIDIBlog^{quaderni di}

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

Volume 6 • 2019

ISSN 2465-0927

I “Decreti sicurezza” e il diritto internazionale
L'ergastolo ostativo davanti alla Corte EDU
Il parere della Corte EDU sulla maternità surrogata
Interventi di Diritto internazionale pubblico
Interventi di Diritto internazionale privato
Interventi di Diritto dell'Unione europea

Direttore

Pasquale De Sena

Comitato scientifico ed editoriale

Giacomo Biagioni

Giuseppe Bianco

Federico Casolari

Francesco Costamagna

Filippo Croci

Pasquale De Sena

Ester di Napoli

Ornella Feraci

Mauro Gatti

Nicole Lazzerini

Olivia Lopes Pegna

Diego Mauri

Alice Ollino

Giuseppe Pascale

Luca Pasquet

Cesare Pitea

Alice Riccardi

Pierfrancesco Rossi

Andrea Spagnolo

Enza Tramontana

Seline Trevisanut

Susanna Villani

Daniela Vitiello

SOMMARIO

Dibattiti

1. I “Decreti sicurezza” e il diritto internazionale

- 10 GABRIELLA CARELLA | Rotari, Montesquieu e la “conversione” del c.d. Decreto Salvini: note sul permesso di soggiorno per cure mediche
- 28 IRINI PAPANICOLOPULU | Tutela della sicurezza o violazione del diritto del mare?
- 35 EUGENIO ZANIBONI | Quello che le norme non dicono. Le ambiguità del decreto sicurezza-bis, la gestione dei flussi migratori e l’Europa che verrà
- 52 LORENZO GRADONI, LUCA PASQUET | Lisistrata a Lampedusa: una riflessione sul caso *Sea Watch 3*
- 61 PASQUALE DE SENA, MASSIMO STARITA | Navigare fra istanze “Stato-centriche” e “cosmopolitiche”: il caso “Sea-watch” in una prospettiva conflittuale
- 74 CESARE PITEA, STEFANO ZIRULIA | “*Friends, not foes*”: qualificazione penalistica delle attività delle ONG di soccorso in mare alla luce del diritto internazionale e tipicità della condotta

4 Quaderni di SIDIBlog 6 (2019)

2. *L'ergastolo ostativo davanti alla Corte EDU*

- 88 DIEGO MAURI | Nessuna speranza senza collaborazione per i condannati all'ergastolo ostativo? Un primo commento a *Viola c. Italia*
- 99 MARCO PELISSERO | Verso il superamento dell'ergastolo ostativo: gli effetti della sentenza *Viola c. Italia* sulla disciplina delle preclusioni in materia di benefici penitenziari

3. *Il parere della Corte EDU sulla maternità surrogata*

- 112 ILARIA ANRÒ | Il primo parere reso dalla Corte europea dei diritti dell'uomo ai sensi del Protocollo n. 16 alla CEDU: il nuovo strumento alla prova del dialogo tra giudici sul delicato tema della maternità surrogata
- 125 ANTONIETTA DI BLASE | Il riconoscimento della genitorialità a favore del genitore non biologico nel parere della Corte europea dei diritti dell'uomo del 10 aprile 2019

Interventi

1. *Diritto internazionale pubblico*

- 138 MARCO PERTILE | Sul riconoscimento di governo nella crisi venezuelana: la trasformazione alchemica è completa?

- 152 NICOLA COLACINO | Organizzazioni internazionali e immunità ristretta *per relationem* secondo una recente decisione della Corte suprema degli Stati uniti
- 161 LORENZO GRADONI | Ritorno di Anzilotti
- 183 ANDREA SPAGNOLO | Attribuzione del fatto illecito *à la carte* ovvero come la Corte suprema olandese ha liquidato le madri di Srebrenica

2. Diritto internazionale privato

- 196 OMAR VANIN | “Imperatività” della norma di conflitto UE e principio dispositivo nel processo civile italiano
- 206 GIOVANNI ZARRA | Lo sfuggente articolo 3, paragrafo 3, del regolamento Roma I: tra autonomia delle parti e salvaguardia degli interessi statali
- 215 PIETRO FRANZINA, ANTONIO LEANDRO | La Convenzione dell’Aja del 2 luglio 2019 sul riconoscimento delle sentenze straniere: una prima lettura

3. Diritto dell’Unione europea

- 234 MATTEO BONELLI | Il lato positivo: *Commissione c. Polonia* e l’inizio di una fase per la tutela dello stato di diritto nell’Unione europea
- 245 GIAMPAOLO MARIA RUOTOLO | *Knock on wood*. Il contenzioso UE/Ucraina sul divieto di esportazione di legname tra tutela ambientale e libera circolazione delle merci

6 Quaderni di SIDIBlog 6 (2019)

- 258 FEDERICO FERRI | L'assassino è il maggiordomo? Primi rilievi sulle conclusioni dell'Avvocato generale nel giudizio di infrazione contro Polonia, Ungheria e Repubblica ceca in materia di ricollocazioni
- 273 EDOARDO ROSSI | *Forget me...or not?* La Corte di giustizia torna sul diritto di farsi dimenticare. Prima lettura di due recenti pronunce sul «diritto all'oblio»
- 288 MAURA MARCHEGIANI | Revoca delle condizioni materiali di accoglienza e minori richiedenti protezione: l'orientamento della Corte di giustizia nel caso *Haqbin*
- 299 DANIELA VITIELLO, EMILIO DE CAPITANI | Il Regolamento (UE) 2019/1896 relativo alla riforma di Frontex e della guardia di frontiera e costiera europea: da “*fire brigade*” ad amministrazione europea integrata?

DIBATTITI

1

I “Decreti sicurezza” e il diritto internazionale

GABRIELLA CARELLA

Rotari, Montesquieu e la “conversione” del c.d. Decreto Salvini: note sul permesso di soggiorno per cure mediche

IRINI PAPANICOLOPULU

Tutela della sicurezza o violazione del diritto del mare?

EUGENIO ZANIBONI

Quello che le norme non dicono. Le ambiguità del decreto sicurezza-bis, la gestione dei flussi migratori e l’Europa che verrà

LORENZO GRADONI
LUCA PASQUET

Lisistrata a Lampedusa: una riflessione sul caso *Sea Watch*
3

PASQUALE DE SENA
MASSIMO STARITA

Navigare fra istanze “Stato-
centriche” e “cosmopoliti-
che”: il caso “Sea-watch” in
una prospettiva conflittuale

CESARE PITEA
STEFANO ZIRULIA

“*Friends, not foes*”: qualifica-
zione penalistica delle attività
delle ONG di soccorso in ma-
re alla luce del diritto interna-
zionale e tipicità della condot-
ta

Rotari, Montesquieu e la “conversione” del c.d. Decreto Salvini: note sul permesso di soggiorno per cure mediche

GABRIELLA CARELLA (*)

1. Non si può dire che la disciplina dell'ingresso, soggiorno e allontanamento dello straniero rispetto al territorio italiano non sia bisognosa di urgente riordino: frutto della stratificazione alluvionale di normative dettate da ragioni occasionali, spesso solo propagandistiche; ulteriormente confusa dall'adozione di atti di adattamento a direttive europee inserite come corpi estranei in un sistema con esse non coordinato, tale materia appare oggi come un groviglio di norme disordinato e spesso incoerente. Si potrebbe pertanto comprendere la fretta di intervenire da parte dell'attuale governo, a costo di forzare un po' i presupposti del ricorso allo strumento del decreto legge (suscitando i rilievi critici dei costituzionalisti per i quali v. [qui](#)). Appare tuttavia assolutamente inadeguata, e anzi controproducente, la tecnica legislativa adottata e del tutto illusoria la *ratio* che la supporta. Assumendo, a quanto pare, come proprio modello il re Hammurabi dell'omonimo codice (XVIII secolo a.C.) o il re Rotari, autore della più importante legislazione barbarica, il governo, infatti, ha sposato senza riserve la tecnica

(*) Università degli Studi di Bari.

della elencazione dettagliata di fattispecie tipiche che si ritiene possano incasellare tutti i possibili casi della vita. Così, il [d.l. 4 ottobre 2018, n. 113](#) (c.d. decreto Salvini), convertito dalla [l. 1° dicembre 2018, n. 132](#), ha soppresso l’elastico ed onnicomprensivo istituto della protezione umanitaria – contemplato dai previgenti articoli 5, comma 6, d. lgs. 25 luglio 1998, n. 286 (Testo unico in materia di immigrazione, TUI) e 32, comma 3, d. lgs. n. 25 del 2008 (attuazione della direttiva 2005/85/CE) – sostituendolo con un numero chiuso e tipizzato di permessi di soggiorno (sull’istituto della protezione umanitaria e sulla sua abrogazione vedi [qui](#) e [qui](#)). L’obiettivo è dichiaratamente deflattivo del numero di permessi di soggiorno rilasciati ([Relazione al disegno di legge di conversione](#), p. 3); questi ultimi dovrebbero diminuire per effetto della eliminazione della discrezionalità interpretativa (“buonista”) generata da un istituto generico e dai contorni incerti come la protezione umanitaria. Sotto questo aspetto, l’ideale perseguito dal legislatore sembrerebbe essere il vecchio principio, ispirato da Montesquieu, del “giudice bocca della legge”. Naturalmente, non pensiamo minimamente di discuterne qui gli aspetti controversi ed i limiti ad esso apposti dallo sviluppo del costituzionalismo; ci limitiamo a considerare che, negli ordinamenti giuridici contemporanei, esso appare di difficile applicazione anche per l’esistenza di una pluralità di livelli normativi – interno, internazionale e dell’Unione europea (UE) – che richiedono sempre di essere coordinati tra loro ad opera dell’interprete. In questo compito di coordinamento, l’intensità della attività interpretativa richiesta è tanto maggiore quanto meno rispettoso o, addirittura, consapevole degli obblighi internazionali e dell’UE in una determinata materia risulti il legislatore interno. Vi sono quindi buoni motivi per supporre che la sostituzione della protezione umanitaria con una serie di permessi tipici non solo non riesca ad eliminare la necessità di attività interpretativa, ma neppure possa realizzare l’obiettivo deflattivo perseguito.

12 Dibattiti

Della fondatezza di tale supposizione intendiamo fornire una illustrazione con riguardo al permesso di soggiorno per cure mediche, introdotto all'art. 19, comma 2, lett. d-*bis*) TUI (su di esso, per maggiori approfondimenti, rinviamo al nostro contributo al *Liber amicorum* per Angelo Davì, di prossima pubblicazione, di cui questo scritto costituisce una parziale rielaborazione) precisando, peraltro, che non mancano altri aspetti della nuova disciplina parimenti significativi che potranno essere oggetto di riflessioni future.

2. L'art. 19, comma 2, lett. d-*bis*), TUI novellato prevede che il questore rilasci un permesso di soggiorno per cure mediche quando lo straniero versi «in condizioni di salute di particolare gravità», accertate mediante certificazione rilasciata da una struttura sanitaria pubblica o da un medico convenzionato con il servizio sanitario nazionale, sempre che le suddette condizioni di salute siano tali da determinare «un rilevante pregiudizio» allo straniero stesso per effetto del rientro nello Stato di provenienza. La disposizione stupisce già per la sua formulazione: ci saremmo attesi, infatti, coerentemente all'impianto normativo adottato, la previsione di un elenco dettagliato di specifiche patologie motivanti il permesso di soggiorno, anziché il rinvio ai requisiti della «particolare gravità» della patologia e del «rilevante pregiudizio» alla salute che sono estremamente vaghi e implicano il ricorso ad interpretazione. Può darsi che il legislatore ritenga particolarmente valida l'attività interpretativa del questore, ma è anche possibile che lo stesso legislatore abbia attribuito al requisito del certificato medico la funzione di scongiurare derive inflattive nel rilascio dei permessi di soggiorno: non è del tutto ipotetico che gli stranieri possano essere respinti in un labirinto kafkiano di documenti rifiutati per carenze meramente formali, reali o pretese (in fondo, è la burocrazia la nostra arma di distruzione di massa). In ogni caso, non è solo la formulazione elastica della norma a suscitare problemi interpretativi: ulteriori problematiche sono determinate dal fatto

che, già da tempo, le condizioni di salute possono costituire causa di sospensione dell’allontanamento di uno straniero in base alla giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell’uomo (Corte EDU) e della Corte di Giustizia dell’Unione europea (CG). La precisazione dell’esatta portata dell’art. 19, n. 2, lett. d-*bis*), TUI richiede, pertanto, che si chiarisca anche il rapporto tra tale disposizione ed il quadro normativo e giurisprudenziale europeo pertinente.

3. In tale ricostruzione, il punto di partenza deve essere la giurisprudenza della Corte EDU dato che, come vedremo, ad essa si rifà, in linea di principio, la CG nell’interpretazione degli atti che costituiscono il c.d. Sistema europeo comune di asilo.

La Corte EDU ha incluso l’allontanamento dello straniero gravemente malato tra i casi che possono rientrare nel divieto di *refoulement* desunto dall’art. 3 della Convenzione europea dei diritti dell’uomo (CEDU) (su tale giurisprudenza si rinvia a Saccucci, *Diritto di asilo e Convenzione europea dei diritti umani: il ruolo della Corte di Strasburgo nella protezione dello straniero da misure di allontanamento verso Paesi “a rischio”*, in Favilli (a cura di), *Procedure e garanzie del diritto d’asilo*, Padova, 2011, p. 147 ss.). In particolare, a partire dal caso *D. c. Regno Unito*, essa ha fissato il principio per il quale gli Stati parti non devono procedere all’allontanamento dello straniero quando, per le condizioni di salute di quest’ultimo, il trasferimento lo esporrebbe ad un trattamento disumano o degradante, in violazione dell’art. 3 CEDU. Presupposto principale del divieto è anzitutto il livello di gravità della malattia; la Corte EDU, nella sua giurisprudenza, ha ritenuto ammissibile il ricorso – e ha indagato sugli effetti del trasferimento mostrando di considerare sussistente il requisito della gravità della patologia –, ad esempio, in casi di [AIDS](#) o [HIV](#), [grave patologia renale](#) con necessità di dialisi, [schizofrenia](#) con rischio di suicidio, [severa depressione](#)

14 Dibattiti

secondaria cronica o disturbo da stress post traumatico (PTSD), leucemia e tubercolosi.

Per accertare se il trasferimento comporti un rischio di grave danno, inoltre, la Corte EDU ha fatto riferimento a tre criteri: *a)* lo stadio di sviluppo della malattia, *b)* la disponibilità o accessibilità di cure mediche nello Stato di destinazione, *c)* la disponibilità, sempre in detto Stato, di assistenza familiare o sociale.

Il primo criterio ha condotto a considerare vietato l'allontanamento solo nei casi in cui lo straniero si trovi in uno stadio terminale della sua malattia e corra il rischio di morire per il semplice fatto del trasferimento nello Stato di destinazione. Di tale criterio la Corte EDU ha fatto applicazione nella predetta decisione *D. c. Regno Unito* suscitando grandi aspettative perché, per la prima volta, si vietava l'allontanamento in un caso in cui il rischio di danno era dovuto a circostanze oggettive. Fino a quel momento, la Corte EDU aveva fatto applicazione del divieto di *refoulement* desunto dall'art. 3 CEDU in casi in cui i maltrattamenti che lo straniero rischiava di subire all'estero fossero imputabili allo Stato di destinazione perché posti in essere direttamente da suoi organi; a partire dal caso *H.L.R. c. Francia*, inoltre, grazie alla teoria degli obblighi positivi – che impongono agli Stati di adottare tutte le misure necessarie a garantire un diritto convenzionale –, l'applicazione dell'art. 3 CEDU era stata estesa ai casi in cui i possibili trattamenti disumani o degradanti, sebbene posti in essere da privati, potessero essere attribuiti indirettamente allo Stato di destinazione che non poteva o voleva reprimerli. Nel caso dello straniero terminale che rischia di morire per effetto del trasferimento, invece, trattandosi di malattia dovuta a cause naturali, non vi è alcuna violazione imputabile, direttamente o indirettamente, allo Stato di destinazione ed il rischio di danno per lo

straniero assume rilievo sulla base di mere circostanze oggettive.

Passando al secondo criterio in base al quale la Corte accerta se l'allontanamento dello straniero malato lo esponga al rischio di trattamento disumano o degradante in violazione dell'art. 3 CEDU, va detto in primo luogo che la mancanza, nel Paese di destinazione, della disponibilità delle cure necessarie o le difficoltà nell'accesso ad esse hanno sicuramente rilievo se imputabili, direttamente o indirettamente, allo Stato di destinazione stesso. Ciò si verifica quando si accerti che i problemi di assistenza sanitaria derivino da un comportamento discriminatorio dello Stato di destinazione, come supposto – anche se poi non accertato – nel caso *M.T. c. Svezia*. Un ulteriore esempio di aggravamento delle condizioni di salute imputabile allo Stato di destinazione si ha nei casi di estradizione quando l'estradata rischi di essere sottoposto ad un trattamento carcerario che, ancorché di per sé legittimo, sia incompatibile con le sue patologie, come deciso nel caso *Aswat c. Regno Unito*.

Per lungo tempo la Corte si è rifiutata, invece, di attribuire un rilievo meramente oggettivo alle circostanze che costituiscono il secondo criterio. Nel citato caso *D. c. Regno Unito* si riscontrava uno spiraglio in questo senso lì dove si affermava che la mancanza di disponibilità o accessibilità delle cure nello Stato di destinazione poteva determinare l'applicazione dell'art. 3 CEDU «but only in a very exceptional case, where the humanitarian grounds against the removal are compelling» (par. 54). Nell'economia della decisione, l'affermazione era rimasta un mero *obiter dictum* in quanto il divieto di allontanamento era stato motivato dalle condizioni terminali del ricorrente; nella giurisprudenza successiva, l'apertura prospettata resta a lungo priva di effetto. La teorica disponibilità di cure nello Stato di destinazione, a prescindere dalla considerazione in concreto della qualità delle stesse e della facilità o possibilità di accesso,

16 Dibattiti

è infatti ritenuta sufficiente per escludere, in numerosi casi, il rischio di violazione dell'art. 3 CEDU. Particolarmente significativa, tra tutte, la decisione in *N. c. Regno Unito*, nella quale la Grande Camera afferma: «Advances in medical science, together with social and economic differences between countries, entail that the level of treatment available in the Contracting State and the country of origin may vary considerably. While it is necessary, given the fundamental importance of Article 3 in the Convention system, for the Court to retain a degree of flexibility to prevent expulsion in very exceptional cases, Article 3 does not place an obligation on the Contracting State to alleviate such disparities through the provision of free and unlimited health care to all aliens without a right to stay within its jurisdiction. A finding to the contrary would place too great a burden on the Contracting States» (par. 42).

La giurisprudenza della Corte EDU sulla questione in esame ha determinato nel tempo una crescente insoddisfazione – testimoniata dal numero di opinioni dissidenti e separate annesse alle decisioni rilevanti – per la scarsa tutela che riservava allo straniero irregolare in gravi condizioni di salute; le pressioni per una valutazione diversa dei presupposti di applicazione dell'art. 3 CEDU nei casi di grave malattia hanno condotto infine al mutamento giurisprudenziale del caso *Paposhvili c. Belgio*. Si trattava di un cittadino georgiano, colpito in Belgio da provvedimento di espulsione per i suoi precedenti penali, che si opponeva a tale misura in quanto, a causa delle carenze dell'assistenza sanitaria in Georgia, il suo ritorno in quel Paese avrebbe rapidamente aggravato la leucemia linfatica cronica e la tubercolosi di cui soffriva, esponendolo alla morte. La **Camera**, confermando quella che era stata fino a quel momento una costante giurisprudenza, aveva respinto il ricorso. La **Grande Camera** perviene invece a conclusioni diverse. Dopo aver ricapitolato la sua giurisprudenza, la Corte EDU (paragrafi 181-183) considera che «the application of Article 3

of the Convention only in cases where the person facing expulsion is close to death, which has been its practice since the judgment in *N. v. the United Kingdom*, has deprived aliens who are seriously ill, but whose condition is less critical, of the benefit of that provision». Sulla base di tale constatazione, i giudici aggiungono: «In the light of the foregoing, and reiterating that it is essential that the Convention is interpreted and applied in a manner which renders its rights practical and effective and not theoretical and illusory...the Court is of the view that the approach adopted hitherto should be clarified». Viene quindi formulato il nuovo principio di diritto per il quale «the ‘other very exceptional cases’ within the meaning of the judgment in *N. v. the United Kingdom* (§ 43) which may raise an issue under Article 3 should be understood to refer to situations involving the removal of a seriously ill person in which substantial grounds have been shown for believing that he or she, although not at imminent risk of dying, would face a real risk, on account of the absence of appropriate treatment in the receiving country or the lack of access to such treatment, of being exposed to a serious, rapid and irreversible decline in his or her state of health resulting in intense suffering or to a significant reduction in life expectancy».

Perché quindi venga in considerazione il divieto di allontanamento di cui all’art. 3 CEDU sono necessarie due condizioni: che il trattamento sanitario necessario ed appropriato manchi o, pur essendo disponibile, non sia accessibile; che, a causa di ciò, vi sia il rischio di un peggioramento grave, rapido e irreversibile delle condizioni di salute, causa di intensa sofferenza o di una significativa riduzione dell’aspettativa di vita. La Corte aggiunge che, in caso di dubbio riguardo al reale rischio di trattamento disumano o degradante derivante dal trasferimento, lo Stato ospitante deve ottenere «individual and sufficient assurances from the receiving State, as a precondition for removal, that appropriate treatment will be available and accessible to

18 Dibattiti

the persons concerned so that they do not find themselves in a situation contrary to Article 3» (par. 193).

Per finire, con riguardo al terzo criterio sopraindicato, si rileva che la mancanza di assistenza familiare o di forme di assistenza sociale nello Stato di destinazione, seppure sempre considerata, non ha mai prodotto effetti o avuto un rilievo autonomo. Con riguardo a tale criterio, inoltre, è tuttora escluso che esso possa essere invocato in base a circostanze oggettive. Può citarsi la decisione nel caso *S.H.H. c. Regno Unito*. Si trattava di un invalido che aveva subito l'amputazione delle gambe per effetto dell'esplosione di una bomba in Afghanistan, suo Stato di origine. La Corte rileva anzitutto che il soggetto non richiedeva ulteriori trattamenti medici, ragion per cui le carenze del sistema sanitario afghano non venivano in considerazione; veniva invece lamentato dal ricorrente che, a causa della impossibilità di lavorare e per la mancanza di una famiglia che lo sostenesse o di forme adeguate di assistenza sociale, del tutto assenti in Afghanistan, egli corresse il rischio di essere esposto ad un trattamento disumano e degradante. Anche in tal caso, però, il rilievo oggettivo delle circostanze lamentate e l'impossibilità di imputarle allo Stato di destinazione giustificano il rigetto del ricorso.

4. Passando ora a considerare la giurisprudenza della CG, vengono in considerazione le decisioni nei casi *M'Body*, *Abdida* ed *MP* in cui la CG è stata sollecitata a chiarire se la fattispecie dello straniero irregolare gravemente malato, che rischia di subire per il solo fatto della malattia un trattamento disumano e degradante nello Stato di destinazione, possa farsi rientrare tra le ipotesi in cui deve essere riconosciuta la protezione ai sensi della c.d. [direttiva qualifiche](#) (attuata con [d. lgs. 19 novembre 2007, n. 251](#), come novellato dal [d. lgs. 21 febbraio 2014, n. 18](#), sulla quale v., ad es., [qui](#)). Quest'ultima è stata adottata dagli Stati UE, nel contesto del

c.d. Sistema europeo comune di asilo, al fine di riconoscere uno *status* omogeneo di diritti (c.d. protezione sussidiaria) ai soggetti che, in base alla CEDU e alle altre norme sui diritti umani, sono tutelati solo dal divieto di *refoulement*, senza ulteriore determinazione dei diritti di soggiorno loro spettanti. Si è voluto così, da un lato, equiparare la situazione di tali soggetti a quella dei rifugiati che, in base alla Convenzione di Ginevra del 28 luglio 1951, hanno sempre goduto di un preciso *status*, dall'altro, evitare eccessive differenze di trattamento da Stato a Stato, causa di possibili movimenti secondari.

La CG ritiene che la disposizione della direttiva qualifiche in linea di principio applicabile al caso degli stranieri gravemente malati sia l'art. 15 lett. *b*) in base al quale «la tortura o altra forma di pena o trattamento inumano o degradante ai danni del richiedente nel suo paese di origine» costituisce danno grave il cui rischio di realizzazione giustifica la protezione sussidiaria. Nell'interpretare tale disposizione, la CG si rifà anzitutto ai principi della [Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea](#) (Carta) e agli obblighi internazionali; in particolare, essa afferma che l'art. 15 lett. *b*) va interpretato in base all'art. 4 della Carta il quale, a sua volta, ai sensi dell'art. 53, par. 2, avendo lo stesso contenuto dell'art. 3 CEDU, deve essere inteso alla luce della portata e del significato di quest'ultimo, come interpretato dalla Corte EDU (v., in particolare, la citata decisione nel caso *MP*, punti 37-43).

Tuttavia, la CG afferma che non c'è una perfetta coincidenza tra i soggetti a cui va riconosciuta la protezione sussidiaria e coloro che sono tutelati dal divieto di *refoulement* di cui all'art. 3 CEDU e che la differenza tra i due ambiti si manifesta proprio nel caso degli stranieri malati. Difatti, in tale ipotesi, secondo la Corte EDU il divieto di respingimento può operare per cause oggettive, individuate nelle decisioni *D. c. Regno Unito e Paposhvili c. Belgio*; nel caso della direttiva qualifiche, inve-

20 Dibattiti

ce, il danno grave deve essere in rapporto causale con il comportamento di un terzo e non può, quindi, derivare semplicemente da carenze generali del sistema sanitario dello Stato d'origine. Ciò si desume dall'art. 6, che contiene un elenco di soggetti a cui deve essere imputato il danno, nonché dal 'considerando' 26 della direttiva qualifiche del 2004 ('considerando' 35 della direttiva qualifiche 2011), in base al quale i rischi cui è esposta in generale la popolazione, o una parte della popolazione, di un Paese di norma non costituiscono di per sé una minaccia individuale da definirsi come danno grave. La CG ne conclude che il rischio di deterioramento dello stato di salute di uno straniero, affetto da una grave malattia, dovuto all'assenza di terapie adeguate nel suo Stato di origine, senza che sia in discussione una privazione di assistenza sanitaria inflittagli intenzionalmente, non basta a determinare il riconoscimento della protezione sussidiaria ai sensi dell'art. 15 lett. *b*) direttiva qualifiche (v., ad es., la citata decisione nel caso *M'Bodj*, punti 32-41).

Interessante è la decisione *MP* nella quale viene fornita una interpretazione più elastica della nozione di imputabilità allo Stato della privazione di assistenza sanitaria. Nel caso di specie, si trattava di un soggetto che, a seguito delle torture subite nel Paese di origine, soffriva di gravi disturbi psichiatrici per i quali era in cura nello Stato di accoglienza; essendo venuto meno il rischio di essere assoggettato a tortura nel suo Paese, ne era stato disposto l'allontanamento al quale il soggetto si opponeva affermando che, considerata la situazione sanitaria di detto Stato, i propri disturbi si sarebbero accentuati esponendolo a sofferenze e al rischio di suicidio. La CG in tal caso valorizza il fatto che il disturbo psichiatrico non fosse di origine naturale, ma fosse derivato dalla tortura praticata dallo Stato di origine e richiama l'art. 14 della Convenzione contro la tortura e altre pene o trattamenti crudeli, inumani o degradanti, conclusa a New York il 10 dicembre 1984, ai sensi del quale lo Stato autore

dell'illecito ha l'obbligo di assicurare alla vittima di un atto di tortura il diritto al risarcimento che comprenda i mezzi necessari ad una riabilitazione la più completa possibile. Tale obbligo, a seconda delle circostanze del caso, da valutarsi dal giudice del rinvio, secondo la CG può far sì che le carenze di assistenza del sistema sanitario rilevino come danno imputabile allo Stato autore della tortura facendo rientrare il soggetto nell'ambito di applicazione della direttiva qualifiche e della protezione internazionale (punto 52 ss.).

Peraltro, l'esclusione dalla protezione sussidiaria nei casi in cui le carenze di assistenza sanitaria non siano imputabili allo Stato di destinazione non comporta che il soggetto possa essere allontanato, ma solo che non gode dei benefici che costituiscono tale *status*. La CG ha sempre distinto, nella sua giurisprudenza, l'ambito di applicazione della direttiva qualifiche, che si occupa del riconoscimento della protezione internazionale, da quello della c.d. [direttiva rimpatri](#) (attuata con [d.l. 23 giugno 2011, n. 89](#) convertito dalla l. 2 agosto 2011 n. 129) che definisce le ipotesi in cui è configurabile un divieto di allontanamento. Centrale è l'art. 5 della direttiva rimpatri ai sensi del quale, «[n]ell'applicazione della presente direttiva, gli Stati membri... rispettano il principio di *non-refoulement*». Per determinare il contenuto di tale disposizione, nel citato caso *Abdida*, la CG applica ancora una volta una serie di rinvii interpretativi stabilendo che essa va letta alla luce dell'art. 19 par. 2 della Carta il quale, a sua volta, va sostanzialmente inteso con lo stesso contenuto dell'art. 3 CEDU. In questo caso, però, la CG accerta una perfetta coincidenza tra i soggetti che sono tutelati dall'art. 3 CEDU e quelli che rientrano sotto l'art. 5 della direttiva rimpatri; quest'ultimo, pertanto, si applica a coloro che, affetti da malattia grave, per assenza di terapie adeguate nello Stato di origine, rischiano di subire un trattamento inumano o degradante, ancorché non vi sia una privazione di assistenza sanitaria inflitta intenzionalmente (punti 47-49).

22 Dibattiti

Sebbene i soggetti ora indicati non godano della protezione sussidiaria, ma solo del divieto di allontanamento, essi non sono del tutto sprovvisti di tutela. Sempre nella decisione nel caso *Abdida*, infatti, la CG sottolinea l'obbligo degli Stati membri di attenersi nella loro legislazione alle garanzie poste dall'art. 14 della direttiva rimpatri, il quale stabilisce che ai soggetti il cui allontanamento è stato differito devono essere assicurati l'unità familiare, le prestazioni sanitarie d'urgenza e il trattamento essenziale delle malattie, l'accesso al sistema educativo di base per i minori, nonché le «esigenze particolari delle persone vulnerabili». Di tale disposizione la CG fornisce una interpretazione ampia, inclusiva dell'obbligo di provvedere alle necessità primarie dello straniero quando quest'ultimo sia privo dei mezzi per provvedervi egli stesso. Afferma infatti la CG che «la garanzia delle prestazioni sanitarie d'urgenza e del trattamento essenziale delle malattie, prevista dall'articolo 14, paragrafo 1, lettera b), della direttiva 2008/115, in una tale situazione potrebbe essere priva di effetto reale se non fosse accompagnata da una presa in carico delle esigenze basilari del cittadino interessato di paese terzo». Ne consegue che «l'articolo 14, paragrafo 1, lettera b), della direttiva 2008/115 dev'essere interpretato nel senso che osta a una normativa nazionale che non prevede la presa in carico, per quanto possibile, delle necessità primarie di un cittadino di paese terzo affetto da una grave malattia, al fine di garantire che le prestazioni sanitarie d'urgenza e il trattamento essenziale delle malattie possano effettivamente essere forniti nel periodo durante il quale lo Stato membro di cui trattasi è tenuto a rinviare l'allontanamento di tale cittadino di paese terzo in seguito alla proposizione di un ricorso contro una decisione di rimpatrio adottata nei suoi confronti» (punti 59-62).

5. L'indagine svolta ha evidenziato l'esistenza di una serie di ipotesi in cui la malattia dello straniero irregolarmente presente nel territorio italiano rileva in base ad obblighi internazionali

implicando il rilascio di permessi di soggiorno diversi da quello previsto all’art. 19, comma 2, lett. *d-bis*), TUI.

In particolare, vengono anzitutto in considerazione le fattispecie in cui la scarsa qualità della, o le difficoltà nell’accesso alla, assistenza sanitaria siano imputabili allo Stato di destinazione. In sintesi, come abbiamo visto, tali casi si verificano quando la scarsa disponibilità o le difficoltà di accesso alle cure siano dovute ad un atteggiamento discriminatorio o persecutorio dello Stato di destinazione, ovvero quando il soggetto di cui è chiesta l’extradizione rischi di essere sottoposto ad un regime carcerario inappropriato per le sue condizioni di salute o, ancora, nel caso in cui la malattia dello straniero derivi da precedenti attività di tortura o trattamenti disumani dello Stato di destinazione e possa configurarsi un inadempimento, da parte di quest’ultimo, dell’obbligo di provvedere di cui all’art. 14 della citata Convenzione sulla tortura. Tutti i suddetti casi – ed altri in cui possa ravvisarsi una responsabilità, diretta o indiretta, dello Stato di destinazione – rientrano nell’ambito di applicazione dell’art. 15, lett. *b*), direttiva qualifiche e, pertanto, va riconosciuto allo straniero malato il permesso di soggiorno per protezione sussidiaria di cui all’art. 23 d. lgs. 251/2007. Tale permesso ha validità quinquennale, è rinnovabile, consente l’accesso al lavoro e allo studio, è convertibile per motivi di lavoro, sussistendone i requisiti, dà diritto al ricongiungimento familiare e attribuisce tutti i diritti di cui agli artt. 24 ss. dello stesso decreto, in particolare il diritto ad una assistenza sanitaria e sociale pari a quella riconosciuta al cittadino italiano, all’alloggio (art. 29) e alla integrazione. La domanda va presentata alla commissione territoriale competente.

Lo straniero irregolare malato rientra invece nell’ambito di applicazione dell’art. 3 CEDU, nonché dell’art. 19, par. 2, della Carta – al quale la CG attribuisce lo stesso contenuto dell’art. 3 CEDU – e dell’art. 5 della direttiva rimpatri che, sempre se-

24 Dibattiti

condo la CG, va inteso alla luce delle predette disposizioni, nei casi in cui, per le condizioni terminali in cui versa, il trasferimento lo esporrebbe al rischio di morte, ovvero quando, per la mancanza di un trattamento sanitario appropriato nello Stato di destinazione o per la difficoltà di accesso a tale trattamento, vi sia il rischio che egli possa essere esposto ad un rapido ed irreversibile declino del suo stato di salute che determini una intensa sofferenza o una significativa riduzione delle aspettative di vita. Dalle norme in questione deriva un diritto soggettivo incondizionato e di applicazione diretta a non essere allontanato; nel nostro ordinamento tale diritto è ulteriormente garantito dal rilascio di un permesso di soggiorno c.d. per “protezione speciale” introdotto a seguito della modifica che il d. l. 4 ottobre 2018 n. 113 ha apportato all’art. 32, comma 3, [d. lgs. 25/2008](#) novellato. Quest’ultimo, nell’attuale formulazione, stabilisce che, quando la Commissione territoriale non ravvisi gli estremi della protezione internazionale e tuttavia ritenga che sussistano i presupposti di applicazione dell’art. 19, comma 1 e 1.1, TUI, trasmette gli atti al questore che adotterà il permesso per protezione speciale. Ora, l’art. 19, comma 1.1, TUI, vietando l’allontanamento «di una persona verso uno Stato qualora esistano fondati motivi di ritenere che essa rischi di essere sottoposta a tortura», va inteso come un richiamo, tra l’altro, di tutti i casi ricompresi nell’ambito di applicazione dell’art. 3 CEDU il quale è appunto intitolato «Proibizione della tortura»; non è inutile aggiungere che, di conseguenza, l’art. 19, comma 1.1, dà anche attuazione all’art. 19, par. 2 della Carta e all’art. 5, ultima frase, della direttiva rimpatri.

Il permesso di soggiorno per protezione speciale cui hanno diritto i soggetti che, rientrando nell’ambito di applicazione dell’art. 3 CEDU, ricadono anche sotto l’art. 19, comma 1.1, TUI, ha durata annuale, è rinnovabile, consente di svolgere attività lavorativa, ma non può essere convertito in permesso di soggiorno per motivi di lavoro. Esso dà inoltre diritto alla iscri-

zione al Servizio sanitario nazionale *ex art.* 34 TUI. Considerata la durata annuale del permesso, ai sensi dell’art. 41 TUI i titolari «sono equiparati ai cittadini italiani ai fini della fruizione delle provvidenze e delle prestazioni, anche economiche, di assistenza sociale». Può ritenersi quindi che sia stata data attuazione all’art. 14 della direttiva rimpatri che, come sopra ricordato, impone agli Stati membri l’obbligo di provvedere alle necessità primarie degli stranieri il cui allontanamento non sia possibile. La domanda, come già detto, deve essere presentata alla Commissione territoriale, la quale, sempre che non ravvisi gli estremi della protezione internazionale, trasmetterà gli atti al questore che sarà tenuto ad adottare il permesso per protezione speciale. La Commissione territoriale trasferirà gli atti al questore anche quando vi sarebbero gli estremi per il riconoscimento della protezione sussidiaria, ma sussistano cause di esclusione o cessazione o revoca di tale protezione. In tal caso, non essendo comunque il soggetto allontanabile, si provvederà al rilascio del permesso per protezione speciale.

Solo se non si ravvisino i presupposti per la protezione sussidiaria o per quella speciale, verrà in considerazione il permesso di soggiorno per cure mediche di cui all’art. 19, comma 2, lett. *d-bis*) TUI. Quest’ultimo, pertanto, ha una portata residuale rispetto ai due permessi di soggiorno fin qui considerati, fondati su obblighi internazionali e dell’UE. Ne deriva che non è possibile attribuire alle espressioni «condizioni di salute di particolare gravità» e «rilevante pregiudizio alla salute» che ricorrono nell’art. 19, comma 2, lett. *d-bis*) TUI, il senso che sembrerebbe scaturire da una prima interpretazione letterale. Difatti, ritenendo che presupposto per l’applicazione della disposizione in esame sia una patologia molto seria e che il pregiudizio derivante dal trasferimento debba essere molto grave, la disposizione sarebbe del tutto inutile perché tali requisiti già comportano l’applicazione dell’art. 3 CEDU e dei permessi di soggiorno, molto più favorevoli, su esso fondati. Per attribuire un senso al-

la norma in esame, va invece ritenuto che essa si applichi a patologie fisiche e psichiche di medio livello di gravità (diversamente da quanto affermato in una recente [circolare](#)) nei casi in cui il trasferimento possa determinare un generico peggioramento delle condizioni di salute che non arrivi però ad una riduzione delle aspettative di vita o ad una intensa sofferenza che integrino gli estremi del trattamento disumano o degradante. Possono farsi rientrare nell'ambito di applicazione dell'art. 19, comma 2, lett. *d-bis*) anche i casi in cui lo straniero presenti forme di invalidità che, pur non richiedendo il ricorso a cure mediche, rendano necessaria nello Stato di destinazione una assistenza familiare o sociale per provvedere ai bisogni basilari dell'esistenza. Infine, l'art. 19, comma 2, lett. *d-bis*) TUI va inteso anche alla luce di quanto deciso dalla Corte costituzionale nella sentenza del [25 luglio 2001 n. 252](#); in essa, si afferma che dall'art. 35 n. 3 TUI, letto alla luce degli artt. 2 e 32 Cost., deriva il divieto di allontanare lo straniero irregolarmente presente nel territorio dello Stato al quale «sono... erogati non solo gli interventi di assoluta urgenza e quelli indicati dall'art. 35, comma 3, secondo periodo, ma tutte le cure necessarie, siano esse ambulatoriali o ospedaliere, comunque essenziali, anche continuative, per malattia e infortunio» (par. 4). Allo straniero sottoposto ai trattamenti solo esemplificativamente indicati all'art. 35 n. 3 TUI oppure a «tutte le cure necessarie... ambulatoriali o ospedaliere, comunque essenziali, anche continuative, per malattia e infortunio» si concederà pertanto il permesso di soggiorno per cure mediche, indipendentemente da considerazioni sull'assistenza sanitaria dello Stato di destinazione, quando la sospensione del trattamento sanitario costituirebbe violazione del diritto alla salute nel suo nucleo essenziale.

6. Alcune brevi considerazioni per concludere. Il soppresso istituto della protezione umanitaria ha consentito per tanti anni di dare tutela a casi che, pur essendo fondati su obblighi internazionali, per pressapochismo del legislatore e per esigenze prati-

che degli operatori, non sono stati ricondotti alle fonti esterne da cui derivavano, dato che l'ampio e generale istituto interno consentiva comunque di pervenire ad una soluzione soddisfacente per vie più rapide e semplificate. La modifica legislativa ha quindi l'effetto positivo di costringere, d'ora in poi, a maggiore precisione e correttezza nell'osservanza degli obblighi derivanti da fonte esterna: deve essere un impegno della dottrina e della giurisprudenza definire esattamente i contorni di tutte le fattispecie di protezione recuperando finalmente quelle che, pur fondate su obblighi internazionali e dell'UE direttamente applicabili, sono state sin qui camuffate da protezione umanitaria.

In secondo luogo, indipendentemente dalle intenzioni di partenza del legislatore, decisamente sopravvalutate, una volta inserito nel complessivo ordinamento, l'atto normativo esaminato, come sempre accade, vive di vita propria e, nel coordinamento con le altre norme, può determinare una eterogenesi dei fini, se il legislatore insipiente non ha preso in considerazione l'intero quadro normativo. Ed invero, come risulta dall'indagine svolta, l'art. 19, comma 2, lett. d-*bis*), TUI novellato, ha l'effetto non di *ridurre*, bensì di *aumentare* i casi di protezione, aggiungendo le ipotesi da esso previste a quelle di fonte esterna. Si perviene, così, ad una tutela particolarmente avanzata dello straniero irregolare malato, tale da porre l'Italia all'avanguardia rispetto agli altri Stati europei determinando una “conversione” (in senso paolino) del c.d. decreto Salvini.

12 aprile 2019

Tutela della sicurezza o violazione del diritto del mare?

IRINI PAPANICOLOPULU (*)

Il giorno 14 giugno 2019 il governo italiano ha adottato il “[Decreto-legge recante disposizioni urgenti in materia di ordine e sicurezza pubblica](#)”. Il testo solleva vari problemi, già affrontati da post su questo e su altri blog, ma tra di essi è sicuramente di rilievo la questione della liceità delle misure nei confronti di navi che intendano entrare nel mare territoriale italiano, anche alla luce delle [vicende](#) di questi giorni, che coinvolgono la nave *Sea Watch 3*.

Le disposizioni rilevanti si trovano nei primi due articoli che, per completezza, sono riportati alla fine di questo post. In sostanza, le due norme prevedono il potere per il Ministro degli Interni di «limitare o vietare l'ingresso, il transito o la sosta di navi nel mare territoriale» (art. 1) e la sanzione prevista per il comandante che non dovesse rispettare tale divieto (art. 2). La legittimità della misura può essere valutata da vari settori, tra cui il diritto costituzionale, il diritto amministrativo, il diritto dei diritti umani (anche internazionali) e il diritto del mare. Questo breve commento valuterà se tali misure sono compatibili con gli obblighi gravanti sull'Italia in quanto Stato parte al-

(*) Università di Milano Bicocca.

la Convenzione delle Nazioni Unite sul diritto del mare (CNUDM) e ad altri trattati relativi al diritto del mare.

La *prima* questione concerne la possibilità di vietare l'ingresso nel mare territoriale in generale. Le premesse necessarie per rispondere a questa questione sono poche. In base alla CNUDM, ogni Stato ha un mare territoriale, che si estende fino a 12 miglia marine misurate dalle rilevanti linee di base. L'Italia ha un sistema di linee di base diritte e un mare territoriale di 12 miglia marine misurato a partire da queste linee di base. All'interno del suo mare territoriale, lo Stato costiero gode di sovranità (art. 2 CNUDM), limitata però dal diritto di passaggio inoffensivo attribuito alle navi di tutti gli stati (art. 17 CNUDM). Di conseguenza, non si può, in linea generale, impedire il passaggio di navi che esercitano il diritto di passaggio inoffensivo, mentre si può adottare misure necessarie a prevenire il passaggio non-inoffensivo (art. 25 CNUDM).

Occorre tuttavia considerare due aspetti. Primo, cosa si intende per passaggio inoffensivo e in quali casi il passaggio di una nave non è più tale, autorizzando lo Stato costiero ad adottare misure nei confronti della nave. Secondo, in quali casi lo Stato costiero può adottare misure nei confronti di navi che esercitano il diritto di passaggio inoffensivo.

In merito al primo aspetto, occorre esaminare i due termini “passaggio” e “inoffensivo”. Il “passaggio” consiste nella navigazione al fine sia di attraversare semplicemente il mare territoriale, sia di entrare o uscire da un porto dello Stato (art. 18, par. 1 CNUDM). Il passaggio deve essere rapido e continuo, salvo le eccezioni previste nell'ultima parte dell'art. 18, par. 2, CNUDM: attività necessarie per la navigazione ordinaria e, aspetto che più rileva dato il tipo di navi nel mirino dell'esecutivo, situazioni di forza maggiore, pericolo e necessità

di prestare assistenza a navi e aeromobili in pericolo. Di conseguenza, l'ingresso, transito e sosta nel mare territoriale al fine di prestare soccorso a chi è in pericolo, oppure l'ingresso di un'imbarcazione in situazione di pericolo essa stessa al fine di trovare riparo in un porto, non autorizza lo Stato costiero ad adottare misure contro questa nave.

Per quel che riguarda il carattere "inoffensivo" del passaggio, questo è tale se non reca pregiudizio alla pace, il buon ordine o la sicurezza dello Stato costiero (art. 19, par. 1 CNUDM). Tra le attività che rendono il passaggio non-inoffensivo rientra «il carico o scarico di qualsiasi [...] persona in violazione alle norme [...] in materia di immigrazione [...] dello Stato costiero» (art. 19, par. 2, lett. g). Di conseguenza, se una nave carica o scarica persone in violazione alle norme sull'immigrazione dello Stato costiero, il passaggio non è più inoffensivo e lo Stato costiero può intervenire.

Tuttavia, l'ingresso di una nave che trasporta persone soccorse in mare in adempimento dell'obbligo internazionale di salvare la vita umana in mare non può considerarsi come attività compiuta in violazione delle leggi nazionali sull'immigrazione, a condizione che l'obiettivo della nave sia semplicemente quello di far sbarcare le persone soccorse. Infatti, l'obbligo di salvare la vita umana in mare vincola sia gli Stati (ai sensi dell'art. 98, par. 1 CNUDM) sia i comandanti di navi (ai sensi del Capitolo V, reg. 33 SOLAS, nonché di numerose norme nazionali, quali ad esempio l'art. 489 cod. nav.). Tale obbligo richiede al comandante di assistere le persone in pericolo e di condurle in un luogo sicuro. In altri termini, la fattispecie del salvataggio in mare continua fino a quando il comandante non abbia fatto sbarcare le persone in luogo sicuro, e il suo ingresso nel mare territoriale e nei porti di uno Stato non può essere visto sotto luce diversa. Non si può quindi precludere il passaggio inoffen-

sivo ad una nave che ha soccorso persone in pericolo, anche al di fuori del mare territoriale, qualora questa intenda entrare al fine di perfezionare il proprio obbligo di salvare la vita umana in mare.

La *seconda* questione concerne la possibilità per lo Stato costiero di limitare il godimento del passaggio inoffensivo, stante che il principio generale stabilisce che non si possa ostacolare il passaggio inoffensivo, per esempio «imponendo alle navi straniere condizioni che hanno l'effetto pratico di negare o ostacolare il diritto di passaggio inoffensivo» (art. 24, par. 1 CNUDM). La minaccia di sanzioni amministrative per comportamenti che sono in conformità con la rilevante normativa nazionale ed internazionale, incluso l'obbligo di prestare soccorso, rientrano indubbiamente tra queste misure vietate.

Tuttavia, in alcuni casi lo Stato costiero può sospendere temporaneamente il passaggio inoffensivo in determinate zone del suo mare territoriale (art. 25, par. 3). Questa norma, tuttavia, pone condizioni rigorose per evitare abusi di questa possibilità: la sospensione deve essere temporanea, deve riguardare solo zone specifiche, deve essere essenziale per la protezione della sicurezza dello stato e, soprattutto, non deve essere discriminatoria, *de jure* o *de facto*. In altri termini, la sospensione deve riguardare solo una certa area (presumibilmente ristretta) del mare territoriale e deve essere applicabile a tutte le navi. Sospensioni del diritto di passaggio inoffensivo che si applichino in tutto il mare territoriale di uno Stato o solo a determinate navi, identificate come gruppo (navi di ONG che prestano soccorso) o, peggio ancora, singolarmente (come implicano le notifiche previste dall'art. 2 del decreto) costituiscono chiara violazione dell'art. 25, par. 3, nonché abuso di diritto, di per sé vietato dall'art. 300 CNUDM.

Nel concludere queste brevi osservazioni, è opportuno sottolineare come le norme esposte finora non siano isolate, ma vadano lette alla luce di tutte le altre norme rilevanti di diritto del mare e del diritto internazionale, tra cui quelle sull'obbligo di prestare soccorso, sull'obbligo di collaborare a tal fine, sull'obbligo di tutelare i diritti umani e sull'obbligo di garantire i diritti dei rifugiati. Tale lettura sistemica è dettata dalla CNUDM stessa, dal diritto internazionale, e perfino dal decreto, che fa riferimento alla normativa internazionale. Finanche la sospensione del diritto di passaggio inoffensivo conforme ai requisiti dell'art. 25, par. 3 CNUDM potrebbe così essere illecita se venisse a violare, per esempio, i diritti umani.

L'analisi che precede è squisitamente tecnica, rilevando semplicemente le difformità tra decreto e diritto internazionale del mare. In ogni caso, la liceità delle misure disposte negli artt. 1 e 2 del decreto dipenderà molto dalla loro applicazione. Un'applicazione che tenga in debito conto gli obblighi appena menzionati, e che quindi non intralci le attività di soccorso operate da privati che cercano di supplire il vuoto lasciato dagli Stati, pur sollevando alcuni dubbi, potrebbe rivelarsi conforme agli obblighi assunti dall'Italia. Tuttavia, le prime applicazioni di tali disposizioni sembrano segnalare la volontà dell'esecutivo di accantonare una serie di obblighi giuridici dell'Italia, e di farlo nel modo peggiore, vale a dire prendendo di mira una sola categoria di imbarcazioni, che per di più non compiono attività illecite. Paradossalmente, in base alla prima prassi attuativa, possono entrare nel mare territoriale italiano navi dedite al traffico di esseri umani, di stupefacenti, di armi, navi che utilizzano lavoro forzato a bordo, navi che inquinano l'ambiente marino, ma non navi che prestano soccorso a chi è in pericolo. Invece di proteggere lo Stato da attività veramente illecite, ci si accanisce contro chi salva vite umane.

In chiusura, occorre poi ribadire come, nonostante i tentativi dell'esecutivo di venir meno ai propri obblighi internazionali, il diritto internazionale ed il diritto del mare contengano una soluzione per i casi estremi. Si tratta della possibilità per qualsiasi nave che si trovi in una situazione di pericolo di entrare nei porti di qualsiasi Stato, a prescindere dal permesso dato da quest'ultimo. Come l'illustre giurista Vattel scrisse 250 anni fa: «Il n'en est pas de même de cas de nécessité, comme, par exemple, quand un vaisseau est obligé d'entrer dans une rade qui vous appartient, pour se mettre à couvert de la tempête. En ce cas, le droit d'entrer par-tout, en n'y causant point de dommage, ou en le réparant, est, comme nous le ferons voir plus au long, un reste de la communauté primitive, dont aucun homme n'a pu se dépouiller; & le vaisseau entrera légitimement malgré vous, si vous le refusez injustement».

Se uno Stato rifiuta ingiustamente l'ingresso di una nave in situazioni di pericolo, questa può legittimamente entrare nel mare territoriale e nei porti dello Stato al fine di trovare rifugio, malgrado dimostrazioni muscolose dello Stato costiero. E se lo Stato costiero adotta sanzioni contro questa nave, tali sanzioni saranno illecite sul piano internazionale e comporteranno l'obbligo di risarcire qualsiasi danno da esse causato.

Il testo dei due primi articoli del decreto è il seguente:

L'art. 1 prevede che:

«All'articolo 11 del decreto legislativo 25 luglio 1998, n. 286, dopo il comma 1-bis è inserito il seguente: “1-ter. Il Ministro dell'interno, Autorità nazionale di pubblica sicurezza ai sensi dell'articolo 1 della legge 1° aprile 1981, n. 121, nell'esercizio delle funzioni di coordinamento di cui al comma 1-bis e nel rispetto degli obblighi internazionali dell'Italia, può limitare o

34 Dibattiti

vietare l'ingresso, il transito o la sosta di navi nel mare territoriale, salvo che si tratti di naviglio militare o di navi in servizio governativo non commerciale, per motivi di ordine e sicurezza pubblica ovvero quando si concretizzano le condizioni di cui all'articolo 19, comma 2, lettera g), limitatamente alle violazioni delle leggi di immigrazione vigenti, della Convenzione delle Nazioni Unite sul diritto del mare, con allegati e atto finale, fatta a Montego Bay il 10 dicembre 1982, ratificata dalla legge 2 dicembre 1994, n. 689. Il provvedimento è adottato di concerto con il Ministro della difesa e con il Ministro delle infrastrutture e dei trasporti, secondo le rispettive competenze, informandone il Presidente del Consiglio dei ministri"».

In base all'art. 2:

«All'articolo 12 del decreto legislativo 25 luglio 1998, n. 286, dopo il comma 6 è inserito il seguente: "6-bis. Salvo che si tratti di naviglio militare o di navi in servizio governativo non commerciale, il comandante della nave è tenuto ad osservare la normativa internazionale e i divieti e le limitazioni eventualmente disposti ai sensi dell'articolo 11, comma 1-ter. In caso di violazione del divieto di ingresso, transito o sosta in acque territoriali italiane, notificato al comandante e, ove possibile, all'armatore e al proprietario della nave, si applica a ciascuno di essi, salve le sanzioni penali quando il fatto costituisce reato, la sanzione amministrativa del pagamento di una somma da euro 10.000 a euro 50.000. In caso di reiterazione commessa con l'utilizzo della medesima nave, si applica altresì la sanzione accessoria della confisca della nave, procedendo immediatamente a sequestro cautelare. All'irrogazione delle sanzioni, accertate dagli organi addetti al controllo, provvede il prefetto territorialmente competente. Si osservano le disposizioni di cui alla legge 24 novembre 1981, n. 689, ad eccezione dei commi quarto, quinto e sesto dell'articolo 8-bis"».

26 giugno 2019

Quello che le norme non dicono. Le ambiguità del Decreto sicurezza-bis, la gestione dei flussi migratori e l'Europa che verrà

EUGENIO ZANIBONI (*)

Il 15 giugno 2019 è entrato in vigore un [nuovo Decreto-legge](#), il n. 53 del 14 giugno 2019, recante «Disposizioni urgenti in materia di ordine e sicurezza pubblica». Pur adottato con la tecnica della decretazione d'urgenza, alla quale siamo ormai adusi, l'atto contiene disposizioni molto eterogenee, che spaziano dall'introduzione di specifiche circostanze aggravanti per reati commessi nel corso di manifestazioni sportive, all'inasprimento e ampliamento della fattispecie del reato di bagarinaggio, ed altre ancora. Tralasciando l'analisi delle disposizioni più pregnanti del Capo I del Decreto, «Disposizioni urgenti in materia di contrasto all'immigrazione illegale e di ordine e sicurezza pubblica», che modificano il testo unico sull'immigrazione, incidono sull'applicazione di Convenzioni internazionali come la Convenzione di Montego Bay sul diritto del mare e saranno opportunamente oggetto di un post separato, ne rinveniamo altre che pongono interrogativi importanti e,

(*) Università degli Studi di Foggia.

come si vedrà, presentano numerosi profili di un certo interesse per il diritto internazionale e quello dell'Unione europea. Si tratta di norme le quali – pur incidendo, *prima facie*, solo in maniera riflessa sulla disciplina della condizione giuridica dello straniero, come è noto oggetto di una “doppia” (o rinforzata) riserva di legge ai sensi dell'art. 10, comma secondo, della Costituzione – sollevano questioni tecniche di cui si tenterà di dar conto ma alle quali non è facile, allo stato, dare una risposta esaustiva.

Le norme giuridiche, si sa, **ammettono diversi livelli di lettura**. Nel caso dell'interpretazione delle disposizioni del decreto, battezzato “sicurezza bis” e qui in commento, invero, l'attenzione è sovente attirata più da quello che le disposizioni (volutamente) non chiariscono che da ciò che vogliono lasciar intendere. Inoltre, insieme ad aspetti di ricercata ambiguità che verranno messi in luce poco oltre, emergono nel testo le tracce di alcune pulsioni, rinvenibili anche in provvedimenti pregressi, dirette ad incidere sulla configurazione del quadro giuridico complessivo in materia di gestione dei flussi migratori.

Alla luce di quanto precede, concentreremo le considerazioni che seguono su due aspetti distinti del Decreto-legge, espressione del medesimo indirizzo politico e non presi in considerazione dai primi commenti disponibili (v. ad es. [Natale](#)), per poi passare, nella parte finale, a qualche breve osservazione di carattere più generale.

La prima norma si rinviene all'interno del Capo I, all'art. 4: «Potenziamento delle **operazioni di polizia sotto copertura**». In buona sostanza, si prevede di destinare **3 milioni di euro** nel triennio 2019/21 ad «implementare l'utilizzo dello strumento investigativo delle operazioni sotto copertura» ed in particolare al ristoro «degli oneri conseguenti al concorso di operatori di

polizia di Stati con i quali siano stati stipulati appositi accordi per il loro impiego sul territorio nazionale».

L'articolo precisa che lo strumento, o meglio, la provvista finanziaria a corredo del suo utilizzo è finalizzato «**anche**» al contrasto «del **delitto di favoreggiamento dell'immigrazione clandestina**».

Per meglio comprendere la portata della norma e il suo ambito di applicazione, occorre anzitutto ricordare che l'istituto delle “operazioni di polizia sotto copertura” (in principio del tutto estraneo all'ordinamento giuridico italiano), è stato inserito tra quelli disciplinati (a grandi linee, peraltro) dalla [Convenzione di Palermo delle Nazioni Unite sul contrasto al crimine organizzato transnazionale](#). Esso è considerato espressione di *best practices* investigative, l'attuazione internazionale delle quali in via cooperativa integra la ragion d'essere della Convenzione stessa (art. 1). La piena implementazione di questo istituto, pertanto, si pone come un **parametro non certo secondario in ordine alla misurazione dell'efficacia** degli sforzi degli Stati di cooperare **nella prevenzione e repressione dei reati c.d. transnazionali, secondo «le più moderne tecniche disponibili»** (così l'art. 27 comma 3; per approfondire il tema v. [Zaniboni](#)).

Vengono dunque in rilievo, in tale contesto, le disposizioni contenute nell'art. 19 della Convenzione di Palermo, relative alla possibilità di svolgere indagini congiunte, nonché, principalmente ai nostri fini, l'art. 20. Quest'ultimo, dopo uno scarno riferimento (comma 1) alla possibilità di porre in essere, tra le varie «tecniche speciali di investigazione», vere e proprie «operazioni di infiltrazione», incoraggia gli Stati «a stringere, laddove necessario, **gli opportuni accordi o intese bilaterali o multilaterali**» a tal fine (comma 2). Ovvero, nel rispetto dell'esercizio della giurisdizione degli Stati e del principio di eguaglianza so-

vrana, intese valide “caso per caso”. Queste ultime devono comprendere anche la disciplina degli aspetti di natura economico-finanziaria (cfr. l’art. 20, comma 3).

La legge italiana di ratifica della Convenzione di Palermo ([Legge n. 146 del 16 marzo 2006](#)) prevede, all’articolo 9, la non punibilità, ai sensi dell’art. 51 del codice penale, di una vasta categoria (**secondo alcuni commentatori anche troppo indefinita**, data la delicatezza dei compiti assegnati; il che potrebbe non giovare alla tutela delle peculiarità insite in questo tipo di attività: cfr. l’art. 9, commi 1 e 2 della Convenzione) di ufficiali di polizia giudiziaria “infiltrati”. Ma non è assistita da una corrispondente assegnazione di risorse economiche. Lo stanziamento previsto dal decreto “sicurezza bis” è altresì qualificato **urgente e necessario** per sovvenire all’esigenza «**di rafforzare il coordinamento investigativo in materia di reati connessi all’immigrazione clandestina**», e «gli strumenti di contrasto a tale fenomeno».

Diciamo subito che, **con una premessa del genere, ci si sarebbe aspettato un intervento di respiro più ampio**, maggiormente volto a dispiegare la propria efficacia nel perseguimento delle finalità complessive della Convenzione di Palermo; dunque idoneo a fornire alle Autorità competenti gli strumenti e le risorse necessarie. Ciò atteso che, tra l’altro, le indagini volte allo smantellamento delle reti internazionali di *smugglers* e di trafficanti che introducono irregolarmente i migranti in Italia, possono comportare l’impiego di risorse economiche assai rilevanti.

In proposito, val la pena di ricordare come **le associazioni criminali** dedite allo *smuggling* **hanno consolidato nel tempo** nei diversi Stati in cui operano un **collaudato modello organizzativo a caratterizzazione “orizzontale”**, e non verticistica, la cui

aggressione richiede attività investigative assai mirate. Queste indagini sono volte, in buona sostanza, a ricostruire a ritroso l’itinerario percorso dai migranti trasportati, in forza di una segmentazione delle condotte criminali in cui ciascun componente del sodalizio ha un ruolo minuto (per es. autista o fornitore di viveri o guardiano delle aree in cui transitano i migranti, e così via) e non è messo a conoscenza di ciò che avviene prima o dopo il suo intervento. Si tratta pertanto di inchieste che si svolgono **nel contesto di un elevato livello di coordinazione tra le diverse Autorità di enforcement e giurisdizionali degli Stati coinvolti**, nel necessario rispetto dei criteri di ripartizione dell’esercizio della giurisdizione, nonché delle garanzie procedurali e sostanziali previste dai rispettivi ordinamenti giuridici.

Queste peculiarità richiedono, a monte, una specifica formazione degli operatori (v. in tal senso l’art. 29 della Convenzione di Palermo), e la conseguente dislocazione in ciascuno degli Stati di transito dei migranti di mezzi che siano adeguati alla sfida; nonché di un sufficiente numero di operatori che, a prezzo di prolungate e complesse attività, siano in grado di far affiorare le tecniche e le complicità utilizzate per eludere i controlli nazionali e portare, in tal modo, a compimento le indagini dando un nome e un volto ai componenti dell’intera associazione criminale.

Il decreto, tuttavia, **non si preoccupa di rafforzare gli strumenti e le risorse a disposizione degli agenti italiani che operano all’estero.** L’ambito di applicazione dell’art. 4, infatti, è volto all’esclusivo beneficio di operazioni che saranno condotte da ufficiali stranieri operanti sul territorio italiano.

Questa limitazione conferita alla disposizione appare ancor più sorprendente alla luce del fatto che **il governo italiano è stato appena fatto oggetto di un “declassamento”** nella classifica an-

40 Dibattiti

nuale stilata dal Dipartimento di Stato americano degli Stati impegnati nella lotta al *trafficking* (v. il [rapporto del 2018](#) nonché mentre [quello, appena pubblicato, del 2019](#)).

L'importante rapporto utilizza come parametro di valutazione gli standards fissati dallo [Human Trafficking Victims Protection Act](#). Nel passaggio da "Tier 1" del 2018 (Stato che risponde pienamente a tali standards), a "Tier 2" del 2019 (Stato che non vi risponde pienamente), la reputazione internazionale del governo italiano subisce un duro colpo e **l'occasione persa** per dare un segnale concreto di impegno conferendo ad essa un respiro maggiore e una diversa profilazione – fermi restando i possibili interventi in sede di conversione – risulta più stridente.

Per altro verso, lo stesso art. 4 ha suscitato perplessità, fin dai primissimi commenti pubblicati "a caldo" sulla bozza di decreto diffusa nelle scorse settimane, anche in ordine al rapporto tra le risorse messe a disposizione e le reali finalità perseguite (v. [l'intervista](#) al giurista Domenico Gallo). Almeno alcune di queste finalità rientrerebbero, infatti, in una sorta di "guerra" dichiarata alle Ong, (v. ancora [Natale](#)), ma in un contesto generale in cui, secondo i [dati](#) dello stesso Ministero dell'Interno, **gli sbarchi dei migranti sono diminuiti di oltre il novanta per cento**.

È lecito supporre, pertanto, che la norma in commento, apparentemente focalizzata **anche** sul contrasto alle migrazioni irregolari, al di là delle etichette e dei proclami (che laddove in as-servimento di finalità squisitamente elettorali restano oggetto di preoccupazione da parte delle Istituzioni europee: v. la [decisione](#) del Consiglio dell'Unione europea di occuparsi dei temi delle migrazioni in connessione con quello della *rule of law*), nella sua forma attuale col passare del tempo troverà probabil-

mente la sua utilizzazione di elezione **nell’ambito di indagini condotte su altre fattispecie di reati a carattere transnazionale**. È il caso, a titolo di esempio, della prevenzione e repressione dei reati associativi finalizzati al traffico di stupefacenti.

Nulla inoltre si dice, e pare questo un profilo altrettanto critico vista la scelta di ricorrere alla decretazione d’urgenza, sul contenuto preciso dei sedicenti “accordi” che, allo stato, sembrerebbero carenti di una idonea base giuridica interna, dal momento che l’ambito di applicazione della legge 146 del 2006, richiamata nel Decreto come disposizione al cui potenziamento è rivolta la norma in commento, si limita a disciplinare le attività degli agenti nazionali in missione all’estero e che, come accennato, **l’art. 9 della Convenzione di Palermo non può essere considerato**, a nostro avviso, una norma *self-executing*.

La stessa legge 146 del 2006 prevede anche che «le forme e le modalità per il coordinamento, anche in ambito internazionale, a fini informativi e operativi tra gli organismi investigativi» siano stabilite con un decreto ministeriale (art. 9, comma 5). **Gli “accordi” in questione**, pertanto, atteso che andranno a fissare e disciplinare le regole di ingaggio di operazioni poste in essere da agenti governativi stranieri in Italia, con l’ausilio di risorse finanziarie *ad hoc* – peraltro stornate dal «Fondo di rotazione per la solidarietà alle vittime dei reati di tipo mafioso, delle richieste estorsive e dell’usura» (sull’utilizzo di questi fondi, non senza censure, v. una [relazione](#) presentata lo scorso anno dalla Corte dei Conti) – **non dovrebbero sfuggire, auspicabilmente già durante il procedimento di conversione del decreto, ad un accurato scrutinio parlamentare**.

Voglio che si porrebbe **in conformità a quanto previsto dall’art. 80 della Costituzione** e lancerebbe così un importante **segnale in controtendenza**: il riferimento obbligato va qui al **disinvolto**

approccio «alle prerogative parlamentari nella conclusione di accordi internazionali finalizzati alla gestione dei flussi migratori», al momento imperante (ed ampiamente criticato, per più ragioni, anche su queste stesse pagine: v. Spagnolo, cui si rinvia anche per un commento alla sentenza del Tar che obbliga a **rendere pubblico** il testo di accordi internazionali che non siano espressamente coperti da segreto di Stato, sia quando questi siano conclusi in forma semplificata, sia quando questi siano applicati in pendenza dell'*iter* di autorizzazione alla ratifica). Il che consentirebbe importanti spazi di recupero della sempre più compromessa autonomia valutativa delle Camere (per ulteriori approfondimenti v. **Olivito**. Per la tesi secondo la quale la possibilità per l'esecutivo di ricorrere alla procedura in forma semplificata in ambiti apparentemente ricadenti sotto il cono d'ombra dell'art. 80 sarebbe ormai consentita da una consuetudine modificativa dell'art. 80 della Costituzione, v. **Palombino**).

Un problema simile si può porre, forse in maniera ancor più evidente, in relazione all'altro articolo che si intende commentare, contenuto nel capo II del Decreto, dal titolo «Disposizioni urgenti per il potenziamento dell'efficacia dell'azione amministrativa a supporto delle politiche di sicurezza».

Ci riferiamo all'art. 12, intitolato «**Fondo di premialità per le politiche di rimpatrio**», in favore del quale si prevede l'assegnazione iniziale di 2 milioni di euro che sono stati sottratti ai fondi accantonati dal Ministero degli Esteri e, presumibilmente, destinati in origine alla cooperazione internazionale. La provvista, come si apprende dallo stesso art. 12, finanzia «interventi di **cooperazione mediante sostegno al bilancio generale o settoriale** ovvero intese bilaterali, comunque denominate, con **finalità premiali per la particolare collaborazione nel settore della riammissione di soggetti irregolari presenti sul terri-**

torio nazionale e provenienti da Stati non appartenenti all’Unione europea» (così il comma 1). Secondo il comma 2, dal prossimo anno il fondo potrà beneficiare di risorse più cospicue, fino a 50 milioni di euro l’anno.

Al di là del fatto che sono cifre che in ragione del tasso di cambio e del tenore di vita dei *sending States* dei migranti possono considerarsi cospicue, al momento in cui si scrive (e ancor più da quello in cui il decreto è entrato in vigore) non è da escludersi una “sanguinosa” procedura di infrazione per sfornamento del debito (v. il [testo](#) della Raccomandazione “COM(2019) 512 final” del Consiglio inviata all’Italia il 5 giugno scorso).

Si può sostenere, pertanto, che le asserite ragioni di necessità e di urgenza, analogamente a quanto rilevato poc’anzi, avrebbero meritato miglior causa. Anche perché, come ricordato in un recente studio sul tema, il decreto-legge è uno strumento che consente valutazioni sull’esistenza dei requisiti di necessità ed urgenza previsti dall’art. 77 della Costituzione solo «quando le norme emanate hanno già prodotto effetti giuridici rilevanti e non sempre riparabili in sede di conversione» (v. lo [studio](#) di Nevola).

Peraltro, la circostanza che la norma sopra citata sia stata formulata, ancora una volta, in termini assai vaghi e non privi di ambiguità non consente di enucleare con precisione i beneficiari materiali della prevista elargizione, nonché i criteri ad essa sottesi. Ad esempio, si intende privilegiare i Governi degli Stati di invio dei migranti o i migranti stessi i quali siano disponibili ad accettare procedure (sovvenzionate) di rimpatrio volontario assistito? Non è facile rispondere a questa domanda.

Prendiamo anzitutto in considerazione la prima e più probabile ipotesi, che trova la sua originaria disciplina nella legge 11 ago-

sto 2014, n. 125, art. 7 comma 2 sulla cooperazione allo sviluppo. In questo caso le risorse possono confluire direttamente nel bilancio dello Stato beneficiario. Si tratta di una misura evidentemente volta ad ovviare allo spinoso problema costituito dalle difficoltà e resistenze con le quali molti Paesi terzi oggi ammettono il ritorno dei propri cittadini. Se è vero che **l'istituto della riammissione nel diritto internazionale riposa oggi su importanti basi convenzionali** offerte dai Protocolli addizionali alla menzionata Convenzione di Palermo (v. l'art. 18 del Protocollo sullo *smuggling* e l'art. 8 di quello sulla tratta), nonché in alcuni importanti Accordi di cooperazione stipulati dall'Unione (v. ad es. l'art. 13, par. 5 dell'[Accordo di Cotonou](#) tra Unione europea e paesi c.d. "ACP"). Mentre per quanto concerne i rapporti con Stati non firmatari delle suddette Convenzioni, è possibile, a nostro avviso, revocare in dubbio la rispondenza di *tutte* le possibili applicazioni dell'istituto al diritto internazionale generale (v. ad. es. un'interessante [analisi](#) della prassi, anche se un po' risalente).

Nondimeno, anche nei riguardi di Stati parti di accordi pertinenti, compresi i numerosissimi bilaterali stipulati dall'Italia, che ripetono la clausola standard in cui si chiede **l'adempimento del primo e principale obbligo convenzionale, relativo alla collaborazione "senza indugio" nella identificazione e rilascio di un titolo di viaggio valido per il rimpatrio** del proprio cittadino, nella prassi amministrativa internazionale ottenerne l'esecuzione è spesso un risultato **assai complicato**. Tant'è che, in alcuni casi, qualche Stato europeo ha cercato di aggirare questi ostacoli attraverso procedure "unilaterali" di rinvio che hanno subito suscitato le vibranti [proteste](#) da parte degli Stati di riammissione.

Alla radice di quest'atteggiamento non collaborativo – per effetto del quale negli Stati di ricezione si pongono evidenti pro-

blemi di effettività nel portare a termine le operazioni di rimpatrio, si può individuare un concorso di cause, il cui approfondimento – arduo da effettuare in questa sede – rischierebbe, oltretutto, di travalicare l’ambito giuridico.

Ma è esattamente **in questo contesto che va ad inserirsi la norma del decreto “sicurezza bis”** in commento. Molti Stati, invero, giustificano la mancata cooperazione nell’esecuzione degli accordi di riammissione **adducendo ragioni di carattere economico**. Ancora oggi le rimesse dei migranti, come si è appreso dai [dati](#) pubblicati qualche giorno fa, continuano a crescere a livello globale, e rappresentano per le popolazioni di questi Stati un cespite fondamentale, peraltro non diversamente dai periodi in cui in Italia i Governi incoraggiavano, per i medesimi motivi, le emigrazioni all’estero (con tanto di articolo in Costituzione, il 35, che – guarda caso – sancisce la libertà di emigrare e la tutela del lavoro all’estero).

Per quanto di interesse ai nostri fini, la menzionata riluttanza si accompagna spesso ad un atteggiamento “contrattualistico” dei *sending States* che, consapevoli della delicatezza del tema per i Governi occidentali, cercano di alzare il più possibile il prezzo di eventuali collaborazioni (v. sul punto già Coleman, *European Readmission Policy: Third Country Interests and Refugee Rights*, Martinus Nijhoff, Leiden, 2009). D’altro canto, la prassi dimostra che la materiale applicazione di molti degli “accordi” di contenimento e gestione delle migrazioni che l’Italia ha sottoscritto sta diventando un’attività piuttosto dispendiosa.

Ad esempio, il [Memorandum d’intesa](#) (MoU) con la Libia «sulla cooperazione nel campo dello sviluppo, del contrasto all’immigrazione illegale, al traffico di esseri umani, al contrabbando e sul rafforzamento della sicurezza delle frontiere» del 2

febbraio 2017 prevede oneri finanziari rilevanti, atteso che, si legge all'art. 1, «la parte italiana fornisce sostegno e finanziamento a programmi di crescita nelle regioni colpite dal fenomeno dell'immigrazione illegale, in settori diversi, quali le energie rinnovabili, le infrastrutture, la sanità, i trasporti, lo sviluppo delle risorse umane, l'insegnamento, la formazione del personale e la ricerca scientifica» nonché «supporto tecnico e tecnologico agli organismi libici incaricati della lotta contro l'immigrazione clandestina» (per un approfondito commento v. [Mancini](#)).

Nondimeno si tratta, come è noto, di atti la cui natura giuridica è assai diversificata, potendo talvolta essere classificati tra gli accordi in forma semplificata, altre volte annoverati come semplici accordi di Polizia. Questi ultimi sono direttamente conclusi dai Ministri competenti sotto forma di memorandum, oppure mera intesa (oltre al già citato contributo di Spagnolo, v. sul punto, che evidentemente non può essere approfondito, [Casolari](#)).

Qualora, come è assai probabile, ci sia l'intenzione di riproporre in altri contesti la formula delle intese concluse con Niger, Libia e Sudan, la garantita premialità economica si pone in dispregio della circostanza che nella disposizione in parola **non vi è traccia di condizionalità alla necessaria tutela dei diritti umani da parte degli Stati di invio dei migranti.**

Ma c'è di più. Tutte le intese più recenti sono orientate, come è stato correttamente osservato (ancora da [Spagnolo](#)) «a un medesimo fine: fornire un quadro giuridico di riferimento alla presenza di personale militare italiano sul territorio dei due paesi, finalizzata allo svolgimento di attività di assistenza e supporto anche nella gestione dei flussi migratori». Anche in questo caso non si prevede alcuna garanzia specifica circa

l’assunzione da parte degli operatori della missione di vincoli al rispetto dei diritti umani nell’esercizio delle attività sul campo. Se si prende in esame l’[intesa](#) raggiunta con il Niger abbondano invece i dettagli sull’assetto delle forze impiegate: a regime, si prevede una missione che potrà impegnare «fino a un massimo di 470 militari, 130 mezzi terrestri e 2 mezzi aerei».

L’articolo 4 del [disegno di legge](#) di ratifica dell’intesa con il Niger, al momento in cui si scrive, non ha ancora concluso il suo *iter*. Il testo contiene «una **clausola di invarianza finanziaria**, per la quale dall’attuazione dell’Accordo non devono derivare nuovi o maggiori oneri a carico della finanza pubblica». La stessa legge specifica che **ad «eventuali maggiori oneri, si farà fronte con apposito provvedimento legislativo»**. Insomma, qualcuno potrebbe sospettare che l’indeterminatezza della disposizione contenuta nell’art. 12 sia stata voluta, sì da consentire di poterlo piegare, alla bisogna, alle più diverse finalità: così, ragionando in astratto, il tempo dirà se il personale italiano, impegnato in missioni internazionali volte a facilitare la riammissione dei migranti e previste da strumenti attuati mediante clausola di invarianza finanziaria, potrà alla bisogna essere reputato “particolarmente collaborativo” e, di conseguenza, meritevole di ricevere sostegni al (proprio) bilancio.

Occorre ora prendere in esame anche la seconda opzione prospettata. In questo caso, l’interpretazione della norma concerne la possibilità di finanziare il rimpatrio volontario in forma assistita dei migranti irregolari. Con l’**istituto del rimpatrio assistito** si cerca di incentivare il consenso dei soggetti da rimpatriare prospettando loro piccole somme di denaro e progetti di avviamento di attività di lavoro. In tale direzione, si continua a monitorare la situazione dei soggetti rimpatriati anche dopo l’avvenuto ritorno nel proprio Stato di origine, ad esempio verificandone l’avvenuto reinserimento lavorativo e sociale nelle

comunità di provenienza.

Questa forma di rimpatrio ha trovato una prima disciplina nel nostro ordinamento **all'art. 14 bis e 14 ter del Decreto Legislativo 25 luglio 1998, n. 286 (il c.d. Testo unico delle disposizioni concernenti la disciplina dell'immigrazione e norme sulla condizione dello straniero)**. L'istituto peraltro è in linea con l'impostazione della **Direttiva 2008/115**, c.d. "rimpatri", secondo la quale la partenza consensuale dovrebbe costituire la modalità ordinaria attraverso la quale portare ad esecuzione i rimpatri: lo si evince dal considerando 10, nonché da una interpretazione sistematica degli articoli 7 e 8 della Direttiva. In senso analogo, la Guideline 1 delle **Twenty Guidelines of the Committee of Ministers of the Council of Europe on Forced Return** del settembre 2005, citate nel considerando (3) della Direttiva 2008/115 e, come la stessa Commissione ha tenuto a chiarire, in via informale, in una sua **comunicazione**, possono essere considerate come uno strumento privilegiato di interpretazione della medesima. Ne deriva che gli allontanamenti forzati dei migranti irregolari devono essere considerati un'opzione di carattere residuale, da utilizzare solo laddove tutti i tentativi di procedere consensualmente siano falliti.

Sulle ipotesi di sviluppare *best practices* di rimpatri consensuali assistiti per i migranti irregolari si sta concentrando da tempo l'attenzione della dottrina (cfr. **Hofmann; Rogge e Akol**; European Council on Refugees and Exiles (ECRE), *The Return of Asylum Seekers whose Applications have been Rejected in Europe*, PP3/06/2005/EXT/PC, Settembre 2005) e della stessa Unione europea (v. ad. es. il **Fifth Progress Report on the Partnership Framework with third countries under the European Agenda on Migration**) che fino al 2013 aveva stanziato fondi *ad hoc* per questo tipo di operazioni (v. il **prospetto di sintesi**) successivamente sospesi per evitare, in un periodo di

sbarchi massicci, che diventassero un fattore di attrazione. In Italia non sono certamente pratiche diffuse (v. l'[inchiesta](#) di De Georgio su Internazionale) e neppure, probabilmente, lo saranno quando il Decreto andrà a regime, posto che si tratta di progetti, allo stato gestiti da varie Organizzazioni come l'Oim, che al momento non hanno riscosso alcun interesse né da parte dei migranti, né dagli stessi Enti che dovrebbero curarne la gestione, attraverso la partecipazione a bandi pubblici (come spiegato da [Baratta](#)).

Ma il decreto nulla dice, ripetiamo, rispetto alla posizione dei rimpatriandi, la quale, dovrebbe forse essere disciplinata nell'ambito delle «intese bilaterali con finalità premiali» di cui al comma 1. Restano quindi le preoccupazioni, almeno fino ad ora, in ordine all'attuale situazione, inasprita anche da provvedimenti degli ultimi mesi, dei richiedenti la protezione internazionale la cui istanza sia stata rigettata e che devono rientrare nel loro Paese: «In the public debate surrounding return its complexity is often ignored» (ECRE, *op. cit.*).

Tutto ciò precisato è lecito chiedersi, anche in questo caso, dove siano state reperite le risorse necessarie al funzionamento del Fondo in commento, soprattutto a partire dal prossimo anno. Operando una – non semplice – ricerca nelle pieghe della [Legge 30 dicembre 2018](#), che contiene il bilancio di previsione dello Stato, si apprende che le risorse principali saranno garantite dai fondi resi disponibili dalla contestuale diminuzione degli investimenti destinati alla «gestione dei centri per l'immigrazione, in conseguenza della contrazione del fenomeno migratorio» nonché dagli «interventi per la riduzione del costo giornaliero per l'accoglienza dei migranti». Peraltro, facendo due conti si può stimare il “risparmio” complessivo dalla riduzione degli investimenti per queste due voci in **un miliardo e 600 milioni di euro**. Riallacciandoci a quanto affermato in via

di premessa, pertanto, l'applicazione di questa norma del decreto comporta **un cospicuo spostamento di fondi, dirottati dalle politiche di integrazione dei migranti a quella del rimpatrio**. Il che, detto in termini forse un po' brutali, corrisponde all'applicazione pratica di un ormai noto slogan – “aiutiamoli a casa loro” – divenuto anche un manifesto d'intenti (di quel che resta) della cooperazione italiana (v. le interessanti [dichiarazioni](#) in senso adesivo del viceministro degli Esteri con delega alla cooperazione internazionale).

Quest'ultima riflessione induce a contestualizzare il discorso svolto fin qui e ad inserirlo in un più ampio livello di analisi che a qualcuno potrà forse sembrare ultroneo, ma a chi scrive, sommessamente, sembra incoraggiato dalla circostanza che il ministro che dà il nome ai decreti sulla sicurezza non è solo ossessionato da (inesistenti) assalti alle coste, ma si concepisce come uno statista. In tale veste ama citare, a modo suo, una frase (erroneamente, pare) attribuita a De Gasperi: «Un politico pensa alle prossime elezioni, uno statista pensa alle prossime generazioni». Sulla scorta di questa premessa, dichiara di voler portare «una prospettiva di sviluppo sociale per i prossimi cinquant'anni» che «guarda all'Europa, e all'Italia che attende le nuove generazioni» (questa singolare “visione”, data la divaricazione tra il dire e il fare, è espressa in un [video](#) girato l'8 dicembre scorso a piazza del Popolo; la cruda realtà è invece illustrata da [Margiocco](#)).

Mentre il Presidente della Repubblica sottolinea (in una [dichiarazione](#) rilasciata in occasione della Giornata mondiale del rifugiato) come **«le difficoltà che affliggono popoli di regioni a noi anche molto vicine meritano un'attenta riflessione sulle cause di questi drammi e sulle risposte che richiedono»**, val la pena di ricordare che le vere e pressanti preoccupazioni di lungo periodo, di cui in Italia non si parla a sufficienza, ma che

realmente agitano gli studiosi e le istituzioni europee, sono concretizzate dall'aumento delle **diseguaglianze economiche** e dal **crollò demografico** che ci attende. Quest'ultimo, secondo le proiezioni, condurrà al progressivo rovesciamento di una piramide immaginaria composta da una base che diventa progressivamente sempre più ristretta (e quindi vertice rovesciato) di giovani lavoratori, ai quali toccherà occuparsi di una base sempre più larga di anziani non lavoratori e bisognosi di assistenza.

Per **invertire rapidamente la china**, i Paesi europei a più basso tasso di natalità (come l'Italia) non hanno che **quattro strade maestre** (puntualmente elencate nelle [raccomandazioni](#) contenute nelle citate raccomandazioni del Consiglio dello scorso 5 giugno): la prima è quella di incrementare il livello e la qualità dell'istruzione e di incentivare massicciamente la ricerca scientifica; la seconda è fornire alle donne strumenti di *welfare* che consentano di abbassare l'età media in cui hanno il primo figlio, che è in costante aumento ed incide in maniera dominante sulla natalità complessiva. La terza è quella di avviare provvedimenti indirizzati ad aumentare l'età pensionabile. La quarta è quella investire nell'integrazione dei migranti lavoratori e/o titolari a ricevere protezione. Il lettore giunto pazientemente fin qui valuti se i provvedimenti in commento e, più in generale, quelli degli ultimi mesi, siano o meno coerenti con le autoproclamate visioni da statista che guarda, per decreto, all'interesse delle nuove generazioni.

26 giugno 2019

Lisistrata a Lampedusa: una riflessione sul caso *Sea Watch 3*

LORENZO GRADONI (*)

LUCA PASQUET (**)

«Come posso sbagliare se obbedisco al mio stesso comando?», si domanda Creonte, al culmine della sua autoreferenzialità. In ciò l'avversario di Antigone assomiglia un poco al Ministro dell'Interno Salvini, il quale non si capacita del fatto che i suoi decreti in materia di ordine pubblico e sicurezza non siano pacificamente assunti quale metro della legalità. In effetti, la forza degli editti dell'antico sovrano di Tebe non conosceva limiti formali di sorta, né Antigone, obiettore *extra ordinem*, intendeva trarne dalla legge non scritta cui era devota. Quello di Salvini, tuttavia, non è un potere creonteo. Bisogna ricordarlo? Nel moderno Stato costituzionale, il comando del legislatore, o del governo, non è la sola fonte del diritto, né la più alta. Perciò, benché il Ministro dell'Interno si atteggi a paladino della legalità, del diritto egli fa un uso spregiudicato: il discutibile ricorso alla decretazione di urgenza, la svalutazione degli obblighi internazionali e degli atti giudiziari che li evocano, l'uso disinvolto di qualificazioni giuridiche impegnative come «atto di

(*) Max Planck Institute for International, European and Regulatory Procedural Law, Lussemburgo.

(**) Università di Utrecht (membro della Redazione).

guerra», «omicidio», ecc. (cfr. [De Vittor](#), [Papanicolopulu](#), [De Sena](#) e le [audizioni](#) di Iafrati, Pitea, Cataldi e De Vittor sul decreto sicurezza). Il suo atteggiamento è quindi antitetico rispetto alla cieca, tragica adesione di Creonte al diritto della *polis*. Salvini, del resto, somiglia poco a Creonte anche dal punto di vista temperamentale.

«Sputale addosso come a un nemico». Questo è Creonte, colmo d'ira mentre dialoga con suo figlio Emone, promesso sposo di Antigone. Salvini, si sa, agli sputi preferisce i “bacioni”. Eppure, qui, il parallelo tutto sommato regge: il Ministro definisce Carola Rackete «ricca e viziata fuorilegge tedesca», da «mettere sul primo aereo per Berlino»; sostiene, inoltre, che l'[ordinanza](#) emanata del GIP di Agrigento, Alessandra Vella, «fa piangere gli italiani veri» (v. [questo video](#)). Ma è difficile che Salvini imiti Creonte anche nella resa. Chi sarebbe, d'altronde, il suo Tiresia? «Ahimè, a fatica, sì, ma devo mutare la mia decisione; impossibile combattere la necessità», sospira Creonte. Il Ministro, invece, sembra insensibile sia alla necessità di attenersi ai parametri dello stato di diritto, tra cui il rispetto per le determinazioni del potere giudiziario, sia a quella di soccorrere i naufraghi, contemplata da un'antica norma consuetudinaria. La maschera tragica di Creonte, insomma, non c'entra nulla con quella indossata da Salvini quando arringa i suoi *followers*.

Se Salvini non è Creonte, tantomeno la figura della comandante Rackete è accostabile a quella di Antigone, sebbene negli ultimi giorni molti le abbiano istintivamente sovrapposte. A differenza di Antigone, che respinse il diritto della *polis* in nome della legge divina, la comandante della *Sea Watch 3* si è scrupolosamente attenuta al diritto positivo e ciò, nonostante si sia trovata ad agire in un quadro politico e giuridico sempre più invaso da incertezze e contraddizioni, da norme collidenti ed

ermeneutiche inconciliabili. E, per di più, nel bel mezzo di una “guerra”. La guerra che gli Stati europei, Italia in testa, da anni ingaggiano contro le ONG dedite al salvataggio dei naufraghi nel Mar Mediterraneo, **criminalizzandone le attività**. «Come matassa, quando si ingarbuglia, si prende e si dipana da una parte e dall’altra, così districheremo questa guerra, se concesso, sceverando una parte dall’altra con diplomazia». Questo non è un proposito che potrebbe appartenere all’impolitica Antigone; a parlare, infatti, è Lisistrata. Il suo motto potrebbe servire da insegna alla comandante Rackete: bisogna porre fine alla guerra che ha decimato le navi che le ONG armano a scopi di salvataggio; per riuscirci, tuttavia, è necessario propiziare un chiarimento del quadro giuridico, che è ciò che sta avvenendo sotto i nostri occhi.

In rapporto a un caso che inevitabilmente suscita accostamenti letterari, vale la pena di notare che anche la normativa internazionale sul salvataggio in mare, come qualsiasi altra, prevede un suo copione, nel senso che è stata scritta sul presupposto di certi comportamenti ritenuti *normali*, i quali – è appena il caso di precisare – non rispecchiano *necessariamente* le condotte *effettive* degli attori rilevanti. Il copione, anzi, è tipicamente ideologico e come ogni ideologia entra in crisi quando non è più in grado di celare la realtà, cioè quando la divergenza tra modello normativo e condotte effettive diviene eclatante. L’incremento dei flussi migratori passanti per il Mediterraneo e la speculare aggressiva chiusura confinaria degli Stati europei hanno contribuito a metterlo in crisi.

Nello *script* originario, gli Stati costieri compaiono quali soggetti in principio inclini ad assolvere le proprie responsabilità rispetto a emergenze casualmente distribuite nello spazio e nel tempo e che, nel procedervi, si avvalgono anche dell’ausilio di imbarcazioni civili che, per adeguarsi all’imperativo del salva-

taggio, possono essere costrette a distogliersi dalle proprie attività e interessi. Non è un caso se **la normativa rilevante obbliga gli Stati a essere particolarmente solleciti nei confronti di comandanti coscienti del proprio dovere, sì, ma anche desiderosi di ritornare ai propri affari** (v. [Convenzione SAR](#), art. 3, par. 1.9; [Regola SOLAS V/33](#), par. 1.1; nonché [Linee guida dell'IMO per il trattamento delle persone salvate in mare](#), art. 6, par. 3). Ebbene, da un po' di tempo a questa parte **il copione è stato sovvertito**. Mentre navi civili solcano il Mediterraneo allo scopo *esclusivo* di salvare vite umane, gli Stati, che dietro il naufrago vedono l'ombra del migrante, invece di cooperare al salvataggio e sgravare i natanti privati del loro onere, addirittura li ostacolano, spesso con mezzi drastici, al punto che ormai solo pochissime navi di ONG sono in grado di operare (v. i [dati](#) forniti dall'Agenzia dell'Unione Europea per i diritti fondamentali). Se si tiene conto dello stravolgimento del copione – a normativa invariata e pur sempre applicabile – si comprende meglio il significato del gesto dalla comandante Rackete.

Un aspetto che la dettagliata normativa sui salvataggi in mare non contempla – semplicemente perché non quadrerebbe con l'originario copione – riguarda la condotta che un comandante deve tenere qualora gli Stati cui si rivolge per ottenere collaborazione ignorino l'appello, o si dichiarino incompetenti, o addirittura ostacolino le operazioni di salvataggio, tipicamente nell'ultima e cruciale fase dello sbarco, sino a sanzionarle in vario modo. Si può dire, perciò, che la comandante Rackete si è trovata costretta a prendere decisioni difficili in un contesto di parziale incertezza giuridica. Quando, in apertura, abbiamo affermato che la comandante si è scrupolosamente attenuta al diritto vigente, non volevamo ritrarla nell'atto pedissequo di seguire un *vademecum*, bensì rilevare che il suo comportamento, nell'incertezza, è stato in definitiva orientato da un principio giuridico irrinunciabile, perché rispondente a elementari consi-

derazioni di umanità (come affermano [Nordquist et al.](#), p. 171).

La nave *Sea Watch 3* ha soccorso i naufraghi il 12 giugno, a circa 50 miglia nautiche dalla costa libica. Per ragioni umanitarie il comandante ha disatteso la direttiva delle autorità libiche, che invitavano a far rotta su Tripoli, porto che lo stesso [Ministro degli Esteri italiano](#) considera non sicuro. Ciò nonostante le autorità italiane fornivano subito un segnale di indisponibilità a cooperare, dichiarandosi incompetenti in ragione del luogo del soccorso e omettendo dunque ogni indicazione circa «places of safety» alternativi. La nave giungeva in prossimità delle acque territoriali italiane il 14 giugno, poche ore prima della promulgazione del decreto detto “Salvini bis”, sulla cui base, il giorno dopo, un provvedimento interministeriale interdiceva le acque territoriali alla *Sea Watch 3*. Nelle due settimane successive, cioè sino al 28 giugno, i contatti tra le autorità italiane e la nave battente bandiera olandese – che il 26 giugno era penetrata nelle acque territoriali in violazione del decreto – sono proseguiti non per organizzare la conclusione del salvataggio, ma per trasportare a terra, in più occasioni, persone con gravi problemi di salute, oltre che per consentire alla polizia giudiziaria italiana di compiere indagini su ipotesi di reato a carico della comandante. Nella notte del 29 giugno, poiché l’autorizzazione allo sbarco non appariva imminente, la *Sea Watch 3* vi procedeva in via autonoma, urtando una piccola imbarcazione della Guardia di Finanza impegnata in confuse manovre a ridosso della banchina nel tentativo di ostacolare un attracco ormai inevitabile (qui il [video](#)). L’episodio, com’è noto, è stato fantasiosamente descritto come «speronamento» ed è costato alla comandante Rackete una sommaria condanna per tentato omicidio pronunciata dal Ministro dell’Interno.

L’inconcludente navigazione dalla *Sea Watch 3* in prossimità delle acque territoriali italiane ha spinto qualcuno a sostenere

che, se lo scopo era portare al sicuro i naufraghi, la comandante, di fronte all’ostinato diniego delle autorità italiane, avrebbe dovuto cercare riparo presso un altro Stato costiero. Le due settimane trascorse vicino alle (poi nelle) acque territoriali italiane sarebbero bastate per raggiungere qualsiasi altro porto del Mediterraneo. Questo comportamento è valso alla comandante Rackete l’accusa di fare politica sulla pelle dei naufraghi (durante il *question time* alla Camera del 3 luglio, il Ministro Salvini ha parlato di «sporca battaglia politica»). Tuttavia, **adempire un dovere giuridico in una situazione d’incertezza come quella sopra descritta richiede necessariamente un agire politico**, cioè impone di compiere scelte difficili e rischiose, per sé e per gli altri, per i naufraghi affidati alle proprie cure e per chiunque altro si trovi in difficoltà analoghe. È la sconnessione del quadro normativo di riferimento, unita alle tensioni politiche che lo attraversano – oggi particolarmente forti in Italia – a produrre il rischio. Accettare di correrlo, al possibile prezzo di un arresto, di una condanna, di una sconfitta processuale che potrebbe fare giurisprudenza, è un atto politico.

La comandante è stata posta di fronte a un dilemma: tenersi in prossimità delle acque territoriali italiane in attesa che il governo italiano rivedesse la propria decisione per rispondere a esigenze umanitarie (puntualmente segnalate dall’equipaggio) oppure cercare di raggiungere un porto sicuro non italiano? Carolina Rackete, tenendo conto di varie circostanze, inclusa l’assoluta prossimità del porto di Lampedusa e l’auspicabile cessazione del fatto internazionalmente illecito commesso dall’Italia, ha, come sappiamo, scelto di restare e, quando lo stato di necessità si è fatto ancor più pressante, ha deciso di ignorare gli ordini delle autorità italiane che le avrebbero impedito di compiere il suo dovere in base al diritto internazionale e, di riflesso, come chiarisce in modo esemplare l’ordinanza del GIP di Agrigento, secondo il diritto interno.

Tale dovere, infatti, stante la sua natura incondizionata, persiste sino alla conclusione dell'operazione di salvataggio, indipendentemente dalle scelte fino a quel punto compiute dal comandante. Analogamente, eventuali errori di valutazione da questo commessi nell'individuazione del porto sicuro più vicino non esimono lo Stato, cui tale porto appartiene, dall'obbligo di facilitare il salvataggio. L'eventuale responsabilità del comandante è altra questione e va trattata a operazione conclusa. Com'è stato giustamente notato (si veda l'[intervento](#) di ventuno docenti di diritto internazionale pubblicato sul Corriere della Sera), il rifiuto dello Stato di cooperare (o peggio...) sarebbe ancor meno giustificabile a titolo di reciprocità, cioè come risposta a una generalizzata tendenza degli altri Stati a disattendere obblighi dello stesso genere. Se, come pare, l'esigenza di salvare la vita del naufrago proietta un obbligo *erga omnes* a carico degli Stati, non è certo accusandosi reciprocamente di omesso soccorso che questi possono esimersi dalle proprie responsabilità. In circostanze in cui il dispositivo di attuazione dell'obbligo *erga omnes* si incaglia sul piano delle relazioni interstatali, il *dovere* del comandante di trarre in salvo i naufraghi e le sue decisioni relative all'individuazione del porto vicino più sicuro assumono carattere dirimente, nel senso che vincolano lo Stato del porto a cooperare affinché l'obbligo di salvataggio si attui per conto della comunità internazionale.

«Afferrala e legale le mani dietro», ordina il probulo (la pubblica autorità) irrompendo sulla scena e additando Lisistrata. Per fortuna, l'arresto del comandante Rackete è durato poco.

«È giusta pietà salvare i naufraghi (onorare i defunti, nel dramma originale), ma il potere, per chi ha caro il potere, non ammette trasgressione; la tua ira, che decide da sé, ti ha perduta», scandisce il Coro rivolto ad Antigone. Ancora una volta, la

comandante Rackete con Antigone non condivide né i gesti né il destino. Non agisce d’impeto, come in preda a una forza irresistibile, bensì con sagacia e prudenza. «Nessun senno è nel compiere gesta oltre misura», suggerisce Ismene a sua sorella Antigone, ma il rimprovero non potrebbe riguardare il comandante Rackete, la quale non si contrappone al potere, *tout court*, ma spinge un potere dello Stato ad accertare la trasgressione del diritto commessa da un altro potere dello Stato.

La prima notevole conseguenza del suo agire politico è un possibile, prezioso chiarimento del quadro giuridico rilevante, che la motivazione dell’ordinanza del GIP di Agrigento potrebbe del resto prefigurare, già a pochi giorni dallo sbarco. L’elemento-cardine di questo chiarimento consiste nella repressione di quel *monstrum* giuridico, il cui capo ha preso ad affiorare in acque mortifere, che è il «**soccorso in mare di immigrazione**» (per citare l’espressione impiegata dalla [direttiva](#) del 15 maggio 2019 con cui il Ministro dell’Interno ha ingiunto alle autorità competenti di vigilare sui comportamenti della nave *Sea Watch 3*). Si può essere migranti e naufraghi nello stesso tempo, ma, dal punto di vista giuridico, si è solo una cosa alla volta. Prima il soccorso in mare, quindi la gestione dei flussi migratori.

Offrendo la sua libertà agli aguzzini, la comandante Rackete ha accelerato un primo scioglimento del dramma. Le oscenità sessiste con cui la plebaglia digitale ha reagito al suo arresto e alla sua liberazione sono un’eco lugubre della sovraccitazione maschile che permise a Lisistrata di trionfare. Insieme alla dottoressa Vella, giudice ad Agrigento, Carola Rackete contribuisce a dissipare l’ombra che, proiettata dall’ostilità nei confronti del migrante, tende a eclissare il naufrago. Di lei e della dottoressa Vella sembra giusto dire che «in loro c’è vita, incanto e pretesa, c’è esperienza ed amore intelligente della città» – così il Coro

60 Dibattiti

delle Donne rivolgendosi a Lisistrata e alle sue sodali.

Nota – I brani citati sono tratti da Sofocle, *Antigone*, trad. Cacciari, Einaudi, Torino, 2007; Aristofane, *Lisistrata*, trad. Greco, Feltrinelli, Milano, 2016. Siamo grati a Francesca De Vittor e Cesare Pitea per le informazioni che ci hanno fornito e a Pasquale De Sena per un interessante commento.

6 luglio 2019

Navigare fra istanze “stato- centriche” e “cosmopolitiche”: il caso “Sea Watch” in una prospettiva conflittuale

PASQUALE DE SENA (*)

MASSIMO STARITA (**)

1. Il caso della “Sea-Watch” ([Gradoni e Pasquet](#)) pone una questione di grande importanza dal punto di vista teorico per il diritto internazionale.

Si tratta del conflitto fra due modi di interpretare il funzionamento delle norme internazionali in gioco, che potremmo sinteticamente denominare prospettiva “stato-centrica” e prospettiva “cosmopolitica”.

Per prospettiva “stato-centrica” intendiamo qui una duplice propensione, espressa da un certo numero di Governi; duplice, perché consistente, non solo nello spogliarsi delle responsabilità concernenti il rispetto di diritti individuali, *ma anche nel negare che di tali responsabilità possano farsi direttamente carico*

(*) Università Cattolica, Milano (membro della Redazione).

(**) Università degli Studi di Palermo.

62 Dibattiti

soggetti non statali.

Per prospettiva “cosmopolitica”, intendiamo invece l’atteggiamento specularmente opposto, assunto dai soggetti non statali coinvolti; e cioè, la propensione a farsi carico dei diritti fondamentali delle persone coinvolte, e *a realizzarne la protezione, in quanto interesse collettivo giuridicamente rilevante, anche in contrasto con Governi nazionali.*

I. Stato-centrismo

2. Come emerge la prospettiva “stato-centrica”, sul piano del diritto internazionale, nel caso “Sea-Watch”? Al di là dell’adozione del [decreto Salvini-bis](#) e della sua concreta attuazione, si tratta anzitutto della [rivendicazione](#), da parte italiana, di una completa assenza di responsabilità nella vicenda, in nome della esclusiva giurisdizione dell’Olanda sull’imbarcazione.

Questa rivendicazione trova, in verità, solo parziale riscontro nel diritto del mare, dato che in ogni vicenda SAR gli Stati coinvolti sono sempre più d’uno e le convenzioni in vigore impongono obblighi a carico dei diversi Stati riguardo alla nave soccorritrice (v. [De Vittor e Starita](#); [lettera di 21 docenti di diritto internazionale al Corriere della Sera](#)); ma, soprattutto, essa non è necessariamente in linea né con le norme internazionali sui diritti dell’uomo, né con quelle sulla protezione dei rifugiati.

In base alle *prime* è evidente infatti che la giurisdizione relativa a fatti potenzialmente lesivi dei diritti in questione, non coincide, per l’appunto, necessariamente, con quella dello Stato di bandiera dell’imbarcazione, se solo si pensa alle decisioni rese dalla Corte europea nei casi [Medvedyev](#), [Hirsi](#) e [Women on Waves](#) in relazione ad imbarcazioni in acque internazionali (e se solo si considera che – nel nostro caso – una nave militare

aveva notificato un provvedimento governativo di divieto di accesso alle acque territoriali, poi confermato da una [decisione](#) del TAR Lazio). Di questa circostanza, del resto, non era probabilmente inconsapevole lo stesso governo italiano, visto che il decreto *Salvini-bis* (sul quale v. [Papanicolopulu](#) e [Zaniboni](#)), pur prevedendo la potestà del Ministro dell'interno di disporre un divieto di accesso al mare territoriale nei confronti di navi che si trovino in acque internazionali, non procede, contestualmente, alla *formale* istituzione della zona contigua, ai sensi dell'art. 33 della Convenzione di Montego Bay. Istituzione, quest'ultima, che, se per un verso avrebbe offerto una legittimazione solida a tale potestà, sul piano del diritto del mare ([De Sena](#) e [Cataldi](#)), avrebbe, per altro verso, verosimilmente attratto *ipso facto* nella giurisdizione italiana – sul piano della Convenzione europea dei diritti dell'uomo – la responsabilità della tutela dei diritti fondamentali delle persone a bordo della Sea-Watch...

Venendo poi alle norme internazionali sui rifugiati, in particolare al principio di “*non-refoulement*” ([art. 33 della Convenzione di Ginevra del 1951](#), pacificamente ritenuto corrispondente al diritto consuetudinario), basta qui ricordare che non è idoneo ad escludere un respingimento illegittimo di uno o più rifugiati il fatto che questi “bussino” alla frontiera di uno Stato da un'imbarcazione che batta la bandiera di un altro. Insomma: la loro situazione, in un caso simile, non può essere equiparata a quella in cui essi si troverebbero, ove *già* fossero sul territorio di uno Stato diverso dal loro, dal momento che la nave privata non può considerarsi territorio dello Stato di cui batta la bandiera (da ultimo: [Zamuner](#), p. 64 ss). A ciò può aggiungersi che la portata extraterritoriale del principio del *non-refoulement* si trova oggi espressamente riconosciuta nel quadro delle Nazioni Unite ([UNHCR, Advisory Opinion on the Extraterritorial Application of Non-Refoulement Obligations under the 1951 Con-](#)

vention relating to the Status of Refugees and its 1967 Protocol).

3. Che l'affermazione della giurisdizione esclusiva dello Stato della bandiera esprima un'attitudine marcatamente "stato-centrica" affiora, poi, anche da un'altra circostanza. Se, infatti, la preoccupazione retrostante a tale affermazione avesse avuto ad oggetto i diritti delle persone sulla "Sea-Watch", essa si sarebbe dovuta verosimilmente esprimere nella minaccia dell'azionamento di un ricorso interstatale, da parte dell'Italia, ai sensi dell'[articolo 33](#) della Convenzione europea dei diritti dell'uomo, o, quantomeno, del meccanismo di soluzione delle controversie UNCLOS (per violazione dell'[art. 98.2](#), alla luce delle Convenzioni SAR e SOLAS, sulle quali, v. ancora [Papanicolopulu](#)). È facile osservare, però, che di simili minacce non vi è traccia nelle dichiarazioni ufficiali adottate da parte italiana (al riguardo, v. anche *infra*).

Ciò si spiega peraltro chiaramente, se si tiene presente che l'esigenza di fondo della condotta italiana è stata, nel caso di specie, quella di imputare all'Olanda, non solo e non tanto la responsabilità dell'assistenza da prestare alle persone a bordo della "Sea-Watch", quanto quella di provvedere alla loro allocazione in quanto migranti (v. ancora [qui](#)).

4. D'altra parte, vi è da aggiungere che all'atteggiamento tenuto da parte italiana fa riscontro **quello adottato dalle autorità governative olandesi**. Queste ultime hanno analogamente dimostrato di non essere particolarmente preoccupate del rispetto dei diritti fondamentali delle persone a bordo della "Sea-Watch". Nella [risposta](#) della Segretaria di Stato per l'immigrazione alla sollecitazione rivolta dal Ministro italiano dell'interno, ci si preoccupa esclusivamente di chiarire che l'Olanda non è tenuta ad accogliere i migranti, pur essendo Stato della bandiera di "Sea-Watch", non senza aver affermato che

il soccorso avrebbe dovuto tradursi nel trasbordo dei migranti in Libia o in Tunisia. E ciò, si badi bene, **senza tenere in alcun conto la circostanza che la Libia fosse stata dichiarata porto non sicuro dal Commissario per i diritti umani del Consiglio d’Europa** (v. oggi, in senso del tutto analogo, la **Dichiarazione congiunta di UNHCR e OIM del 12 luglio 2019**), che alla medesima conclusione fosse già giunto anche il **Ministro degli Esteri italiano**; e che dubbi gravi sussistessero sulla stessa idoneità della **Tunisia** a fungere da porto sicuro.

5. Ad ulteriore testimonianza della propensione “stato-centrica” dei principali attori del caso in questione, sta poi il fatto che tanto le autorità italiane quanto le autorità olandesi hanno manifestato una chiara, simmetrica sottovalutazione del carattere umanitario – e dunque non reciproco – degli obblighi di soccorso, scaturenti dall’insieme delle fonti internazionali rilevanti. Per quanto concerne le autorità olandesi, la circostanza è di palmare evidenza, se solo si considera la loro completa inerzia, sia dinanzi al divieto di accesso al mare territoriale italiano, sia dinanzi alle successive, esplicite dichiarazioni italiane di non voler consentire l’approdo – neppure temporaneo e provvisorio – dell’imbarcazione, poi penetrata nelle acque territoriali italiane. Da parte delle autorità italiane un simile atteggiamento si è espresso con l’astensione, anzi con l’opposizione, rispetto ad ogni azione diretta a garantire lo sbarco delle persone a bordo della nave, ad eccezione di quelle ricoverate a causa della loro situazione di vulnerabilità. L’atteggiamento in questione – peraltro legittimato sul piano interno dal decreto *Salvini-bis* (debolmente, come risulta, per ora, dall’**ordinanza** di non convalida dell’arresto della comandante della “Sea-Watch”) – è stato giustificato essenzialmente sulla base del fatto che la responsabilità delle persone a bordo spettasse alle autorità olandesi, come detto poco sopra. Ebbene, è agevole osservare, per entrambe “le parti in causa”, che la cir-

costanza che la “controparte” non provvedesse all’esecuzione dei propri obblighi non giustifica per nulla l’inadempimento, se si considera, per l’appunto, il carattere “non reciproco” di tali obblighi, sia dal punto di vista delle (loro) fonti convenzionali (art. 60, par. 5, della [Convenzione di Vienna sul diritto dei trattati](#)), sia sul piano del diritto internazionale generale (al riguardo, v. gli studi, ormai classici, di [Picone](#)).

6. Al di là della convergenza in tal modo dimostrata da Italia e Olanda, va aggiunto, infine, che una marcata attitudine “stato-centrica” affiora pure dalla “[Comunicación](#)” del 27 giugno scorso, adottata dal Direttore generale della Marina mercantile del Ministero spagnolo per lo sviluppo. Atto, quest’ultimo, con cui, pur non disponendosi un divieto di accesso al mare territoriale spagnolo del tipo di quello consentito in Italia, si stabilisce il principio che non sono consentite attività di soccorso a imbarcazioni private, se non sotto lo stretto coordinamento delle autorità dello Stato titolare della zona SAR. La conformità di tale principio alla Convenzione SAR del ’79 è peraltro del tutto dubbia, dal momento che, com’è noto, detta Convenzione istituisce uno spazio di mare nel quale lo Stato costiero non gode di diritti o poteri esclusivi, ma, piuttosto, assume obblighi di carattere umanitario.

II. *Cosmopolitismo*

7. Il “cosmopolitismo” delle ONG presenta due principali elementi. Il primo risiede nella prospettiva a partire dalla quale il tema dei soccorsi in mare è affrontato. *Sea-Watch*, *Mediterranea* e le altre ONG in prima linea nel Mediterraneo esprimono un’istanza di carattere umanitario non mediata dalla considerazione di interessi particolari di singoli Stati. Da questo punto di vista, esse introducono nel dibattito pubblico un punto di vista che nessun governo (e forse nessuna forza politica statale) è in

grado di rappresentare nella sua “purezza”. Si tratta, peraltro, di una caratteristica tipica delle ONG quali attori o partecipanti della vita – anche giuridica – internazionale, da tempo messa in luce dalla dottrina internazionalistica (su questo aspetto del cosmopolitismo delle ONG insistono soprattutto i teorici del diritto costituzionale globale; v. per tutti [Peters](#)).

La prospettiva cosmopolitica si accompagna però, nelle vicende recenti che hanno avuto luogo nel Mediterraneo, ad un secondo elemento, consistente nella rivendicazione da parte delle ONG di poteri di *enforcement* delle norme internazionali in materia di soccorso in mare, come emerge chiaramente, oltre che dai fatti, anche dalle dichiarazioni di diversi loro rappresentanti (v. solo a titolo di esempio il [comunicato stampa](#) di Sea-Watch del 29 giugno 2019 dove si rivendica che la comandante Rackete «**enforced the rights of the rescued people to be disembarked to a place of safety**»).

Non che sia una novità il ruolo di primo piano svolto dalle ONG nel quadro delle relazioni internazionali. Così come non lo è il loro coinvolgimento nel funzionamento delle più importanti organizzazioni internazionali e nelle stesse dinamiche dell’ordinamento, anche mediante iniziative di carattere autonomo (v. in questo senso [Tramontana](#)). Siamo peraltro in presenza di un salto di qualità, che può essere apprezzato almeno da due punti di vista.

8. In *primo* luogo, mentre finora le ONG hanno rivendicato diritti di partecipazione alle procedure di produzione e applicazione delle norme internazionali, diritti del resto ormai da tempo ad esse riconosciuti (v. Iovane, “La participation de la société civile à l’élaboration et à l’application du droit international de l’environnement”, in *Revue générale de droit international public*, 2008, p. 465 ss.), questa volta siamo in presenza

di **un'attività di attuazione unilaterale e diretta**: le ONG, con le loro navi, si posizionano sulle rotte dove più di frequente avvengono i naufragi e, in caso di avvistamento o ricezione di un segnale di soccorso, si dirigono verso il luogo dell'evento e provvedono alle attività di *rescue* così come disciplinate dalle convenzioni internazionali, per poi richiedere allo Stato costiero competente in base alla Convenzione di Amburgo un porto sicuro per lo sbarco.

In *secondo* luogo, mentre le forme di partecipazione delle ONG alle dinamiche dell'ordinamento internazionale finora studiate consistono in una serie di meccanismi introdotti dagli Stati e che questi ultimi non hanno mai finora ripudiato (diritti di ricorso a organismi internazionali di controllo, diritti di consultazione in sede di elaborazione di standard, di applicazione di norme, ecc.), le attività di soccorso in attuazione delle norme internazionali sono invece svolte dalle ONG **contro la volontà di una parte almeno dei governi direttamente coinvolti** e, talvolta, anche di quelli degli Stati di bandiera (per tale ragione in questa ipotesi non vale l'avvertimento, che pure in altre situazioni coglie nel segno, secondo cui dietro le ONG si muovono spesso gli Stati, configurandosi le prime, in realtà, come una *longa manus* dei soliti, vecchi, soggetti dell'ordinamento). Secondo questi Governi, solo gli Stati potrebbero svolgere attività di *search and rescue*, anche perché solo gli Stati possono esercitarle tenendo conto di altre esigenze pubbliche, come quella di combattere l'immigrazione clandestina. Le ONG si sarebbero appropriate, insomma, di una funzione per sua natura statale, almeno nell'attuale assetto politico e giuridico del mondo, basato sulla sua divisione tra Stati sovrani. Il contrasto è reso emblematico dall'anatema di "pirati", ripetutamente lanciato nei confronti delle ONG, che evoca nell'immaginario collettivo l'idea di comportamenti illeciti tanto gravi da legittimare il potere di qualunque Stato di punirli (nettamente respinta

da [Villani](#)).

9. Ma è davvero una simile rivendicazione inammissibile dal punto di vista del diritto internazionale? Comporta davvero una rottura dei fondamenti di questo ordinamento? Costituisce davvero un attentato a (un “esproprio” di) diritti sovrani degli Stati? In realtà, la questione è sì tragica per chi si trova in mare, ma assai meno per la sovranità statale.

È vero che le norme sul dovere di soccorso non assegnano espressamente alle ONG una funzione di “pattugliamento umanitario” dei mari al fine di prevenire i disastri e intervenire rapidamente, come talvolta si fa notare. Ciò non toglie, peraltro, che una simile funzione sia quantomeno lecita dal punto di vista del diritto internazionale. Ciò almeno per quattro ragioni.

La *prima* è che tale funzione di *enforcement* del dovere internazionale di soccorso, ancorché non espressamente prevista dalle convenzioni che lo disciplinano, poggia su queste ultime, trovando in esse, e dunque nella volontà degli Stati, un aggancio determinante quando se ne valuti la liceità. La maggior parte di queste convenzioni si indirizza infatti ai comandanti delle navi, e cioè a dei soggetti privati, al pari delle ONG. Gli Stati, infatti, una volta riconosciuta, a partire dall’inizio del novecento, l’esigenza di proteggere la vita umana in mare, si trovavano nell’impossibilità di attuare direttamente tale protezione attraverso le proprie navi, se non in minima parte. Ciò per varie concorrenti ragioni, di cui due principali: una giuridica, il regime di libertà dei mari, una di fatto, dato che a solcare i mari erano (e restano) soprattutto i privati ([Starita](#)).

In *secondo* luogo, la funzione di soccorso delle ONG si è sviluppata in una situazione di vuoto istituzionale, poiché gli Stati che si affacciano sul Mediterraneo, che, in quanto destinatari di

70 Dibattiti

specifici obblighi di ricerca e salvataggio, avrebbero dovuto attivarsi di fronte alla crisi delle migrazioni via mare, non lo hanno fatto o hanno smesso di farlo. Le ONG hanno in altri termini agito in sostituzione degli Stati per la protezione di un valore comune ([Papanicolopulu](#)).

In *terzo* luogo, i giudici italiani hanno finora confermato la legittimità delle attività svolte dalle ONG, ricorrendo al dovere internazionale di soccorso come scriminante di pretesi illeciti penali (nel solco di una giurisprudenza costante v., da ultimo, Tribunale di Agrigento, uff. GIP, ord. 2 luglio 2019, citata *supra*).

In *quarto* luogo, tali attività si svolgono in spazi sottratti per definizione alla sovranità statale e costituiscono pertanto una forma di esercizio della libertà di navigazione tipica degli spazi medesimi, una libertà che, come chiarito nella giurisprudenza internazionale più recente, non è intesa esclusivamente a scopi commerciali o di sfruttamento delle risorse, ed in cui rientrano le attività più disparate, tra le quali anche attività di esercizio di diritti fondamentali, come attività di protesta rientranti nell'esercizio della libertà di manifestazione del pensiero, (v. la [sentenza](#) del 14 agosto 2015, nel caso dell'*Arctic Sunrise*, riguardante *Greenpeace*).

10. Le sintetiche considerazioni sin qui svolte ci permettono di affermare che la visione cosmopolita dell'ordinamento promossa dalle ONG riposa su norme internazionali formatesi per effetto dell'incontro di volontà degli stessi Stati i cui governi oggi si fanno portatori di istanze anti-cosmopolitiche; che si fonda sull'esigenza di colmare un vuoto istituzionale formatosi per effetto dell'inerzia dei governi medesimi in violazione degli obblighi di cooperazione previsti dalla Convenzione di Amburgo; che la posizione del potere giudiziario permette di configurare

l'attuale conflitto di prospettive più che tra ONG e Stati, tra ONG e governi (sullo stretto rapporto tra società civile, ONG e potere giudiziario v. il già citato lavoro di Iovane); che le rivendicazioni delle ONG non preludono ad uno svuotamento di sovranità, dato che riguardano eventi che si verificano in spazi che sono già sottratti alla sovranità degli Stati.

III. *Conflitto*

11. A chiusura, necessariamente provvisoria, del discorso sin qui sviluppato, *tre* brevi considerazioni vanno ancora svolte, tutte concernenti il conflitto manifestatosi, a nostro avviso, nelle vicende cui abbiamo fatto riferimento.

Su un piano *concreto* va sottolineato che tale conflitto tende ad emergere in tutta la sua drammatica portata nell'ultimo segmento temporale della funzione di soccorso, quello dello sbarco in un porto sicuro. È particolarmente in questa fase, insomma, che la prospettiva cosmopolitica si scontra (ed irrimediabilmente, diremmo) con quella, del tutto tradizionalmente “stato-centrica”, che si è cercato di tratteggiare. È noto, infatti, che il diritto internazionale non prevede un obbligo *specifico* di consentire lo sbarco di persone soccorse, e la stessa Convenzione di Amburgo, pur stabilendo un obbligo di cooperazione per la individuazione del porto sicuro, non fissa criteri *precisi* al riguardo. È vero peraltro anche l'opposto, e cioè che i governi non possono non fare i conti con la dimensione “cosmopolitica”, per così dire, dei valori in gioco, in forza della quale gli obblighi di cooperazione trovano applicazione e devono essere adempiuti. Ancora una volta, è solo in considerazione delle omissioni degli Stati direttamente coinvolti (*unwilling, unable?*) e delle conseguenze che tali omissioni hanno avuto per la situazione a bordo che nel caso *Sea-Watch* la comandante ha potuto legittimamente invocare il *distress* per entrare nel porto di

Lampedusa.

Su un piano di carattere più *generale*, è bene precisare che gli esiti del conflitto fra le due tendenze evocate non sono certi, né prevedibili, con riferimento alle future prospettive delle regole internazionali che vengono in rilievo. Se è vero, infatti, che i principali attori del caso “Sea-Watch” hanno manifestato una chiara propensione “stato-centrica”, e se è vero altresì che tale propensione **contrasta chiaramente, a nostro avviso, col diritto internazionale vigente – cui appare conforme, invece, la pretesa delle ONG di dare diretta attuazione ai principi in tema di soccorso e di protezione dei diritti umani delle persone soccorse** – non è dato anticipare in che modo **il conflitto in questione sia suscettibile di evolvere** sul piano dei *contenuti* del *complesso* delle regole in questione (tanto quelle sul soccorso in mare, quanto quelle sui diritti umani e sui diritti dei rifugiati). Basti pensare che anche le **reazioni avverse ai comportamenti adottati da Italia e Olanda nel caso “Sea-Watch” non risultano esenti da qualche ambiguità**. Nella *dichiarazione* rilasciata dal Ministro degli affari interni francese il 29 giugno scorso, si condanna sì la politica italiana della chiusura dei porti, **qualificandola, però, come genericamente contraria al diritto internazionale del mare**. In un breve *statement* pubblico del Ministero degli Esteri tedesco si esprime chiaramente la contrarietà tedesca alla criminalizzazione del soccorso in mare (di cui, risulta peraltro vittima una cittadina tedesca) e l’esigenza di superare l’“indegno” sistema europeo di distribuzione dei richiedenti asilo; ma, analogamente, **nessun cenno viene fatto alle violazioni di norme fondamentali sulla tutela dei diritti umani e dei rifugiati, che certi comportamenti statali chiaramente comportano**. Meno che mai tali comportamenti vengono poi ritenuti idonei – tanto nella posizione francese che in quella tedesca – a giustificare la minaccia dell’azionamento del meccanismo di soluzione delle controver-

sie UNCLOS per la violazione degli obblighi di soccorso rilevanti (art. 98.2, alla luce delle Convenzioni SAR e SOLAS), ovvero del ricorso interstatale, ai sensi dell’art. 33 della Convenzione europea per la violazione di norme della Convenzione medesima. D’altra parte è appena il caso di aggiungere che un simile orientamento è in qualche modo coerente con la circostanza che il principio di *non-refoulement*, a dispetto del suo statuto consuetudinario, *non* risulta incluso fra gli obiettivi del [Global Compact for Safe, Orderly and Regular Migration](#) (come puntualmente rilevato da [Spagnolo](#)).

Ciò detto, una indicazione di fondo, sul piano del *metodo*, del modo, cioè, in cui la dottrina internazionalistica presenta i rapporti tra Stati e ONG nelle dinamiche dell’ordinamento, è forse possibile trarla. Nella rappresentazione sinora offerta delle forme giuridiche che il fenomeno dell’azione delle ONG è pervenuto a rivestire, si è dato spesso per scontato che l’evoluzione di tale fenomeno sia avvenuta – e fosse destinata a proseguire – **in termini tendenzialmente gradualì, se non a-conflittuali**. Si tratta di un modo di vedere le cose forse riconducibile alla grande illusione di un mondo post-ideologico, diffusasi a partire dagli anni ’90. Riteniamo, invece, utile sottolineare, con il solo proposito di iniziare un dibattito, che il ruolo svolto dalle ONG nel soccorso nel mare Mediterraneo – **pur essendo qualificabile, lo ribadiamo, come del tutto conforme alle regole internazionali rilevanti** – si manifesta **in termini conflittuali** rispetto alle posizioni di alcuni Stati. Ciò sembra cozzare con la prospettiva or ora richiamata, e ci restituisce il quadro di un ordinamento **carico di tensioni**, che non possono non riguardare, tanto chi agisca al suo interno come “attore” (come messo in rilievo da [Gradoni e Pasquet](#)), quanto chi si ponga, rispetto ad esso, come “osservatore”.

“*Friends, not foes*”: qualificazione penalistica delle attività delle ONG di soccorso in mare alla luce del diritto internazionale e tipicità della condotta

CESARE PITEA(*)

STEFANO ZIRULIA (**)

1. Le vicende che vedono protagoniste navi di organizzazioni non governative (ONG) impegnate nel soccorso di migranti lungo la rotta del Mediterraneo centrale stanno alimentando un delicato dibattito, per certi aspetti del tutto inedito, sui confini che separano un'*attività umanitaria*, lecita e a certe condizioni doverosa, dalla violazione della vigente disciplina italiana sull'immigrazione e sul contrasto al traffico di migranti, a sua volta adottata anche in attuazione di normative europee ([direttiva 2002/90/CE](#) e la [decisione quadro 2002/946/GAI](#), rispettivamente sulla definizione e sulla repressione del favoreggiamento dell'ingresso, del transito e del soggiorno illegali).

Il problema del “**reato di solidarietà**”, nei suoi profili fattuali e nei suoi principali risvolti politici e giudiziari, è noto (per una sintesi a livello europeo, v. la [nota del 2018](#), e

(*) Università degli Studi di Milano (membro della Redazione).

(**) Università degli Studi di Milano.

l'aggiornamento del 2019, dell'Agenzia dell'Unione europea per i diritti fondamentali). Sin dal 2015 alcune ONG tentano di colmare il vuoto di tutela della vita in mare venutosi a creare a fronte della contrazione delle operazioni italiane finalizzate al soccorso di migranti, predisponendo assetti navali per il monitoraggio e il salvataggio nel Mediterraneo centrale (Masera). Queste attività, tuttavia, hanno condotto all'avvio di indagini per favoreggiamento dell'immigrazione irregolare, seguite sul fronte governativo da iniziative specificamente volte, dapprima, a regolamentare con strumenti atipici e con una chiara finalità ostruttiva l'attività delle stesse (v. il Codice di condotta imposto dal governo italiano nel 2017, sul quale v. Mussi e il documento redatto da ASGI) e, infine, a impedire e sanzionare condotte preordinate al trasporto in Italia delle persone tratte in salvo (v. le direttive del Ministro dell'Interno del 18 marzo, del 28 marzo, del 4 aprile e del 15 aprile 2019 e, in ultimo, il d.l. n. 53/2019, c.d. “decreto sicurezza-bis”, sul quale v. Zirulia e Zaniboni, nonché, per i profili di diritto internazionale del mare, Papanicolopulu e Cataldi); il tutto accompagnato da una **campagna politica e mediatica che considera le stesse ONG complici degli scafisti** e dunque fattore di aumento, anziché di diminuzione, dei rischi per la vita delle persone.

Non si può non osservare che i principali argomenti di cui si alimenta la narrazione anti-ONG si sono finora dimostrati privi di consistenza:

– l'argomento del *pull-factor*, che ricollega all'intensità dei soccorsi un effetto di incentivo delle partenze irregolari, è stato smentito dagli studi che ne hanno testata la validità alla luce dei dati disponibili (Steinilper e Gruijters);

– l'argomento della **collusione** con i trafficanti, secondo cui non si tratterebbe di salvataggi veri e propri bensì di consegne concordate con i trafficanti, non ha trovato riscontri giudi-

ziari, ad eccezione delle isolate statuizioni del GIP di Trapani nel [decreto di sequestro della nave Iuventa](#), senza peraltro che ad oggi (a due anni di distanza) sia stata formulata richiesta di rinvio a giudizio.

Al contrario, i dati mostrano una correlazione tra l'assenza delle navi delle ONG nel Mediterraneo centrale e l'aumento della probabilità di perdere la vita per chi affronta la traversata ([Villa](#)). A conti fatti, dunque, insistere sulla disfunzionalità dei salvataggi in mare rispetto agli obiettivi di proteggere le frontiere e gli stessi migranti appare, più che una lucida analisi della realtà, un cinico tentativo di screditare l'operato dei pochi che, sostituendosi funzionalmente alla inazione di Stati e organizzazioni internazionali che pure avrebbero obblighi e competenze in tal senso, si stanno coraggiosamente facendo carico di una grave ed evidente emergenza umanitaria, al costo di affrontare il rischio di incorrere in severe sanzioni amministrative e penali (per più ampie riflessioni, v. [De Sena e Starita](#)).

Tali considerazioni, peraltro, non rendono superflua una riflessione anche in punto di diritto sull'operato dell'ONG; anzi, per certi aspetti ne rafforzano la necessità, specialmente con riguardo al **momento più delicato** – e in ultima analisi maggiormente controverso – **delle operazioni di soccorso**: quello cioè immediatamente successivo al recupero delle persone in pericolo, consistente nella loro **conduzione presso un *place of safety* sulla terraferma**.

È in quest'ultima fase, infatti, che dal punto di vista strettamente materiale si concretizza quel **“contributo” all'ingresso di stranieri privi di regolare visto** che viene da alcuni considerato elusivo della disciplina nazionale e internazionale in materia di contrasto all'immigrazione irregolare (v., in tal senso, il terzo paragrafo del preambolo al d.-l. *sicurezza-bis*).

Scopo delle osservazioni che seguono è mettere in luce un profilo rimasto tutto sommato finora sullo sfondo dei dibattiti in materia: quello cioè secondo cui **le condotte di comandanti ed equipaggi delle ONG volte a condurre sul territorio italiano le persone recuperate sono**, nelle condizioni materiali nelle quali esse si realizzano nella pratica, **da considerarsi lecite per difetto di tipicità**, prima ancora che in ragione dell’operatività delle scriminanti dell’adempimento del dovere (v. Trib. Agrigento, Uff. GIP, ord. 2 luglio 2019, giud. Vella, [qui](#)), dello stato di necessità (v. Trib. Ragusa, decr. 16.4.2018, [qui](#)) e, in ipotesi, della legittima difesa (v., *mutatis mutandis*, Trib. Trapani, Uff. GIP, sent. 23 maggio 2019, Giud. Grillo, [qui](#) con commento di Masera). Ciò perché le persone condotte in territorio italiano, prima ancora che come migranti irregolari o richiedenti asilo, devono essere qualificate, alla luce del diritto internazionale, come **naufraghi**, con la rilevante conseguenza che **il loro ingresso delle persone trasportate non può considerarsi in contrasto con la normativa nazionale in materia di immigrazione**.

2. Questa riflessione – che non è necessariamente applicabile a peculiari condotte “incidentali” rispetto alla navigazione verso un porto sicuro e alla loro possibile diversa qualificazione giuridica (ad esempio, violenza privata *ex art. 610 c.p.*, violenza o resistenza contro nave da guerra *ex art. 1100 cod. nav.*, resistenza a pubblico ufficiale *ex art. 337 c.p.*) – è invece di centrale rilevanza in relazione alle norme la cui applicazione è oggetto dei due principali strumenti messi in campo, rispettivamente da parte delle autorità giudiziarie e di governo, per prevenire e reprimere le attività delle ONG:

a) l’avvio di indagini per favoreggiamento dell’immigrazione irregolare (art. 12 del d.lgs. 25 lu-

glio 1998, n. 286, di seguito T.U. immigrazione); e

b) l’emanazione di divieti di ingresso *ad hoc* ai sensi delle disposizioni introdotte dal decreto sicurezza-*bis* (art. 11, co. 1-*ter*, T.U. immigrazione, introdotto dall’[art. 1, del d.-l. 14 giugno 2019, n. 53](#), in corso di conversione), ossia di una normativa a sua volta adottata allo specifico scopo di contrastare l’attività di salvataggio svolta dalle ONG, nonché l’applicazione di pesanti sanzioni amministrative pecuniarie e ablatorie in caso di violazione dei divieti stessi (art. 12, co. 6-*bis*, T.U. immigrazione, introdotto dall’[art. 2, co. 1](#) del medesimo d.-l.).

Le due ipotesi sono accomunate dal rilievo che in esse viene dato alla circostanza che l’ingresso/sbarco delle persone avvenga **in violazione della normativa in materia di immigrazione**.

3. Nel primo caso, l’art. 12, co. 1, del T.U. immigrazione racchiude, come è noto, la fattispecie incriminatrice che ormai quasi sistematicamente viene contestata dalle procure ai comandanti (e talvolta ai capi missione e ai membri dell’equipaggio) delle navi delle ONG che scelgono le coste siciliane come porto sicuro per lo sbarco dei migranti soccorsi. Si tratta di un reato a consumazione anticipata, che punisce chiunque, «in violazione delle disposizioni del presente testo unico», realizzi una delle condotte di favoreggiamento specificamente individuate («promuove, dirige, organizza, finanzia o effettua il trasporto») o comunque pone in essere «atti diretti a **procurare *illegalmente* l’ingresso** nel territorio dello Stato» di soggetti stranieri; formula di chiusura quest’ultima evidentemente in grado di abbracciare un ventaglio particolarmente esteso di situazioni eterogenee, senza necessità che l’ingresso irregolare si sia effettivamente realizzato. Sul fronte sanzionato-

rio, è prevista la reclusione da uno a cinque anni, oltre alla multa di 15.000 euro per ogni persona trasportata; peraltro, nelle ipotesi di cui ci occupiamo, viene normalmente in rilievo l'aggravante di cui al comma 3, lett. a), che prevede la reclusione da cinque a quindici anni se il fatto riguarda l'ingresso di cinque o più persone.

L'offesa sanzionata dalla norma in esame è incentrata sulla clausola «**in violazione delle disposizioni del presente testo unico**»: il che è del tutto ragionevole, poiché le condotte in questione (organizzare il viaggio, effettuare il trasporto, etc.) assumono disvalore solo in quanto rivolte a persone che, secondo la disciplina sull'immigrazione, sono prive di titolo per l'ingresso. Come verrà nel prosieguo illustrato, proprio il difetto di tale requisito di illiceità determina l'irrilevanza penale delle condotte di trasporto nel territorio dello Stato poste in essere immediatamente dopo al salvataggio in mare, a completamento dell'obbligo di soccorso sancito dalle convenzioni internazionali e dallo stesso Codice della navigazione.

4. Similmente, il nuovo art. 11, co 1-ter, del T.U. immigrazione attribuisce al Ministro dell'interno, di concerto con i Ministri dei trasporti e delle infrastrutture e della difesa, la competenza ad adottare provvedimenti interdittivi o limitativi dell'ingresso e del transito nel mare territoriale, sia per generici motivi attinenti all'ordine pubblico e alla sicurezza (ipotesi che non rileva in questa sede), sia – più specificatamente – quando si concretizzi l'ipotesi disciplinata dall'art. 19, par. 2, lett. f, della Convenzione delle Nazioni Unite sul diritto del mare (Montego Bay, 1982, di seguito “Convenzione ONU sul diritto del mare”), nella parte in cui, tipizzando una delle ipotesi nelle quali il passaggio di una nave straniera nelle acque territoriali non può considerarsi inoffensivo, definisce come pregiudizievole alla pace, al buon ordine e alla sicurezza dello Stato costiero la navigazione di una nave impegnata in un'attività di «cari-

co o scarico di [...] persone **in violazione delle leggi e dei regolamenti [...]** di immigrazione vigenti nello Stato costiero».

Tali provvedimenti, specifica la disposizione, saranno adottati «nel rispetto degli obblighi internazionali dell'Italia». Questa precisazione, ancorché ridondante sotto il profilo meramente normativo, ha il merito di mettere in evidenza che sia i presupposti per la qualificazione del passaggio di una nave quale “non inoffensivo”, sia l'esercizio del potere di limitare la navigazione nel mare territoriale qualora i suddetti presupposti si realizzino (e quindi anche di sanzionare soggetti che non si attenano ai relativi provvedimenti), devono essere valutati alla luce dell'insieme di obblighi internazionali gravanti sull'Italia, in forza del diritto internazionale generale (art. 10 della Costituzione) e pattizio (art. 117 della Costituzione e ordine di esecuzione di ciascun trattato rilevante). In particolare, ci ricorda la necessità di coordinare tale disposizione con gli obblighi derivanti dall'insieme di norme che presiedono alle attività di tutela della vita in mare.

5. Veniamo, dunque, alle ragioni in virtù delle quali – come anticipato – riteniamo che né il reato di favoreggiamento dell'immigrazione irregolare, né i divieti adottati in attuazione dell'art. 11, co. 1-*ter*, del T.U. immigrazione possano trovare applicazione alle condotte di trasporto in Italia dei migranti soccorsi in acque internazionali. L'**obbligo di soccorso** a carico degli Stati e dei comandanti (sancito in via consuetudinaria e ribadito in varie fonti pattizie, tra cui l'articolo 98, par. 1, della Convenzione ONU sul diritto del mare; la regola n. 33, par. 1, del Capitolo V dell'Allegato alla Convenzione per la salvaguardia della vita umana in mare (SOLAS) del 1974, come [successivamente modificata](#) (per una recente versione accessibile del testo consolidato, v. [qui](#)); e l'articolo 10 della Convenzione di Londra sul salvataggio del 1989, v. [qui](#), [qui](#) e [qui](#) le rispettive leggi di autorizzazione alla ratifica ed esecuzione) ab-

braccia sia la fase del salvataggio in senso stretto, sia quella immediatamente successiva del trasporto delle persone presso un *place of safety*, come inequivocabilmente chiarito dal capitolo 1.3.2, dell’Annesso alla Convenzione internazionale sulla ricerca ed il salvataggio marittimo del 1979 (Convenzione SAR), il quale, nel testo in vigore a seguito dell’[emendamento del 1989](#), definisce l’operazione di salvataggio quale quella «destinata a recuperare le persone in pericolo ed a prodigare loro le prime cure mediche o altre di cui potrebbero aver bisogno *ed a trasportarle in un luogo sicuro*» (corsivo nostro). È importante sottolineare che il *place of safety* può solo provvisoriamente coincidere con la nave che ha operato il soccorso, ovvero altra imbarcazione idonea, dovendosi l’operazione necessariamente concludere, entro un tempo ragionevole, sulla terraferma: in quest’ottica, il concetto di *place of safety* viene sostanzialmente a coincidere con la nozione, giuridicamente indefinita, ma di uso corrente, di *porto sicuro* (cfr. [Principi-guida sul trattamento delle persone salvate in mare](#), adottati nel 2004 dall’IMO, n. 6.13 e 6.14).

Posto che gli obblighi appena richiamati prescindono dallo *status* giuridico delle persone tratte in salvo (Annesso alla Convenzione SAR, cap. 2.1.10) e che le c.d. «*non-SAR issues*» (inclusa la determinazione di *status*) dovrebbero essere separate dall’operazione di salvataggio e non ritardare la sua conclusione ([Principi-guida sul trattamento delle persone salvate in mare](#), n. 6.19 e 6.20), si ritiene che, fintantoché l’operazione di salvataggio non sia terminata con lo sbarco in un *place of safety*, la **condizione di naufraghi** (o secondo il termine utilizzato dai principi-guida «sopravvissuti»), prevale ed esclude temporaneamente la rilevanza della loro qualificazione quali “migranti” (regolari o no) o “rifugiati”.

Tale qualificazione trova il suo **precipitato normativo nazionale** nell’art. 10-*ter* del T.U. immigrazione, che regola lo

svolgimento delle operazioni di prima assistenza ed identificazione presso i punti di crisi (*hotspots*) allestiti sul territorio, operazioni che hanno come destinatario «lo straniero rintracciato in occasione dell'attraversamento irregolare della frontiera interna o esterna *ovvero giunto nel territorio nazionale a seguito di operazioni di salvataggio in mare*» (corsivo nostro): una formulazione testuale che non lascia dubbi in merito alla distinzione tra naufrago e persona che attraversa irregolarmente la frontiera; ciò, ovviamente, senza pregiudizio alcuno per i *successivi* accertamenti in ordine al suo *status* (segnatamente al possesso delle condizioni per il riconoscimento della protezione internazionale o che comunque ne legittimino la permanenza) e all'eventuale avvio del procedimento di allontanamento ai sensi dell'art. 13 T.U. immigrazione.

Del resto, **la Corte di cassazione** ha a più riprese affermato che **i migranti tratti in salvo in acque internazionali e successivamente trasportati in Italia per necessità di pubblico soccorso non possono considerarsi entrati illegalmente** e pertanto non possono considerarsi autori del reato di cui all'art. 10-*bis* del T.U. immigrazione (da ultimo, Cass. pen., sez. I, 16.11.2016, n. 53691, *Alli*; in precedenza, nello stesso senso, Cass. pen., sez. un., 28.4.2016, n. 40517, *Taysir*; Cass. pen., sez. I, 1.10.2015, n. 39719, *Mohammed*). Tale principio è stato affermato nel contesto, diverso da quello qui in esame, dell'utilizzabilità processuale delle dichiarazioni accusatorie rilasciate dai migranti nei confronti degli scafisti, la quale soggiacerebbe a requisiti più restrittivi laddove i dichiaranti fossero indagati per un reato connesso a quello di favoreggiamento, quale appunto la contravvenzione *ex art. 10-bis* del T.U. immigrazione. Esso riveste nondimeno una portata ben più ampia, in quanto chiarisce inequivocabilmente che, nel nostro ordinamento, vi è una distinzione tra ingresso irregolare e ingresso avvenuto in esito a un'operazione di soccorso.

A tale conclusione non osta, a nostro avviso, l'interpretazione data dalla **Corte di giustizia dell'Unione europea** alla nozione di richiedente protezione che «ha **varcato illegalmente**, per via terrestre, marittima o aerea, in provenienza da un paese terzo, **la frontiera di uno Stato membro**» ai fini dell'applicazione della regola sulla competenza per l'esame di una domanda di asilo, ai sensi dell'articolo 13 del [Regolamento Dublino III](#).

Come è noto, la Corte ha adottato un'interpretazione rigidamente formalistica di tale espressione nelle sentenze *Jafari* e *A.S.* del 2017, ove si chiedeva alla Corte di stabilire se potesse configurarsi come illegittimo l'attraversamento della frontiera tollerato da uno Stato membro per ragioni umanitarie in caso di afflusso straordinario di migranti diretti verso un altro Stato membro.

La Corte ha affermato perentoriamente che «l'attraversamento di una frontiera senza osservare le condizioni richieste dalla normativa applicabile nello Stato membro interessato deve necessariamente essere ritenuta “irregolare”» ai sensi della disposizione ricordata (*Jafari*, punto 74) e che tale conclusione non può essere mutata dalla circostanza che l'«attraversamento sia stato tollerato o autorizzato in violazione delle norme applicabili ovvero che sia stato autorizzato invocando ragioni umanitarie e derogando ai requisiti di ingresso in linea di principio imposti ai cittadini di paesi terzi» (*A.S.*, punto 39).

Tale soluzione interpretativa, tuttavia, è confermata solo in quanto diversamente si consentirebbe agli Stati membri di sottrarsi dalla responsabilità per l'esame della domanda di protezione internazionale (a discapito del “secondo” Paese di ingresso) e ciò sarebbe incompatibile con l'economia generale e gli obiettivi del Regolamento Dublino III (*Jafari*, punti, 88 e

89).

Si tratta dunque di una nozione di “irregolarità” specificamente orientata alla tenuta del “sistema Dublino” e, in ultima analisi, del Sistema comune europeo di asilo, che non risulta trasponibile *sic et simpliciter* nel contesto della repressione penale (o quasi-penale) della condotta agevolatrice di soggetti terzi. In tale contesto, il requisito della violazione della disciplina nazionale sull’immigrazione non adempie una mera funzione procedurale, bensì – come già ricordato – determina il disvalore stesso dell’illecito, sicché non può non tenersi conto di quei fattori, come appunto l’esigenza di soccorrere i naufraghi, che tale disvalore fanno almeno momentaneamente venire meno, dovendosi necessariamente posticipare – come pure già evidenziato – le operazioni di determinazione dello *status*.

6. Venuta meno, alla luce di tale ricostruzione, la contrarietà della condotta alle norme nazionali in materia di immigrazione, ne discende l’assenza di uno dei presupposti strutturali sia del reato di cui all’art. 12, sia dell’illecito amministrativo di cui al nuovo art. 11, co. 1-*ter*, del T.U. immigrazione (con conseguente eventuale illegittimità dei provvedimenti interdittivi in base ad esso emanati): in altre parole, rispetto alle condotte finalizzate allo sbarco in un luogo sicuro conformemente al diritto internazionale, difetta in radice la tipicità delle fattispecie (penale e amministrativa).

Giova precisare che tali conclusioni non determinano il venire meno, a monte, della rilevanza penale delle condotte degli “scafisti” che, dall’altro lato del Mediterraneo, contribuiscono all’organizzazione dei traffici irregolari o ne operano materialmente una parte: l’art. 12 del T.U. immigrazione, infatti, configura un reato di pericolo, sicché la sussistenza dell’offesa per il bene giuridico tutelato (l’ordinata gestione dei flussi migratori) deve necessariamente essere valutata *ex ante*, nel mo-

mento cioè in cui gli «atti diretti a procurare illegalmente l'ingresso» vengono materialmente posti in essere, e non invece *ex post*, allorché per qualunque ragione il proposito delittuoso non vada a buon fine.

Quest'ultima considerazione consente in un certo senso di spiegare il tentativo, da parte di alcuni attori istituzionali, di rappresentare le attività delle ONG come elusive del diritto internazionale e della normativa interna sull'immigrazione, descrivendo i salvataggi come meramente strumentali rispetto all'asserita finalità di agire come “complici” dei trafficanti.

E, si badi bene, questa è un'ipotesi che astrattamente potrebbe risultare fondata se gli Stati coinvolti si conformassero agli obblighi sanciti dal diritto internazionale (o, per usare la metafora di [Gradoni e Pasquet](#), si attenessero al *copione* che questo imporrebbe loro): garantendo cioè (anche in cooperazione con attori non statali) un servizio efficiente di SAR nel tratto di mare prospiciente la Libia, invece di appaltarlo a entità di dubbia legittimità e di sicura inefficacia, quali il Centro SAR e la c.d. Guardia costiera libica; nonché cooperando rapidamente e in buona fede per giungere all'individuazione di un luogo *ragionevolmente accessibile* nelle concrete circostanze del caso ed *effettivamente* sicuro in uno Stato che abbia acconsentito allo sbarco, così da consentire la conclusione dell'operazione di salvataggio. In questo scenario, il o la comandante che immotivatamente si dirigesse verso un porto diverso da quello assegnato non potrebbe invocare la finalità di salvataggio come prevalentemente caratterizzante il proprio operato, ferma restando peraltro la necessità di valutare la sussistenza di eventuali scriminanti.

Tuttavia, la realtà dei fatti è radicalmente diversa da quella descritta. Al contrario, gli Stati si nascondono dietro la finzione della SAR libica per disinteressarsi delle operazioni di

salvataggio (in ciò venendo meno ai propri obblighi), scaricando interamente sul(la) comandante della nave che ha prestato soccorso la responsabilità di una scelta operativa di decidere, alla luce delle circostanze concrete e dei principi sottesi a tale scelta, verso quale porto sicuro fare rotta.

Viene cioè in rilievo quella fase in cui, come [di recente evidenziato dal Commissario per i diritti umani del Consiglio d'Europa](#), è il comandante stesso, sulla base della propria valutazione professionale della situazione complessiva, a stabilire dove sbarcare le persone soccorse, tenendo in considerazione criteri relativi alla prossimità, alle condizioni metereologiche e di navigazione.

In conclusione, **l'atto di varcare il limite esterno del mare territoriale per dirigersi verso le coste italiane al fine di completare un'operazione di salvataggio in un *place of safety* non integra il fatto tipico** del reato di cui all'art. 12 e dell'illecito amministrativo di cui all'art. 11, co. 1-*ter* del T.U. immigrazione. Ciò sia che tale luogo sia stato indicato dalle autorità che avevano l'obbligo di assumere o che hanno comunque assunto il coordinamento dell'evento di ricerca e soccorso, sia quando, nel vuoto lasciato dall'inazione delle autorità, il comandante della nave abbia esercitato in modo non arbitrario le responsabilità per la conclusione dell'operazione che il diritto internazionale gli/le attribuisce.

L'ergastolo ostativo davanti alla Corte EDU

DIEGO MAURI Nessuna speranza senza col-
laborazione per i condannati
all'ergastolo ostativo? Un
primo commento a *Viola c.*
Italia

MARCO PELISSERO Verso il superamento
dell'ergastolo ostativo: gli ef-
fetti della sentenza *Viola c.*
Italia sulla disciplina delle
preclusioni in materia di be-
nefici penitenziari

Nessuna speranza senza collaborazione per i condannati all'ergastolo ostativo? Un primo commento a *Viola c. Italia* (n. 2)

DIEGO MAURI (*)

Lo scorso 13 giugno 2019, la Corte europea dei diritti dell'uomo (d'ora in avanti: Corte EDU) ha reso la propria decisione nel caso *Viola c. Italia* (ricorso n. 77633/16), con una [sentenza](#) che molti attendevano e in quale avevano riposto – non ingiustamente, dati gli esiti – una forte aspettativa. Ciò per un duplice ordine di ragioni.

In primo luogo, si tratta del primissimo caso in cui, a costituire oggetto del sindacato dei giudici di Strasburgo, è stata la normativa italiana in materia di ergastolo c.d. *ostativo* (ai sensi degli artt. 22 codice penale – c.p., 4-bis e 58-ter legge sull'ordinamento penitenziario – o.p.), istituto che impedisce, ai condannati per determinati reati, la concessione di gran parte dei benefici previsti dalla legge, se in assenza di una loro effettiva «collaborazione» con la giustizia (v. *amplius* [Dolcini](#)). Mentre la Corte già si era pronunciata sull'ergastolo c.d. *comune*, escludendone ogni profilo di censura rispetto all'art. 3 CEDU

(*) Università degli Studi di Firenze (membro della Redazione)

(v. i casi *Garagin c. Italia* [dec.], ricorso n. 33290/07, 29 aprile 2008; *Scoppola c. Italia* [dec.], ricorso n. 10249/03, 8 settembre 2005), nel caso qui in commento la soluzione raggiunta è di segno diametralmente opposto, essendo stata rinvenuta proprio la violazione del divieto di trattamenti inumani e degradanti. L'esito, dunque, non era affatto scontato.

In secondo luogo, è ad oggi pendente, avanti la Corte Costituzionale, a seguito di ordinanza di rimessione n. 4474 del 20 novembre 2018 della Corte di Cassazione (su cui v. [qui](#)), una questione di legittimità costituzionale avente ad oggetto proprio le norme sopra richiamate: insomma, la pronuncia del giudice convenzionale costituisce un dato con cui il giudice delle leggi si troverà, inevitabilmente, a fare i conti nel decidere sulla questione. L'attesa, dunque, si carica nuovamente di aspettative. E proprio in ragione della futura pronuncia della Corte Costituzionale, lo scopo di questo contributo è offrire alcuni spunti di riflessione, con particolare riferimento a due passaggi chiave del ragionamento seguito dalla Corte EDU che, senza dubbio, accenderanno, nei prossimi mesi, numerosi dibattiti.

Prima di tutto, i fatti. Il ricorrente, Marcello Viola, essendo stato ritenuto colpevole di diversi, gravi reati (associazione per delinquere di stampo mafioso, aggravata dalla qualità di promotore e organizzatore *ex art.* 416-bis c.p., nonché omicidio aggravato dal metodo mafioso), è stato condannato in via definitiva, nel dicembre 2008, alla pena complessiva dell'ergastolo con isolamento diurno per anni due e mesi due (con riguardo ai processi di cognizione, il lettore troverà maggiori dettagli ai par. 8-13 della sentenza), peraltro espiata, sino al marzo 2006, in regime di c.d. «carcere duro» *ex art.* 41-bis o.p..

Dopo aver richiesto permessi premio, per due volte (2011 e 2013) e senza successo, il ricorrente domanda, nel marzo 2015, la liberazione condizionale *ex art.* 176 c.p., adducendo la propria professione di innocenza rispetto ai fatti per cui è

stato condannato: nel proprio intimo, egli non si ritiene colpevole di alcunché. Ma, come si è detto, trattandosi di ergastolo ostativo, per accedere al suddetto beneficio gli artt. 4-bis e 58-ter o.p. pongono una condizione irrinunciabile: la collaborazione con la giustizia. Viola, insomma, deve dimostrare di aver rotto ogni legame con le cosche mafiose locali (legame che, però, nel suo intimo, non... esiste); anzi, bene farebbe pure a indicare alle autorità competenti nomi e fatti oggetto di indagini (nomi e fatti che, però, nel suo intimo, non... conosce). Dal punto di vista del Viola, insomma, tale collaborazione è... impossibile o, *rectius*, se attuata, si ridurrebbe a pura farsa. Ecco che allora chiede, al competente Tribunale di sorveglianza, di sollevare questione di legittimità costituzionale dell'art. 4-bis, co. 1, o.p., per contrasto con l'art. 27, co. 3, Cost. (che sancisce il principio della finalità rieducativa della pena) e con l'art. 117, co. 1, Cost., per contrasto con il parametro interposto costituito proprio dall'art. 3 CEDU. Dal giudice di sorveglianza arriva un secco *niet*: non rileva in alcun modo una professione di innocenza svolta nella fase di esecuzione della pena; o Viola collabora, o addio benefici. La Cassazione, nel 2016, conferma *in toto* tale statuizione.

Prende così avvio il contenzioso a Strasburgo, in cui il Viola, nella veste di ricorrente, si duole di diverse violazioni di disposizioni della CEDU, tra cui gli artt. 3, 5 par. 4, 6 par. 2, e 8: di queste, al momento della comunicazione al governo italiano solo la prima e l'ultima saranno dichiarate ricevibili, mentre sarà poi la Corte – «*maîtresse de la qualification juridique des faits de la cause*» (cfr. *Viola*, cit., § 54) – a decidere di esaminare i fatti unicamente sotto l'angolo prospettico dell'art. 3 CEDU. Da segnalare sin d'ora la presenza di ben tre terzi intervenienti: «L'altro diritto onlus» (Università di Firenze), il *Réseau européen de recherche et d'action en contentieux pénitentiaire* (nota ONG) e un gruppo di accademici ed esperti riuniti sotto il coordinamento dell'Università degli Studi di Milano, le cui de-

duzioni, come si vedrà, assumono un peso non indifferente nell'economia complessiva della decisione.

Il ragionamento seguito dalla Corte EDU offre l'occasione di riflettere su due snodi decisivi ai fini della decisione finale, strettamente connessi e suscettibili, entrambi, di proiettarsi ben oltre il perimetro del caso concreto.

Il primo riguarda l'estensione delle garanzie di cui all'art. 3 CEDU. Con la sentenza in commento, la Corte EDU aggiunge un ulteriore – e importante – tassello alla propria giurisprudenza (in realtà poco più che decennale) in materia di pena perpetua, la c.d. «fine pena: mai». L'angolo visuale, come si è detto, è quello dell'art. 3 CEDU, e segnatamente del divieto di trattamenti inumani e degradanti. Ma sotto quale profilo tale garanzia si assume violata? Un punto preliminare deve essere chiaro: non è la pena perpetua *in sé* ad essere in contrasto con l'art. 3 CEDU; anzi, lo Stato gode di un ampio margine di apprezzamento in materia di politica criminale, e ben può prevedere, per certe categorie di reati, detta pena: lo insegna la Corte sin dal primissimo caso in materia, *Kafkaris c. Cipro* ([GC], ricorso n. 21906/04, 12 febbraio 2008). Problemi di compatibilità sorgono, semmai, quando il trattamento penitenziario associato alla pena perpetua impedisce, da un lato, l'accesso, sia *de jure* che *de facto*, a meccanismi di riduzione del residuo di pena espianda, e, dall'altro, la possibilità di ricorrere a meccanismi di riesame dei progressi compiuti dal condannato nel processo di espiazione della pena. Questo è il nocciolo delle affermazioni della Corte in *Vinter e altri c. Regno Unito* ([GC], ricorsi nn. 66069/09 e altri, 9 luglio 2013, par. 103-122), vero e proprio *leading case* in materia – tant'è che la Corte stessa, in *Viola*, si limita a richiamare il precedente per la ricostruzione dei principi applicabili in materia (§ 92). Gli aspetti di cui sopra si atteggiano come le due proverbiali facce della stessa medaglia: l'una, infatti, presuppone (e si spiega a partire dal) l'altra.

Quanto al primo, con estrema semplificazione, il «fine

pena: mai» è incompatibile con la CEDU, a meno di consentire, in concreto, la concessione di benefici penitenziari «strada facendo». La concezione «rieducativa» della pena (sancita, a livello universale, dall'art. 10, par. 3, del Patto internazionale sui diritti civili e politici, ai sensi del quale «[t]he penitentiary system shall comprise treatment of prisoners the essential aim of which shall be their reformation and social rehabilitation») e la c.d. «progressività di trattamento» nell'esecuzione penale sono aspetti fondamentali nell'ottica della CEDU, al punto che lo stesso modello italiano dell'ergastolo comune è stato, a più riprese, considerato come esemplare dalla Corte (si v. ad es. *Vinter*, cit., par. 69-72 e 117).

Quanto al secondo, è bene aggiungere che la giurisprudenza convenzionale ha ulteriormente specificato i requisiti affinché i suddetti meccanismi siano compatibili con l'art. 3 CEDU (cfr. ad es. *Murray c. Paesi Bassi* [GC], ricorso n. 10511/10, 26 aprile 2016, in part. par. 99-100), imponendo che questi: (i) siano regolati da una legge chiara ed accessibile; (ii) tengano conto delle istanze di reinserimento sociale; (iii) siano accessibili a partire da non oltre 25 anni dall'inizio dell'espiazione, e siano attivabili su base periodica; (iv) siano assistiti da adeguate garanzie processuali (es. revisione giudiziale in caso di diniego).

Guardando un poco più in profondità, ecco che è dato scorgere il vero volto del «diritto» rinvenuto dalla giurisprudenza (forse... creatrice?) della Corte: quello di avere una possibilità reale di reinserimento nella società («*chance réelle de se réinsérer*»: cfr. *Viola*, cit., § 113). Gli studiosi anglofoni si riferiscono talora al diritto in questione come «right to parole» (così *Hutchinson c. Regno Unito* ([GC], ricorso n. 57592/08, 17 gennaio 2017, *Dissenting Opinion of Judge Pinto de Albuquerque*, § 4; per un'analisi a tutto tondo sotto il profilo del diritto internazionale, v. *Mujuzi*). Attenzione, però, a non incorrere in equivoci: non esiste un diritto a essere reinseriti nella socie-

tà *tout court* («*the Convention does not guarantee, as such, a right to rehabilitation*»: *Harakchiev e Tolumov c. Bulgaria*, ricorsi nn. 15018/11 e 61199/12, 8 luglio 2014, § 264); ciò che l'art. 3 CEDU richiede agli Stati è, invece, di offrire ai condannati a una pena perpetua «*a chance, however remote, to someday regain their freedom*» (*ivi*). E, si badi, il condannato deve sapere fin dall'inizio («*at the outset of his sentence*»: cfr. *Vinter*, cit., § 122) quando, e a quali condizioni, potrà accedere al meccanismo di revisione. Come chiamare questo diritto? Con un'espressione di indubbio impatto, anche emotivo, si potrebbe chiamarlo, come già molti fanno, «diritto alla speranza» (v. [Dzehtsiarou](#); [Pinto de Albuquerque](#); [Galliani](#)).

Torniamo alla vicenda del Viola. Egli, oltre a disporre dei meccanismi di cui sopra, sa benissimo, e sin dall'inizio, quando e come maturerà le condizioni per accedere al progressivo abbattimento del carico edittale: la «speranza» di riacquistare, un giorno, la libertà non gli è in alcun momento negata. Eppure – e questo è l'aspetto innovativo della presente vicenda rispetto ai molti precedenti, fatta eccezione per un fugace *obiter dictum* in *Trabelsi c. Belgio* (ricorso n. 140/10, 4 settembre 2014, § 134) – la «*seule option ouverte*» (*Viola*, cit., § 99) per il ricorrente, affinché tale speranza divenga realtà, è la collaborazione con le autorità. Ricordiamolo: se non collabori, niente benefici. Qui la Corte prende atto degli argomenti del governo: la scelta di collaborare è rimessa al singolo ergastolano, «*artisan de son destin*» (*ivi*, § 114). *Homo faber fortunae suae*, insomma. La Corte prende nota, però, anche degli argomenti del ricorrente (e in parte dei terzi intervenienti; cfr. *ivi*, § 117): collaborare significa non solo silenziare la propria coscienza, nella misura in cui il condannato si creda innocente, ma anche, in certi casi, rischiare di esporre sé e altri cari a possibili ritorsioni (*ivi*, par. 67-70). Ciò spinge la Corte a «dubitare» della libertà effettiva della scelta di collaborare («*La Cour en deduit que le défaut de collaboration ne saurait être toujours lié à un choix libre et vo-*

lontaire», *ivi*, § 118): può darsi che chi non collabori, in realtà, lo stia facendo unicamente per le ragioni appena esposte. Ma se così è, subordinare a una collaborazione «impossibile» o «inesigibile» la maturazione dei benefici, la possibilità di un riesame effettivo dei progressi (limitandosi il Tribunale di sorveglianza, come imposto dalla legge, a verificare l'*an* della collaborazione, in assenza della quale è tenuto al rigetto dell'istanza di benefici) e, in ultima analisi, la speranza in un «riscatto» (§ 127), equivale a introdurre una presunzione assoluta di pericolosità e costituisce un ostacolo *de facto* alla riducibilità della pena, in assenza di (possibili) ragioni giustificatrici. In altre parole, viola l'art. 3 CEDU lo Stato italiano che, con una mano, offre al Viola la speranza di ritornare in società e, con l'altra compie il gesto di richiedere una collaborazione che implica di sacrificare quanto di più prezioso: le convinzioni più intime o gli affetti più cari.

Tale ultimo passaggio merita una precisazione. A dispetto dell'opinione dissenziente espressa, nel caso in esame, dal giudice Wojtyczek (in particolare al § 7, secondo cui «[l]a *motivation du présent arrêt laisse entendre que la resocialisation devient le seul but légitime de la peine*»), forse troppo inclemente nei confronti della maggioranza, la Corte EDU sembra invece seguire una logica di proporzionalità. Certo, l'ergastolo ostativo nasce dall'esigenza di combattere un «*phénomène particulièrement dangereux pour la société*» (Viola, *cit.*, § 130), in cui – e questo lo si concede al giudice dissenziente – le esigenze di retribuzione e sicurezza sociale si fanno più pressanti. Vi è però da chiedersi se negare *sic et simpliciter* agli ergastolani non collaboranti *qualsiasi* meccanismo di revisione del proprio percorso non costituisca una compressione sproporzionata del diritto alla speranza, proprio in ragione del fatto che ne colpisce il nucleo essenziale. Che un giudice possa, invece, spingersi al di là della rigida presunzione legislativa di pericolosità e apprezzare in concreto i progressi svolti dall'ergastolano non collaborante (e le ragioni che, a suo dire, ne impedirebbero la collaborazio-

ne), sembra non solo più coerente con la concezione rieducativa della pena, ma anche – e quello che qui più interessa – maggiormente in linea con le necessità di garantire a tutti una «*chance réelle de se réinsérer*» (ivi, § 113). La Corte EDU conclude dunque il proprio *iter* argomentativo asserendo che la disciplina italiana in materia di ergastolo ostativo «*restreint excessivement*» la prospettiva di riduzione della pena e di accesso ai meccanismi di revisione (§ 137).

Passiamo ora al secondo degli aspetti che meritano attenzione. Si è visto come la Corte EDU offra una lettura estensiva del divieto di trattamenti inumani e degradanti: se si guarda con attenzione agli argomenti impiegati dai giudici convenzionali per giustificare tale lettura, si scoprirà che uno di essi, dotato di grande importanza, è quello costituito dalla necessità di proteggere la «dignità umana» del condannato. Tale espressione si affaccia, innanzitutto, nelle prospettazioni dei terzi intervenienti (per gli accademici milanesi, v. § 86: «*le fait de ne pas tenir compte de la possibilité de 'ne pas collaborer' et de garder le silence porte atteinte à la dignité de l'individu et à son droit à l'autodétermination*»; per «L'altro diritto», v. § 89: «*l'alternative entre la collaboration et la non-collaboration oblige (...) à choisir entre, d'une part, sa dignité (...) et, d'autre part, sa vie ou son intégrité et celles de ses proches*»). La Corte fa propri tali rilievi e ricorda, come già affermato in *Vinter* (cit., § 122), che è proprio il principio della «dignità umana» (la Corte stessa lo inserisce tra virgolette) ad esigere che ai condannati sia assicurata la speranza di riacquisire, un giorno, la propria libertà. Questo passaggio è citato non solo *in itinere*, al § 113, ma è anche ribadito (*repetita iuvant?*) in sede di conclusioni: «*[L]a Cour tient à rappeler que la dignité humaine qui se trouve au cœur même du système mis en place par la Convention, empêche de priver une personne de sa liberté [...] sans lui fournir une chance de recouvrer un jour cette liberté*» (§ 136). Un appello, accorato e forte, alla «dignità umana» come centro nevralgico

dell'intero sistema convenzionale in sede di conclusioni si spiega sicuramente a partire dalla necessità di offrire, al lettore che voglia giungere presto... al sodo, l'occasione di non perdersi un rilievo ritenuto importante, ma presta il fianco, inevitabilmente, a riflessioni critiche.

Che bisogno c'era, in fin dei conti, di scomodare il concetto di «dignità umana»? Non avrebbe la Corte raggiunto il medesimo risultato (cioè: l'accertamento della violazione dell'art. 3 CEDU), pur in assenza di un siffatto argomento? In effetti, la nozione di «dignità umana» rappresenta una delle maggiori *vexatae quaestiones* del dibattito internazionalistico (e non solo: v. [Hennette-Vauchez](#)) in materia di diritti umani (cfr. *amplius* [De Sena](#); [McCrudden](#); [Carozza](#)), non fosse altro che per la difficoltà – se non l'impossibilità – di attribuire a tale concetto un significato universalmente condiviso e, in conseguenza, di saggiarne le implicazioni giuridiche: vi è chi la ritiene la nozione più «sospetta» ([Martens](#)), «vuota» ([Bagaric-Allan](#)), se non addirittura «pericolosa» (*Vereinigung Bildender Künstler c. Austria*, ricorso n. [68354/01](#), 25 gennaio 2007, *Dissenting Opinion of Judges Spielmann and Jebens*, § 9) nell'armamentario lessicale dei giudici.

Quanto alle funzioni che il concetto di dignità umana viene chiamato a svolgere in sede giudiziaria, vi sono casi in cui la «dignità umana» sembra essere utilizzata *ad adiuvandum*, cioè al fine di fornire un argomento ulteriore per giustificare la protezione di un determinato diritto (per limitarci all'ambito CEDU, valga su tutti il richiamo a *Bouyid c. Belgio* [GC], ricorso n. [23380/09](#), 28 settembre 2015, § 88, in cui il concetto di dignità umana sfuma nel divieto di uso eccessivo della forza da parte di autorità pubbliche). Qui, la dignità umana pare ridursi a nulla più che un pleonasma – retoricamente efficace, ma normativamente sterile. In altri casi, invece, tale concetto sembra essere impiegato *ad addendum*, ovvero per fondare un'interpretazione estensiva di diritti che, pur già riconosciuti,

non includono *quella* particolare garanzia: si tratta, in una certa misura, di un ruolo quasi «maieutico» nella protezione di diritti fondamentali. Esempio è il caso *Rantsev c. Cipro e Russia* (ricorso n. 25965/04, 7 gennaio 2010), in tema di applicabilità dell'art. 4 CEDU a fenomeni di tratta: «[t]here can be no doubt that trafficking threatens the human dignity and fundamental freedoms of its victims and cannot be considered compatible with a democratic society and the values expounded in the Convention» (ivi, § 282). Più di recente, proprio rilievi in materia di dignità umana hanno portato ad estendere l'art. 4 CEDU pure a ipotesi di sfruttamento della prostituzione sforniti di elementi di transnazionalità tipici della tratta (cfr. *S.M. c. Croazia*, ricorso n. 60561/14, 19 luglio 2018, ad oggi in fase di *referral* avanti la Grande Camera, par. 54, 56).

Il caso in esame pare perfettamente inquadrabile in questa seconda categoria di casi: il concetto della «dignità umana» si atteggia ad argomento chiave per suggerire l'estensione del divieto di cui all'art. 3 CEDU anche a casi in cui i benefici di trattamento sono subordinati a condizioni di fatto impossibili da soddisfare, se non con il massimo sacrificio di beni fondamentali del singolo.

In conclusione, il caso *Viola*, dopo il recente *Provenzano c. Italia* (ricorso n. 55080/13, 25 ottobre 2018), segna sicuramente una tappa importante nel processo di verifica della tenuta convenzionale di istituti (anche tradizionali) di diritto penitenziario italiano. Dopo aver individuato un «*problème structurel*» del sistema italiano (§ 141), e in forza degli obblighi assunti dall'Italia *ex art.* 46 CEDU, la Corte ritiene che sia la natura stessa della violazione ad esigere una riforma, «*de préférence par initiative législative*» (§ 142), dell'ergastolo ostativo. Non è però detto che, nelle *more*, come spesso avviene in Italia, la soluzione al problema non sia raggiunta per via di una declaratoria di incostituzionalità (cfr. *supra*), visto anche il triste fallimento di recenti proposte di riforma, tra cui, da ultima, quella di cui

98 Dibattiti

alla [legge Orlando](#) (su cui v. § 51). Quello che è certo è che, posto che subordinare il diritto alla speranza alla collaborazione – e quindi il *proprium* dell'ergastolo ostativo come oggi lo si conosce – equivale a calpestare niente meno che la dignità umana dei condannati alla pena perpetua, un'inerzia da parte del legislatore costituirebbe una gravissima omissione.

20 giugno 2019

Verso il superamento dell'ergastolo ostativo: gli effetti della sentenza *Viola c. Italia* sulla disciplina delle preclusioni in materia di benefici penitenziari

MARCO PELISSERO (*)

L'affermazione delle garanzie individuali nel sistema penale è sempre l'effetto di un processo che si sviluppa per gradi, complice la diversa sensibilità nella interpretazione delle norme di fonte legislativa, il loro contestualizzarsi rispetto ai mutamenti sociali e culturali, la valorizzazione delle garanzie costituzionali e sovranazionali, il diverso apprezzamento nel contemperamento degli interessi in campo. Il sistema sanzionatorio penale costituisce un osservatorio privilegiato per apprezzare questo processo di sviluppo: è sufficiente mettere a confronto le posizioni assunte dalla Corte costituzionale all'inizio del suo operare e quelle assunte di recente sulla disciplina delle pene per comprendere quanto profonda sia la distanza nella sensibilità culturale e giuridica che è alla base delle pronunce (si pensi, tanto per richiamare due pronunce citate dalla Corte EDU nel-

(*) Università degli Studi di Torino.

la sentenza qui oggetto di riflessione, alle sent. n. [12/1966](#) e [149/2018](#)). Ci sono, però, anche momenti che, pur preparati dalla evoluzione pregressa nella interpretazione delle norme, costituiscono momenti di cesura, capaci di segnare svolte importanti nelle scelte di politica sanzionatoria. A questi momenti appartiene la sentenza della Corte europea nel caso [Viola c. Italia](#) del 13 giugno scorso, nella quale i giudici della I Sezione dichiarano che sussiste la violazione dell'art. 3 CEDU (divieto di trattamenti inumani e degradanti) nella disciplina del combinato disposto degli artt. *4-bis* e *58-ter* ord. penit., nella parte in cui subordina la concessione della liberazione condizionale, ai condannati alla pena dell'ergastolo per uno dei delitti di cui al comma 1 dell'art. *4-bis* cit., alla collaborazione con l'autorità giudiziaria (per un primo commento della sentenza si veda [Mauri](#) su questo blog).

Si tratta di una sentenza fondamentale per diverse ragioni: restringe i limiti di legittimità della pena dell'ergastolo; inficia la *ratio* delle preclusioni a base premiale nell'accesso alle misure alternative; pone al centro della pena *in executivis* la personalità in divenire del detenuto; fissa limiti invalicabili alla logica della differenziazione dei percorsi penitenziari, anche quando la pena, come in questo caso, riguarda gli autori di gravissimi reati; valorizza in modo spiccato il dialogo con la Corte costituzionale italiana e con l'evoluzione della sue pronunce in tema di funzioni della pena.

Procederò a evidenziare quelli che, ad una prima lettura, mi paiono i punti più qualificanti della decisione, che si apprezza non solo per l'esito a cui giunge, ma anche per i percorsi argomentativi che avranno un'indubbia ricaduta sul sistema penale interno. Terrò conto anche della giurisprudenza costituzionale, della quale la stessa Corte EDU si avvale, anche perché la prima sezione della Corte di cassazione ha sollevato una questione di legittimità costituzionale in relazione all'art. *4-bis*, comma 1 ord. penit. «nella parte in cui esclude che il condan-

nato all'ergastolo, per delitti commessi avvalendosi delle condizioni di cui all'art. 416-*bis* c.p., ovvero al fine di agevolare l'attività delle associazioni in esso previste, che non abbia collaborato con la giustizia, possa essere ammesso alla fruizione di un permesso premio» (Cass., Sez. I, ord. 20 novembre 2018, n. 57913).

Come noto, la Corte europea non ha mai messo in discussione la conformità al quadro delle garanzie della CEDU delle pene perpetue, sempre che sussista un rapporto di proporzione tra il fatto e la sanzione e, soprattutto, a condizione che di fatto e di diritto sussista la possibilità per il condannato di vedere interrotta la detenzione sulla base dei progressi compiuti nello sviluppo della sua personalità; è necessario che siano chiare le condizioni richieste per interrompere lo stato di detenzione sulla base di una procedura che assicuri termini temporali di riesame (il primo dei quali decorsi venticinque anni dall'inizio dell'esecuzione della pena) e idonee garanzie difensive. Diciamo che la Corte ha definito una legittimità condizionata della pena perpetua.

Anche la Corte costituzionale si è pronunciata in termini analoghi, in quanto la presenza nel nostro ordinamento dell'istituto della liberazione condizionale (alla quale possono accedere anche gli ergastolani dopo aver trascorso 26 anni di pena detentiva, riducibili sino a un quarto per effetto della liberazione anticipata che consente uno sconto di 45 giorni di pena ogni semestre di pena scontata, qualora il detenuto abbia dato prova di partecipare all'opera di rieducazione) garantisce che, di diritto e di fatto, la pena perpetua possa essere non più tale.

Al contempo, però, il legislatore con [d.l. 152/1991](#) convertito in legge 203/1991, in un momento della storia italiana caratterizzato dalla particolare recrudescenza del fenomeno mafioso, aveva disposto che ai condannati per determinate tipologie di delitto di tipo associativo l'accesso alle misure alternative alla detenzione (art. 4-*bis*, comma 1, ord. penit.) e alla li-

berazione condizionale fosse subordinato all'acquisizione di elementi tali da escludere l'attualità di collegamenti con la criminalità organizzata. Con successivo [d.l. 306/1992](#) conv. in l. 356/1992 l'accesso a questi istituti fu condizionato anche alla collaborazione, consistente nell'essersi adoperati, anche dopo la condanna, per evitare che l'attività delittuosa fosse portata a conseguenze ulteriori ovvero nell'aver aiutato l'autorità di polizia o l'autorità giudiziaria nella raccolta di elementi decisivi per la ricostruzione dei fatti e per l'individuazione o la cattura degli autori dei reati (art. 58-ter ord. penit.). Per i condannati alla pena dell'ergastolo, questa preclusione rischia di trasformare la condanna in pena di fatto perpetua: è il caso del c.d. ergastolo ostativo, nel quale la mancata collaborazione funge da condizione ostativa alla liberazione condizionale. Sta di fatto che nel 2015 su 1619 condannati alla pena a vita, 1174 (pari al 72,5%) si trovavano in questa condizione: la ragione di un così elevato numero di casi di ergastolo ostativo sta nel fatto che la maggior parte delle condanne a pena perpetua riguarda reati in materia di criminalità organizzata che rientrano tra le fattispecie ostative.

La Corte costituzionale, prima, e il legislatore, poi, hanno ridefinito i limiti della preclusione nell'accesso ai benefici penitenziari e alla liberazione condizionale, escludendola nei casi in cui la collaborazione con l'autorità giudiziaria risulti impossibile (perché i fatti e le responsabilità sono già stati accertati) o inesigibile (in ragione della limitata partecipazione al fatto, solitamente in quanto si tratta di persona che riveste un ruolo marginale nell'associazione). Con questi limiti, la Corte costituzionale nella [sent. n. 135/2003](#) ha sancito la legittimità dell'assetto di disciplina: la preclusione non comporta un *vulnus* alla funzione rieducativa della pena, perché il detenuto, non collaborando con l'autorità giudiziaria, manifesta una volontà contraria al percorso rieducativo e sintomatica di persistente pericolosità sociale: «non vi è dubbio che la disciplina

censurata non impedisce in maniera assoluta e definitiva l'ammissione alla liberazione condizionale, ma ancora il divieto alla perdurante scelta del soggetto di non collaborare con la giustizia; scelta che è assunta dal legislatore a criterio legale di valutazione di un comportamento che deve necessariamente concorrere ai fini di accertare il 'sicuro ravvedimento' del condannato (sentenza n. 273 del 2001)». La Consulta ha, pertanto, sancito la fondatezza della presunzione assoluta della equazione tra "mancata collaborazione" e "mancata rieducazione"; la prima diventa prova legale della seconda.

La sentenza della Corte EDU smonta pezzo a pezzo la rigidità del ragionamento seguito dalla Corte costituzionale del 2003, valorizzando, da un lato, le garanzie convenzionali, dall'altro – punto importante – lo sviluppo successivo della giurisprudenza costituzionale sui limiti di ricorso legittimo alle presunzioni.

Anzitutto, la Corte premette che nel caso in esame non è in discussione la proporzionalità della pena rispetto ai reati commessi, né la disciplina generale dell'ergastolo, in quanto nel sistema penale italiano l'istituto della liberazione condizionale garantisce, di diritto e di fatto, che il condannato possa essere rilasciato. Dunque, la Corte ribadisce la sua posizione non contraria alle pene perpetue, richiamando tuttavia i principi della sentenza *Vinter e altri c. Regno Unito* che aveva valorizzato due importanti condizioni di legittimazione dell'ergastolo: il diritto insopprimibile alla speranza di un rilascio anticipato; la necessità che il condannato sappia, sin dal momento della condanna, cosa deve fare per assicurare le condizioni della liberazione e quale sia il tempo necessario per richiedere una revisione (termine che la Corte individua in venticinque anni).

In secondo luogo, nel caso *Viola c. Italia* non sarebbe possibile far saltare le preclusioni attraverso i casi di collaborazione impossibile o irrilevante, in quanto il ricorrente era stato capo dell'associazione criminale ancora operante sul territorio

calabrese.

La Corte europea si concentra, dunque, su una specifica questione: se la collaborazione con l'autorità giudiziaria *ex art. 58-ter* ord. penit. garantisca una effettiva possibilità di interrompere l'esecuzione della pena, perché il combinato disposto con l'art. 4-*bis*, comma 1, introduce un ostacolo, giuridico e di fatto, nell'accesso alla liberazione condizionale.

È importante, per le ragioni che indicherò in seguito, sottolineare l'importanza che la Corte riconosce alla funzione rieducativa della pena, agganciando le proprie pronunce a quelle della Corte costituzionale: non solo la fondamentale [sentenza 313/1990](#) che ha stabilito che la funzione rieducativa deve accompagnare tutto lo sviluppo della pena, dal momento della previsione legale sino alla sua concreta esecuzione, ma anche la più recente [sent. 149/2018](#) che ha con forza ribadito i principi di flessibilità e progressività di trattamento come elementi di connotazione della funzione rieducativa. In quest'ultima pronuncia, che la Corte EDU mostra chiaramente di valorizzare nei suoi passaggi argomentativi, la Consulta chiarisce che retribuzione e deterrenza possono essere considerate «dal legislatore nella fase di comminazione della pena; ma – così come non possono fondare presunzioni assolute nella fase di verifica del grado e dell'adeguatezza delle misure cautelari durante il processo ([sentenza n. 331 del 2011](#)) – nemmeno possono, nella fase di esecuzione della pena, operare in chiave distonica rispetto all'imperativo costituzionale della funzione della pena medesima, da intendersi fondamentale orientamento di essa all'obiettivo ultimo del reinserimento del condannato nella società ([sentenza n. 450 del 1998](#)), e da declinarsi nella fase esecutiva come necessità di costante valorizzazione, da parte del legislatore prima e del giudice poi, dei progressi compiuti dal singolo condannato durante l'intero arco dell'espiazione della pena».

La Corte europea fa saltare la presunzione legale che le-

ga a doppio filo rieducazione e collaborazione, affermando che l'assenza di collaborazione non può essere un segnale certo della mancata rieducazione e che, di converso, la collaborazione non è un indice altrettanto certo di rieducazione, considerato che ben possono esserci chiamate di correo opportunisticamente interessate esclusivamente ai benefici penitenziari (su questo secondo rilievo la Corte trova un avallo nuovamente nella [sent. 306/1993](#) della Corte costituzionale). La rigidità della disciplina dell'art. 4-*bis*, comma 1, ord. penit. non permette di tenere conto di altre situazioni nelle quali, pur in mancanza di collaborazione, il percorso di sviluppo della personalità del condannato ne evidenzia, comunque, la rieducazione. La Corte valorizza i casi in cui la decisione di non collaborare è finalizzata a proteggere i familiari dai rischi di ritorsione da parte dell'organizzazione criminale (come spesso accade nei casi di condannati in ergastolo ostativo). Il ragionamento della Corte è supportato da due fondamentali argomentazioni.

La prima si fonda sulla considerazione della pena *in executivis* come processo in divenire che non può non considerare che la personalità del condannato muta, specie dopo molti anni, e che la preclusione impedisce di tenerne conto, disincentivando la partecipazione del condannato all'opera di rieducazione, che diventa priva di senso se non è finalizzata all'obiettivo di poter riacquistare la libertà personale. La preclusione – scrivono efficacemente i giudici di Strasburgo – «fissa in realtà la pericolosità del soggetto al momento di commissione del delitto, invece di tener conto del percorso di risocializzazione e degli eventuali progressi compiuti dopo la condanna» (§ 128 della motivazione). Una pericolosità cristallizzata nel passato, refrattaria a qualunque modificazione della personalità del detenuto e permeabile solo alla collaborazione *ex art. 58-ter* ord. penit.

La preclusione dell'art. 4-*bis*, comma 1, ord. penit. viola, dunque, l'art. 3 CEDU, perché la funzione rieducativa della

pena non può essere sacrificata sul terreno delle esigenze di prevenzione generale e difesa sociale, quand'anche si tratti di contrastare fenomeni gravi come la criminalità organizzata. Si tratta di un principio importante: l'art. 3 CEDU, che è garanzia inderogabile, assicura un nucleo duro di garanzie di cui il condannato, anche per i più gravi reati, non può essere privato secondo scelte di diritto penale d'autore; si delegittimano le scelte di politica criminale che potenziano la prevenzione generale negativa (deterrenza) della pena, sacrificando quella rieducativa, in quanto «la funzione risocializzativa mira in ultima istanza, ad evitare la recidiva ed a proteggere la società» (§ 130 della motivazione; in tal senso v. già *Murray c. Paesi Bassi*, 26 aprile 2016).

La seconda argomentazione si fonda sulla valorizzazione della giurisprudenza interna contraria alle presunzioni legali di pericolosità, come in effetti è la preclusione rigida di cui all'art. 4-*bis*, comma 1, ord. penit.: la Corte europea dialoga con la giurisprudenza della Corte costituzionale, di cui richiama l'importante [sentenza n. 149/2018](#), e della Corte di cassazione che ha progressivamente limitato l'efficacia delle presunzioni in materia di ordinamento penitenziario e misure cautelari. La compatibilità delle presunzioni con il quadro dei principi costituzionali va sottoposta a un vaglio rigoroso sulla loro ragionevole rispondenza a dati di esperienza generalizzati.

Quali gli effetti della pronuncia? Anzitutto bisognerà vedere se e come si pronuncerà la *Grande Chambre*, anche se il fatto che la decisione sia stata assunta dalla prima sezione con un solo giudice contrario sembra deporre per la sostanziale conferma dell'impianto argomentativo.

Direi che gli effetti della sentenza sul sistema penale interno possano essere di due tipi.

Il primo attiene all'effetto più immediato di tale pronuncia, se diverrà definitiva o verrà confermata dalla *Grande Chambre*: la violazione dell'art. 3 CEDU impone un intervento

strutturale sulla disciplina dell'art. 4-*bis*, comma 1, ord. penit. che andrebbe, preferibilmente, attuato per via legislativa (par. 140 a 143 della motivazione).

Se non intervenisse il legislatore, gli effetti della sentenza si farebbero già sentire nella questione di legittimità costituzionale sollevata dalla prima sezione della Corte di cassazione in relazione proprio all'art. 4-*bis*, comma 1, ord. penit., anche se si tratta di questione più delimitata in quanto riguarda l'esclusione dalla fruizione dei permessi premio dei condannati all'ergastolo, per delitti commessi avvalendosi delle condizioni di cui all'art. 416-*bis* c.p., ovvero al fine di agevolare l'attività delle associazioni in esso previste, che non abbia collaborato con la giustizia. Come si pronuncerà la Consulta su questa questione sarà un'importante cartina di tornasole per capire quali spazi di apertura potrebbero esserci per vedere accolta la questione di legittimità costituzionale dell'art. 2 d.l. 152/1991 conv. in l. 203/1991 per contrasto con l'art. 117 Cost., attraverso la norma interposta dell'art. 3 CEDU, così come interpretata dalla Corte europea, nella parte in cui tale norma, in relazione ai condannati alla pena dell'ergastolo, dispone che non possano essere ammessi alla liberazione condizionale in assenza di collaborazione, pur quando sussistono elementi che fondano il giudizio positivo sulla rieducazione del soggetto e sempre che non permangano collegamenti con la criminalità organizzata: è sull'accesso alla liberazione condizionale che si giocherà la partita del superamento dell'ergastolo ostativo, perché permessi premio e semilibertà consentono solo "parentesi" di libertà che restano privo di senso se per l'ergastolano rimanesse la preclusione di accedere, sussistendo il presupposto del "sicuro ravvedimento" richiesto dall'art. 176 c.p., alla liberazione condizionale. A me pare che le questioni che involgono le preclusioni in relazione a misure alternative alla detenzione e liberazione condizionale siano strettamente connesse, come ha ben chiarito la Corte costituzionale nella sent. 149/2018 che ha dichiarato

l'incostituzionalità dell'art. 58-*quater*, comma 4, ord. penit. nella parte in cui dispone che i condannati all'ergastolo per i delitti di cui agli artt. 289-*bis* e 630 c.p., che abbiano cagionato la morte del sequestrato, non sono ammessi ad alcuni dei benefici di cui al comma 1 dell'art. 4-*bis* se non hanno espiato almeno ventisei anni: una disposizione irragionevole che, formalmente consentiva all'ergastolano di accedere alla liberazione condizionale anche prima del termine di ventisei anni, ma non ad altri benefici penitenziari (lavoro all'esterno, semilibertà, permessi premio), in violazione del principio di progressione trattamentale (art. 27, comma 3, Cost.) in forza del quale sono invece tali benefici ad essere propedeutici alla liberazione condizionale che assicura più ampi spazi di libertà.

Ora, per tornare alla questione più generale della legittimità costituzionale della disciplina dell'art. 4-*bis*, comma 1 ord. penit., a me pare che, sebbene tale norma nel suo nucleo originario fissi una preclusione politicamente delicata che interviene sulle norme di contrasto alla criminalità organizzata, vi siano ampi spazi per un mutamento di posizione della Corte costituzionale rispetto a quella assunta nella sent. 135/2003 nella direzione tracciata dalla Corte europea che, proprio nella prospettiva di un dialogo con la Corte costituzionale, ha in più punti della motivazione valorizzato argomenti anche di recente sviluppati dalla giurisprudenza costituzionale che nella sent. 149/2018 ha inferto un grave *vulnus* alla disciplina delle preclusioni, lasciando presagire possibili ulteriori aperture verso un loro più ampio superamento.

L'altro effetto della sentenza sta nel segnare il profondo divario che intercorre tra i principi affermati dalla Corte europea sul significato della pena e sui limiti del potere punitivo, da un lato, e le scelte di politica criminale dell'attuale governo sul terreno della riforma del sistema sanzionatorio. Da un lato assistiamo alla valorizzazione della funzione rieducativa della pena, anche in chiave di strumento di difesa sociale dal rischio di re-

cidiva, e al tramonto della disciplina delle preclusioni, che assomigliano sempre più a un gigante d'argilla. La Corte – si badi – riconosce legittima la pretesa dello Stato che, per la concessione dei benefici penitenziari e della liberazione condizionale, sia dimostrata la dissociazione dall'organizzazione criminale, ma la rottura del vincolo associativo può essere dimostrata non solo attraverso la collaborazione con l'autorità giudiziaria.

Dall'altro lato, invece, stanno le attuali scelte di politica criminale sul terreno della riforma del sistema sanzionatorio. La Commissione Palazzo (di cui ero stato componente) aveva elaborato un testo per superare i limiti dell'ergastolo ostativo, introducendo, al termine del comma 1-*bis* dell'art. 4-*bis* della legge 26 luglio 1975, n. 354, questo periodo: «e altresì nei casi in cui risulti che la mancata collaborazione non escluda il sussistere dei presupposti, diversi dalla collaborazione medesima, che permettono la concessione dei benefici summenzionati». Tuttavia il progetto, del tutto equilibrato e in linea con le indicazioni che oggi emergono dalla sentenza Viola, non ha trovato accoglimento in ambito parlamentare. Gli Stati generali dell'esecuzione penale avevano proposto il superamento dell'ergastolo ostativo, ma la legge delega Orlando ([l. 103/2017](#)) aveva poi dato indicazioni che non consentivano di risolvere il problema dell'ergastolo ostativo. Il programma del Contratto per il governo del cambiamento prevede, in un'ottica di restaurazione, più carcere come strumento per garantire più sicurezza; era quindi prevedibile che il [d. lgs. 123/2018](#) sulla riforma dell'ordinamento penitenziario, approvato dall'attuale governo, avrebbe fortemente svalutato le indicazioni delle Commissioni ministeriali nell'ottica del potenziamento dei percorsi extracarcerari e di miglioramento della vita detentiva. Al contempo la [l. 3/2019](#) (c.d. "spazzacorrotti") ha disposto che le preclusioni di cui all'art. 4-*bis*, comma 1, ord. penit., originariamente riferito ai reati di criminalità organizzata e poi progressivamente esteso ad altre fattispecie, siano applicabili anche

110 Dibattiti

ai reati di corruzione.

Prospettive antitetiche, quelle della conservazione preziosa delle garanzie e quella del populismo penale che mostra il braccio violento, ma con sguardo cieco nella capacità di perseguire quelle stesse esigenze di difesa sociale a cui dichiara di voler rispondere. Anche per questo è importante la sentenza della Corte europea: in una stagione che considera primaria l'istanza punitiva sono ancor più imprescindibili gli anticorpi delle garanzie costituzionali e convenzionali.

21 giugno 2019

Il Parere della Corte EDU sulla maternità surrogata

ILARIA ANRÒ

Il primo parere reso dalla
Corte europea dei diritti
dell'uomo ai sensi del Proto-
collo n. 16 alla CEDU: il nuo-
vo strumento alla prova del
dialogo tra giudici sul delicato
tema della maternità surrogata

ANTONIETTA DI BLASE

Il riconoscimento della geni-
torialità a favore del genitore
non biologico nel parere della
Corte europea dei diritti
dell'uomo del 10 aprile 2019

Il primo parere reso dalla Corte europea dei diritti dell'uomo ai sensi del Protocollo n. 16 alla CEDU: il nuovo strumento alla prova del dialogo tra giudici sul delicato tema della maternità surrogata

ILARIA ANRÒ (*)

Dal 1° agosto 2018 è in vigore – per gli Stati che lo hanno ratificato – il Protocollo n. 16 allegato alla CEDU, il quale consente alle più alte giurisdizioni di un'Alta Parte contraente di richiedere alla Corte europea dei diritti dell'uomo (Corte EDU) pareri consultivi su questioni di principio relative all'interpretazione o all'applicazione dei diritti e delle libertà definiti dalla Convenzione o dai suoi protocolli. Il Protocollo n. 16 ha introdotto una significativa innovazione nel c.d. sistema multilivello di tutela dei diritti fondamentali, considerando anche il rango della CEDU negli ordinamenti nazionali ed il ruolo

(*) Università degli Studi di Milano.

II Parere della Corte EDU sulla maternità surrogata 113

talvolta ambiguo della Corte EDU, a metà tra quello di un giudice del caso concreto e quello di una corte quasi costituzionale (per un'analisi delle caratteristiche del nuovo strumento si vedano per tutti i contributi nel volume di [Lamarque](#); v. anche [Anrò](#)).

Per una singolare coincidenza, la Francia è stata sia l'ultimo Paese a ratificare il Protocollo n. 16 (fino ad oggi), consentendone l'entrata in vigore, sia il primo le cui autorità hanno richiesto un parere *ex* Protocollo n. 16 attraverso una [pronuncia del 5 ottobre 2018](#) dell'assemblea plenaria della Corte di cassazione francese iscritta nel registro della Corte il successivo 16 ottobre. La richiesta è stata giudicata ricevibile il 3 dicembre 2018 ed il giorno successivo la questione è stata assegnata alla Grande Camera.

A pochi mesi dall'*arrêt* francese, la Corte ha reso il [primo parere](#) *ex* Protocollo n. 16 lo scorso 10 aprile. Tale pronuncia, oltre ad essere di grande rilevanza per il delicato tema su cui verte, ovvero la maternità surrogata, è di grande interesse perché contribuisce a chiarire le caratteristiche del nuovo strumento.

La natura delle questioni oggetto di parere ai sensi del Protocollo n. 16 alla CEDU

Come indicato dall'art. 1 del Protocollo, le richieste di pareri consultivi devono riguardare «questioni di principio relative all'interpretazione o all'applicazione dei diritti e delle libertà definiti dalla convenzione o dai suoi protocolli» sorte nell'ambito di una causa pendente avanti alle corti nazionali abilitate ad utilizzare tale strumento.

Nel proprio [rapporto del 2006](#), nell'ipotizzare il nuovo strumento, il Gruppo dei saggi aveva fatto riferimento a «legal questions relating to interpretation of the Convention and the protocols thereto» (par. 81) e a «questions of principle or of

general interest relating to the interpretation of the Convention or the protocols thereto» (par. 86) in coerenza con l'obiettivo del rafforzamento del carattere "costituzionale" del ruolo della Corte e dunque al fine di favorire, ovvero occasionare, l'adozione di pronunce non condizionate dal caso concreto, con ciò inducendo un rilevante mutamento di prospettiva nella concezione della Corte EDU, da sempre giudice della specie.

Nel [documento di riflessione della Corte](#) sulla possibilità di estendere la competenza consultiva della Corte del 2012, si esplicitava che tale nuova competenza avrebbe avuto un'operatività del tutto differente rispetto a quella descritta dall'art. 47 CEDU, ai sensi del quale la Corte, su richiesta del solo Comitato dei ministri, «può fornire pareri consultivi su questioni giuridiche relative all'interpretazione della convenzione e dei suoi protocolli» (par. 1), con la precisazione che, tuttavia, tali pareri «non devono riguardare questioni inerenti al contenuto o alla portata dei diritti e libertà definiti nel Titolo I della Convenzione e nei Protocolli, né su altre questioni su cui la Corte o il Comitato dei ministri potrebbero doversi pronunciare in seguito alla presentazione di un ricorso previsto dalla convenzione».

Nel [rapporto esplicativo](#) al Protocollo n. 16 si evidenzia che la formulazione di cui all'art. 1, par. 1, Protocollo n. 16, trae ispirazione dall'art. 43, par. 2, della Convenzione, il quale sancisce che il rinvio di un caso dinanzi alla Grande Camera è ammesso quando «la questione oggetto del ricorso solleva gravi problemi di interpretazione o di applicazione della Convenzione o dei suoi Protocolli, o comunque un'importante questione di carattere generale», sebbene venga al tempo stesso sottolineato il diverso scopo di dette procedure (par. 9). Il rapporto esplicativo del Protocollo n. 11, che aveva introdotto l'istituto del rinvio alla Grande Camera, evidenziava che una «questione grave sull'interpretazione» può porsi in caso di sentenza manifestamente in contrasto con una pronuncia precedente, mentre

una questione grave relativa all'applicazione della CEDU o dei suoi protocolli può riscontrarsi quando la sentenza impone una modifica rilevante del diritto o della prassi nazionale senza sollevare, di per sé, alcuna questione grave relativa all'interpretazione CEDU. Una questione grave di carattere generale è, invece, rappresentata da una questione di importante interesse politico o generale. Nella formula del Protocollo n. 16, invece, l'aggettivo grave è stato omissso, ponendo l'accento sulle questioni di principio.

La formula utilizzata dall'art. 1 del Protocollo n. 16 non è priva di ambiguità nella misura in cui menziona, in termini piuttosto ampi, sia «l'interpretazione» che «l'applicazione» quali presupposti della richiesta consultiva. La stessa endiadi si ritrova all'art. 32 CEDU che sancisce che «la competenza della Corte si estende a tutte le questioni concernenti l'interpretazione e l'applicazione della Convenzione e dei suoi Protocolli» e dove la dottrina ha ravvisato la distinzione tra questioni di applicazione in concreto e questioni di pura interpretazione (cfr. Randazzo in [Commentario breve alla CEDU](#), p. 607). Autorevole dottrina ha evidenziato che il Protocollo n. 16 non parla di «interpretazione e applicazione», ma di «interpretazione o applicazione», rilevando una preoccupante distinzione, perché nella misura in cui un'alta giurisdizione ritenesse chiara l'interpretazione della CEDU, ma avesse dubbi in merito all'applicazione, avrebbe modo di rimettere alla Corte EDU la decisione del caso concreto, su cui peraltro la stessa Corte EDU esclude di volersi pronunciare in sede di Protocollo n. 16, anche perché in tal caso avrebbe bisogno di esaminare l'intero fascicolo della causa (cfr. Zagrebelsky, in [Lamarque](#), pp. 94-95).

In dottrina è stato evidenziato come quello che si richiede alla Corte tramite il parere consultivo dovrebbe essere «un giudizio astratto, teso a chiarire in via preliminare il contenuto delle norme convenzionali, fornendo quindi un ausilio al giudi-

ce nazionale che potrà, così, prevenirne la violazione ovvero, se già commessa, porvi rimedio» (cfr. Cannizzaro, in [Lamarque](#), p. 81).

Nelle proprie [linee guida](#), la Corte ha indicato che «it may be that the court or tribunal in question concludes that the case before it, in its view, raises a novel point of Convention law, or that the facts of the case do not seem to lend themselves to a straightforward application of the Court's case-law, or that there appears to be an inconsistency in the case-law. In such circumstances, the court or tribunal concerned may avail itself of the possibility of submitting a request for an advisory opinion» (par. 5).

Nel documento di riflessione della Corte, vengono, poi, ipotizzati alcuni casi in cui può sorgere una questione di questo tipo. In primo luogo, si fa riferimento ai casi di violazioni strutturali o sistemiche, e i delegati di Paesi Bassi e Norvegia avevano proposto – nell'ambito dei lavori preparatori – di limitare a tali ipotesi la nuova competenza consultiva (cfr. [Documento di riflessione](#), par. 28). In secondo luogo, il documento indica che una tale questione può sorgere con riguardo alla compatibilità con la CEDU di una legge, di un regolamento o un principio stabilito in via giurisprudenziale, sebbene venga ivi precisato che ciò non debba tradursi in una revisione astratta della legislazione di uno Stato, in ossequio al costante orientamento sul punto della giurisprudenza della Corte EDU, dovendo il parere essere sempre richiesto nell'ambito di un contenzioso nazionale (*ivi*, par. 29). Anche il rapporto esplicativo precisa che «la procedura non è pensata, ad esempio, per consentire una revisione in astratto della legislazione che non deve essere applicata nella causa pendente dinanzi a essa» (par. 10), sebbene la dottrina abbia già evidenziato come questo in realtà sarebbe il caso in cui il parere della Corte potrebbe essere più utile (cfr. Zagrebelsky, pag. 94).

In ogni caso, spetta alla stessa Corte di Strasburgo inter-

pretare questa nozione, nel momento in cui si pronuncia circa la ricevibilità della domanda di parere.

La questione sottoposta alla Corte EDU dalla Corte di cassazione francese

Mediante la propria richiesta di parere, la Corte di cassazione francese ha sostanzialmente chiesto alla Corte EDU di precisare gli effetti e le conseguenze delle proprie precedenti pronunce *Mennesson c. Francia* e *Labassee c. Francia* in tema di maternità surrogata. In tali pronunce, la Corte EDU aveva sancito che la Francia, non avendo trascritto nel proprio registro dello stato civile gli atti di nascita di minori nati all'estero da maternità surrogata, con materiale genetico proveniente dal solo padre di intenzione, aveva agito nell'ambito del proprio margine di apprezzamento con riferimento al diritto alla vita familiare dei genitori (consacrato dall'art. 8 CEDU), mentre aveva commesso una violazione del diritto alla vita privata dei figli (anch'esso tutelato dall'art. 8 CEDU), non avendone considerato adeguatamente il superiore interesse. Successivamente a tali pronunce, come riportato dalla stessa Corte di cassazione francese, l'orientamento giurisprudenziale nazionale è mutato nel senso che l'esistenza di un contratto di maternità surrogata non impedisce necessariamente la trascrizione nei registri dello stato civile francese di un atto di nascita straniero se quest'ultimo non è falsificato o irregolare e se i fatti ivi dichiarati corrispondono alla realtà biologica. Secondo la Corte di cassazione francese, dunque, al momento sarebbe chiaro che, ove il padre di intenzione sia effettivamente quello biologico, non possa essere negata la trascrizione dell'atto di nascita del minore nato tramite maternità surrogata, da cui risultasse il legame di filiazione con il padre. Tuttavia, secondo il giudice francese, la giurisprudenza della Corte EDU non chiarirebbe quali sono gli obblighi dello Stato con riferimento alla posizio-

ne della madre con la quale non vi è un legame biologico.

La Corte di cassazione chiede, dunque, con il primo quesito, se rientri nell'ambito del margine di apprezzamento concesso allo Stato ai sensi dell'art. 8 CEDU la possibilità di rifiutare la trascrizione di un atto di nascita di un minore nato all'estero da maternità surrogata quando vi sia indicata la madre committente come madre di diritto, accettando invece la trascrizione per quanto riguarda il padre con il quale vi è un legame biologico, e se in tal caso occorra distinguere a seconda del fatto che sia stato utilizzato o meno del materiale genetico della stessa nel processo di fecondazione. Con il secondo quesito, il giudice francese chiede altresì se, in caso di risposta affermativa, la possibilità per la madre di intenzione di adottare il figlio del proprio coniuge, ove egli sia padre biologico dello stesso, stabilendo così un legame di filiazione, possa consentire allo Stato di rispettare pienamente l'art. 8 CEDU.

Il parere viene richiesto dalla Corte francese proprio nell'ambito del giudizio di riesame del caso *Mennesson* a seguito della sentenza della Corte EDU, reso possibile dall'adozione in Francia di una [legge](#) che consente la revisione dei giudizi a seguito della condanna dello Stato da parte della Corte EDU.

La risposta della Corte EDU

La risposta della Corte EDU è intervenuta con grande rapidità. Nell'ambito della procedura hanno presentato le proprie osservazioni le parti nel processo nazionale, ovvero i signori *Mennesson* (mentre il pubblico ministero presso la Corte d'appello di Parigi ha scelto di non intervenire), il governo francese e quello del Regno Unito, della Repubblica ceca e dell'Irlanda, l'Ombudsman francese, il Centro di studi di genere dell'Università di Trento, oltre a cinque organizzazioni non governative. È degno di nota che abbiano presentato le proprie osservazioni anche degli Stati che non hanno ratificato il Proto-

II Parere della Corte EDU sulla maternità surrogata 119

collo, quali Regno Unito, Repubblica ceca e Irlanda. La Corte ha deciso di non tenere un'udienza, ai sensi dell'art. 94, par. 6, del Regolamento di procedura.

Per rispondere al quesito sottoposto, la Corte EDU ha effettuato un'indagine comparativa su quarantatré Stati parti alla Convenzione, escludendo la Francia (cfr. parere, par. 22). Da tale indagine è emerso che la maternità surrogata è consentita in nove Stati, tollerata in dieci e esplicitamente o implicitamente vietata in ventiquattro Stati. In trentuno di tali Stati (ivi compresi dodici in cui tale pratica è vietata) è possibile che il legame di filiazione con il padre venga riconosciuto quando sia stato utilizzato il suo materiale biologico. In ventiquattro Stati (ivi compresi nove che vietano la maternità surrogata) è possibile riconoscere lo *status* di filiazione con la madre anche se non vi è alcun legame genetico. La procedura per stabilire tale *status* varia a seconda degli ordinamenti.

La Corte ricorda la funzione del Protocollo, ovvero quella di rendere il proprio parere con riferimento a una questione di principio relativa all'interpretazione o all'applicazione della CEDU senza che ciò comporti un trasferimento della controversia nazionale avanti a sé. Inoltre, la Corte ribadisce di non avere giurisdizione per valutare i fatti o le argomentazioni delle parti, essendo poi compito del giudice nazionale trarre le conclusioni dal suo parere per la soluzione del caso di specie. La Corte sottolinea che il valore aggiunto di tali pareri risiede anche nell'offrire un ausilio interpretativo al giudice nazionale anche per casi simili (par. 26).

La Corte ricorda poi di doversi limitare ai due quesiti sottoposti dalla Corte di cassazione francese, tenendo conto del caso di specie: dunque, poiché la controversia avanti al giudice *a quo* riguarda un'ipotesi di maternità surrogata in cui non è stato utilizzato il materiale biologico della madre, la Corte dichiara che il proprio parere non verterà sull'ipotesi in cui – al contrario – esso sia utilizzato nel procedimento di surrogazione

di maternità (par. 28-30), lasciando forse intendere che le sue conclusioni sarebbero – in tal caso – diverse.

Nel rispondere alla prima questione, la Corte ritiene fondamentali due elementi: il superiore interesse del minore e il margine di apprezzamento degli Stati (par. 37).

Con riferimento al superiore interesse del minore, la Corte richiama la propria giurisprudenza in cui si afferma che tale valore è preminente (par. 38) e ricorda che, in particolare, nelle sentenze *Menesson* e *Labassee* è stato dichiarato che: «France [might] wish to deter its nationals from going abroad to take advantage of methods of assisted reproduction that are prohibited on its own territory», ma ciò non può riflettersi negativamente sui minori coinvolti, che verrebbero pregiudicati nei propri diritti ove rimanesse incerto il loro *status* di filiazione, incontrando difficoltà nel riconoscimento della propria nazionalità, nel mantenimento della residenza con la madre e nei diritti successori (par. 40).

La Corte dichiara di essere consapevole che, nel contesto della maternità surrogata, il *best interest* del minore non risiede solo nella tutela del proprio diritto alla vita privata e personale, componendosi di elementi che non depongono a favore del riconoscimento dello *status* di filiazione con i genitori committenti, dovendo essere tutelato il suo diritto a conoscere le proprie origini e dovendo egli essere protetto da eventuali abusi (par. 41). Tuttavia, considerando il diritto alla vita privata e personale del minore e la necessità di individuare una persona responsabile per la sua crescita ed educazione, ritiene che una generale ed assoluta impossibilità di stabilire il legame di filiazione con la madre committente è incompatibile con il suo superiore interesse, il quale richiede che sia effettuata una valutazione in ragione delle specifiche circostanze del caso (par. 42).

Con riferimento al margine di apprezzamento, la Corte ricorda che, come già sancito nelle sentenze *Menesson* e *Labassee*, quando si tratta di questioni eticamente e moralmente

II Parere della Corte EDU sulla maternità surrogata 121

delicate, che coinvolgono diversi interessi, il margine di apprezzamento deve essere ampio e che con riferimento alla maternità surrogata non c'è consenso. Tuttavia, quando è in gioco un aspetto fondamentale dell'identità personale, come il riconoscimento dello *status* di filiazione, tale margine deve essere ristretto ed in tal senso si era pronunciata nelle citate sentenze (par. 44). Nel caso di specie, secondo la Corte, sono in gioco diversi aspetti dell'identità personale, trattandosi di determinare l'ambiente in cui il minore deve vivere e le persone responsabili della sua crescita e ciò depone ulteriormente per una restrizione del margine di apprezzamento degli Stati (par. 45).

La Corte risponde, pertanto, al primo quesito dicendo che, in un caso come quello di specie, tenendo conto del superiore interesse del minore e del ristretto margine di apprezzamento dello Stato, il diritto nazionale deve prevedere la possibilità di riconoscere il legame di filiazione di un minore nato all'estero tramite maternità surrogata con la madre committente, indicata come madre nel certificato di nascita (par. 46). Nonostante quanto affermato ai par. 28-30, la Corte evidenzia, inoltre, che, sebbene non sia l'ipotesi del caso in esame, la possibilità di riconoscere tale *status* appare ancora più necessaria quando nella maternità surrogata è stato utilizzato il materiale genetico della madre committente (par. 47).

Con riferimento al secondo quesito, la Corte precisa che la necessità di consentire il riconoscimento del legame di filiazione con la madre non implica necessariamente che gli Stati siano obbligati ad iscrivere nel registro dello stato civile i dettagli del certificato di nascita redatto all'estero (par. 50). La Corte considera, a tal proposito, che la scelta per consentire tale riconoscimento rientra nel margine di apprezzamento degli Stati (par. 51). Secondo la Corte, infatti, non è necessario che il riconoscimento della relazione tra madre e figlio avvenga fin dall'inizio, ovvero dalla nascita del bambino, ma solo quando questa si è tradotta in una realtà concreta ed il giudizio sul pun-

to spetta necessariamente alle autorità nazionali. Una soluzione per riconoscere tale relazione può passare attraverso l'adozione. In tale procedura, secondo la Corte EDU, sarà valutato il superiore interesse del minore nel caso concreto.

La Corte EDU ricorda che, secondo il governo francese, tutti i procedimenti di adozione di madri committenti sono andati a buon fine, ma sottolinea che l'adozione è concessa solo ove i genitori siano coniugati. La Corte fa cenno anche ad alcune considerazioni dell'Ombudsman francese, dalle quali emergerebbero alcuni elementi incerti circa le modalità di adozione della madre committente, per esempio con riferimento alla necessità di raccogliere il valido consenso della madre surrogata. La Corte, tuttavia, non va oltre nell'analisi, affermando che la compatibilità con i principi esposti della legge sull'adozione francese sfugge al proprio ambito di giudizio.

Alcune riflessioni conclusive

Con i propri quesiti, la Corte di cassazione francese ha, sostanzialmente, chiesto alla Corte EDU di definire con più precisione l'ambito del margine di apprezzamento concesso allo Stato, il quale si trova nella difficoltà di bilanciare la necessità di non ostacolare la trascrizione dell'atto di nascita straniero del minore concepito tramite maternità surrogata con il principio *mater semper certa*, soprattutto nei casi in cui non ci sia alcun legame genetico tra la madre committente e il bambino. Tale prima richiesta rivela tutta l'ampiezza e l'ambiguità della formula utilizzata dall'art. 1 del Protocollo n. 16. Se, da un lato, il quesito si può comprendere alla luce delle difficoltà poste dal delicato bilanciamento operato dalla giurisprudenza della Corte EDU sul tema, dall'altro non si può non rilevare come il giudice francese richieda una definizione troppo netta dei confini del margine di apprezzamento nazionale da parte della Corte EDU, con il rischio di trasferire il giudizio nazionale a Stra-

II Parere della Corte EDU sulla maternità surrogata 123

sburgo. Inoltre, nel richiedere un giudizio in via generale circa la condotta dello Stato, la corte francese pare costringere la Corte EDU a dettare delle linee guida precise in tale delicata materia ove, nei giudizi precedenti, la Corte ha proceduto a un delicato bilanciamento, decidendo sui singoli casi sottoposti, evitando di enunciare principi generali (si pensi al caso *Paradiso e Campanelli*) e dove essa stessa ha riconosciuto l'esistenza di un ampio margine di apprezzamento (pur dovendo questo essere ristretto ove vi sia un pregiudizio per il diritto alla vita privata dei singoli).

Nella risposta della Corte si nota lo sforzo di rimanere nei confini delineati dal Protocollo n. 16, offrendo un parere utile per la soluzione del caso di specie (e dunque tenendo presente gli elementi della situazione concreta), ma al tempo stesso perseguendo uno scopo deflattivo, auspicando che tale pronuncia possa essere di ausilio anche nella decisione di casi simili, secondo gli obiettivi di tale nuovo strumento. Inoltre, il parere è stato reso all'unanimità, forse per rafforzarne l'autorevolezza, sebbene il Protocollo n. 16 all'art. 4 consenta la possibilità di allegare opinioni concorrenti e/o dissenzienti e la delicatezza della questione abbia dato origine a correnti diverse in seno alla Corte (si pensi all'opinione parzialmente dissenziente dei giudici Raimondi e Spano in *Paradiso e Campanelli* allegata alla [sentenza della Camera](#)).

Nel merito, la Corte risponde effettuando un delicato bilanciamento tra le varie istanze in gioco, offrendo una soluzione che però presenta non poche difficoltà pratiche. La Corte, infatti, da un lato afferma che lo Stato non eccede il proprio margine di apprezzamento rifiutando la trascrizione dell'atto di nascita prodotto all'estero per quanto concerne la madre committente ivi indicata come madre, ove non vi sia il suo apporto genetico nel procedimento di maternità surrogata, ma dall'altro indica l'adozione come valida alternativa – tra i vari strumenti a disposizione dello Stato – per lo stabilimento del legame di fi-

liazione con la madre. Tale soluzione consente, pertanto, di non avere un riconoscimento “automatico” di tale relazione, ma di passare attraverso la procedura di adozione, la quale dovrebbe consentire un accertamento caso per caso della soluzione maggiormente rispondente al superiore interesse del minore, consentendo di verificare eventuali abusi. Pare lecito però chiedersi cosa potrà succedere se nel procedimento di adozione la madre non venisse ritenuta idonea all’esito dei controlli ivi effettuati o se la madre surrogata rifiutasse di prestare il consenso.

Si deve infine ricordare che i pareri *ex* Protocollo n. 16 non sono vincolanti: tuttavia, di fronte ad una domanda di giudizio così concreta come quella della Corte di cassazione francese e ad una risposta altrettanto netta della Corte EDU, pare impossibile che il giudice e lo Stato francesi non vi si conformino. Inoltre, sebbene il Protocollo n. 16 sia stato ratificato solo da dieci Stati (Albania, Armenia, Estonia, Finlandia, Francia, Georgia, Lituania, San Marino, Slovenia e Ucraina – per l’Italia il processo di ratifica è tuttora in corso, v. [Lipari](#)) ciò non significa che gli altri Stati potranno ignorare il parere emesso dalla Corte EDU, trattandosi pur sempre di un’interpretazione della Convenzione resa dalla Corte EDU, autorità che ha il compito di renderla uno «strumento vivente» (Corte EDU, *Tyrer c. Regno Unito*, par. 31). Il parere della Corte EDU, dunque, quale opinione generale su una questione di interpretazione della CEDU, con un giudizio così netto sul margine di apprezzamento dello Stato, potrebbe avere un’incidenza ben più significativa rispetto alle sentenze precedentemente emesse in tema di maternità surrogata, ove la Corte ha tenuto maggiormente conto del caso concreto, con una possibile ripercussione anche in altri ordinamenti nazionali.

6 maggio 2019

Il riconoscimento della genitorialità a favore del genitore non biologico nel parere della Corte europea dei diritti dell'uomo del 10 aprile 2019

ANTONIETTA DI BLASE (*)

La Corte europea dei diritti dell'uomo (Corte europea o Corte EDU) ha inaugurato la prassi di emanazione di pareri consultivi il 10 aprile 2019 (su richiesta n. P16-2018-001), su uno dei temi più problematici emersi negli ultimi anni in materia di rapporti di famiglia: quello dello *status* dei figli nati a seguito della gestazione per altri. Il [parere](#) è in grado di ravvivare l'ampio e acceso dibattito nell'opinione pubblica sul tema della maternità surrogata e presenta un rilievo particolare sotto il profilo del diritto internazionale privato, data l'assenza di un orientamento omogeneo delle legislazioni e delle giurisdizioni degli Stati parti della Convenzione europea dei diritti dell'uomo (CEDU).

La Corte si è espressa sulla base del Protocollo addizionale n. 16 del 10 luglio 2013 (sulle caratteristiche del parere e sul suo significato anche alla luce del ruolo e della funzione af-

(*) Università degli Studi Roma Tre.

fidata alla Corte si veda il [post](#) di Anrò). Esso è entrato in vigore il 1° agosto 2018, dopo un mese dalla decima ratifica da parte della Francia (ratificato solo da Albania, Armenia, Estonia, Finlandia, Georgia, Lituania, San Marino, Slovenia e Ucraina; v., per l'Italia, il [disegno di legge](#) sulla ratifica e l'esecuzione del Protocollo presentato alla Camera). Il parere è stato chiesto dalla Corte di Cassazione francese in sede di riesame per motivi di diritto della sentenza del marzo 2010 con la quale la Corte d'appello di Parigi aveva decretato la cancellazione dai registri di stato civile del certificato di nascita dei bambini nati negli Stati Uniti a seguito di maternità surrogata, cui aveva fatto ricorso una coppia di coniugi francesi: esisteva un legame genetico dei figli con il padre, mentre erano assenti rispetto alla madre 'intenzionale'. Dal certificato ottenuto in California risultava che i bambini erano figli di entrambi. Le autorità francesi avevano rifiutato di registrare il certificato. Sul caso si era espressa la Corte EDU (*Menesson c. Francia*), la quale aveva statuito che la Francia aveva violato il diritto al rispetto della vita privata sancito dall'art. 8 CEDU, negando ogni genitorialità, laddove era vincolata a riconoscere quella del padre. Successivamente alla sentenza, la paternità era stata registrata. Ciò nonostante i coniugi, a nome e per conto dei figli, hanno promosso un ricorso in sede di riesame del provvedimento della Corte d'appello di Parigi, chiedendo che venisse riconosciuto in Francia il rapporto di filiazione con la madre 'intenzionale' davanti alla Corte di Cassazione francese. Quest'ultima, a sua volta, il 12 ottobre 2018, ha sottoposto alla Corte EDU la richiesta di parere, sottolineando che, successivamente alla pronuncia sul caso *Menesson*, la normativa nazionale era stata modificata, rendendo possibile in Francia la registrazione del certificato di nascita ottenuto all'estero per la parte relativa al rapporto con il padre biologico. Quanto alla madre, invece, rimaneva precluso il riconoscimento della genitorialità. L'ordinamento francese consentiva tuttavia la costituzione di una relazione ge-

II Parere della Corte EDU sulla maternità surrogata 127

ditoriale basata sull'adozione del figlio del coniuge. I quesiti sottoposti alla Corte europea sono i seguenti: se il rifiuto di registrare lo *status* di filiazione acquisito all'estero nei riguardi della madre intenzionale in assenza di qualsiasi legame di tipo genetico costituisca una violazione dell'art. 8 CEDU; se la possibilità per la madre intenzionale di adottare il figlio del coniuge (ossia del padre biologico), creando in tal modo un rapporto di tipo genitoriale, rappresenti una modalità alternativa alla registrazione compatibile con gli obblighi derivanti dall'art. 8 CEDU.

La Corte EDU fornisce una risposta affermativa riguardo all'obbligo per gli Stati di assicurare forme di riconoscimento del legame creato con la madre intenzionale alla luce dell'art. 8 CEDU sul diritto al rispetto della vita privata. Tale diritto riguarda non soltanto il rapporto con il genitore biologico, ma l'insieme degli elementi connessi alla posizione e al benessere del bambino nel contesto familiare e sociale. La Corte precisa che, nonostante le considerazioni etiche che possono indurre uno Stato a condannare le pratiche connesse alla maternità surrogata e a contrastare il rischio di abusi, il margine di apprezzamento per lo Stato è assai ridotto a fronte dell'interesse superiore del minore alla sua identità e a crescere in un ambiente che garantisca stabilità e benessere.

Si ha qui una conferma circa la rilevanza dei rapporti familiari 'di fatto', meritevoli di tutela alla luce del 'diritto alla propria vita privata e familiare' di cui all'art. 8 CEDU. In tal senso il parere dà pieno sviluppo alla impostazione già espressa nei casi *Menesson e Labassée c. Francia*, e nel caso *Paradiso e Campanelli c. Italia* ([sentenza](#) 27 gennaio 2015 e [sentenza](#) della Grande camera del 24 gennaio 2017, ricorso n. 25358/11) nel senso di valorizzare una nozione di famiglia che va al di là del carattere biologico del rapporto tra il minore e i genitori, anche

‘intenzionali’. Tuttavia, con questa presa di posizione la Corte non intende negare la particolare rilevanza del legame genetico, ma ribadisce che si tratta di un elemento in presenza del quale lo Stato non può sottrarsi all’obbligo del riconoscimento della filiazione, come già affermato nel caso *Menesson*. Significativo è anche il passaggio del parere nel quale la Corte considera l’ipotesi che un legame biologico sussista tra madre intenzionale (donatrice dell’ovulo fecondato) e figlio nato da gestazione per altri, sottolineando come in tal caso il margine di apprezzamento dello Stato si riduca a favore del riconoscimento del rapporto con il figlio (par. 47: “*la nécessité d’offrir une possibilité de reconnaissance du lien entre l’enfant et la mère d’intention vaut a fortiori dans un tel cas*”).

La Corte dà rilievo agli orientamenti degli Stati membri: pur mancando un *consensus* circa la configurazione di un obbligo positivo di riconoscere il rapporto genitoriale sulla base del certificato rilasciato all’estero, è riscontrabile una tendenza favorevole al riconoscimento del rapporto di filiazione con i genitori intenzionali (cfr. le osservazioni al par. 43 del parere. Si può notare che, pochi mesi prima del parere, il *Bundesgerichtshof* tedesco, nella [sentenza](#) del 5 settembre 2018, ha statuito il diritto del minore nato a seguito di maternità surrogata a ottenere la registrazione del suo status di figlio anche nei confronti del genitore intenzionale).

Sulla base di queste argomentazioni la Corte perviene ad affermare che gli Stati sono tenuti a garantire una qualche forma di riconoscimento anche al genitore intenzionale, sia pure più circoscritta rispetto alla automatica trascrizione del certificato ottenuto all’estero (par. 46). Tale risultato potrebbe essere soddisfatto attraverso altri strumenti: la Corte individua l’adozione da parte del coniuge quale possibile rimedio per dare una veste legale al rapporto con il genitore committente. Al

II Parere della Corte EDU sulla maternità surrogata 129

riguardo non si sofferma sulle caratteristiche che deve rivestire, in omaggio alla libertà degli Stati di scegliere i mezzi più idonei alla luce della normativa in vigore. Suggerisce tuttavia dei criteri di valutazione circa l'adeguatezza di quello strumento, riguardanti la rapidità -nell'ottica della necessità di evitare il prolungarsi di situazioni di incertezza riguardo allo *status* del figlio-, l'effettività della procedura di adozione e la presenza e validità del consenso prestato dalla madre gestazionale. Dal canto suo il governo francese, direttamente coinvolto dalla procedura di parere consultivo, aveva indicato che quasi tutte le domande di adozione da parte del coniuge di bambini nati a seguito di gestazione per altri sono state soddisfatte dal luglio 2017 al maggio 2018.

L'impostazione seguita dalla Corte appare pienamente condivisibile, alla luce delle considerazioni presenti nella motivazione, già svolte in parte nelle precedenti pronunce aventi ad oggetto la delicata materia della gestazione per altri. Peraltro, la Corte EDU non ha mancato di precisare che nella valutazione dell'interesse del minore rientrano anche altri elementi da considerare, quali, in primo luogo, i possibili abusi connessi all'accordo di gestazione per altri, e l'esigenza di tutela di interessi anch'essi fondamentali a fronte di pratiche gravemente lesive di valori fondamentali. Si tratta di valutazioni che richiedono un esame caso per caso 'alla luce delle circostanze': emerge da questo passaggio la conferma del tipo di analisi che il giudice dovrà svolgere in concreto, e non in astratto, per stabilire la sussistenza di eventuali limiti di ordine pubblico internazionale al riconoscimento della filiazione.

È interessante considerare l'impatto del parere della Corte EDU sulle soluzioni possibili nell'ambito dell'ordinamento italiano sotto il profilo della registrazione della filiazione stabilita all'estero e della disciplina dell'adozione.

Come è noto, nell'ordinamento italiano la maternità surrogata è vietata e penalmente perseguita ai sensi dell'art. 12, 6° comma, d.lgs. n. 40/2004. Tuttavia, qualora la nascita avvenga in uno Stato che la consente e il bambino acquisisca in base allo *ius sanguinis* o allo *ius soli* la nazionalità di quel Paese, la registrazione del certificato ottenuto all'estero che attribuisca la genitorialità anche a favore del coniuge privo di legami biologici con il bambino non dovrebbe incontrare ostacoli. In base all'art. 33 della L. 218/95 di riforma del diritto internazionale privato, lo stato di figlio è determinato dalla legge nazionale acquisita alla nascita o da quella di uno dei genitori, se più favorevole. Il provvedimento straniero ha efficacia in Italia grazie agli art. 65 o 66 se proveniente dallo Stato della nazionalità e può, pertanto, essere registrato nel registro dello stato civile. È fatto salvo il limite dell'ordine pubblico internazionale. Se il giudice ritiene che non emergano elementi di questo tipo o in misura tale da prevalere sull'interesse superiore del minore, la filiazione deve essere trascritta nei registri di stato civile anche a favore del genitore intenzionale.

Qualche caso analogo a quello che costituisce oggetto del parere della Corte europea riguardante il riconoscimento della genitorialità di una coppia di persone coniugate di sesso diverso è stato sottoposto alla giurisdizione italiana nel 2009 ([sentenza](#) Corte d'Appello Bari 13 febbraio 2009) e nel caso *Paradiso e Campanelli* (sopra citato). La prevalente giurisprudenza di merito italiana che ha affrontato recentemente il problema del riconoscimento della filiazione riguarda invece coppie di persone dello stesso sesso. Da tale giurisprudenza emerge un orientamento favorevole al riconoscimento mediante registrazione o trascrizione della sentenza o, rispettivamente, del certificato ottenuto all'estero. Come testimonia un passaggio della [sentenza](#) della Corte d'Appello di Napoli del 15 giugno-4 luglio 2018, «ormai non pochi ufficiali di Stato civile stanno

II Parere della Corte EDU sulla maternità surrogata 131

provvedendo direttamente a formare atti di nascita indicanti una genitorialità omosessuale e numerose corti di merito ne prendono atto» (v. p. 7). Questi provvedimenti si riferiscono sia a casi nei quali sussiste un legame biologico con entrambi i genitori ‘committenti’, sia a casi nei quali sono presenti legami biologici con uno soltanto dei genitori (cfr. anche Trib. Torino, decreti 21 maggio e 11 giugno 2018, con il commento di M. Gattuso).

Peraltro, tale orientamento è stato contraddetto dalla [sentenza](#) della Corte di Cassazione (s.u.) dell’8 maggio 2019 n. 12193, che si è pronunciata nel senso della non riconoscibilità del provvedimento straniero di accertamento del rapporto di filiazione in caso di ricorso alla maternità surrogata, e cassato l’[ordinanza](#) della Corte d’Appello di Trento del 23 febbraio 2017 che aveva disposto la trascrizione nei registri dello stato civile, ravvisando nel divieto di surrogazione di maternità previsto nel nostro ordinamento un principio di ordine pubblico, in quanto posto a tutela di valori fondamentali, dal quale discenderebbe il necessario affievolimento del diritto alla conservazione dello *status filiationis* acquisito all’estero. La Corte ha invece confermato l’indirizzo instaurato con la [sentenza](#) 30 settembre 2016 n. 19599 e con la [sentenza](#) 15 giugno 2017 n. 14878, che ritiene prevalente l’esigenza di salvaguardare l’interesse del minore al riconoscimento della genitorialità nel caso di maternità condivisa da due donne, una delle quali donatrice dell’ovulo impiantato nell’altra, madre gestazionale.

Nella motivazione della sentenza n. 12193/2019 la Cassazione ha valorizzato la possibilità di ricorrere al rimedio dell’adozione in casi particolari di cui all’art. 44, 1° comma, lett. *d*) della L. 184/1983. Si tratta, come è noto, di uno strumento applicabile in caso di «constatata impossibilità di affidamento preadottivo». L’«impossibilità» è stata intesa come ri-

feribile non soltanto alla mancanza delle condizioni ‘di fatto’, ma anche alla ‘impossibilità giuridica’ (ad esempio, insussistenza del rapporto di coniugio; prevede infatti l’art. 44, 3° comma, che «nei casi di cui alle lettere *a*), *c*), e *d*) del comma 1, l’adozione è consentita, oltre che ai coniugi, anche a chi non è coniugato»). Pertanto, provvedimenti di adozione *ex art.* 44, 1° comma, lett. *d*), sono stati pronunciati a favore del convivente (tra le prime pronunce cfr. Corte d’Appello Firenze 4 ottobre 2012 n. 1274) o del *partner* dello stesso sesso del genitore di un minorenni (sentenza Trib. minorenni Roma 30 luglio 2014 n. 299; sentenza Corte d’Appello Roma 23 dicembre 2015 n. 7127; sentenza Cass. 22 giugno 2016 n. 12962; sentenza Corte d’Appello Milano 9 febbraio 2017; sentenza Cass. 16 aprile 2018, n. 9373; sentenza Trib. minorenni Milano, 10 ottobre 2018), valorizzando la presenza del legame affettivo tra il bambino e l’aspirante genitore (v. i riferimenti e le considerazioni ricostruttive sulla base della cospicua giurisprudenza in Ferrando, “L’adozione in casi particolari alla luce della più recente giurisprudenza”, in *Il diritto delle successioni e della famiglia*, 2017, pp. 65-78; Rossolillo, “Riconoscimento di status familiari e adozioni sconosciute all’ordinamento italiano”, in *Diritti umani e Diritto internazionale*, 2016, spec. pp. 336-339).

Il ricorso allo strumento di cui all’art. 44, 1° comma, lett. *d*), nell’applicazione che ha ricevuto nella giurisprudenza, consente di ovviare alle difficoltà di utilizzazione dell’adozione a favore del coniuge allorché questa venga richiesta da coppie di persone dello stesso sesso, dati i limiti imposti dalla L. 76/2016 sulle unioni civili, che non consente di estendere a queste ultime le disposizioni in materia di filiazione e di adozione (l’art. 20 della L. 76/2016 estende al *partner* dell’unione la qualifica di ‘coniuge’ precisando, tuttavia, che tale estensione «non si applica alle norme del codice civile non richiamate espressamente dalla legge né alle disposizioni della L. 184/1983»). Né sarebbe

II Parere della Corte EDU sulla maternità surrogata 133

possibile aggirare queste limitazioni celebrando il matrimonio all'estero, ove consentito, dal momento che gli articoli 32-*bis* e 32-*quinquies* della L. 218/95 di riforma del sistema italiano di diritto internazionale privato stabiliscono che il matrimonio celebrato all'estero da *partners* cittadini italiani o fra un cittadino italiano ed uno straniero produce gli effetti dell'unione civile regolata dalla legge italiana, e dunque sottostà alle stesse limitazioni stabilite dalla disciplina italiana sulle unioni civili.

L'apertura all'adozione in casi particolari a favore del convivente eterosessuale consente di evitare trattamenti discriminatori nei confronti delle coppie dello stesso sesso. Al riguardo si può citare la [sentenza](#) della Corte EDU nel caso *X et al. c. Austria*, deciso il 19 febbraio 2013 (ricorso n. 19010/7), secondo la quale, ove uno Stato contraente contempli l'istituto dell'adozione del figlio del *partner* a favore delle coppie conviventi di sesso diverso, «il principio di non discriminazione fondata sull'orientamento sessuale impone la sua estensione alle coppie formate da persone dello stesso sesso» (*ivi*, par. 151). Si deve pertanto condividere la tendenza di apertura espressa da operatori e giurisdizioni italiane, e che appare ormai consolidata e recepita anche ai massimi livelli giurisdizionali. Va rilevato anche che la Corte di Cassazione, con [sentenza](#) 31 maggio 2018 n. 14007, ha dichiarato l'efficacia nel nostro Paese di provvedimenti stranieri di adozione a favore di coppie di persone dello stesso sesso, escludendone la contrarietà all'ordine pubblico (il caso riguardava un provvedimento di adozione 'piena' a favore di due donne coniugate in Francia, ciascuna delle quali aveva adottato il figlio partorito dall'altra. La Cassazione ha basato la sua decisione sull'art. 24 della [Convenzione dell'Aja del 1993](#) per la tutela dei minori e la cooperazione in materia di adozione internazionale, ratificata in Italia con L. n. 476 del 1998).

Riguardo al rimedio dell'adozione in casi particolari, che non interrompe il rapporto con la famiglia d'origine, rimane comunque il dubbio se sia adeguato alle esigenze connesse alla filiazione. La registrazione dello *status* di figlio sulla base della certificazione acquisita all'estero appare meglio rispondente all'interesse superiore del minore, oltre che alla realizzazione del progetto di genitorialità mediante procreazione medicalmente assistita. Va inoltre rilevato che l'adozione *ex art. 44, 1° comma, lett. d)*, L. 184/1983, costituisce un rimedio attivabile su iniziativa del genitore intenzionale e, dunque, non garantisce l'acquisizione dello *status* di figlio sulla base del progetto di genitorialità condiviso dalla coppia. Non sono poi da sottovalutare i problemi connessi al consenso della madre gestazionale (problema cui si accenna nel parere, al par. 57) nei casi di ricorso alla maternità surrogata. Si tratta, fra l'altro, di stabilire se la rinuncia – espressa e libera – ad avanzare pretese di esercizio della genitorialità formulata al momento della conclusione del contratto di gestazione equivalga ad un consenso valido ai fini dell'adozione.

Questa complessa problematica non risulta presente nei dati statistici utilizzati dalla Corte EDU, che ha circoscritto la sua analisi alle ipotesi di ricorso alla maternità surrogata da parte di coppie eterosessuali coniugate. Eppure, ai fini della ricostruzione degli elementi presi in esame dalla Corte EDU, appaiono significative anche le tendenze della giurisprudenza italiana, pur non sorrette da una legislazione adeguata e in alcuni ambienti considerate 'eversive'. Il parere della Corte EDU rappresenta un indubbio stimolo a riconsiderare la normativa italiana sulla attribuzione della genitorialità ai membri di unioni registrate, nonché sulla accessibilità dell'istituto dell'adozione e la rapidità delle procedure. Può altresì contribuire ad orientare in materia le più alte giurisdizioni, le quali, data la mancata adesione italiana al Protocollo n. 16, non sono abilitate a sotto-

II Parere della Corte EDU sulla maternità surrogata 135

porre alla Corte europea alcuna richiesta di parere consultivo.

16 maggio 2019

INTERVENTI

1

Diritto internazionale pubblico

MARCO PERTILE Sul riconoscimento di governo nella crisi venezuelana: la trasformazione alchemica è completa?

NICOLA COLACINO Organizzazioni internazionali e immunità ristretta *per relationem* secondo una recente decisione della Corte suprema degli Stati uniti

LORENZO GRADONI Ritorno di Anzilotti

ANDREA SPAGNOLO Attribuzione del fatto illecito *à la carte* ovvero come la Corte suprema olandese ha liquidato le madri di Srebrenica

Sul riconoscimento di governo nella crisi venezuelana: la trasformazione alchemica è completa?

MARCO PERTILE (*)

Grande il doppio della Francia e con [riserve petrolifere](#) superiori a quelle [dell'Arabia Saudita](#), il Venezuela è oggetto da almeno un decennio di un processo di disgregazione sociale e di indebolimento istituzionale che colpisce per l'inesorabile lentezza e per l'apparente assenza di soluzioni. Per molti aspetti, la vicenda di questo – un tempo ricco – [Paese di 32 milioni di abitanti](#) integra perfettamente alcune delle acquisizioni teoriche della ormai abusata [teoria della maledizione delle risorse](#). Un sistema economico indebolito dalla scarsa diversificazione e dalla progressiva perdita di rilevanza del settore manifatturiero, si espone agli *shock* derivanti dal cambiamento del prezzo della materia prima di riferimento. Il sistema politico si avvita allo stesso tempo verso forme di autocrazia che derivano anche dall'esposizione alle ingerenze esterne e dal rischio endemico del colpo di Stato. Le autorità di governo si proteggono dal rischio politico e « fisico » ipotecando la ricchezza del Paese, ga-

(*) Università degli Studi di Trento.

rantendosi la fedeltà di un [esercito ricco di colonnelli e generali](#) e creando milizie paramilitari. Contestualmente, [l'equilibrio dei poteri tra le istituzioni va in frantumi](#) e la catena della legittimazione politica che dovrebbe legare governanti e governati s'indebolisce sempre più fino alla repressione del dissenso e ai tentativi di svolta autoritaria.

Sul piano geopolitico, la crisi venezuelana suscita un forte senso di *déjà vu*, pur evidenziando anche alcuni elementi di originalità. Quanto al *déjà vu*, basti pensare che [ancora una volta nel continente americano](#) un governo che si dichiara socialista denuncia i tentativi di colpo di Stato e l'aggressione economica dei Paesi capitalisti. Questi ultimi descrivono, invece, la situazione come una crisi umanitaria e ricollegano la crisi dell'economia del Paese alla stoltezza delle decisioni politiche di una *leadership* corrotta e delegittimata. Quanto agli elementi di originalità, spicca il coinvolgimento della Federazione russa e della Cina nella crisi politica di un Paese latinoamericano. La nazionalizzazione delle concessioni petrolifere, la politica dei prezzi bloccati e le sanzioni economiche hanno portato infatti il Venezuela a gravitare sempre più [nell'orbita della Federazione russa](#) e della [Cina](#), che vantano ingenti crediti nei confronti del governo di Nicolás Maduro.

Storicamente è peraltro importante ricordare che il Venezuela è il Paese dove l'intervento negli affari interni ha trovato controverse applicazioni pratiche. [Come è stato già sottolineato](#), all'inizio del '900 la politica delle cannoniere delle potenze europee, tra cui l'Italia, rivolta proprio contro il Venezuela, creò le condizioni per la trasformazione della [dottrina Monroe](#), attraverso il [corollario Roosevelt](#), da manifesto anti-colonialista a rivendicazione della sfera di influenza statunitense sul continente americano. Istituti del diritto internazionale come la [dottrina Drago](#), secondo cui la sospensione dei pagamenti del debito pubblico non poteva giustificare l'intervento armato dei Paesi creditori, trovano quindi nelle vicende stori-

che del Venezuela una parte determinante del proprio substrato sociale. È inoltre interessante notare come, nel secondo dopoguerra, il Venezuela si sia fatto portatore di una politica estera orientata al rispetto della democrazia. Già a partire dal 1949, il Presidente Betancourt, attraverso una [dottrina](#) che ispirerà l'adozione della [Carta democratica interamericana](#) del 2001, sosteneva che dovesse essere negato collettivamente il riconoscimento ai governi nati da un atto di forza in Paesi dove fosse presente un regime nato da consultazione elettorale. Con [parole che sembrano oggi premonitrici](#), nel 1959, egli affermava anche che «un cordone sanitario» di non riconoscimento dovesse essere creato attorno ai Paesi che non rispettavano i diritti dei propri cittadini adottando politiche totalitarie.

Dal 1959, in effetti, il Venezuela fu considerato per almeno un trentennio come uno dei paesi più stabili dell'America latina in quanto governato ininterrottamente da presidenti eletti. La storia più recente del Paese evidenzia però almeno due tentativi di colpo di Stato falliti. Il primo, condotto da [Hugo Chávez nel 1992](#), si era concluso con l'arresto e la detenzione del golpista che era stato poi amnistiato. Il secondo, ai danni dello stesso Chávez, nel 2002, si era concluso con un tentativo di svolta autoritaria da parte del nuovo Presidente, mentre la reazione dei sostenitori del precedente governo nel Paese [spingeva i militari golpisti alla marcia indietro](#). In quest'ultimo caso, un'ampia maggioranza dei paesi latino americani aveva chiarito di non essere disposta a riconoscere il nuovo governo, mentre [Spagna e Stati Uniti](#) si erano astenuti dal condannare il colpo di Stato in attesa di comprendere come si sarebbero stabilizzati gli eventi. Il Presidente Chávez aveva peraltro accusato apertamente l'amministrazione Bush di [avere appoggiato il colpo di Stato e di avere finanziato l'opposizione](#).

Nel 2013, alla sua morte, Hugo Chávez lasciava un Venezuela dove le forti disuguaglianze che storicamente caratterizzavano il Paese erano diminuite grazie all'investimento dei

proventi del petrolio in [programmi sociali](#). La situazione economica era però allo stesso tempo oggetto di fiammate inflazionistiche in un contesto in cui un'importante "fuga dei cervelli" e l'emigrazione della classe media erano solo in parte compensate dall'afflusso di lavoratori non qualificati attratti dal welfare venezuelano. Dopo una prima vittoria – risicata nei numeri e contestata dalle opposizioni – alle elezioni presidenziali suppletive del 2013, il delfino designato del Presidente Chávez, Nicolás Maduro, dovette fronteggiare una [sconfitta alle elezioni politiche del 2015](#) per l'Assemblea parlamentare. La crisi economica dovuta [al calo delle quotazioni del greggio e alla produzione stagnante](#) colpiva intanto il Paese, provocando disordini che venivano repressi in modo sempre più brutale. Già nel 2014 gli scontri tra manifestanti di opposte fazioni con il coinvolgimento delle forze governative avevano portato alla morte di [più di quaranta persone](#). La [cifra delle vittime salì a 130](#) assieme a centinaia di feriti nel 2017. Precedentemente, nel 2016, [il tentativo delle opposizioni di convocare un referendum confermativo](#) della presidenza attraverso una petizione che raggiunse 1.900.000 firme era stato insabbiato dalla Consiglio elettorale nazionale. Nel 2017 Maduro convocò per decreto elezioni per la riforma della costituzione, sostituendo e di fatto esautorando l'Assemblea parlamentare con una nuova Assemblea costituzionale. Nel 2018 il presidente uscente ottenne la riconferma in un clima politico incandescente: le elezioni presidenziali, con un'affluenza del 46%, furono boicottate da un'ampia parte dei partiti di opposizione che denunciava il controllo del governo sui media pubblici, sull'Assemblea costituzionale, sul sistema giudiziario e sul Consiglio nazionale elettorale. Contestualmente, Maduro [denunciava](#) i tentativi dell'opposizione venezuelana, degli Stati Uniti e della Colombia di ucciderlo. Maduro sarebbe stato in effetti oggetto di un [misterioso attentato](#) con due droni commerciali nel mese di agosto 2019 e aveva già denunciato l'esistenza di un [piano per ucciderlo nel 2014](#). Nel

142 Interventi

frattempo, l'aggravarsi della crisi economica si traduceva in una penuria di beni di prima necessità e l'emigrazione assumeva dimensioni importanti. Secondo l'UNHCR, nel periodo 2014-2018, i richiedenti asilo provenienti dal Venezuela erano 414.570, mentre il totale dei venezuelani che avevano ottenuto il riconoscimento dello *status* di rifugiato a fine 2018 era di 1.373.347. A fine febbraio 2019, invece, la stima totale di rifugiati e migranti era di quasi tre milioni e mezzo.

Tra i tentativi di mediazione internazionale si segnalano un primo tentativo del Vaticano nel 2016 e un secondo tentativo sempre del Vaticano nel mese di febbraio 2019, su cui sembrava all'inizio convergere il consenso di entrambe le parti, con una successiva manifestazione di indisponibilità da parte del Presidente dell'Assemblea parlamentare Guaidó che condizionava l'inizio della trattativa all'uscita di scena di Maduro. Nel 2019 un altro tentativo di mediazione da parte del gruppo di contatto convocato dall'Unione europea si esauriva per i dissensi interni al gruppo stesso e in particolare per il rifiuto da parte di alcuni membri di appoggiare la richiesta di nuove elezioni. Un successivo tentativo di Uruguay, Messico e Bolivia, senza alcuna precondizione, veniva nuovamente rifiutato da Guaidó.

Una questione di particolare importanza nella crisi venezuelana riguarda l'adozione di sanzioni nei confronti del governo Maduro. Come è noto, il Consiglio di sicurezza non ha potuto adottare alcuna risoluzione relativa alla situazione in Venezuela a causa della forte diversità di vedute tra i membri permanenti. La questione venezuelana è stata discussa per tre volte in dibattiti al Consiglio di sicurezza, ma senza l'assunzione di alcuna decisione. Ciononostante, un ampio numero di Paesi ha adottato unilateralmente sanzioni nei confronti del governo venezuelano di Maduro già nel periodo antecedente alla crisi politica del 2019. A partire dalla decisione dell'amministrazione Obama nel 2015 di adottare sanzioni con-

tro i responsabili dell'indebolimento dei processi e delle istituzioni democratiche, le misure adottate assunsero in una prima fase principalmente la forma delle [sanzioni mirate](#) nei confronti di individui membri del governo o dei servizi di sicurezza venezuelani. Una svolta importante si verificò però già a partire dal 2017 quando l'amministrazione Trump adottò sanzioni più generali con un [ampio effetto sull'economia venezuelana](#). Tali sanzioni comprendono misure volte a impedire al governo venezuelano e all'impresa petrolifera nazionale PdVSA di avere [accesso al sistema finanziario statunitense](#), a [impedire acquisti negli Stati Uniti del Petro](#), la nuova criptovaluta venezuelana, a impedire le [transazioni aventi per oggetto oro](#) proveniente dal Venezuela, a impedire che i [profitti generati dalla vendita del petrolio](#) negli Stati Uniti entrino nella disponibilità del governo Maduro. Talvolta, le sanzioni hanno un chiaro effetto nei confronti di Paesi terzi, come in occasione della [decisione di inserire nelle liste](#) due società, rispettivamente liberiana e greca, che avevano operato nel trasporto di petrolio dal Venezuela a Cuba.

All'inizio del 2019, la legittimità del nuovo mandato presidenziale di Maduro non fu riconosciuta dalle forze di opposizione e venne apertamente contestata a livello internazionale. Il 23 gennaio 2019, circa due settimane dopo la proclamazione del Presidente Maduro, il Presidente dell'Assemblea Guaidó proclamava di assumere [la presidenza *ad interim* del Paese](#), invocando [gli art. 233, 333 e 350 della Costituzione venezuelana](#), in vista della convocazione di nuove elezioni. Secondo l'art. 233, in particolare, in caso di «assenza assoluta» del Presidente della Repubblica prima dell'assunzione dell'incarico, l'incarico stesso sarà assunto dal Presidente dell'Assemblea parlamentare al fine di portare il Paese a nuove elezioni nei trenta giorni successivi. L'articolo elenca precisamente i casi in cui un'assenza assoluta del Presidente si verifica: la morte, la rinuncia, la destituzione decretata dal Tribunale supremo di giustizia,

l'incapacità mentale certificata e non sembra in franchezza applicabile alla situazione attuale. Più credibile sembra invece l'invocazione degli art. 333 e 350 che contemplano un diritto alla disobbedienza civile e alla resistenza a fronte di svolte autoritarie al di fuori del perimetro della Costituzione.

Sia come sia, l'assunzione della presidenza *ad interim* da parte di Guaidó venne immediatamente sostenuta dagli Stati Uniti e da quasi tutti i [Paesi del Gruppo di Lima](#) ad esclusione di [Messico ed Uruguay](#) (Argentina, Brasile, Cile, Colombia, Costa Rica, Ecuador, Guatemala, Honduras, Panama, Paraguay, Perù). Più cauta fu invece la [posizione dell'Unione europea](#) che espresse in primo luogo la richiesta che in Venezuela fossero convocate in tempi rapidi nuove elezioni. La richiesta divenne poi un vero e proprio [ultimatum](#) rivolto però soltanto da alcuni Stati europei al governo Maduro: in assenza della convocazione di nuove elezioni entro 8 giorni la Francia, il Regno Unito, la Spagna, la Germania e altri 15 Paesi europei avrebbero riconosciuto Juan Guaidó come Presidente *ad interim*. [Cosa che in effetti avvenne](#). La [posizione italiana](#) esprimeva invece la richiesta di nuove elezioni e il sostegno per l'Assemblea parlamentare senza spingersi fino a riconoscere Guaidó come Presidente *ad interim*. Tra i Paesi europei che non decisero di procedere al riconoscimento della Presidenza *ad interim* di Guaidó si contano anche la [Grecia](#), la [Slovacchia](#), [Cipro](#) e la [Norvegia](#) (tra i Paesi EFTA). Cina, Russia, Turchia, Sudafrica, Bolivia, Cuba, e altri Stati caraibici espressero invece il proprio sostegno per il governo di Maduro. In un quadro così diversificato, i resoconti giornalistici offrono [una conta da pallottoliere](#) della posizione degli Stati affermando che i Paesi che "riconoscono" Guaidó e l'Assemblea parlamentare sarebbero più di 50, i Paesi che sostengono il governo Maduro tra 15 e 20, mentre una decina di Paesi avrebbero espresso una posizione a cavallo tra l'aperta neutralità, l'invocazione di nuove elezioni o il mero appoggio all'Assemblea parlamentare.

A fronte di queste contrapposte dichiarazioni statali, i [primi commenti dottrinali](#) si sono però giustamente soffermati sul contenuto delle dichiarazioni stesse offrendone un'analisi testuale dettagliata (*à la Talmon*), nel tentativo di definirne la portata. Dall'analisi delle dichiarazioni e della prassi successiva emerge tra i Paesi che supportano Guaidó una frattura piuttosto netta. Mentre le dichiarazioni di riconoscimento di alcuni Paesi, come ad esempio gli [Stati Uniti](#), il [Canada](#) e il [Paraguay](#), sono molto chiare nel definire Guaidó il Presidente *ad interim* del Venezuela, la posizione di altri Paesi si sofferma piuttosto sulla legittimità del Presidente Guaidó o dell'Assemblea parlamentare implicando la possibilità che continui a sussistere anche il riconoscimento di un'autorità legale (ma non legittima), il governo di Maduro. È il caso, ad esempio, della dichiarazione resa dalla [Spagna](#) tra i Paesi europei. Non tutte le dichiarazioni di sostegno a Guaidó o all'Assemblea parlamentare possono quindi essere equiparate ad un atto di riconoscimento di governo. In alcuni casi, in linea con quanto [già evidenziato](#) dalla prassi relativa [alla Libia e alla Siria](#), le dichiarazioni di sostegno devono essere considerate semplicemente come un [atto politico di sostegno ai partiti di opposizione](#). Decisivo sembra essere da questo punto di vista il fatto che in un certo numero di casi (Spagna, Francia, Cile, Germania) il "riconoscimento" di Guaidó non abbia portato ad un'interruzione dei rapporti diplomatici con il governo Maduro e che non sia stato riconosciuto lo [status diplomatico](#) ai rappresentanti di Guaidó nel Paese. Altri Paesi, invece, come gli [Stati Uniti](#) e il [Paraguay](#) intrattengono le proprie relazioni diplomatiche con il Venezuela interagendo soltanto con i rappresentanti del Presidente *ad interim* Guaidó. Degno di nota è inoltre il fatto che le dichiarazioni di sostegno da parte dei Paesi europei sembrano in ogni caso assumere i contorni di un riconoscimento condizionato in cui [la celebrazione di nuove elezioni diventa l'elemento cruciale](#) della dichiarazione stessa. In altre parole, più che l'identità del Pre-

sidente, nelle dichiarazioni dei Paesi europei, sembra contare il fatto che [il Paese venga condotto a nuove elezioni](#) in tempi rapidi. Secondo [questo approccio](#) la posizione del Presidente *ad interim* sembra essere equiparata a quella di un “commissario *ad acta*” e resta tutto da verificare il contenuto dei poteri di governo che i terzi sarebbero disposti a riconoscere.

La portata delle dichiarazioni rese dagli Stati terzi in seguito all'autoproclamazione di Guaidó può quindi assumere maggiore chiarezza solo alla luce della prassi successiva. Dopo la propria autoproclamazione, Guaidó, nonostante non controlli assolutamente il territorio venezuelano, ha interpretato i suoi poteri in modo molto ampio e per nulla condizionato alle attività connesse all'indizione di nuove elezioni. Egli ha nominato nuovi rappresentanti diplomatici presso le organizzazioni internazionali riuscendo in alcuni casi ([IADB, OAS](#)) a sostituire i rappresentanti nominati dal governo Maduro; [ha autorizzato l'ingresso](#) (mai avvenuto nei fatti) di aiuti umanitari nel territorio venezuelano; ha invitato i Paesi terzi [a congelare i beni e le attività economiche](#) rendendoli indisponibili al governo Maduro; ha affermato, infine, di non escludere l'eventualità di [invitare Paesi terzi a usare la forza](#) sul territorio venezuelano. Effetti economici significativi per il governo Maduro sono quindi derivati non solo da alcune delle sanzioni unilaterali descritte in precedenza, ma direttamente dal riconoscimento della presidenza *ad interim* di Guaidó negli ordinamenti interni. Digni di nota da questo punto di vista sono episodi come la sostituzione, negli Stati Uniti, dei [membri del Consiglio di Amministrazione della controllata CITGO](#) della compagnia petrolifera statale PdVSA con individui indicati da Guaidó o la [decisione della Banca di Inghilterra](#), avanzando [dubbi sull'autorizzazione alla transazione](#) della controparte, di non permettere al governo Maduro di rimpatriare l'equivalente in oro di 1,2 miliardi di dollari.

Quanto alla delicata [questione dell'uso della forza arma-](#)

ta nella crisi venezuelana, è interessante notare che esiste un ampio consenso, anche tra i Paesi che sostengono Guaidó, sull'opportunità di non ricorrere a mezzi coercitivi. Non è dato comprendere se la ritrosia ad ammettere il ricorso alla forza derivi dalla persuasione di illiceità di un intervento armato contro un governo costituito o sia piuttosto il portato della **complessità operativa** di un tale intervento e dei problemi geopolitici che lo stesso genererebbe. Resta il fatto che **tra i Paesi che sostengono Guaidó** soltanto gli **Stati Uniti** (in modo esplicito e ripetuto) ammettono il ricorso alla forza armata. È al riguardo anche degno di nota il fatto che la stessa Federazione russa, che sostiene il governo Maduro – e potrebbe quindi fare ricorso alla **dottrina dell'intervento su invito** da parte del governo costituito – si è affrettata a chiarire che i propri consiglieri militari presenti sul territorio sono in Venezuela in forza di **accordi di cooperazione militare progressi**. In occasione dell'insurrezione organizzata da Guaidó e sostenuta da alcuni settori delle forze armate il 30 aprile, dichiarazioni di supporto all'opposizione venezuelana sono state rese dai **Paesi del Gruppo di Lima** e **dagli Stati Uniti**, ma solo questi ultimi hanno ribadito di ammettere anche l'opzione dell'intervento armato esterno. Il **Gruppo di Lima** si è limitato a invitare i militari venezuelani a prendere le parti di Guaidó e anche l'Unione europea, che pure aveva in larga parte dei suoi Stati membri sostenuto esplicitamente Guaidó, ha espresso la sua **contrarietà** ad ogni soluzione che implichi il ricorso alla violenza e ha reiterato la propria richiesta di elezioni libere e democratiche. La **Federazione russa** ha definito l'interferenza degli Stati Uniti negli affari interni del Venezuela come una delle più “grossolane” violazioni del diritto internazionale e ha avvertito che la continuazione di “passi aggressivi” avrebbe avuto “le conseguenze più drastiche”. Gli **Stati Uniti** evocano invece esplicitamente un deterioramento delle relazioni bilaterali con la Federazione russa, senza addurre argomenti giuridici a sostegno della loro richiesta di cessare ogni influenza

148 Interventi

nella crisi venezuelana.

Dopo questa descrizione dei fatti e della posizione degli Stati terzi, quali sono dunque gli insegnamenti che possiamo trarre dal caso venezuelano in relazione alle questioni chiave del riconoscimento di governo e dell'intervento negli affari interni?

Procedendo con ordine e partendo dalle osservazioni più banali, si può affermare in primo luogo che trova conferma negli eventi recenti la rinnovata importanza del riconoscimento di governo nella prassi internazionale, riconoscimento che aveva invece attraversato [una fase recessiva](#) sul finire del secolo scorso. Le cause devono essere probabilmente ricercate nell'ampia ridefinizione degli equilibri globali e regionali, con la riproposizione della [politica delle sfere di influenza](#) e con attori esterni pronti a un nuovo interventismo negli affari interni. Dal punto di vista giuridico la ripresa della pratica del riconoscimento di governo però dimostra a mio avviso una cosa già molto nota: nelle guerre civili e nelle crisi costituzionali in genere [è ancora importante la distinzione tra governo e insorti](#) o tra governo e opposizione. I poteri del governo, evidentemente, sono diversi e un intervento dei terzi a favore del governo è condonabile. La questione del rispetto del principio di non intervento negli affari interni scarica quindi tutto il suo peso sul tema preliminare del riconoscimento di governo.

In secondo luogo, gli eventi in corso in Venezuela ci permettono di osservare che le dichiarazioni di "riconoscimento" sono molto varie e che a volte è difficile distinguere tra casi di "vero" riconoscimento di governo e mere dichiarazioni di sostegno politico verso i partiti di opposizione. In questo senso, diventa cruciale l'osservazione della prassi successiva per capire la portata della dichiarazione. Saranno il più delle volte i comportamenti concreti successivi a chiarire la posizione dello Stato terzo nei rapporti bilaterali con gli attori della crisi. C'è peraltro da chiedersi sotto questo profilo se l'atto di riconosci-

mento, anche quando prematuro, possa di per sé costituire una violazione del diritto internazionale. La tendenza degli Stati ad analizzare sempre più apertamente e continuativamente questioni di legittimità interna riguardanti i governi di altri Paesi potrebbe far pensare che forme di interferenza minori, come il sostegno verbale all'opposizione o forse anche il riconoscimento dell'opposizione come governo, non costituiscano di per sé una violazione del principio di non intervento. Questa posizione si ricollega alla tesi secondo cui gli interventi vietati dal diritto internazionale **devono essere di tipo "dittatoriale"** nel senso di essere volti a impedire l'esercizio di prerogative sovrane da parte dello Stato verso cui l'intervento si rivolge. Seguendo questa tesi, la violazione del principio di non intervento deriverebbe non tanto dall'atto verbale del riconoscimento di governo, ma dagli atti materiali ad esso successivi e su di esso fondati come il sostegno economico e l'avvio di relazioni diplomatiche. È necessario in ogni caso approfondire questa posizione con molta cautela perché esistono Paesi, come la **Federazione russa**, la **Cina** e la **Siria**, che continuano ad affermare che il riconoscimento prematuro è interferenza vietata.

In terzo luogo, è evidente, anche nella crisi venezuelana, l'emersione di un criterio di legittimità che si affianca al criterio del controllo effettivo del territorio nel guidare le decisioni degli Stati in relazione al riconoscimento di governo o al sostegno alle forze di opposizione. In realtà anche **questo dato non è nuovo**: è stato notato da tempo che nella prassi le decisioni dei governi dei paesi terzi sono guidate da due parametri diversi come, da un lato, il tradizionale riferimento all'effettività del controllo sul territorio da parte del governo e, dall'altro, le sopra citate considerazioni di legittimità riconducibili al rispetto dell'ordinamento costituzionale e ai diritti umani. Esistono però importanti differenze tra questi due criteri guida: mentre l'effettività del controllo territoriale individua, almeno *prima facie*, un parametro di tipo oggettivo, il rispetto dell'ordinamento

costituzionale e dei diritti umani impone agli osservatori esterni di addentrarsi in complesse valutazioni di tipo fattuale e giuridico. È difficile, oltretutto potenzialmente arbitrario, per uno Stato terzo prendere posizione sull'attuazione dell'ordinamento costituzionale di un altro Paese.

Il problema è che, come il caso del Venezuela dimostra, non si può confinare il riconoscimento alla sfera del politico senza essere consapevoli del fatto che da quest'ultimo discendono evidenti conseguenze nell'applicazione delle regole del diritto internazionale che disciplinano il comportamento dei terzi rispetto agli affari interni dello Stato. Se si accetta, infatti, [l'opinione prevalente](#) secondo cui esisterebbe una presunzione di conformità al diritto internazionale quando l'attività dei terzi avvenga in forza di un'autorizzazione da parte del governo in carica, il riconoscimento di governo diventa determinante non tanto di per sé, ma per i suoi impatti sul divieto dell'uso della forza, sul principio di non intervento negli affari interni e financo sul principio di autodeterminazione. L'assenza di una regola chiara sui presupposti del riconoscimento e il continuo intersecarsi del criterio di legittimità e di quello di effettività mostrano tutta la loro problematicità soprattutto quando la distanza tra i due criteri è massima. Schematizzando, nel caso del Venezuela, ci troviamo di fronte ad una competizione tra un ente che controlla il territorio, ma è scarsamente legittimato e un altro ente che sembra godere di maggiore legittimità a livello internazionale, ma non controlla il territorio. In queste condizioni può verificarsi una forte spinta degli Stati terzi a riconoscere la parte che vanta una pretesa legittima all'assunzione del governo, ma l'assenza di controllo del territorio impedisce comunque l'esercizio di una parte determinante delle prerogative governative. L'analisi della prassi non permette però di riconoscere con certezza nella sola invocazione di ragioni di legittimità, a fronte dell'assenza di controllo territoriale, un criterio sufficiente per smettere di riconoscere il governo in carica a favore

dell'opposizione. A ben vedere esistono dei casi in cui ragioni di legittimità hanno portato la comunità internazionale alla decisione di intervenire militarmente per reagire a un colpo di Stato anche a fronte di un controllo territoriale debole o addirittura assente, ma tutti i “precedenti” presentano almeno due profili di diversità rispetto alla situazione attuale del Presidente dell'Assemblea parlamentare Guaidó. Il riferimento è ovviamente a casi di intervento internazionale come ad [Haiti nel 1994](#), in [Sierra Leone nel 1998](#), in [Costa d'Avorio nel 2011](#) e, recentemente, in [Gambia nel 2017](#). In questi “precedenti” si trattava sempre di un Presidente eletto ed esisteva un forte consenso sull'identità del governo legittimo a livello regionale (organizzazione regionale di riferimento) e/o globale (Consiglio di sicurezza). Il Presidente dell'Assemblea parlamentare Guaidó, invece, non è stato eletto Presidente del Venezuela e la sua posizione non è sorretta, allo stato attuale, da un sostegno unanime (o quasi) da parte della comunità internazionale.

Non può essere quindi questo riconoscimento di governo, come pietra filosofale, a trasformare un'ampia serie di atti di intervento negli affari interni in attività lecite di sostegno a un governo. Il diritto internazionale non è ancora ridotto ad alchimia o, forse, nel processo alchemico di trasmutazione di un'opposizione in nuovo governo mancano ancora alcuni passaggi fondamentali. Per dirla proprio prendendo a prestito i termini dell'arte alchemica, in Venezuela la materia si sta putrefacendo (*nigredo*), ma non si è ancora purificata (*albedo*), né si è ricomposta in nuova forma (*rubedo*). [Ciò che è nascosto non è ancora del tutto manifesto.](#)

19 maggio 2019

Organizzazioni internazionali e immunità ristretta *per relationem* secondo una recente decisione della Corte Suprema degli Stati Uniti

NICOLA COLACINO (*)

Il tema dell'immunità giurisdizionale delle organizzazioni internazionali torna centrale in una recente decisione della Corte Suprema degli Stati Uniti d'America sul caso *Jam et al. v. International Finance Corporation* (per ulteriori commenti v. [qui](#) e [qui](#)). La Corte, con la sola eccezione del *dissenting* J. Breyer, ha stabilito che, nell'ordinamento giuridico statunitense, alle organizzazioni internazionali deve essere riconosciuta un'immunità dalla giurisdizione interna corrispondente a quella goduta dagli Stati, in forza del rinvio operato dall'*International Organizations Immunities Act* (IOIA) alle condizioni di trattamento già in vigore nei confronti dei Governi stranieri: la legge, approvata nel 1945, prevede, infatti, che le organizzazioni godano della «same immunity from suit and every form of judicial

(*) Università degli Studi "Niccolò Cusano".

process as is enjoyed by foreign governments» (22 U.S.C., par. 288a(b)). Con la conseguenza che, essendo ormai pacificamente accolta nella legislazione statunitense di cui al *Foreign Sovereign Immunities Act* (FSIA), la regola della cd. immunità ristretta, il rinvio anzidetto impone di ritenere applicabile la medesima regola anche nei confronti delle organizzazioni internazionali.

Il caso deciso dalla Suprema Corte coinvolge la *International Finance Corporation* (IFC), un'organizzazione internazionale appartenente al *World Bank Group* con sede a Washington, che finanzia iniziative private nelle aree meno sviluppate dei Paesi membri. La IFC era stata citata in giudizio da un gruppo di pescatori, agricoltori e abitanti di un villaggio del Gujarat, in India, per il risarcimento dei danni ambientali causati da una centrale elettrica realizzata grazie ai contributi dell'organizzazione. I ricorrenti avevano contestato all'IFC la mancata vigilanza sul rispetto dei *Performance Standards on Environmental and Social Sustainability*, un *corpus* di regole più rigorose di quelle stabilite dalla legislazione locale, imposte in via contrattuale ai destinatari del finanziamento e soggette a un meccanismo di valutazione interno alla stessa organizzazione.

Innanzitutto alla *District Court* del *D.C. Circuit* la condotta dell'IFC era stata giudicata insindacabile per effetto del riconoscimento di un'immunità giurisdizionale piena, corrispondente a quella goduta dai Governi stranieri al tempo dell'entrata in vigore della IOIA. Secondo la Corte distrettuale, il criterio di rinvio contenuto nella legge sull'immunità delle organizzazioni internazionali doveva essere interpretato alla luce delle sue finalità originarie, senza, pertanto, attribuire rilievo apprezzabile all'interpretazione evolutiva dall'istituto in argomento promossa *medio tempore* in sede giurisprudenziale.

Sul punto, la stessa sentenza della Corte Suprema ricorda come fino al 1952 la regola accolta nell'ordinamento statunitense fosse quella classica, in base alla quale i Governi stranieri

erano considerati «entitled to “virtually absolute” immunity as a matter of international grace and comity» (p. 3). In quell’anno, il Dipartimento di Stato (il cui orientamento in materia era generalmente fatto proprio dalle Corti federali, pur essendo espresso in forma di raccomandazione), in una nota lettera a firma del consigliere giuridico J.B. Tate indirizzata al Procuratore generale dichiarò di voler aderire al più recente indirizzo affermatosi sul piano internazionale, considerato il crescente coinvolgimento dei Governi stranieri in attività di carattere commerciale, rispetto al quale sorgeva l’esigenza di assicurare alle controparti private un’adeguata tutela giurisdizionale.

Il nuovo orientamento seguito dal Dipartimento di Stato venne recepito dalle Corti federali, che tuttavia, fino alla codificazione della materia intervenuta nel 1976, continuarono a richiedere indicazioni preventive all’esecutivo. Con l’entrata in vigore della FSIA, la «primary responsibility for immunity determinations» venne infine formalmente trasferita «from the Executive to the Judicial Branch» (così la Corte Suprema nella decisione sul caso *Republic of Austria v. Altmann*, del 2004, a p. 12).

Le determinazioni della Corte distrettuale non paiono, in effetti, adeguate al tenore letterale della norma di rinvio, che salda l’ambito materiale di operatività dell’immunità riconosciuta alle organizzazioni internazionali a quello dell’immunità riconosciuta ai Stati stranieri, implicitamente assegnando al vincolo di corrispondenza così delineato il carattere di un rinvio mobile.

È difficile sostenere, infatti, che ai fini dell’odierna corretta esegesi della formula letterale utilizzata nella IOIA non si debba tener conto delle vicende che hanno caratterizzato, in senso restrittivo, la qualificazione del contenuto dell’immunità riconosciuta agli Stati stranieri. Un’interpretazione di questo genere si porrebbe in contrasto con l’unico dato normativo a

disposizione dell'interprete, vale a dire il criterio di corrispondenza tra l'immunità riconosciuta alle organizzazioni e ai Governi stranieri stabilito dalla IOIA. Sicché, affermare oggi che le organizzazioni internazionali godono dell'immunità assoluta in ossequio al criterio in argomento significherebbe affermare che le organizzazioni internazionali *non* godono della medesima immunità riconosciuta ai Governi stranieri.

Ha buon gioco, pertanto, la Corte Suprema a censurare tale interpretazione e a opporre una lettura più fedele al tenore della norma di rinvio, allo scopo di modellare il contenuto dell'immunità riconosciuta alle organizzazioni su quello già disegnato dalla FSIA per gli Stati stranieri. L'ortodossia del «“reference” canon» applicato nella circostanza impone, infatti, di accertare il contenuto e i limiti dell'immunità giurisdizionale riconosciuta agli Stati stranieri nel momento in cui la questione (rispetto alla quale l'immunità delle organizzazioni viene in contestazione) è sorta e non in quello in cui la norma di rinvio è stata adottata. Per avvalorare tale interpretazione, la Corte si premura di richiamare alcune previsioni legislative dal contenuto analogo a quello della norma oggetto di scrutinio. In ogni caso, il suo ragionamento appare chiaro e difficilmente confutabile: se il legislatore del 1945 avesse inteso riconoscere alle organizzazioni internazionali un'immunità dalla giurisdizione di carattere assoluto, duraturo e insuscettibile di diverso apprezzamento, lo avrebbe affermato in modo esplicito, senza legarne le sorti a quella riconosciuta ai Governi stranieri.

Per le medesime ragioni, la Corte Suprema ritiene di dover rigettare l'argomentazione sostenuta dalla difesa della IFC, secondo cui le immunità riconosciute alle organizzazioni internazionali e agli Stati stranieri non potrebbero essere messe in correlazione tramite un mero rinvio formale poiché, nei due casi, il medesimo istituto persegue finalità differenti, tra loro non fungibili. A parere della Corte, una simile obiezione non può trovare accoglimento, dal momento che il *reference canon*, in sé

considerato, non impone, e anzi prelude, all'interprete indagini ulteriori riguardo al diverso contenuto o allo scopo perseguito dall'immunità nei confronti degli Stati e delle organizzazioni. Assumendo, infatti, che «absent a clearly expressed legislative intention to the contrary, [...] the legislative purpose is expressed by the ordinary meaning of the words used», l'intenzione manifestata dal legislatore nella fattispecie è tutta racchiusa nell'instaurazione del descritto nesso di corrispondenza tra le due forme di immunità giurisdizionale. Ogni diverso elemento di valutazione deve, quindi, ritenersi estraneo alla lettera della legge e, come tale, non può contribuire alla formazione del convincimento della Corte. Qualsiasi approfondimento condotto sul piano giudiziale allo scopo di valorizzare elementi diversi dal dato testuale finirebbe, infatti, per tradire il rigore semantico del nesso tra le due discipline stabilito dal legislatore.

Sennonché, la decisione della Corte, nella sua intransigente linearità, non sfugge ad alcuni rilievi critici, che trovano parziale conferma nelle argomentazioni dell'opinione dissidente. Ciò non tanto in ragione del suo esito – certamente non inedito se messo a confronto con la giurisprudenza, anche risalente, di altre corti nazionali (com'è il caso della Corte di Cassazione italiana, che nella nota sentenza n. 5399/1982 sul caso *I.n.p.d.a.i. c. FAO* aveva affermato la piena applicabilità anche alle organizzazioni delle regole internazionali sull'immunità elaborate per gli Stati; per un approfondimento cfr. [Bonafè](#), p. 252 ss.) – quanto piuttosto dell'impianto deduttivo che lo sorregge, deliberatamente limitato e tutto rivolto a sostenere l'autosufficienza del *reference canon*. Animata da un simile intento, la Corte trascura di interrogarsi sulla peculiare natura soggettiva e sul fondamento delle attribuzioni delle organizzazioni internazionali e, in ragione di queste, sull'effettiva mutabilità della regola dell'immunità ristretta per come originariamente concepita, vale a dire sulla sua attitudine a essere applicata direttamente e senza alcun adattamento formale in un am-

bito operativo diverso da quello in cui essa si è sviluppata. La pretesa neutralità del criterio utilizzato dalla Corte Suprema per sostenere, anche nei confronti delle organizzazioni internazionali, il superamento della concezione assoluta dell'immunità giurisdizionale finisce, così, per... neutralizzare il rilievo che pure dovrebbe essere assegnato agli elementi distintivi di tale categoria di enti rispetto a quella degli Stati.

È appena il caso di osservare che, nella valutazione delle legittime condizioni di esercizio della giurisdizione interna sugli atti delle organizzazioni, il carattere non originario e non generale delle relative attribuzioni viene certamente in rilievo. Sembra difficile ritenere, infatti, che la suddivisione tra *acta iure imperii* e *iure privatorum* su cui la regola dell'immunità ristretta è fondata sia adattabile indifferentemente alla condizione degli Stati e a quella delle organizzazioni, posto che, per queste ultime, sono le finalità istitutive, variabili per definizione, a tracciare i confini della potestà pubblicistica loro riconosciuta.

In buona sostanza, ove si intenda ricondurre il fondamento dell'immunità giurisdizionale delle organizzazioni a una regola di diritto generale (nonostante la minore propensione delle corti nazionali verso tale orientamento: cfr. [Ryngaert](#), p. 123 ss.), questa dovrebbe essere riferita al principio di necessità funzionale, anziché a quello dell'insindacabilità degli atti sovrani compiuti da enti *superiorem non recognoscentes* (chiarisce sul punto [Higgins](#), p. 93 che «[t]he relevant test under general international law is whether an immunity from jurisdiction to prescribe is necessary for the fulfilment of the organization's purposes» – interrogativo il quale «cannot be answered by reference to whether it was, in respect of the matter under litigation, acting 'in sovereign authority' or 'as a private person'»).

Pertanto, pur in presenza di un chiaro riferimento normativo atto a sancire il collegamento tra la disciplina dell'immunità delle organizzazioni e quella degli Stati, la mera traslazione della fattispecie in argomento in sede applicativa

senza alcuna puntualizzazione o ricalibratura rappresenta, a suo modo, una forzatura interpretativa, suscettibile di incidere in concreto sull'autonomia riconosciuta alle organizzazioni nella gestione delle competenze loro assegnate in via statutaria – che altro non è, a ben vedere, che la loro stessa «sovranità», ossia l'ambito materiale riservato all'interno del quale esse sono legittimate all'esercizio di poteri e prerogative riconducibili all'esplicazione delle finalità che ne hanno determinato l'istituzione.

Può affermarsi, in altri termini, che la regola dell'immunità ristretta, ormai stabilmente accolta sul piano consuetudinario nei confronti degli Stati e codificata nella Convenzione di New York del 2004, non si presta a essere estensivamente applicata alle organizzazioni internazionali in assenza di opportune modulazioni, a tacer d'altro perché, per talune organizzazioni (come nel caso di specie), proprio l'attività svolta in ambito commercial-privatistico rappresenta la ragion d'essere della loro istituzione, sebbene la Corte non manchi di interrogarsi sull'effettiva riconducibilità dell'attività di finanziamento con finalità di aiuto allo sviluppo alla nozione di «attività commerciale» accolta nella FSIA. Sicché, in tali casi, la legittimazione dei tribunali nazionali a conoscere dei (e, quindi, a esercitare la propria giurisdizione sui) rapporti giuridici ad esse facenti capo dovrà fondarsi su un criterio diverso, idoneo a preservare l'esercizio delle competenze loro assegnate dall'accordo istitutivo da possibili interferenze.

In proposito, la decisione della Corte Suprema pone giusta enfasi sulla circostanza che l'estensione della disciplina sull'immunità ristretta alle organizzazioni non implica necessariamente l'esercizio della giurisdizione interna nei loro confronti, residuando in capo al giudice un margine di valutazione discrezionale più o meno ampio in base al caso concreto. Al contempo, la Corte si mostra convinta nel sostenere l'opportunità di dotare le organizzazioni, in sede statutaria, dello schermo

dell'esonazione assoluta, così da semplificare il compito delle corti nazionali, chiamate a declinare la propria giurisdizione senza ulteriori formalità. Si tratta, invero, di due passaggi piuttosto significativi, tendenti a controbilanciare, su piani diversi, gli effetti restrittivi sull'autonomia negoziale (e non solo) delle organizzazioni prodotti dalla decisione. Non convince, tuttavia, l'impostazione di fondo della pronuncia, che considera la regola dell'immunità ristretta, nella sua attuale configurazione, come una clausola generale sussidiaria utilizzabile nei casi in cui lo statuto o altro atto regolativo dei rapporti di cui l'organizzazione è titolare nulla dispongano.

Come ricordato in apertura, l'opinione dissenziente del giudice Breyer si pone in aperta contestazione dell'interpretazione accolta dalla maggioranza. Muovendo da una critica all'autosufficienza del *reference canon* («[l]anguage alone cannot resolve the statute's linguistic ambiguity»), ossia alla sua attitudine a stabilire con ragionevole certezza il tempo al quale la norma di rinvio fa effettivamente riferimento, posto che le parole da essa utilizzate («as is enjoyed») non chiariscono in modo definitivo... «when enjoyed», vale a dire se «at the time of the statute's enactment», ovvero «at the time a plaintiff brings a lawsuit», Breyer giunge a sostenere l'inapplicabilità della regola dell'immunità ristretta nei confronti delle organizzazioni, per ragioni di inadeguatezza sostanziale e, precisamente, per i condizionamenti sull'esercizio delle relative attività che essa è in grado di determinare. Tuttavia, se su tali timori può senz'altro convenirsi, l'opinione secondo cui l'operatività della norma di rinvio sia da ricondurre alle condizioni vigenti al momento della sua codificazione non pare anch'essa da condividere. Come chiarito in precedenza, infatti, essa determina, quale effetto rilevabile *a contrario*, la rottura del vincolo di corrispondenza originariamente stabilito dal legislatore del 1945.

Per chi scrive, sembra corretto sostenere, quindi, che il vincolo anzidetto debba essere attualizzato, a condizione, però,

che la nozione di immunità ristretta sia opportunamente modulata sulla natura giuridica e sull'*agere* delle organizzazioni internazionali. Il che si traduce nell'esigenza di definire il contenuto della «sfera pubblica» dell'organizzazione, sia, in astratto, tramite la rilevazione in sede normativa (sulla scorta della codificazione già realizzata per l'immunità degli Stati) del nucleo di attribuzioni e poteri nell'ambito del quale, anche in assenza di un'espressa indicazione statutaria, l'azione dell'organizzazione è libera e non può formare oggetto di sindacato giurisdizionale in sede domestica (ciò concretandosi in un'interferenza nell'esercizio di funzioni riservate), sia, all'occorrenza, tramite l'accertamento in concreto del contenuto delle specifiche prerogative «sovrane» e di quelle strumentali riconosciute ai singoli enti anche in base alla prassi di funzionamento dei rispettivi organi. È possibile, peraltro, che il complesso delle attribuzioni e dei poteri riconducibili agli ambiti sopra descritti finisca per coincidere con l'intera gamma degli atti (produttivi di effetti idonei a riverberarsi nella sfera giurisdizionale degli Stati) a disposizione dell'organizzazione. In tal caso, l'auspicato riconoscimento dell'esenzione assoluta dalla giurisdizione interna verrebbe a realizzarsi in via di fatto, all'esito di un'utile ricognizione destinata a contribuire allo sviluppo del diritto internazionale in materia.

3 giugno 2019

Ritorno di Anzilotti

LORENZO GRADONI (*)

Il testo qui riprodotto è stato letto a Roma il 4 giugno 2019, nella sede del CNR, durante la tavola rotonda dal titolo «Gli effetti delle sentenze della Corte europea dei diritti dell'uomo sul giudicato nazionale», organizzata dai gruppi di interesse [DIEDI](#) e [DIEDU](#) in occasione del XXIV Convegno nazionale della Società italiana di Diritto internazionale e di diritto dell'Unione europea (SIDI). [Micaela Frulli](#) ha interpretato Dionisio Anzilotti donando al testo una vivacità che non avrei saputo nemmeno immaginare. È stato un piacere farle da spalla. Le sue battute sono in tondo, le mie in corsivo. Ho udito che della performance esiste più di un *bootleg*. Il testo è qui corredato da una nota metodologica e bibliografica.

Buon pomeriggio a tutti. Il XXIV Convegno nazionale della SIDI si celebra nel segno di Dionisio Anzilotti, Maestro venerato da tutti gli internazionalisti, italiani e non, «mostro sacro del diritto internazionale», così lo definì Roberto Ago. Non solo il titolo del convegno riprende quello della monografia anzilottiana del 1905; la presentazione dell'evento – che cita l'esordio di quel libro vecchio più d'un secolo, dove un Anzilotti trentottenne si

(*) Max Planck Institute for International, European and Regulatory Procedural Law, Lussemburgo.

spaurava davanti alla «nebulosità e incertezza che ancora avvolgono le premesse sistematiche e le stesse basi del diritto internazionale» – fa pensare, rileggetela, a un'invocazione di quello Spirito Magno: «Torna, o Dionisio, perché più d'un secolo dopo la situazione, in fondo, non è cambiata».

Maestro, grazie di aver risposto all'invocazione della SIDI.

Ci mancherebbe, anzi grazie a voi, ché le vostre preci devono aver dischiuso un passaggio tra il mondo sublunare e quello mio. Sa, le due sfere, quella di questo e quella dell'altro mondo (*indica il cielo*), son nettamente separate, sì che in verun caso si sovrappongono.

Ah, quindi il dualismo è addirittura una legge cosmologica.

Macché! Come imparai mio malgrado una volta asceso, dessa costruzione funziona pei rapporti tra qui e là (*indica il cielo*) e mai pei rapporti tra qui e qua (*indica prima se stesso poi l'interlocutore*).

Lei ha dunque abbandonato il dualismo?

Voi l'ignorate – (*sottovoce*) e infatti mi chiamate! – eppur io, dopo il postremo viaggio, molti lavori ho conchiuso su codesto e altri... *topics*... come vu' dite voi.

Finito il Corso in tre volumi?

No, quello no.

Complicato aggiornarsi, di lassù?

Al contrario: io *tutto* veggio. Difficile, piuttosto, è combattere la noia.

Ma come, con tutto quello che...

Co' tutti i progressi ch'ha fatto il gius delle genti, certo, ne ho contezza... che meraviglia! Vi spiego, giacché voi non potete sapere, né dovrete! Ma poiché m'avete quaggiù, ecco come stan le cose.

L'empirea sfera volve a rompicollo (*mulina l'avambraccio*), di guisa che, pe' noi, il mondo sublunare evolve

piano piano. La vostra frenesia apparisce quieta, di lassù. Io devo darmi pizzicotti per ricordarmi che men di settant'anni son trascorsi da quando lasciai la mia vigna di Uzzano. Un vostro minuto son cinque giorni nostri, sa! Tra un arresto e l'altro della Corte dell'Aja passan duemila anni! Sicché io ho letto tutto Klabbers; anzi, tutto di tutti. E ho scritto, moltissimo. Spedisco i manoscritti senza ottener risposta, forse che non arrivano? Ecco, siccome l'avea sottomano, ho portato con me il plico della seconda edizione, ancor provvisoria, de *Il diritto internazionale nei giudizi interni (un manoscritto giace sul tavolo)*.

Acciderba! Può darci qualche anticipazione? Ci sarà il trasformatore permanente...

Anco i controlimiti.

Ah!

V'è financo un capitolo su "Tao e rapporti tra ordinamenti", con una lunghissima nota sull'I Ching, ove mi chiedo se le portentose monetine son suscettive di portar consiglio a' giudici, in quest'epoca di gran cozzo intersistemico.

E il tema del seminario di oggi?

Attende ancora compiuta sistemazione, per la quale sarò debitore agli illustri scrittori qui riuniti: ecco il calepino pronto pe' gli appunti. Ma procediamo con ordine, se non le dispiace, perché, sa, m'arrovellai non poco, eh, ma alfin compresi quel che Gianni volle dirci co' suoi meditabondi asserti.

Gianni?

Gianni, sì, evvia, il Chelsenio! All'inizio degli anni Sessanta m'allietò anzichenò assister di lassù alla concione tra lui, ch'avea già ottant'anni, e l'ancora semignoto Eriberto Arto. Fu a Berkeley. Tutti sghignazzammo quando Gianni asseverò che il loro l'era un dibattito di tipo affatto nuovo: Gianni l'era d'accordo con l'Arto, ma l'Arto non era d'accordo coi' Gianni. E se la celia s'acconciava all'Arto, allora vale – com'ora io veggio – pe' tutti gli altri: i' Perassi, i' Balladore, i' Morelli, i' Quadri, l'Arangio... per me stesso, diamine, e naturalmente per i'

Maestro presso cui stetti a bottega: il Triepolo.

Perdoni se insito, Maestro, su un punto forse delicato: e il dualismo?

Gianni aveva ragione. E in un certo senso, assai importante, egli era dualis... diciamo duale (*adocchia l'interlocutore con aria beffarda*). La pare confuso... eh, capisco! Tutto appare insolito e financo stravolto, *sub specie aeternitatis*, cioè, quel tedio maledetto cui la SIDI m'ha sottratto. Lasciate che vi spieghi quel che ho capito di me stesso, a forza di scrutar dappresso la mi' vita, che pur s'allontana... Principiam dal principio, ma seguitiam tosto, per... come vu' dite voi... punti-proiettile!

Primo! Il mio rapporto co' fatti.

Sul finire del secolo decimonono, taluni, confusi dai miraggi proiettati da una scienza nova, la sociologia, non vedevano possibile altro studio *scientifico* del diritto oltre a quello che scopre le leggi delle sue manifestazioni empiriche. In pratica: fatti!... fatti!... nient'altro che fatti! Ora, i' era un giovin serio, e filosofo: 'un ero fatto pe' sta' co' 'sti fatti. Cedere alle pretese della sociologia – allora quanto mai ingenua, impaziente, imperialistica! – voleva dire sacrificare, inconsultamente, le tradizioni più sicure e belle della filosofia del diritto. Io a' fatti facevo appello, certo, come tutti. Ai Fatti e alla Realtà, contro finzioni ed ippogrifi.

Compresi, perciò, l'amichevole appunto del Gaja, pel quale i miei asserti sul fondamento del diritto internazionale invero non eran frutto di "*empirical research*". Ei mi voleva empirista come l'Arto, la qual cosa mai io fui! Idem l'Arangio, ancorché giungendo ad opposte conclusioni: pe' lui, se io svolgevo dapprima la teoria, e solo dipoi la illustravo con esempi storici ben scelti, 'un era perché anteponevo l'idea ai fatti, ma perché l'idea di quei fatti l'era il lucido specchio. Per l'Arangio, i' praticavo l'"*inductive method*". Quanta affettuosa indulgenza, in nome della comune fede dualista!

Ma per me, che ero seguace dello Hegel, la Realtà non

sono i fatti, di certo non i fatti empirici; la Realtà è un impasto difficile di Spirito e Materia, di Cosa e Pensiero. La Realtà è Idea, e a quel tempo, l'Idea suprema, nel giure e non solo, s'incarnava nello Stato. E giungiamo così al punto secondo: lo Stato.

Peccai, io, di statolatria? In realtà, ne fui scevro, a dispetto delle tentazioni dell'epoca, ch'eran potenti. E v'è di più. Nella misura in cui lo celebrai, il culto dello Stato, segretamente lo volsi contro lo Stato medesimo, per mezzo di stratagemmi varii, degni di un antico condottiero cinese. Li vedremo, un per uno. Un po' di pazienza.

Ante la prima guerra, ma anche poscia, v'era l'abitudine di veder nello Stato il massimo termine di riferimento di tutto ciò che concerne lo sviluppo dell'umanità: una specie di colonna d'Ercole, che moltiplicata in tanti esemplari, circonda il mare entro cui fluttua la storia...

Che eloquenza, Maestro.

Ma questi non son'io, che sempre amai la parola disadorna; m'impresta il motto i' Santi Romano, cui pur piaceva discettare di crisi dello Stato, di superamento dello Stato, e che un po' l'amava, codesto Stato, un po' l'odiava.

E lei, Maestro?

Lo lusingai, anch'io, certo, ma solo per ingannarlo.

Cioè?

Ve lo spiego col terzo ed ultimo punto: il diritto internazionale.

Ne fui servo devoto, coscienzioso, instancabile. E all'epoca mia, erta era la via dell'internazionalista, e incerta! 'Un era mica come ora, che vogliansi issar le paratie, tanto ribolle, il gius delle genti. A' mi' tempi, la giurisdizione internazionale m'appariva una perigliosa illusione e quel che i' ritenea esser un «volo di fantasia», oggi, pe' le Corti europee, l'è pane quotidiano!

Senta un po' quel che scrissi nella prima edizione del li-

bro: «l'applicazione del diritto internazionale ad opera degli organi giudiziari interni è il mezzo con cui quotidianamente si esplica l'efficacia del diritto internazionale *fuori dal campo suo proprio*». Capito? Bisognava infiltrarlo, lo Stato! L'adulazione era adunque non solo d'obbligo ma la cascava pure a fagiolo, co' quella tronfia divinità mondana.

Pigli lo Statuto Albertino, articolo 68: «La giustizia emana dal Re, ed è amministrata a suo nome dai giudici che Egli istituisce». No, dico, emana!

Oggi, in effetti, è giusto «amministrata», nel nome del...

Emana, emana! Dal Re! Mica dal popolo, mica dallo Stato. La costituzione otriata è, originariamente, parte della giustizia che promana dal Re, il quale stava dentro la costituzione, da lui concessa, ma anche e soprattutto fuori di essa. Il Re incombeva sullo Stato, finché lo Stato non sorse ancor più alto, dapprima sospinto dall'urto della Rivoluzione, dipoi con fatica, ma inesorabilmente, lungo tutto il secolo decimonono. Ebbene io, nella mia partita contro lo Stato, ero disposto a sacrificargli financo il Re, sì che scrissi: «al Monarca, come a qualsivoglia altro organo dello Stato, è conferito un potere perché sia esercitato nell'interesse dello Stato».

Non si sacrifica, il Re, nel giuoco degli scacchi; ma qui, il giuoco, l'era un altro. Sicché anch'io m'univo all'ossequiosa litania: O Stato, massimo tra i fenomeni sociali, perfetta espressione dell'umana socievolezza, tu esisti perché esisti, e nel fatto stesso della tua esistenza trovi la tua ragione e la più alta legittimazione. A niuna potenza terrena sei subietto. Non il gius delle genti ti crea – (*sottovoce*) ti presuppone... – né ti crea il diritto interno, che sorge in te e con te. Rispetto al giure, tu sei un *prius* (*accenna un marameo*), se per diritto s'intende, non un concetto della mente, ma un sistema di norme positivamente vigenti. O Stato, persona immateriale, eppur reale, che incorpora riesci, per mezzo di delicati e meravigliosi congegni giuridici, a formarti, manifestare e imporre una tua Volontà, io ti

chiedo...

Non autolimitarti.

Non chiuderti in te stesso. Unisciti ai tuoi pari.

Lascia che il tuo volere si confonda nel mistico crogiuolo nella Volontà Collettiva, sinché...

(voce fuoricampo)

Alle aufhalten! Alle aufhalten!

Vereinbarung! Vereinbarung!

... sinché non giungono le Forze dell'Ordine, mica la polizia, qui si parla d'Ordine con l'"O" maiuscola. E tac! L'obbligo internazionale scatta, metallico e inamovibile come una manetta.

E questo era il primo stratagemma. Il secondo – un po' tortuoso, debbo ammetterlo – consisteva nel negar l'esistenza della comunità internazionale.

Il gius delle genti assoggetta lo Stato, senza tuttavia entificarsi: dov'è l'Ente internazionale? Non è chi non veda... che non v'è! La volontà collettiva non emana da un subietto novo; essa è semplice riunione delle volontà concordanti degli Stati. È una e molteplice: ah, il luminoso genio del Triepolo! O Stato onnipotente, quella volontà collettiva che ora ti si para dinnanzi qual compatta falange, è la tua, mica di qualcun altro (tipo la comunità internazionale). E quel che tu hai voluto, Stato, tu non puoi non conoscerlo, e a menadito!

Prendiamo la consuetudine internazionale: patto tacito, va da sé.

Per la verità, Maestro...

(Anzilotti lo trafigge con lo sguardo)

Patto tacito, chiaro, patto tacito...

Orbene, una sola fiata Mastro Triepolo cadde in fallo: fu quando suggerì che alla scoperta della consuetudine internazionale s'applicassero, per analogia, i principi che valgono per l'accertamento delle consuetudini interne.

Eh no!

Si può concedere che lo Stato poco sappia dei variegati costumi degli individui formicolanti ai piedi del suo alto peristilio, ma ritenere che un Tribunale dello Stato possa ignorare il diritto internazionale non scritto, val quanto ammettere che possa ignorarlo lo Stato medesimo. Il ragionamento è breve, ma serrato e saldo, mi pare: il rigore della conclusione è pari alla certezza delle premesse (*guarda l'interlocutore in cerca di consenso*). Non acconsente?

Certo, certo: consuetudines novit curia.

Solo quelle internazionali, però!

È dimostrato.

Bene. Ora, a me, di questa volontà dello Stato invero non m'importava un fico secco! Come discopre chiunque ponga mente alla mia teorica dell'interpretazione, ch'io reputo ancor oggi esatissima... (*bisbigliando in direzione dell'interlocutore*) ma era anche il mio terzo stratagemma!

«Ciò che importa è il pensiero della legge, non quello del legislatore», scrissi. E per render più vero questo, uhm, Pensiero della Legge, io v'intrufolavo volentieri le acquisizioni della Scienza. Perché la *scientia iuris* richiede sopra tutto rigorosa precisione di concetti e di parole ed io trovavo sovente che, a tal riguardo, i prodotti di codesta volontà statale fossero deficienti alquanto, a cominciar dallo Statuto, di cui era risaputo che non adoperasse un linguaggio tecnicamente esatto, sì che nell'interpretarlo bisognava, più che alle parole usate, guardare al concetto! E se il concetto era, uhm, proprio quello lì che vedevo io, beh, allora perché mai piegarsi alla tirannia di nozioni erranee e superate?

Dal che si ricava com'io guardassi alle cose, com'io leggessi il significato loro: la mia filosofia del linguaggio, direbbesi oggi. *Nomina sunt consequentia rerum*. Se per l'Arto e pel geniale maestro suo Ostinio, co' le parole si fan le cose, per me era vero l'opposto: son le cose che, se sol avessero la favella, ci procurerebbero le giuste parole. (*meditabondo*) A noi scienziati

il compito di colmare l'enigmatico silenzio loro e di pensare con chiarezza, nonostante il vaniloquio generale e quella voce, spesso stridente, dello Stato. (*sempre più meditabondo*) I' sempre cercai il vero concetto, che giace sovente nascosto sotto il velame d'improprie espressioni, giacché nessuna sfera della conoscenza umana somma in sé così copiose e perenni fonti d'illusioni, come quella che ha per oggetto lo studio delle istituzioni politiche e giuridiche... (*riprendendo vigore*) ma prima ch'io ceda al deliquio della rimembranza, lasciate che dicavi del quarto stratagemma. Che, poi, l'è un corollario del primo.

Due tipi di volontà: statale-individuale; collettiva-internazionale. Due mondi, due sfere del giure, una di qua, l'altra di là dello Stato, rigorosamente separate! Già, perché sotto lo sguardo sospettoso dello Stato non giovava assecondare una compenetrazione reciproca od anche una confusione dell'una sfera con l'altra. Al gius delle genti conveniva delimitarsi e concentrarsi: non dilagare in campo ostile, ma guatar nelle retrovie.

Può un giudizio interno emettersi sulla base del diritto internazionale? In verun caso! Un'assurdità, una violazione del principio dualista che, come scrisse l'Albornio, sarà un'ingegnosa teoria, ma l'è pure un fatto... (*sotto voce*) *absit iniuria verbis!*

Frattanto però... Primo! Il gius delle genti, scrivevo, s'applica per risolvere tutte le copiose questioni pregiudiziali o incidentali di sua spettanza; e s'applica direttamente, senza incorporazione o trasformazione. Secondo! È il giudice che l'applica d'ufficio, giacché tutti gli organi dello Stato, inclusi i giudici, sono in contatto col diritto internazionale: gli organi, invero, *sono* lo Stato o, se par meglio, è lo Stato che in essi agisce e vuole. Se così non fosse, lo Stato altro non sarebbe che un vuoto fantasma.

Terzo! Il potere legislativo dello Stato, allora, s'esplicava libero da ogni vincolo giuridico interno, e il giudice, soggiacen-

do alla legge, l'applicava senz'altro, anche se contrastante col gius delle genti. Però... però! Valeva, nondimanco, il principio della libertà e indipendenza del giudice: era suo ufficio determinare se e come la contrarietà esistesse, se quello in contrasto col diritto internazionale fosse davvero il giusto significato di lei, della legge, e ciò partendo da un presupposto indubitabile: che lo Stato volesse onorare i propri impegni internazionali.

Insomma... io, col dualismo, ho separato, ma solo per riunire, in una trama inestricabile, interno ed esterno, invero già avvinti in complessi e delicati rapporti. Io, con la mia scienza, facevo politica, per il diritto internazionale.

E Kelsen... pardon, Gian Chelsenio, non faceva politica?

Perbacco, apertamente! *And how outspoken he was!* Non, però, quando armeggiava col giure, in quel modo tutto suo. S'era detto, or non è guari...

Cioè, poco fa.

Sì... dicevasi, poc'anzi, che il monismo del Chelsenio ha un che di duale. Dico duale, mica dualistico, pe' carità; ma che sia duplice, non è chi non lo veda! Gli è che, del monismo, Gianni ammetteva due configurazioni, secondo che si ponesse sopra o meglio dinnanzi il diritto interno, oppure, all'inverso, il gius delle genti. E fra le due versioni, che si scegliesse pure a capriccio, tanto, per la dottrina pura, l'era uguale. Ora, questa professione d'indifferenza suscitò vivo scandalo, e ancor ne muove. E si capisce! Come poteva il giurista, lo scienziato, far spallucce, dinnanzi a un sì grave dilemma?

Grave, tuttavia, non era il dilemma ma l'equivoco che ne stava alla base.

(con lieve sconcerto) Cioè a dire?

Segua il filo. Il Giure l'è Uno di per il suo concetto, che è quello di un ordinamento coercitivo, effettivo. Possono forse darsi effettività in conflitto? Il conflitto infuria, in mille guise, niun lo nega, ma non può *inerire* all'effettività; in caso contrario, non vi sarebbe diritto. L'esser uno è adunque un trascen-

dentale del Giure. L'altro, è l'esser obiettivo. E un oggetto lo si può descrivere, giusto?

Non v'ha dubbio.

E si potrà risguardarlo da più lati, senza perciò cangiarlo. Se, deambulando nel fresco d'una basilica, lei rimira gli spazi ora dal presbiterio, ora dal transetto, non penserà mica che le basiliche sian tante quante son le prospettive, dico bene?

Senza forse.

Così il Giure. Che è quello che è, sì che chi l'osservi, da qualunque angolo, troverà che il contenuto gli è sempre il medesimo; le forme rovesciate, ma equivalenti; le meccaniche: identiche.

Gli scrittori han purtuttavia notato che se muta la prospettiva, anco trasla il primato. (sottovoce) Ormai parlo come lei, Maestro...

Primato! Fu questo concetto a cagionar la disputazione. Eppure, sol che si rifletta calmamente: chi vien prima, è detto forse che primeggi? Chi dinnanzi è posto, deve per forza star sopra?

Chi vien prima, allora, che fa?

Valida! Voce del verbo validare! Che non vuol dire crea. L'ordinamento interno avverte la propria sorgente in se medesimo? Si sente sminuito, lo Stato, se non lo si dice primo, originario? E quale sarebbe la difficoltà? Il gius delle genti li conosce bene codesti tipacci, pieni di sé, non so' figli suoi ma li prende volentieri a pigione, gl'offre gratis la connessione. L'unica cosa che chiede, è un poco d'obbedienza. E se gliela negano, magari nel mentre s'atteggiano a sovrani nelle rispettive camerette, allora ne tira conseguenza. Cioè: sanziona.

Ma se valida, allora può anche invalidare...

Eh no! Ed è questo il vero *punctum pruriens*, il nocciolo tecnico dell'equivoco. Se il diritto internazionale potesse invalidare il gius interno contrario, allora farebbe a meno di mendicar obbedienza.

Ma se non invalida, allora lascia sussister la contraddizione, e la contraddizione, Maestro, invera il dualismo!

Nient'affatto, giacché il gius delle genti *s'adatta* al diritto interno (*ancora uno sguardo beffardo*) Eh sì. Non che ceda rassegnato; piuttosto: corregge il movimento, come una ballerina che compensa il passo falso del suo compagno. E lo fa con le norme secondarie sull'applicabilità di cui discetta il loico Bulighinio.

Prenda il famoso caso *Germania contro Italia*, a proposito dell'immunità giurisdizionale.

Pel diritto internazionale, vale la regola d'immunità. L'Italia non la rispetta. Il gius delle genti *capta* il fatto illecito. Indi fa due cose: produce una norma che autorizza a sanzionarci; e mentre mantiene valida la regola d'immunità, la rende inapplicabile. E inapplicabile essa resta fintantoché non può tornare a esser effettiva. La regola apparisce adunque inapplicabile non solo se guardata dal transetto, cioè dal punto di vista del diritto interno, ma anche dal presbiterio, cioè pel gius delle genti, il che scioglie la contraddizione.

Fece bene, il Virallio, a evocar il ponte degli asinelli, nel suo celebre saggio, benché poi la metafora non la mettesse davvero a frutto, volendo egli discorrer di studenti ciuchi, che nulla sanno, eccetto la storiella del monismo e del dualismo, ch'a tutti resta impressa... ma qui, a comportarsi come asinelli, furon proprio gli scrittori. E sia detto con tutto il rispetto, anche dei ciuchini ch'io tanto amavo!

Gli è che da qualunque lato del Giure gli scrittori si ponessero, come il ciuchino di qua o di là del ponte, esitavano, si fermavano, per timor che il ponte non continuasse: non s'annulla così il diritto interno? Chiedevasi l'uno, valutando il monismo dal lato internazionale; non si nega così il diritto internazionale? Chiedevasi l'altro, valutando il monismo dal lato interno. Quando invece l'uno e l'altro si sorreggon mutuamente, come i segmenti d'un arco: il diritto internazionale, senza

l'interno, perde la sua qualità e parimenti l'interno, se manca l'internazionale. È la paura che vi sia il vuoto oltre il dosso che crea la fantasia d'un altro giure – il dualismo – ma se vien meno la chiave d'arco, tra i due, resta un fosso!

E invece, vi è un campo.

Il Giure, appreso in modo rigorosamente positivo, alla mia maniera, fissa il quadro, disegna gli spazi, contiene l'impeto del giuoco. Tutto o quasi, però, dipende, non dal giure medesimo, ma dall'estro dei giocatori, dai loro dotti e smaglianti frasteggi. Quello di *Simmethal* è passato alla storia, benché la Corte di Lussemburgo l'abbia poscia calciata in tribuna, dicendo che il diritto europeo «impedisce la valida formazione» di norme interne contrastanti.

Non è sforzando gli interruttori della validità, da tempo sigillati, o se par meglio, non è fantasticando di gerarchie, o d'invasioni di campo, che il gius delle genti può compier le sue incursioni; desso avanza, al contrario, se vince puntuali resistenze, se provoca cedimenti concreti, lì dove il diritto dello Stato già si sfalda. Ed io sarei proclive a risguardar la crisi del giudicato con questo viso.

Non dimentico però ch'io son qui per pigliare appunti ed è per ciò che, riservandomi di parlare nel dibattito, ridò la parola, grato, alla Professoressa Pineschi.

Nota – L'idea del movimento asincrono delle sfere, sovra e sublunare, è tratta da Niven, *A volte ritorno*, Einaudi, Torino, 2015, ma è ribaltata: nel romanzo una settimana nel regno dei cieli equivale a cinque secoli terrestri. "Ritorno di Anzilotti" (il titolo) è un *détournement* di "Retour à Anzilotti", il contributo di François Rigaux agli scritti in onore di Francesco Capotorti (Giuffrè, Milano, 1999, vol. 1, p. 405 ss.). Il procedimento codificato dall'Internazionale situazionista è sfruttato in tutto il testo, che è un collage di frasi, o di semplici lessemi e stilemi, tratti dagli scritti di Dionisio Anzilotti, in particolare da *Il diritto internazionale nei giudizi interni*, Zanichelli, Bologna, 1905,

oltre che da numerosi saggi raccolti nelle *Opere di Dionisio Anzilotti*, 4 voll., Cedam, Padova, 1955-1963. Il testo “concentra” l’aulico e il desueto a scopi comici, impiegando comunque solo termini attestati nell’opera anzilottiana. Per la “toscanizzazione” sono una volta di più grato a Micaela Frulli. Per una migliore resa dell’ideologia statalista propria dell’epoca, nel discorso di Anzilotti ho incluso frasi romaniere non dichiarate, prese da Romano, “Lo Stato moderno e la sua crisi” [1909], in Id., *Lo Stato moderno e la sua crisi. Scritti di diritto costituzionale*, Giuffrè, Milano, 1969, p. 3 ss.; Romano, “Oltre lo Stato” [1917], in Id., *Scritti minori* (a cura di Zanobini), Giuffrè, Milano, 1950, p. 345 ss. Di Santi Romano è anche la meditazione sull’epistemologia delle scienze sociali e politiche.

Anzilotti è detto «mostro sacro del diritto internazionale» in Ago, “Rencontres avec Anzilotti”, *European Journal of International Law*, 1992, p. 92 ss. Percorrendone l’opera, ho tratto spunto, oltre che dagli scritti citati di seguito, da Ziccardi, “Caratteri del positivismo dell’Anzilotti”, in *Rivista di diritto internazionale*, 1953, p. 22 ss.; Salerno, “L’affermazione del positivismo giuridico nella scuola internazionalista italiana: il ruolo di Anzilotti e Perassi”, in *Rivista di diritto internazionale*, 2012, p. 29 ss.; Alland, *Anzilotti et le droit international public*, 2^a ed., Pedone, Paris, 2013, p. 75 ss. Sono grato a Daniele Amoroso per le notizie bibliografiche sul tema del seminario, che sono state più utili di quanto il testo non dica (specialmente Caponi, *Corti europee e giudicati nazionali*, in *Corti europee e giudici nazionali. Atti del XXVII Convegno nazionale dell’Associazione italiana fra gli studiosi del processo civile*, Bologna University Press, Bologna, 2011, p. 239 ss.).

Il dibattito tra Kelsen (1881-1973) e Hart (1907-1992) che Anzilotti redivivo dice di aver visto si è effettivamente svolto a Berkeley, nel novembre 1961, presso l’Università della California. Ne parla Hart, “Kelsen Visited” [1963], in Id., *Essays in Jurisprudence and Philosophy*, Clarendon, Oxford, 1983, p.

286 ss., p. 287: «Kelsen remarked that the dispute between us was of a wholly novel kind because though he agreed with me I did not agree with him». Hart prende posizione sulla concezione kelseniana del rapporto tra diritto internazionale e diritto interno nel successivo “Kelsen’s Doctrine of the Unity of Law” [1968], *ibid.*, p. 309 ss. Contro l’immagine di “realista all’inglese” che autori illustri quali Gaja e Arangio-Ruiz hanno proiettato sulla produzione anzilottiana – l’uno per segnalare una certa infedeltà di Anzilotti alle sue stesse premesse (Gaja, “Positivism and Dualism in Dionisio Anzilotti”, in *European Journal of International Law*, 1992, p. 123 ss., p. 129), l’altro, all’opposto, per elogiarne la coerenza (Arangio-Ruiz, “Dualism Revisited. International Law and Interindividual Law”, in *Rivista di diritto internazionale*, 2003, p. 909 ss., pp. 928-929) – il “mio” Anzilotti, proseguendo una traiettoria già solcata in vita, diventa kelseniano e non hartiano (all’attacco frontale di Kelsen, “La transformation du droit international en droit interne”, in *Revue générale de droit international public*, 1936, p. 5 ss., spec. pp. 9-10, in nota, egli rispose approfondendo la riflessione, come mostrano le sue note manoscritte).

Filosoficamente, Anzilotti era un’idealista: nell’opera di «Giorgio Hegel» vedeva, tra l’altro, una «premessa importantissima della concezione positiva del diritto internazionale» (*Il diritto internazionale nei giudizi interni*, cit., pp. 26-28, anche in nota). E ciò basterebbe a negargli la patente di empirista. Il modesto interesse di Anzilotti per la speculazione pura non diede luogo a una sorta di realismo istintivo ma si manifestò anzitutto in una durevole adesione alla metafisica della volontà collettiva (che è irrealistica anche se misurata con parametri idealistici). Anzilotti fu idealista anche nel senso che il suo pragmatismo è sempre stato al servizio di un ideale internazionalista. Più Kant che Hegel (sotto questo aspetto), ma soprattutto, nel complesso, più Kant che Hume, quindi più Kelsen che Hart: Continente, non Isola. Mentre Anzilotti, da giovane,

difese i diritti della filosofia contro la giovanile esuberanza della sociologia (*La filosofia del diritto e la sociologia*, Bonducciana A. Meozzi, Firenze, 1892), di *The Concept of Law* Hart scrisse che poteva considerarsi «an essay in descriptive sociology» (Hart, *The Concept of Law*, 3^a ed., Clarendon, Oxford, 2012, p. vi). Se Hart, seguendo Austin («Ostinio» nella *pièce*), svolgeva inchieste in senso lato sociologiche «into the meaning of words» (*ibid.*), Anzilotti era invece intento a districare parole significative, cioè fedeli al concetto, dal groviglio di quelle sbagliate. E attendeva così alla costruzione del diritto internazionale, non a una sua constatazione.

«All'epoca mia, erta era la via dell'internazionalista, e incerta!», dice Anzilotti redivivo. A questo proposito è interessante notare che una delle principali fonti de *Il diritto internazionale nei giudizi interni* è un libro che Anzilotti definiva «speciale, diretto proprio a dimostrare la positività del diritto internazionale per virtù della sanzione che riceve nelle decisioni giudiziarie» (ivi, p. 4, in nota). Si tratta di Cobbett, *Leading Cases and Opinions on International Law Collected and Digested from English and Foreign Reports, Official Documents, Parliamentary Papers, and other Sources, with Notes and Excursus Containing the Views of the Text Writers on the Topic Referred to, Together with Supplementary Cases, Treaties, and Statutes*, Stevens and Haynes, London, 1885, dove si afferma, a p. v, che persisteva «some tendency on the part of English lawyers to regard that body of custom and convention which is known as International Law, as fanciful and unreal; as a collection of amiable opinions, rather than as a body of legal rules». Quello cui Anzilotti attendeva era un diritto internazionale molto diverso dall'attuale. I raccordi formali con il diritto interno (e la stessa distinzione tra interno ed esterno) erano ancora rudimentali, la giurisdizione internazionale ancora agli albori.

Se, nel 1905, Anzilotti poteva prospettare l'applicazione diretta del diritto internazionale da parte dei giudizi nazionali –

limitatamente alla risoluzione di questioni di carattere pregiudiziale o incidentale – è anche perché le costituzioni ottocentesche allora vigenti non contemplavano i sofisticati dispositivi di mediazione tra interno ed esterno a noi noti («trasformatori permanenti» o simili) ed emergenti da un successivo irrigidimento della grammatica dualista, grammatica che quegli stessi dispositivi hanno peraltro contribuito a consolidare (v., per un'istantanea dell'epoca di transizione, G. Morelli, "L'adattamento del diritto interno al diritto internazionale in alcune recenti costituzioni", in *Rivista di diritto internazionale*, 1933, p. 3 ss.). Non c'è dubbio che, per Anzilotti – e l'idea è sempre attuale – i giudici nazionali potevano efficacemente operare come agenti del diritto internazionale "dietro le linee" degli ordinamenti interni: «Rigorosamente parlando, tutti gli organi dello Stato si trovano nella medesima posizione rispetto al diritto internazionale. E quando l'ordinamento delle competenze non vi si oppone, ogni organo è tenuto ad agire nel modo richiesto dal diritto internazionale, indipendentemente da un ordine speciale emanato da quegli organi, cui spetta la potestà legislativa e regolamentare» (*Il diritto internazionale nei giudizi interni*, cit., p. 190, in nota).

Benché l'applicazione decentrata del diritto internazionale per opera dei giudici nazionali potesse apparirgli non ottimale, l'idea di un accentramento della funzione interpretativa, nella forma di ciò che oggi chiameremmo rinvio pregiudiziale, era, per Anzilotti, un «volo di fantasia». Eccola, quella fantasmagoria, in tutta la sua preveggenza: «Si può certamente immaginare una condizione di cose in cui, esistendo veri e propri organi giudiziari internazionali, fosse fatto obbligo ai tribunali dei singoli stati di astenersi dal risolvere anche le semplici questioni incidentali o pregiudiziali dipendenti dal diritto internazionale: in tal caso, sollevata o sorta una questione siffatta, dovrebbe il tribunale interno rinviarne la soluzione al tribunale internazionale competente e aspettarne la decisione per procedere, in ba-

se ad essa, alla risoluzione della controversia, regolata dal diritto interno» (ivi, p. 193, in nota). Quindici anni dopo, la giurisdizione internazionale – di cui Anzilotti sarà, come noto, tra i primi protagonisti – gli appariva ancora un'idea campata per aria e persino rischiosa per le sorti del diritto internazionale. In una lettera al Ministro degli affari esteri Tommaso Tittoni (1855-1931), datata 28 giugno 1920, Anzilotti scrisse: «Sono a Scheveningen, Palace Hotel, da quindici giorni per i lavori del comitato dei giuristi incaricato di preparare il progetto di Corte Permanente di Giustizia Internazionale. [...] Personalmente, io ho sempre più la convinzione che si stia creando un organismo di scarsissima utilità pratica: la pubblica opinione non ha ancora una idea esatta della Corte Permanente, cui attribuisce una importanza che non ha e non può avere, e così ne verranno nuove delusioni» (la lettera è citata in Passero, *Dionisio Anzilotti e la dottrina internazionalistica tra Otto e Novecento*, Giuffrè, Milano, 2010, pp. 462-463).

L'elogio che Anzilotti fa di se stesso (dicendosi «servo devoto, coscienzioso, instancabile» del diritto internazionale) ripete in parte il discorso pronunciato da Max Huber (1874-1960), presidente della Corte permanente di giustizia internazionale, al termine della votazione che consacrò Anzilotti suo successore: «si les arrêts et avis de la Cour répondent dans une mesure considérable aux espérances que le monde a mises en ce tribunal, une part très grande, vraiment décisive, en est due à vous, à votre travail dévoué, inlassable, consciencieux, intelligent» (“Dionisio Anzilotti, Presidente della Corte permanente di Giustizia internazionale”, in *Rivista di diritto internazionale*, 1927, p. 457 ss.).

L'Albornio è Paul Heilborn (1861-1932), il quale definì il dualismo «un fatto» in un corso professato all'Aja (“Le sources du droit international”, in *Recueil de cours*, 1926, t. 11, p. 1 ss., p. 11). È superfluo precisare la vera identità del Triepolo (1868-1946).

Nella parte in cui Anzilotti redivivo si esprime sulla disputa monismo-dualismo, il Virallio è, naturalmente, Michel Virally (1922-1989). Questi, nel suo “Sur un pont aux ânes: les rapports entre droit international et droits internes”, in *Mélanges offerts à Henri Rolin: Problèmes de droit des gens*, Pedone, Paris, 1964, p. 488 ss., esordisce: «L’ultime recours de l’interrogateur lassé par l’universelle ignorance d’un candidat en droit international réside, bien souvent, dans une question sur les rapports de ce droit avec les droits internes. Rares sont ceux qui ne connaissent pas les mots-clés de « monisme » et de « dualisme » et ne sont pas capables d’ébaucher un parallèle entre les deux doctrines». Rispolverando il significato autentico dell’apologo – nel quale gli asinelli si rifiutano di attraversare il ponte invece di lanciarsi come fanno gli studenti ciuchi di Virally – l’Anzilotti redivivo vendica gli innumerevoli studenti *lassé-e-s* da un certo modo di insegnare il gius delle genti. Nella disputa monismo-dualismo, il partito più folto è, da decenni ormai, quello di coloro che ritengono la *querelle* inutile o superata. Per chi scrive, invece, lo scambio “anni Trenta” tra Balladore Pallieri e Kunz conserva intatto il suo fascino (cfr. Balladore Pallieri, “Le dottrine di Hans Kelsen e il problema dei rapporti fra diritto interno e diritto internazionale”, in *Rivista di diritto internazionale*, 1935, p. 24 ss.; Kunz, “La doctrine dualiste chez Balladore Pallieri”, in *Revue internationale de la théorie du droit*, 1937, p. 12 ss.). Altrettanto affascinante è l’ultradecennale insistenza sulla futilità della disputa: non si finisce più di accantonarla.

La tesi kelseniana dell’equivalenza epistemica tra monismi (a base interna ovvero internazionale) è ricostruita soprattutto a partire da Kelsen, “Théorie du droit international public”, *Recueil des cours*, 1953, t. 84, p. 1 ss., p. 182 ss. L’idea secondo cui tale indifferenza sarebbe inammissibile (sul piano morale, si direbbe) è spigolata da Quadri, *Diritto internazionale pubblico*, 5^a ed., Liguori, Napoli, 1968, p. 46: «quasi tutti i mo-

nisti non hanno esitato ad ammettere il “primato del diritto internazionale” e ciò non solamente perché essi erano animati da spirito pacifista o di fraternità universale, ma anche perché essi si sono resi conto che il giurista non può evitare di pagare un tale debito di certezza, sottraendosi alla scelta fondamentale».

Kelsen, nel corso citato, illustra la tesi ricorrendo a una similitudine astronomica: «La possibilité d’interpréter le monde du droit à l’aide de deux constructions différentes [...] est comparable à la possibilité d’interpréter le monde de la physique selon des systèmes différents de référence. La physique moderne considère que pour un phénomène se déroulant dans l’espace et dans le temps la formulation d’un résultat quantitatif n’a un sens déterminé que si l’on indique le système de référence auquel il se rapporte. La formulation varie en effet selon le système de référence et celui-ci peut être choisi arbitrairement. Si par exemple notre planète, la terre, est prise pour base du système de référence, on dira que le soleil tourne autour d’elle, mais si l’on choisit le soleil comme base du système, on dira qu’il est immobile et que la terre tourne autour de lui. Selon le théorie de la relativité ces deux systèmes sont également admissible et il n’y a pas en physique de méthode scientifique permettant d’affirmer que l’un d’eux est correct et que l’autre ne l’est pas» (“Théorie du droit international public”, cit., pp. 192-193). In una precedente versione del testo, questa similitudine, ripresa da Anzilotti, innesca uno scambio di battute (soppresso per ragioni di tempo). L’interlocutore obiettava che il geocentrismo è senza dubbio *inferiore* all’eliocentrismo e che, se la similitudine aveva un senso, allora anche uno dei due monismi doveva potersi dire superiore all’altro. Anzilotti, difendendo Kelsen, ribatteva che il parallelo doveva intendersi in senso geometrico, cioè al netto degli effetti della gravitazione; che la forza di gravità, fuor di metafora, era il potere, l’effettività colta nella sua dimensione concreta, mentre Kelsen costruiva l’unità del diritto sul *concetto* di un ordinamento ef-

fettivo; che, infine, un gruppo di potere impadronitosi di un governo nazionale poteva riuscire nell'intento di isolare l'ordinamento interno dal diritto internazionale, senza perciò turbare la necessaria unità concettuale del diritto inteso come ordinamento coercitivo (e senza potersi sottrarre alla sanzione giuridica internazionale). Per Hart, la pretesa del diritto internazionale di validare il diritto interno, cioè il suo tentativo di stabilire con esso una «relationship of validating purport», era *politicamente* velleitaria; aveva, cioè, un che di... antigravitazionale: «Systems' of laws constructed solely out of the relationship of validating purport would ignore the dividing line introduced by the idea that recognition by the law-identifying and law-enforcing agencies effective in a given territory is of crucial importance in determining the system to which laws belong» (“Kelsen's Doctrine of the Unity of Law”, cit., p. 336). La teoria di Hart è, infatti, una sorta di sociologia del potere colto nel momento in cui si fa diritto. Kelsen ragiona in un'altra chiave, che non è incompatibile (cfr., sul punto, Raz, “The Purity of the Pure Theory”, in *Revue internationale de philosophie*, 1981, p. 441 ss.). Che Anzilotti, in fondo, aderisse a tale prospettiva o che perlomeno ne cogliesse il senso, sembra attestato, oltre che dalla sua opera in generale, da un'interessante annotazione manoscritta all'ultima edizione del suo *Corso*: «Io direi che l'unità del diritto è puramente concettuale, ma che l'unità dell'ordinamento giuridico appartiene alla realtà empirica o dell'esperienza e si spiega con la “Ursprungsnorm” propria di ogni ordinamento» (“Corso di diritto internazionale”, in *Opere di Dionisio Anzilotti*, vol. I, Cedam, Padova, 1955, pp. 44-45, nota 11). Insomma, anche Anzilotti, come il Kelsen di Berkeley ricordato da Hart, era d'accordo con tutti, poco importa che gli altri ricambiassero.

Per superare la contraddizione solo apparente tra diritto internazionale (violato) e diritto interno (inadempiente), Anzilotti fa leva sul concetto di «tempo interno della norma», con

182 Interventi

cui Eugenio Bulygin (il «loico Bulighinio» nel testo) intende la sequenza degli istanti in cui la norma è, oltre che valida in virtù di norme secondarie di riconoscimento, applicabile in virtù di norme secondarie sull'applicabilità (cfr. Bulygin, "Système juridique et ordre juridique", in *L'architecture du droit. Mélanges en l'honneur de Michel Troper*, a cura di de Béchillon et al., Economica, Paris, 2006, p. 223 ss.). Una soluzione in pratica analoga si trova già. Verdross, "Il collegamento normativo del diritto internazionale col diritto interno e la procedura per la soluzione dei conflitti tra questi ordinamenti", in *Il processo internazionale. Studi in onore di Gaetano Morelli (Comunicazioni e Studi*, vol. XIV), 1975, p. 981 ss.

14 giugno 2019

Attribuzione del fatto illecito *à la carte* ovvero come la corte suprema olandese ha liquidato le madri di Srebrenica

ANDREA SPAGNOLO (*)

La Corte suprema olandese, venerdì 19 luglio 2019, ha messo, almeno a livello nazionale, la parola ‘fine’ alla vicenda giudiziale relativa alle responsabilità del proprio governo per i fatti accaduti a **Srebrenica** nel luglio del 1995. La [sentenza](#) è destinata a far discutere, dal momento che limita fortemente la responsabilità dello Stato per le omissioni del Dutchbat, il contingente olandese ‘prestato’ alle Nazioni Unite nell’ambito dell’operazione UNPROFOR e distaccato a Srebrenica con il mandato di proteggerla. Più nel dettaglio è sorprendente che la Corte giunga a questa conclusione applicando lo standard di attribuzione contenuto nell’[art. 8](#) dei *Draft Articles on the Responsibility of States for Internationally Wrongful Acts* (DARSIWA), così come interpretato dalla Corte internazionale di giustizia nei casi *Nicaragua* e *Genocidio*.

Le condotte delle truppe olandesi, temporaneamente a disposizione delle Nazioni Unite, formavano oggetto del ricorso presentato dall’associazione *Madri di Srebrenica*, che rappresenta gli interessi delle donne rimaste vedove od orfane a seguito del genocidio perpetrato dalle truppe della Repubblica Ser-

(*) Università degli Studi di Torino (membro della redazione)

184 Interventi

ba di Bosnia. Il ricorso è stato dapprima presentato contro le Nazioni Unite, che hanno con successo invocato l'**immunità** dalla giurisdizione, e poi contro lo stesso Stato olandese, che nel frattempo, nel 2013, in un procedimento parallelo, veniva nell'ultima istanza di giudizio ritenuto responsabile per la mancata protezione offerta ad *Hasan Nuhanovic* e *Rizo Mustafic*, due bosniaci musulmani uccisi dalle forze serbo-bosniache dopo essere stati costretti a lasciare il compound delle Nazioni Unite a seguito della caduta di Srebrenica e del ritiro di UNPROFOR.

Non è esagerato ritenere che la decisione della Corte suprema riduca sensibilmente le possibilità per le vittime di violazioni dei diritti umani commesse nell'ambito delle operazioni di *peacekeeping* di invocare la responsabilità dello Stato fornitore delle truppe e, quindi, di ottenere un risarcimento (cfr. *Dannenbaum*). Simili possibilità si erano aperte con le già citate sentenze *Nuhanovic* e *Mustafic*, che avevano contribuito in buona misura a plasmare il contenuto dell'art. 7 dei *Draft Articles on the Responsibility of International Organizations* (DARIO), quasi all'unanimità considerata la regola di attribuzione nel complesso quadro istituzionale delle operazioni di *peacekeeping*.

In particolare, le decisioni appena citate avevano avuto il pregio di affermare la possibilità di una doppia attribuzione delle condotte (allo Stato fornitore delle truppe e alle Nazioni Unite) e di avanzare un'interpretazione del controllo effettivo sganciata dalle rigide maglie del criterio 'omonimo' elaborato dalla CIG nei casi *Nicaragua* e *Genocidio*, che richiedono la dimostrazione dell'esistenza di ordini precisi che rendano attribuibile allo Stato la condotta di attori non-statali.

Certamente è un criterio che mal si concilia con la natura delle operazioni di *peacekeeping* e con lo stesso art. 7

dei *DARIO*, che pare ispirato a logiche diverse. Bastino due considerazioni a suffragare questa affermazione:

a) l'art. 8 dei *DARSIWA* serve per attribuire allo Stato la condotta di individui – o gruppi di – che non sono organi; non può essere dunque applicabile al caso delle operazioni di *peacekeeping*, dal momento che i contingenti nazionali prestatati alle Nazioni Unite rimangono organi *de jure* dello Stato d'invio (sulla doppia natura organica dei *peacekeepers* su tutti [Condorelli](#), p. 3);

b) sebbene l'art. 7 dei *DARIO* menzioni il test del controllo effettivo, la storia redazionale della norma dimostra come essa non si ispiri in alcun modo all'art. 8 dei *DARSIWA*, bensì sia stata redatta sulla base dell'art. 6 dei *DARSIWA*, che riguarda il prestito di organi tra Stati (v. su tutti [Messineo](#), p. 90).

Eppure.

Eppure, la Corte suprema olandese innestandosi sulle precedenti decisioni della [Corte distrettuale](#) e della [Corte d'appello dell'Aia](#) applica proprio lo standard definito dalla CIG dichiarando apertamente che quello elaborato nei casi *Nuhanovic* e *Mustafic* non sia 'corretto'.

In particolare, la Corte applica lo 'standard *Nicaragua*' quando si trova a dover decidere sull'attribuzione delle condotte poste in essere dal Dutchbat **nel periodo antecedente la caduta di Srebrenica** e il conseguente ritiro di UNPROFOR. Tale precisazione è fondamentale, poiché permette di differenziare *Madri di Srebrenica* da *Nuhanovic* e *Mustafic*: mentre la prima vicenda giudiziale riguarda anche fatti accaduti prima della caduta di Srebrenica, la seconda concerne esclusivamente l'uccisione di tre uomini successivo al ritiro di UNPROFOR.

186 Interventi

I differenti scenari sono molto ben raffigurati nelle conclusioni cui perviene la Corte suprema olandese:

1) nel periodo **antecedente** le ore 23.00 dell'11 luglio del 1995, momento della caduta di Srebrenica, le condotte poste in essere dai soldati olandesi 'prestati' alle Nazioni Unite nell'ambito dell'operazione UNPROFOR sono attribuibili unicamente all'organizzazione e, di conseguenza, non possono essere giudicati;

2) con riferimento ai fatti accaduti **successivamente**, e cioè durante la fase di dismissione dell'operazione UNPROFOR, il governo olandese è in parte responsabile per non aver offerto ai Bosniaci musulmani rifugiati dentro il compound delle Nazioni Unite la possibilità di rimanere ivi protetti, ciò che avrebbe assicurato, secondo la Corte suprema, il 10% di possibilità di salvarsi dall'avanzata delle truppe della repubblica serba di Bosnia (per un riassunto efficace, v. sentenza, par. 5.1).

Al fine di comprendere le ragioni delle critiche che verranno rivolte all'iter argomentativo della Corte suprema è opportuno riprendere il caso dall'inizio, cioè dalla sentenza di primo grado, concentrandosi – giova ripeterlo – sulle condotte poste in essere prima della caduta di Srebrenica, cioè prima dell'11 luglio 1995.

È interessante notare che, nonostante le differenze di scenario, la Corte distrettuale dell'Aia, decidendo sul ricorso presentato dall'associazione *Madri di Srebrenica*, si ispirava largamente ai 'precedenti' *Nuhanovic* e *Mustafic*, in primo luogo affermando l'applicabilità dell'art. 7 dei *DARIO*. Tale scelta, criticata da alcuni ([Palchetti](#)), aveva permesso, già in *Nuhanovic* e *Mustafic*, di applicare lo standard del controllo effettivo enunciato nell'art. 7 anche allo Stato e non solo

all'organizzazione ricevente (Spagnolo). In estrema sintesi, la Corte distrettuale dell'Aia, per valutare l'esercizio del controllo effettivo da parte dello Stato, valutava sia elementi normativi – il *transfer of authority* sulle truppe dallo Stato alle Nazioni Unite – sia elementi fattuali specifici relativi alle singole condotte contestate. Un simile approccio sembra(va) in linea con una corretta interpretazione dell'art. 7 dei DARIO. E così, in primo grado, i giudici, dopo aver esaminato l'effettivo inquadramento del Dutchbat all'interno della catena di comando delle Nazioni Unite in virtù del *transfer of authority*, passavano a valutare quale fosse il soggetto che esercitasse un «actual say over specific actions whereby all of the actual circumstances and the particular context of the case must be examined».

Tra le varie specifiche azioni valutate dalla Corte suprema, sembra interessante citare l'abbandono, da parte del Dutchbat, di alcuni **posti di blocco** (*blocking positions*) che avrebbero dovuto arginare l'avanzata delle truppe serbo-bosniache. È utile prendere a esempio tale condotta perché permette di capire non solo la tipologia di azioni/omissioni imputabili alle forze di *peacekeeping*, ma anche l'evoluzione del ragionamento giuridico che ha portato all'ultima sentenza della Corte suprema.

Con riferimento a tale condotta, dalla sentenza di primo grado si evince che il 9 luglio 1995 il contingente olandese aveva ricevuto dal comando delle Nazioni Unite di UNPROFOR, con sede a Zagabria, l'ordine di mantenere le posizioni nei posti di blocco «to prevent any further breach in the line of defence and advance by the VRS units in the direction of Srebrenica town. Everything possible must be done to further reinforce these positions including arming them. These blocking positions must be recognisable on the ground» (*Madri di Srebrenica*, primo grado, par. 2.29). Nonostante l'ordine promanasse dalla catena di comando e controllo delle Nazioni Unite, i

soldati del Dutchbat, il giorno successivo, **abbandonavano le posizioni**, attuando, nella tesi dei ricorrenti, l'istruzione del Ministro della Difesa olandese di evitare perdite, di dare precedenza alla propria sicurezza. Come si evince dagli atti in causa, il Ministro Voorhoeve avrebbe dichiarato che:

«In the next few weeks we have to give topmost priority to the safety of Dutch military personnel. The commanders are instructed to avoid victims first and foremost. I want to see all men and women return home safely. (...) We have spoken to all those commanders, by telephone and otherwise in the past few days. We do not want Dutch personnel to be at risk, to hold untenable positions. Be sensible and bring all our boys and girls home safe and sound».

Le dichiarazioni del Ministro e l'effettivo – e conseguente – abbandono dei posti di blocco da parte dei soldati del Dutchbat inducono la Corte distrettuale dell'Aia ad affermare che, in quel momento e in relazione a quella condotta, il governo olandese stesse esercitando una forma di controllo sulle proprie truppe, un 'actual say', per usare le parole della stessa Corte. In sintesi, la regola di attribuzione dell'art. 7 dei *DARIO* aveva permesso ai giudici di primo grado di valutare in maniera ragionevole e piana uno scenario usuale nelle operazioni di *peacekeeping*: i continui contatti tra i governi nazionali e le proprie truppe; d'altronde, come si diceva, queste ultime rimangono pur sempre 'organi' dei primi.

In appello, la specifica condotta che ho preso come esempio viene valutata diversamente:

«The procedural documents do not provide a basis for the conclusion that, through these remarks, factual control has been exercised over specific (certain military operations or other specific) acts performed by Dutchbat. The said remarks

were of a general nature, and not intended for specific operational (or other) acts, such as abandoning or not abandoning certain observation posts or blocking positions at some point in time, giving up and handing in arms and equipment, or providing medical care, et cetera».

La Corte d'appello dell'Aia non chiarisce, come invece aveva fatto la Corte distrettuale, quale regola di attribuzione stia applicando. Essa non richiama l'art. 7 dei *DARIO* e sicuramente non applica lo standard del controllo effettivo enunciato in *Nubanovic* e *Mustafic*; sembra invece constatare l'assenza di un preciso ordine di abbandonare le posizioni.

Le determinazioni della Corte d'appello vengono sostanzialmente confermate nella decisione della Corte suprema che si premura di spiegare quale standard di controllo stia applicando, forse offrendo anche una lettura retroattiva della sentenza di appello. Giudicando sul ricorso per cassazione dell'associazione *Madri di Srebrenica*, che riteneva troppo restrittiva l'interpretazione del controllo effettivo offerta proprio dalla Corte d'appello, la Corte suprema offre il quadro normativo di riferimento argomentando così:

a. Considerato che si tratta di attribuire le condotte allo Stato d'invio delle truppe e non alle Nazioni Unite, le norme di diritto internazionale applicabili vanno ricercate nei *DARSIWA* (par. 3.3.1);

b. Le norme rilevanti dei *DARSIWA* sono l'art. 4 (attribuzione di condotte poste in essere da organi *de jure*) e l'art. 8 (attribuzione di condotte poste in essere da individui o gruppi di individui) (par. 3.3.2);

c. L'art. 4 non è applicabile dal momento che il contingente olandese è organo delle Nazioni Unite e di conseguenza non può essere considerato un organo statale (par. 3.3.3);

d. L'applicazione dell'art. 8 comporta l'adozione dello standard elaborato dalla Corte internazionale di giustizia nei casi *Nicaragua* e *Genocidio* (par. 3.3.5 e 3.4.2 e ss.).

La Corte suprema, in conclusione del suo ragionamento, afferma dunque che «effective control only exists in the event of *actual participation of and directions given by that State*» e che «[i]n attributing acts to a state by virtue of Article 8 DARS, what matters is *factual control* of the specific conduct», affermando in maniera esplicita che qualsiasi altra interpretazione del concetto di controllo effettivo non sia corretta, compresa quella elaborata dalle stesse corti olandesi nei casi *Nuhanovic* e *Mustafic*, in particolare la c.d. dottrina del 'power to prevent' (cfr. ancora [Dannenbaum](#)).

L'applicazione dello standard di attribuzione di cui all'art. 8 dei *DARSIWA* non può che indurre la Corte suprema a escludere che l'abbandono dei posti di blocco potesse attribuirsi al governo olandese, non essendo dimostrabile l'esistenza di ordini precisi da parte di quest'ultimo. Più in generale, nessuna condotta antecedente le ore 23.00 dell'11 luglio 1995 viene ritenuta imputabile al governo olandese.

Si è già detto in apertura quali siano le due principali ragioni che escludono categoricamente che l'art. 8 dei *DARSIWA* regoli l'attribuzione nel caso di operazioni di *peacekeeping*. Per assurdo, l'argomentazione della Corte suprema olandese fondata su quella regola **sembra mettere sullo stesso piano contingenti statali prestati alle Nazioni Unite nell'ambito delle operazioni di *peacekeeping* e gruppi paramilitari quali i *contras* in Nicaragua**. Non sembra di dover indugiare oltre su questo parallelismo, se non per rilevare che, sebbene sia comunque criticabile (v. su tutti [Cassese](#)), uno standard particolarmente severo di attribuzione appare giustificato

quando la condotta sia posta in essere da soggetti che non hanno alcun rapporto organico con lo Stato. **Ma in questo caso la condotta è posta in essere da... organi statali**, che mantengono il loro status anche quando vengono prestati alle Nazioni Unite e che financo continuano a ricevere ordini e istruzioni dai propri governi.

Per quale ragione, dunque, la Corte suprema ha fatto ricorso a questo schema argomentativo? Una risposta può (forse) essere trovata nel paragrafo 3.3.5:

«It should be noted that in these proceedings, unlike in the [*Nuhanovic*] and [*Mustafic*] judgments [...] the question of whether making Dutchbat available to the UN implies that Dutchbat's conduct can exclusively be attributed to the UN and not to the State, or that dual attribution (attribution to both the UN and the State) is possible, is not at issue. It was found in the [*Nuhanovic*] and [*Mustafic*] judgments that the latter was the case. This is why the provisions in DARIO concerning the attribution of conduct to an international organization are not directly relevant in these proceedings. (In this regard, see the [*Nuhanovic*] and [*Mustafic*] judgments, para. 3.9.1 et seq.)».

Il passaggio, invero assai oscuro, sembra svelare come la Corte non abbia inteso avvalersi dei *DARIO* perché non era in discussione alcun profilo di attribuzione alle Nazioni Unite. La spiegazione pare ragionevole solo fino a un certo punto. È comprensibile che l'attribuzione delle condotte allo Stato si valuti attraverso le regole dei *DARSIWA* (*d'Argent* e ancora *Palchetti*) e non attraverso le regole dei *DARIO*. Ciò può accadere quando, ai sensi dell'art. 7 dei *DARIO*, le Nazioni Unite non esercitino un sufficiente controllo sulle condotte in questione che a quel punto si imputerebbero allo Stato fornitore delle truppe sul presupposto che queste siano (sono) da consi-

192 Interventi

derarsi propri organi *de jure* ai sensi dell'art. 4 dei *DARSIWA* (v. ancora [d'Argent](#)).

Il ragionamento appena svolto stimola due conclusioni:

a) ammettendo che siano i *DARSIWA* il quadro normativo di riferimento per l'attribuzione, **a rilevare è l'art. 4**, non l'art. 8;

b) in ogni caso non si vede come si possa ignorare **l'art. 7 dei *DARIO***, anche solo per dimostrare che le Nazioni Unite esercitino o non esercitino una forma di controllo sui contingenti nazionali, escludendo dunque l'attribuzione allo Stato oppure giustificandola ai sensi dell'art. 4 dei *DARSIWA*.

La spiegazione fornita dalla Corte suprema nel paragrafo 3.3.5, dunque, non tiene.

Non resta che provare ad andare oltre alle ragioni addotte dalla Corte suprema, guardando alla vicenda giudiziale nel suo complesso e, di nuovo, ai casi *Nubanovic* e *Mustafic*. Anzi, sono forse proprio le sentenze della Corte suprema in questi due ultimi casi ad aiutare a trovare la giusta chiave di lettura. Pur riconoscendo la responsabilità del governo olandese per le omissioni del Dutchbat durante l'evacuazione del compound di UNPROFOR successiva alla caduta di Srebrenica, la Corte suprema aveva tratteggiato due scenari possibili nel corso di un'operazione di *peacekeeping*: 1) lo scenario **normale**, in cui i contingenti nazionali sono inquadrati nella catena di comando delle Nazioni Unite; 2) uno scenario **'patologico'**, quale, ad esempio, la fase finale di un'operazione, in cui la catena di comando delle Nazioni Unite si ritira a favore di quelle nazionali.

L'esito della vicenda giudiziale avviata dalle *Madri di Srebrenica* ci dice dunque che nel primo scenario lo standard di

attribuzione allo Stato dev'essere più severo che nel secondo. Occorre provare l'esistenza di ordini che interrompano la catena di comando delle Nazioni Unite, non bastando il mero accertamento di una certa influenza da parte dello Stato fornitore delle truppe. L'art. 8 dei *DARSIWA* e le forche caudine del controllo effettivo elaborato dalla CIG sono stati assunti a standard di attribuzione anche nel contesto di un'operazione di *peacekeeping* proprio perché funzionali all'obiettivo, sebbene la scelta non sia giustificabile alla luce del diritto internazionale.

È più che lecito dubitare dell'opportunità di utilizzare uno standard di attribuzione così severo. La realtà delle operazioni di *peacekeeping* è fatta di continue consultazioni con i governi nazionali, che è possibile che non si sostanziano in 'ordini' veri e propri. Alcune di queste consultazioni possono ben influenzare la condotta dei *peacekeepers*, come si è visto in relazione all'abbandono dei posti di blocco a Srebrenica.

Alla luce di ciò, è così certo ritenere che se il Ministro della Difesa impartisce una pur generale istruzione di dare precedenza alla sicurezza del personale e se tale istruzione induce le truppe sul campo a tenere una condotta contraria a un ordine promanante dalla catena di comando delle Nazioni Unite, sia sempre quest'ultima organizzazione a esercitare un controllo effettivo?

Non è invece ragionevole ritenere che con riguardo a simili condotte sia lo Stato a esercitare un controllo? O che quanto meno si possa mettere in dubbio che l'organizzazione sia in pieno controllo di truppe che ricevono istruzioni dai loro governi?

E se a seguito di condotte che si compongono in tal modo, alcuni individui vedessero lesi i propri diritti fondamentali, non è ragionevole ritenere che quegli individui possano tentare di ottenere ristoro presso i tribunali nazionali degli Stati forn-

194 Interventi

tori delle truppe, dal momento che è impossibile, causa immunità, convenire in giudizio le Nazioni Unite?

Sulle risposte a tali domande, probabilmente, occorrerà tornare a riflettere.

Il risultato, per ora, è che gli spazi per invocare la responsabilità per violazioni dei diritti umani nel contesto di operazioni di *peacekeeping* si sono drasticamente ristretti.

26 luglio 2019

2

Diritto internazionale privato

OMAR VANIN “Imperatività” della norma di conflitto UE e principio di dispositivo nel processo civile italiano

GIOVANNI ZARRA Lo sfuggente articolo 3, paragrafo 3, del regolamento Roma I: tra autonomia delle parti e salvaguardia degli interessi statali

PIETRO FRANZINA
ANTONIO LEANDRO La Convenzione dell’Aja del 2 luglio 2019 sul riconoscimento delle sentenze straniere: una prima lettura

“Imperatività” della norma di conflitto UE e principio dispositivo nel processo civile italiano

OMAR VANIN (*)

Le norme sui conflitti di leggi adottate dall'UE sulla base dell'art. 81, par. 2, lett. c, [Tratt. FUE](#) mirano fondamentalmente a far sì che un rapporto giuridico sia disciplinato dalla medesima legge quale che sia lo Stato membro dal cui punto di vista esso viene osservato. Tale obiettivo rischia di non essere soddisfatto allorché le norme in questione ricevano negli Stati membri un'applicazione non uniforme. Accresce questo rischio il fatto che le norme di conflitto, quando sono evocate nel quadro di un processo, possono subire l'influenza delle regole processuali del foro: regole di fonte interna, che variano talora in modo molto marcato da uno Stato membro a un altro.

L'influenza ora segnalata può esprimersi diversamente, a seconda delle questioni considerate e del sistema processuale che viene preso a riferimento. Centrale, al riguardo, è la questione consistente nello stabilire se le norme di conflitto, una volta rilevato un elemento di internazionalità nella fattispecie, trovino applicazione d'ufficio nel giudizio, o piuttosto presuppongano l'iniziativa di una delle parti. Questione, questa, da

(*) Università degli Studi di Ferrara.

non confondere con quella della inderogabilità delle medesime norme. Un conto, infatti, è stabilire come entri nel dibattito processuale la questione della legge applicabile, un altro è stabilire se i criteri che presiedono alla soluzione di tale questione siano rigidamente stabiliti dalla legge o se possano essere plasmati in qualche misura dalla volontà negoziale delle parti. Nell'ordinamento italiano, la natura imperativa delle norme di conflitto dell'ordinamento italiano non è mai stata veramente oggetto di contesa fra gli studiosi (cfr. Boschiero, *Norme di diritto internazionale privato "facoltative"?*, in *Riv. dir. int. priv. e proc.*, 1993, p. 573), mentre altri ordinamenti seguono tradizionalmente l'approccio opposto, o riconoscono alle norme di conflitto un'imperatività in vario modo attenuata (per una visione di insieme delle esperienze di altri ordinamenti nazionali sul tema, cfr. [de Boer](#)).

È stato osservato che, per quanto il diritto dell'Unione garantisca in linea generale l'autonomia degli Stati membri nel campo del processo, non tutte le soluzioni accolte nei sistemi processuali nazionali sono egualmente capaci di garantire l'effetto utile delle norme regionali. Si è detto, in questo senso, che le norme di conflitto dell'UE devono ritenersi senz'altro imperative: intendendole in questo modo, si evita che le parti, qualora inerti in giudizio sulla questione della legge applicabile, pregiudichino in concreto l'uniformità di soluzioni che quelle norme intendono invece propiziare (Franzina, *L'applicazione genuina del diritto straniero richiamato dalle norme di conflitto dell'Unione europea*, in [Triggiani, Cherubini et al.](#), p. 1115).

Questo scritto si propone di esaminare il rischio che, nel contesto del processo civile, il principio dispositivo e quello della domanda impediscano al giudice di garantire l'applicazione della norma di conflitto dell'UE. Di qui, si individueranno gli istituti del diritto processuale civile italiano che

198 Interventi

possano prevenire il rischio descritto, nelle ipotesi in cui le parti non abbiano invocato la sua applicazione o, sebbene invocata, non abbiano dato prova del criterio di collegamento che innesca l'applicazione della stessa. In ultimo, si darà conto delle posizioni assunte su questi temi nella giurisprudenza della Corte di cassazione.

Prima di procedere, si deve dare atto che talune disposizioni contenute nei regolamenti dell'Unione inerenti al diritto applicabile sembrerebbero allontanarsi dal paradigma della imperatività. Così, ad esempio, gli artt. 26 dei regolamenti “gemelli” (UE) 2016, nn. 1103 e 1104, relativi ai regimi patrimoniali tra coniugi e tra partner di unioni registrate, dispongono che «[i]n via di eccezione e su richiesta di uno dei coniugi, l'autorità giurisdizionale [...] può decidere che la legge di uno Stato diverso da quello la cui legge è applicabile [...] disciplini il regime patrimoniale». Del pari, l'art. 7 del regolamento (CE) n. 864/2007 (c.d. Roma II), in tema di legge applicabile all'illecito civile derivante da un danno ambientale, permette al danneggiato di invocare l'applicazione della legge del paese in cui si è verificato l'evento nocivo, in deroga al criterio di collegamento generale di cui all'art. 4, par. 1, del medesimo regolamento. Le norme di conflitto ora richiamate, in effetti, subordinano l'applicazione della legge straniera all'esplicita sollecitazione della parte interessata. Si tratta, tuttavia, di deroghe eccezionali che non esprimono un canone generale, laddove invece, in genere, il legislatore europeo elabora la norma di conflitto con locuzioni che ne esaltano il carattere prescrittivo. In difetto di diversa indicazione del legislatore, dunque, le norme di conflitto dell'Unione vanno intese come immediatamente precettive e la loro applicazione non può, di regola, essere rimessa all'iniziativa processuale delle parti.

L'idea che le norme di conflitto dell'UE siano per regola

applicabili d'ufficio sembra non porre problemi di sorta per quegli ordinamenti – come quello italiano, e altri ascrivibili al modello di *civil law* – che si informano al principio *iura novit curia*. Un esame più attento, tuttavia, rivela che talune questioni di carattere processuale incidono sulla problematica anche per tali ordinamenti, rischiando o di comprimere i poteri del giudice finalizzati ad assicurare l'applicazione officiosa delle norme, o di estenderli eccessivamente.

Il problema si verifica quando il giudice introduce nel dibattito processuale una questione non sollevata dalle parti, come quella della potenziale applicabilità del diritto straniero. La natura imperativa della norma di conflitto, invero, si scontra in questo scenario con due cardini del processo civile italiano: il principio della domanda e quello del contraddittorio, con i rispettivi ancoraggi negli art. 24 e 111, comma 2°, Cost. In ossequio a tali principi, il giudice, ravvisando la potenziale rilevanza di una norma di conflitto non invocata dalle parti, dovrà quindi ricorrere a quel particolare meccanismo di ripristino del contraddittorio sancito all'art. 101, comma 2°, c.p.c. Il giudice deve cioè invitare le parti a esprimere le rispettive posizioni ove ritenga di porre a fondamento della decisione una questione rilevabile d'ufficio, sotto pena di nullità della decisione (cfr. Ferraris, *Principio del contraddittorio e divieto di decisioni «a sorpresa»: questioni di fatto e questioni di diritto*, in Riv. dir. proc., 2016, p. 1182 ss.). L'istituto è noto anche ad altri ordinamenti processuali, quale quello francese, ove l'art. 16 del *Code de procédure civile* dispone che il giudice «ne peut fonder sa décision sur les moyens de droit qu'il a relevés d'office sans avoir au préalable invité les parties à présenter leurs observations» (su tale previsione normativa v. Couchez, *Principe de la contradiction*, in Juris classeur de procédure civile, 1998, p. 12 ss.; per una comparazione con altri ordinamenti, v. [H. Foyer De Costil et al](#)).

L'intervento officioso deve comunque essere il più possibile contenuto, consistendo nella semplice rappresentazione alle parti della potenziale rilevanza della norma di conflitto. Segnalata la circostanza, il principio dispositivo tornerà ad espandersi, cosicché spetterà alle parti allegare e provare i fatti costitutivi, impeditivi, modificativi o estintivi della pretesa dedotta in giudizio, come valorizzati dal diritto richiamato dalla norma di conflitto.

Il tema dell'onere probatorio rileva anche con riguardo al secondo profilo dell'indagine qui proposta, relativo alla ricerca degli elementi di prova concernenti i fatti che innescano la norma di conflitto (i criteri di collegamento). Si tratta, in sostanza, di comprendere se il giudice sia tenuto o meno a ricercare d'ufficio tali elementi. La questione, come si vedrà, è particolarmente delicata nell'ipotesi in cui i fatti in questione siano rilevanti anche ai fini della decisione relativa al merito. Si consideri, ad esempio, l'accertamento del *locus commissi delicti* ai fini della individuazione della legge applicabile a una obbligazione extracontrattuale secondo l'art. 4, par. 1, del regolamento (CE) n. 864/2007. Le prove che localizzano l'evento lesivo, in questa situazione, sono con molta probabilità le stesse atte a dimostrare che l'evento si è verificato, e con quali modalità, provando così un fatto costitutivo della pretesa dedotta in giudizio.

Le questioni ora emerse richiedono un'analisi per gradi. In generale, il principio *iura novit curia*, di per sé, non impone al giudice di provare d'ufficio i fatti che fondano l'applicazione di una qualunque norma che pure rivesta, nel senso indicato, una natura imperativa. Può infatti bastare che il giudice applichi la norma una volta che le parti ne hanno rappresentato tutti i presupposti fattuali. Tale assunto, tuttavia, non è immediata-

mente trasponibile nella disciplina dei conflitti di leggi. Le norme di conflitto, infatti, specie se appartenenti a un ordinamento sovranazionale, coordinano e ripartiscono la potestà normativa degli ordinamenti nazionali nel disciplinare i rapporti di diritto privato. Trascurare l'imperatività della norma di conflitto, dunque, significa pregiudicare l'applicazione di quella legge nazionale che ha vocazione a disciplinare una data fattispecie transnazionale. In caso di inerzia delle parti nel provare i fatti rilevanti per la norma di conflitto, è quindi più ragionevole concludere che il giudice possa in effetti dare rilievo ad elementi probatori acquisiti allo stato degli atti, se del caso integrandoli tramite un'istruzione officiosa sommaria: soluzione, questa, adottata dalla giurisprudenza francese, come riporta [Corneloup 2014](#), p. 368, che evidenzia che il giudice è chiamato ad utilizzare a tal fine «tous les éléments qu'il peut trouver dans le dossier, ce qui comprend l'acte d'assignation, les conclusions des parties et tous les éléments de preuve présentés». Una decisione allo stato degli atti, del resto, è già prevista dal codice di rito con riguardo ad un'altra tipologia di questione preliminare sollevabile d'ufficio, ossia l'accertamento della competenza del giudice a norma dell'art. 38, comma 4°, c.p.c.

Più complessa è la situazione in cui, prospettata in giudizio l'applicabilità di una norma di conflitto, occorra provare una circostanza che funga da criterio di collegamento della norma di conflitto medesima e – al tempo stesso – rilevi nel merito del giudizio. Il rischio, in questo caso, risiede nel fatto che l'accertamento d'ufficio di tale circostanza alteri in qualche modo il riparto dell'onere della prova: profilo che la disciplina dei conflitti di leggi dell'Unione europea rimette alla *lex causae*, come risulta, in particolare, dall'art. 18 del [regolamento](#) (CE) n. 593/2008, e dall'art. 22 del regolamento (CE) n. 864/2007. La soluzione passa per il c.d. principio di acquisizione. Questo postula che, una volta introdotto nel processo un elemento di

prova, anche su sollecitazione officiosa, tale elemento può essere liberamente utilizzato per fondare qualunque domanda od eccezione, prescindendo da chi abbia originariamente introdotto la prova (in argomento v. per tutti Patti, *La disponibilità delle prove*, in [Aa.Vv.](#), p. 80). Per la giurisprudenza di legittimità, il principio si inquadra nel principio del giusto processo, consacrato all'art. 111 Cost., e, a livello di fonte primaria, sull'art. 245, comma 2°, c.p.c., che sancisce l'inefficacia della rinuncia all'audizione del testimone laddove le parti e il giudice non vi acconsentano (in questi termini Cass. 21 settembre 2013, n. 21909). Per la dottrina, «una volta che la prova sia entrata nel processo [...] il giudice può prescindere dal fatto che vi sia entrata per iniziativa della parte onerata, oppure dell'altra parte, o, nei casi in cui ciò è possibile, per iniziativa dello stesso giudice, purché però i fatti oggetto di prova siano stati allegati dalla parte che fruisce della prova»: così [Carratta et al.](#), p. 197 ss. (corsi-vo nostro). In questo senso, è ammissibile che il giudice, per accertare i fatti rilevanti ai fini della norma di conflitto, introduca nel processo le prove idonee a fondare (o confutare) nel merito anche la domanda avanzata in giudizio. Tale potere dovrà comunque essere preceduto dall'impiego del già ricordato strumento di “ripristino” del contraddittorio di cui all'art. 101, comma 2°, c.p.c. Solo a seguito dell'inerzia delle parti invitate a dedurre sul punto, il giudice potrà procedere all'accertamento officioso dei fatti innescenti la norma di conflitto.

La giurisprudenza di legittimità non ha avuto modo di esaminare di recente, in tutti i suoi aspetti, il tema della natura imperativa della norma di conflitto. Una pronuncia della Suprema Corte del 2014, tuttavia, segnala che una certa sensibilità nei confronti del problema è presente. Prima di dar conto di tale pronuncia è bene segnalare che, in passato, la giurisprudenza onerava la parte interessata all'applicazione del diritto straniero di allegare e di provare gli elementi di fatto costituenti il crite-

rio di collegamento della pertinente norma di conflitto. A questo filone giurisprudenziale appartiene Cass. 5 giugno 2009, n. 13087, secondo cui «i presupposti di applicabilità di una determinata legge straniera dipendono pur sempre dalla sussistenza di criteri di collegamento fondati su elementi di fatto, che devono essere ritualmente acquisiti alla causa». La Corte, nell'occasione, ha così configurato l'identificazione del diritto applicabile come «una questione la cui soluzione dipende da accertamenti di fatto che [devono] essere richiesti al giudice del merito e nel rispetto del principio del contraddittorio». Secondo la stessa logica, Cass. 30 ottobre 2008, n. 26063, aveva imposto allo straniero che invocava in giudizio l'applicazione della legge italiana di allegare e dimostrare, ai sensi dell'art. 16 disp. prel. c.c., che la rispettiva *lex patriae* garantisse al cittadino italiano il medesimo diritto che lo straniero deduceva dinanzi al giudice italiano (la c.d. "condizione di reciprocità").

La Corte di cassazione, come si diceva, sembra aver poi mutato posizione. In particolare, con la sentenza 6 novembre 2014, n. 27547, la Corte, in un *obiter dictum*, ha precisato che «la rilevabilità di ufficio della legge applicabile presuppone che il caso dedotto in giudizio presenti oggettivamente un qualche collegamento con un ordinamento diverso da quello italiano», mentre qualora «la fattispecie sia interamente soggetta al diritto italiano e l'applicazione dell'ordinamento straniero sia frutto solo di una libera scelta delle parti, contenuta in una specifica clausola contrattuale [...] la questione della legge applicabile diviene oggetto di un'eccezione soggetta ai medesimi principi che valgono con riguardo ad ogni altra clausola pattizia, i cui effetti debbono essere dedotti e allegati dalla parte che vi abbia interesse, non potendo il giudice far valere d'ufficio e di sua iniziativa i dettagli di accordi stipulati dalle parti nel loro privato interesse, qualora le parti medesime non dimostrino il loro concreto e attuale interesse ad avvalersene». Il ragionamento

204 Interventi

della Corte permette di inferire *a contrario* che, ove l'applicazione del diritto straniero non sia dettata da una clausola di scelta della legge, e sia quindi imposta da una norma di conflitto che impiega un criterio di collegamento diverso dalla mera volontà delle parti, la potenziale rilevanza di tale norma può e deve essere rilevata d'ufficio. Volendo completare il ragionamento della Corte con la sua stessa terminologia, sarà compito del giudice attivare i propri strumenti officiosi e, per mezzo di essi, accertare quel "collegamento con un ordinamento diverso da quello italiano" che "oggettivamente" qualifica la controversia come transnazionale.

La posizione della Corte è comprensibile sul piano pratico: non ci si può attendere che il giudice intervenga d'ufficio per accertare la transnazionalità di un rapporto giuridico quando gli elementi di estraneità dello stesso non siano manifesti. Dietro questa esigenza pragmatica, tuttavia, riaffiora anche il principio dispositivo, qui declinato come onere per la parte interessata di allegare l'esistenza del *pactum de lege utenda* e di invocarne l'operatività. In questo senso, allora, questo orientamento mostra alcune comunanze con la posizione che la *Cour de cassation* francese ha assunto sul tema a partire dall'*arrêt Coveco* del 4 dicembre 1990 (in *Journ. dr. int.*, 1991, p. 372 ss., con nota di Bureau) e ancor più dopo l'*arrêt Mutuelle du Mans* del 26 maggio 1999 (in *Rev. crit. dr. int. privé*, 1999, p. 707 ss., con nota di Muir Watt). Non è questa la sede per ripercorrere le tappe di questo percorso (per cui si rinvia piuttosto ad Ancel, *L'invocation d'un droit étranger et le contrôle de la Cour de cassation*, in *Aa. Vv.*, p. 3 ss.). È sufficiente qui registrare come la *Cour de cassation*, sulla base dell'orientamento da ultimo assunto, applichi d'ufficio la norma di conflitto nei soli casi in cui la controversia inerisca a diritti indisponibili: orientamento recentemente confermato con la pronuncia [24 maggio 2018](#) (con nota di [Corneloup](#)).

La soluzione francese, al di là delle difficoltà che circondano la verifica della “disponibilità” del diritto in contesa (occorrendo stabilire in base a che norma tale verifica vada condotta), rischia di pregiudicare – quando si tratti di norme di conflitto dell’UE – l’obiettivo dell’uniformità di soluzioni sopra evocato, in quanto non assicura l’applicazione della norma di conflitto nei casi in cui l’oggetto del contendere attenga ad un diritto disponibile (v. su tali profili [Corneloup](#), cit., p. 372 ss.). Tale modello, inoltre, mina il principio di parità di trattamento della legge del foro rispetto al diritto straniero, poiché, nell’ipotesi in cui il diritto sia disponibile, l’inerzia delle parti conduce alla diretta applicazione della legge del foro.

L’applicazione officiosa della norma di conflitto rimane tutt’oggi un problema aperto. Dalle considerazioni che precedono, tuttavia, emergono chiaramente le ragioni per cui la soluzione francese mal si adatti alla natura imperativa della norma di conflitto, specialmente se scaturente dall’ordinamento dell’UE. Non è dunque auspicabile che la Corte di legittimità italiana si muova nel solco tracciato dalla giurisprudenza francese. Sarà invece più opportuno confinare le ipotesi di applicazione “eventuale” della norma di conflitto ai soli casi in cui il giudice versi nell’obiettivo impossibilità di apprezzare immediatamente ed autonomamente l’elemento di estraneità della fattispecie.

28 maggio 2019

Lo sfuggente articolo 3, paragrafo 3, del regolamento Roma I: tra autonomia delle parti e salvaguardia degli interessi statali

GIOVANNI ZARRA (*)

Il [regolamento n. 593/2008 \(c.d. Roma I\)](#), che disciplina la legge applicabile alle obbligazioni contrattuali nei processi celebrati dinnanzi ai giudici degli Stati dell'Unione europea, si fonda sul principio dell'**autonomia delle parti**. Quest'ultimo, secondo quanto affermato nel considerando 11 del regolamento stesso, è la «pietra angolare» del sistema europeo dei conflitti di leggi. Conferma di quanto appena detto è data dal fatto che il regolamento consente che due soggetti aventi la medesima nazionalità possano decidere che un contratto relativo a una situazione interamente interna a uno Stato sia disciplinato da un diritto straniero. Ciò perché, nel mondo degli scambi commerciali, sovente accade che un sistema giuridico sia percepito come particolarmente sviluppato nella regolamentazione di un dato tipo di rapporti (si pensi, ad es., al diritto inglese con riguardo alle materie della navigazione o dei mercati finanziari).

Ciononostante, il legislatore europeo ha comunque voluto astrattamente scongiurare il rischio che la scelta di un diritto

(*) Università di Napoli Federico II.

straniero in situazioni puramente interne possa avvenire al solo scopo di eludere l'applicazione di alcune norme inderogabili dell'ordinamento giuridico che sarebbero state altrimenti applicabili al caso di specie. Con una disposizione di carattere generale, dunque, l'art. 3, par. 3, del regolamento Roma I introduce una **limitazione** al principio di autonomia delle parti, sancendo che «[q]ualora tutti gli altri elementi pertinenti alla situazione siano ubicati, nel momento in cui si opera la scelta, in un paese diverso da quello la cui legge è stata scelta, la scelta effettuata dalle parti fa salva l'applicazione delle disposizioni alle quali la legge di tale diverso paese non permette di derogare convenzionalmente».

Questa norma pone, a ben vedere, **due problemi interpretativi** estremamente complessi, rispetto ai quali proveremo, in questa breve riflessione, a offrire una soluzione (per una disamina più ampia del tema e per adeguati riferimenti normativi si rimanda a [Zarra](#); per precedenti lavori in dottrina cfr. Boschiero, "I limiti al principio d'autonomia posti dalle norme generali del regolamento Roma I. Considerazioni sulla 'conflict involution' europea in materia contrattuale", in [Id.](#), p. 67 ss.). Il primo di essi riguarda il concetto di «elementi pertinenti della situazione», mentre il secondo concerne la categoria delle «disposizioni di legge non derogabili convenzionalmente». Le questioni qui discusse – e le difficoltà a esse connesse – sono state di recente poste all'attenzione degli interpreti dall'Avvocato generale Szpunar nelle sue conclusioni nel caso *Vynils*, nel quale, tuttavia, la Corte di giustizia dell'UE ha poi perso l'occasione per riempire di contenuto queste espressioni non facilmente intelleggibili.

Partiamo dalla prima delle questioni indicate. Quand'è che possiamo dire che tutti gli **elementi pertinenti della situazione** siano riconducibili a un solo Stato? La risposta potrebbe

essere fornita sia guardando agli *elementi giuridici* del caso dinanzi al giudice, sia svolgendo un'*analisi meramente fattuale* delle circostanze concrete della controversia. La prima prospettiva, di recente sostenuta nelle conclusioni dell'Avvocato generale Szpunar (par. 141-149) nel già citato caso *Vynils*, consente di evitare che le parti possano artatamente modificare la cornice fattuale del caso introducendo elementi volti a «internazionalizzare» la vicenda. Quest'approccio, tuttavia, a differenza di quello che **privilegia l'analisi delle circostanze fattuali**, è probabilmente più lontano dall'oggetto e dallo scopo del regolamento Roma I, il quale – come espressamente previsto al considerando n. 37 – nel sancire la primazia dell'autonomia delle parti dispone anche che qualsiasi limitazione a tale principio debba essere interpretata in modo restrittivo. Questo è stato, infatti, l'approccio che la Corte di giustizia UE ha privilegiato nei casi *Unamar* (par. 49) e *Nikoforidis* (par. 44), nei quali era stata chiamata a esprimersi sulla categoria delle «norme di applicazione necessaria» e ha chiarito che, in quanto misura derogatoria, l'art. 9 (che disciplina tali norme) deve essere interpretato *sempre* restrittivamente. Non a caso, anche la dottrina (Biagioni, "Art. 3", in [Salerno, Franzina](#), p. 631) e la giurisprudenza degli Stati membri che si sono occupate della questione hanno prediletto l'opinione qui sostenuta. Già nel 2004, in *Caterpillar v. SNC*, la *High Court* di Londra ha chiarito che «[a]rticle 3.3 refers to elements "relevant to the situation" which is wider than "elements relevant to the contract"» (par. 18). In seguito, i giudici del Regno Unito sono stati anche più espliciti: in *Banco Santander v. Companhia Carris de Ferro de Lisboa* la stessa *High Court* (con una decisione poi confermata dalla *Corte d'appello*) ha affermato che, in una controversia che dal punto di vista giuridico presentava legami con il solo ordinamento portoghese, la presenza di alcuni elementi fattuali estranei al Portogallo – tra i quali spiccava l'utilizzo ad opera delle parti di un modello contrattuale predisposto dalla *Inter-*

national Swaps and Derivatives Association con sede a New York – giustificava la scelta delle parti in favore del diritto inglese (par. 366 ss.) e consentiva quindi al giudice di non dar luogo alla limitazione di cui all'art. 3, par. 3, e quindi di non applicare le norme portoghesi alle quali non è permesso derogare convenzionalmente. Quest'approccio è stato altresì confermato, in simili circostanze, dalla Corte d'appello di Londra in *Dexia v. Comune di Prato*, in cui i giudici hanno ulteriormente affermato (par. 134) che l'uso del già citato modello contrattuale è comune nel mondo della finanza proprio perché esso consente di «sconnettere» i rapporti giuridici da dimensioni puramente nazionali. Ciò giustifica, di per sé, la non applicazione di cui all'art. 3, par. 3, del regolamento Roma I.

Quanto appena detto, in ogni caso, non sembra porre in discussione l'esistenza di un certo **marginе di discrezionalità** per i giudici interni. Posto che la disposizione parla di **elementi pertinenti** della situazione, è evidente che l'interprete ha facoltà di determinare quali, a suo parere, siano gli elementi fattuali della situazione ai quali bisogna dare rilievo, in relazione alle circostanze del caso concreto, per determinare se la controversia possa considerarsi o meno connessa a più di un ordinamento giuridico. Questa valutazione non può che avvenire tenendo conto dei principi e dei valori in gioco che vanno ragionevolmente bilanciati (applicando una metodologia proposta da [Perlingieri](#), p. 14). Sarà dunque un'analisi caso per caso a guidare il giudice nello stabilire se, poste le circostanze fattuali della controversia, sia maggiormente meritevole di tutela il valore della salvaguardia dell'autonomia delle parti – il che giustificherà l'attribuzione di un valore più significativo agli elementi fattuali di estraneità rispetto all'ordinamento con cui il caso è maggiormente connesso – o quello della tutela di alcuni interessi statali che sarebbero pregiudicati ove non si desse applicazione alle norme giuridiche dell'ordinamento con cui il caso presenta

210 Interventi

maggiori connessioni – ciò che, al contrario, consentirà una minimizzazione del rilievo di tali elementi. A titolo di esempio è possibile menzionare un caso, tutt'ora pendente nel Regno Unito, riguardante un contratto tra due enti greci regolato dalla legge italiana (per effetto di una clausola di scelta) per la compravendita di una compagnia di navigazione, anch'essa greca, in cui si è posto il problema di valutare se le circostanze che (i) la compagnia oggetto della compravendita svolgesse regolarmente trasporti tra la Grecia e l'Italia e (ii) che una delle parti fosse interamente controllata da una società italiana, potessero essere elementi sufficienti a giustificare la non applicazione dell'art. 3, par. 3. Sebbene qui certamente si tratti di capire se le due circostanze menzionate siano sufficienti a escludere che la situazione sia puramente interna o meno, per le ragioni susposte riterremo che al giudice possa competere anche una valutazione di pertinenza di tali circostanze fattuali rispetto al caso (e dunque, in qualche modo, di opportunità rispetto alla possibilità di applicare anche la legge greca). Da un lato, infatti, il meccanismo dell'art. 3, par. 3 – proprio per garantire che non diventi idoneo a consentire di restringere *ad libitum* lo spazio dell'autonomia – deve basarsi in linea di principio non su valutazioni di convenienza, ma su un'analisi fattuale. Dall'altro lato, come anticipato, ci pare però che, di là da considerazioni di carattere formalistico, la norma lasci comunque un certo margine di valutazione al giudicante nel valutare se gli elementi di fatto siano *pertinenti* per il caso e dunque al fine dell'applicazione del diritto greco (e, quindi, tenendo conto della controversia nel suo complesso, se sia opportuno applicare le norme imperative semplici di diritto greco).

Venendo alla seconda questione sopra indicata, ovvero l'individuazione delle **disposizioni di legge non derogabili convenzionalmente**, è evidente che – posta la diversa formulazione e la diversa collocazione normativa – queste debbano essere di-

stinte dalla categoria delle norme di applicazione necessaria. Questo è del resto affermato esplicitamente nel considerando n. 37 del regolamento Roma I, il quale stabilisce che «[i]l concetto di “norme di applicazione necessaria” dovrebbe essere distinto dall’espressione “disposizioni alle quali non è permesso derogare convenzionalmente” e dovrebbe essere inteso in maniera più restrittiva». *A contrario*, sembra quindi evidente che l’art. 3, par. 3, intende riferirsi a una categoria più ampia di disposizioni (rispetto alla ristretta categoria delle norme di applicazione necessaria) e quindi non solo quelle «il cui rispetto è ritenuto cruciale da un paese per la salvaguardia dei suoi interessi pubblici» al punto da richiederne l’applicazione ad ogni costo (cfr. art. 9 del regolamento Roma I). In particolare, la previsione in esame potrebbe riguardare anche quelle norme che – espressione di meri principi tecnici, che *non identificano* l’ordinamento giuridico in un dato momento storico (per la differenza tra principi tecnici e fondamentali cfr. [Perlingieri, Zarra](#), p. 60) – un sistema di diritto può decidere di imporre come limite per la libertà contrattuale nei rapporti puramente interni. Si parla, a tal riguardo, di c.d. «norme imperative semplici».

Quanto appena detto, tuttavia, non fuga tutti i dubbi relativi all’ambito applicativo della categoria in questione. C’è infatti da chiedersi se il riferimento dell’art. 3, par. 3, è alle sole disposizioni legislative volte a disciplinare i contratti (si pensi al Titolo II del Libro IV del codice civile italiano sul contratto in generale e alle norme che disciplinano i singoli contratti) o a tutte quelle norme che possono, anche indirettamente, esercitare un’influenza sul rapporto tra le parti. Entrambe le posizioni sono state sostenute in dottrina e hanno degli elementi di meritevolezza e dei punti deboli. Chi vorrebbe limitare l’ambito applicativo dell’art. 3, par. 3, alle sole **norme relative alla disciplina legale dei contratti** (De Cesari, «*Disposizioni alle quali non è permesso derogare convenzionalmente*» e «*norme di applicazione*

*necessaria» nel regolamento Roma I, in Venturini, Bariatti, p. 257 ss.) trae conforto dallo spirito del regolamento Roma I, che, come abbiamo visto, impone di interpretare restrittivamente tutte le limitazioni alla libertà contrattuale. Al contrario, l'opinione di chi ritiene opportuno estendere tale ambito applicativo a *tutte* le norme di diritto che, secondo un certo ordinamento giuridico, non sono derogabili (Boschiero, cit., p. 98 s.), sembra poter godere di un maggior fondamento nella *ratio* dello stesso art. 3, par. 3 (ossia quella di salvaguardare gli interessi statali coinvolti da possibili elusioni). Quest'ultima, infatti, potrebbe essere frustrata dall'esclusione aprioristica di intere categorie di disposizioni dal novero di quelle rientranti nella previsione di cui discutiamo. E, del resto, se da un lato determinare la categoria delle norme che riguardano la disciplina dei contratti potrebbe essere compito eccessivamente arduo (si pensi, ad esempio, al difficile inquadramento di categorie c.d. «borderline», come le norme in materia tributaria relative alla registrazione dei contratti di locazione immobiliare), dall'altro lato un eccessivo ampliamento della categoria delle norme c.d. imperative semplici finirebbe per mortificare gli obiettivi del regolamento Roma I.*

Come procedere, quindi? In assenza di una previa identificazione delle norme inderogabili da parte del legislatore, a noi pare che l'identificazione della categoria delle norme imperative semplici non possa essere operata in astratto, ma che esse vadano individuate caso per caso, in relazione ai valori e ai principi di volta in volta in gioco. Sarà l'interprete a dover determinare, considerando gli interessi di cui le parti si fanno portatrici, se i principi alla base del regolamento Roma I e dell'eccezione contenuta nell'art. 3, par. 3, (l'autonomia delle parti, da un lato, e la necessità di salvaguardare gli interessi statali che sarebbero pregiudicati dall'applicazione del diritto straniero a un caso puramente interno, dall'altro) richiedano

un'estensione o una compressione della categoria delle disposizioni alle quali non è permesso derogare convenzionalmente. L'applicazione di norme di diritto provenienti da un ordinamento diverso da quello scelto dalle parti – ma pur strettamente legato al caso da decidere – sarà quindi disposta se, in concreto, si dimostri che gli interessi alla base della pretesa applicazione di *una certa norma giuridica* siano tali da dover prevalere, nella situazione da decidere, sulla «pietra angolare» su cui si regge il diritto internazionale privato europeo, ossia il principio di autonomia delle parti.

Si pensi, per meglio comprendere la distinzione, a tutte quelle norme che nell'ordinamento italiano determinano la c.d. «illegalità» di un contratto per la sua non conformità a un modello legislativo; queste disposizioni si distinguono da quelle che invece esprimono un giudizio di disvalore aprioristico verso il negozio (si pensi al contratto volto a far consumare un delitto) e che determinano la c.d. «illiceità» del contratto. Mentre queste ultime, tendenzialmente, sono previsioni che – in via di bilanciamento – potranno imporsi sempre sul principio di autonomia delle parti (esse sono, dunque, *sempre imperative* ai fini dell'applicazione del regolamento Roma I), per quanto concerne le prime la valutazione non potrà che dipendere dagli interessi concretamente coinvolti, nel senso che l'imperatività di una certa disposizione non potrà che essere determinata caso per caso. Rimanendo nel diritto italiano, ciò è confermato da due riflessioni. Primo, perché lo stesso art. 1418 c.c. – che ai commi 2 e 3 prevede alcuni casi di nullità positivamente determinati – al primo comma invece afferma che il contratto è nullo quando è contrario a norme imperative (c.d. nullità virtuale), salvo che la legge disponga diversamente, così lasciando all'interprete il compito di determinare in quali circostanze si sia in presenza di una norma imperativa e quali siano i casi in cui si può ritenere che la legge abbia disposto diversamente.

214 Interventi

Secondo, perché, come vedremo, vi sono vari casi in cui – pur se la legge preveda espressamente la nullità di un certo contratto (c.d. nullità testuale, a cui fa riferimento il terzo comma dell'art. 1418 c.c.) – l'ordinamento ammette, espressamente o implicitamente, una sanatoria della nullità stessa. Di conseguenza, ove in quest'ultimo caso si disponesse *ex art. 3, par. 3*, l'applicabilità di una norma di diritto italiano senza tenere conto delle possibili modalità applicative di tale norma nel caso di specie, si otterrebbe l'effetto di applicare – in deroga alla espressa volontà delle parti – una legge sulla base della sua astratta categorizzazione come imperativa, quando quella stessa legge avrebbe potuto non essere applicata in un analogo caso retto dal diritto interno.

Per i motivi che abbiamo visto, in conclusione, qualsiasi soluzione aprioristica e astratta ai problemi interpretativi posti dall'art. 3, par. 3, del regolamento Roma I rischia di pregiudicare interessi meritevoli di tutela. Di conseguenza, l'individuazione di una categoria di norme imperative semplici «a geometria variabile» sembra essere l'unica soluzione a un problema che – se non esaminato attraverso il prisma di un caso concreto – potrebbe rivelarsi inesorabilmente sfuggente.

8 maggio 2019

La Convenzione dell’Aja del 2 luglio 2019 sul riconoscimento delle sentenze straniere: una prima lettura

PIETRO FRANZINA (*)
ANTONIO LEANDRO (**)

1. Genesi e scopo della Convenzione

La ventiduesima Sessione diplomatica della Conferenza dell’Aja di diritto internazionale privato si è chiusa, il 2 luglio 2019, con l’adozione della [Convenzione](#) sul riconoscimento e l’esecuzione delle decisioni straniere in materia civile e commerciale, nota anche come *Judgments Convention*.

L’evento è significativo a più di un titolo. Lo è, da un lato, perché la Conferenza, dopo una pausa di dodici anni, è tornata a svolgere il più caratteristico dei suoi compiti, confermandosi capace di affiancare all’opera di manutenzione delle convenzioni esistenti un’azione propriamente normativa. L’adozione della convenzione è significativa, da un altro lato, perché con essa giunge a compimento uno dei progetti più ambiziosi che la Conferenza abbia mai perseguito: quello di dar

(*) Università Cattolica del Sacro Cuore, Milano.

(**) Università degli Studi di Bari “Aldo Moro”.

216 Interventi

vita ad un regime di applicazione generale, a vocazione universale, sulla circolazione internazionale delle sentenze.

Il nuovo strumento, in effetti, si propone di colmare un vuoto. Se si eccettua la [Convenzione](#) dell’Aja del 1° febbraio 1971 sul riconoscimento e l’esecuzione delle sentenze straniere in materia civile e commerciale, subito rivela un insuccesso, gli unici strumenti a carattere multilaterale recanti norme uniformi sull’efficacia delle sentenze straniere sono infatti degli strumenti relativi a materie particolari, come la [Convenzione](#) di Ginevra del 19 maggio 1956 sul contratto di trasporto internazionale di merci su strada (CMR), o degli strumenti di respiro regionale, come il [Regolamento](#) (UE) n. 1215/2012 del 20 dicembre 2012 sulla competenza giurisdizionale, il riconoscimento e l’esecuzione delle decisioni in materia civile e commerciale (Bruxelles I *bis*) o la [Convenzione](#) di Lugano del 30 ottobre 2007, istitutiva di un regime “parallelo” a quello di Bruxelles.

Lo scopo della *Judgments Convention*, come si dice nel preambolo, è quello di facilitare la circolazione delle decisioni. L’idea, in sé non nuova, è che, per promuovere lo sviluppo delle relazioni a carattere transnazionale fra privati, è bene far sì che gli interessati possano far valere agevolmente i diritti loro spettanti in base a una decisione resa in un dato paese ovunque ciò si renda necessario. Possano, cioè, proiettare gli effetti della decisione in questione al di fuori del paese d’origine, senza limitazioni eccessive, e comunque a condizioni internazionalmente omogenee. E ciò vuoi per attuare il comando del giudice (tipicamente, in caso di condanna, per chiedere l’esecuzione forzata di quel comando nel paese in cui il debitore possiede dei beni aggredibili), vuoi per opporre il giudicato a chi in sostanza pretenda di riaprire, in un paese, una lite già risolta in un altro in via definitiva.

Si tratta, in fondo, del medesimo obiettivo che la Conferenza dell'Aja ha perseguito con la [Convenzione](#) del 30 giugno 2005 sugli accordi di elezione esclusiva del foro, attualmente in vigore nei rapporti fra l'Unione europea, il Messico, Singapore e pochi altri Stati. Le Convenzioni del 2005 e quella del 2019, del resto, sono legate da un rapporto assai stretto, costituendo, in sostanza, esiti distinti di un'unica impresa, lanciata ancora all'inizio degli anni '90 del secolo scorso (per maggiori informazioni sulle origini e le vicende del *Judgments Project* si veda [qui](#)). Come rileva il preambolo del più recente dei due testi, la Convenzione del 2019 e quella del 2005 sono in effetti strumenti complementari, concepiti per operare congiuntamente e caratterizzati, in funzione di ciò, da un linguaggio in larga parte comune.

2. Caratteri generali

La Convenzione del 2019 obbedisce, nel suo impianto, a uno schema del tutto tradizionale. In estrema sintesi, essa elenca, per un verso, le condizioni alle quali uno Stato contraente (lo Stato richiesto) ha l'obbligo di riconoscere, ed eventualmente dichiarare esecutive, le decisioni provenienti da un altro Stato contraente (lo Stato d'origine). Per un altro verso, la Convenzione indica le circostanze in presenza delle quali le autorità dello Stato richiesto sono autorizzate a negare il riconoscimento o l'esecuzione di una decisione per la quale, altrimenti, sussisterebbe l'obbligo sopra indicato.

Le condizioni che qualificano una decisione come idonea al riconoscimento attengono, in particolare, alla sua provenienza. La Convenzione predispose a questo fine dei "filtri" giurisdizionali, o criteri di competenza internazionale, o indiretta. Di fatto, essa subordina la riconoscibilità di una sentenza alla circostanza che questa sia stata resa in un paese con cui la

fattispecie presenta un collegamento che la stessa Convenzione considera congruo.

La *Judgments Convention* è, in questo senso, una convenzione “semplice”, non una convenzione “doppia”, come fu a suo tempo la convenzione di Bruxelles del 27 settembre 1968 sul riconoscimento delle sentenze, strumento predecessore del citato regolamento Bruxelles I *bis*. A differenza dei regimi doppi, che coniugano l’unificazione delle norme sulla circolazione delle decisioni con l’introduzione di norme uniformi attributive della giurisdizione, la Convenzione del 2019 si limita ad assolvere la prima delle due funzioni, lasciando liberi gli Stati contraenti di tracciare come credono l’ambito della giurisdizione dei propri giudici. I filtri giurisdizionali di cui si serve la *Judgments Convention* possono, beninteso, influire in modo indiretto sulla fisionomia delle regole attributive della giurisdizione degli Stati contraenti: nella misura in cui consentono l’impiego di titoli di giurisdizione diversi da quelli che la Convenzione identifica come congrui, gli Stati contraenti impediscono nei fatti alle decisioni dei propri giudici, ove basate su quei titoli, di beneficiare del regime di circolazione istituito dalla Convenzione. Ciò in effetti potrebbe indurre gli Stati contraenti ad allineare le proprie norme sulla giurisdizione ai filtri convenzionali, ma un simile sviluppo non è in alcun modo imposto dalla Convenzione.

Al contrario, la libertà di manovra che gli Stati contraenti conservano sul terreno della giurisdizione è in un certo senso amplificata dall’art. 15 della Convenzione, ai sensi del quale – salvo un’eccezione di cui si dirà oltre – nulla impedisce agli Stati contraenti di riconoscere una decisione proveniente da un altro Stato contraente anche quando questa non soddisfi i requisiti attinenti alla giurisdizione stabiliti dalla Convenzione stessa (o comunque non si conformi per qualche aspetto al regime

uniforme), ove il riconoscimento sia possibile in forza delle pertinenti disposizioni dello Stato richiesto. In pratica, la Convenzione fornisce una serie di opportunità di circolazione delle sentenze fra gli Stati contraenti, senza pretendere che quelle opportunità siano le uniche possibili all'interno del suo campo di applicazione. L'impiego di titoli attributivi diversi da quelli contemplati dalla Convenzione non impedisce tout court la circolazione della decisione negli Stati contraenti, ma semplicemente priva tale decisione dei vantaggi insiti nella Convenzione, senza precludere (al di là del caso di cui si dirà) che stessa venga riconosciuta in quegli Stati per un'altra via.

La *Judgments Convention* si discosta, sotto questo aspetto, anche dalla Convenzione del 2005 sugli accordi di elezione del foro, di cui pure, come detto, rappresenta in generale il complemento. La Convenzione del 2005, strumento autenticamente doppio, impone, anzi, agli Stati che ne sono vincolati degli obblighi particolarmente stringenti sul terreno della giurisdizione. Occupandosi di accordi tesi ad investire i giudici di un certo Stato di una competenza esclusiva, la Convenzione del 2005 esige che il foro prorogato eserciti la giurisdizione così conferitagli, e contemporaneamente esige che i giudici di ogni altro Stato contraente si astengano dal prendere cognizione delle domande coperte dall'accordo delle parti. Solo le decisioni rese dal giudice eletto, del resto, circolano negli Stati contraenti in virtù di quella Convenzione.

3. Ambito di applicazione

La Convenzione tratta dell'efficacia, in uno Stato contraente, delle decisioni (solo quelle espressive di un'attività giurisdizionale di cognizione, esclusi dunque i provvedimenti cautelari) rese dalle autorità di un altro Stato contraente in materia civile o commerciale (sono peraltro assimilate alle decisioni, per

la spendita dei relativi effetti esecutivi, le transazioni giudiziarie, ove ricorrano le condizioni previste a questo scopo). La Convenzione non indica come debbano essere intesi gli aggettivi «civile» e «commerciale», salvo chiarire che esulano dalla sua sfera materiale i provvedimenti in materia tributaria, doganale ed amministrativa. È peraltro pacifico, come emerge del resto dalla [bozza](#) di relazione esplicativa preparata da Francisco Garcimartín Alférez e Geneviève Saumier, che le predette espressioni, come in genere le formule tecnico-giuridiche usate nella Convenzione, vadano ricostruite in chiave autonoma, e non come un rinvio alle nozioni di un particolare sistema giuridico nazionale. D'altronde, l'art. 20 impone di interpretare la Convenzione tenendo conto del suo carattere internazionale e della necessità di promuoverne un'applicazione uniforme.

Di fatto, il campo di applicazione materiale della Convenzione è circoscritto alle pronunce rese da autorità statali in ordine a cause di natura privatistica. Da qui l'esclusione dell'arbitrato, esplicitata all'art. 2, par. 3, e l'affermazione, all'art. 2, par. 5, che la Convenzione non incide in alcun modo sui privilegi e le immunità spettanti agli Stati e alle organizzazioni internazionali. La natura pubblicistica delle fattispecie per le quali sussistono quei privilegi e quelle immunità colloca le relative sentenze al di fuori dei confini del regime uniforme, ma la precisazione è apparsa nondimeno opportuna.

La Convenzione, in realtà, non abbraccia per intero la materia civile e commerciale, così intesa. L'art. 2, par. 2, fornisce anzi una lunga lista di materie escluse. Alcune riflettono il carattere politicamente sensibile degli interessi di cui trattano le decisioni relative a taluni segmenti del diritto privato, come le decisioni in materia di stato e capacità e in materia successoria o in generale le decisioni in materia familiare: l'esclusione di tali decisioni dal campo di applicazione della Convenzione rispec-

chia la diffusa percezione della necessità di elaborare, per il riconoscimento delle pronunce riguardanti quei settori, delle regole speciali, adeguate ai valori materiali in gioco. Di fatto, la *Judgments Convention* interessa essenzialmente la circolazione delle decisioni relative a rapporti privatistici di natura patrimoniale, siano essi di indole contrattuale, extracontrattuale o reale.

Anche in questo contesto, tuttavia, l'applicabilità della Convenzione risulta limitata. Le decisioni in materia fallimentare, latamente intesa, sono escluse dal regime uniforme, e così pure, fra le altre, le decisioni concernenti la validità e lo scioglimento di persone giuridiche e altri enti, e quelle concernenti le iscrizioni e trascrizioni in pubblici registri. Sono altresì escluse, perché oggetto (almeno in parte) di strumenti pattizi particolari, spesso recanti norme speciali sul riconoscimento, le decisioni relative al trasporto di merci e passeggeri, quelle riguardanti l'inquinamento marino e quelle relative alla responsabilità nascente da incidenti nucleari.

Tra le materie escluse figura anche la proprietà intellettuale. L'inclusione delle decisioni in quest'ambito nella sfera della *Judgments Convention* ha formato l'oggetto di discussione sino alla fase conclusiva del negoziato, quando è apparsa chiara l'indisponibilità degli Stati contrari all'inclusione a considerare, su questo terreno, qualsiasi soluzione di compromesso.

Una sorte diversa è toccata ad un'altra materia sensibile, quella delle decisioni in materia di concorrenza. Nel corso della Sessione diplomatica, le posizioni di chiusura assunte da un numero non piccolo di Stati non hanno impedito l'accoglimento di una soluzione di cauta inclusione, trasfusa nell'art., 2, par. 1, lett. p), onde la Convenzione si applica alle decisioni relative ad una lista di questioni di diritto antitrust, a condizione che si tratti di decisioni provenienti dal paese in cui

si sono prodotti tanto la condotta di cui trattasi quanto i suoi effetti.

Le difficoltà incontrate nel negoziato nel pervenire a soluzioni ampiamente condivise quanto alla delimitazione della sfera materiale della Convenzione trovano riscontro nell'art. 18. Vi si prevede che gli Stati che abbiano un "forte interesse" a non applicare la Convenzione ad un segmento particolare della materia civile o commerciale possano emettere una dichiarazione in questo senso, assicurandosi che la loro portata non sia "più ampia del necessario". La dichiarazione resa a questo titolo – in pratica, una specie particolare di riserva – esenta lo Stato dichiarante dall'obbligo di applicare la Convenzione alle decisioni comprese nella materia indicata, ed esenta al contempo gli altri Stati dal medesimo obbligo quando si tratti di decisioni relative a tale materia provenienti dallo Stato dichiarante.

La Convenzione chiarisce, all'art. 8, come debbano essere trattate, ai fini del regime pattizio, le decisioni che, pur pronunciandosi su una questione compresa nella sfera applicativa della Convenzione, trattino anche questioni estranee ad essa. L'art. 8, par. 1, stabilisce che, per il capo della decisione che ha statuito in una materia esclusa, la Convenzione è priva di effetti. Per contro, ai sensi dell'art. 8, par. 2, gli Stati contraenti possono negare il riconoscimento e l'esecuzione di una statuizione in sé compresa nella sfera materiale della Convenzione se, e nella misura in cui, questa si basi su una decisione concernente una materia esclusa. La soluzione accolta nel testo finale rispecchia le preoccupazioni espresse dagli Stati riluttanti a ricondurre sotto la Convenzione le decisioni relative ad alcune materie sensibili, e in particolare la proprietà intellettuale. Le esclusioni decise all'art. 2 ne escono rafforzate. Varie ipotesi di compromesso sono state prospettate nella fase finale del negoziato con l'obiettivo di assicurare il riconoscimento delle decisioni basate

su una statuizione relativa a una materia esclusa (specie sulla falsariga di quanto previsto dall'art. 8, par. 3, della Convenzione del 2005), ma su nessuna di tali ipotesi è risultato possibile coagulare il consenso degli Stati coinvolti nelle trattative.

4. I c.d. filtri giurisdizionali

La Convenzione, come si è osservato, reca disposizioni sulla c.d. competenza internazionale del giudice d'origine, o competenza indiretta. Essa delinea così, in modo uniforme, un classico requisito per il riconoscimento e l'esecuzione che assume importanza in contesti caratterizzati da un grado di mutua fiducia inferiore a quella che, per esempio, permea la cooperazione giudiziaria civile europea.

Invero, la molteplicità, la varietà e la diversa ispirazione dei principi posti a fondamento dell'esercizio della giurisdizione in ciascuno Stato avrebbero potuto scoraggiare l'inserimento di criteri uniformi sulla competenza indiretta ovvero ostacolare l'individuazione di principi comuni. Si pensi, ad esempio, al ruolo del *forum (non) conveniens*, ignoto a – o addirittura proibito in – molti ordinamenti, oppure alla obbligatorietà della presentazione di una domanda riconvenzionale per non incorrere nella decadenza dall'azione, anch'essa non comune a livello globale.

Il testo esprime un cauto sentimento di equivalenza nei confronti dei suddetti principi con il risultato che il rispetto, talvolta molto circostanziato, di uno solo tra i fattori di collegamento tra controversia e Stato d'origine indicati nell'art. 5 consente alla sentenza di circolare.

A tal proposito, possono rilevare fattori di vario genere. L'art. 5, par. 1, utilizza alternativamente: la residenza abituale

224 Interventi

della parte avverso la quale il riconoscimento e l'esecuzione sono richiesti o la sua sede principale di affari in concorso con la circostanza che la controversia sia insorta dallo svolgimento di tali affari; la presenza di una succursale, di un'agenzia o di una dipendenza del convenuto unita alla circostanza che la controversia sia insorta dalle attività svolte da tali sedi secondarie; il luogo di esecuzione dell'obbligazione contrattuale dedotta in giudizio (luogo individuato dalle parti o dalla *lex contractus*, sempreché vi sia un legame reale tra le attività del convenuto e lo Stato d'origine); la presenza dell'immobile in caso di controversie da contratti di affitto o di controversie contrattuali vertenti su prestazioni garantite da immobili quando la domanda verte anche sul diritto reale di garanzia; la localizzazione dell'atto o del fatto generatore del danno nelle cause da responsabilità extracontrattuale rientranti nell'ambito materiale della convenzione; la sede principale di amministrazione del trust in caso di controversie relative a un trust (il criterio concorre con quello dell'accordi di scelta del foro).

Inoltre rilevano, sempre alternativamente: la qualità di attore nel processo d'origine della persona contro la quale il riconoscimento e l'esecuzione sono richiesti; l'accettazione espressa della giurisdizione da parte del convenuto o la sua accettazione tacita conseguente alla difesa di merito esperita senza sollevare il difetto di giurisdizione – o senza invocare lo spostamento di competenza per effetto del *forum non conveniens* – nei termini imposti dalla legge d'origine (a meno che non sia evidente che l'eccezione di giurisdizione, pur sollevata in termini, non avrebbe avuto alcun effetto secondo la stessa legge); la proroga *non esclusiva* di giurisdizione (operando per la proroga esclusiva la citata Convenzione del 2005).

Quanto alle controversie riguardanti contratti di consumo o di lavoro, l'art. 5, par. 2, detta una disciplina restrittiva, in

forza della quale alcuni filtri giurisdizionali dell'art. 5, par. 1, debbono ritenersi inoperanti (è il caso, in particolare, del filtro della materia contrattuale, incentrato sul criterio del *locus solutionis*), mentre altri filtri operano solo quando concorrano delle circostanze particolari (così, ad esempio, l'accettazione della giurisdizione da parte del convenuto opera come criterio di competenza indiretta soltanto se essa è espressa dinanzi al giudice).

Per le controversie relative agli affitti residenziali di immobili vale, ai sensi dell'art. 5, par. 3, un unico filtro, quello del *situs rei*.

L'art. 6 concerne le sentenze riguardanti i diritti reali su beni immobili. Queste sono sottratte ai filtri dell'art. 5 per essere consegnate a una regola di competenza indiretta esclusiva, in forza della quale le sentenze in discorso sono efficaci se, e solo se, provengono dallo Stato del *situs rei*. È questa la sola situazione nella quale, come anticipato, la Convenzione – oltre ad imporre il riconoscimento delle sentenze che soddisfino le condizioni in essa previste – esige che gli Stati si astengano dal riconoscere un provvedimento che, viceversa, non provenga dal paese designato dal filtro. Corroborata questa soluzione la precisazione, fatta all'art. 15, che la libertà riconosciuta agli Stati contraenti di dare effetto secondo le proprie norme interne alle sentenze che non integrano i requisiti convenzionali non sussiste rispetto alle decisioni rientranti di cui all'art. 6.

Con specifico riguardo alle sentenze rese su domande riconvenzionali, la convenzione distingue tra sentenze di accoglimento e sentenze di rigetto. In merito alle prime, occorre che la domanda riconvenzionale derivi dagli stessi fatti o dallo stesso rapporto *lato sensu* sottostanti la domanda principale (in mancanza di tale comune derivazione, la sentenza potrà non-

dimeno circolare se ricorrono altri requisiti, come, ad esempio, la residenza abituale dell'attore principale nello Stato d'origine). La *close connection* tra le due domande non è richiesta in caso di sentenza di rigetto, ma la sentenza non sarà suscettibile di circolare grazie al requisito in discorso se l'istante era obbligato a promuovere la domanda riconvenzionale per non incorrere in preclusioni.

5. Le condizioni ostative del riconoscimento e la procedura

Come si è notato, la Convenzione mira a creare un corpo uniforme di *core rules*. Se tale obiettivo, per così dire minimalista, è stato realizzato anche nella disciplina delle condizioni ostative al riconoscimento, in merito alla procedura di *exequatur* non è stato raggiunto il consenso su una *uniform core procedure* che traesse ispirazione, come frutto di compromesso e bilanciamento, da quelle nazionali. Il risultato è che la procedura è regolata dalla legge dello Stato richiesto (art. 13).

Il rinvio al diritto nazionale – il quale va determinato tenendo conto delle regole di funzionamento applicabili in caso di ordinamenti plurilegislativi (art. 22 e 25) – non è tuttavia totale perché la Convenzione, oltre ad imporre di procedere spedatamente e di non rifiutare il riconoscimento perché l'istanza avrebbe dovuto essere presentata in un altro Stato (art. 13), disciplina espressamente alcuni aspetti della procedura, come, in particolare, la documentazione con la quale l'istante è tenuto ad accompagnare la domanda di riconoscimento o di esecuzione (art. 12). A ciò si aggiunga che l'art. 14 proibisce di subordinare la presentazione della domanda di riconoscimento a depositi cauzionali o altre forme di garanzie per il solo fatto che l'istante è straniero rispetto allo Stato richiesto o in questo né domiciliato o residente: si tratta di una regola senz'altro osse-

quiosa verso il diritto di accesso alla giustizia, che, tuttavia, gli Stati possono escludere avvalendosi della riserva di cui allo stesso art. 14.

Al fine di circolare, la sentenza deve rispondere a taluni requisiti e non imbattersi in talune condizioni ostative. A ben vedere, buona parte dei requisiti positivi di riconoscimento corrispondono ai filtri giurisdizionali descritti poc'anzi. D'altro canto, il difetto dei requisiti positivi equivale a una condizione ostativa implicita al riconoscimento. Naturalmente, a monte di ogni valutazione sulla suscettibilità della sentenza di circolare vi è l'accertamento che la Convenzione sia applicabile: accertamento, questo, che, ai sensi dell'art. 4, par. 2, va condotto in un'area d'indagine marcata dal divieto di riesame del merito.

Oltre ai filtri giurisdizionali, la Convenzione richiede che la sentenza sia idonea a produrre effetti (di giudicato) ove se ne richieda il riconoscimento, e che sia esecutiva, ove se ne richieda l'esecuzione: entrambi le condizioni vanno accertate in base alla legge dello Stato d'origine (art. 4).

Le condizioni ostative sono elencate perlopiù nell'art. 7 e giustificano un controllo sulla regolarità della istituzione e dello svolgimento della procedura d'origine, sulla compatibilità della sentenza con l'ordine pubblico dello Stato richiesto (inclusi l'ordine pubblico processuale e la protezione della sicurezza e della sovranità dello Stato medesimo), sul divieto di frode alla legge, sul rispetto degli accordi di proroga di giurisdizione, sulla compatibilità della sentenza *de qua* con sentenze pronunciate tra le stesse parti nello Stato richiesto o con sentenze precedenti rese sulla medesima controversia pronunciate anche altrove ma suscettibili di riconoscimento nello Stato richiesto, sulla liti-spendenza a favore dei giudici di tale Stato purché vi sia una stretta connessione tra quest'ultimo e la controversia.

L'art. 9 consente, poi, una circolazione parziale della sentenza quando la domanda di riconoscimento verte solo su una parte della sentenza, o quando la sentenza può essere riconosciuta solo parzialmente per effetto dei requisiti di riconoscimento o delle condizioni ostative. Una particolare condizione ostativa è prevista all'art. 10 con riguardo alle decisioni di condanna ad *exemplary* o *punitive damages*: tali decisioni possono non essere riconosciute, o riconosciute parzialmente, per la porzione strettamente compensativa.

Gli Stati possono offrire ai propri giudici, tramite l'apposita dichiarazione prevista dall'art. 17, la facoltà di rifiutare l'ingresso della sentenza se le parti della controversia sono residenti nello Stato richiesto e presentano, insieme a ogni altro elemento della controversia diverso dalla localizzazione del giudice d'origine, collegamenti soltanto con tale Stato.

6. I rapporti della convenzione con altre norme sul riconoscimento

Il fenomeno che la *Judgments Convention* si propone di regolare forma l'oggetto, se ne è accennato, di norme internazionalmente uniformi previste in vari altri strumenti: convenzioni bilaterali e multilaterali, e strumenti regionali. Le regole che presiedono al coordinamento della Convenzione con questi altri testi sono racchiuse nell'art. 23.

La norma prevede innanzitutto (o, meglio, ricorda) che eventuali conflitti fra regimi uniformi debbono essere composti, ove possibile, sul piano interpretativo.

Dal canto suo, l'art. 23, par. 2, subordina la Convenzione ai trattati preesistenti, mentre il par. 3 chiarisce che la Conven-

zione non pregiudica l'applicazione degli stessi trattati successivi, in quanto ciò non comprometta l'osservanza dell'art. 6 rispetto a Stati contraenti della Convenzione che non siano parti del trattato.

L'art. 23, par. 4, riguarda i rapporti fra la Convenzione e le norme contenute in uno strumento adottato da una Organizzazione regionale di integrazione economica, come l'Unione. Riguarda, in sostanza, i rapporti con il Regolamento Bruxelles I *bis*. La soluzione è identica a quella già illustrata con riguardo ai trattati: le norme preesistenti sono preservate, mentre quelle successive sono destinate a prevalere sulla Convenzione, nel proprio campo di applicazione, salvo il rispetto dell'art. 6.

In pratica, se e quando la Convenzione del 2019 entrerà in vigore per l'Unione, il regime ivi stabilito non intaccherà l'operatività del Regolamento Bruxelles I *bis* rispetto alle decisioni ad esso soggette (quelle rese in uno Stato membro dell'Unione, in quanto invocate in un altro Stato membro), ancorché pronunciate, per ipotesi, in rapporto ad un'azione reale immobiliare relativa ad un bene situato in uno Stato terzo, parte della Convenzione. Ogni norma regionale successiva dovrà invece garantire, in quest'ultimo scenario, il rispetto degli obblighi nascenti dall'art. 6 della Convenzione.

7. I possibili sviluppi

La conclusione della *Judgments Convention* rientra nella competenza esterna esclusiva dell'Unione. È plausibile che l'Unione si risolva ad esprimere il proprio consenso ad esserne vincolata in tempi relativamente brevi. Il negoziato, sia pur marcato dal rigetto di alcune delle soluzioni caldegiate dall'Unione, talora su punti particolarmente qualificanti del testo, si è risolto nell'adozione di un testo che, nell'insieme, appa-

230 Interventi

re fondamentalmente conforme agli auspici delineati, a suo tempo, dalle istituzioni (si veda [qui](#) il testo, solo parzialmente desecretato, della raccomandazione per una decisione del Consiglio relativa all'avvio delle trattative).

L'interesse per la Convenzione manifestato dalle delegazioni di alcuni Stati extra-europei lascia supporre che in un arco temporale non troppo lungo possano essere depositati altri strumenti di ratifica.

Non è comunque realistico attendersi alcuno sviluppo significativo nell'immediato. Per le delegazioni impegnate nel negoziato resta verosimilmente prioritario, in questa fase, vigilare sulla stesura della versione finale della relazione esplicativa, esprimendo, secondo una procedura definita dal *Permanent Bureau* della Conferenza, eventuali osservazioni sulla bozza finale che verrà messa a punto nelle prossime settimane.

L'entrata in vigore della Convenzione è subordinata al deposito di appena due strumenti di ratifica o di adesione. Giova peraltro segnalare come la *Judgments Convention*, riprendendo (peraltro con vari accorgimenti migliorativi) una controversa impostazione già sperimentata con la ricordata Convenzione del 1971, prevede un meccanismo di "bilateralizzazione" dei rapporti fra Stati contraenti. L'art. 29 contempla infatti l'eventualità che uno Stato, al momento di manifestare il proprio consenso ad essere vincolato dalla Convenzione, dichiari che questo suo consenso non vale a far sorgere una relazione regolata dalla Convenzione fra sé e un altro Stato contraente. Specularmente, ciascuno Stato contraente può dichiarare che la ratifica o l'adesione di un certo Stato non avrà l'effetto di far sorgere una relazione fra quello Stato e sé stesso.

L'aggravio così prefigurato quanto alla procedura (e ai

tempi) delle ratifiche e delle adesioni rispecchia, ancora una volta, il carattere politicamente sensibile delle questioni disciplinate dalla Convenzione e il desiderio dei singoli Stati di mantenerne il trattamento internazionale sotto la rispettiva sfera di controllo.

Nei prossimi mesi, quando gli Stati e l'Unione europea avranno appena cominciato a valutare quali passi compiere con riguardo alla Convenzione, la Conferenza dell'Aja sarà chiamata a decidere se avviare una riflessione circa l'adozione di un possibile futuro strumento recante delle norme attributive della giurisdizione in materia civile e commerciale. Nelle [conclusioni](#) della riunione tenutasi fra il 5 e l'8 marzo 2019, il Consiglio sugli Affari generali e la Politica della Conferenza ha dato mandato al *Permanent Bureau* di convocare il gruppo di esperti che ha assistito la Conferenza in relazione al *Judgments Project*. Gli esiti dell'incontro saranno discussi dal Consiglio nella primavera del 2020.

11 luglio 2019

Diritto dell'Unione europea

MATTEO BONELLI Il lato positivo: *Commissione c. Polonia* e l'inizio di una fase per la tutela dello stato di diritto nell'Unione europea

GIAMPAOLO MARIA
RUOTOLO *Knock on wood*. Il contenzioso UE/Ucraina sul divieto di esportazione di legname tra tutela ambientale e libera circolazione delle merci

FEDERICO FERRI L'assassino è il maggiordomo? Primi rilievi sulle conclusioni dell'Avvocato generale nel giudizio di infrazione contro Polonia, Ungheria e Repubblica ceca in materia di ricollocazioni

EDOARDO ROSSI *Forget me...or not?* La Corte di giustizia torna sul diritto di farsi dimenticare. Prima lettura di due recenti pronunce sul «diritto all'oblio»

Diritto dell'Unione europea 233

MAURA MARCHEGIANI

Revoca delle condizioni materiali di accoglienza e minori richiedenti protezione: l'orientamento della Corte di giustizia nel caso *Haqbin*

DANIELA VITIELLO
EMILIO DE CAPITANI

Il Regolamento (UE) 2019/1896 relativo alla riforma di Frontex e della guardia di frontiera e costiera europea: da “*fire brigade*” ad amministrazione europea integrata?

Il lato positivo: *Commissione c. Polonia* e l'inizio di una fase per la tutela dello stato di diritto nell'Unione europea

MATTEO BONELLI (*)

Per un lungo periodo, le risposte dell'Unione europea alle cosiddette 'crisi costituzionali' sono state generalmente considerate insufficienti e inefficaci: le istituzioni non hanno saputo trovare risposte adeguate al consolidamento del potere nelle mani di Viktor Orbán e Fidesz in Ungheria e alla 'cattura' dell'ordinamento giudiziario polacco da parte della maggioranza di governo. Solo negli ultimi mesi, con l'attivazione delle procedure dell'art. 7(1) TUE, prima da parte della [Commissione](#), nei confronti della Polonia, e poi da parte del [Parlamento europeo](#), nei confronti dell'Ungheria, l'Unione ha finalmente dimostrato la volontà di prendere una posizione più decisa; ma anche queste iniziative hanno avuto un peso più significativo sul piano simbolico che su quello concreto, e non hanno prodotto un cambiamento sostanziale delle politiche dei due Stati membri.

Ci sono però finalmente notizie positive. La recente [decisione della Corte di Giustizia](#) (CGUE) nella procedura di infrazione riguardante parte delle riforme del sistema della

(*) Università degli Studi di Milano.

Corte Suprema polacca dimostra come l'Unione europea possa essere incisiva, qualora agisca in modo deciso, puntuale e ben coordinato, sfruttando al pieno le possibilità previste dai Trattati, come già accaduto della pronuncia della Corte sul caso delle 'foreste polacche' e nelle due ordinanze cautelari che hanno preceduto la decisione finale nel caso della Corte Suprema. Nella sentenza del 24 giugno 2019, la Corte di Giustizia ha riscontrato una violazione dell'art. 19 TUE rispetto a entrambi i profili contestati dalla Commissione: da un lato, la Corte ha concluso che la decisione di ridurre l'età pensionabile dei giudici della Corte Suprema lede il principio dell'inamovibilità del giudice; dall'altro, la facoltà accordata al Presidente della Repubblica di concedere ai giudici di continuare il loro mandato viola l'aspetto 'esterno' del principio di indipendenza dei giudici (sulla distinzione tra l'aspetto esterno e quello interno, si veda il caso *Wilson*).

L'intervento della Commissione e della Corte nel caso della Corte Suprema polacca, come si vedrà, ha già prodotto risultati concreti, e una serie di altre procedure già aperte offriranno nuove opportunità di tutelare lo stato di diritto in Polonia e nell'Unione. La nuova giurisprudenza sull'art. 19 TUE, se inquadrata nel quadro complessivo dei recenti sforzi compiuti dalle istituzioni europee, potrebbe quindi segnare l'inizio di una nuova, più positiva, fase di tutela dei valori fondamentali europei.

Dopo aver sintetizzato la decisione della Corte di Giustizia, questo contributo riflette su due elementi in particolare: in primo luogo, sulla profonda differenza che intercorre tra la decisione in *Commissione c. Polonia* e quella precedente nel caso *Commissione c. Ungheria* anch'essa relativa al pensionamento anticipato di alcuni giudici nazionali; a seguire, sul fondamentale ruolo che l'articolo 19 TUE pare poter rivestire nella battaglia a tutela del *rule of law* negli Stati membri. Una consi-

derazione finale è poi dedicata alla necessità di intraprendere azioni politiche che supportino le procedure giuridiche di fronte alla Corte di Giustizia.

La decisione della Corte di Giustizia

La riforma del regime pensionistico dei giudici della Corte Suprema polacca si inserisce nel quadro delle riforme dell'ordinamento giudiziario, riguardanti anche il sistema delle corti ordinarie e il consiglio nazionale della magistratura, che *Diritto e Giustizia*, il partito di governo polacco, ha portato avanti tra il 2017 e il 2018. In particolare, le norme polacche contestate dalla Commissione avrebbero costretto al pensionamento anticipato ben ventisette degli allora settantadue giudici della Corte Suprema (il numero dei giudici è nel frattempo aumentato, a seguito di altre riforme del sistema che finiranno anch'esse di fronte alla CGUE), inclusa la Presidente della Corte. Per evitare il pensionamento e continuare il loro mandato, i giudici della Corte avrebbero dovuto presentare una richiesta al Presidente della Repubblica, al quale si lasciava piena facoltà nel decidere se accogliere o meno tali domande.

La Commissione ha seguito con grande preoccupazione l'adozione della nuova normativa e deciso immediatamente di aprire, nel luglio 2018, una procedura di infrazione ai sensi dell'art. 258 TFUE, basata, per la prima volta, su una presunta violazione dell'articolo 19 TUE, letto in combinazione con l'art. 47 della Carta dei diritti fondamentali. Bruxelles ha poi condotto la procedura con grande rapidità: dopo il parere motivato dell'agosto 2018, la Commissione ha portato il caso di fronte alla Corte di Giustizia già in ottobre, chiedendo che la Corte si pronunciasse anche con provvedimenti provvisori, poi effettivamente adottati in due ordinanze dell'ottobre e dicembre 2018. Dopo le conclusioni

dell'Avvocato Generale Tanchev, la decisione finale della Corte è arrivata nel giugno 2019.

Nella sua sentenza, la Corte di Giustizia inizia rigettando, sulla base della sua giurisprudenza costante in materia di procedure di infrazione (l'esistenza di un inadempimento deve essere valutata in base alla situazione esistente al termine della scadenza indicata nel parere motivato, e qualsiasi intervento successivo non può essere valutato dalla Corte) l'argomento presentato dal governo polacco sull'inammissibilità dell'azione a seguito delle sopravvenute modifiche alla legge sulla Corte Suprema, adottate nel dicembre 2018 (par. 30 e 31). La Corte si sofferma poi sull'applicabilità e portata dell'art. 19 TUE. Se, da un lato, la Corte ammette che l'organizzazione della giustizia sia una competenza nazionale (par. 52), dall'altro, chiarisce che tale competenza deve essere esercitata in accordo con gli obblighi imposti dal diritto dell'Unione. Facendo ampi riferimenti ai recenti casi *ASJP*, *Achmea* e *LM*, nei quali la Corte di Giustizia ha contribuito a chiarire e parzialmente ridefinire la struttura del sistema giudiziario europeo, soprattutto con riferimento al ruolo dei giudici nazionali e del meccanismo del rinvio pregiudiziale, la Corte conferma l'obbligo di garantire «che gli organi facenti parte, in quanto “organo giurisdizionale” nel senso definito dal diritto dell'Unione, del suo sistema di rimedi giurisdizionali nei settori disciplinati dal diritto dell'Unione soddisfino i requisiti di una tutela giurisdizionale effettiva» (par. 55). Dal momento che la Corte Suprema polacca rientra senza dubbio tra le corti che possono essere chiamate ad applicare o interpretare il diritto dell'Unione, «è di primaria importanza preservare l'indipendenza di detto organo» (par. 57), e quindi le riforme che la riguardano possono essere valutate sulla base dell'art. 19 TUE.

Come già anticipato, la Corte ha accettato entrambi gli argomenti presentati dalla Commissione. Per quanto riguarda il

primo – la violazione del principio di inamovibilità del giudice – la Corte considera, in primo luogo, che la riforma del sistema della Corte suprema è «idonea a generare preoccupazioni legittime quanto al rispetto del principio di inamovibilità dei giudici» (par. 78), dal momento che costringe alcuni giudici a concludere il loro mandato prematuramente. Una misura di questo tipo, prosegue la Corte, potrebbe essere astrattamente giustificata solo se adottata per realizzare un obiettivo legittimo, se proporzionata rispetto all'obiettivo, e «purché non sia atta a suscitare legittimi dubbi nei singoli quanto all'impermeabilità dell'organo giurisdizionale interessato rispetto a elementi esterni e alla sua neutralità rispetto agli interessi contrapposti» (par. 79). Secondo la Corte, però, la riforma polacca non rispetta nessuna di queste condizioni, e quindi viola il principio di indipendenza dei giudici affermato dall'art. 19 TUE. Per notare uno dei passaggi più interessanti ed esplicitamente critici della situazione polacca, nel par. 82, facendo riferimento anche al lavoro della Commissione di Venezia sul caso polacco (si veda in particolare il [parere n. 904/2017](#)) la Corte arriva a suggerire come le misure adottate delle autorità polacche non perseguissero davvero obiettivi in materia di politica dell'occupazione, come dichiarato dal governo polacco, ma puntassero «alla rimozione di un certo gruppo di giudici di tale organo giurisdizionale».

Relativamente al secondo profilo contestato dalla Commissione – la violazione del principio di indipendenza 'esterna' della Corte Suprema che deriva dall'assegnare al Presidente della Repubblica la facoltà di prolungare il mandato dei giudici della Corte – la valutazione dei giudici di Lussemburgo è ancora più semplice e allo stesso tempo incisiva. La Corte di Giustizia si concentra in particolare (par. 113) sull'assenza di condizioni e procedure precise che illustrino come il Presidente della Repubblica possa e debba esercitare tale funzione. Anche l'intervento del Consiglio nazionale della magistratura, chiama-

to a esprimere un parere sulle possibili estensioni dei mandati, non è sufficiente a garantire un quadro di sufficiente obiettività. Anche su questo secondo punto, quindi, la Corte conclude affermando una violazione dell'Articolo 19 TUE.

Il caso polacco e il caso ungherese: similitudini e differenze

Come noto, la sentenza appena discussa non è il primo caso in cui la Corte di Giustizia è stata chiamata a decidere su misure nazionali di pensionamento anticipato dei giudici. Già nel 2012, la Corte si pronunciò, sempre nel quadro di una procedura di infrazione, su una serie di misure adottate dalle autorità ungheresi e legate alle riforme costituzionali approvate tra il 2011 e il 2012. Secondo la Corte, tali misure violavano la direttiva 2000/78 e in particolare il principio di non discriminazione sulla base dell'età. Questo precedente è anche citato nella decisione in *Commissione c. Polonia* del giugno 2019, al par. 91: la Corte fa riferimento al caso ungherese per ricordare come l'assenza di misure transitorie non soddisfi il principio di proporzionalità.

Nonostante le somiglianze fattuali e i riferimenti, ci sono profonde differenze tra la prima e la seconda decisione, anche e soprattutto in materia di effettività dell'intervento europeo. In primo luogo, nel caso polacco, la violazione riscontrata è quella dell'art. 19 TUE, e dei principi di inamovibilità e indipendenza dei giudici ivi contenuti, e non la direttiva sulla parità di trattamento. Benché la preoccupazione alla base della procedura di infrazione sia quasi identica – evitare che le autorità nazionali possano espellere dall'ordinamento giudiziario giudici considerati scomodi e sostituirli con personale più controllabile – il risultato ottenuto è radicalmente diverso. Nel caso ungherese, le autorità ebbero l'opzione di rimediare alla violazione della direttiva semplicemente offrendo una compensazione monetaria

240 Interventi

ai giudici già pensionati (o in alternativa reintegrandoli nel sistema, ma senza garanzie che potessero ritornare alla posizione precedente). In quello polacco la richiesta europea è più incisiva e colpisce più in profondità le radici e il merito della riforma: la Polonia è infatti chiamata a garantire *tout court* l'indipendenza della Corte Suprema, garantendo che i giudici possano terminare i loro mandati senza ostacoli.

La differenza non si deve solo alla diversa base giuridica delle due procedure, ma anche alle misure adottate prima del giudizio finale della Corte di Giustizia e in generale alla rapidità e decisione con cui la Commissione ha condotto la fase precontenziosa. In primo luogo e come già anticipato, la Commissione ha agito ai sensi dell'art. 258 TFUE con molta prontezza, ancora prima che la legge polacca entrasse formalmente in vigore. Ha poi condotto la procedura con rapidità e portato il caso di fronte alla Corte di Giustizia in meno di tre mesi dall'apertura della procedura. In quel momento ha poi compiuto una scelta fondamentale: presentare alla Corte una richiesta di provvedimenti provvisori *ex art. 279 TFUE*, al fine di evitare una situazione di *fait accompli* nella quale i giudici della Corte Suprema fossero già stati rimpiazzati da altro personale. A sua volta, la Corte di Giustizia ha supportato la Commissione attraverso le due ordinanze di ottobre e dicembre, chiedendo alle autorità polacche di restaurare la situazione precedente all'entrata in vigore della riforma, consentendo quindi ai giudici di continuare a esercitare le proprie funzioni.

Ancora prima della sentenza finale della Corte di Giustizia, le due ordinanze avevano di fatto già costretto la Polonia a modificare le norme contestate. La Corte Suprema stessa aveva concesso ai suoi giudici di continuare il proprio mandato, e poi, con una legge del dicembre 2018, il parlamento polacco aveva modificato il regime legislativo in conformità con l'ordinanza della Corte di Giustizia. In tal senso, la sentenza del giugno

2019 non fa altro che confermare in via definitiva la situazione che si era già venuta a creare grazie agli interventi precedenti. Per concludere: se nel caso ungherese l'intervento europeo non era di fatto riuscito a garantire l'indipendenza dell'ordinamento giudiziario, ma aveva semplicemente accertato una violazione di norme di diritto secondario europeo, nel caso polacco, almeno per quanto riguarda la Corte Suprema, la Commissione e la Corte di Giustizia sono riuscite a realizzare l'obiettivo di proteggere i giudici polacchi e in ultimo il ruolo della Corte Suprema come corte di diritto europeo.

Un nuovo strumento: l'art. 19 TUE

La decisione della Corte di Giustizia sottolinea l'importanza dell'art. 19(1) TUE come strumento di tutela dello stato di diritto nell'Unione europea. Al secondo paragrafo, la norma afferma che «[g]li Stati membri stabiliscono i rimedi giurisdizionali necessari per assicurare una tutela giurisdizionale effettiva nei settori disciplinati dal diritto dell'Unione». Introdotto dal Trattato di Lisbona, l'art. 19 non appariva un radicale cambiamento del sistema, ma essenzialmente una conferma della giurisprudenza della Corte di Giustizia (da *Simmenthal* in avanti) sul ruolo delle corti nazionali nel sistema giuridico europeo.

L'innovativa interpretazione – sia per quanto riguarda il campo di applicazione, sia relativamente al contenuto sostanziale della norma – offerta dalla CGUE nel caso dei 'giudici portoghesi' (*ASJP*) ha però cambiato lo scenario. Grazie all'art. 19, la Corte di Giustizia ha oggi la possibilità di valutare la compatibilità con il diritto europeo di qualsiasi norma nazionale che vada potenzialmente a interferire con l'indipendenza di quelle corti nazionali chiamate ad applicare e interpretare il diritto dell'Unione. Come è evidente, questa rappresenta una significativa estensione del mandato della Corte e apre nuove

242 Interventi

strade per garantire l'indipendenza delle corti e quindi lo stato di diritto nell'Unione. Dopo aver affermato il principio in due casi precedenti (dopo *ASJP*, in *Escribano Vindel*), nei quali però la Corte concludeva che le norme nazionali in questione non violassero i requisiti posti dall'art. 19, nella sentenza *Commissione c. Polonia* la Corte ha compiuto il passo successivo, accertando per la prima volta una violazione di tale norma. In tal senso, la sentenza della Corte serve a dare concreta manifestazione al potenziale dell'art. 19.

Va poi aggiunto un elemento ulteriore. Nel suo ricorso, la Commissione aveva contestato le norme polacche anche con riferimento all'art. 47 della Carta dei diritti fondamentali, che sancisce il diritto a un ricorso effettivo e a un giudice imparziale. La Corte, come affermato anche dall'Avvocato Generale Tanchev (par. da 52 a 60, e poi 65-67), ha valutato le norme nazionali solo sulla base dell'articolo 19 TUE (par. 59). Ciò conferma quanto già suggerito nella sentenza sui giudici portoghesi in merito al diverso campo di applicazione dell'art. 19 e della Carta: in breve, il primo si applica anche a situazioni non coperte dalla seconda. Più in generale, la portata dell'art. 19 sembra essere più ampia di qualsiasi altra previsione di diritto dell'Unione, ad eccezione solo degli art. 2 e 7 TUE che restano indifferenti a qualsiasi distinzione tra situazioni regolate dal diritto UE e non. Tuttavia, la diversa applicabilità degli art. 19 e 47 non produce una differenza significativa a livello sostanziale, dal momento che la Corte ha allineato il contenuto delle due norme, affermando che l'art. 19 stesso obbliga gli Stati membri a garantire l'indipendenza della corte nazionali, benché il testo della disposizione non faccia alcun riferimento esplicito a tale principio.

I prossimi passaggi

La procedura di infrazione sul pre-pensionamento dei giudici della Corte Suprema è forse l'iniziativa più simbolicamente rilevante intrapresa dalla Commissione, ma certo non l'unica. Proprio nelle ultime settimane, l'Avvocato Generale Tanchev ha pubblicato le sue [conclusioni](#) in un'altra procedura di infrazione *Commissione c. Polonia*, che riguarda la riforma del regime delle corti ordinarie, suggerendo anche in questo caso che sussista una violazione dell'art. 19 TUE. Va poi sottolineato che le stesse corti polacche si sono dimostrate estremamente attive, operando una serie di rinvii pregiudiziali alla Corte di Giustizia su vari aspetti delle riforme dell'ordinamento giudiziario, anch'essi incentrati sull'art. 19 TUE. Di nuovo, [l'Avvocato Generale Tanchev](#) si è espresso sui primi rinvii pregiudiziali proprio pochi giorni dopo la sentenza della Corte, concludendo che le norme polacche in questione siano anch'esse incompatibili con l'art. 19 TUE. Infine, una nuova procedura di infrazione sul regime disciplinare e la nuova camera separata della Corte Suprema è stata attivata negli ultimi mesi.

Una considerazione finale. Con la decisione in *Commissione c. Polonia*, la Corte di Giustizia ha dimostrato di poter dare un contributo fondamentale alla battaglia a tutela dello stato di diritto nel caso polacco. In aggiunta agli altri casi appena menzionati, la Corte sarà anche chiamata nei prossimi mesi a pronunciarsi su alcuni significativi casi che riguardano l'Ungheria, inclusa una procedura di infrazione sulla *Legge sull'Insegnamento Superiore* che ha di fatto costretto la *Central European University* a trasferire parte dei suoi corsi da Budapest a Vienna. È però difficile pensare che la via giurisdizionale possa, da sola, risolvere le crisi costituzionali in atto nei due paesi. In fondo, la pur fondamentale decisione sulla Corte Suprema affronta solo uno dei diversi profili critici delle riforme polacche, e necessariamente non può arrivare a coprire le radici profonde della crisi costituzionale, ma solo una sua manifesta-

244 Interventi

zione specifica. Gli sforzi politici della Commissione, del Consiglio e del Parlamento, anche tramite le procedure dell'art. 7, restano egualmente necessari. Come anche confermato dall'Avvocato Generale Tanchev nelle sue conclusioni nel caso discusso in questo contributo «l'articolo 7 TUE e l'articolo 258 TFUE istituiscono procedure separate e possono essere invocati simultaneamente» (par. 50), e questo è perfettamente logico, dal momento che i due meccanismi svolgono funzioni diverse – accertare una violazione, o un rischio di violazione, grave e persistente dei *valori fondamentali* dell'Unione, per quanto riguarda l'art. 7, o di una violazione di uno *specifico obbligo* derivante dai trattati, nella procedura di infrazione – e hanno quindi in ultimo natura complementare. Dopo i successi in Lussemburgo, pare quindi fondamentale rinforzare la pressione politica tra Bruxelles e Strasburgo.

5 luglio 2019

Knock on wood. Il contenzioso UE/Ucraina sul divieto di esportazione di legname tra tutela ambientale e libera circolazione delle merci

GIANPAOLO MARIA RUOTOLO (*)

1. Il [20 giugno 2019](#) l'Unione europea, constatata l'impossibilità di giungere a una soluzione mutuamente accettabile mediante la fase conciliativa già [avviata il 15 gennaio 2019](#), ha attivato per la prima volta la fase contenziosa del sistema di soluzione delle controversie contemplato nell'[Accordo di associazione con l'Ucraina](#) e chiesto, quindi, la costituzione di un *panel* di esperti volto a verificare la compatibilità, con l'Accordo stesso, delle misure di restrizione all'esportazione di varie tipologie di legname non trattato adottate dalla controparte.

Ricordiamo che le importazioni in Europa di legname da Paesi extra-Ue sono in crescita (si registra un aumento del 31,4% dal 2009 e del 12,9% nel solo 2015) in coincidenza con la ripresa delle attività industriali di produzione di carta, legno e arredi (l'Italia, in particolare, è il terzo Paese UE ad importare

(*) Università di Foggia.

legname, dopo Regno Unito e Germania) e che [una recente indagine](#) ha però evidenziato come circa il 30% del legname importato in UE da Paesi extra-europei avrebbe origine illegale, specie per quanto concerne la modalità di reperimento.

L'attivazione del procedimento in parola ci offre quindi l'occasione per alcune riflessioni sul rapporto tra obblighi bilaterali e multilaterali di liberalizzazione degli scambi di merci e valori non commerciali, in particolare relativi alla tutela ambientale.

Ricordiamo, in primo luogo, che l'*enforcement* degli obblighi internazionali in materia commerciale è stato identificato come una delle priorità della strategia [«Commercio per tutti. Verso una politica commerciale e di investimento più responsabile»](#) adottata dalla Commissione nel 2015 (cfr. [Bonfanti](#), p. 233 ss.).

Quanto all'Accordo di associazione UE/Ucraina, esso si compone di più parti e contempla, oltre agli obblighi di liberalizzazione commerciale volti a istituire una *Deep and Comprehensive Free Trade Area* (DCFTA), norme sui diritti fondamentali e, trattandosi di un accordo concluso ai sensi dell'art. 217 TFUE, disposizioni istituzionali.

Dopo un lungo processo, queste ultime sono state firmate a Bruxelles il 21 marzo 2014, mentre le altre disposizioni sono state firmate il successivo 27 giugno 2014 e l'Accordo, fatto oggetto di applicazione provvisoria a partire dal 1° gennaio 2016, è definitivamente entrato in vigore il 1° settembre 2017.

La DCFTA, in particolare, rappresenta una forma piuttosto avanzata di integrazione di un Paese terzo nel mercato unico, la forma più estesa di cooperazione fino ad oggi mai attuata con Paesi che non siano contestualmente candidati

all'adesione: essa infatti mira ad estendere al Paese associato (ricordiamo, peraltro, che l'UE ha anche concluso accordi analoghi con Georgia e Moldavia) le libertà di circolazione di beni, servizi, capitali e persone (anche se, va detto, queste ultime ne godono solo per soggiorni di breve durata e non per motivi di lavoro; la regolamentazione dei movimenti in quest'ultimo caso rimane invece di competenza degli Stati) ([Van der Loo](#), [Van Elsuwege and Petrov](#)).

Come accennato, l'Accordo impone alla controparte anche il rispetto di *non-trade values*.

L'art. 1 dell'Accordo («Objectives») ne fissa gli obiettivi generali, appunto, che sono quelli di *a*) favorire il graduale ravvicinamento delle Parti, in base a valori comuni; *b*) creare un quadro in cui rafforzare il dialogo politico nei settori di interesse reciproco; *c*) promuovere, preservare e rafforzare la pace e la stabilità regionale e, complessivamente, internazionale in conformità con i principi della Carta delle Nazioni Unite e del contesto dell'Organizzazione per la sicurezza e la cooperazione in Europa (OSCE), come l'[Atto finale di Helsinki](#) del 1975 e la [Carta di Parigi per una nuova Europa](#) del 1990; *d*) rafforzare le relazioni economiche e commerciali al fine di integrare progressivamente l'Ucraina nel mercato interno dell'UE, anche creando una zona di libero scambio e sostenere gli sforzi dell'Ucraina per completare la transizione verso un'economia di mercato, anche mediante il ravvicinamento della sua legislazione a quella dell'Unione; *e*) migliorare la cooperazione tra le parti nei settori della giustizia, della libertà e della sicurezza, allo scopo di rafforzare la *rule of law* e il rispetto dei diritti umani e delle libertà fondamentali; *f*) porre le condizioni per una cooperazione sempre più stretta in altri settori di reciproco interesse.

L'art. 2 dell'Accordo, poi, afferma che alla base delle at-

tività e delle politiche interne e internazionali delle Parti ci deve essere il rispetto dei principi democratici, dei diritti umani e delle libertà fondamentali, che costituiscono «essential elements» dell'Accordo stesso ([Velluti](#), p. 41 ss.).

Ora, ricordiamo che, nel contesto dei diritti fondamentali di c.d. terza generazione, si tende ad evidenziare quanto meno un *trend* che avrebbe fatto (o, quanto meno starebbe facendo) emergere il diritto umano a vivere in un ambiente «salubre», «adeguato», «soddisfacente» o «pulito», il quale ha trovato espressione in alcuni strumenti regionali di tutela dei diritti fondamentali, come la Carta africana dei diritti umani (artt. 16 e 24), il Protocollo di San Salvador, addizionale alla Convenzione americana sui diritti umani in materia di diritti economici, sociali e culturali, l'art. 38 della Carta Araba sui diritti umani (per un'approfondita analisi del diritto all'ambiente come diritto fondamentale v., per tutti, [Munari, Schiano di Pepe](#), p. 113 ss.; per un'analisi della giurisprudenza CEDU in materia ambientale v., da ultimo, [Zirulia](#), p. 135 ss.).

Senza voler qui prendere posizione in merito all'effettiva e incontestata emersione di un autonomo diritto siffatto nel diritto internazionale generale, che, allo stato, appare comunque piuttosto dubbia (v. [Lee](#)), ricordiamo che con riferimento all'ordinamento UE, l'art. 37 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea prevede che «un livello elevato di tutela dell'ambiente e il miglioramento della sua qualità devono essere integrati nelle politiche dell'Unione e garantiti conformemente al principio dello sviluppo sostenibile» e che, sul piano delle relazioni esterne, l'art. 21, par. 2, lett. *f*) del TUE prevede che l'Unione debba contribuire «all'elaborazione di misure internazionali volte a preservare e migliorare la qualità dell'ambiente e la gestione sostenibile delle risorse naturali mondiali al fine di assicurare lo sviluppo sostenibile».

Tornando agli impegni assunti dalle Parti con l'Accordo di associazione, ricordiamo che tra i medesimi vi è quello di migliorare la loro «cooperation in the field of environmental protection» e rispettare i «principles of sustainable development and green economy». A tal fine, il Capitolo 13 dell'Accordo, relativo proprio a «Trade and sustainable development», all'art. 289 richiama l'[Agenda 21 on Environment and Development](#) del 1992 e il [Johannesburg Plan of Implementation on Sustainable Development](#) del 2002 e, all'art. 290, riconosce «the right of the Parties to establish and regulate their own levels of domestic environmental (...) protection».

Ebbene, è in questo contesto giuridico che la controversia tra UE e Ucraina relativa alle restrizioni alle esportazioni di legname va inserita.

2. L'Ucraina, in forza di una serie di regolamentazioni interne (in particolare la legge n. 2860-IV dell'8 settembre 2005, poi modificata dalla legge n. 325-VIII del 9 luglio 2015), ha adottato un divieto di esportazione di alcune tipologie di legname, non lavorato e segato. Il divieto, nel 2015, è stato prorogato per 10 anni, ed esteso a tutti i tipi di legno non lavorato diversi dal legno di pino e, a partire dal 2017, il divieto di esportazione per il legno non lavorato è stato esteso anche a quello di pino.

Ciò, complessivamente, ha provocato un'importante riduzione degli scambi tra l'Unione europea e l'Ucraina nel settore interessato e diminuito, quindi, la possibilità per le imprese europee di accedere a siffatte materie prime.

Negli ultimi anni, peraltro, alla crescita degli scambi internazionali di prodotti derivanti da boschi e foreste si è associato l'aumento dei timori per l'impatto ambientale che ciò potrebbe provocare: si sta difatti assistendo sia alla diminuzione

250 Interventi

della superficie delle c.d. foreste native sia all'aumento di diffusione di piante «non native», con il conseguente rischio di riduzione della biodiversità. È quindi comprensibile che il Parlamento ucraino abbia adottato, il 20 marzo 2018, un progetto di legge sulla conservazione delle foreste ucraine e la prevenzione dell'esportazione illegale di legname non lavorato.

Peraltro, della particolare rilevanza ambientale del settore della commercializzazione del legname l'UE è pienamente consapevole: sul piano interno, infatti, la stessa, al fine di combattere il disboscamento illegale e tutelare la conservazione della biodiversità e delle funzioni ecosistemiche e il sistema climatico, ha adottato il regolamento n. 995/2010 del Parlamento europeo e del Consiglio del 20 ottobre 2010, che stabilisce gli obblighi degli operatori che commercializzano legno e prodotti da esso derivati (il c.d. *European Union Timber Regulation*; in dottrina v. [Pontecorvo](#), p. 443 ss.).

L'UE contesta oggi all'Ucraina la violazione dell'art. 35 («Import and export restrictions») dell'Accordo di associazione, il quale vieta alle Parti di adottare o mantenere divieti, restrizioni o qualsiasi misura di effetto equivalente sull'importazione di qualsiasi merce originaria dell'altra Parte, nonché sull'esportazione o la vendita all'esportazione di qualsiasi bene destinato al territorio dell'altra Parte, ad eccezione delle deroghe consentite dallo stesso Accordo o in conformità con quanto previsto dall'art. XI del GATT 1994.

Deve essere chiarito che la disposizione in parola non solo fa espressamente riferimento all'art. XI del GATT 1994, ma prevede anche che «to this end, Article XI of GATT 1994 and its interpretative notes are incorporated into, and made an integral part of, this Agreement». Come si vede, quindi, essa non solo vieta *ex se* alle Parti di adottare misure di divieto o di restrizione alle importazioni di merci provenienti dalla contropar-

te o misure di effetto equivalente (sulla categoria, ben nota nel sistema UE, v. [Gormley](#)), ma addirittura incorpora nell'Accordo di associazione, mediante un meccanismo di produzione mediante rinvio, sia il contenuto del divieto multilaterale di restrizioni quantitative agli scambi di merci sia il regime delle eccezioni ivi consentite.

Il successivo art. 36 dell'Accordo, intitolato «General exceptions», infatti, prevede che nessuna disposizione del medesimo «shall be construed in such a way as to prevent the adoption or enforcement by any Party of measures in accordance with Articles XX and XXI of GATT 1994 and its interpretative notes, which are hereby incorporated into and made an integral part of this Agreement». E, a nostro parere, anche se non esplicitamente dichiarato, l'incorporazione in parola deve essere estesa all'*acquis* del GATT e, in particolare, alla prassi degli organi di soluzione delle controversie, la quale, negli anni, ne ha definito portata e limiti. Ora, ricordiamo che le restrizioni alle importazioni, in precedenza piuttosto marginali nella prassi multilaterale degli scambi internazionali di merci, hanno assunto una rilevanza sempre maggiore, in particolare negli ultimi dieci anni (sul punto v. [Karapinar](#)).

L'analisi della [pertinente prassi contenziosa in sede OMC](#) evidenzia come la maggior parte delle controversie in materia sia generata dalla contestazione di presunti vantaggi «sleali» che, a giudizio dei Paesi ricorrenti, misure siffatte produrrebbero a scapito dei concorrenti stranieri, e dal fatto che tali misure, se adottate con riguardo a materie prime, ridurrebbero l'accesso alle stesse da parte delle imprese straniere che le utilizzano come base dei propri processi produttivi e, quindi, rischierebbero di mettere in pericolo o annullare i benefici della liberalizzazione degli scambi. Le relative controversie, quindi, vanno inserite nel contesto della dialettica tra Paesi produttori di materie prime (cioè, almeno tendenzialmente, PVS) e

Paesi «trasformatori» (cioè Paesi industrializzati), rappresentando così anche uno degli elementi del conflitto tra «Nord» e «Sud» del mondo. In buona sostanza, insomma, le controversie relative alle restrizioni alle importazioni di materie prime possono esser lette (anche) come relative alla competizione tra Stati in merito alla sovranità sulle risorse naturali.

Sotto un ulteriore profilo, poi, come pure abbiamo accennato, le restrizioni alle esportazioni di materie prime assumono rilevanza nel contesto del rapporto tra obblighi internazionali di liberalizzazione e valori non commerciali e, in particolare, di protezione ambientale: come abbiamo visto, infatti, i Paesi che le adottano, spesso intendono così impedire, o quanto meno rallentare, l'esaurimento delle loro risorse naturali, al fine di conservarle a beneficio delle generazioni future.

Ricordiamo che, come noto, la disciplina multilaterale delle restrizioni alle esportazioni contenuta in particolare nell'art. XI del GATT recepito nell'Accordo di associazione con l'Ucraina, rappresenta un'applicazione del *principio di protezione doganale esclusiva* e, di conseguenza, impone ai Membri il divieto assoluto di restrizioni quantitative all'esportazione, ad eccezione delle deroghe espresse (v., per tutti, Picone, Ligustro, *Diritto dell'Organizzazione mondiale del commercio*, Padova, 2002, p. 125 ss. e 296 ss.). Oltre alle deroghe specifiche al divieto di restrizioni quantitative, il sistema commerciale multilaterale contempla poi anche una serie di eccezioni «generali», volte a consentire agli Stati di derogare a qualsivoglia obbligo di liberalizzazione al fine di tutelare obiettivi ritenuti prevalenti. Tra queste, l'art. XX GATT – incorporato anch'esso, come abbiamo visto, nell'Accordo di associazione – prevede che, a condizione che la loro applicazione non sia fatta in maniera da rappresentare un mezzo di discriminazione arbitraria o ingiustificata tra Paesi che sono nelle medesime condizioni, né da essere una restrizione surrettizia del commercio internazionale (sif-

fatte condizioni sono contenute nel preambolo della disposizione, il c.d. *chapeau*), gli Stati possono adottare misure di deroga agli obblighi di liberalizzazione degli scambi di merci che siano, tra l'altro, necessarie a proteggere la salute e la vita delle persone e degli animali e alla conservazione dei vegetali (art. XX, lett. *b*) GATT) e relative alla conservazione di risorse naturali esauribili, a condizione che siano applicate anche alla produzione o al consumo nazionali (art. XX, lett. *g*) GATT.

Come noto, peraltro, il sistema OMC contempla anche uno specifico accordo relativo alle c.d. misure sanitarie e fitosanitarie, il c.d. [Accordo SPS](#), il quale, all'art. 5, consente agli Stati di tener conto di «ecological and environmental conditions» (è il caso di segnalare che si tratta dell'unica volta in cui l'Accordo fa riferimento all'ambiente).

Nessun riferimento all'ambiente è esplicitamente contenuto, invece, nelle due clausole del GATT che abbiamo citato, le quali, però, sono state utilizzate dagli Stati dinanzi agli organi di soluzione delle controversie dell'OMC – da sole o in combinato con l'Accordo SPS, proprio per cercare di giustificare misure volte a tutelare obiettivi ambientali, con esiti dapprima fallimentari e, quindi, con qualche successo: ad esempio la categoria delle «risorse esauribili» di cui all'art. XX lett. *g*), originariamente ritenuta applicabile alle sole risorse non viventi, è stata successivamente letta come comprensiva di flora e fauna; d'altro canto lo Stato che mirano ad utilizzare queste clausole per giustificare misure di limitazione degli scambi per la protezione ambientale è onerato dalla prova che il rischio per la vita o la salute sia scientificamente provato, e che la misura sia necessaria e proporzionata (v. [Munari, Schiano di Pepe](#), p. 21 ss.; P. Picone, A. Ligustro, *Diritto*, cit. p. 321; per un'analisi della prassi pertinente v. l'[Analytical index of the GATT](#), e [WTO Secretariat, WTO rules and environmental policies: GATT exceptions](#)).

Ricordiamo pure che la materia delle misure sanitarie e fitosanitarie, alla quale la restrizione in parola potrebbe essere ascritta è regolata, nell'Accordo di associazione, dal Capitolo 4, il quale riafferma gli obblighi delle parti ai sensi dell'Accordo SPS dell'OMC.

Con riguardo alle controversie relative a siffatte misure, l'art. 322 dell'Accordo di associazione prevede che «the arbitration panel shall not decide the question, but request the Court of Justice of the European Union to give a ruling on the question».

3. Proviamo a capire se il blocco delle esportazioni adottato dall'Ucraina contestato dall'UE possa essere ritenuto compatibile con gli obblighi contemplati nell'Accordo di associazione.

Tralasciando una serie di elementi relativi ai profili di rito della controversia (per una descrizione delle regole procedurali del meccanismo di soluzione delle controversie in parola v. [Romanchyshyna](#)), deve essere ribadito che la prassi OMC applicativa dell'art. XX GATT e dell'Accordo SPS, sebbene sia stata oggetto un *trend* di progressiva rilevanza delle ragioni ambientali, comunque solo in misura minore tiene conto di queste ultime. Pertanto, qualora l'UE avesse voluto riconoscere maggiore importanza alle ragioni ambientali nel rispetto dell'art. 21, par. 2, lett. *f*) TUE, (su cui v. [Triggiani](#), p. 243 ss.) sarebbe forse stato opportuno contemplare uno «sganciamento» delle norme commerciali bilaterali da quelle multilaterali, con l'elaborazione di disposizioni ed eccezioni specifiche e comunque non dipendenti dall'*acquis* del GATT.

Se per un verso, infatti, l'incorporazione in parola garantisce una maggiore compatibilità delle norme commerciali

dell'UE con il sistema multilaterale, combattendo così i rischi, pur elevati, di frammentazione, per altro esiste il rischio di appiattimento dei relativi obblighi verso prospettive esclusivamente – o, quanto meno, principalmente – commerciali, con la pretermissione di valori *altri*.

In buona sostanza, quindi, se le misure adottate dall'Ucraina saranno lette alla luce della *sola* prassi OMC è probabile che siano dichiarate incompatibili con gli obblighi di liberalizzazione e questo, in particolare, se l'Ucraina non riuscirà a dimostrare di aver proceduto, prima della loro adozione, ad una valutazione scientifica dell'esistenza del rischio ambientale e che, in applicazione del criterio di necessità e del principio di proporzionalità, non vi erano alternative meno restrittive degli scambi che consentissero di raggiungere l'obiettivo ambientale perseguito.

Il *panel*, d'altro canto, potrebbe anche offrire maggiore rilevanza alle ragioni ambientali interpretando le norme OMC incorporate nell'Accordo di associazione alla luce del principio di interpretazione sistematica di cui art. 31, par. 2 lett. *c*) della Convenzione di Vienna sul diritto dei trattati (alla quale fa riferimento l'art. 320 dell'Accordo di associazione) e quindi coordinarle e leggerle alla luce delle previsioni del Capitolo 13 dello stesso Accordo, che abbiamo visto essere esplicitamente relativo alla tutela ambientale e fare a sua volta rinvio ad altri strumenti (sul principio in parola nell'ordinamento UE v. Casolari, *Prime (difficili) applicazioni del principio di integrazione sistematica da parte della Corte di giustizia dell'Unione europea*, in *Rivista di diritto internazionale*, 2011, p. 433 ss.).

Ciò consentirebbe di modulare meglio gli obblighi commerciali multilaterali allo specifico contesto bilaterale dell'Accordo di associazione.

256 Interventi

Quanto poi alla coerenza delle posizioni assunte dalle Istituzioni UE nei confronti della controparte, va segnalato come, appena un mese prima che la Commissione avviasse la fase conciliativa del procedimento contro l'Ucraina, il Parlamento europeo, in occasione dell'adozione della relazione del 16 novembre 2018 sull'attuazione dell'Accordo di associazione tra l'UE e l'Ucraina (2017/2283(INI)), avesse espresso preoccupazione proprio per le attività di sfruttamento illegale o eccessivo di risorse naturali (come ambra, carbone, sabbia e, appunto, legname), che danneggiano e mettono in pericolo paesaggi e habitat come le foreste e i fiumi, e impediscono una gestione sostenibile dal punto di vista ecologico ed economico delle risorse naturali e avesse quindi accolto con favore l'adozione, da parte del Parlamento ucraino, del progetto di legge sulla conservazione delle foreste ucraine e la prevenzione dell'esportazione illegale di legname non lavorato di cui dicevamo *supra*, ritenendo che qualsivoglia liberalizzazione del commercio di legname vada inserita in un contesto giuridico che combatta e vieti l'esportazione illegale.

L'assunzione, da parte delle Istituzioni UE, di posizioni tra loro incompatibili nei confronti di partner internazionali, va detto, oltre a rilevare sotto il profilo delle relazioni internazionali dell'UE, per quanto concerne i profili più strettamente giuridici, potrebbe anche essere, se accompagnata da ulteriori orientamenti non univoci, non del tutto compatibile con il *principio di coerenza orizzontale* espresso dall'art. 21, par. 3 TUE, secondo il quale «l'Unione assicura la coerenza tra i vari settori dell'azione esterna e tra questi e le altre politiche» (sul punto v. Novi, *Il principio di coerenza e la clausola di compatibilità*, in [Baroncini, Cafaro, Novi](#), p. 27 ss.).

Concludiamo segnalando che qualora il *panel* dovesse ritenere che la misura contestata rientri nell'ambito di applicazione del Capitolo 4 dell'Accordo, relativo alle misure sanitarie

e fitosanitarie, pur nominato, non potrebbe decidere nel merito la controversia ma, ai sensi dell'art. 322 dell'Accordo, sarebbe obbligato a rinviare la questione alla Corte di giustizia.

Ora, almeno per quanto concerne il diritto dell'Unione e i suoi rapporti con gli ordinamenti nazionali, ricordiamo che quest'ultima – ad eccezione dei c.d. diritti fondamentali assoluti (su cui v. Tancredi, *L'emersione dei diritti fondamentali "assoluti" nella giurisprudenza comunitaria*, in *Rivista di diritto internazionale*, 2006, p. 644 ss.) – ha proceduto generalmente a una valutazione *case-by-case* dei conflitti tra libertà economiche e diritti fondamentali, in una «condizione di sostanziale equilibrio», cioè senza garantire aprioristicamente la prevalenza a nessuno di essi (Mastroianni, *Diritti dell'uomo e libertà economiche fondamentali nell'ordinamento dell'Unione europea: nuovi equilibri?*, in Rossi (a cura di), *La protezione dei diritti fondamentali. Carta dei diritti UE e standards internazionali. XV Convegno SIDI – Bologna 10-11 giugno 2010*, Napoli, 2011, p. 368 ss. Per un'analisi del rapporto tra obiettivi commerciali e valori differenti nel contesto CEDU v. [De Sena](#), p. 208 ss.).

Nel caso di cui ci stiamo occupando, peraltro, la Corte, qualora fosse adita dal *panel*, si troverebbe a operare come una vera e propria corte internazionale e potrebbe, quindi, operare sul piano delle relazioni esterne dell'UE alla ricerca di un equilibrio tra libertà economiche e diritti fondamentali senza essere, in tale operazione, «imbrigliata» dalla necessità di valutare gli effetti del diritto internazionale nell'ordinamento UE (per un *résumé* della giurisprudenza recente su questi temi v., da ultimo, [Eckes](#)).

23 luglio 2019

L'assassino è il maggiordomo? Primi rilievi sulle conclusioni dell'Avvocato generale nel giudizio di infrazione contro Polonia, Ungheria e Repubblica Ceca in materia di ricollocazioni

FEDERICO FERRI (*)

Il 31 ottobre 2019 l'Avvocato generale Eleanor Sharpston ha reso le proprie [conclusioni](#) nelle cause attivate dalla Commissione europea ai fini dell'accertamento delle presunte violazioni commesse da Polonia, Ungheria e Repubblica Ceca rispetto a obblighi di ricollocazione di richiedenti asilo derivanti dalla decisione (UE) 2015/1601 (C-715/17, C-718/17, C-719/17). Come prevedibile, l'Avvocato generale ha ravvisato la sussistenza dei **profili di responsabilità** individuati dalla Commissione. Tuttavia, vuoi per l'originalità dell'oggetto, vuoi per il delicato contesto di riferimento, le conclusioni dell'Avvocato Sharpston meritano di essere analizzate già prima della sentenza che la Corte di giustizia pronuncerà a breve.

(*) Università di Bologna

Prima di addentrarsi nei contenuti dell'opinione è però opportuno ripercorrere, benché per sommi capi, gli eventi più significativi che hanno indotto la Commissione ad attivare la procedura prevista dall'art. 258 TFUE.

L'oggetto della vertenza è probabilmente noto ai più. Al centro vi sono specifici obblighi di solidarietà imposti alla maggior parte degli Stati membri per alleviare la pressione esercitata tra il 2014 e il 2015 dall'eccessivo afflusso di richiedenti protezione internazionale in due Stati UE di frontiera particolarmente esposti: Italia e Grecia. In specie, va da subito rilevato che in quell'arco di tempo il sistema nazionale greco di asilo era affetto da gravi carenze sistemiche, dato che non erano state ancora colmate le lacune evidenziate nella celebre sentenza *N.S.*, che aveva temporaneamente aperto una breccia nel criterio primario di competenza alla base del previgente «regime di Dublino» (si veda anche il commento di [Morgese](#)).

Nel tentativo di (ri)bilanciare gli oneri gravanti su Stati membri collocati in diverse aree geografiche, nel settembre 2015 erano state adottate quelle che a tutt'oggi sono conosciute come le due “decisioni sulle ricollocazioni”: la [decisione \(UE\) 2015/1523](#) del 14 settembre e la [decisione \(UE\) 2015/1601](#) del 22 settembre. Entrambe le decisioni sono ad oggi le uniche manifestazioni della **logica emergenziale sottesa all'art. 78, par. 3, TFUE**. Tale disposizione autorizza il Consiglio ad adottare – su proposta della Commissione e previa consultazione del Parlamento europeo – misure temporanee a beneficio di uno o più Stati membri che si trovino ad affrontare una situazione di emergenza caratterizzata da un afflusso improvviso di cittadini di Paesi terzi. Le due decisioni (commentate, tra gli altri, da [Peers](#)) hanno anche altri aspetti in comune, che per ragioni di spazio bisogna necessariamente riassumere.

260 Interventi

1. I beneficiari finali sono richiedenti protezione internazionale che abbiano presentato la propria domanda in Italia o in Grecia nell'arco temporale stabilito, in conformità ai criteri del regolamento (UE) 604/2013 («Dublino III»). Occorre pure che le loro impronte digitali siano state rilevate e trasmesse al sistema centrale di Eurodac. Sono soggetti a ricollocazione solo i richiedenti aventi una nazionalità per la quale la percentuale di decisioni di riconoscimento della protezione internazionale è pari o superiore al 75%.

2. Il numero massimo di richiedenti da ricollocare è prestabilito: 40.000 per la prima decisione, 120.000 per la seconda.

3. La procedura di ricollocazione dovrebbe essere completata il più rapidamente possibile e comunque entro due mesi dal momento indicato nelle decisioni.

4. Di regola, gli Stati membri conservano il diritto di rifiutare la ricollocazione del richiedente solo qualora sussistano fondati motivi per ritenere che la persona in questione costituisca un pericolo per la sicurezza nazionale o l'ordine pubblico.

5. È previsto un sostegno economico a favore degli Stati membri interessati per ciascun richiedente ricollocato.

6. Il periodo di vigenza delle decisioni è di due anni.

Vi sono anche alcune differenze non trascurabili. Tra queste, si segnala che **solo la seconda decisione fissa quote prestabilite di ricollocazioni** negli Stati membri chiamati a sollevare Italia e Grecia dai propri oneri.

In ragione di ciò, è la decisione (UE) 2015/1601 ad avere prodotto le reazioni più aspre (es. [Groenendijk](#)). Repubblica Ceca, Slovacchia, Ungheria e Romania hanno votato contro l'adozione della decisione. L'Ungheria ha addirittura rifiutato di essere ammessa a beneficiare del meccanismo di ricollocazione istituito, che in origine era stato previsto anche per alle-

viare la posizione di questo Stato. Come se non bastasse, in Ungheria nell'ottobre 2016 si è tenuto un referendum per contrastare il programma europeo di ricollocamento dei migranti (Fabbrini) e in alcuni di questi Stati «ostili» sono state adottate leggi che disponevano di non dare seguito agli obblighi stabiliti dalla decisione (UE) 2015/1601. Il culmine della tensione si è registrato allorché Ungheria e Slovacchia hanno deciso di ricorrere alla CGUE per chiedere l'annullamento *ex art. 263* TFUE della seconda decisione sulla ricollocazione, sollevando una serie di motivi di carattere sostanziale e procedurale (cfr., ad esempio, Di Filippo e Vikarska). Malgrado tutto questo, Avvocato generale e Corte di giustizia hanno sostenuto la legittimità dell'atto (per un'analisi esaustiva della sentenza si rinvia ai contributi di Circolo e Peers). In sintesi, per smontare il castello argomentativo degli Stati ricorrenti, nella sentenza della Corte ha stabilito quanto segue:

1. la decisione (UE) 2015/1621 non è un atto legislativo, perché l'art. 78, par. 3, TFUE non contempla apertamente la procedura legislativa ordinaria;
2. ciò detto, tenuto conto della sua ragion d'essere ed essendo debitamente circoscritta nel tempo e nello spazio, la decisione può comunque derogare provvisoriamente a un atto legislativo come il regolamento «Dublino III»;
3. la misura non pare manifestamente inadatta a perseguire l'obiettivo prefigurato, cioè aiutare Italia e Grecia nella gestione della crisi dei richiedenti protezione internazionale;
4. quando è stata adottata la decisione, il Consiglio aveva ragione di ritenere che fosse in atto un afflusso considerevole e non ragionevolmente prevedibile di cittadini di Stati terzi; inoltre, il Consiglio non poteva presumere che l'attuazione della decisione si sarebbe rivelata altamente deficitaria.

Ad ogni modo, già prima del termine dell'«atto iniziale»

dell'intera vicenda, la Commissione europea aveva deciso di avviare una procedura di infrazione contro Polonia, Ungheria e Repubblica Ceca. Dall'insieme delle contestazioni della Commissione emergeva che gli Stati **non avevano seguito le procedure di ricollocazione dell'art. 5 della decisione (UE) 2015/1601** già *ab origine*, non avendo indicato a intervalli regolari il numero di richiedenti che avrebbero potuto ricollocare rapidamente nel loro territorio e qualsiasi altra informazione pertinente. Tralasciando le questioni sull'ammissibilità del ricorso, che si giudicano meno importanti rispetto a quelle sul merito, tutto ruota attorno alla possibilità o meno per gli Stati membri destinatari di obblighi di ricollocazione di rifiutarsi di applicare la decisione (UE) 2015/1601 **per ragioni di ordine pubblico e sicurezza interna**. Allo scopo, Polonia e Ungheria avevano incentrato la loro difesa sull'**art. 72 TFUE**, secondo cui la disciplina del Titolo V, relativa allo Spazio di Libertà, Sicurezza e Giustizia, non osta all'esercizio delle responsabilità incombenti agli Stati membri per il mantenimento di due prerogative specifiche: ordine pubblico e sicurezza interna. Non solo: avevano invocato *ad abundantiam* anche l'**art. 4, par. 2, TUE**, che impone all'Unione di rispettare l'uguaglianza degli Stati membri davanti ai Trattati e la loro identità nazionale, oltre alle funzioni di salvaguardia dell'integrità territoriale, di mantenimento dell'ordine pubblico e di tutela della sicurezza nazionale; l'articolo si chiude con la precisazione che «(i)n particolare, la sicurezza nazionale resta di esclusiva competenza di ciascuno Stato membro». La risposta dell'Avvocato generale passa giocoforza da un'analisi delle due norme di diritto primario appena indicate e dall'applicazione che dovrebbe esserne fatta in una situazione come quella venuta in rilievo nel caso di specie.

Quanto all'art. 72 TFUE, ad avviso degli Stati coinvolti nella procedura di infrazione, il suo contenuto ben potrebbe giustifi-

care la privazione dell'effetto utile della decisione, tramite la disapplicazione di quest'ultima. Il ragionamento dell'Avvocato Sharpston in merito all'applicazione dell'art. 72 TFUE al caso di specie si articola, nel suo complesso, in tre passaggi chiave, non necessariamente esposti nell'ordine che qui si segue per commentarli.

Innanzitutto, nell'opinione l'art. 72 TFUE viene presentata come una norma prevista per dosare l'ingerenza del diritto derivato UE, sì da permettere agli Stati membri di svolgere funzioni essenziali. L'interpretazione offerta dall'Avvocato generale è senz'altro condivisibile e, pur senza il soccorso di un solido filone giurisprudenziale avente ad oggetto l'art. 72 TFUE, sembra accogliere un'opinione sufficientemente diffusa (tra i vari autori, Kellerbauer, "Articles 71-73", in *The EU Treaties and the Charter of Fundamental Rights: A Commentary* (a cura di Kellerbauer *et al.*), Oxford University Press, Oxford, 2019, p. 791 ss.; Jacqué, *Droit institutionnel de l'Union européenne*, Dalloz, Paris, 2013, p. 226). Forse avrebbe potuto essere utile rifarsi al nucleo della sentenza *Johnston*, sul concetto di pubblica sicurezza. Nell'occasione, la Corte chiarì che i Trattati ammettono deroghe da applicare in situazioni che possano compromettere la pubblica sicurezza soltanto in alcuni casi, «che riguardano ipotesi eccezionali, chiaramente delimitate»; di conseguenza, gli articoli che prevedono simili deroghe non potranno essere interpretati estensivamente, né sarebbero in grado di avallare la tesi dell'esistenza di una riserva generale per qualsiasi provvedimento adottato per motivi di pubblica sicurezza. Infatti, «(q)ualora si considerasse ogni disposizione di diritto comunitario soggetta ad una riserva generale, prescindendo dai presupposti specifici stabiliti dal trattato, si rischierebbe di compromettere la forza cogente e l'applicazione uniforme del diritto comunitario» (punto 26). In pratica, sulla scorta di queste premesse si può sostenere che da un lato l'art. 72 TFUE certamente conferisce agli Stati membri un certo margine di apprez-

zamento, tale da consentire loro, in linea di massima, la possibilità di derogare anche alle disposizioni del TFUE in materia di asilo e anche agli atti di diritto derivato adottati in forza di una base giuridica riconducibile a questa politica. Per altro verso, tuttavia, l'essenza della norma **non autorizza una facoltà illimitata**: l'art. 72 TFUE risente evidentemente di limiti applicativi fisiologici, che altro non sono se non effetti del principio di attribuzione delle competenze. Intravedere nell'art. 72 TFUE i presupposti per la creazione di una «zona franca» nella quale collocare ordine pubblico e sicurezza interna a vantaggio di inappellabili interessi nazionali costituirebbe l'esito di una lettura quantomeno forzata. A ulteriore riprova di quanto si afferma, va anche detto che l'Unione europea ha sviluppato una prassi applicativa ormai consolidata volta al raggiungimento di entrambi gli obiettivi di cui sopra (Adinolfi, «Art. 72», in *Commentario breve ai Trattati dell'Unione europea* (a cura di Pocar e Baruffi), CEDAM, Padova, 2014, p. 468 ss.). Alla luce di quanto precede, il pregio delle conclusioni dell'Avvocato Sharpston è di avere fugato ogni dubbio sulla natura dell'art. 72 TFUE: non tanto norma di conflitto posta a favore degli Stati membri, quanto, piuttosto, «**rule of coexistence**» che mira a combinare la tutela di interessi principalmente statali con il rispetto degli obblighi che gli Stati hanno assunto in ragione della loro appartenenza all'Unione.

In secondo luogo, l'opinione considera i contenuti dell'art. 72 TFUE, vale a dire i concetti di ordine pubblico e sicurezza nazionale. Qui l'Avvocato generale si muove su un terreno più battuto, poiché può contare su una ricca giurisprudenza che postula l'«europeizzazione» di espressioni che solo in apparenza sarebbero inesorabilmente vincolate a canoni di diritto interno. In altre parole, la CGUE ha elaborato **nozioni stringenti e autonome di ordine pubblico e sicurezza interna** quando ambedue venivano invocati come freni alla sfera di applicazione

delle principali norme di diritto primario sulle libertà di movimento nel mercato interno (si veda, ad esempio, la recente sentenza *K. e H.F.*, punto 40). In aggiunta, la valutazione da condurre per comprendere se ordine pubblico e sicurezza siano in pericolo deve incentrarsi sul comportamento individuale dell'interessato, come prescritto dalla lontana sentenza *Bouchereau*, puntualmente menzionata dall'Avvocato generale. Ora, questi stessi criteri sono stati replicati dalla Corte quando si è trattato di analizzare la conformità di misure nazionali restrittive fondate sulla tutela di ordine pubblico e sicurezza rispetto a norme di diritto derivato UE adottate nel quadro dello Spazio di Libertà, Sicurezza e Giustizia. Ad esempio, la Corte ha avuto modo di precisare che l'ordine pubblico «presuppone, in ogni caso, oltre alla perturbazione dell'ordine sociale insita in qualsiasi infrazione della legge, l'esistenza di una minaccia reale, attuale e sufficientemente grave nei confronti di un interesse fondamentale della società» (*N.*, punto 65). Analogamente, quando sono state dibattute le limitazioni ai diritti dei richiedenti protezione internazionale la CGUE ha replicato i capisaldi della nota sentenza *Bouchereau*. Dal canto suo, l'Avvocato generale ha traslato la ricostruzione sovranazionale dei concetti di ordine pubblico e sicurezza anche ai contenuti dell'art. 72 TFUE, che dovrebbero pur sempre essere interpretati senza perdere di vista i limiti derivanti dal principio di proporzionalità. Ciò lo ha indotto a concludere per l'infondatezza delle eccezioni che Polonia, Ungheria e Repubblica Ceca avevano sollevato in giudizio.

Nel terzo passaggio, l'Avvocato generale segue la scia dei paragrafi più pertinenti della sentenza che ha chiuso il precedente giudizio di annullamento contro la decisione (UE) 2015/1601: invita a leggere l'art. 72 TFUE sia nel contesto emergenziale in cui si situa la decisione (UE) 2015/1601, sia in una prospettiva più ampia, che consideri cioè l'**acquis in materia di asilo**, con

precipuo riferimento dalle direttive Qualifiche, Procedure e Accoglienza. In tutti questi atti sarebbe possibile individuare accorgimenti appositamente volti a garantire il soddisfacimento di esigenze quali l'ordine pubblico e la sicurezza interna. Ma a scanso di equivoci la stessa decisione (UE) 2015/1601 provvede autonomamente a consentire agli Stati membri di rifiutare la ricollocazione (solo) in presenza di fondati motivi per ritenere che la/il richiedente costituisca un pericolo per la sicurezza nazionale o l'ordine pubblico, ovvero in presenza dei seri motivi previsti dalla direttiva Qualifiche per concludere che l'interessato dovrebbe essere escluso dallo status di rifugiato o di beneficiario di protezione sussidiaria. Lo fa all'**art. 5, par. 7**, che viene preso a modello dall'Avvocato generale per destituire di fondamento l'eccezione per la quale gli Stati interessati, inclusa la Repubblica Ceca, avrebbero potuto evitare di conformarsi al sistema creato dalla seconda decisione sulla ricollocazione, visto che lo reputavano disfunzionale.

A margine, è appena il caso di ricordare che l'Avvocato generale ha escluso che l'art. 72 TFUE possa essere interpretato anche alla luce dell'art. 346 TFUE. Se rapportato al primo, il secondo contiene disposizioni specifiche e preclude l'applicazione dei Trattati in ipotesi debitamente circostanziate: l'art. 346 TFUE, infatti, copre soltanto la trasmissione di informazioni la cui divulgazione sia considerata contraria agli interessi nazionali e la produzione e il commercio di armi. Per inciso, se il pensiero dell'Avvocato generale trovasse conferma nella sentenza, analoga sorte dovrebbe toccare, in futuro, all'art. 276 TFUE, che preclude il sindacato della CGUE sulla validità o la proporzionalità delle sole operazioni delle autorità nazionali nell'esercizio delle responsabilità menzionate all'art. 72 TFUE.

Ulteriori spunti di interesse emergono riguardo all'entrata in scena della clausola identitaria enunciata all'art. 4, par. 2, TUE.

L'identità nazionale o, secondo alcune accezioni, costituzionale (considerazioni approfondite sono state sviluppate, tra gli altri, da [Besselink](#), [Cerruti](#), [Faraguna](#), [Starita](#)) è stata richiamata da Polonia e Ungheria per corroborare la teoria sulla presunta riserva di competenza assegnata agli Stati membri dall'art. 72 TFUE. Interessa più che altro la disposizione conclusiva dell'art. 4, par. 2, TUE, che lascerebbe agli Stati membri la competenza esclusiva circa la sicurezza nazionale. L'Avvocato generale ribatte all'argomento di Polonia e Ungheria con osservazioni molto sintetiche. Si limita a mutuare le conclusioni della sentenza [Commissione c. Lussemburgo](#), sull'impiego della lingua nazionale nell'esercizio delle attività notarili come declinazione dell'identità nazionale. In quella circostanza la Corte aveva affermato che l'interesse perseguito dal Lussemburgo – e protetto attraverso l'art. 4, par. 2, TUE – poteva essere salvaguardato con mezzi diversi dall'esclusione dall'accesso alla professione notarile dei cittadini degli altri Stati membri (punto 124). Insomma, per l'Avvocato generale Ungheria e Polonia avrebbero potuto garantire il rispetto di ordine pubblico e sicurezza nazionale al netto della clausola identitaria e senza venire meno agli obblighi sulle ricollocazioni imposti dal diritto UE. Così facendo, però, l'Avvocato generale ha ommesso di indagare il punto nodale dell'argomento di Ungheria e Polonia, che è il peso specifico dell'ultima disposizione dell'art. 4, par. 2, TUE nella scelta di non conformarsi alla decisione (UE) 2015/1601.

Se è vero che la giurisprudenza su questo specifico aspetto dell'identità nazionale è alquanto scarna, ad oggi possono dirsi assodati il carattere autonomo dell'art. 4, par. 2, TUE e il fatto che dall'identità nazionale non discendono facoltà incondizionate per gli Stati membri. Fondamentalmente, **non sarebbe possibile scorgere nel testo dell'art. 4, par. 2, TUE la «costituzionalizzazione» a livello europeo della teoria dei controlimiti**, soprattutto se si tiene a mente la conclamata freddezza della

CGUE di fronte alle pretese di alcuni Stati membri in tal senso. Quando gli Stati membri hanno cercato di tutelare certe prerogative in forza della clausola identitaria, anche nella sua veste di identità costituzionale, la Corte solitamente si è comportata come se al suo cospetto vi fossero esigenze imperative e, per l'effetto, ha **applicato il test di proporzionalità**; in particolare, qualora si adi all'art. 4, par. 2, TUE, lo Stato non può sottrarsi all'obbligo di garantire **il massimo rispetto dell'art. 2 TUE** (Rossi, "Il principio di uguaglianza fra gli Stati membri nell'Unione europea", in, *Il futuro delle Organizzazioni internazionali – L'avenir des organisations internationales* (a cura di Vellano), Editoriale Scientifica, Napoli, 2015, p. 361 ss., pp. 393-394). Muovendo da questi presupposti, e preso atto della crescente «crisi di rigetto» di molti Stati membri di fronte a obblighi assunti nel contesto delle politiche migratorie UE, l'Avvocato generale avrebbe potuto argomentare in maniera più puntuale sulla specifica questione. Inoltre – e anche se ci si pone da un'angolatura esterna rispetto ai conni della clausola identitaria – il presente giudizio potrebbe essere l'occasione giusta per sancire la definitiva attenuazione della portata del richiamo alla sicurezza nazionale nell'art. 4, par. 2, TUE, da leggere comunque assieme ai predetti artt. 276 e 346 TFUE. Non a caso, l'enfasi posta sulla sicurezza nazionale alla fine dell'art. 4, par. 2, TUE è stata fortemente voluta dal Regno Unito durante i lavori preparatori del Trattato di Lisbona e andrebbe intesa più che altro come una «“operazione cosmetica” che non cambia in alcun modo le responsabilità degli stati membri quando agiscono nell'ambito di applicazione del diritto dell'Unione» (Di Federico, *L'identità nazionale degli Stati membri nel diritto dell'Unione europea: natura e portata dell'art. 4, par. 2, TUE*, Editoriale Scientifica, Napoli, 2017, p. 119).

Infine, meritano qualche riflessione le «postille» dell'opinione sui principi di leale cooperazione e solidarietà, che al termine

delle conclusioni vengono utilizzati, assieme alla *rule of law*, come rafforzativi per rigettare le pretese dei tre Stati sottoposti a procedura di infrazione.

Con riferimento al principio di leale cooperazione, contenuto nell'art. 4, par. 3, TUE, l'Avvocato generale ripropone il pensiero della Corte nella sentenza *Achmea* (su tutti, v. [Munari](#)), nel quale era stato suggellato lo stretto rapporto tra questo principio e i valori enunciati all'art. 2 TUE, che si realizza attraverso il canale della mutua fiducia tra Stati membri (sullo stato della mutua fiducia nell'ordinamento UE, cfr. [Pistoia](#)). È segnatamente sulla scorta di tale paradigma che ciascuno Stato membro deve potersi aspettare che gli altri Stati rispettino il diritto UE agendo in uno spirito di *due diligence*. Tra l'altro, come osservato in dottrina, anche la clausola identitaria dovrebbe intersecarsi con il principio di leale cooperazione, talvolta completandolo no a irrobustirne la portata (Casolari, "EU Loyalty After Lisbon: An Expectation Gap to be Filled?", in *The EU after Lisbon: Amending or Coping with the Existing Treaties?* (a cura di Rossi e Casolari), Springer, Cham, 2014, p. 93 ss., pp. 113-114). Si sottolinea che nel dispositivo proposto dall'Avvocato generale nella procedura di infrazione contro Polonia, Ungheria e Repubblica Ceca il principio di leale cooperazione viene espressamente individuato quale **parametro di legittimità** della condotta degli Stati, senza che peraltro la Commissione avesse presentato una simile richiesta; se la CGUE si conformasse alle conclusioni, la giustiziabilità dell'art. 4, par. 3, nei rapporti tra Stati troverebbe ulteriore conferma nella giurisprudenza.

I passaggi in cui l'Avvocato generale si pronuncia sul senso della solidarietà nell'economia della causa sono invece più elaborati. Questo forse anche perché la Polonia, nel perorare la sua tesi sull'applicabilità dell'art. 72 TFUE a vantaggio pressoché in-

condizionato degli Stati membri aveva dedotto che da ciò sarebbe stato possibile aggirare «appelli alla solidarietà»: di contro, la Polonia non accenna minimamente all'esistenza di «obblighi» di solidarietà. Invero, il tema degli obblighi di solidarietà si ripropone nuovamente, anche se in via indiretta, e comunque non negli stessi termini del giudizio di annullamento attivato da Ungheria e Slovacchia. Al di là dei molteplici richiami alla solidarietà nel corpo della decisione (UE) 2015/1601, si percepisce da tempo una tensione latente in seno alla giurisprudenza UE quando in campo vi è la solidarietà applicata alla politica di asilo. In dottrina sono state elaborate riflessioni interessanti ed esauritive su questo principio (ad esempio, [Marin e Rizza](#)) e non sembrano esserci particolari dubbi sulla natura di principio di solidarietà e sulla carica precettiva dell'art. 80 TFUE, che qualifica solidarietà ed equa ripartizione delle responsabilità tra Stati membri come principio di governo delle politiche migratorie UE. Eppure, la CGUE è solita assumere un atteggiamento abbastanza misurato al riguardo. Nei casi *Jafari* e *A.S.*, ad esempio, la CGUE non si è sentita di guardare al regolamento «Dublino III» sotto la lente di una solidarietà di diritto primario, nonostante le coraggiose conclusioni dello stesso Avvocato Sharpston. Nel procedimento di annullamento contro la decisione (UE) 2015/1601, l'[Avvocato generale Bot](#) ha ancorato la solidarietà all'alveo ai valori di base ed essenziali dell'Unione, dichiarando che, anche se di essa non vi è traccia nella prima frase dell'art. 2 TUE («sorprensamente», dice l'Avvocato Bot), nel preambolo della Carta dei diritti fondamentali si afferma che la solidarietà appartiene ai valori indivisibili e universali sui quali l'Unione è fondata. Invece, la CGUE nella sentenza del 2017 non si è spinta fino a questo punto; con l'elusione di un ragionamento conclusivo sulla relazione tra solidarietà e valori fondanti dell'Unione ha attirato su di sé **critiche per l'occasione persa** ([Labayle](#)). Ecco che allora nel giudizio di inadempimento l'Avvocato Sharpston tenta di rimettere mano

alla questione lasciata in sospeso. Lo fa a tratti in maniera singolare, citando sentenze lontane che riguardano schemi di distribuzione di quote tra Stati membri in ambiti ben diversi dall'asilo (ad esempio, nei settori dell'acciaio e dello zucchero) e che mettono l'accento sul dovere di solidarietà reciproca. L'Avvocato Sharpston non raggiunge la stessa soglia dell'Avvocato Bot, giacché si premura di chiamare in causa la seconda frase dell'art. 2 TUE, senza però «sconfinare» nella prima. Tuttavia, nelle conclusioni dell'Avvocato Sharpston (disponibili solo in inglese al momento in cui si scrive) si legge che la solidarietà «is the lifeblood of the European project». Può essere che con questa metafora si sottintenda il riferimento al «valore» della solidarietà che già citava Schuman nella omonima [dichiarazione](#); e, in effetti, in un certo senso l'Avvocato generale pare rinviare proprio all'art. 2, prima frase, TUE o al preambolo della Carta. Ma in fin dei conti non indica il principio di solidarietà come norma violata dai tre Stati, diversamente da quanto si è visto per l'art. 4, par. 3, TUE. È perciò auspicabile che in un futuro prossimo quella stessa espressione sia a sua volta interpretata come input decisivo per coprire «l'ultimo miglio».

La conferma dell'avvenuta violazione ad opera di Polonia, Ungheria e Repubblica Ceca nell'opinione dell'Avvocato Sharpston assomiglia al finale annunciato di una sorta di «giallo» che durava da tempo: è infatti probabile che anche la CGUE si pronuncerà allo stesso modo, di fatto costruendo un ponte tra giudizio di annullamento e procedura di infrazione in materia di ricollocazioni stabilite a tenore dell'art. 78, par. 3, TFUE. Fino a questo momento, comunque, restano alcuni **interrogativi di fondo sul reale margine di manovra degli Stati membri in seno all'ordinamento giuridico UE**, specialmente se si considera che l'atteggiamento degli Stati membri che si sono rifiutati di attuare (appieno) gli obblighi della decisione (UE)

2015/1601 non è certo un episodio isolato nel tempo e nello spazio: è risaputo che nei suoi due anni di vigenza il sistema di ricollocazioni predisposto dal Consiglio per fornire aiuto a Italia e Grecia non ha funzionato a causa della diffusa avversità di vari Stati Membri, non solo i «soliti sospetti» del blocco Vise-grád (maggiori dettagli [qui](#) e [qui](#)). L'armamentario giuridico dell'Unione fatica a contenere le tensioni socio-politiche che troppo spesso divengono il presupposto per indurre i governi nazionali a inventarsi scudi di fronte a obblighi UE poco graditi. Nell'attuale impossibilità di raggiungere una strategia politicamente condivisa che sia funzionale alla messa in atto di strumenti giuridicamente credibili nella dimensione interna delle politiche migratorie UE, a cominciare dalla politica di asilo, **solo gli organi giudiziari possono esercitare un ruolo determinante per assicurare che i Trattati siano attuati in maniera corretta**. In questo senso, il giudice interno può sicuramente fungere da primo baluardo, in qualità di depositario del potere/dovere di assicurare primato ed effetti diretti: un esempio calzante è dato dalla pronuncia con cui il *Tribunal Supremo* ha condannato il governo spagnolo a completare le ricollocazioni no al raggiungimento della quota assegnatagli dalla decisione (UE) 2015/1601 (v. [Pelacani](#)). Sennonché, al di fuori di pronunce che, per quanto importanti, non possono che sostanziarci in provvedimenti eventuali e a «macchia di leopardo», un chiarimento generale e definitivo sulla natura e la portata dei principi che regolano la convivenza tra Stati membri nell'Unione è quanto mai imprescindibile; ma questo auspicio può tradursi in prassi solo se la CGUE assumerà un approccio virtuoso alla prima occasione utile.

20 Novembre 2019

Forget me...or not? La Corte di giustizia torna sul diritto di farsi dimenticare. Prima lettura di due recenti pronunce sul «diritto all'oblio»

EDOARDO ROSSI (*)

Il 24 settembre 2019, con due sentenze emesse nei casi [C-136/17](#), *GC et al.* e [C-507/17](#), *Google LLC*, **la Corte di giustizia è tornata a pronunciarsi sul «diritto all'oblio»**, a oltre cinque anni di distanza dalla [sentenza](#) *Google Spain* del 13 maggio 2014 (C-131/12), con la quale, in buona sostanza, la Corte aveva stabilito che, in seguito a specifica richiesta di cancellazione da parte degli interessati, i gestori dei motori di ricerca sono obbligati a eliminare dall'elenco dei risultati di ricerca i *link* verso pagine *web*, pubblicate da terzi, contenenti informazioni sugli interessati, anche qualora tali informazioni non vengano o non possano essere cancellate dalle stesse pagine web (sul caso v. il contributo su *SIDIBlog* di [Natoli](#), oltre ai commenti, tra gli innumerevoli comparsi in dottrina, di [Lynskey](#), [Crowther](#), [Valvo](#), [Castellaneta](#), [Kranenborg](#), [Spiecker](#), [Stute](#)).

(*) Università di Urbino.

274 Interventi

Le due pronunce sono state anticipate dalle conclusioni dell'Avvocato generale Szpunar, pubblicate per entrambi i casi il 10 gennaio 2019 (v. [qui](#) e [qui](#)).

Alla base del primo dei due casi, C-136/17, si trovano i rifiuti di *Google LLC*, gestore dell'omonimo motore di ricerca, di cancellare alcuni *link* verso pagine *web* di terzi, i quali comparivano nell'elenco dei risultati a seguito di ricerche effettuate a partire dai nomi dei soggetti coinvolti.

I *link* oggetto di richiesta di cancellazione rimandavano a fotomontaggi satirici e ad articoli di giornale relativi a casi di cronaca nera, inchieste giudiziarie e condanne penali. Secondo l'art. 22 della [Direttiva 95/46/CE](#) (ora sostituita dal [Regolamento UE 679/2016](#)) i ricorrenti si rivolgevano all'autorità nazionale di controllo francese, la *Commission nationale de l'informatique et des libertés (CNIL)*, la quale, tuttavia, archiviava i casi, costringendo i ricorrenti a proporre ricorso davanti ai tribunali francesi. Questi ultimi decidevano di sollevare alcune questioni pregiudiziali incentrate essenzialmente sulla compatibilità dei rifiuti di cancellazione di *Google LLC* con il «diritto all'oblio» degli interessati.

Il principale elemento di novità di questo caso rispetto alla [sentenza](#) *Google Spain* riguarda le particolari categorie di dati personali contenuti nelle pagine *web* indicizzate da *Google*. Alla Corte è stato chiesto, innanzitutto, se le attività del gestore di un motore di ricerca, consistenti nell'individuare informazioni pubblicate sul *web* da terzi e nell'indicizzarle automaticamente secondo le preferenze degli utenti, costituiscano un «trattamento di dati personali», che viene definito dall'art. 2 lett. *b*, della Direttiva come «qualsiasi operazione o insieme di operazioni compiute con o senza l'ausilio di processi automatizzati e applicate a dati personali», e quindi se al gestore del motore di ri-

cerca vadano imposti i medesimi obblighi che spettano a qualunque «responsabile del trattamento». Questi, ai sensi dell'art. 2, lett. *d*, della Direttiva è «la persona fisica o giuridica, l'autorità pubblica, il servizio o qualsiasi altro organismo che, da solo o insieme ad altri, determina le finalità e gli strumenti del trattamento di dati personali» ed è tenuto a garantire che i dati personali siano trattati in conformità ai principi posti dall'art. 6 (trattamento leale e lecito, che persegua finalità determinate, esplicite e legittime, in maniera adeguata, pertinente e proporzionata; garanzia di esattezza e aggiornamento dei dati e di cancellazione o rettifica degli stessi qualora inesatti; conservazione dei dati per una durata congrua e proporzionata).

Se le attività del gestore di un motore di ricerca costituissero un «trattamento di dati personali», gli Stati membri dovrebbero vietare, come imposto dall'art. 8, par. 1, della Direttiva, tutti i trattamenti di dati sensibili (origine razziale o etnica, opinioni politiche, convinzioni religiose o filosofiche, appartenenza sindacale, stato di salute e vita sessuale), fatte salve le deroghe previste dal par. 2 dell'art. 8 (v. *infra*), mentre, per quanto concerne i dati relativi a infrazioni o condanne penali, essi avrebbero potuto essere trattati solo sotto il controllo dell'autorità pubblica, fornendo opportune garanzie specifiche (art. 8, par. 5, della Direttiva).

Al riguardo la Corte ha chiarito che le attività dei gestori dei motori di ricerca costituiscono «trattamenti di dati personali» e quindi ogni gestore di motore di ricerca deve rispettare le prescrizioni della Direttiva in quanto «responsabile del trattamento», ancorché «nell'ambito delle sue responsabilità, competenze e possibilità» (punti 37 e 43 della [sentenza](#)). Quest'ultima specificazione, già formulata nella [sentenza Google Spain](#), punti 38 e 83, si è resa necessaria in ragione delle specificità del trattamento effettuato dal gestore del motore di ricerca – ossia la

276 Interventi

sola indicizzazione dei risultati e non la pubblicazione dei contenuti – e tenendo conto, come ha osservato l’Avvocato generale al punto 44 delle [conclusioni](#), che gli odierni motori di ricerca non esistevano al momento dell’approvazione della Direttiva e, pertanto, le relative disposizioni sugli obblighi dei responsabili del trattamento non possono essere loro applicate in maniera letterale.

Dunque, pur imponendo la Corte ai gestori dei motori di ricerca i medesimi obblighi previsti per tutti gli altri responsabili del trattamento al fine di scongiurare gravi ingerenze nell’esercizio dei diritti garantiti dagli art. 7 e 8 della [Carta dei diritti fondamentali dell’Unione europea](#), essa ha riconosciuto che le peculiarità del trattamento effettuato dai gestori consentono di imporre loro soltanto l’obbligo di verifica *a posteriori*, sotto la vigilanza delle competenti autorità nazionali, in seguito a una espressa richiesta di cancellazione proveniente dall’interessato. Come notato anche dall’Avvocato generale, è infatti difficilmente ipotizzabile che un gestore di un motore di ricerca possa essere in grado di rimuovere automaticamente ed *ex ante* tutti i *link* alle pagine di terzi che contengano quelle particolari categorie di dati sensibili disciplinate dall’art. 8, par. 1 e 5 della Direttiva (v. punto 54 delle [conclusioni](#)).

Un ulteriore aspetto problematico affrontato dalla Corte nella [sentenza](#) C-136/17 riguarda le modalità con le quali deve essere effettuata la deindicizzazione da parte del gestore del motore di ricerca. La Corte ha stabilito che, in linea di principio, quando si tratta di categorie particolari di dati – come quelli dei par. 1 e 5 dell’art. 8 della Direttiva 95/46/CE – il diritto alla protezione dei dati personali e alla vita privata, tutelati rispettivamente dagli art. 7 e 8 della [Carta dei diritti fondamentali](#), **prevalgono sulla libertà di espressione** garantita dall’art. 11 della Carta stessa. Il gestore del motore di ricerca è quindi tenuto ad acco-

gliere le richieste di cancellazione dei dati, facendo tuttavia salve le deroghe previste dall'art. 8, par. 2, che comprendono: il consenso esplicito al trattamento da parte della persona interessata (lett. *a*); la necessità del trattamento per l'assolvimento di obblighi del responsabile del trattamento in materia di diritto del lavoro (lett. *b*) o per la salvaguardia di un interesse vitale dell'interessato o di un terzo (lett. *c*); l'esecuzione di trattamenti da parte un organismo, senza scopo di lucro, a carattere politico, filosofico, religioso o sindacale, riguardanti unicamente i dati dei membri o delle persone che abbiano contatti regolari con l'organismo a motivo del suo oggetto (lett. *d*); nonché i trattamenti riguardanti dati personali resi manifestamente pubblici dall'interessato o necessari per costituire, esercitare o difendere un diritto in sede giudiziaria (lett. *e*).

Tra queste, le due deroghe potenzialmente rilevanti sono quelle previste dalla lett. *a* (consenso dell'interessato) e dalla lett. *e* (dati resi manifestamente pubblici dall'interessato). Tuttavia, l'operatività della prima di tali deroghe – il consenso dell'interessato – sembra difficilmente ipotizzabile, stante la necessità che il consenso sia *specifico* (art. 2, lett. *b* della Direttiva e art. 4, par. 11, del Regolamento 679), dovendo cioè vertere specificamente sul trattamento effettuato dal motore di ricerca, consentendo l'inclusione nell'elenco dei risultati di ricerca (punto 62 della sentenza). Più frequenti, invece, sembrano i casi in cui i dati siano stati resi pubblici dall'interessato: in questo caso, tuttavia, pur ricorrendo la deroga *ex art.* 8, par. 2, lett. *e*, l'interessato mantiene comunque il diritto di opporsi al trattamento, che gli permetterebbe di ottenere la deindicizzazione (punti 63-65 della [sentenza](#)), «in qualsiasi momento per motivi preminenti e legittimi, derivanti dalla sua situazione particolare» (art. 14, par. 1, lett. *a*, della Direttiva).

Il principio secondo cui a prevalere sono gli art. 7 e 8 della [Car-](#)

[ta dei diritti fondamentali](#) deve comunque essere contemperato con il diritto degli utenti di accedere all'informazione (art. 8, par. 4, della Direttiva e art. 9, par. 3, lett. g del Regolamento). La Corte ha infatti imposto al gestore, pur riconoscendo in via generale la prevalenza della tutela della riservatezza, **l'obbligo di trovare un equilibrio con la libertà di informazione degli utenti**, tenendo conto degli elementi pertinenti della fattispecie.

In altri termini, il gestore dovrà comunque verificare se l'inserimento dei *link* tra i risultati della ricerca si presenta come *strettamente necessario* per proteggere la libertà di informazione degli utenti di Internet potenzialmente interessati ad accedere alle informazioni, valutando la natura dell'informazione, la gravità dell'ingerenza nella vita privata (anche in ragione del carattere sensibile dei dati) e l'interesse pubblico a disporre dell'informazione, il quale potrebbe cambiare a seconda del ruolo rivestito dal titolare dei dati nella vita pubblica (v. [Van Calster](#)).

La Corte, così, pur senza richiamarle espressamente e senza utilizzare le medesime argomentazioni, sembra aver recepito il senso delle indicazioni dell'Avvocato generale (punti 86 e 92 delle conclusioni), il quale aveva dichiarato di non trovarsi d'accordo con la posizione emersa nella [sentenza Google Spain](#) (punto 85). In essa, i giudici di Lussemburgo avevano ritenuto irrilevante l'art. 9 della Direttiva – che concerne possibili esenzioni o deroghe per i trattamenti effettuati a scopi giornalistici – in quanto l'attività di un motore di ricerca non avrebbe carattere giornalistico o di informazione. Nella sentenza *Google Spain* (punto 97), la Corte si era limitata a ritenere potenzialmente giustificabili le ingerenze nella vita privata di soggetti con un particolare ruolo nella vita pubblica, prevedendo solo in tale ipotesi un possibile bilanciamento con l'interesse del pubblico all'accesso alle informazioni. Diversamente, l'Avvocato

generale ha ritenuto l'attività del motore di ricerca, qualora finalizzata a individuare pagine *web* con contenuti di informazione, equiparabile all'attività giornalistica e, dunque, manifestazione della libertà di espressione protetta dall'art. 11 della [Carta dei diritti fondamentali](#).

Nella parte finale della pronuncia C-136/17, la Corte si è concentrata specificamente sulle modalità di deindicizzazione dei «dati relativi a infrazioni o condanne penali» (art. 8, par. 5), chiarendo che le informazioni sull'apertura di inchieste giudiziarie o su indagini penali vanno ricomprese nel campo di applicazione della norma, a prescindere dall'esistenza di una condanna. Tali informazioni devono quindi essere trattate, come previsto dall'art. 8, par. 5, sotto il controllo dell'autorità pubblica e con specifiche garanzie, anche nell'ambito del trattamento effettuato dal gestore del motore di ricerca e anche nel caso in cui la commissione del reato non sia stata dimostrata (punti 72-73 della [sentenza](#) e punto 100 delle [conclusioni](#)).

Anche in questo caso, tuttavia, il gestore del motore di ricerca, prima di procedere alla deindicizzazione, deve verificare se l'inserimento dei *link* tra i risultati sia necessario per l'esercizio della libertà di informazione. Al riguardo, particolarmente rilevante appare quanto affermato dalla Corte, sebbene in maniera forse eccessivamente sbrigativa, al punto 78 della sentenza. Essa ha stabilito che, anche se il gestore decidesse di mantenere il *link* ritenendo prevalente l'interesse pubblico a disporre dell'informazione, esso deve riorganizzare l'elenco dei risultati in modo da fornire all'utente un'immagine complessiva che risponda alla situazione giudiziaria attuale. Devono quindi comparire prima le informazioni più recenti, in modo tale da non falsare la percezione degli utenti dei motori di ricerca. Si tratta, in altri termini, di un nuovo obbligo imposto ai gestori dei motori di ricerca, i quali non potranno evitare di conformarvisi e

280 Interventi

di tenerne conto al fine di adeguarsi alle statuizioni della Corte di giustizia (cfr. [Soro](#)).

Nel secondo dei due casi, C-507/17 (sul quale v. [Gstrein](#) e [Pollicino](#)), la Corte è stata chiamata a precisare **la portata territoriale dell'obbligo di cancellazione**, chiarendo se la deindicizzazione da parte dei gestori di motori di ricerca operi solo al livello nazionale o europeo, oppure se si estenda a livello globale.

Le questioni pregiudiziali esaminate dalla Corte sono state sollevate nell'ambito di un procedimento giudiziario che ha visto contrapposti *Google LLC* e la *CNIL*, dopo che quest'ultima aveva irrogato a *Google LLC* una sanzione per non essersi conformata pienamente all'intimazione di cancellare da tutte le estensioni del nome di dominio del motore di ricerca alcuni *link* che comparivano nell'elenco dei risultati ottenuto in seguito alla ricerca effettuata a partire dal nome di una persona fisica.

In particolare, *Google LLC* si era limitata a cancellare i *link* soltanto dai risultati ottenuti sulle versioni del motore di ricerca con domini corrispondenti agli Stati membri dell'Unione. A questo riguardo, un aspetto particolarmente problematico è costituito dal fatto che anche se *Google* tende a reindirizzare gli utenti verso le versioni nazionali del motore di ricerca corrispondente all'indirizzo IP dell'utente in realtà tutte le versioni sono accessibili da qualunque Stato membro.

Su questo profilo si innestano le contestazioni di *Google LLC* che nella cancellazione globale, senza limitazioni geografiche ai soli Stati membri dell'Unione, ha individuato «un danno sproporzionato alle libertà d'espressione, d'informazione, di comunicazione e di stampa, garantite, in particolare, dall'art. 11 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea» (punto 27

delle [conclusioni](#) dell'Avvocato generale).

Con la prima delle tre questioni pregiudiziali, i giudici francesi hanno richiesto alla Corte di chiarire se il diritto all'oblio debba estendersi a tutti gli Stati dai quali può essere effettuata la ricerca (e dunque anche al di fuori dello spazio giuridico dell'Unione).

Con la seconda questione, invece, è stato richiesto di chiarire se dall'accoglimento di una domanda di cancellazione discenda l'obbligo di cancellazione a carico del gestore del motore di ricerca soltanto per la versione corrispondente allo Stato membro nel quale è stata effettuata la domanda di cancellazione oppure se esso si estenda anche alle versioni nazionali di tutti gli Stati membri.

Inoltre, con la terza questione, i giudici hanno richiesto chiarimenti sull'obbligo per il gestore di utilizzare il «blocco geografico» per impedire che da un indirizzo IP localizzato nello Stato di residenza dell'interessato vengano visualizzati i *link* controversi oppure, in aggiunta, se l'obbligo di blocco geografico debba estendersi a tutti gli Stati membri, indipendentemente dal nome di dominio utilizzato dall'utente che effettua la ricerca.

La Corte, trattando congiuntamente le tre questioni, ha preliminarmente osservato che il diritto alla protezione dei dati personali non si pone in termini assoluti, ma deve essere temperato, nel rispetto del principio di proporzionalità, con altri diritti fondamentali, e in particolar modo con la libertà di accesso alle informazioni (punto 60 della [sentenza](#)).

Tale bilanciamento è stato operato dal legislatore dell'Unione in relazione ai dati sensibili (v. *supra*), ma non per quanto con-

282 Interventi

cerne la portata territoriale della deindicizzazione al di fuori dell'Unione. Questa circostanza non esclude che negli ordinamenti di Stati terzi vengano trovati punti di equilibrio diversi rispetto ai parametri europei nel contemperamento tra tutela dei dati personali e accesso alle informazioni.

Contrariamente a quanto sembrava emergere dalle [Guidelines](#) del 26 novembre 2014 del Gruppo *ex art. 29* per l'esecuzione della sentenza *Google Spain*, le quali avevano previsto che «in any case de-listing should also be effective on all relevant domains, including .com» (v. punto 7 delle [Guidelines](#)), secondo la Corte anche dal tenore letterale delle disposizioni sul diritto all'oblio (articoli 12, lett. *b*, e 14, par. 1, lett. *a*, della Direttiva ed ora art. 17 del Regolamento) non si può ricavare la volontà del legislatore di estendere la portata della deindicizzazione anche alle versioni del motore di ricerca diverse da quelle corrispondenti agli Stati membri (punti 64-65 della [sentenza](#)).

Ciò posto, circoscrivere la portata della deindicizzazione al solo territorio dello Stato membro di residenza dell'interessato è, ad avviso della Corte, parimenti illegittimo, alla luce della volontà del legislatore dell'Unione di garantire un livello coerente di tutela dei dati personali in tutti gli Stati membri, manifestata attraverso la sostituzione della Direttiva 95/46/CE con il Regolamento UE 679/2016, direttamente applicabile in modo uniforme negli ordinamenti degli Stati membri (punto 66 della [sentenza](#)).

La Corte, come suggerito dall'Avvocato generale ai punti 59 e 60 delle conclusioni, **ha così messo l'accento sul collegamento territoriale che devono presentare i diritti fondamentali della [Carta](#) con il diritto dell'Unione**, non limitando la portata dell'obbligo di cancellazione dei link a un solo ordinamento nazionale, ma circoscrivendolo allo spazio giuridico

dell'Unione (così [Pollicino](#), p. 2). Diversamente, l'Unione avrebbe impedito a soggetti che si trovano in un Paese terzo di accedere alle informazioni, legittimando, per contro, anche i Paesi terzi a impedire ai soggetti che si trovano nell'Unione l'accesso alle informazioni.

Tale orientamento dei giudici di Lussemburgo è stato tuttavia oggetto di critiche (v. [Gstrein](#)) sotto il profilo dell'*enforcement* dei diritti dei cittadini europei. In particolare, la mancanza di attribuzione alle autorità garanti nazionali di strumenti relativi alla deindicizzazione al di fuori dell'UE, specificata espressamente al punto 63 della sentenza, sembrerebbe contrastare con le aspettative di applicabilità universale del regime europeo create dall'art. 3 del nuovo Regolamento 679/UE, che ne prevede, al par. 1, l'applicabilità «al trattamento dei dati personali effettuato nell'ambito delle attività di uno stabilimento da parte di un titolare del trattamento o di un responsabile del trattamento nell'Unione, *indipendentemente dal fatto che il trattamento sia effettuato o meno nell'Unione*» (cors. agg.) e, al par. 2, «al trattamento dei dati personali di interessati che si trovano nell'Unione, effettuato da un titolare del trattamento o da un responsabile del trattamento *che non è stabilito nell'Unione*, quando le attività di trattamento riguardano: a) l'offerta di beni o la prestazione di servizi ai suddetti interessati nell'Unione, indipendentemente dall'obbligatorietà di un pagamento dell'interessato; oppure b) il monitoraggio del loro comportamento nella misura in cui tale comportamento ha luogo all'interno dell'Unione» (cors. agg.).

La posizione assunta dai giudici dalla Corte sembrerebbe, inoltre, essere stata smentita, almeno in apparenza, dalla [sentenza *Glawischnig-Piesczek*](#) (sulla quale v. [Monti](#), [Pollicino](#) e [Castellaneta](#)), emessa dalla Corte stessa solo pochi giorni dopo la [sentenza C-507/17](#). In tale ulteriore caso, i giudici di Lussemburgo

284 Interventi

hanno stabilito che l'ordine rivolto dalle autorità competenti al noto gestore di *social network* relativo alla rimozione di espressioni diffamatorie pubblicate da un utente su un *social network* può avere anche una portata globale, imponendo la rimozione da qualsiasi estensione del *social network* in tutto il mondo e non solo nel territorio europeo, anche in riferimento a informazioni con un contenuto equivalente ad altre già precedentemente dichiarate illecite.

In realtà, la pronuncia è coerente con l'impostazione della [sentenza](#) C-507/17, poiché anche nel caso *Glawischnig-Piesczek* la Corte ha incentrato il proprio convincimento sul tenore letterale delle disposizioni del diritto dell'Unione e in particolare dell'art. 18 della Direttiva sul commercio elettronico ([Direttiva 2000/31/CE](#)), il quale disciplina i meccanismi di ricorso giurisdizionale a disposizione degli interessati nel caso di violazioni poste in essere, tra gli altri, dai prestatori di servizi di *hosting* (art. 14 della [Direttiva 2000/31/CE](#)).

L'art. 18, nello specifico, riconosce agli Stati poteri discrezionali particolarmente ampi, al fine di «prendere rapidamente provvedimenti, anche provvisori, atti a porre fine alle violazioni», senza porre alcun limite alla portata territoriale di tali provvedimenti. Nulla, dunque, consente di desumere, in questo caso, che gli effetti territoriali dell'ordine di rimozione siano circoscritti geograficamente ai soli Stati membri (v. punto 49 della [sentenza](#), sul quale sembra d'accordo [Castellaneta](#)).

In questo quadro, resta ferma la possibilità per le autorità nazionali di operare il bilanciamento tra protezione dei dati e libertà di accesso alle informazioni – in riferimento alle fattispecie concrete e alle specificità nazionali e nel rispetto dei limiti fissati dal diritto dell'Unione – in materia giornalistica e di espressione letteraria (art. 9 della Direttiva e ora art. 85 del Re-

golamento), conciliando adeguatamente il diritto alla vita privata e alla protezione dei dati personali con l'interesse del pubblico a essere informato, eventualmente anche attraverso l'imposizione ai gestori dei motori di ricerca di misure che permettano di impedire agli utenti l'accesso ai *link* contestati.

Tra queste rientra anche il «**blocco geografico**», che ha assunto rinnovata utilità al fine di garantire che la deindicizzazione sia efficace e completa, nonostante il [Regolamento UE 2018/302](#) – che ne ha vietato l'impiego finalizzato a impedire l'accesso a tutte le versioni nazionali di siti Internet a prescindere dalla collocazione geografica dell'IP in un determinato Stato membro, dalla nazionalità, dal luogo di residenza o stabilimento degli utenti – ne abbia recentemente ridimensionato l'utilizzabilità.

Dall'analisi dei due casi sembra poter essere dedotto, posta l'assenza di statuizioni specifiche nella [sentenza Google Spain](#), un **ridimensionamento da parte della Corte della netta prevalenza del diritto alla tutela dei dati personali sulla libertà di accesso alle informazioni**, che invece era emersa chiaramente nella [sentenza Google Spain](#). La Corte ha infatti rimarcato la necessità di un corretto bilanciamento tra riservatezza e informazione, proprio come aveva sottolineato l'Avvocato generale Jääskinen nelle sue [conclusioni](#) nel caso *Google Spain*, con le quali, al punto 133, aveva ammonito la Corte sui rischi legati al sacrificio della libertà di informazione dovuti all'affermazione del diritto all'oblio in maniera assoluta, senza adeguato bilanciamento.

Tale approccio della Corte ha suscitato tuttavia alcune critiche (tra cui quella del Garante italiano della privacy, Antonello Soro, v. [qui](#) e [qui](#)), che ne hanno contestato l'impatto sulla piena effettività del diritto all'oblio, con specifico riguardo per le bar-

286 Interventi

riere territoriali, che sono state ritenute «anacronistiche», sostenendo la necessità di una «garanzia universale» del diritto all'oblio, in virtù del carattere sempre più interconnesso della società digitale.

Sembra comunque scontato doversi rassegnare a ulteriori interventi della Corte di giustizia diretti a chiarire quelle zone d'ombra che nemmeno il Regolamento UE 679/2016 sembra avere illuminato. L'art. 17 del Regolamento si è infatti proposto di raggiungere il punto di equilibrio tra diritto alla protezione dei dati e il contrapposto diritto dei cittadini a essere informati, consacrando legislativamente il diritto all'oblio dell'interessato quale «diritto di ottenere dal titolare del trattamento la cancellazione dei dati personali che lo riguardano senza ingiustificato ritardo» nelle ipotesi previste dal primo paragrafo (dati personali non più necessari rispetto alle finalità per le quali sono stati raccolti o trattati; revoca del consenso o opposizione al trattamento da parte dell'interessato; trattamento illecito dei dati; adempimento di un obbligo previsto dal diritto dell'Unione o statale). Esso ha tuttavia previsto l'inapplicabilità di tale paragrafo nella misura in cui il trattamento sia necessario «per l'esercizio del diritto alla libertà di espressione e di informazione» (par. 3, lett. *a*), senza però precisare con chiarezza gli strumenti e i meccanismi che devono essere concretamente utilizzati al fine di attuare correttamente il bilanciamento (v. [Soro](#)).

Ai titolari del trattamento che devono stabilire quando accogliere le richieste di deindicizzazione degli interessati, così come alle autorità nazionali di controllo che devono stabilire se ordinare o meno ai titolari la deindicizzazione, sembra, insomma, essere stato lasciato, anche nella scelta concreta delle misure tecniche da adottare, un **eccessivo margine di discrezionalità nelle valutazioni sul bilanciamento delle esigenze in gioco** e, conseguentemente, sulla congruità della deindicizzazione.

È dunque opportuno che la Corte ne delimiti con più cura l'ambito di azione.

25 Novembre 2019

Revoca delle condizioni materiali di accoglienza e minori richiedenti protezione: l'orientamento della Corte di giustizia nel caso *Haqbin*

MAURA MARCHEGIANI (*)

1. Nella recente sentenza *Haqbin*, la Corte di giustizia (GS) si è pronunciata per la prima volta sulla portata dell'art. 20, par. 4, della [Direttiva accoglienza](#), relativo al **potere degli Stati membri di adottare sanzioni nei confronti di richiedenti protezione internazionale** che si siano resi responsabili di «gravi violazioni delle regole del centro di accoglienza» presso cui si trovano.

Il rinvio pregiudiziale ha avuto origine da una controversia tra Zubair Haqbin, di cittadinanza afgana, richiedente protezione internazionale in Belgio in qualità di minore non accompagnato e la [Fedasil](#), vale a dire l'agenzia federale belga per l'accoglienza dei richiedenti asilo. A seguito di reiterati comportamenti aggressivi e particolarmente violenti posti in essere da Haqbin nel centro di accoglienza in cui era stato collocato, le autorità belghe hanno adottato nei suoi confronti una sanzione disciplinare, implicante l'esclusione temporanea del minore dal centro di

(*) Università per Stranieri di Perugia.

accoglienza e da tutti i servizi ad esso associati e la cessazione dell'assistenza medica, sociale e psicologica. Avverso tali provvedimenti, il tutore di Haqbin ha proposto ricorso al fine di ottenere la sospensione del provvedimento di esclusione e il risarcimento del danno subito, sostenendo che, durante il periodo di esclusione temporanea dal centro di accoglienza, la Fedasil avrebbe comunque dovuto assicurare accoglienza e garantire il rispetto della dignità umana del richiedente, costretto a trascorrere le notti in un parco o a trovare riparo presso conoscenti, no al successivo inserimento in un altro centro di accoglienza. A fronte del respingimento delle istanze per assenza di estrema urgenza e per mancata evidenza del danno subito, il tutore ha proposto appello e il giudice del rinvio ha sollevato dinnanzi alla Corte tre questioni pregiudiziali inerenti al problema della **compatibilità dell'applicazione del regime di restrizione o revoca del beneficio delle condizioni materiali di accoglienza con la tutela dei diritti fondamentali dei richiedenti protezione internazionale**, in considerazione soprattutto della condizione di particolare vulnerabilità del richiedente nel caso di specie, in quanto minore non accompagnato. Più in generale, il problema di fondo, che evoca peraltro, seppur in un diverso contesto, la giurisprudenza in tema di cause di revoca e diniego dello *status* di rifugiato (in proposito *B.D.*, *H.T.*, *Lounani* e, più recentemente, *M.X.X.*) risiede essenzialmente nella ricerca di un **equilibrio delicato** per comporre e contenere la tensione costante **tra l'esigenza di assicurare il rispetto delle norme preordinate, nello Stato di accoglienza, a preservare sicurezza e ordine pubblico**, esigenza peraltro intimamente connessa con la natura umanitaria e pacifica del concetto di asilo, e **la necessità di garantire in ogni circostanza il rispetto dei diritti fondamentali dei richiedenti protezione** (UNHCR, *Note on the Exclusion Clauses*).

2. Le questioni pregiudiziali di validità e di interpretazione ave-

290 Interventi

vano ad oggetto proli controversi relativi alla natura, al regime e ai limiti delle sanzioni applicabili ai richiedenti protezione ai sensi dell'art. 20, par. 4, della **Direttiva accoglienza**. In particolare, si chiedeva alla Corte di stabilire se tali sanzioni potessero comprendere anche la revoca o la riduzione delle condizioni materiali di accoglienza o se una simile misura fosse da considerarsi tassativamente circoscritta alle ipotesi previste dai paragrafi da 1 a 3 del medesimo art. 20, che in effetti racchiude in un unico capo fattispecie molto diverse tra loro.

Una decisione statale che limiti le «condizioni materiali di accoglienza», espressione definita dalla Direttiva in termini piuttosto ampi (art. 2, lettere f) e g)), è evidentemente destinata ad incidere profondamente sulla sfera individuale del richiedente, che generalmente si trova in una situazione di totale dipendenza dall'aiuto dello Stato di accoglienza (cfr. [conclusioni dell'Avvocato generale](#), punto 60 ss.). Questo contribuisce a spiegare il rigore della formulazione dell'art. 20, che circoscrive il potere di disporre una simile limitazione al ricorrere di due ipotesi soltanto: l'esistenza di un abuso di diritto da parte del richiedente che si sottragga agli obblighi inerenti all'esame della sua domanda di protezione internazionale o che reiteri una domanda al solo scopo di beneficiare delle condizioni di accoglienza (art. 20, par. 1, e l'indebito occultamento di risorse finanziarie proprie, con cui il richiedente sarebbe in realtà in grado di provvedere alle proprie esigenze (art. 20, par. 3). Il paragrafo 4 disciplina invece una diversa fattispecie, relativa al compimento di gravi violazioni delle regole del centro di accoglienza o di comportamenti gravemente violenti ad opera del richiedente, circostanza che legittima gli Stati a «prevedere sanzioni applicabili», senza tuttavia specificare il tenore e il contenuto di simili sanzioni.

La Corte fornisce un'interpretazione ampia dell'art. 20 com-

più plessivamente considerato, che la porta ad escludere che le ipotesi previste nei paragrafi da 1 a 3 dell'art. 20 rappresentino un elenco tassativo, ammettendo, in linea di principio, che la revoca delle condizioni materiali di accoglienza possa essere disposta anche a titolo di misura sanzionatoria ai sensi dell'art. 20, par. 4. L'implicito riconoscimento, in capo agli Stati, di un certo margine di discrezionalità nell'individuazione e nella determinazione delle misure sanzionatorie deriverebbe infatti, secondo la Corte, essenzialmente dall'assenza, nella Direttiva accoglienza, di una precisa definizione della nozione di «sanzione» e di ulteriori specificazioni sul contenuto e sui limiti delle misure adottabili ai sensi dell'art. 20, par. 4 (punti 41-43). Contestualmente, tuttavia, la Corte subordina l'esercizio di una simile discrezionalità da parte degli Stati al rispetto di una serie di condizioni procedurali e sostanziali particolarmente rigorose, che finiscono di fatto per escludere la legittimità di una misura di revoca nel caso di specie, in considerazione delle caratteristiche della vicenda e della condizione di vulnerabilità del richiedente, in quanto minore non accompagnato (punti 47-52).

La soluzione accolta dalla Corte di giustizia è il risultato di un delicato bilanciamento tra due posizioni pressoché antitetiche: da un lato, infatti, alcuni Governi intervenienti avevano proposto un'interpretazione dell'art. 20, par. 4, in chiave «punitiva». In particolare, il governo olandese, sostenuto dalla Commissione e dal Belgio, riteneva che, diversamente dai paragrafi da 1 a 3 dell'art. 20, relativi all'esistenza di legame diretto tra il comportamento del richiedente e condizioni materiali di accoglienza, il paragrafo 4 riguarderebbe l'ipotesi di condotte talmente gravi ad opera del richiedente da legittimare una limitazione dal beneficio delle condizioni materiali di accoglienza come forma di reazione dello Stato ospitante al pregiudizio causato dal richiedente. Una chiave di lettura sensibilmente diversa

emergeva invece dall'interpretazione fornita dal [Comitato di contatto](#) della Commissione e condivisa dall'[UNHCR](#), secondo cui l'elenco delle ragioni previste dall'art. 20, paragrafi da 1 a 3 della Direttiva accoglienza, che giustificano la riduzione o la revoca delle condizioni materiali di accoglienza, avrebbe carattere tassativo, mentre l'art. 20, par. 4, si riferirebbe a sanzioni di tipo diverso.

La Corte, dal canto suo, pur ammettendo l'eventualità che le misure sanzionatorie adottate ai sensi dell'art. 20, par. 4, si traducano in una revoca o riduzione delle condizioni materiali di accoglienza, ha asserito in termini molto netti come il margine di discrezionalità di cui godono gli Stati debba essere esercitato entro limiti rigorosi e con estrema cautela, al fine di escludere qualsivoglia indebita compressione dei diritti fondamentali dei richiedenti, incompatibile con lo spirito della Direttiva nel suo complesso e, in generale, con il sistema di valori su cui si fonda l'Unione europea.

3. La Corte ha dunque riconosciuto in capo agli Stati il potere di disporre la revoca delle condizioni materiali di accoglienza a titolo di misura sanzionatoria ai sensi dell'art. 20, par. 4, individuando contestualmente una serie di condizioni molto stringenti, che derivano sia dalla Direttiva accoglienza (art. 20, par. 5-6 e 23), che dalla Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea (art. 1 e 24), che di fatto finiscono con il limitare considerevolmente il margine di discrezionalità degli Stati. L'art. 20, par. 5, prevede il rispetto di precisi requisiti formali e sostanziali: le misure devono essere motivate e proporzionate e adottate al termine di un apprezzamento individuale, condotto caso per caso «in modo obiettivo e imparziale», in considerazione della «particolare situazione della persona interessata» e delle specifiche esigenze delle persone vulnerabili, garantendo in ogni circostanza «un tenore di vita dignitoso per tutti i ri-

chiedenti». Il rigore del tenore della disposizione in oggetto trova conferma nell'esame dei lavori preparatori della Direttiva, da cui emerge l'obiettivo strategico di garantire una più accurata considerazione della condizione di vulnerabilità dei richiedenti rispetto al regime precedente ([Comunicato stampa](#) della Commissione, 1 giugno 2011). L'esame della prassi sulla limitazione delle condizioni di accoglienza in base al regime precedente aveva in effetti evidenziato il rischio di una revoca sistematica delle condizioni materiali di accoglienza, a prescindere da un esame individualizzato, con grave pregiudizio nei confronti dei richiedenti più vulnerabili (in particolare, House of Lords, 3 novembre 2005, *R(Q) v Secretary of State for the Home Department*, par. 8, che ha censurato la politica britannica di revoca automatica nei confronti di richiedenti asilo "tardivi"). La Commissione ha infine optato per una soluzione di compromesso: il potere di revoca è stato mantenuto, ma è stato contenuto attraverso una scrupolosa delimitazione del margine di apprezzamento in capo agli Stati, tenuti a garantire un'adeguata tutela dei diritti fondamentali dei richiedenti, del loro diritto alla vita e al rispetto della dignità umana ([Proposal](#), 3 dicembre 2008, SEC (2008) 2944, in particolare p. 15 e p. 45), attraverso un'indagine condotta caso per caso, in considerazione della gravità del fatto commesso, dell'età del richiedente, della sua situazione delle esigenze particolari, (per una pronuncia recente, Conseil d'Etat, *Cimade et al.*; in argomento, [Auriel](#)). La Corte ha in proposito precisato come il pieno rispetto della dignità umana, così come sancito dall'art. 1 della Carta dei diritti fondamentali, implichi il dovere, per lo Stato, di evitare che l'interessato si trovi in una situazione di estrema deprivazione materiale, tale da non consentirgli di far fronte ai suoi bisogni più elementari, quali nutrirsi, lavarsi e disporre di un alloggio e che pregiudichi quindi la sua salute sica o psichica o che lo ponga in uno stato di degrado incompatibile con tale nozione stessa di dignità (punto 46; in proposito anche senten-

za *Jawo*, punto 92).

Il principio della cd. continuità della presa in carico, espressamente previsto dall'art. 20, par. 6, della Direttiva osterebbe, secondo la Corte di giustizia, «a che un richiedente asilo venga privato, anche solo per un periodo temporaneo, dopo la presentazione di una domanda di asilo, della protezione conferita dalle norme minime» della Direttiva (sentenza *Saciri*, punto 35. Si confronti in proposito anche CEDU, *Budina c. Russia*; *Winterstein c. Francia*; *M.S.S. c. Belgio e Grecia*, par. da 252 a 263). A maggior ragione, nell'ipotesi in cui l'adozione di una misura sanzionatoria ai sensi dell'art. 20, par. 4, riguardi un minore straniero non accompagnato, grava sugli Stati membri l'obbligo di prendere nella dovuta considerazione l'interesse superiore del minore, che costituisce un criterio fondamentale nell'attuazione delle disposizioni della Direttiva, al fine di assicurare che le misure adottate tengano debitamente conto del benessere e dello sviluppo psicofisico del minore, della sua incolumità e sicurezza e che non privino il minore delle garanzie connesse alla tutela dei suoi interessi e al soddisfacimento delle sue esigenze peculiari, come peraltro espressamente previsto dall'art. 23 della Direttiva accoglienza e dall'art. 24 della Carta dei diritti fondamentali (sentenza *Haqbin*, punto 54).

È costante, nell'orientamento della Corte, il richiamo al principio del superiore interesse del minore che, oltre ad essere espressamente previsto dalla Carta dei diritti fondamentali (art. 24), è stato progressivamente inserito in molteplici atti di diritto derivato adottati nell'ambito del sistema europeo comune di asilo proprio a seguito dell'impulso impresso dalla giurisprudenza in materia (si confronti in proposito *M.A. et al.*, punti 55-60, che ha contribuito all'introduzione di importanti emendamenti e di riferimenti espliciti al principio del superiore interesse del minore nelle successive revisioni del regolamento di

Dublino).

4. Per valutare la conformità all'ordinamento dell'UE della revoca delle condizioni materiali di accoglienza nel caso di specie, la Corte ha compiuto un apprezzamento della situazione nello specifico, operando un bilanciamento tra il riconoscimento del potere degli Stati di adottare una simile misura sanzionatoria ai sensi dell'art. 20, par. 4, e la condizione di vulnerabilità del richiedente, determinata dalla sua minore età all'epoca dei fatti.

Il concetto di vulnerabilità è caratterizzato da un certo grado di indeterminatezza, che riguarda tanto la sua esatta definizione, quanto gli effetti che derivano dalla sua applicazione (in argomento [Ippolito e Iglesias-Sanchez](#)). Ciononostante, il ricorso a questa nozione è sempre più frequente sia nella giurisprudenza della Corte, sia nelle norme che compongono il sistema europeo comune di asilo, che ha peraltro adottato una nozione «selettiva» ed «individualizzata» di vulnerabilità, che non si estenderebbe alla generalità dei richiedenti asilo in quanto tali, ma riguarderebbe solo alcune particolari categorie di essi, in ragione dell'esistenza di precise caratteristiche intrinseche o estrinseche, da verificare attraverso un'analisi condotta caso per caso. Ad un simile approccio sembrerebbe contrapporsi l'orientamento adottato dalla Corte EDU nella sentenza *M.S.S. c. Belgio e Grecia*, in cui la Corte europea tende invece ad accogliere una nozione di vulnerabilità estesa alla generalità del gruppo in quanto tale e diventa una condizione personale attraverso la generica appartenenza del richiedente alla categoria, ancorché dalla giurisprudenza più recente emerga un tendenziale ridimensionamento di questa posizione (in questo senso [Kblaifia, Ilias e Ahmed](#)).

Nel caso *Haqbin*, la qualificazione del richiedente come particolarmente vulnerabile in considerazione del cumulo, nella

specifica situazione, della minore età del richiedente con la condizione di minore non accompagnato, ha determinato la compressione del margine di discrezionalità di cui avrebbe altrimenti goduto lo Stato e ha contestualmente imposto uno standard di tutela specialmente elevato, il cui contenuto specifico va apprezzato alla luce del principio del superiore interesse del minore.

In questa prospettiva, la Corte di giustizia ha accolto una **ricostruzione del regime applicabile alla revoca delle condizioni materiali di accoglienza a titolo di misura sanzionatoria ai sensi dell'art. 20, par. 4, che potrebbe definirsi «a cerchi concentrici»**: l'applicazione del regime generale sarebbe in tal senso subordinata ad un'ulteriore livello di analisi, volta a verificare l'esistenza di specifiche esigenze o circostanze, che tengano conto dell'eventuale condizione di vulnerabilità del richiedente. Qualora infine la condizione di vulnerabilità dipenda dalla minore età, il parametro di riferimento ultimo è rappresentato dal principio del superiore interesse del minore.

In questa prospettiva, la sentenza *Haqbin* contribuisce a definire le **interconnessioni tra il concetto di vulnerabilità e il principio del superiore interesse del minore**, come nozioni tendenzialmente convergenti e preordinate a favorire un approccio sistemico, coerente e flessibile nella valutazione di ogni singolo caso concreto (in argomento, sia consentito il rinvio a Marchegiani, *The Best Interests Principle's Impact on Decisions Concerning Asylum-Seeking and Refugee Children*, in [Bergamini e Ragni](#), *Fundamental Rights and Best Interests of the Child in Transnational Families*, Intersentia, Cambridge, 2019, p. 29 ss.).

5. Nel circoscrivere scrupolosamente le ipotesi in cui uno Stato può procedere alla revoca delle condizioni materiali di acco-

glienza a titolo di sanzione ai sensi dell'art. 20, par. 4, pur riconoscendo in termini generali un simile potere in capo agli Stati, la sentenza *Haqbin* induce a due ulteriori ordini di considerazioni di carattere generale.

La posizione assunta dalla Corte solleva infatti **dubbi** consistenti **circa l'effettiva conformità al diritto dell'UE delle modifiche recentemente introdotte all'interno dell'ordinamento italiano con l'adozione del pacchetto di misure in tema di «immigrazione e sicurezza pubblica»** ([decreto sicurezza](#), successivamente convertito in legge dal Parlamento nel dicembre 2018), che si ispira ad un approccio prettamente punitivo, come emerge in particolare da una serie di disposizioni che riguardano l'estensione della lista dei reati che possono determinare la negazione della protezione (art. 7) o il rigetto automatico per inammissibilità di una domanda reiterata (art. 9), nonché l'ipotesi di indagini o condanna anche non definitiva per reato che avrebbe portato al diniego della domanda (art. 10). Una simile normativa risulta invero difficilmente compatibile con i valori fondanti dell'Unione europea, così come interpretati dalla Corte di giustizia (in proposito [Bartolo](#)).

La sentenza mette inoltre ancora una volta in evidenza **l'urgenza di assicurare il buon funzionamento del sistema europeo comune di asilo**, rispetto a cui è tuttora in corso un processo di revisione completa e sistematica. Occorre pertanto verificare se il [pacchetto di proposte](#) recentemente elaborato dalla Commissione, con l'obiettivo in particolare di istituire una procedura comune ed uno status uniforme, sia effettivamente in grado di conciliare adeguatamente le esigenze di protezione e gli obiettivi connessi alla sicurezza interna e all'ordine pubblico degli Stati membri, attraverso la predisposizione di procedure efficienti e di tempi brevi, così da ridurre, nella misura del possibile, le situazioni di incertezza, che rischiano inevitabilmente

298 Interventi

di creare tensioni sociali e disordini, con pregiudizio tanto degli interessi degli Stati coinvolti, quanto di un'adeguata tutela dei diritti individuali dei richiedenti protezione nel territorio dell'Unione.

30 Novembre 2019

Il regolamento (UE) 2019/1896 relativo alla riforma di Frontex e della Guardia di frontiera e costiera europea: da “*Fire Brigade*” ad amministrazione europea integrata?

DANIELA VITIELLO (*)
EMILIO DE CAPITANI (**)

1. Lo scorso 4 dicembre è entrato in vigore il **regolamento (UE) 2019/1896**, relativo alla guardia di frontiera e costiera europea. Il nuovo statuto dell’**Agenzia della guardia di frontiera e costiera europea (Frontex)** è frutto di un *iter* legislativo “lampo”, che prende le mosse dalla **proposta** della Commissione del 12 settembre 2018, elaborata a partire dalle **conclusioni del Consiglio europeo del 28 giugno 2018** (su cui v. **Di Filippo**, in questo *blog*). In quelle conclusioni si auspicava, tra l’altro, il rafforzamento del mandato e delle risorse dell’Agenzia, inteso ad assicurare un controllo efficace delle frontiere esterne e

(*) Università della Tuscia (membro della Redazione).

(**) Queen Mary University.

300 Interventi

l'effettivo rimpatrio dei migranti irregolari, anche per mezzo dell'intensificazione della cooperazione con i paesi terzi (ivi, punto 10).

A tal fine, il nuovo regolamento abroga il **regolamento (UE) 2016/1624**, anch'esso adottato con inconsueta rapidità, che trasformava l'Agenzia europea per la cooperazione operativa alle frontiere esterne nell'Agenzia della guardia di frontiera e costiera europea, in risposta alla c.d. "crisi dei rifugiati" (*Stato dell'Unione 2015*). Come sottolineato da buona parte della dottrina (v. tra gli altri [Carrera e den Hertog](#), [De Bruyker](#), [Ferraro e De Capitani](#), [Peers](#), [Rjipma](#)), la riforma del 2016 andava poco oltre la mera metamorfosi "nominale" dell'Agenzia. Il regolamento 2019/1896, invece, attribuisce nuovi compiti e più incisivi poteri all'Agenzia, portando a compimento l'antica *idea* di un **corpo permanente di guardie di frontiera**, dotato di poteri esecutivi e in grado di soddisfare il fabbisogno operativo del dispositivo di sicurezza delle frontiere europee.

Oltre al corpo permanente, possono essere individuate almeno altre tre componenti fondamentali della riforma. In primo luogo, il consolidamento di un **ambiente comune di condivisione delle informazioni**, il cui corretto funzionamento è assicurato dall'Agenzia Frontex, che assume formalmente la funzione di ente gestore del Sistema europeo di sorveglianza delle frontiere (EUROSUR), del Sistema europeo di contrasto alla frode documentale (FADO) e dell'Unità centrale del Sistema europeo di informazione e autorizzazione ai viaggi (ETIAS). Come puntualmente *osservato* dal Garante europeo della protezione dei dati, in questo modo l'Agenzia si qualifica quale **hub centrale** per il trattamento di una mole impressionante di dati personali (che include anche i dati personali operativi).

In secondo luogo, si assiste all'ulteriore valorizzazione della

cooperazione inter-agenzia nella gestione integrata delle frontiere esterne dell'Unione, che riguarda in particolare i rapporti tra Frontex e l'Ufficio europeo per l'asilo, volti a favorire il rimpatrio dei richiedenti asilo denegati, con l'Agenzia europea dei diritti fondamentali, «per garantire l'applicazione continua e uniforme dell'*acquis* dell'Unione in materia di diritti umani» (art. 10, par. 1, lett. s)), con l'Agenzia europea di controllo della pesca e l'Agenzia europea per la sicurezza marittima, nell'ambito del supporto alle attività della guardia costiera (ora esteso alle attività di ricerca e il soccorso in mare), e infine, con Europol e Eurojust, in ordine alle attività di supporto alle autorità di contrasto.

In terzo luogo, si gettano le basi per un ipertrofico sviluppo della **dimensione esterna** della gestione integrata delle frontiere europee, che si rivolge, ma non si limita, ai Paesi terzi vicini (91° *considerando*) e assurge ad anello di congiunzione “operativo” tra le politiche di rimpatrio e di riammissione dell'Unione europea (Vitiello, p. 139 ss.).

Queste modiche si accompagnano a un'espansione funzionale degli altri compiti di regolazione e monitoraggio introdotti dal regolamento del 2016, con il quale il nuovo regolamento condivide la **base giuridica** (articoli 77, par. 2, lett. b) e d), 79, par. 2, lett. c), TFUE), la **definizione di «gestione integrata»** (art. 3 del regolamento (UE) 2019/1896, già art. 4 del regolamento (UE) 2016/1624) e l'affermazione del principio della **condivisione delle responsabilità** (art. 7 del regolamento (UE) 2019/1896, già art. 5 del regolamento (UE) 2016/1624).

A tale espansione fa, nondimeno, da contraltare una profonda **rimodulazione dei rapporti tra i diversi livelli di governo delle frontiere esterne** dell'Unione europea, che incide sull'*accountability* complessiva del sistema europeo di gestione

302 Interventi

delle frontiere esterne e contribuisce – seppur parzialmente e con modalità ancora largamente perfettibili (Fernandez-Rojo, Gkliati) – a disancorare la tutela dei diritti fondamentali dalla tradizionale subordinazione all’eccezione della sicurezza interna, che ha caratterizzato la politica europea di gestione integrata delle frontiere esterne durante tutto il suo *iter* di sviluppo (Spagnolo). Non potendo, in questa sede, procedere a un’analisi di tutte le importanti modifiche introdotte dal regolamento del 2019, l’attenzione si concentra sui due cardini della riforma: l’esercizio di **poteri esecutivi** da parte del **corpo permanente** e la rimodulazione dei **rapporti tra i livelli di governo** delle frontiere esterne dell’Unione.

2. Ai sensi dell’art. 5 del regolamento 2019/1896, l’Agenzia comprende il **corpo permanente della guardia di frontiera e costiera europea**, che si compone di guardie di frontiera, scorte per i rimpatri, esperti in materia di rimpatrio e altro personale competente con poteri esecutivi.

Secondo l’allegato I, la capacità massima di questo corpo è di **10.000 unità** che, se comparata ai 1.500 membri della riserva di reazione rapida prevista dal regolamento del 2016 e, ancor di più, ai 170 funzionari di Frontex alla data della sua istituzione nel 2004, dà la misura di una struttura operativa assolutamente fuori scala rispetto al mandato originario, quando i compiti operativi di Frontex erano assimilabili a quelli di una “*fire brigade*”, con funzioni di sostegno di emergenza.

L’art. 54 dettaglia le **quattro categorie di personale operativo** di cui si compone il corpo permanente: alla categoria 1 appartiene il personale statutario dell’Agenzia, impiegato all’interno di squadre da dispiegare nelle aree operative (art. 55), oltre al personale responsabile del funzionamento dell’unità centrale

ETIAS; la seconda categoria include il personale distaccato a lungo termine presso l'Agenzia dagli Stati membri (art. 56); alla terza categoria fa capo il personale degli Stati membri pronto per essere messo a disposizione dell'Agenzia per impieghi di breve durata (art. 57); alla quarta categoria, infine, appartiene la riserva di reazione rapida che, ai sensi dell'art. 58, è composta da personale degli Stati membri pronto per essere impiegato negli interventi rapidi.

In base al par. 7 dell'art. 55, il **personale statutario di Frontex**, impiegato nelle squadre, è abilitato a svolgere compiti per i quali sono necessari poteri esecutivi, alle condizioni previste dall'art. 82, che richiede la previa **autorizzazione dello Stato membro ospitante** e il rispetto del piano operativo, oltre che (naturalmente) del diritto dell'Unione, nazionale e internazionale applicabile. Tra i **compiti che richiedono l'esercizio di poteri esecutivi** da parte del personale statutario di Frontex rientrano: la verifica dell'identità delle persone, compresa la consultazione delle pertinenti banche dati; l'autorizzazione all'ingresso, ovvero il respingimento alla frontiera, alle condizioni previste dal codice frontiere Schengen; l'apposizione di timbri sui documenti di viaggio; il rilascio o il rifiuto del visto alla frontiera, in base al codice visti; il pattugliamento dei valichi di frontiera, compresi l'intercettazione e il fermo delle persone entrate senza autorizzazione; la registrazione delle impronte digitali dei richiedenti asilo nella banca dati Eurodac; l'acquisizione dei documenti di viaggio dei rimpatriandi dai Paesi terzi e la scorta di coloro ai quali si applicano le procedure di rimpatrio forzato.

Il par. 8 dell'art. 82, aggiunge che i membri delle squadre, compreso il personale statutario di Frontex, possono essere autorizzati dallo Stato membro ospitante all'**uso della forza**, «inclusi il porto e l'uso delle armi di ordinanza, delle munizioni e

dell'equipaggiamento», nel rispetto della legislazione nazionale di tale Stato membro e alla presenza delle sue guardie di frontiera (v. anche allegato V). Si richiede altresì la previa acquisizione del **consenso dello Stato membro di appartenenza** dei membri delle squadre, per le categorie 2, 3 e 4 del corpo permanente, e dell'Agenzia, per la categoria 1. A queste condizioni, peraltro, lo Stato membro ospitante può autorizzare i membri delle squadre a usare la forza sul suo territorio in assenza delle proprie guardie di frontiera, come pure «vietare il porto di determinate armi di ordinanza, munizioni ed equipaggiamento, a condizione che la sua normativa applichi il medesimo divieto alle proprie guardie di frontiera o al personale quando impegnato in compiti attinenti ai rimpatri» (*ibid.*).

L'esercizio di poteri esecutivi da parte del corpo permanente dipende, dunque, in prima battuta dal potere dello Stato membro ospitante di autorizzare le guardie di frontiera di altri Stati membri e il personale statutario di un'agenzia dell'Unione a svolgere compiti di *enforcement* diretto sul proprio territorio, che deve essere esercitato conformemente alla riserva relativa all'esercizio delle responsabilità incombenti agli Stati membri per il mantenimento dell'ordine pubblico e la salvaguardia della sicurezza interna, ai sensi dell'**art. 72 TFUE** ([sentenza](#) della Corte di giustizia *Melki e Abdeli*, punto 64).

Ciò impone, necessariamente, il rispetto dei principi ordinatori dello Spazio di libertà, sicurezza e giustizia dell'Unione, *in primis* dei **principi di solidarietà e leale cooperazione** ([conclusioni](#) dell'Avvocato generale Sharpston in *Commissione c. Polonia, Ungheria e Repubblica ceca*, punti 212 e 238 ss., su cui v. da ultimo [Ferri](#), in questo *blog*). In questi termini si spiega (tra l'altro) l'obbligo di **parità di trattamento** delle guardie di frontiera nazionali e di quelle del corpo permanente posto in capo allo Stato membro che autorizzi queste ultime all'uso della for-

za sul proprio territorio. D'altro canto, il rispetto della responsabilità statale in materia di mantenimento dell'ordine pubblico e salvaguardia della sicurezza interna è garantito dalla previsione che non siano trasferiti al corpo permanente poteri finali, come quello relativo all'**adozione delle decisioni di rimpatrio e trattenimento** dei rimpatriandi, che resta di competenza esclusiva degli Stati membri (articoli 7, par. 2, 10, par. 1, lett. n), 48 e 50, regolamento (UE) 2019/1896).

3. Ai sensi dell'art. 7 del regolamento 2019/1896, «[l]a guardia di frontiera e costiera europea attua la gestione europea integrata delle frontiere come responsabilità condivisa tra l'Agenzia e le autorità nazionali preposte alla gestione delle frontiere». Tale previsione, come pure quella secondo la quale gli Stati conservano la **responsabilità primaria** nella gestione delle proprie frontiere esterne, era già stata introdotta dal regolamento del 2016. Il nuovo regolamento aggiunge che l'Agenzia «rende conto di qualsiasi decisione da essa adottata» (ivi, par. 4) e «risponde del proprio operato al Parlamento europeo e al Consiglio» (art. 6, già art. 7 del regolamento (UE) 2016/1624), oltre ad essere assoggettabile alle indagini amministrative svolte dal Mediatore europeo (art. 119) e alla giurisdizione della Corte di giustizia (art. 98).

Inoltre, viene valorizzato il dovere di leale cooperazione tra gli Stati membri e l'Agenzia, contribuendo alla configurazione delle frontiere esterne come un **bene giuridico amministrato solidalmente** (art. 7, par. 3). Ciò non comporta la negazione delle prerogative statali in relazione alla partecipazione alle attività operative territoriali ed extraterritoriali dell'Agenzia. Sono fatte salve, in particolare, la facoltà degli Stati membri di invocare l'eccezionalità della situazione interna per non contribuire, o contribuire parzialmente, in termini di personale, alle opera-

306 Interventi

zioni congiunte sul territorio di altri Stati membri (articoli 51, par. 3, 57, par. 9), come pure quella di non partecipare alle attività operative dispiegate da Frontex nel territorio dei Paesi terzi (art. 74, par. 5). Tuttavia, l'esercizio delle prerogative statali è meticolosamente regolato, in modo da rendere verificabile il rispetto dell'obbligo di leale cooperazione.

In coerenza con i due punti precedenti viene istituito un **ciclo politico strategico pluriennale** per la gestione europea integrata delle frontiere, il cui punto di partenza sono le istituzioni europee (cfr. il punto 3 della *roadmap* per l'attuazione del nuovo regolamento). Nel regolamento del 2016, invece, si evocava soltanto una **strategia tecnico-operativa**, adottata dal consiglio di amministrazione di Frontex, alla quale gli Stati membri avrebbero dovuto "allineare" (si badi: non "conformare") le rispettive **strategie nazionali**. Benché tale blanda formulazione scongiurasse l'ipotesi dell'esercizio da parte dell'Agenzia di un potere decisionale di tipo politico, in potenziale contrasto con la giurisprudenza di Lussemburgo sui limiti all'*empowerment* delle agenzie (sentenze della Corte di giustizia: *Short-selling*, punto 67, ed *Europol*, punti 43 ss.), essa appariva lacunosa nella misura in cui non chiariva il ruolo delle istituzioni europee. L'art. 8 del nuovo regolamento colma questa lacuna, prevedendo l'adozione di una **strategia politica pluriennale** da parte della Commissione.

Inoltre, dal combinato disposto degli articoli 6 e 112 può dedursi come l'attuazione di tale strategia da parte dell'Agenzia possa essere sottoposta alla lente del Parlamento europeo e dei parlamenti nazionali, nell'ambito delle funzioni di controllo da essi esercitate ex art. 9 del protocollo 1, allegato al Trattato di Lisbona. Infatti, l'art. 112, par. 2, prevede che, su invito del Parlamento europeo e dei parlamenti nazionali, il direttore esecutivo e il presidente del consiglio di amministrazione di Fron-

tex partecipino alla **cooperazione interparlamentare**, essendo chiamati a rispondere dell'operato dell'Agenzia. L'interazione fra il livello sovranazionale e quello nazionale è, infine, inquadrata dalle disposizioni sulla **pianificazione integrata**, volte ad assicurare un livello di efficienza comparabile in tutte le sezioni di frontiera (art. 9), nonché dagli articoli 11 e 12, che qualificano lo **scambio tempestivo e completo di informazioni** tra gli Stati membri e l'Agenzia come espressione del dovere di cooperazione leale.

La razionalizzazione dei rapporti tra i diversi livelli di governo delle frontiere esterne dell'Unione europea si riflette sulla disciplina del meccanismo di monitoraggio della vulnerabilità e prevenzione delle crisi, contenuta agli articoli da 32 a 42 del nuovo regolamento.

La **valutazione della vulnerabilità** si basa sull'attività di monitoraggio svolta dai **funzionari di collegamento** di Frontex distaccati negli Stati membri (art. 31, par. 3, lett. c)) e sul potere di raccomandazione del direttore esecutivo dell'Agenzia, ai sensi dei paragrafi 7 e 9 dell'art. 32. Il mancato rispetto della raccomandazione del direttore è condizione per l'esercizio di un potere decisionale da parte del consiglio di amministrazione di Frontex, che consiste nell'indicazione allo Stato membro interessato delle misure da adottare e dei termini per l'adozione delle stesse e – in caso di inadempimento – fa sorgere l'obbligo di informare il Consiglio e la Commissione (par. 10).

Nelle situazioni in cui l'inefficacia dei controlli alle frontiere esterne sia tale da compromettere il funzionamento dello spazio Schengen, il Consiglio potrà poi attivare la procedura di cui all'art. 42. Quest'ultima era già prevista dal regolamento del 2016 e si basa sul potere del Consiglio di adottare un atto di esecuzione che consente a Frontex di predisporre un piano

308 Interventi

operativo, da concordare con lo Stato membro interessato, per rimuovere le cause dell'inefficacia dei controlli. Solo nel caso in cui lo Stato membro in questione non rispetti **l'obbligo di cooperare** con l'Agenzia, nei termini indicati dalla decisione del Consiglio, la Commissione potrà attivare la procedura prevista dall'**art. 29 del codice frontiere Schengen**, che permette al Consiglio di raccomandare a uno o più Stati membri il **ripristino dei controlli** alle proprie frontiere interne.

Questa soluzione, che è configurata «come *extrema ratio* e come misura volta a proteggere gli interessi comuni nello spazio senza controllo alle frontiere interne» (art. 29, par. 2), può essere altresì attivata qualora la Commissione constati la persistenza di **gravi carenze** nei controlli alle frontiere esterne, legate alla circostanza che uno Stato membro trascuri i suoi obblighi in spregio alle misure specifiche indicate dalla Commissione per rimuovere la conseguente **minaccia per l'ordine pubblico o la sicurezza interna** nello spazio Schengen (art. 21, codice frontiere Schengen).

Né il regolamento di Frontex del 2016, né il codice frontiere Schengen, hanno previsto, tuttavia, una procedura specifica per l'attivazione del meccanismo di prevenzione delle crisi nel caso in cui l'inefficacia dei controlli in una sezione della frontiera esterna non dipenda da fattori strutturali, bensì da **motivi contingenti**, come un afflusso massiccio di cittadini di paesi terzi. Il nuovo regolamento rimedia a questa lacuna, attraverso l'assegnazione di specifici **livelli di impatto** alle sezioni di frontiera esterna (art. 34) e una **reazione corrispondente** ai livelli d'impatto (art. 35). In questo modo vengono messe a sistema e completate le frammentarie disposizioni in precedenza contenute nel capo III del **regolamento Eurosur**, anch'esso abrogato con la riconduzione della relativa disciplina all'interno del nuovo statuto di Frontex.

In particolare, ai sensi dell'art. 35, par. 1, lett. d), del regolamento 2019/1896, l'assegnazione temporanea di un **livello di impatto «critico»** a una sezione della frontiera esterna di uno Stato membro, adottata sulla base della valutazione della vulnerabilità e di **comune accordo tra Frontex e tale Stato**, obbliga l'Agenzia a notificare la situazione alla Commissione e, contestualmente, a raccomandare allo Stato membro di richiedere l'avvio di un'operazione congiunta o di qualsiasi altra operazione prevista dall'art. 36 (art. 41, par. 1). Nel caso di mancata attivazione da parte dello Stato membro ai fini dell'avvio di forme di cooperazione operativa coordinate dall'Agenzia, quest'ultima dovrà informare la Commissione e il Consiglio, che potranno fare ricorso alla procedura di cui all'art. 42 (ivi, par. 2).

Questo meccanismo, che intende massimizzare le **sinergie tra la valutazione delle vulnerabilità e il meccanismo di valutazione Schengen** (art. 33), incontra ancora il limite della centralità di un organo – quale il consiglio di amministrazione di Frontex – la cui **composizione intergovernativa** non viene minimamente intaccata (art. 101). Nondimeno, il fatto che «il controllore» possa essere più efficacemente controllato dalle istituzioni politiche dell'Unione e, in particolare, dal Parlamento europeo (articoli 6 e 42, par. 2), compensa almeno parzialmente questo *vulnus*.

4. Da ultimo, è opportuno sottolineare che il Parlamento europeo ha giocato un ruolo di primo piano nella riforma del regolamento di Frontex, come si evince dalla lunga serie di **aggiustamenti in itinere** dell'originaria proposta della Commissione. Per fare solo qualche cenno, basti considerare, nell'ambito dei rimpatri: l'espunzione del riferimento al potere degli esperti

310 Interventi

in materia di rimpatrio di identificare particolari gruppi di cittadini di Paesi terzi, previsto nel precedente regolamento e altamente problematico nella prospettiva del divieto di *ethnic profiling* (cfr. la sentenza della Corte di giustizia *Repubblica slovacca e Ungheria c. Consiglio*, punto 305; v. anche la *raccomandazione* del Parlamento europeo del 2009); l'eliminazione del riferimento all'istituzione dei «**centri controllati**», pezzo forte delle conclusioni del Consiglio europeo del giugno 2018; la chiara statuizione dell'obbligatorietà del **piano operativo delle operazioni di rimpatrio**; la rimozione del richiamo alle **operazioni di rimpatrio «miste»**, ovvero a partire dai Paesi terzi, stigmatizzata (peraltro) nelle *dichiarazioni* rese da Polonia, Ungheria e Slovenia al Coreper, il 29 ottobre 2019.

Più in generale, l'intervento parlamentare ha contribuito a riportare al centro del regolamento i valori dell'Unione e i diritti fondamentali, con diffusi richiami alla Carta. A tutela dei diritti fondamentali, peraltro, il nuovo regolamento amplia i poteri del **responsabile dei diritti fondamentali** (art. 109), coadiuvato da almeno quaranta **osservatori** (art. 110), che monitoreranno le singole operazioni dell'Agenzia, provvedendo a un *reporting* dettagliato e migliorando l'effettività del meccanismo di denuncia (art. 111).

Allo stesso tempo, tuttavia, la riforma di Frontex espande in maniera così significativa i poteri coercitivi dell'Agenzia e il suo mandato in materia di trattamento dei dati da creare una sorta di **spazio amministrativo parallelo**, che sarà tutt'altro che semplice monitorare, tanto da parte delle istituzioni europee, quanto della società civile.

In primo luogo, il conferimento all'Agenzia di un margine di discrezionalità amministrativa nell'esercizio di poteri coercitivi comporterà necessariamente un'**interazione diretta tra Frontex**

e gli individui soggetti a tali poteri, riproponendo la questione delle condizioni restrittive di ricorso alla Corte di giustizia previste dall'art. 263 TFUE per le persone fisiche, ai fini del controllo di legittimità sugli atti degli organismi dell'Unione destinati a produrre effetti giuridici nei confronti di terzi.

Inoltre, **l'espansione del mandato esterno dell'Agenzia** – che non va in parallelo con la previsione di adeguati strumenti di monitoraggio delle conseguenze giuridiche dell'esercizio di poteri coercitivi da parte del corpo permanente sui diritti fondamentali degli individui nei Paesi terzi – getta una luce ancor più sinistra sul futuro della mobilità umana involontaria verso l'Unione europea. Anche perché, pur sottolineando il dovere di Frontex di assicurare la trasparenza e il controllo pubblico su tutte le attività, anche quelle extraterritoriali, il regolamento ribadisce che **l'obbligo di fornire «informazioni precise, dettagliate, tempestive ed esaustive sulle sue attività»** (art. 10, par. 2) non può andare a detrimento dei compiti dell'Agenzia, specialmente di quelli operativi.

Sarà, dunque, alquanto complesso superare *di fatto* lo scoglio della tradizionale «opacità» delle attività dell'Agenzia. D'altra parte, tanto il Mediatore europeo, quanto il Tribunale hanno recentemente giustificato tale opacità – rispettivamente in relazione ad **Europol** (caso 1270/2017/JAP) e a **Frontex** (sentenza *Izuzquiza e Semsrott*) – ribadendo che il potenziale pregiudizio per la sicurezza pubblica può essere efficacemente opposto, ai sensi del diritto dell'Unione, per negare l'accesso a una molteplicità di documenti relativi alle attività delle agenzie europee. Il nuovo regolamento dell'Agenzia rischia, sul punto, di **aggravare il deficit di trasparenza** di Frontex, soprattutto in relazione alle funzioni operative inquadrato nella cornice della sicurezza esterna dell'Unione che – al netto dei dubbi di legittimità che sollevano sotto il profilo della base giuridica – appaiono

312 Interventi

problematiche in rapporto al regime giuridico applicabile ai ni della classificazione delle informazioni.

6 Dicembre 2019

Amministrazione

Editoriale Scientifica srl

80138 Napoli via San Biagio dei Librai, 39 tel. 081.5800459

info@editorialescientifica.com

www.editorialescientifica.com

Direttore responsabile

Pasquale De Sena

Legale rappresentante

Pasquale De Sena

Rivista semestrale gratuita pubblicata esclusivamente on-line su

www.sidiblog.org

www.editorialescientifica.com

Registrazione

Tribunale di Napoli n. 3134/15 del 29 luglio 2015

scritti di:

Gabriella Carella • Irini
Papanicolopulu • Eugenio Zaniboni •
Lorenzo Gradoni • Luca Pasquet •
Pasquale De Sena • Massimo Starita • Cesare
Pitea • Stefano Zirulia • Diego Mauri • Marco
Pelissero • Ilaria Anrò • Antonietta Di Blase •
Marco Pertile • Nicola Colacino • Andrea
Spagnolo • Omar Vanin • Giovanni Zarra •
Pietro Franzina • Antonio Leandro • Matteo
Bonelli • Giampaolo Maria Ruotolo •
Federico Ferri • Edoardo Rossi • Maura
Marchegiani • Daniela Vitiello •
Emilio De Capitani